



Bruxelles, den **XXX**
[...] (2018) **XXX** draft

MEDDELELSE FRA KOMMISSIONEN

Retningslinjer for nationale retter om, hvordan der foretages skøn af den andel af overprisen, som er blevet overvæltet til den indirekte aftager

Retningslinjer for nationale retter om, hvordan der foretages skøn af den andel af overprisen, som er blevet overvæltet til den indirekte aftager

1. INDLEDNING

1.1. Formål og anvendelsesområde

- (1) Disse retningslinjer har til hensigt at yde praktisk vejledning i at foretage skøn af overvæltning af overpriser til nationale retter, dommere og andre interessenter i erstatningssøgsmål om overtrædelser af artikel 101 og 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde ("TEUF"). De fremsætter navnlig de økonomiske principper, metoder og terminologi vedrørende overvæltning bl.a. ved at henvise til et antal eksempler. Disse retningslinjer er desuden designet til at hjælpe med at bestemme kilderne til relevante beviser, hvorvidt en anmodning om oplysninger er passende, samt at vurdere udsagnene fra parterne vedrørende overvæltning og alle eventuelle ekspertudtalelser, som kan blive præsenteret for retten.
- (2) Retsgrundlaget for retningslinjerne er artikel 16 i erstatningsdirektivet¹. De er ikkebindende og erstatter heller ikke eksisterende regler under EU-lovgivningen eller lovgivningen i medlemsstaterne. En national ret er således ikke forpligtet til at følge dem. Retningslinjerne er også med forbehold af retspraksis i Den Europæiske Unions Domstol ("EU-Domstolen").
- (3) Som referencekilde for god praksis giver retningslinjerne indikationer på de relevante parametre, som kan tages i betragtning i forbindelse med økonomiske beviser, der er relevante for vurdering af overvæltning af overpriser. De bygger på relevante økonomiske undersøgelser samlet af Kommissionen og supplerer den praktiske vejledning i tabsopgørelse i erstatningssøgsmål baseret på overtrædelser af artikel 101 eller 102 i TEUF ("praktisk vejledning")², som ledsager meddelelsen fra Kommissionen om opgørelse af kartelrelaterede tab i erstatningssøgsmål³. Mens den praktiske vejledning fokuserer på overprisen, adresserer disse retningslinjer specifikt overvæltningen af sådanne overpriser i detaljer⁴. Den praktiske vejledning og disse retningslinjer bør læses sammen⁵.
- (4) Som forklaret i punkt (16) ff. nedenfor kan disse retningslinjer være nyttige, når en overtræder påkalder sig overvæltning i sit forsvar mod et erstatningskrav ("skjold"), eller når en indirekte aftager gør krav på erstatning fra overtræderen som følge af en påstået overvæltning af en overpris ("sværd"). Som det forholder sig i mange

(1) Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT L 349/1 af 5.12.2014).

(2) Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene – Practical Guide on Quantifying Harm in Actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union af 11.6.2013, SWD(2013) 205.

(3) Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT C 167/19 af 13.6.2013).

(4) Den praktiske vejledning berører kun i mindre grad overvæltning, nemlig i punkt 161-171.

(5) Disse retningslinjer fokuserer på overvæltning af overpriser i forbindelse med overtrædelser af artikel 101 i TEUF. De kan imidlertid også fungere som referencekilde til god praksis i erstatningssøgsmål ved nationale retter for overtrædelser af artikel 102 i TEUF, f.eks. urimelig overpris, såfremt der tages tilstrækkeligt hensyn til detaljerne i misbruget af dominansstandarder under artikel 102 i TEUF.

UDKAST

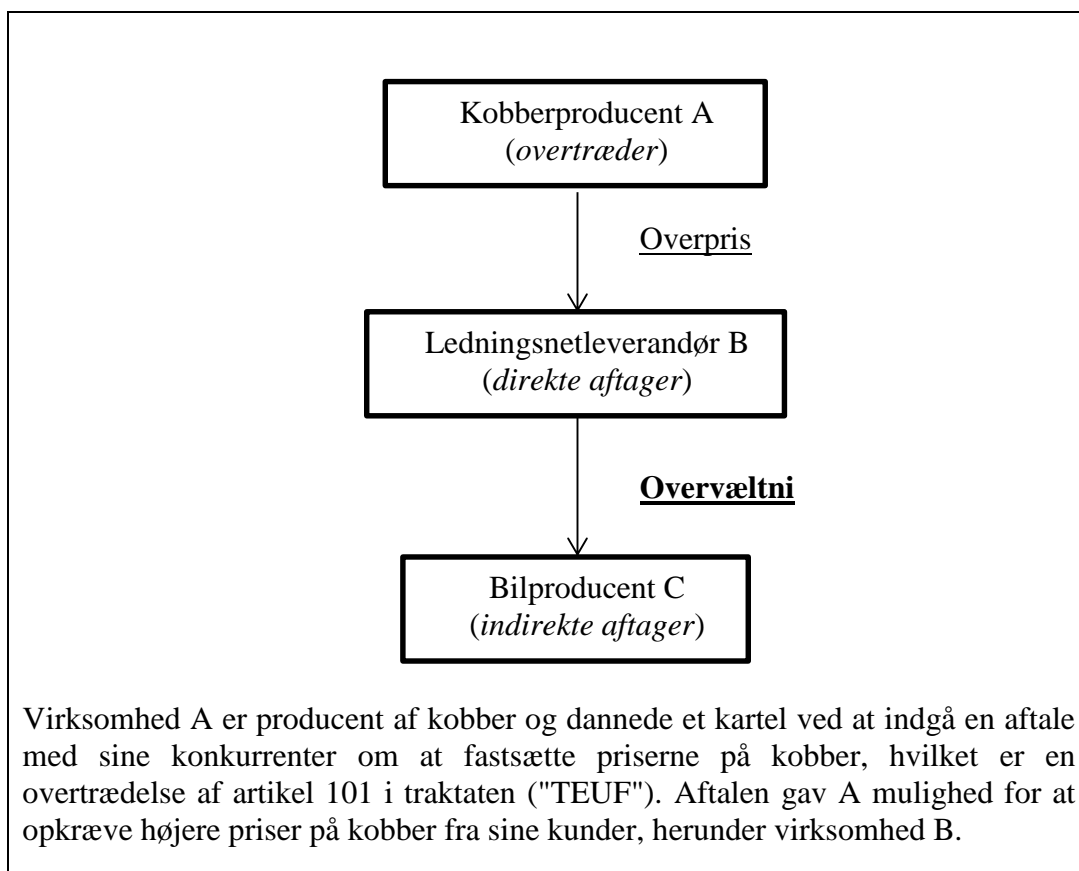
erstatningssøgsmål, afhænger graden, hvori retten skal tage sagens fakta i betragtning, imidlertid af måden, hvorpå søgsmålet fremlægges af sagsøgeren samt karakteren af den sagsøgte forsvar. I nogle tilfælde kræver en sagsøger f.eks. ikke erstatning for tab af indtjening som resultat af mængdeeffekten på grund af den ekstra kompleksitet, dette kan indebære. Et krav fra en indirekte aftager mod en overtræder vil dog typisk involvere en modydelse for overvæltning, eftersom dette er essentielt for kravet.

- (5) På samme måde bliver den måde, hvorpå retten ønsker at gribe vurderingen og skønnet af overvæltning an, sandsynligvis påvirket af arten og størrelsen af erstatningskravet. Valget mellem forskellige økonomiske metoder og tilgange forklaret i retningslinjerne bør passe forholdsmæssigt til sagen. Det, der kan være passende, hvad angår omfanget af påkrævede data og omkostninger til ekspertanalyser for et erstatningskrav på 20 millioner €, egner sig måske ikke til et erstatningskrav på 200 000 EUR.

1.2. Hvad er overvæltning af overpriser?

- (6) Overvæltning af overpriser kan finde sted på forskellige niveauer af en forsyningskæde. Det er illustreret i Tekstboks 1 nedenfor med henvisning til et hypotetisk eksempel.

Tekstboks 1: Overvæltning af prisstigning for kobber



UDKAST

Prisforskellen mellem den pris, der faktisk betales, og den pris, der ellers ville have været gældende i fraværet af krænkelsen af EU's konkurrenceret, kaldes overprisen⁶.

Virksomhed B er leverandør af bildele og brugte det kobber, den købte fra A til at producere ledningsnet, som den solgte til bilproducent C. Efter den kartelskabte prisstigning på kobber, øgede B også sin salgspris på de ledningsnet, den leverede til C. Denne adfærd kaldes overvæltning af overpriser, i dette tilfælde fra B til C. Baseret på definitionerne i erstatningsdirektivet kan A betegnes som *overtræder*, B *direkte aftager* og C *indirekte aftager*⁷.

- (7) Nå den direkte aftager helt eller delvist overvælter overprisen til den indirekte aftager, vil sidstnævnte ikke blot stå over for en priseffekt, men i mange tilfælde også nedsætte sin efterspørgsel. Denne reduktion betegnes mængdeeffekten. Dens juridiske og økonomiske konsekvenser diskuteres i yderligere detaljer nedenfor. Kort sagt gælder det, at når overprisen overvæltes, kan den indirekte aftager købe færre varer fra den direkte aftager og følgelig sælge mindre til indirekte aftagere længere nede i forsyningskæden.
- (8) Overprisen kan overvæltes hele vejen ned i en hel forsyningskæde og berøre produkter og tjenesteydelser. I det hypotetiske eksempel illustreret i Tekstboks 1 ovenfor kan bilproducenten C f.eks. på samme måde have forhøjet den pris, den opkræver fra kunden, den uafhængige bilforhandler D. Efterfølgende kan D også have forhøjet sin pris til slutforbrugeren af den bil, hvori kobberet fra karteldannelsen findes. C, D og slutforbrugerne er alle indirekte aftagere i henhold til definitionen i erstatningsdirektivet⁸.

1.3. Retningslinjernes opbygning

- (9) Med henvisning til juridiske principper, fast retspraksis og bestemmelserne i erstatningsdirektivet fastlægges der med disse retningslinjer retlige rammer for overvæltning. Et kort juridisk afsnit opsummerer sagsbehandlingsreglerne og -instrumenterne, i henhold til hvilke nationale retter kan tage overvæltning af overpriser i erstatningssøgsmål i betragtning. De retlige rammer kombinerer EU-lovgivning med national praksis. I denne kontekst skal dommere være særligt opmærksomme på effektivitets- og ækvivalensprincipperne⁹. Dette betyder, at de skal anvende nationale regler på en måde, således at anvendelsen ikke gør udøvelsen af retten til fuld erstatning for skade forårsaget af en overtrædelse af EU's konkurrenceret praktisk talt umulig eller meget vanskelig (effektivitetsprincippet)¹⁰. Derudover skal dommere huske på, at nationale regler og procedurer vedrørende søgsmål om erstatning for skade forvoldt ved overtrædelser

(6) Se artikel 2, nr. 20), i erstatningsdirektivet.

(7) Se artikel 2, nr. 29, 23) og 24), i erstatningsdirektivet.

(8) I henhold til artikel 2, stk. 24, i erstatningsdirektivet er den "indirekte aftager" en fysisk eller juridisk person, der ikke direkte fra en overtræder, men fra en direkte aftager eller en senere aftager, har købt varer eller tjenesteydelser, som er genstand for en overtrædelse af konkurrenceretten, eller varer eller tjenesteydelser, som hidrører fra eller indeholder sådanne varer eller tjenesteydelser."

(9) Se artikel 4 i erstatningsdirektivet.

(10) Se punkt (11) ff. nedenfor for retten til fuld erstatning.

UDKAST

af artikel 101 eller 102 i TEUF ikke må være mindre gunstige for de formodede skadelidte end dem, der gælder for tilsvarende erstatningssøgsmål som følge af overtrædelser af national ret (ækvivalensprincippet).

- (10) De primære afsnit i disse retningslinjer forholder sig til økonomien ved overvæltning, navnlig den økonomiske teori og de opgørelsesmetoder, der er relevante med hensyn til at foretage skøn af overvæltning. Afsnittet om den økonomiske teori fokuserer på de teoretiske koncepter, der ligger til grund for overvæltning, og fremlægger faktorer, som kan have en indvirkning på den. I afsnittet om økonomisk opgørelse præsenteres der forskellige fremgangsmåder og metoder til opgørelse af effekterne af overvæltning.

2. RETLIGE RAMMER

2.1. Overvæltning af overpriser og retten til fuld erstatning

- (11) Erstatningsdirektivets regler vedrørende overvæltning af overpriser har rod i erstatningsprincippet, som ligger til grund for hele erstatningsdirektivet¹¹. To elementer i dette princip har vigtige konsekvenser for overvæltningen af overpriser. For det første betyder det, baseret på fast retspraksis ved EU-Domstolen, at "[e]nhver har således ret til at kræve erstatning for den påførte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF"^{12,13}. For det andet er sagsøgere, som har lidt en sådan skade, berettiget til fuld erstatning, hvilket skal forstås som at stille en person, som har lidt skade, som om overtrædelserne ikke var blevet begået¹⁴.
- (12) I konteksten af overvæltning af overpriser angiver erstatningsdirektivet, at "enhver person" inkluderer direkte og indirekte aftagere¹⁵. I det hypotetiske eksempel i Tekstboks 1 ovenfor kan ledningsnetproducenten B, som direkte aftager, og bilproducenten C, som indirekte aftager, f.eks. søge om erstatning fra kobberproducenten A, som overtræderen. Andre indirekte aftagere længere nede i forsyningskæden har også ret til at modtage erstatning fra overtræderen. Som nævnt ovenfor i punkt (8) ville dette være den uafhængige bilforhandler D og slutforbrugerne i det hypotetiske eksempel i Tekstboks 1.
- (13) Det bør bemærkes, at elementerne i erstatningsprincippet nævnt ovenfor, det vil sige enhver persons ret til at kræve fuld erstatning for skade, som har en årsagssammenhæng med en overtrædelse af EU's konkurrenceret, også gælder for en overtræders direkte og indirekte *leverandører*. Erstatningsdirektivet henviser til

(11) Se artikel 1, stk. 1, og artikel 3, stk. 1 i erstatningsdirektivet.

(12) EU-Domstolen 5. juni 2014, C-557/12 (*Kone*) EU:C:2014:1317, punkt 22 med henvisning til EU-Domstolen 13. juli 2006, sag C-295/04 (*Manfredi*), EU:C:2006:461, punkt 61.

(13) Kommissionen har selv tidligt i forløbet mindet om, at EU-Domstolen "fremhævede erstatningsprincippet og præmissen om, at enhver skadelidt, som i tilstrækkelig grad kan bevise, at der er en årsagsforbindelse til overtrædelserne, bør have adgang til erstatning", se Kommissionens HVIDBOG om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartelregler, Bruxelles, 2. april 2008, KOM(2008) 165 endelig, s. 7.

(14) Artikel 3, stk. 2, første punktum, i erstatningsdirektivet.

(15) Artikel 12, stk. 1, i erstatningsdirektivet.

UDKAST

en situation med et indkøbskartel som eksempel, hvori skaden kunne være et resultat af en lavere pris betalt af overtræderne til deres leverandører¹⁶.

(14) Fuld erstatning dækker erstatning for faktisk tab (*damnum emergens*) og for tabt fortjeneste (*lucrum cessans*) samt betaling af renter¹⁷. Generelt henviser faktisk tab til en reduktion i en persons aktiver, og tabt fortjeneste henviser til en stigning i disse aktiver, som ville være sket, hvis den skadegørende handling ikke havde fundet sted¹⁸. I forbindelse med overvæltning spiller denne forskel en særlig rolle med hensyn til de karakteristiske økonomiske effekter og deres retlige kvalificering. Den generelle regel er beskrevet nedenfor.

- Priseffekten relaterer til overprisen som en stigning i den pris, som en direkte eller indirekte aftager skulle betale for et produkt eller en tjenesteydelse som følge af overtrædelsen af EU's konkurrenceret¹⁹. Den ligger i kategorien for faktisk tab og er den del af skaden, der henvises til som overprisskade i erstatningsdirektivet²⁰. Den direkte eller indirekte aftager er dog muligvis i stand til at overvælte overprisen yderligere ned i forsyningskæden og dermed enten reducere (delvis overvæltning) eller eliminere (fuldstændig overvæltning) sit faktiske tab. Ved bestemmelse af det faktiske tab i tilfælde af overvæltning er de nationale retter nødt til at identificere den skade forårsaget af overvæltningen, som forbliver på et givet niveau i forsyningskæden.
- Mængdeeffekten henviser til det tab af fortjeneste forårsaget af reduceret salg, som skyldes overvæltningen, det vil sige en lavere salgsmængde som følge af forhøjede priser. Den kan geninddrives som tabt fortjeneste²¹.

(15) Selv om erstatningsdirektivet skelner mellem faktisk tab på grund af overprisen på den ene side og tabt fortjeneste som følge af reduceret salg på den anden side, er der en indbygget forbindelse mellem den bagvedliggende prisseffekt og mængdeeffekt. Hvis overvæltning bliver relevant, bør begge effekter og deres interaktion derfor tages i betragtning. De økonomiske metoder til udførelse af dette beskrives længere nede.

2.2. Scenarier, hvori en ret behandler overvæltningsanliggender

(16) I erstatningssøgsmål baseret på overtrædelser af EU's konkurrenceret håndterer de nationale retter typisk overvæltning af overpriser i to scenarier.

(17) For det første kan en overtræder påberåbe sig overvæltningen af overpriser i sit forsvar mod erstatningskrav, det vil sige argumentere for, at sagsøgeren har reduceret sit faktiske tab ved at overvælte det helt eller delvist til sine egne

(16) Se betragtning 43 i erstatningsdirektivet. Det bør dog bemærkes, at leverandører også kan påvirkes utilsigtet af situationen ved et sælgerkartel, navnlig hvis de leverer mindre til overtræderne som følge af mængdeeffekten.

(17) Se artikel 3, stk. 2, andet punktum, i erstatningsdirektivet.

(18) Udtalelse fra generaladvokat Capotorti, 12. september 1979, sag 238/78 (*Ireks-Arkady*) ECLI:EU:C:1979:203, punkt 9.

(19) Betragtning 39 i erstatningsdirektivet.

(20) Artikel 12, stk. 2, i erstatningsdirektivet.

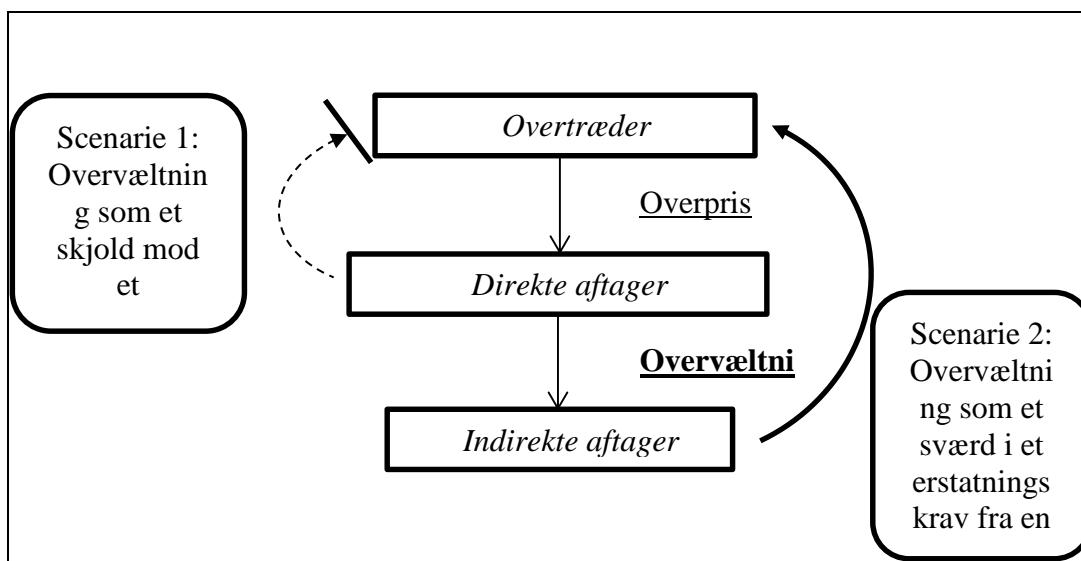
(21) Se artikel 12, stk. 3, i erstatningsdirektivet.

UDKAST

kunder²². Denne situation, hvor overvæltningen kan beskrives som et skjold, er illustreret i Tekstboks 2 nedenfor med henvisning til et erstatningskrav fra en direkte aftager. Det skal bemærkes, at overvæltningsforsvaret også kan påberåbes mod erstatningskrav fra indirekte aftagere længere nede i forsyningskæden.

- (18) For det andet kan indirekte aftagere basere deres erstatningsøgsmål på argumentet om, at overtrædernes direkte aftagere helt eller delvist har overvæltet overprisen til dem, og at de derfor har lidt skade. I et sådant scenarie kan overvæltningen beskrives som et sværd. Dette scenarie er også illustreret i Tekstboks 2 nedenfor.

Tekstboks 2: Typiske scenarier for overvæltning



- (19) Når overvæltningen af overpriser bruges som et forsvar mod et søgsmål baseret på en overtrædelse af EU's konkurrenceret, skal den sagsøgte generelt bevise, at sagsøgeren har overvæltet overprisen²³. Denne bevisbyrde har at gøre med eksistensen og omfanget af overvæltning af overprisen. Hvis overvæltningsforsvaret lykkes helt eller delvist, kan sagsøgeren stadig kræve erstatning for tabt fortjeneste, som skyldes overvæltningen²⁴. I dette tilfælde ligger bevisbyrden for en sådan overvæltningsrelateret mængdeeffekt på sagsøgeren.
- (20) Erstatningsdirektivet inkluderer også specifikke regler for det andet scenarie, hvori en indirekte aftager påstår, at de led skade som følge af overvæltning af overpriser. Byrden af at bevise eksistensen og omfanget af sådan en overvæltning hviler generelt på den indirekte aftager, der søger erstatning fra overtræderen. Erstatningsdirektivet anerkender dog de praktiske vanskeligheder, som denne type sagsøger længere nede i forsyningskæden står over for²⁵. For at fjerne de praktiske forhindringer for indirekte aftagere inkluderer erstatningsdirektivet derfor regler, som gør det nemmere for dem at løfte bevisbyrden. De omhandler simple

(22) Se betragtning 39 i erstatningsdirektivet.

(23) Artikel 13, andet punktum, i erstatningsdirektivet.

(24) Artikel 12, stk. 3, i erstatningsdirektivet foreskriver, at reglerne om overvæltning ikke skal berøre skadelidtes ret til at kræve og opnå erstatning for tab af fortjeneste på grund af en hel eller delvis overvæltning af overprisen.

(25) Betragtning 41 i erstatningsdirektivet.

UDKAST

rettsformodninger, hvor den vigtigste er artikel 14, stk. 2, i erstatningsdirektivet²⁶, og faktaformodninger baseret på det typiske hændelsesforløb. F.eks. nævner artikel 14, stk. 1, i erstatningsdirektivet og betragtning 41 i erstatningsdirektivet, at det som følge af de betingelser, virksomheder opererer under, kan være handelspraksis at overvælde prisstigninger nedad i forsyningskæden. Artikel 17, stk. 2, i erstatningsdirektivet fastlægger den mere generelle formodning om, at kartelovertrædelser forvolder skade.

- (21) Faktaformodninger kan defineres i henhold til nationale love med henvisning til udvikling i økonomien og det typiske marked, inklusive den indsigt, at det i visse brancher er handelspraksis, at prisstigninger overvældes nedad i forsyningskæden²⁷.
- (22) Denne faktuelle antagelse danner også grundlag for den rettsformodning, som kan findes i artikel 14, stk. 1, i erstatningsdirektivet. Under de deri foreskrevne betingelser kan den indirekte aftager drage fordel af en simpel formodning, i henhold til hvilken en sagsøger (det vil sige den indirekte aftager) anses for at have bevist, at en overvæltning fra den direkte aftager til den indirekte aftager har fundet sted. Betingelserne, der er foreskrevet i artikel 14, stk. 2, i erstatningsdirektivet og skal vises af sagsøgeren, er som følger:
- (a) Sagsøgte har overtrådt EU's konkurrenceret
 - (b) Overtrædelser af EU's konkurrenceret medførte en overpris for sagsøgtes direkte aftager
 - (c) Den indirekte aftager har købt de varer eller tjenesteydelser, der var genstand for overtrædelser af EU's konkurrenceret, eller har købt varer eller tjenesteydelser, der hidrørte fra eller indeholdt dem.
- (23) Denne formodning gælder ikke, hvis overtræderen troværdigt kan påvise over for retten, at overprisen ikke eller ikke helt er overvæltet på den indirekte aftager²⁸. Hvis overtræderen lever op til denne standard, hviler bevisbyrden, med forbehold af anvendelse af faktaformodninger, på sagsøgeren.
- (24) Som et resultat af erstatningsprincippet, praksissen for overvæltning af overpriser og ovennævnte formodninger er det muligt, at der er parallelle erstatningskrav fra aftagere på forskellige niveauer af forsyningskæden. I sådanne situationer bør nationale retter forsøge at undgå både for høje og for lave erstatninger²⁹. Dette kan opnås ved bl.a. at tage behørigt hensyn til alle erstatningssøgsmål, der er relateret til den samme overtrædelse af EU's konkurrenceret, domme afsagt i sådanne erstatningssøgsmål og relevant information på det offentlige område, der er resultatet af håndhævelse af EU's konkurrenceret i den forhåndenværende sag³⁰. Hvor relaterede søgsmål f.eks. er under behandling ved retterne i forskellige medlemsstater, kan de nationale retter anvende artikel 30 i Europa-Parlamentets og

(26) Artikel 14, stk. 2, i erstatningsdirektivet foreskriver en specifik formodning for indirekte aftageres erstatningskrav og diskuteres i yderligere detaljer i punkt (22) ff. nedenfor.

(27) Se artikel 14, stk. 1, og betragtning 41 i erstatningsdirektivet.

(28) Se sidste sætning i artikel 14, stk. 2, i erstatningsdirektivet.

(29) Se artikel 12, stk. 1 og 2, og artikel 15, i erstatningsdirektivet.

(30) Se artikel 15, stk. 1, i erstatningsdirektivet.

UDKAST

Rådets forordning (EU) nr. 1215/2012³¹, som erstatningsdirektivet henviser til³². Denne artikel foreskriver, at andre nationale retter end den, hvor sagen først blev anlagt, kan udsætte sagen eller under visse omstændigheder erklære sig inkompetent.

- (25) Nationale retter bør også benytte procedureressourcer, som de har til rådighed under national lov. Kumulation af krav er et redskab, der henvises til i erstatningsdirektivet³³. Afhængigt af det nationale retssystem kan andre instrumenter anvendes såsom tredjepartsinterventioner og regler for udsættelse.

2.3. Bevisernes rolle

- (26) Den juridiske vurdering af overvæltning kræver typisk en kompleks faktuel og økonomisk analyse. Selv om den nødvendige bevisoptagelse generelt udgør et vigtigt element i ethvert erstatningssøgsmål ved overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF, varierer bevisernes rolle i forbindelse med overvæltning afhængigt af ovennævnte scenarier og det omfang, hvori formodningerne gælder³⁴. Vurderingen og bevisoptagelsen bestemmes af de forskellige fakta, der er relevante og tilgængelige for vurderingen af overvæltning. F.eks. kan udviklingen af faktiske priser, der opkræves af den direkte aftager efter en overpris, direkte bestemmes ved at referere til prislister, som parterne har forelagt.
- (27) Erstatningsdirektivet sigter mod at sikre en effektiv udøvelse af rettigheder og ligevægt ved at foreskrive regler for anmodning om fremlæggelse af beviser. Sådanne regler gælder i begge ovennævnte overvæltningsscenarier. Hvad angår scenariet, hvori overvæltning benyttes som et forsvar, nævner artikel 13 i erstatningsdirektivet specifikt, at sagsøgte med rimelighed kan kræve fremlæggelse af beviser af sagsøgeren eller tredjemænd. I et scenarie, hvori en indirekte aftager søger erstatning, foreskriver artikel 14, stk. 1, i erstatningsdirektivet, at denne indirekte aftager med rimelighed kan kræve fremlæggelse af beviser af sagsøgte eller tredjemænd. Sådanne oplysninger kan være særligt vigtige, fordi aftageren som nævnt ovenfor generelt har byrden af at bevise eksistensen og omfanget af overvæltning.
- (28) Ovennævnte regler for fremlæggelse af oplysninger begrænser anmodninger om oplysninger til den udstrækning, at den part, der bærer byrden af at bevise eksistensen og omfanget af overvæltningen, kun kræver fremlæggelse af beviser i "rimeligt" omfang. Med henvisning til de generelle regler om fremlæggelse af beviser foreskrevet i artikel 5 i erstatningsdirektivet kan den nationale ret kræve, at sagsøgeren har fremsat en plausibel påstand om, at overprisskaden er blevet overvæltet af den direkte aftager til den indirekte aftager. Den anmodende part skal også benytte de fakta, som allerede er "rimeligt" tilgængelige for den. I forbindelse med overvæltning henviser dette til information, der er indsamlet under forretningsforløbet med modparten, eller information, som er rimeligt tilgængelig fra tredjeparter, f.eks. udbydere af markedskendskab.

(31) Europa-Parlamentets og Rådets 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).

(32) Se betragtning 44 og artikel 15, stk. 2, i erstatningsdirektivet.

(33) Betragtning 44 i erstatningsdirektivet.

(34) Se punkt (16) ff. ovenfor.

UDKAST

- (29) Den første sætning i artikel 5, stk. 3, i erstatningsdirektivet foreskriver et princip om proportionalitet i den betydning, at nationale retter " begrænser fremlæggelsen af beviser til, hvad der er rimeligt i forhold til formålet". Dette princip er vigtigt for sagsstyring i erstatningssøgsmål ved overtrædelse af artikel 101 eller 102 i TEUF. Som nævnt ovenfor anvender dommere nationale procedureregler og skal være særligt opmærksomme på effektivitets- og ækvivalensprincipperne. Inden for denne retlige ramme giver proportionalitetsprincippet, som foreskrevet i artikel 5, stk. 3, første punktum, i erstatningsdirektivet, dog dommerne mulighed for at anvende regler for fremlæggelse af beviser med henblik på at tage omkostningerne og fordelene ved at pålægge anmodningen om oplysninger i betragtning. Dette betyder f.eks., at dommere kan nå frem til den konklusion, at det beviser, som parterne fremlægger, allerede giver dem mulighed for at foretage skøn af den andel af overprisen, som blev overvæltet, i stedet for at indsamle flere data. Afhængigt af de tilgængelige instrumenter under den nationale lovgivning kan de også udpege deres egne økonomiske eksperter eller indsnævre de spørgsmål, der skal adresseres af parternes udpegede eksperter. Der kan findes en mere detaljeret vejledning i kapitel 4 nedenfor.
- (30) Modparten kan anmode om beviser via og under streng kontrol af den nationale ret. Anmodningen skal omhandle specifikke genstande eller beviskategorier. Såfremt den nationale ret tager de generelle principper for proportionalitet og beskyttelse af legitime interesser som beskrevet i artikel 5, stk. 3, i erstatningsdirektivet i betragtning, må selv visse stykker af fortrolige oplysninger imidlertid fremlægges for den part, som skal bevise overvæltningseffekterne. Når der pålægges fremlæggelse af sådanne oplysninger, er det afgørende, at retten har foranstaltninger på plads, der kan beskytte de fortrolige oplysninger. Dette kan f.eks. være deling af oplysninger via fortrolighedsringe eller via datarum, hvor parternes repræsentanter får adgang til fortrolige oplysninger, som er relevante for den pågældende sag³⁵.
- (31) Fremlæggelse af beviser i en konkurrencemyndigheds sagsakter kan potentielt være relevant for opgørelsen af overprisen, men er generelt mindre relevant i forbindelse med overvæltning (især fordi overvæltningen af overpriser har at gøre med prissætningsadfærd hos de aftagere, om hvem en konkurrencemyndigheds sagsakter typisk ikke indeholder nogen oplysninger). Som artikel 6, stk. 10, i erstatningsdirektivet foreskriver, er fremlæggelse af beviser fra en konkurrencemyndighed kun sidste udvej.
- (32) Typen af beviser, der er nødvendige for at vise og opgøre overvæltningen, vil i høj grad være afhængig af den økonomiske metode, der anvendes. Som beskrevet i yderligere detaljer nedenfor kan parterne generelt basere deres analyse på økonomisk teori og kvantitativ økonomi. Uden hensyntagen til det faktum, at der er andre måder at kategorisere på, indeles beviser derfor typisk i kvalitative og kvantitative beviser. Selvfølgelig er erstatningsdirektivet gør det klart, at "bevis" betyder alle

(35) Kommissionen benytter datarum for at give parterne i fusions- og kartelsager adgang til fortrolige oplysninger, se f.eks. arbejdsdokumentet fra Kommissionens tjenestegrene "Best practices for the submission of evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFEU in a merger case", punkt 47.

UDKAST

former for beviser, der er tilladt ved den nationale ret³⁶. Dette kan omfatte følgende:

- Kvalitative beviser, der f.eks. indbefatter (i) kontrakter, (ii) interne dokumenter om forretningsadfærd eller prissætningsstrategier, (iii) økonomi- og regnskabsrapporter, (iv) vidneudsagn, (v) ekspertudtalelser samt (vi) brancheundersøgelser og markedsundersøgelser.
 - Kvantitative beviser, der særligt har at gøre med data til brug af økonomiske teknikker³⁷, f.eks. (i) salgspriser, detailpriser og slutforbrugerpriser på det pågældende produkt eller den pågældende tjenesteydelse samt på sammenlignelige produkter eller tjenesteydelser, (ii) økonomirapporter, (iii) ekspertudtalelser, (iv) priser fastsat ved regulering, (v) salgsmængde, (vi) rabatter samt (vii) andre inputomkostninger og omkostningselementer.
- (33) Som det kan udledes af de ikkeudtømmende lister lige ovenfor, kan visse typer af beviser klassificeres som både kvalitative og kvantitative beviser, f.eks. økonomirapporter og ekspertudtalelser.
- (34) Som angivet i artikel 15, stk. 1, i erstatningsdirektivet kan erstatningsøgsmål, der vedrører den samme overtrædelse af EU-konkurrenceretten og relaterede domme også udgøre en informationskilde, som er relevant for opgørelse af overvæltning.

2.4. Opgørelse af overvæltning: Rettens beføjelse til at skønne

- (35) Artikel 12, stk. 5, i erstatningsdirektivet kræver specifikt, at medlemsstaterne ("MS") sikrer, at de nationale retter i overensstemmelse med nationale procedurer har beføjelse til at skønne, hvilken andel af en eventuel overpris der er blevet overvæltet. Sådanne beføjelser dækker alle effekter af overvæltning, det vil sige pris- og mængdeeffekt. Dette følger også af artikel 17, stk. 1, i erstatningsdirektivet, som gælder mere generelt for opgørelsen af skade.
- (36) Når MS'er gennemfører skønnebeføjelsen til at i national lovgivning, skal de også tage hensyn til de regler og principper, der fremsættes i erstatningsdirektivet og den tilgrundliggende retspraksis for EU-Domstolen. Nationale retter skal benytte deres procedureinstrumenter i overensstemmelse hermed. Som nævnt ovenfor skal de specifikt anvende reglerne for bevisbyrden og kravet til bevisets styrke, således at den fulde effektivitet af artikel 101 i TEUF ikke bringes i fare.
- (37) Baseret på effektivitetsprincippet, fastholdt EU-Domstolen f.eks. i *Kone*, at ofrene for såkaldt "umbrella pricing" kan få erstatning for tabet forårsaget af en overtrædelse af EU's konkurrenceret, og angav, at den fulde effektivitet af artikel 101 i TEUF ville blive bragt i fare, hvis national lovgivning kategorisk og uden hensyntagen til specifikke omstændigheder for sagen udelukkede deres ret til at kræve erstatning for forvoldt skade. Ovennævnte sag fremhæver yderligere, at EU's retspraksis og erstatningsdirektivet er relevante for vurderingen af

(36) Se artikel 2, nr. 13), i erstatningsdirektivet, som udtrykkeligt tydeliggør, at begrebet "bevis" inkluderer dokumenter og alle andre genstande, der indeholder oplysninger, uanset på hvilket medium oplysningerne er lagret.

(37) Økonomiske teknikker forklares i afsnit 4.3 nedenfor og i bilag 2.

UDKAST

årsagssammenhængen i erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EU's konkurrenceret. Dette aspekt er vigtigt med hensyn til overvæltningen af overpriser, fordi faktuelle og juridiske spørgsmål typisk opstår, når den direkte aftager til en overtræder påstås helt eller delvist at have overvæltet overprisen til en indirekte aftager.

- (38) Når nationale retter i henhold til nationale procedurer skønner mængden af skade og andelen af overpris, der eventuelt er blevet overvæltet som forudset i erstatningsdirektivet, skal de på samme måde overholde ovennævnte ækvivalens- og effektivitetsprincipper. Hvad angår beføjelsen til at skønne, betyder dette, at nationale retter ikke må afvise indgivelser vedrørende overvæltning, fordi en part er ude af stand til præcist at opgøre effekterne af overvæltningen.
- (39) Beføjelsen til at skønne, jf. artikel 12, stk. 5, og artikel 17, stk. 3, i erstatningsdirektivet, kræver ydermere, at nationale retter først og fremmest baserer deres vurdering på oplysninger, som er rimeligt tilgængelige, og dernæst stræber efter en tilnærmelse af den mængde eller andel af overvæltning, der er plausibel. Dette følger af erstatningsdirektivet, som lægger vægt på eksistensen af informationsasymmetri og anerkender, at skade næppe kan opgøres med perfekt nøjagtighed³⁸. I praksis vil de nationale retter være nødt til at forlade sig på antagelser³⁹.
- (40) Princippet om fuld erstatning kræver ikke desto mindre, at nationale retter afgiver deres bedste skøn. Artikel 101 og 102 i TEUF giver enhver person, som er offer for en overtrædelse af EU's konkurrenceret, retten til at blive stillet, som om overtrædelsen af konkurrenceretten ikke var blevet begået (se punkt (11) ovenfor), hverken mere eller mindre. Af denne grund foreskriver artikel 15, stk. 1, i erstatningsdirektivet, at for lav såvel som for høj erstatning må undgås.
- (41) Udførelsen af skønnet er underlagt national lovgivning. Faktisk har et antal MS'er allerede regler svarende til den skønnebeføjelse, som er angivet i erstatningsdirektivet⁴⁰.

3. ØKONOMISK TEORI FOR OVERVÆLTNING

3.1. Oversigt

- (42) Overvæltning af overpriser og de tilhørende pris- og mængdeeffekter opstår på grund af et firmas incitament til at reagere på stigninger i dets omkostninger ved at hæve priserne. Den oprindelige overpris kan forstås som en stigning i inputomkostningerne for den direkte aftager. For at foretage skøn af

(38) Se betragtning 46 i erstatningsdirektivet. For at adressere sådanne problemstillinger indeholder erstatningsdirektivet bl.a. regler om fremlæggelse af beviser (se punkt (27) ff. nedenfor), muligheden for at bede om assistance fra nationale konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 17, stk. 3, i erstatningsdirektivet og forpligtelsen til at tage andre sager relateret til den samme overtrædelse med i betragtning (se punkt (24) nedenfor).

(39) Praktisk vejledning, punkt 16. Den generelle tilgang til opgørelse af skade i konkurrencesager er også beskrevet i punkt 11-20 i den praktiske vejledning.

(40) Det Forenede Kongeriges nationale retter opgør f.eks. skade "ved brug af en fornuftig fantasi og en bred økse" (*Gibson v Pride Mobility Products Ltd* [2017] CAT 9), i Holland opgør den nationale ret, som tildeler erstatning, mængden af skade i den grad, dette er muligt (se artikel 612 i *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) og foretager skøn den på den måde, der bedst passer med skadens karakteristika (se artikel 6:97 i *Burgerlijk Wetboek*).

UDKAST

overvæltningseffekterne er retten nødt til at overveje, hvordan sådan en omkostningsstigning ville påvirke 1) priserne fastsat af den direkte aftager i de efterfølgende markedsled og 2) mængden leveret af den direkte aftager.

- (43) Nationale retter foretager skøn af overvæltning ud fra omstændighederne i den specifikke sag. Det kan dog være vigtigt for retten at have en generel forståelse af økonomisk teori for overvæltning og de tilhørende effekter af flere årsager. For det første giver økonomisk teori retten en ramme, hvori kvantitative og kvalitative beviser kan vurderes. Disse former for beviser forklares yderligere i afsnit 4.2. For det andet kan økonomisk teori, især på et tidligt stadie i retssagen, hjælpe dommere med at træffe beslutninger i forbindelse med fremlæggelse af data eller oplysninger ved at vurdere deres relevans. Endelig kan teoretiske og begrebsmæssige betragtninger også danne grundlag for at fastslå troværdighed og pålidelighed af forskellige økonomiske forklaringer, der underbygger forbindelsen mellem overpris og overvæltning, som parterne fremlægger.
- (44) I erstatningsdirektivet findes der ikke nogen forskel på skader fra 1) hævede priser (priseffekter) og overvæltningen af sådanne overpriser og 2) nedsat kvalitet af produkter eller hæmmet innovation (ikkepriseffekter) og de potentielle effekter langs forsyningskæden forårsaget af sådanne skader. Retningslinjerne vil ikke dække overvæltning i forbindelse med ikkepriseffekter.
- (45) Ifølge økonomisk teori bestemmes eksistensen og størrelsen af overvæltningseffekterne, det vil sige de tilhørende pris- og mængdeeffekter, af en række faktorer⁴¹. Disse faktorer inkluderer:
- i) Karakteren af inputomkostninger⁴² underlagt en overpris (hvorvidt disse omkostninger er faste eller variable, hvorvidt overtrædelsen kun forøger disse omkostninger for én kunde eller alle kunder på et givet marked)
 - ii) Arten af produktefterspørgslen, som de direkte eller indirekte kunder møder (særligt sammenhængen mellem efterspørgsels- og prisniveauet)
 - iii) Arten og intensiteten af den konkurrencemæssige interaktion mellem firmaerne på markedet, hvor de direkte og indirekte kunder er aktive
 - iv) Som beskrevet i yderligere detaljer i bilag 1, andre elementer såsom kundekarakteristika (forbrugere eller virksomheder), andelen af et firmas forskellige input, der påvirkes af overprisen, købekraft, vertikal integration af direkte og indirekte kunder, prisregulering eller timingen af de prissætningsbeslutninger, der træffes på de forskellige niveauer i forsyningskæden⁴³.
- (46) For det første påvirker arten af inputomkostninger for den direkte aftager, som er underlagt en overpris, hvorvidt og i hvilken grad denne overpris kan overvæltet.

(41) Årsagerne til, at faktorerne angivet i punkt (45) kan være vigtige for bestemmelse af eksistensen og graden af den overvæltningrelaterede pris- og mængdeeffekt, forklares i dette afsnit. En mere detaljeret forklaring af betydningen af hver faktor er givet i bilag 1 sammen med en forklaring af standardprisdannelsesmekanismen.

(42) Dette forklares yderligere i bilag I.

(43) Timing af prissætningsbeslutningerne kan bl.a. påvirke tidshorisonten for overtrædelsen og det potentielt forsinkede tidsmønster for overvæltning af overpriser.

UDKAST

Når overprisen påvirker den direkte aftagers omkostninger, som ikke varierer i henhold til inputmængden (det vil sige faste omkostninger), er den sandsynligvis ikke overvæltet, fordi sådanne omkostninger typisk ikke påvirker den direkte aftagers prissætning, i hvert fald ikke på den korte bane⁴⁴. Når overprisen i modsætning hertil påvirker den direkte aftagers omkostninger, som rent faktisk varierer efter inputmængden (det vil sige variable omkostninger), er det generelt mere sandsynligt, at den er overvæltet i hvert fald i nogen grad. Dette skyldes, at marginalomkostninger (en underkategori af variable omkostninger) typisk påvirker den direkte aftagers prissætningsbeslutninger⁴⁵.

- (47) For det andet påvirker den produktefterspørgsel, som den direkte kunde møder, niveauet af overvæltning. En standardprisdannelsesmekanisme bygger på det faktum, at den efterspørgsel, et firma møder (det vil sige den mængde, det sælger), falder, når firmaet hæver prisen. Det omfang, hvori en direkte aftager hæver sin egen pris, når den står over for en overpris, afhænger af, hvorvidt der sker en voldsom ændring i efterspørgslen på baggrund af en sådan prisændring. Hvis den direkte aftager f.eks. er monopolist, og den efterspørgsel, den møder, er lige så følsom over for en ændring i priser på alle prisniveauer, overvæltet typisk halvdelen af overprisen. Hvis den efterspørgsel, monopolisten møder, falder "mere og mere" (det vil sige i stigende grad), når prisen stiger, overvælter den direkte aftager typisk ikke mere end halvdelen af overprisen. Når den efterspørgsel, en sådan monopolist møder, i modsætning hertil falder "mindre og mindre" (det vil sige i faldende grad), når prisen stiger, overvælter den direkte aftager typisk mere end halvdelen af overprisen.
- (48) For det tredje påvirker arten og intensiteten af den konkurrencemæssige interaktion mellem firmaerne på markedet, hvor overtræderens kunder er aktive, også niveauet af overvæltning. Det er vigtigt at være opmærksom på, at effekten af øget konkurrence på graden af overvæltning afhænger af, hvorvidt den oprindelige overpris kun påvirker den direkte kunde (det vil sige firmaspecifik overpris) eller også konkurrenterne til den direkte kunde (det vil sige overpris i hele branchen). Hvis overprisen kun påvirker én direkte aftager, som er i skarp konkurrence med andre direkte aftagere, er overvæltning mindre sandsynlig sammenlignet med en situation, hvor den eneste påvirkede direkte aftager møder svag konkurrence. Hvis der er overpris i hele branchen, vil et stort antal konkurrerende direkte aftagere imidlertid generelt foretrække en højere overvæltning af overprisen sammenlignet med markeder karakteriseret ved svagere konkurrence⁴⁶.
- (49) Et antal domme fra nationale retter i erstatningssøgsmål har understreget vigtigheden af at overveje, hvordan efterspørgslen reagerer på ændringer i priser, konkurrencens intensitet, og hvorvidt den direkte kundes konkurrenter påvirkes af overprisen⁴⁷.

(44) I det lange løb kan faste omkostninger dog påvirke et firmas strategiske beslutningsanalyse om f.eks. at justere dets produktionskapacitet, hvilket til gengæld muligvis kan påvirke den efterfølgende prisdannelsesmekanisme (på kort sigt).

(45) Se Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT C 31 af 5.2.2004, punkt 80).

(46) Disse forudsigelsesvariabler fra økonomisk teori illustreres og forklares yderligere i eksempel 3 i kapitel 3.2.

(47) Der findes eksempler på domme, der har at gøre med vigtigheden af markedsdynamik, og hvordan efterspørgslen reagerer på ændringer i priser i f.eks. Bundesgerichtshof (Højesteret), afgørelse af 28. juni 2011, sag nr. KZR 75/10 (*ORWI*), punkt 59 og 69, og Regionalretten i Düsseldorf, afgørelse af 19. november 2015, sag nr. 14d O 4/14 (*German Car Glass*), punkt 221.

UDKAST

- (50) For det fjerde kan andre elementer, som nævnt i punkt (45) og i bilag 1, under visse omstændigheder spille en afgørende rolle i den direkte aftagers prisdannelsesmekanisme og dermed for overvæltning af den direkte aftagers overpris. Disse elementer kan f.eks. ikke blot påvirke omfanget af den overvæltningsrelaterede priseffekt, men også mængdeeffekten (f.eks. kan en overpris på ét produkt også påvirke priserne på andre produkter, der sælges af den direkte aftager, når disse produkter er hinandens substitutter), eller hvornår sådanne effekter bliver synlige (f.eks. en forsinket overvæltning af overpriser eller tilfældet, hvor en direkte aftager, som ville stå over for en omkostning ved ændring af sine priser, kan vælge ikke at overvælte en lille overpris på grund af sådanne "menuomkostninger"). Et andet element, som muligvis kan være vigtigt med hensyn til at opgøre overvæltning af en overpris, er, hvorvidt det input, der påvirkes af overprisen, repræsenterer en stor eller lille andel af den direkte aftagers variable omkostninger. Nogle af disse faktorer har også været i betragtning ved nationale retter i sager vedrørende overvæltning⁴⁸.
- (51) Endelig er det også vigtigt at bemærke, at de ovennævnte faktorer påvirker resultatet af et overvæltningsscenarie samtidigt, og at deres indbyrdes afhængighed også bør tages i betragtning. Den relative vigtighed af hver enkelt faktor kan dog variere fra sag til sag.
- (52) Eksistensen og omfanget af overvæltning hænger sammen med tabet af salg, som generelt vil følge enhver stigning i priser. Som beskrevet ovenfor kan dette tab af salg karakteriseres som mængdeeffekten. Mængdeeffekten opstår, fordi aftageren normalt står over for en nedadgående efterspørgselskurve. Hvis den oprindelige overpris overvæltes nedad i forsyningskæden, vil der opstå en mængdeeffekt på alle niveauer af den vertikale kæde. Når erstatningskravet inkluderer erstatning for mængdeeffekter, bør retterne derfor også foretage skøn af en sådan effekt.
- (53) Som nævnt ovenfor kan ethvert offer for en overtrædelse af EU's konkurrenceret kræve fuld erstatning for skade, som har årsagssammenhæng med overtrædelsen. Når overvæltning påberåbes, er det vigtigt at foretage en vurdering af mængdeeffekten for at opgøre skaderne forvoldt af overvæltningen. Et skøn af den samlede skade, som opnås ved blot at trække den overvæltningsrelaterede priseffekt fra overpriseffekten, fører til en undervurdering af skaden forvoldt på den direkte eller indirekte kunde, eftersom der ikke er taget hensyn til mængdeeffekten.
- (54) Den tabte mængde, der stammer fra en overpris, påvirkes af den følsomhed over for efterspørgsel, som aftageren står over for, samt hvordan aftagerens konkurrenter reagerer på overprisen. Hvis aftageren f.eks. står over for en uelastisk efterspørgsel, hvilket vil sige, at dens kunder kun i ringe grad er følsomme over for prisstigninger, vil prisstigningen føre til en relativt lille nedgang i den solgte mængde. Dette vil alt andet lige føre til en mindre mængdeeffekt end i tilfælde med mere elastisk efterspørgsel. Hvis aftagerens konkurrenter på samme tid også hæver deres priser
- (2) _____
Vigtigheden af graden af konkurrence, samt hvorvidt den oprindelige overpris er firmaspecifik eller gælder for hele branchen, håndteres også i et antal domme fra nationale retter, se f.eks. en dansk dom, Sø- og Handelsretten, sag nr. V 15/01, *EKKO* (2002), og en spansk dom, Højesteret, afgørelse af 7. november 2013, sag nr. 5819/2013 (*Nestle and ors v. Ebro Puleva*).
- (48) For et eksempel på en sag vedrørende, hvorvidt overvæltning er sandsynlig, når det input, der påvirkes af overprisen, repræsenterer en lille andel af den direkte aftagers variable omkostninger, se f.eks. en fransk dom, Appelretten i Paris, afgørelse af 27. februar 2014, sag nr. 10/18285 (*DOUX v Ajinomoto & CEVA*). Denne dom er også forklaret yderligere i **Error! Reference source not found.** nedenfor.

UDKAST

efter en overpris, kan dette også reducere konsekvensen af aftagerens egen prisstigning på dennes salg⁴⁹.

3.2. Eksempler

- (55) Eksempel 1 nedenfor beskriver firmaspecifikke overpriser på et marked med stærk konkurrence.

Eksempel 1

Situation: Der er 10 producenter af æblejuice på det samme relevante marked. Én af producenterne skaffer æbler fra en leverandør, som er involveret i et priskartel. Æblejuiceproducenten kræver erstatning som kompensation for en overpris. Den sagsøgte (leverandøren af æbler) forsvare sig dog med overvæltning og argumenterer for, at æblejuiceproducenten har overvæltet hele overprisen til de indirekte aftagere.

Analyse: Æblejuiceproducenten, som har modtaget overprisen, er i stærk konkurrence med ni andre virksomheder om produktion og forsyning af æblejuice. Alle de produkter, der sælges af de 10 virksomheder, er ret homogene for forbrugerne. For så vidt som de andre producenter ikke køber æbler fra kartelmedlemmerne, men er i stand til at købe dem til lavere pris andetsteds, står producenten, der er nødt til at købe fra kartellet, med en konkurrencemæssig ulempe sammenlignet med dens konkurrenter. Æblejuiceproducentens evne til at overvælte prisstigningen vil derfor være begrænset, eftersom den i meget høj grad ville miste salg (og fortjeneste) til sine konkurrenter, hvis den overvælter overprisen, selv kun delvist. Jo stærkere konkurrencen er mellem de 10 æblejuiceproducenter, desto mere begrænset er muligheden for at overvælte stigningen i omkostninger. I dette scenarie vil den direkte kunde derfor normalt ikke være i stand til at overvælte stigningen i omkostninger (overprisen).

- (58) Eksempel 2 nedenfor beskriver en situation med overpriser i hele branchen og intensiteten af konkurrencen.

Eksempel 2

Situation: Alle de 10 producenter af æblejuice i eksempel 1 fremskaffer æbler fra leverandører, der er involveret i et priskartel. Medlemmerne af kartellet påstår, at alle overpriser overvæltet til de indirekte aftagere.

Analyse: Producenterne af æblejuice er lige udsatte for overprisen, og markedet karakteriseres som konkurrencepræget. Eftersom alle producenterne står over for den samme overpris, vil ét firma ikke have en konkurrencemæssig ulempe sammenlignet med de andre firmaer. Det er derfor mere sandsynligt, at hver

(49) Hvis kun aftageren hæver sin pris, vil dennes kunder muligvis skifte til at købe fra konkurrenterne. Hvis konkurrenterne imidlertid også hæver deres priser i en vis grad, er skiftet måske mindre attraktivt for kunderne, således at den første aftagers overordnede salg muligvis reduceres i mindre grad. Det bør dog bemærkes, at hvis nogle eller alle kunder reagerer på en markedsomspændende prisstigning ved helt at stoppe med at købe produktet, kan mængdeeffekten være endnu større end i tilfældet, hvor én aftager hæver prisen.

UDKAST

æblejuiceproducent i høj grad vil overvælde overprisen, i modsætning til tilfældet i eksempel 1 (hvor overprisen er firmaspecifik). Dette kan illustreres ved, at prisen på et perfekt konkurrencepræget marked er lig med marginalomkostninger, og en stigning i omkostningen af et input vil derfor direkte medføre en lige så stor stigning i prisen.

(60) Omfang af overvæltning for monopolister, der møder en anden efterspørgsel

Eksempel 3

Situation: Æblejuiceproducent A er monopolist på markedet for produktion af æblejuice i medlemsstat 1, mens æblejuiceproducent B er monopolist på samme produktmarked i medlemsstat 2. Omkostningen for at producere ét ekstra parti æblejuice er konstant og den samme for A og B.

De to producenter skaffer æbler fra C, en leverandør, som er involveret i et priskartel. Dette medfører, at A og B står over for en overpris på 6 €/æblekasse, de køber fra C.

A og B møder forskellig efterspørgsel fra dagligvarekæderne i hver medlemsstat. I medlemsstat 1 er efterspørgslen lige følsom over for en ændring i priser for alle prisniveauer (det vil sige, at efterspørgslen er lineær, se også Tekstboks 9). Dette er ikke tilfældet i medlemsstat 2. Der falder efterspørgslen "mindre og mindre" (det vil sige i faldende grad), når priserne stiger (det vil sige, at efterspørgselskurven er konveks, se også Tekstboks 9). A og B kræver erstatning fra C (medlemmet af kartellet) for skaden forårsaget af overprisen. C forsvarer sig med overvæltning og påstår, at A og B vil overvælde halvdelen af overprisen.

Analyse: Monopolisterne i medlemsstat 1 og 2 står over for forskellig efterspørgsel fra dagligvarekæderne i hver MS. Deres omkostninger ved produktion af ét ekstra parti æblejuice er konstant. Overprisen på 6 €/æblekasse betragtes som en stigning i marginalomkostninger for dem begge. Efter en sådan stigning i omkostninger vil muligheden for at justere priserne opad afhænge af, hvor meget output hver af dem er nødt til at ofre for at overvælde en vis mængde af omkostningsændringen, det vil sige hæve priserne. Hvis den mængde, der mistes, når priserne hæves, er relativt lav, bliver prisstigningen mere attraktiv sammenlignet med en situation, hvor tabet af mængde er højt. Tabet af mængde ved forhøjelse af priser er relateret til krumningen af den efterspørgsel, monopolisten møder, det vil sige, hvorvidt efterspørgslen er lineær, konveks eller konkav. Dette forklares også yderligere i Tekstboks 10 nedenfor.

Hvad angår monopolist A i medlemsstat 1, forudser den økonomiske teori, at en sådan monopolist vil overvælde halvdelen af overprisen, det vil sige 3 €. Da monopolist B møder en konveks efterspørgsel, vil den resterende efterspørgsel imidlertid blive mindre prisfølsom, som prisen stiger. Sammenlignet med A (som møder lineær efterspørgsel) vil B miste mindre mængde, når priserne hæves med 3 €. Dette antyder, at B vil have et incitament til at overvælde mere end halvdelen af den oprindelige overpris.

UDKAST

4. OPGØRELSE AF OVERVÆLTNING RELATERET TIL PRIS- OG MÆNGDEEFFEKTER

4.1. Indledning

- (62) Erstatning for forvoldt skade sigter mod at stille den skadevoldte part, som om overtrædelsen ikke havde fundet sted. For at kunne vurdere denne stilling er man nødt til at sammenligne den observerede situation, det vil sige en situation, hvor overtrædelsen fandt sted, med en hypotetisk situation, altså en situation, hvor overtrædelsen ikke fandt sted. Denne hypotetiske situation henvises til som det "kontrafaktiske scenarie".
- (63) Formålet med at opbygge et kontrafaktisk scenarie er at isolere overtrædelsens effekt fra andre faktorer, der påvirker priser, som ville have haft indflydelse på priserne på det påvirkede marked, selv hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted⁵⁰. En stigning i efterspørgsel vil f.eks. typisk medføre en prisstigning, selv uden et kartel. Direkte og indirekte aftagere skal ikke have erstatning for den effekt. Derfor kræver opbygning af et kontrafaktisk scenarie, at der kontrolleres for faktorer, som ikke har forbindelse til overtrædelsen⁵¹.
- (64) Eftersom det kontrafaktiske scenarie er hypotetisk, kan det ikke observeres direkte. Som beskrevet nedenfor er der udviklet forskellige metoder og teknikker inden for økonomi og retspraksis for at fastlægge det kontrafaktiske scenarie. Disse metoder og teknikker varierer med hensyn til de underliggende antagelser og den nødvendige slags data.
- (65) I et givet tilfælde vil valget af teknik normalt afhænge af en række aspekter. Som forklaret i afsnit 2 ovenfor skal de nationale retter overholde principperne for effektivitet og proportionalitet, når de foretager skøn af andelen af overpris, der overvælttes. Ydermere kræver skønsbeføjelsen, at de nationale retter for det første baserer deres vurderinger på de oplysninger, der er rimeligt tilgængelige, og for det andet bestræber sig på at lave et skøn over den mængde eller andel af overvæltning, som er plausibel.
- (66) Hvis sagsøgeren og den sagsøgte f.eks. benytter forskellige metoder, og anvendelsen af disse metoder fører til modsigende resultater, er det normalt ikke passende at betragte den skønnede overvæltning som gennemsnittet af de to resultater, og det ville heller ikke være passende at regne med, at de to modsigende resultater annullerer hinanden, forstået på den måde, at der bør ses bort fra begge metoder. Som nævnt i den praktiske vejledning vil det i sådan et scenarie være

(50) Det bør bemærkes, at nødvendigheden af at konstruere et kontrafaktisk scenarie ved vurdering af overvæltning er i tråd med retspraksis ved EU-Domstolen for overvæltning i forbindelse med godtgørelse af ulovlige afgifter og toldsatter opkrævet af MS, se EU-Domstolen 4. oktober 1979, C-238/78 (*Ireks-Arkady mod Rådet og Kommissionen*), EU:C:1979:226, punkt 14; EU-Domstolen 21. december 2000, C-441/98 (*Michailidis*) EU:C:2000:479, punkt 33 ff.; EU-Domstolen 6. september 2011, C-398/09 (*Lady & Kid med flere*) EU:C:2011:540. I EU-Domstolen 9. december 2003, sag C-129/00 (*Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik*), EU:C:2003:319, punkt 78, pointerede generaladvokaten det faktum, at et kontrafaktisk scenarie ville være nødvendigt for at vide, hvad der ville været sket med priserne i de efterfølgende markedsled i fraværet af den oprindelige overpris.

(51) Se den relaterede diskussion i punkt (79).

UDKAST

mere passende at undersøge årsagerne til de afvigende resultater og overveje hver metodes styrker, svagheder og gennemførelse⁵².

- (67) Følgende afsnit giver et overblik over forskellige teknikker til skøn af overvælningsrelaterede pris- og mængdeeffekter. Som forklaret nedenfor varierer teknikkerne i kompleksitet og nødvendige data, fra analyser baseret på kvalitative beviser på den ene side til økonometriske teknikker⁵³ baseret på kvantitative data på den anden side. Under alle omstændigheder skal tilgangen til skøn være i tråd med de gældende regler i den nationale lovgivning og underlagt principperne om ækvivalens og effektivitet⁵⁴.
- (68) I denne kontekst er der ikke nogen teknik, der kan fremhæves som den, der altid vil være bedre egnet end andre. Brugen af økonometriske modeller er et eksempel på dette. I de fleste tilfælde kan implementeringen af sådanne teknikker øge et skøns grad af nøjagtighed. Sådanne teknikker kræver dog normalt en betydelig mængde data, hvilket ikke altid er tilgængeligt. Derfor kan indsamlingen af data og deres økonomiske analyser indebære betragtelige omkostninger, som kan være ude af proportioner med det beløb, der kræves i erstatning.
- (69) De omkostninger, der skal medregnes i denne kontekst, er muligvis ikke kun dem, der pålægges, når den part, der bærer bevisbyrden, anvender en bestemt metode, men også modpartens omkostninger til at modbevise et fremlagt bevis, tredjeparters omkostninger samt retssystemets omkostninger, når retten foretager skøn af overvælning, inklusive omkostninger til en eventuel økonomisk ekspert udpeget af retten. Hvis ovennævnte omkostninger er for høje, kan det blive praktisk talt umuligt eller alt for vanskeligt at udøve retten til fuld erstatning⁵⁵.
- (70) Når nationale retter foretager skøn af overvælningseffekterne, kan de benytte direkte beviser, som er relevante for sagen. Dette kan f.eks. være interne dokumenter eller andre dokumenter af kvalitativ art fremskaffet af den direkte eller indirekte aftager vedrørende relationen mellem overprisen og ændringerne i deres egne priser. Hvis denne type beviser er tilgængelige, kan retten finde det tilstrækkeligt til at skønne overvælningseffekterne (pris- og mængdeeffekter) ved at medtage kvalitative beviser eller foretage justeringer af de kvantitative data uden brug af en regressionsanalyse. Dermed kan tilgængeligheden af kvalitative beviser spille en vigtig rolle, når en ret beslutter, hvorvidt nogen eller hvilke af de kvantitative teknikker fremsat i følgende afsnit kan benyttes af en part til at overholde det påkrævede krav til bevisstyrke under den gældende lovgivning⁵⁶.
- (71) Som illustreret i Figur 5 i bilag 1 stammer skadens tre komponenter fra overprisen, den overvælningsrelaterede priseffekt og den overvælningsrelaterede mængdeeffekt. Dommere og økonomiske eksperter kan vælge at foretage skøn af de tre komponenter af erstatning efter hinanden. Opgørelse eller skøn af overprisen udgør første skridt. Der kan anvendes en række forskellige metoder til at opnå et

(52) Se også den praktiske vejledning, punkt 125.

(53) Se konceptet om økonometriske teknikker, som forklares yderligere i afsnit 4.3 nedenfor og i bilag 2.

(54) Se punkt (9) ovenfor.

(55) Vigtigheden af effektivitetsprincippet understreges også i den praktiske vejledning i forbindelse med skøn af overpriser.

(56) Dette pointeres også i den praktiske vejledning, punkt 14.

UDKAST

skøn af denne effekt. Disse metoder beskrives mere detaljeret i den praktiske vejledning.

- (72) Det andet skridt indebærer skøn af størrelsen af den overvæltningrelaterede priseffekt. Der kan foretages direkte skøn af denne effekt ved at anvende lignende metoder som ved opgørelse af overprisen eller, hvis visse antagelser er opfyldt, indirekte ved at fremskaffe et skøn over hastigheden, hvormed stigningen i den påvirkede inputomkostning burde have været overvæltet, og kombinere dette skøn med oplysninger om overprisen og salget. Afsnit 4.3.1 til 4.3.2 giver et overblik over forskellige fremgangsmåder til opgørelsen af disse effekter.
- (73) I et tredje skridt foretages der skøn af de overvæltningrelaterede mængdeeffekter. Ligesom for den overvæltningrelaterede priseffekt kan der foretages direkte eller indirekte skøn af mængdeeffekten. Forskellige fremgangsmåder til opgørelsen af disse effekter behandles i afsnit 4.4.2 og 4.4.3.
- (74) Der kan også benyttes andre fremgangsmåder, f.eks. en holistisk tilgang, der samtidigt gør rede for både overvæltning- og mængdeeffekter, til at opgøre skaden i erstatningssøgsmål for overtrædelse af EU's konkurrenceret ved nationale retter.

4.2. Nødvendige data og oplysninger ved opgørelse af overvæltningseffekter

- (75) Som forklaret i afsnit 2.2 sigter erstatningsdirektivet mod at sikre en effektiv udøvelse af rettigheder og ligevægt ved at foreskrive regler, der regulerer fremlæggelsen af beviser. Data og oplysninger, der befinder sig hos tredjeparter, er vigtige faktorer med hensyn til udførelse af en fornuftig økonomisk analyse af overvæltning. Det kan derfor være et nyttigt første skridt at identificere behovet og tilgængeligheden af data ved opgørelse af den overvæltningrelaterede priseffekt.
- (76) Som nævnt ovenfor er det vejledende princip ved opgørelse af overvæltning i denne kontekst sammenligningen af det faktiske scenarie med det scenarie, der ville have fundet sted uden overtrædelsen, det vil sige det kontrafaktiske scenarie. Indsamlingen af data og oplysninger bør derfor fokusere på indsamlingen af de kvantitative og kvalitative beviser, som er relevante for opbygningen af det kontrafaktiske scenarie.
- (77) Det vil normalt kræve godt kendskab til den pågældende branche og de fremherskende markedskarakteristika at træffe et valg vedrørende den nødvendige type data i den forhåndenværende sag. Derfor kan det være nyttigt først at medtage dokumenter, som indikerer sandsynligheden for overvæltning til at starte med såsom eksisterende retsafgørelser, parallelle civile sager på det samme eller et andet niveau af forsyningskæden på det samme marked, markedsundersøgelser eller afgørelser fra konkurrencemyndigheder, der beskriver den relevante markedsdynamik.
- (78) Som påpeget ovenfor kan retten være nødt til at tage både kvalitative og kvantitative beviser i betragtning. Kvalitative beviser, f.eks. interne dokumenter om prissætning, strategi, kontrakter og regnskaber, kan analyseres i sammenhæng med økonomisk teori. Det kan også give oplysninger om, hvorvidt der er bevis for eller en forbindelse mellem prissætningen i efterfølgende markedsled og overprisen i tidligere markedsled, som stammer fra overtrædelsen.

UDKAST

- (79) For at kunne opbygge et kontrafaktisk scenarie og kontrollere for forskellige faktorer, der påvirker overvæltning, har parterne i de fleste tilfælde imidlertid behov for kvantitative beviser. Sådanne beviser kan inkludere data om faktiske priser, omkostninger eller marginer samt eksterne indikatorer, som vil påvirke firmaers prissætningsbeslutninger, f.eks. sammenlagte metoder til økonomisk aktivitet (inklusive GDP-vækst, inflation og beskæftigelsesgrad). I visse tilfælde kan regionale variabler for økonomisk aktivitet være nyttige til at kontrollere for forskellige regionale tendenser, som ikke har noget at gøre med overtrædelsen.
- (80) Retten kan også medregne flere branche- eller firmaspecifikke faktorer, der påvirker prisdannelsen. I det hypotetiske eksempel i Tekstboks 1 ovenfor gælder det f.eks., at hvis plastik også havde været et essentielt input for fremstillingen af ledningsnet i løbet af den overtrædelsesperiode, hvor kobberproducent A havde aftalt med sine konkurrenter at fastsætte priserne på kobber, som er det primære input for ledningsnetleverandør B, er det sandsynligt, at B også ville have overvæltet en stigning i priser på plastik, som ikke var ramt af en overtrædelse af EU's konkurrenceret, til sin kunde. I dette tilfælde kan et skøn af overvæltning, som ikke tager hensyn til effekterne relateret til stigningen i priser på plastik, føre til væsentlig overvurdering af overvæltningen af overprisen ved med urette at tilskrive hele prisstigningen til overtrædelsen. Samme ræsonnement gælder for potentielle fald i andre inputomkostninger, som, hvis de ikke medregnes og overvæltet længere ned i forsyningskæden, kunstigt vil nedbringe den skønnede overvæltning af kartellets overpris.
- (81) Relevansen af data varierer ikke kun efter den anvendte metodologi eller teknik, men afhænger også af den forhåndenværende sag. De forskellige krav til hver metode beskrives i yderligere detaljer nedenfor. I følgende eksempler fokuserer anvendelsen af metoder på prisen. Afhængigt af tilgængeligheden af data og omstændighederne i en given sag kan retten også overveje de samme metoder til at foretage skøn af andre økonomiske variabler såsom fortjenstmarginer eller en virksomheds omkostningsniveau. De data, der benyttes til at sammenligne det påvirkede marked med det kontrafaktiske scenarie, kan relatere til hele markedet (f.eks. gennemsnitsprisen på ledningsnet for alle kunder i andre produktmarkeder eller geografiske markeder) eller til visse kunder eller kundegrupper.
- (82) Ved påbud om fremlæggelse af data under national lovgivning skal retten tage hensyn til principperne for rimelighed og proportionalitet som angivet i erstatningsdirektivet⁵⁷. I tråd med disse principper kan retten f.eks. overveje tilgængeligheden, mængden og omkostningen ved indhentning og muligvis sletning af data⁵⁸ eller mere generelt tidsforbruget.
- (83) I mange tilfælde, hvor overvæltning af overpriser vurderes, kan økonomiske eksperter være involverede i erstatningssøgsmål ved nationale retter. Reglerne for ekspertudsagn varierer betydeligt mellem MS'erne⁵⁹. Nationale retter kan ikke desto

(57) Se punkt (28) og (29) ovenfor.

(58) Datasletning henviser til processen for detektion og fjernelse af logiske uoverensstemmelser i data.

(59) F.eks. beskæftiger retter i Frankrig, Holland og Det Forenede Kongerige sig i høj grad direkte med økonomiske eksperter udpeget af parterne. I andre medlemsstater, f.eks. Belgien, Danmark, Tyskland, Ungarn og Italien, har retterne i mange tilfælde opsøgt rådgivning fra eksperter udpeget af retten. Der findes også variationer i national lovgivning med hensyn til, hvem eksperter er forpligtet til at rådgive. I nogle medlemsstater, f.eks. Det Forenede Kongerige og Irland, er eksperter forpligtet til at rådgive retten, selv hvis deres honorarer betales af parterne. I Spanien er eksperter udpeget af parterne

UDKAST

mindre finde det nyttigt at få vejledning i generelle principper og redskaber, som er relevante for inddragelsen af økonomiske eksperter. Under alle omstændigheder bør de anvende nationale procedurer på en sådan måde, at brugen af ekspertvidneudsagn håndteres med et mål om at sikre en effektiv og forholdsmæssig anvendelse af EU-lovgivningen.

- (84) Tidligt i retssagen kan retten facilitere en diskussion mellem eksperter, der repræsenterer de involverede parter. Sådanne diskussioner kan sigte mod at indsnævre områder, hvor der er enighed eller uenighed om anliggender, der er relevante for sagen, herunder problemstillinger vedrørende krav om fremlæggelse af oplysninger. Et eksempel på en sådan tilgang gives i Tekstboks 3 nedenfor.

Tekstboks 3: Eksempel på en sag, hvor økonomiske eksperter fremlagde beviser⁶⁰

I en sag under behandling ved en ret i Det Forenede Kongerige havde økonomiske eksperter, der repræsenterede hver sin side (overtræderen og sagsøgeren) foreslået hver sin metode til skøn af overvæltning. Dommeren udtrykte betænkelighed ved ekspertudsagnenes potentielle kompleksitet og bad parternes "eksperter" om at nå til enighed om den foreslåede tilgang til økonomiske beviser for overvæltningen, før der blev påbudt nogen fremlæggelse af oplysninger. Hvis eksperterne ikke nåede til enighed om fremgangsmåden, ville dommeren høre forslag til de respektive fremgangsmåder, herunder en forklaring på, hvad hver ekspert foreslog, de påkrævede oplysninger og omkostningerne ved udførelsen, og dernæst beslutte, hvilken metode der skulle anvendes.

- (85) I nogle jurisdiktioner kan nationale retter udpege økonomiske eksperter, som assisterer dommeren i forbindelse med skøn af overvæltningen, og de har traditionelt benyttet denne tilgang til at foretage skøn af den oprindelige overpris. Som forklaret nedenfor kan retten anvende en lignende fremgangsmåde ved skøn af overvæltning, f.eks. ved at benytte såkaldte komparatorbaserede metoder. Erfaringerne fra brug af eksperter udpeget af retten til skøn af overprisen kan derfor også være relevante for skønnet af overvæltning. Der gives et eksempel på en fremgangsmåde, hvor retten har udpeget en økonomisk ekspert, i Tekstboks 4 nedenfor.

Tekstboks 4: Eksempel på en sag⁶¹, hvori retten udpeger en økonomisk ekspert

I denne sag blev en økonomisk ekspert udpeget af retten. Ekspertens opgave var at foreslå en metode og efterfølgende opgøre overprisen. Som det første skridt foreslog eksperten en empirisk metode til foretage skøn af overpriserne. Fremgangsmåden, som eksperten foreslog, blev diskuteret i skriftligt format og

- (2) _____
forpligtet til at fungere objektivt og uafhængigt, mens der i andre medlemsstater som Tyskland og Italien ikke findes et sådant udtrykkeligt krav.

(60) Landsretten i England og Wales, *Emerald Supplies mod British Airways Plc*, HC-2008-000002.

(61) Landsretten i Düsseldorf, afgørelse af 26. juni 2009, sag nr. VI-2a Kart 2 – 06/08 (*Zement*).

ved mundtlige høringer, før retten besluttede, hvilken fremgangsmåde der skulle anvendes.

Som det næste skridt blev den valgte metode anvendt, og overpriserne blev beregnet. De underliggende data, der benyttes til beregningerne, blev forelagt for retten og parterne.

Det tredje skridt bestod af et robusthedstjek, hvor forskellige parter (de sagsøgte, statsadvokaten og den nationale konkurrencemyndighed) fik muligheden for at fremsætte kommentarer og stille spørgsmål. Disse kommentarer blev taget i betragtning i en endelig vurdering afgivet til retten. Den endelige vurdering omhandlede også sandsynligheden for de skønnede resultater, robustheden af de skønnede effekter og kvaliteten af de underliggende data.

- (89) I en sag, hvor de økonomiske eksperter, der repræsenterer parterne, har modstridende meninger om, hvilken fremgangsmåde der skal anvendes til at foretage skøn af overvæltningen, kan den nationale ret også søge rådgivning fra den nationale konkurrencemyndighed vedrørende hvilken metode, der skal anvendes⁶². For at vurdere graden af overvæltning kan en national ret desuden også i princippet bero på oplysninger inkluderet i en afgørelse truffet af en konkurrencemyndighed, f.eks. vedrørende den oprindelige overpris⁶³.
- (90) Skønnet af overvæltningsrelaterede priseffekter er baseret på en analyse af firmaers finansielle oplysninger eller data. Sådanne data er ofte historiske, men i nogle tilfælde kan de involverede data være forretningsmæssigt følsomme for de involverede parter i en given sag, hvorfor de betragtes som fortrolige oplysninger. Som forklaret i afsnit 2 ovenfor kan retten dog udstede en kendelse på fremlæggelse af beviser, der indeholder fortrolige oplysninger, såfremt der er fastlagt foranstaltninger til at beskytte de fortrolige oplysninger.

4.3. Opgørelse og skøn af overvæltningsrelaterede priseffekter

- (91) Ved skøn af den overvæltningsrelaterede priseffekt kan nationale retter bero på forskellige typer af økonomiske fremgangsmåder til opgørelse, især den direkte fremgangsmåde, som beskrives i punkt (92) ff. nedenfor, men også den indirekte fremgangsmåde⁶⁴, som beskrives i punkt 4.3.2.1 ff. nedenfor.

(62) Det følger af artikel 17, stk. 3, i erstatningsdirektivet, at en national konkurrencemyndighed i forbindelse med et erstatningssøgsmaal efter anmodning fra en national ret kan bistå denne nationale ret med hensyn til at opgøre skaden, hvis den nationale konkurrencemyndighed finder det hensigtsmæssigt.

(63) I en dom ved Handelsretten i Nanterre, sag nr. 2004FO22643, *Arkopharma mod Group Hoffman La Roche*, 2006, henviste en fransk ret f.eks. til Europa-Kommissionens konklusioner i sag COMP/E-1/37.512, *Vitamins*, hvad angår kartellets konsekvens for markedet og forbrugerne, for at understøtte konklusionen om, at overvæltning til forbrugerne sandsynligvis havde fundet sted.

(64) Den indirekte fremgangsmåde beror bl.a. på den stærke antagelse om, at ændringer i inputomkostninger overvælttes i samme grad, uanset relevansen af inputomkostningerne og omfanget af ændringen i sådanne inputomkostninger. Som der forklares yderligere i punkt **Error! Reference source not found.** nedenfor, bør den indirekte fremgangsmåde normalt kun overvejes, hvis antagelsen er plausibel baseret på sagens fakta.

4.3.1. Direkte fremgangsmåder – komparatorbaserede metoder

- (92) Den overvæltningrelaterede priseffekt på forskellige stadier af forsyningskæden kan beregnes ved direkte at foretage skøn af den stigning i priser eller den ændring i margin, som er resultatet af den oprindelige overpris' indvirkning.
- (93) Komparatorbaserede metoder har den fordel, at de bruger virkelige data observeret på det samme eller et lignende marked⁶⁵. De beror på det faktum, at komparatorscenariet kan anses som repræsentativt for scenariet uden overtrædelse. Det afhænger af nationale retssystemer, hvorvidt lighedsniveauet mellem markedet, hvor overtrædelsen fandt sted, og komparatormarkederne anses som værende tilstrækkeligt til, at resultaterne af sådan en sammenligning kan benyttes til opgørelse af overvæltning⁶⁶.

4.3.1.1. Metoder

- (94) Nationale retter kan benytte forskellige fremgangsmåder ved skøn af den overvæltningrelaterede priseffekt ved at benytte den direkte metode. Afhængigt af datatilgængelighed kan retten foretage skøn af prisstigningen i de efterfølgende markedsled, som er forårsaget direkte af stigningen i omkostninger, eller udlede overvæltning ved hjælp af margindata⁶⁷. Hvis den første fremgangsmåde anvendes, kan retten foretage skøn af forskellene mellem de observerede og kontrafaktiske priser ved hjælp af de samme metoder, der bruges til at beregne den oprindelige overpris, det vil sige komparatorbaserede metoder til opgørelse af overprisen.
- (95) Som forklaret ovenfor bør de teknikker og metoder, der anvendes til skøn af overvæltning, kontrollere for andre faktorer end den, der stammer fra overtrædelsen. Ideelt set ville man sammenligne det påvirkede marked med det præcist samme marked uden overtrædelsen. Som det påpeges i den praktiske vejledning, er det imidlertid generelt ikke muligt at vide, nøjagtigt hvordan et marked ville have udviklet sig i fraværet af en overtrædelse. Derfor skal et "lignende" marked i praksis prøves som en komparator.
- (96) Komparatormarkeder kan variere fra markedet med overtrædelsen i to henseender, enten hvad angår tidsdimensionen eller produktdimensionen. En sammenligning over tid betyder, at markedet med overtrædelsen sammenlignes med sig selv på et andet tidspunkt. En sammenligning ved produkt betyder, at markedet med overtrædelsen sammenlignes med enten det samme marked, men på et andet geografisk sted, eller et andet produktmarked, som menes at udvikle sig på en måde, der minder om markedet med overtrædelsen⁶⁸.

(65) Dette faktum fremhæves i den praktiske vejledning, punkt 37, og retspraksis for skøn af overpriser citeret deri. For så vidt angår skøn af overpriser har en tysk ret det synspunkt, at sammenlignelige metoder kan være at foretrække sammenlignet med andre fremgangsmåder, se Landsretten i Düsseldorf, sag VI-2a Kart 2 – 06/08, 2009, punkt 469 ff.

(66) Den praktiske vejledning behandler denne problemstilling i konteksten af vurdering af overpriser, se. f.eks. punkt 37 og 59-95.

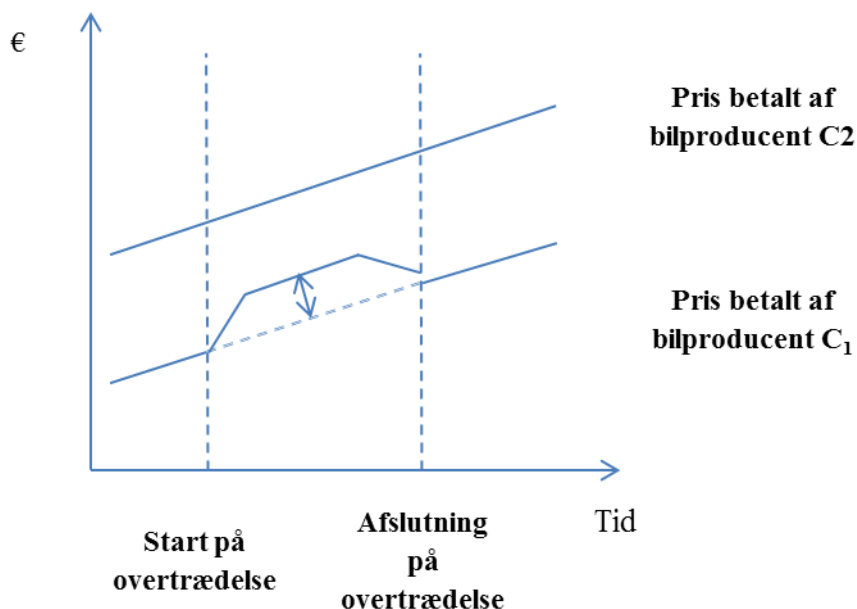
(67) Fremgangsmåder, der benytter margindata, forklares i yderligere detaljer i afsnittet om skøn af mængdeeffekten nedenfor.

(68) Hvis komparatormarkeder i andre lande tages i betragtning til et kontrafaktisk scenarie, bør den nationale ret også huske på mulige forskelle i lovgivningen. Dette er særligt vigtigt, når det kommer til regulerede markeder, f.eks. lægemidler eller energi.

UDKAST

- (97) Den metode, der bør benyttes, er ideelt set den, der kombinerer de to dimensioner, det vil sige tidsdimensionen og produktdimensionen. Denne metode kaldes "forskkel-i-forskelle". Den ser på udviklingen af den relevante økonomiske variabel på det marked, der er påvirket af overvæltningen i en bestemt periode (forskkel over tid på overvæltningsmarkedet), og sammenligner den med udviklingen af den samme variabel i den samme tidsperiode på et upåvirket komparatormarked (f.eks. på et andet geografisk marked).
- (98) For at illustrere, hvordan denne metode kan anvendes, er det nyttigt at betragte de stiliserede eksempler med kobberkartellet illustreret i Figur 1 og Figur 3 nedenfor.
- (99) Hvis man i en hypotetisk sag antager, at bilproducent C_1 i medlemsstat 1 (den indirekte aftager) kræver erstatning fra kobberproducent A_1 (overtræderen) som forklaret i punkt (19), stammer enhver skade, C_1 lider, fra overvæltningen af overpriser fra ledningsnetleverandør B_1 . Anvendelse af en forskel-i-forskelle-fremgangsmåde ville indebære en vurdering af udviklingen af den pris, bilproducent C_1 i medlemsstat 1 (markedet med en overvæltningsrelateret effekt) betaler i en bestemt periode, og en sammenligning med udviklingen af den pris, bilproducent C_2 i medlemsstat 2 (upåvirket af overtrædelsen og derfor uden overvæltningsrelaterede priseffekter) betaler i den samme tidsperiode. Sammenligningen viser forskellen mellem disse to forskelle over tid. Dette giver et skøn af ændringen i prisen betalt af bilproducenten, eksklusive alle de faktorer, der påvirker markederne i både medlemsstat 1 og medlemsstat 2 på samme måde. Metoden isolerer dermed den overvæltningsrelaterede priseffekt fra andre påvirkninger af prisen på ledningsnet, som er fælles for begge markeder. Denne fremgangsmåde er illustreret i Figur 1 nedenfor.

Figur 1: Illustration af forskel-i-forskelle-fremgangsmåden



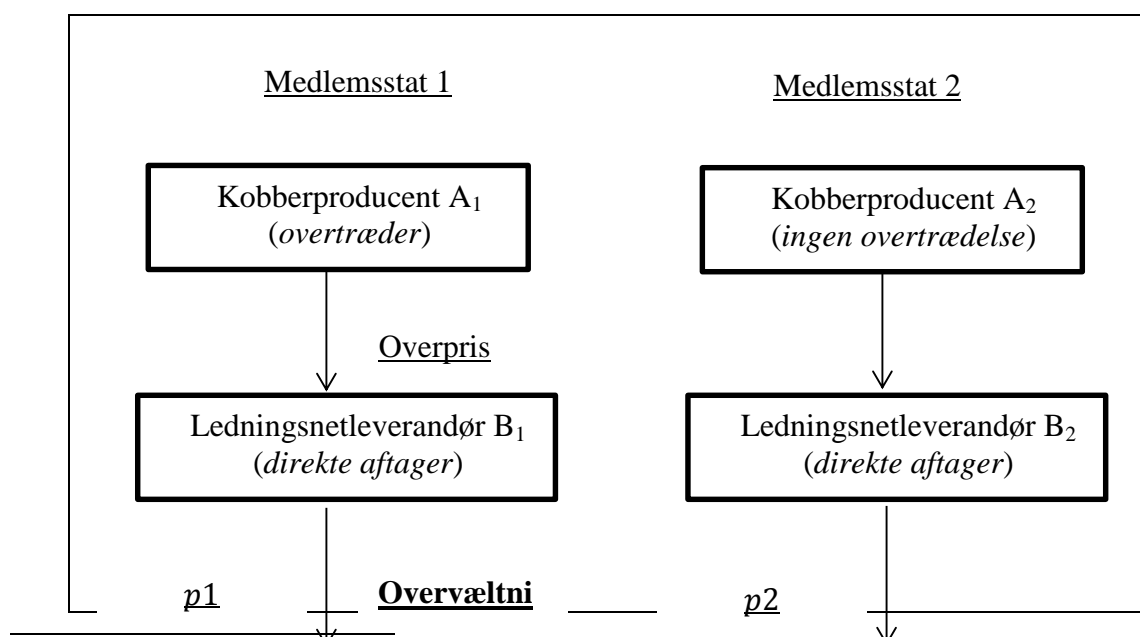
- (100) Et simpelt eksempel udledt af eksemplet med kobberkartellet omtalt i punkt (6) ovenfor kan illustrere metoden. Antag, at en sammenligning før, under og efter viser en stigning i enhedsprisen på ledningsnet på 100 € i medlemsstat 1 (hvor

UDKAST

overtrædelsen og overvæltningen fandt sted) mellem 2005 og 2010. Et kig på det upåvirkede marked i medlemsstat 2 over den samme periode viser, at enhedsprisen på ledningsnet kun er steget 10 € som følge af en stigning i en anden inputomkostning, f.eks. plastik. Antager vi, at den højere inputomkostning (på plastik) også berørte medlemsstat 1, vil en sammenligning af den forskellige udvikling af priser på ledningsnet i medlemsstat 1 og 2 indikere, at prisstigningen skyldes overvæltningseffekten. I eksemplet ville dette være 90 €.

- (101) En væsentlig styrke ved denne metode er derfor, at den kan frasortere ændringer, der ikke har at gøre med den overvæltningsrelaterede priseffekt, der fandt sted i den samme periode som overvæltningen. Den hviler dog på antagelsen om, at andre faktorer – i ovenstående eksempel prisen på plastik – påvirker markedet på samme måde. Hvis dette ikke er tilfældet, kan en økonometrisk implementering af forskel-i-forskelle-teknikken være nødvendig. Sådanne fremgangsmåder beskrives nærmere nedenfor.
- (102) Som det påpeges i den praktiske vejledning⁶⁹, kan andre metoder også anvendes til at opbygge et kontrafaktisk scenarie. De er især nyttige, hvis historiske data om priser, enten på markedet med overtrædelsen eller komparatormarkedet, ikke er tilgængelige. Dette betyder i praksis, at det kan være umuligt at observere prisudvikling over tid på komparatormarkedet eller markedet med overtrædelsen. I et sådant tilfælde kan en anden komparatorbaseret metode anvendes, nemlig en metode, som sammenligner forskellige geografiske markeder. Som vist i Figur 2 nedenfor kan en national ret f.eks. sammenligne priser betalt af bilproducent C_1 i overtrædelsesperioden i medlemsstat 1 ($p1$) med gennemsnitsprisen betalt af lignende bilproducenter i medlemsstat 2, det vil sige på et separat geografisk marked, som ikke er påvirket af overtrædelsen ($p2$). Denne metode kaldes tværmarkedssammenligning⁷⁰.

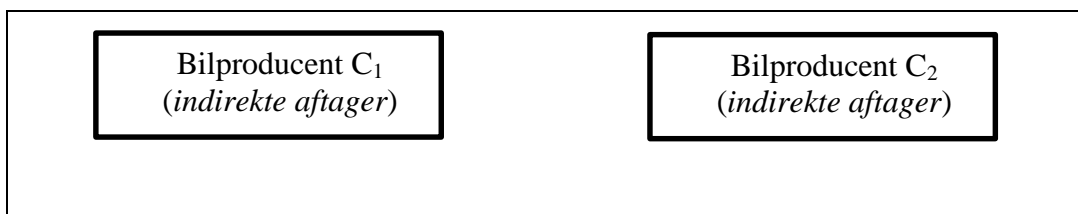
Figur 2: Komparatorbaserede metoder til opgørelse af overvæltning



(69) Se den praktiske vejledning, punkt 49 ff.

(70) Denne metode er hyppigt anvendt til at vurdere den oprindelige overpris i erstatningssøgsmål, jf. f.eks. sagerne citeret i fodnote 45 i den praktiske vejledning.

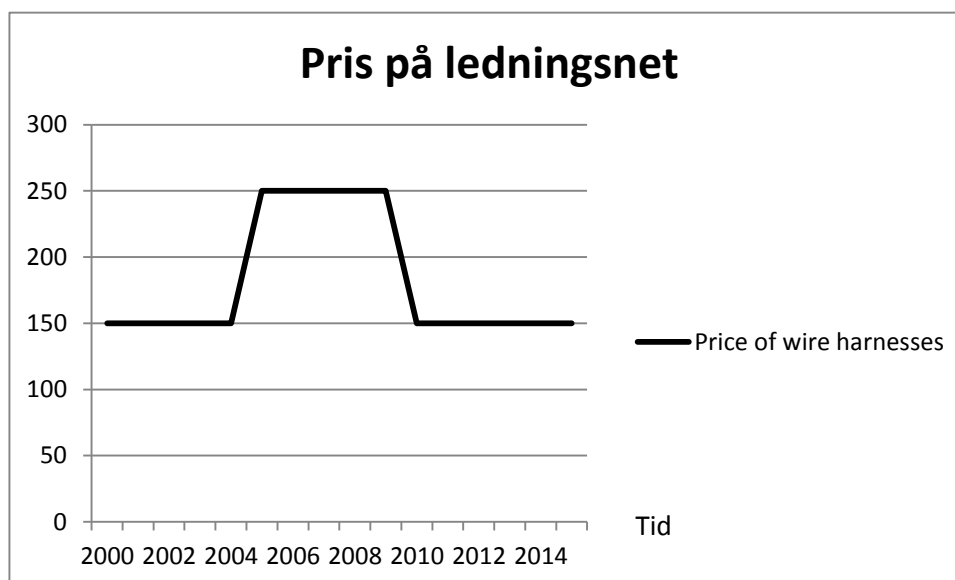
UDKAST



(103) Hvis p_1 findes at være højere end p_2 , indikerer dette en overvæltningsrelateret pris effekt fra ledningsnetleverandør B_1 til bilproducent C_1 i medlemsstat 1. Den samme type sammenligning kan foretages med hensyn til enhver økonomisk variabel, f.eks. marginer eller solgt mængde.

(104) Det er muligvis ikke muligt at finde et andet produktmarked, der ligner markedet med overtrædelsen tilstrækkeligt til at berettige en tværmarkedssammenligning. En anden komparatorbaseret fremgangsmåde, som kan anvendes, er at sammenligne priser over tid på det samme marked, det vil sige en før-efter-sammenligning⁷¹. I dette tilfælde er komparatormarkedet præcist det samme produktmarked som markedet med overtrædelsen, men analyseret på forskellige tidspunkter. Denne fremgangsmåde er illustreret i Figur 3 nedenfor.

Figur 3: Komparatorbaserede metoder til opgørelse af overvæltning over tid⁷²



(105) I dette eksempel antages det, at den ulovlige prisfastsættelse i kobberindustrien varede i fem år fra 2005 til 2010. I denne periode⁷³ blev den oprindelige overpris overvæltet til bilproducent C. Når denne metode anvendes, sammenlignes prisen, som bilproducenten betalte i overtrædelsesperioden, med prisen, som bilproducenten betalte i en periode, der ikke var påvirket af overtrædelsen og

(71) Se den praktiske vejledning, punkt 38-48.

(72) For enkeltheds skyld illustrerer denne graf kun effekten på pris, der stammer fra overtrædelsen. I et virkeligt scenarie ville priser også blive påvirket af andre faktorer end overvæltningsgraden, f.eks. inflation og andre omkostningschok.

(73) Bemærk dog, at problemet med forsinket overvæltning nævnt i bilag 1 kan være vigtigt ved sammenligning af priser i overtrædelsesperioden med priser før og efter.

UDKAST

overvæltningen, f.eks. i 2003 og 2004. Der gives et eksempel på en sag, hvor en sagsøger anvendte denne fremgangsmåde, i **Tekstboks 5** nedenfor.

- (106) Ved anvendelse af metoderne beskrevet ovenfor er det nødvendigt at kontrollere for andre faktorer end dem, der stammer fra overtrædelsen, som kan have påvirket graden af overvæltning. Når retten overvejer, hvorvidt andre markeder eller tidsperioder er egnede som kontrafaktiske scenarier, bør den f.eks. også tage hensyn til andre faktorer, som påvirker overvæltning, nævnt ovenfor i afsnit 3 (vedrørende den økonomiske teori for overvæltning). Desuden kan andre faktorer, såsom forskelle i inputomkostninger, inflation osv., også variere mellem de forskellige markeder. For at opbygge et plausibelt kontrafaktisk scenarie er det derfor afgørende at tage sådanne faktorer med i betragtning. Forskellige teknikker til at implementere denne fremgangsmåde er beskrevet nedenfor.

Tekstboks 5: Sammenligning af før, under og efter – den tyske bilglassag⁷⁴

Sagsøgeren i dette erstatningsøgsmål var indirekte aftager fra medlemmerne af et bilglaskartel. Medlemmerne af kartellet overtrådte artikel 101 i TEUF og modtog bøder fra Europa-Kommissionen i 2008.

Sagsøgernes eksperter udførte en analyse af prisudviklingen før, under og efter kartelperioden. Der blev ikke foretaget nogen regressions- eller korrelationsanalyser. I stedet søgte eksperterne at fastslå en forbindelse mellem prisen på bilglas (produktet underlagt karteldannelsen) og erstatningsbilglas udelukkende ved at observere prissætningsmønstre.

Retten mente dog ikke, at denne analyse i tilstrækkelig grad viste nogen direkte årsagssammenhæng mellem prissætningen af de to ovennævnte produkter. I denne sag blev denne fremgangsmåde derfor ikke anset som værende i stand til at levere tilstrækkeligt bevis på overvæltning.

4.3.1.2. Implementering af direkte fremgangsmåder i praksis

- (107) Det findes forskellige teknikker til at foretage skøn af overvæltningsrelaterede priseffekter baseret på den direkte fremgangsmåde beskrevet ovenfor. Visse faktorer, f.eks. en stigning i prisen på råmaterialer i ovenstående eksempel, vil i mange tilfælde kun påvirke enten komparatormarkedet eller markedet påvirket af overvæltningen. Som forklaret ovenfor bør der foretages justeringer af de observerede data for at gøre op for sådanne påvirkninger. Disse kan være simple justeringer af dataene i sager, hvor den påvirkende faktor og størrelsen af dens effekter er relativt lette at redegøre for.
- (108) Når tilgængeligheden og kvaliteten af data tillader det, kan justeringer af komparatordata i visse tilfælde foretages på baggrund af økonometriske teknikker,

(74) Regionalretten i Düsseldorf, afgørelse af 19. november 2015, sag nr. 14d O 4/14 (*German Car Glass*).

UDKAST

især ved brug af regressionsanalyser. Regressionsanalyse er en statistisk teknik, der hjælper med at analysere mønstre i forholdene mellem økonomiske variabler.

- (109) I en regressionsanalyse undersøger man en række dataobservationer af den pågældende variabel og de sandsynlige forklarende variabler ved hjælp af statistiske teknikker. Det identificerede forhold udtrykkes sædvanligvis i form af en ligning. Denne ligning gør det muligt at foretage skøn af de forklarende variabelers indvirkning på den pågældende variabel og isolere dem fra overtrædelsens virkninger. Ved hjælp af en regressionsanalyse er det muligt at foretage skøn af, hvor tæt de relevante variabler hænger sammen med hinanden, hvilket i nogle tilfælde kan antyde en årsagsvirkning af en variabel på en anden⁷⁵.
- (110) De forskellige teknikker, der er tilgængelige til justeringer af komparatordata, beskrives i yderligere detaljer i den praktiske vejledning⁷⁶. Ved hjælp af eksempler og illustrationer vejleder den praktiske vejledning i koncepter, fremgangsmåder og betingelser for anvendelse af de forskellige teknikker og bør tjene som grundlag for håndtering af problemstillinger vedrørende de tilgængelige fremgangsmåder til implementering af de komparatorbaserede metoder.
- (111) Som nævnt ovenfor kan teknikker baseret på økonometriske analyser i visse tilfælde indebære betragtelige omkostninger, som kan være ude af proportion med værdien af den krævede erstatning. I sådanne sager kan retten finde det tilstrækkeligt at foretage skøn af overvæltningen ved samtidigt at vurdere kvantitative data uden brug af regressionsanalyse og ved at tage kvalitative beviser i betragtning.
- (112) I forbindelse med skøn af overvæltning baseret på kvalitative beviser kan interne dokumenter, der beskriver et firmas prissætningspolitik, være af særlig relevans. Når retten vurderer interne dokumenter, bør den være opmærksom på det faktum, at firmaer i forskellige brancher, eller selv inden for samme branche, kan anvende forskellige prissætningspolitikker. I nogle tilfælde kan et firma have en klar politik eller almindelig praksis, som identificerer de prisjusteringer, der vil medføres af specifikke ændringer i omkostninger. I andre tilfælde søger firmaet måske at opnå nogle bestemte præstationsmål. Den direkte aftager kan f.eks. anvende en særlig margin på prissætningen af de produkter, den leverer. I princippet antyder sådan en politik, at de vil overvælte ændringer i omkostninger.
- (113) Når retten vurderer prissætningspolitikker, bør den ydermere tage hensyn til, hvorvidt prissætningspolitikken hos det relevante firma faktisk er blevet gennemført, f.eks. ved at betragte prisdata for at bestemme, hvorvidt disse svarer til den pågældende prissætningspolitik.
- (114) Der er givet eksempler på sager, hvor nationale retter har taget hensyn til kvalitative beviser, nedenfor.

(75) Regressionsanalyser forklares i detaljer i den praktiske vejledning, punkt 69 ff.

(76) Ibid, kapitel II B.

Tekstboks 6: Skøn af overvæltning baseret på kvalitative beviser – *Cheminova* (2015)

I denne dom fandt retten, at en producent af pesticider havde overvæltet 50 % af den oprindelige overpris til de indirekte kunder. Dette fund var baseret på økonomisk teori, som forudså, at 50 % af en overpris vil blive overvæltet, hvis den direkte kunde er monopolist, der møder en lineær efterspørgsel. I denne sag kunne retten læne sig op ad offentligt tilgængelige markedsundersøgelser, der karakteriserede det marked, hvorpå den direkte kunde var aktiv, som et monopolmarked. I en rapport fremsat af den direkte kunde blev der argumenteret for, at markedet rent faktisk burde karakteriseres som konkurrencepræget i stedet for et monopol. Den direkte kunde påstod f.eks., at et stort antal produkter konkurrerede på markedet, og at moderate markedsandele indikerede et konkurrencepræget marked. På grund af fakta i den specifikke sag var retten imidlertid uenig i denne tilgang.

Tekstboks 7: Skøn af overvæltning baseret på kvalitative beviser – *DOUX Aliments* (2014)

I denne dom fandt retten, at sagsøgeren havde bevist fraværet af overvæltning. Overprisen i denne sag vedrørte lysin, som er et input til produktion af kyllinger. Retten fandt, at lysin kun repræsenterede 1 % af omkostningerne til kyllingeproduktion, og at sådan en lille stigning i omkostninger ikke var bevis nok til at overbevise retten om, at det også ville medføre en stigning i priser på kylling. Retten fandt, at priserne responderede på andre faktorer såsom konkurrence med andre kødproducenter og købekraft. Da retten konkluderede, at overprisen ikke var overvæltet til de indirekte forhandlere, henviste den til det faktum, at kyllinger blev solgt på et internationalt og konkurrencepræget marked, og at dagligvarekæder havde stærk købekraft.

- (115) Ved anvendelse af komparatorbaserede metoder til skøn af overpriser har retterne desuden nogle gange anvendt en såkaldt sikkerhedsdiskontering, hvilket vil sige, at de trak et beløb, som var tilstrækkeligt til at gøre rede for usikkerheder i skønnet, fra de observerede dataværdier⁷⁷. Hvis gennemførelsen af den økonometriske analyse ikke kan lade sig gøre, kan sådan en fremgangsmåde også anvendes til skønnet af overvæltningen. Målet med en sådan fremgangsmåde vil være at ekskludere effekterne på den pågældende variabel, f.eks. prisen, der tilbydes af den indirekte kunde, eller andre muligt faktorer.

4.3.1.3. Udfordringer

- (116) Ved skøn af den overvæltningsrelaterede priseffekt kan retten især overveje teknikker, som i så høj grad som muligt kontrollerer for andre faktorer end den, der stammer fra overtrædelsen. Forskel-i-forskelle-metoden er sådan en teknik. Den kræver oplysninger eller data fra et komparatormarked (f.eks. et andet geografisk marked) og tidsseriedata fra det marked, der påvirkes af overvæltningen. Retten bør

(77) Se også den praktiske vejledning, punkt 95.

UDKAST

dog være opmærksom på, at der er potentielle udfordringer, der kan påvirke, hvor gyldige de komparatorbaserede metoder kan være.

- (117) Som forklaret ovenfor ligner komparatormarkedet ideelt set markedet med overtrædelsen, men er ikke selv påvirket af overtrædelsen. Aftagerne på hvert af markederne benytter dog ofte de samme input. I sådan et tilfælde kan det være vanskeligt at finde en upåvirket komparator. Hvis omfanget af overtrædelsen dækker et bredt geografisk område, er det især sandsynligt, at produkter, der minder om det undersøgte produkt, og som inkorporerer det samme input, potentielt også er blevet påvirket. Dette kan gøre det vanskeligt at finde et egnet komparatormarked.
- (118) Under andre omstændigheder er komparatormarkeder muligvis indirekte påvirket af den oprindelige overpris. I det stiliserede eksempel med kobberkartellet, der nævnes i Figur 2, køber ledningsnetleverandøren B_1 kobber fra overtræderen A_1 . Selv om ledningsnetleverandøren B_2 på komparatormarkedet ikke køber fra overtræderen A_1 , kan ledningsnetleverandørerne B_2 og B_1 være konkurrenter på de samme geografiske markeder i efterfølgende omsætningsled. Dette medfører, at hvis ledningsnetleverandør B_1 hæver sine priser som svar på den oprindelige overtrædelse, så vil dens konkurrenter muligvis også hæve deres priser. I dette tilfælde kan den pris, som ledningsnetleverandør B_2 tilbyder, være indirekte påvirket af overtrædelsen, og den vil derfor muligvis ikke tjene som egnet komparator⁷⁸.
- (119) Hvad angår sammenligning over tid, kan det være en udfordring at identificere perioden, hvor markedet var påvirket af en overtrædelse, med tilstrækkelig præcision. Parterne kan fremlægge en afgørelse udstedt af en konkurrencemyndighed, som angiver en overtrædelsesperiode, det vil sige fremsætter datoer for, hvornår overtrædelsen startede og sluttede. Denne periode svarer dog ikke nødvendigvis til den periode, hvori markedet faktisk var påvirket af overtrædelsen. Det er også vigtigt at bemærke, at fastlæggelse af datoerne for enten overtrædelsesperioden eller den periode, hvori markedet var påvirket, kan have stor betydning for resultatet af analysen.
- (120) Som nævnt ovenfor er effekten af overtrædelsen måske i virkeligheden ikke begrænset til angivet i en sådan afgørelse⁷⁹. På den ene side kan den startdato, som identificeres af konkurrencemyndigheden, være senere end overtrædelsens faktiske begyndelse, f.eks. som følge af manglende pålidelige beviser. På den anden side kan slutdatoen angivet i en overtrædelsesafgørelse ligge før overtrædelsens egentlige afslutning.
- (121) Effekterne af en afgørelse er muligvis heller ikke begrænset til varigheden af overtrædelsen. Det er muligt, at overtrædelsen vil påvirke det pågældende marked, selv efter den adfærd, der er forbudt ifølge EU's konkurrenceret, er ophørt. Dette kan navnlig være tilfældet på oligopolistiske markeder, hvis de oplysninger, der er indsamlet i løbet af overtrædelsesperioden, på bæredygtig basis, efter overtrædelsen er ophørt, lader leverandørerne af et bestemt produkt indføre foranstaltninger rettet mod at sælge til en højere pris end konkurrenceprisen, hvilket vil sige den pris, som

(78) Denne effekt minder om effekterne af paraplyprissætning, der nævnes i punkt (37) ovenfor.

(79) Se også den praktiske vejledning, punkt 43.

UDKAST

ville have været opkrævet ved fravær af overtrædelsen, uden at tage del i praksisser, der er forbudte ifølge EU's konkurrenceret⁸⁰.

- (122) Muligheden for, at aftagere på forskellige niveauer af forsyningskæden kan udskyde overvæltning af overprisen, kan også påvirke sammenligningen betydeligt⁸¹. Eksemplet med kobberkartellet nævnt i Tekstboks 1 ovenfor kan illustrere dette. Antag, at bilproducenten C forhandler priser med ledningsnetleverandøren B på årlig basis. Ledningsnetleverandøren B justerer kun priser én gang om året, efter forhandlingerne med bilproducenten C er afsluttede. Hvis der oprettes et priskartel på kobbermarkedet, lige efter forhandlingerne mellem ledningsnetleverandøren og bilproducenten er afsluttet, har ledningsnetleverandøren måske først mulighed for at overvælte stigningen i kobberpris til deres egen pris, når næste års årlige forhandlinger finder sted.
- (123) Forsinkelsen af overvæltning nedad i forsyningskæden kan derfor resultere i vanskeligheder, når den relevante periode for sammenligning af priser under og før eller under og efter overtrædelsen (eller begge) skal bestemmes. Retten kan justere analysen ved at overveje hver sags art, f.eks. ved at analysere parternes prissætningspolitik og baseret på dette indføre en vis tidsforsinkelse ved analyse af prissætningsmønstrene på forskellige niveauer af forsyningskæden.

4.3.2. Indirekte fremgangsmåder – skøn af overvæltningsgraden

4.3.2.1. Oversigt

- (124) Ovenstående afsnit beskriver metoder og teknikker til direkte skøn af den overvæltningsrelaterede prisseffekt. Generelt er den direkte metode at foretrække, når den er mulig og forholdsmæssigt egnet at gennemføre. Dette skyldes, at den direkte metode har den fordel, at den muliggør et skøn af overvæltning baseret på de *faktiske* priser fastsat af en direkte eller indirekte aftager i løbet af overtrædelsesperioden. Den beror dog bl.a. på tilgængeligheden af data for disse priser. Sådanne oplysninger kan være tilgængelige i mange tilfælde. Hvis oplysninger om faktiske priser imidlertid ikke kan fremlægges for retten, f.eks. hvis retten finder, at fremlæggelse af sådanne oplysninger er ude af proportioner med værdien af den erstatning, der kræves i den pågældende sag, kan der foretages skøn af overvæltning *indirekte*.
- (125) Denne indirekte fremgangsmåde kan gennemføres ved at analysere, hvordan tidligere ændringer i et firmas omkostninger har påvirket dets priser før og efter overtrædelsesperioden. I kobberkartelleksemplet i punkt (6) ovenfor kan der f.eks. foretages skøn af overvæltningseffekten f.eks. ved at analysere, hvordan historiske ændringer i omkostningen af kobber har påvirket prisen på ledningsnet. Kort sagt, hvis en stigning i prisen på kobber på 10 EUR efterfølges af en prisstigning på 5 EUR for ledningsnet, skønnes overvæltningsgraden til at være 50 %. For at foretage

(80) Se også den praktiske vejledning, punkt 153. F.eks. en sag, hvori en national ret afgjorde, at de priser, der blev opkrævet i de fem måneder, efter overtrædelsen ophørte, stadig var påvirkede af kartellet, se Landsretten i Karlsruhe, afgørelse af 11. juni 2010, sag 6 U 118/05, som også citeres i den praktiske vejledning, punkt 44.

(81) Virksomheder skal ydermere være opmærksomme på, at der er en risiko ved at blive opkrævet erstatning, og at der kan foretages skøn af omfanget af sådan et krav på baggrund af priser efter overtrædelsen. De kan derfor have et incitament til at opretholde prisniveauet, efter overtrædelsen er ophørt.

UDKAST

skøn af overvæltningen i overtrædelsesperioden kan retten dernæst kombinere denne skønnede overvæltningsgrad med oplysninger om overprisen og salg.

- (126) Den indirekte metode er dog ikke uden risici og kan endda give misvisende resultater i nogle tilfælde. Dette skyldes, at retten ved brug af den indirekte metode til at foretage skøn af overvæltning hverken kan fastslå, om overprisen faktisk er overvæltet, eller observere, hvorvidt ændringer i omkostningen af de påvirkede input afspejles i priser i de efterfølgende markedsled. Det er derfor afgørende, at retten er opmærksom på, at den indirekte metode beror på antagelsen om, at ændringer i inputomkostninger i overtrædelsesperioden afspejles i priser i de efterfølgende markedsled. Hvis denne antagelse ikke er korrekt, kan denne fremgangsmåde producere skøn, som er misvisende på den måde, at de finder en overvæltning af overpriser, hvor der faktisk ikke har fundet nogen sted.
- (127) Når retten benytter den indirekte metode, bør den bestræbe sig på at foretage skøn af overvæltningen baseret på, hvordan ændringer i omkostningen af det påvirkede input tidligere er blevet afspejlet i priserne i de efterfølgende markedsled. Hvis sådanne oplysninger ikke er tilgængelige, kan retten se på udviklingen af andre komponenter af aftagerens marginalomkostning og analysere, hvordan sådanne omkostningsændringer påvirker priser i efterfølgende markedsled. I det hypotetiske eksempel i punkt (6), som yderligere ændres og forklares i punkt (80) ovenfor, betyder dette, at en ret kan overveje en analyse af forholdet mellem prisen på ledningsnet og omkostningen for plastik (ikke påvirket af overtrædelsen) og foretage skøn af en overvæltningsgrad baseret på sidstnævnte forhold.
- (128) I de fleste tilfælde vedrører den omhandlede overtrædelse omkostningen for et input, som kun udgør én komponent af aftagerens marginalomkostninger. Ledningsnetleverandøren kan f.eks. være nødt til at betale mere for kobber, hvis kobber påvirkes af overtrædelsen. Omkostningen for kobber vil dog kun repræsentere en del af den overordnede marginalomkostning.
- (129) Hvis det input, der påvirkes af overtrædelsen, kun udgør en meget lille del af marginalomkostningen, vil selv en betydelig stigning i omkostningen for dette input næppe kunne bemærkes i aftagerens prisdata, selv hvis den overvæltet fuldstændigt. Selv om en alternativ fremgangsmåde kan være at foretage skøn af overvæltningsgraden baseret på ændringer i omkostninger for mere væsentlige input og ikke kun omkostningen af det påvirkede, mindre signifikante input, er prisen for sådan en fremgangsmåde den stærke antagelse af, at stigninger i marginalomkostninger overvæltet i samme grad, uanset kilden til omkostningsstigningen. Hvis en direkte metode, det vil sige faktisk, prisbaseret skøn, ikke finder nogen statistisk signifikant overvæltning, kan dette ydermere betragtes som beviser, som understøtter hypotesen om, at der slet ikke fandt nogen overvæltning sted. Med andre ord er manglende fund af overvæltning ved den direkte metode ikke i sig selv et gyldigt eller tilstrækkeligt argument for at anvende en indirekte metode.
- (130) Som forklaret i bilag 1 findes der også gode forklaringer på, hvorfor firmaer muligvis ikke altid vælger at overvælte små ændringer i deres marginalomkostninger, i hvert fald ikke på kort sigt, selv hvis de ville overvælte større omkostningsændringer. Det er derfor muligvis ikke legitimt at antage, at overvæltningsgraden vil være den samme for forskellige ændringer i inputomkostningen. En forklaring kan være, at firmaet kan pådrage sig såkaldte

UDKAST

menuomkostninger og derfor foretrækker at vente, indtil stigninger i marginalomkostninger akkumuleres ud over en vis grænse, før det ændrer sine priser. En anden forklaring kan være, at den direkte aftager muligvis ikke har erkendt, at en relevant ændring i inputomkostninger har fundet sted.

- (131) Ved vurdering af de indirekte beviser for overvæltning baserede udviklinger af omkostningskomponenter, der ikke er påvirkede af overprisen, bør den nationale ret i specifikke sager også tage hensyn til kvalitative beviser, der viser, at overvæltning af små omkostningsstigninger er i tråd med handelspraksis for den direkte og indirekte aftager.

4.3.2.2. Metoder

- (132) Den indirekte fremgangsmåde kræver oplysninger om den oprindelige overpris og den relevante overvæltningsgrad. Som udgangspunkt kan et skøn af overprisen allerede være fastlagt i andre sager eller kan udledes fra tidligere retssager. Hvis der ikke er noget tilgængeligt skøn af overprisen, kan retten overveje teknikkerne nævnt i den praktiske vejledning⁸². I sådanne sager kan retten på anmodning fra sagsøgeren udstede en kendelse på fremlæggelse af relevante data fra overtræderen.
- (133) En fordel ved den *direkte* metode er, at den muliggør opbygning af et kontrafaktisk scenarie. Som nævnt i punkt (63) ovenfor er formålet med denne øvelse at isolere effekten af overtrædelser fra andre faktorer, som også påvirker priserne. Selv om den *indirekte* metode ikke muliggør en sådan tilgang, er det stadig vigtigt at kontrollere for faktorer, som ikke har forbindelse til overtrædelser. En fremgangsmåde kan være at benytte kvantitative teknikker, f.eks. regressionsanalyse⁸³. I eksemplet med kobberkartellet kan en ret f.eks. medtage en analyse af forholdet mellem priserne opkrævet af ledningsnetleverandøren og ændringerne i inputomkostninger for ledningsnet. Andre faktorer kan dog også påvirke prisen i efterfølgende markedsled, f.eks. kan prisen for ledningsnet også påvirkes af udsving i efterspørgslen fra bilproducenter. Hvis retten ikke tager hensyn til sådanne yderligere faktorer, vil skønnet af overvæltningsgraden sandsynligvis være skævt.
- (134) En regressionsanalyse kræver typisk en stor mængde data om omkostninger og priser. Med henblik på skøn af overvæltningsgraden kan retten derfor alternativt overveje, hvorvidt skøn fra andre kilder kan indeholde et fornuftigt skøn til overvæltningsgraden i den forhåndenværende sag. Eksempler på sådanne andre kilder kan inkludere overvæltningsgrader fundet i andre sager, der vedrører samme branche, eller i andre industrier, akademiske undersøgelser, der er relevante for den pågældende sag, eller beviser givet i vidneudsagn. Dette er et særligt holdbart alternativ, når de nødvendige data ikke er tilgængelige, eller kvantitative metoder ikke inkluderer relevante kontrolfaktorer.
- (135) Det er dog afgørende, at retten er opmærksom på det faktum, at skøn baseret på andre kilder indebærer risikoen for ikke at tage hensyn til faktorer, som er relevante for overvæltningsgraden i den pågældende sag. Det kan især være vigtigt at betragte den metodologi, der ligger til grund for skønnet fundet i andre kilder og

(82) Se den praktiske vejledning, punkt 26 ff.

(83) Konceptet af regressionsanalyse forklares i detaljer i den praktiske vejledning, kapitel II, stk. 2.

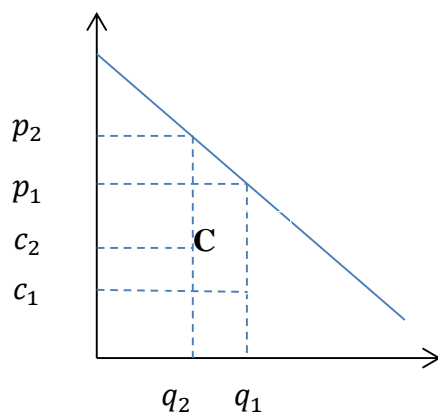
ethvert resultats følsomhed over for potentielle forskelle mellem et sådant skøn og overvæltningsgraden i den pågældende sag. For at gøre dette kan retten medtage relevant indsigt fra økonomisk teori, som det forklares i afsnit 2.4 ovenfor og i bilag 1, f.eks. graden af konkurrence. Hvis der kun er begrænsede oplysninger, f.eks. om de forskellige markedsforhold, eller hvordan overvæltningsgraden blev bestemt, er den indirekte metode muligvis ikke egnet.

4.4. Opgørelsen og skønnet af mængdeeffekter

4.4.1. Indledning

- (136) Som beskrevet i punkt (11) ovenfor har ofre for overtrædelser af EU's konkurrenceret ret til fuld erstatning. Hvis overvæltning betragtes uden mængdeeffekten, undervurderes den virkelige skade. Derfor er skøn af mængdeeffekten lige så afgørende som skønnet af den overvæltningsrelaterede prisseffekt⁸⁴.
- (137) Som illustreret i Figur 4 nedenfor henviser mængdeeffekten til det tab af fortjeneste forårsaget af reduceret salg, som skyldes overvæltningen, det vil sige en lavere salgsmængde som følge af forhøjede priser. I den sekventielle fremgangsmåde, der nævnes ovenfor i punkt (71), er det tredje skridt i en fuld opgørelse af skaderne fra overpriser at foretage skøn af størrelsen af mængdeeffekten.

Figur 4: Mængdeeffekten



- (138) Mængdeeffekten svarer til forskellen mellem q_1 og q_2 . Den tabte fortjeneste fra tab af salg gives ved arealet af C, som fås ved at gange den tabte mængde med fortjenstmarginen ($p_1 - c_1$), som opnås fra aftageren i det kontrafaktiske scenarie, det vil sige den margin, som aftageren ville have tjent i fraværet af overtrædelser uden nogen overvæltning.
- (139) Skønnet af mængdeeffekten kræver en vurdering af to faktorer, nemlig (i) ændringen i mængde som følge af hævdede priser og (ii) den kontrafaktiske margin.

(84) Nationale retter i EU har i adskillige sager bekræftet vigtigheden af at foretage skøn af mængdeeffekten. I sag U 2014/15, Oberlandsgericht Karlsruhe, 2016, fandt en tysk ret f.eks., at overvæltningen af overpriser efterfølgende kan medføre en reduktion i den mængde, der sælges af den direkte aftager.

UDKAST

Skønnet af disse faktorer kræver data om andre parametre end dem, der er nødvendige for skønnet af den overvæltningrelaterede priseffekt. Tilgængeligheden af data er også et afgørende element at tage i betragtning for retten, når den foretager skøn af mængdeeffekten. Der kan anvendes forskellige metoder afhængigt af de tilgængelige data. Disse beskrives nærmere nedenfor.

4.4.2. Direkte fremgangsmåde

4.4.2.1. Nødvendige data/oplysninger

- (140) Den direkte fremgangsmåde med henblik på at foretage skøn af mængdeeffekten kræver oplysninger om (i) den observerede mængde, som er påvirket af overvæltningen, solgt af firmaet, (ii) den kontrafaktiske solgte mængde og (iii) den pris-omkostningsmargin, som havde været opnået af aftageren, hvis overtrædelsen ikke havde fundet sted. Ved anmodning fra modparten kan retten udstede en kendelse på fremlæggelse af sådanne data fra den relevante aftager. Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at den observerede pris-omkostningsmargin ikke er den relevante margin, der kræves for at foretage skøn af mængdeeffekten. Hvis aftageren f.eks. overvælter halvdelen af overprisen, vil dette reducere aftagerens margin, hvilket medfører, at den observerede margin vil være mindre end den kontrafaktiske metode. I dette tilfælde vil brug af den observerede margin underdrive størrelsen af mængdeeffekten.
- (141) Retten bør derudover være opmærksom på, at den relevante margin til at foretage skøn af mængdeeffekten ikke nødvendigvis stemmer overens med standardmetoder for et firmas regnskabsmargin såsom "Indtjening før renter og skat" (EBIT) eller firmaets nettoindkomst.
- (142) De relevante marginer for vurdering af mængdeeffekterne defineres af priserne på de relevante produkter fratrukket de undgåede omkostninger, det vil sige de omkostninger, som er blevet sparet som følge af reduktionen i output. Ud over en vurdering af, hvilke omkostninger der bør undgås, kan retten derfor udstede en kendelse på fremlæggelse af priser på de relevante produkter. I denne kontekst kan den også kræve fremlæggelse af interne dokumenter, der giver oplysninger om de dækningsbidrag, aftager benytter til sine egne prissætningsbeslutninger.

4.4.2.2. Metoder og udfordringer

- (143) Den tabte fortjeneste, der hænger sammen med mængdeeffekten, kan skønnes direkte ved at gange den kontrafaktiske margin med den reduktion i salgsmængde, der stammer fra overvæltningen af overpriser.
- (144) Ved hjælp af relevante data fra sagsøgeren kan retten overveje de komparatorbaserede teknikker beskrevet ovenfor til at foretage skøn af den kontrafaktiske margin og den kontrafaktiske mængde. Eftersom den observerede fortjenstmargen og mængde kan påvirkes af andre faktorer, der intet har at gøre med overtrædelsen, vil det i mange tilfælde være nødvendigt at kontrollere for sådanne yderligere faktorer. Derfor bør retten bestræbe sig på at anvende en af de fremgangsmåder, der beskrives ovenfor, for at kontrollere for faktorer, som ikke har at gøre med overtrædelsen, f.eks. ved at udvikle en regressionsanalyse.

UDKAST

- (145) Hvis de data, der er nødvendige for at udføre forskel-i-forskelle-fremgangsmåden, ikke er tilgængelige, kan retten overveje andre af de ovenstående teknikker, det vil sige tværmarkedssammenligning eller sammenligning over tid. Hvis sådanne teknikker anvendes, er det dog også vigtigt at opbygge et fornuftigt kontrafaktisk scenarie, der tager hensyn til faktorer, der varierer mellem de forskellige markeder eller tidsperioder.
- (146) De komparatorbaserede metoder hviler på antagelsen om, at referenceperioden eller markedet er tilstrækkeligt ens, særligt med hensyn til markedskaraktistika, som er relevante for fortjenstmarginer, såsom konkurrenceniveauet på markedet eller leverandørernes omkostningsstruktur. Disse antagelser er ikke lette at verificere, eftersom et firmas marginer sandsynligvis bestemmes af et stort antal faktorer og strategiske beslutninger.

4.4.3. Elasticitetsfremgangsmåde

- (147) Der kan også foretages skøn af mængdeeffekten ved at kombinere prisstigningen observeret som følge af overvæltningsrelateret prisseffekt med et skøn af prisfølsomheden for den relevante efterspørgsel. Som nævnt ovenfor bestemmer efterspørgslens prisfølsomhed styrken af forholdet mellem prisen og efterspørgslen. Hvis en prisstigning på 1 € f.eks. hænger sammen med en betydelig reduktion i den købte mængde, siges efterspørgslen at være mere prisfølsom, end hvis reduktionen i købsmængde er mindre vigtig for den samme prisstigning på 1 €. Efterspørgslens såkaldte priselastisitet viser den procentvise ændring i efterspurgt mængde, der hænger sammen med én procent prisstigning.

4.4.3.1. Nødvendige metoder og oplysninger

- (148) Generelt vil faldet i mængde, som illustreres af faldet i salg fra q_1 til q_2 i Figur 4 ovenfor, blive påvirket af et firmas egen prisstigning såvel som ændringer i konkurrenternes priser⁸⁵. Derfor vil størrelsen af tabet i mængde kræve en vurdering af, hvordan overvæltningen har påvirket priserne hos alle konkurrenter på markedet, samt efterspørgslens følsomhed over for disse prisændringer. Når denne metode anvendes, foretages der skøn af mængdeeffekten⁸⁶ ved at gange mængdetabet med den kontrafaktiske margin.
- (149) Datakravene, når der foretages skøn af mængdeeffekten ved anvendelse af elasticitetsfremgangsmåden, afhænger af, hvorvidt de relevante firmaer påvirkes lige meget af overprisen, det vil sige, hvorvidt det er en overpris, der rammer hele branchen. Hvis dette er tilfældet, vil et tab i salg normalt vedrøre produkter og firmaer uden for markedet. Mængdeeffekterne for elasticiteten af både egen pris og tværpris kan ydermere opfanges af markedets priselastisitet. Under sådanne omstændigheder kan der foretages skøn af mængdeeffekten på baggrund af den kontrafaktiske margin, markedets elasticitet for efterspørgsel og observerede priser og mængder, givet af p_1 og q_2 .
- (150) Der kan også foretages skøn af den kontrafaktiske ved at anvende den direkte fremgangsmåde. Et kvantitativt skøn af markedets elasticitet for efterspørgsel kan

(85) Givet, at firmaer konkurrerer på priser.

(86) Mængdeeffekten illustreres af arealet C i Figur 5 i bilag 1.

UDKAST

kræve en enorm mængde data om priser og mængder, hvilket ikke altid er tilgængeligt eller forholdsmæssigt i en specifik sag. Under sådanne omstændigheder kan retten finde det tilstrækkeligt at bruge andre kilder til beviser, f.eks. oplysninger om tidligere markedsundersøgelser af det relevante marked eller interne dokumenter, der giver oplysninger om den relevante elasticitet⁸⁷.

- (151) Som forklaret i punkt (179) ff. kan firmaer også have et incitament til at hæve priserne og reducere output som reaktion på firmaspecifikke overpriser. I sådanne sager kan det være nødvendigt at foretage skøn af både firmaets egen priselasticitet og tværpriselasticiteten, det vil sige, hvordan et firmas solgte mængde ændrer sig, når dette firma ændrer sine egne priser, og hvordan et firmas solgte mængde påvirkes af prisændringer hos andre firmaer, som er aktive på markedet. Omfanget af sidstnævnte effekt afhænger af, hvorvidt de produkter, der tilbydes på markedet, er tætte substitutter. Hvis konkurrentens produkter ikke er tætte substitutter, kan det dermed udledes, at konkurrenters respons sandsynligvis ikke vil påvirke den solgte mængde væsentligt, selv om det ikke er muligt at måle disse effekter nøjagtigt, f.eks. på grund af datatilgængelighed.

4.4.3.2. Udfordringer

- (152) Retten foretager skøn af de relevante elasticitetsparametre ved hjælp af elasticitetsfremgangsmåden. En måde at gøre dette på er at udvikle en efterspørgselsmodel og benytte sig af økonometri. Som nævnt ovenfor er sådan en fremgangsmåde dog krævende, hvad angår datakrav og antagelser. Hvis data ikke er tilgængelige, og der benyttes andre kilder, f.eks. markedsundersøgelser eller oplysninger fra tidligere sager, er det vigtigt at bemærke, at sådanne kilder muligvis ikke er egnede, hvis markedet i den forhåndenværende sag er anderledes end det marked, der beskrives i undersøgelserne, hvad angår markedsstruktur. Under sådanne omstændigheder giver elasticitetsfremgangsmåden muligvis ikke et nøjagtigt skøn af mængdeeffekten.
- (153) Som nævnt i indledningen til dette afsnit om opgørelse stammer de tre potentielle komponenter af skaden i et erstatningssøgsmål fra den oprindelige overpris, overvæltningseffekten og mængdeeffekten⁸⁸. Retten kan også vælge at foretage skøn af de tre komponenter i rækkefølge, hvor opgørelse af overprisen vil udgøre det første skridt, skøn af den overvæltningsrelaterede prisseffekt det andet skridt og skøn af den overvæltningsrelaterede mængdeeffekt det tredje skridt.

5. BILAG 1 – ØKONOMISK TEORI

5.1. Indledning

- (154) Dette bilag forklarer i yderligere detaljer den indsigt fra økonomisk teori, som er relevant i forbindelse med skøn af overvæltningen. Som beskrevet i punkt (45) ff. ovenfor kan forskellige faktorer påvirke overvæltningen i en given sag, f.eks. arten af de inputomkostninger, der rammes af en overpris, arten af den produktefterspørgsel, den direkte eller indirekte kunde møder, arten og intensiteten

(87) Se f.eks. sag nr. U-4-07 – Cheminova mod Akzo Nobel, dom af 15. januar 2015.

(88) Se punkt (71).

UDKAST

af konkurrencemæssig interaktion mellem firmaerne på det marked, hvor de direkte eller indirekte kunder er aktive, samt andre elementer, såsom andelen af et firmas forskellige input, der påvirkes af overprisen eller overtrædelsens tidshorisont.

5.2. Inputomkostninger og deres effekt på prissætningsbeslutninger

- (155) Som forklaret i punkt (42) ovenfor medfører den oprindelige overpris en stigning i inputomkostninger for aftagere af de produkter eller tjenesteydelser, der rammes af overprisen. Hvorvidt disse aftagere er i stand til og villige til at overvælte overprisen til deres egne kunder – og i så fald i hvor høj grad – afhænger blandt andre faktorer af aftagernes omkostningsstruktur. Virkningen af faste og variable omkostninger samt strukturen af kontrakter mellem firmaer på forskellige niveauer af forsyningskæden og graden af overvæltning af overpriser forklares yderligere nedenfor.
- (156) For at identificere overvæltningseffekter er det vigtigt at bestemme, hvorvidt den inputomkostning, der pådrages af en aftager, der står over for en overpris, varierer med den inputmængde, aftageren bestiller (det vil sige variabel inputomkostning) eller ej (det vil sige fast inputomkostning). Økonomisk teori indikerer netop, at den relevante omkostningskategori for kortsigtet prisdannelse er variable omkostninger eller mere nøjagtigt marginalomkostninger; det vil sige den omkostningstilvækst, der pådrages ved køb af ét ekstra input (se Tekstboks 8 nedenfor). Det modsatte af sådanne omkostninger er faste omkostninger, som til gengæld typisk påvirker firmaers langsigtede strategiske beslutninger såsom markedsdeltagelse, produktindføring og investeringsniveau.

Tekstboks 8: Eksempler på marginale og faste omkostninger

For at forklare konceptet ved marginale (variable) og faste omkostninger er det brugbart at betragte de stiliserede eksempler på kobberkartellet, der allerede er nævnt i Tekstboks 1.

F.eks. vil ledningsnetleverandørens variable omkostninger være de omkostninger, der påregnes ved at producere ét ekstra ledningsnet. Sådanne omkostninger kan inkludere input, der er nødvendige for at producere det ekstra ledningsnet (inklusive kobber og plastik), elektricitet og arbejdsomkostninger forbundet med den ekstra produktion.

Ledningsnetleverandøren pådrager sig dog også faste omkostninger i sin produktion, f.eks. markedsføring af sine produkter og investering i nyt maskineri. Omkostningerne påvirkes ikke af produktionen af ét ekstra ledningsnet og anses derfor som faste.

- (157) Det er typisk overprisens indvirkning på aftagerens marginale og variable omkostninger, som vil være det relevante udgangspunkt for vurderingen af overvæltningseffekter.
- (158) Kontrakter mellem firmaer på forskellige niveauer af forsyningskæden, som angiver de betingelser, hvorved firmaer skal levere deres produkter eller tjenesteydelser til aftagere, kan vedrøre komponenter, der enten betragtes som

UDKAST

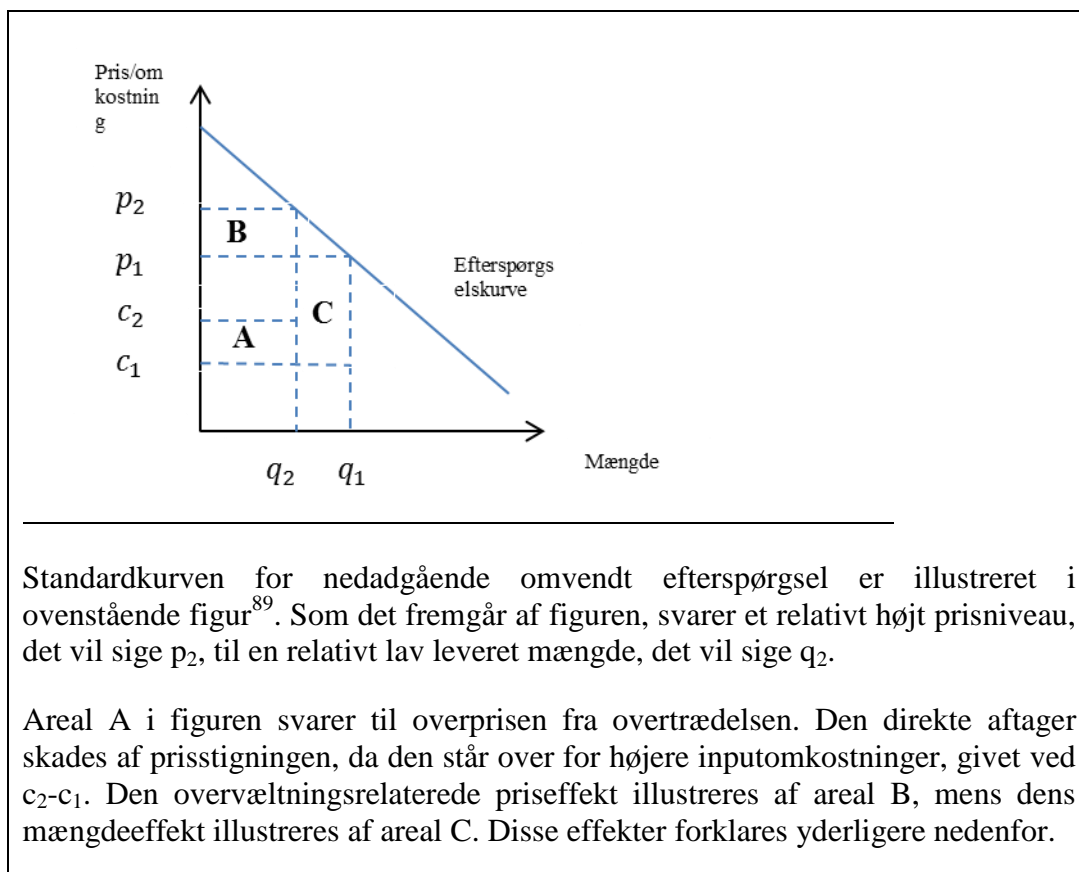
variable eller faste omkostninger. Nogle komponenter af den pris, aftageren betaler, er f.eks. ikke afhængige af den købte mængde, mens andre komponenter er. Deraf følger, at det i et erstatningssøgsmål, der involverer et argument om overvæltning, er vigtigt at bestemme, hvorvidt de priskomponenter, der påvirkes af overtrædelsen, er faste eller ikke fra aftagerens synspunkt.

- (159) I det ekstreme tilfælde, hvor overtræderen kun hæver en fast priskomponent, forventes der ingen overvæltning på kort sigt i form af en stigning i prisen fastsat af aftageren på dennes egne produkter. På lang sigt kan faste inputpriskomponenter dog påvirke firmaers strategiske beslutninger. Dermed kan effekten af de øgede faste inputpriser også være relevante fra et overvæltningssynspunkt. Hvis den høje faste inputpriskomponent fastsat af overtræderne f.eks. medfører, at en eller flere af deres direkte aftagere forlader det marked, hvor de har været aktive, vil konkurrencen på dette marked blive mindre, hvilket fører til højere priser fastsat af de resterende aftagere. Med andre ord påvirker de højere inputomkostninger fra den hævede faste inputkomponent i en vis grad de aktive aftageres priser og dermed også overvæltningen til de indirekte aftagere.
- (160) Den tidsramme, prissætningen betragtes i, vil påvirke, hvorvidt omkostninger kategoriseres som variable eller faste. Generelt antyder økonomisk teori, at jo længere den relevante tidsramme er, desto større en andel af de samlede omkostninger kan betragtes som variable. Med andre ord kan en bestemt omkostningskategori, som anses som værende fast på kort sigt, betragtes som variabel af firmaet, når man ser på den i et længere tidsperspektiv. Når retten vurderer den relevante tidsramme i en specifik sag, kan den være nødt til at tage hensyn til oplysninger fra parternes interne dokumenter, f.eks. oplysninger om, hvilke omkostningerne firmaerne medtager i deres egne prissætningsbeslutninger.
- (161) Overvejelserne vedrørende faste eller variable omkostninger er særligt vigtige for retten, når der foretages skøn af mængdeeffekten, og skønnet af denne effekt kræver en vurdering af marginen hos de firmaer, der er involveret i den pågældende sag.

5.3. Karakteristika ved efterspørgsel og forbindelser til priser

- (162) En anden faktor, der er afgørende for skøn af overvæltningseffekter, er den art af efterspørgsel, som de direkte aftagere møder på det marked, hvor de er aktive. I økonomi er forholdet mellem efterspørgsel og prisniveauet en vigtig faktor, når et markeds funktion skal beskrives. På ethvert marked betragtes efterspørgslen som værende mængden af den pågældende vare eller tjenesteydelse, som aftagere på dette marked vil købe på et givet prisniveau.
- (163) Forbindelsen mellem efterspørgsel og prisniveauet er for det meste negativt. Det vil sige, at jo højere prisniveauet er, desto lavere en samlet mængde af produkterne er aftagerne på markedet villige til at købe. Efterspørgslens prisfølsomhed bestemmer styrken af forholdet mellem prisen og efterspørgslen. Hvis en prisstigning på 1 € f.eks. hænger sammen med en betydelig reduktion i den købte mængde, siges efterspørgslen at være mere prisfølsom, end hvis reduktionen i købsmængde er mindre vigtig for den samme prisstigning på 1 €.

Figur 5: Efterspørgselskurven



- (164) En ofte benyttet opsummering af efterspørgselsens egen prislelsomhed er efterspørgselsens priselastisitet. Efterspørgselsens priselastisitet viser den procentvise ændring i den efterspurgte mængde relateret til en stigning i pris på én procent. Hvis et firmas egen priselastisitet f.eks. er $-0,5$, betyder dette, at en prisstigning på én procent hænger sammen med en reduktion i efterspørgsel på $0,5$ procent. En elasticitet på $-0,2$ betyder til gengæld kun en reduktion i efterspørgsel på $0,2$ procent ved en prisstigning på én procent. I sidstnævnte tilfælde siges efterspørgslen at være mindre elastisk end i førstnævnte tilfælde, altså mindre prislelsom, da købsmængden reagerer mindre kraftigt på prisstigningen.
- (165) Hvad angår overvæltning fra en direkte til en indirekte kunde, er det den efterspørgsel, som den direkte kunde møder, der er den interessante. Den indirekte kunde kan eventuelt reducere deres efterspørgsel som reaktion på en prisstigning fra den direkte kunde. I et erstatningssøgsmaal ved en national ret for en overtrædelse af EU's konkurrenceret kan denne prisstigning stamme fra overvæltningen af noget af eller hele stigningen i inputomkostninger fra den direkte aftager til den indirekte aftager.

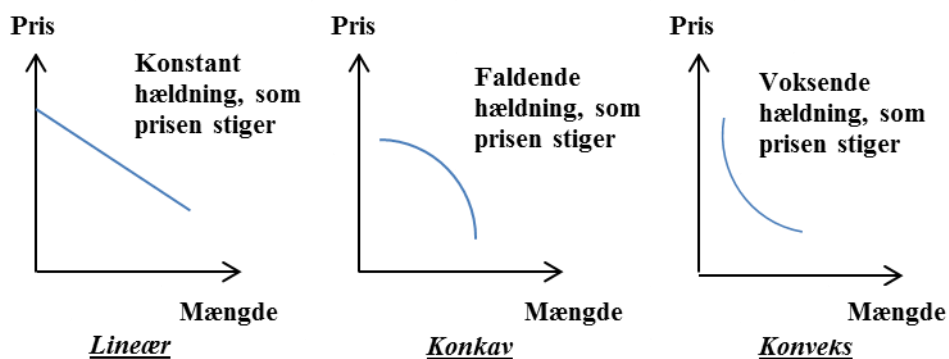
(89) Figuren illustrerer priser (lodret akse) som en funktion af den efterspurgte mængde (vandret akse). Denne efterspørgselskurve kaldes ofte den "omvendte efterspørgselskurve", mens en kurve, der viser efterspørgsel på den lodrette akse som en funktion af prisen på den vandrette akse, blot kaldes "efterspørgselskurven". I de følgende grafiske eksempler vises der omvendte efterspørgselskurver. For at lette sproget kaldes de dog "efterspørgselskurver".

UDKAST

- (166) Omfanget af mængdeeffekten er direkte påvirket af efterspørgslens prisfølsomhed. Dette skyldes, at prisfølsomheden bestemmer nedgangen i efterspørgsel efter en prisstigning. For en given prisstigning er nedgangen i output større, jo mere prisfølsom efterspørgslen er. Derfor er mængdeeffekten, det vil sige tabet af fortjeneste hos overtræderens kunde som følge af nedgangen i output (efterspørgsel), tæt forbundet med efterspørgslens prisfølsomhed.
- (167) Omfanget af overvæltningen og dermed størrelsen af overvæltningseffekterne hænger også sammen med forholdet mellem efterspørgsel og prisniveau. I dette tilfælde er det dog ikke efterspørgslens prisfølsomhed, der er direkte relevant. Derimod er det ændringen i efterspørgslens prisfølsomhed som følge af ændringer i prisniveauet. Denne ændring af prisfølsomheden med hensyn til prisniveauet kaldes efterspørgslens krumning.
- (168) Efterspørgslens krumning er den grad, hvormed efterspørgslens følsomhed over for prisændringer varierer, når pris eller output ændrer sig. Når efterspørgselskurven er lineær, som vist til venstre i Tekstboks 9 nedenfor, har den ingen krumning, og hældningen er konstant. I tilfælde af en konveks efterspørgsel, illustreret til højre i Tekstboks 9 nedenfor, bliver efterspørgslen mindre følsom over for prisændringer, når priserne stiger. Dette kan være tilfældet, hvis de produkter eller tjenesteydelser, der påvirkes af overprisen, karakteriseres som nødvendighedsvarer. Et eksempel kan være efterspørgslen på drikkevand, fordi en kunde kan være mindre og mindre følsom over for en prisstigning, i takt med at den tilgængelige mængde falder.
- (169) Hvis efterspørgselskurven på den anden side er konkav, som vist i midten af Tekstboks 9, bliver efterspørgslen mere følsom over for prisændringer, i takt med at prisen stiger. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis en substitut for produktet, der påvirkes af overprisen, er tilgængelig for kunden. Et eksempel kan være efterspørgslen på benzin. Ved et vist prisniveau kan kunderne eventuelt ændre deres forbrug væk fra benzindrevne biler til elektriske biler. Dette antyder, at efterspørgslen på benzin bliver mere følsom over for prisændringer, når flere kunder ændrer deres forsyning, hvis prisen på benzin stiger.
- (170) Krumningen på efterspørgselskurven kan have en betydelig indvirkning på overvæltningen af overpriser. For et givet niveau af konkurrence vil overvæltningen af en overpris, der rammer hele branchen, stige, jo mere konveks efterspørgselskurven er. Hvis efterspørgslen er tilstrækkeligt konveks, kan overvæltningsgraden eventuelt overstige 100 procent.

Tekstboks 9: Efterspørgslens krumning

Afhængigt af markedets karakteristika kan efterspørgselskurven være lineær, konveks eller konkav, som illustreret nedenfor. Den nedadgående form på en efterspørgselskurve indikerer, at kunderne vil efterspørge mere af et produkt, i takt med at prisen falder. Hældningen på efterspørgselskurven illustrerer, hvordan mængdeefterspørgslen ændres i takt med prisen. En stejlere efterspørgselskurve indikerer, at efterspørgslen er mindre følsom over for prisstigninger.



5.4. Et firmas prissætningsbeslutning

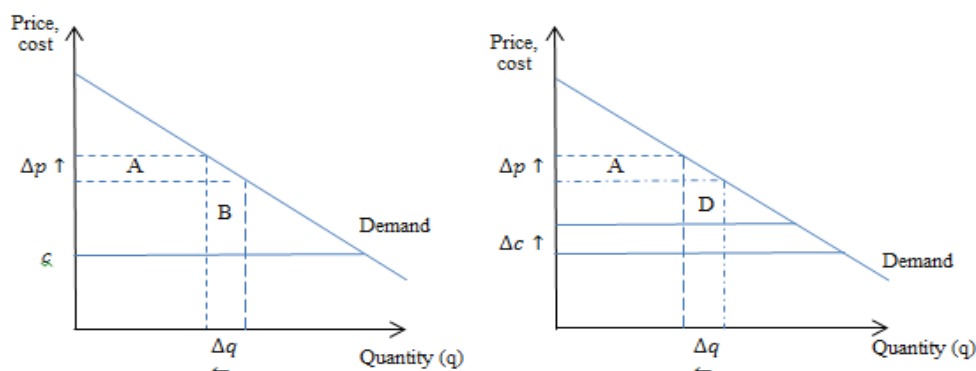
- (171) Som forklaret ovenfor i punkt (46) og (47) bestemmes et firmas incitament til at overvælte en overpris til sine kunder af den type efterspørgsel og omkostninger, det drejer sig om⁹⁰. Ifølge økonomisk teori vil et firma kun justere priserne, når det vil øge indtjeningen. For at modtage en højere pris må et firma dog normalt være nødt til at acceptere en reduktion i salg. Vurderingen af afvejningen mellem øget fortjeneste fra højere priser og nedsat fortjeneste fra reduceret salg er vigtig for at forstå omfanget af overvæltningseffekterne i erstatningssøgsmål.
- (172) Denne afvejning præsenteres på en stiliseret måde i Tekstboks 10 nedenfor. Hvis et firma, f.eks. en direkte kunde til en producent af råvarer, hæver priserne, kan effekten på fortjenesten fra højere priser illustreres af areal A i den venstre del af Tekstboks 10. Den medfølgende tabte fortjeneste, der stammer fra faldet i salg, er lig med areal B. Når effekten af en anden lille stigning i prisen gør sådan, at areal A er lig med areal B, er der intet råderum for at tjene yderligere fortjeneste igennem flere prisjusteringer. Hvis priserne hæves over dette punkt, vil den fortjenstmargen, der tabes som følge af den følgende reduktion i salgsmængde, veje tungere end de øgede marginer, der tjenes på det resterende salg.
- (173) Hvis den direkte aftager står over for højere omkostninger for råvarer, f.eks. hvis råvareleverandørerne hæver priserne ved en overtrædelse af artikel 101 i TEUF, kan dette ændre vilkårene for den afvejning, der beskrives i punkt (172) ovenfor. En stigning i den direkte kundes omkostninger vil reducere marginerne tjent på

(90) Se også "Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3" (2004/C 101/08), punkt 98.

UDKAST

salget ved den gældende pris. Hvad angår fortjeneste, gør dette det mindre dyrt at hæve prisen på bekostning af et vist tab af salg. Den tabte fortjeneste som følge af lavere salg, når omkostningerne er steget, er areal D i højre side af Tekstboks 10 nedenfor. Når areal D er mindre end areal B, har den direkte kunde et incitament til at hæve sine priser som reaktion på omkostningsstigningen, det vil sige at overvælte overprisen i hvert fald i nogen grad.

Tekstboks 10: Afvejning mellem prisstigning og tabt salg



5.5. Intensitet af konkurrence og forbindelser til overvæltning

5.5.1. Kontinuum af markedskonkurrence

- (174) På et givet niveau af forsyningskæden kan konkurrencen mellem firmaer være mere eller mindre intens. Ved den ene yderlighed, når et firma er monopolist på sit niveau af forsyningskæden, er der ingen konkurrence. Ved den anden yderlighed kan konkurrencen mellem firmaer være meget intens (f.eks. når mange firmaer sælger ret homogene produkter på et marked med lave barrierer for indgang), således at hvert firma fungerer som pristager og ikke påvirker markedspriserne, som vil være på eller meget tæt på marginalomkostningen for produktion. Dette sidstnævnte tilfælde kaldes perfekt konkurrence. Mellem disse to yderligheder ligger en bred vifte af mellemliggende scenarier, hvor konkurrencen kan være mere eller mindre intens afhængigt af f.eks. antallet af firmaer i branchen, eller hvorvidt produkter solgt af forskellige firmaer er tætte substitutter eller ej.
- (175) Denne form for markedskonkurrence påvirker direkte overvæltningen. I referencescenariet for perfekt konkurrence overvælttes brancheomfattende omkostningschok 100 procent til de direkte kunder. Derfor er det i sådan et tilfælde kun mængdeeffekter, der skal opgøres ud over overprisen. En sådan stiliseret markedsstruktur for perfekt konkurrence kan fungere som referencescenarie for retten, når den vurderer overvæltningseffekterne (selv om det på virkelige markeder ikke observeres så tit).
- (176) I modsætning hertil kan overvæltningen af en overpris under et monopol eller forskellige mellemliggende scenarier ikke nødvendigvis være 100 procent, men vil i stedet ligge under eller over denne grænse. Ved håndtering af erstatningssøgsmål for overtrædelser af EU's konkurrenceret ved nationale retter er det derfor generelt

UDKAST

relevant at foretage skøn af overvæltning og mængdeeffekter ud over skøn af overprisen, hvor end markedsstrukturen afviger fra referencescenariet for perfekt konkurrence.

- (177) Et eksempel på markedsstrukturer karakteriseret ved ufuldkommen konkurrence er et marked med differentierede produkter. Differentiering kan opstå enten i form af produktkarakteristika eller geografi. De direkte aftagere kan f.eks. tilbyde produkter, som adskiller sig fra hinanden med hensyn til deres egentlige kvalitet henholdsvis den kvalitet, som kunderne oplever af produktet. Som følge af de direkte aftageres forskellige beliggenheder kan transportomkostningerne for varerne alternativt variere for forskellige kunder (hvis beliggenhed også kan variere). Differentiering kan gøre, at produkter ikke er fuldstændige substitutter for hinanden. Kunder ser måske ikke alle produkter som komplet udskiftelige med hinanden.
- (178) Denne mindre end perfekte substituerbarhed kan resultere i mindre konkurrencemæssigt pres på leverandører, som måske ikke står over for konkurrenter, der tilbyder næsten identiske produkter. Ifølge økonomisk teori vil intensiteten af konkurrencen med andre ord blive mindre, når produktdifferentiering stiger. Som forklaret i punkt (175) ff. ovenfor vil svagere konkurrence sænke overvæltningsgraden af en brancheomfattende overpris, hvilket vil sige, at når differentieringen af de direkte aftageres produkter stiger, vil overvæltningsgraden for den brancheomfattende overpris, som de blev underlagt, bevæge sig imod graden, hvor hver direkte aftager er monopolist. Når produktdifferentieringen modsat begrænses, vil overvæltningsgraden af en brancheomfattende overpris være større.

5.5.2. *Brancheomfattende vs. firmaspecifik overpris og overvæltning*

- (179) Overhældningen af overpriser af en given aftager over for dens egne kunder varierer typisk afhængigt af, hvorvidt aftagerens konkurrenter også påvirkes af overprisen. Når en enkelt aftager påvirkes af overprisen, er overvæltningen nødvendigvis firmaspecifik. Hvis alle aftagere på et givet niveau af forsyningskæden i modsætning hertil påvirkes af overprisen, kan man tage hensyn til overvæltningsgrad for hvert firma, men også den brancheomfattende overvæltning.
- (180) Hvis kun én aftager er påvirket, dvs. at overprisen er firmaspecifik, kan overvæltningseffekterne være relativt begrænsede, særligt når denne aftager ikke er i stand til at påvirke salgspriserne på sit marked på grund af intenst pres fra konkurrenterne.
- (181) Hvis alle virksomhederne på et marked i modsætning hertil påvirkes af en overpris, altså at overprisen er brancheomfattende, vil alle virksomhederne stå over for højere inputomkostninger, hvilket medfører, at de muligvis er i stand til at overvælte i hvert fald en del af overprisen til deres egne kunder. En brancheomfattende overpris kan dog stadig påvirke forskellige konkurrenter forskelligt.

5.6. Yderligere faktorer, der påvirker overvæltning

- (182) På nogle markeder sælger firmaer flere produkter, f.eks. på dagligvaremarkeder. På sådanne markeder kan produkter være indbyrdes forbundne via deres efterspørgsel, f.eks. hvis en forhandler sælger konkurrerende mærker af mange produktkategorier. Hvis produkterne er substitutter, kan et omkostningschok på ét produkt muligvis også påvirke priserne på andre produkter, som forhandleren sælger. En ændring af prisen på andre produkter kan også ændre prisen på det produkt, der direkte påvirkes af omkostningschokket. Den slags feedbackeffekter fra andre produkter kan øge det første omkostningsgennemløb på markeder, hvor firmaer sælger flere produkter.
- (183) I hvilket omfang, en overvæltningseffekt observeres, kan også afhænge af den tidshorisont, der tages i betragtning ved skøn af en sådan effekt. Særligt overvæltningen af en overpris nedad i forsyningskæden kan forsinkes af flere årsager. For det første påvirker den oprindelige overpris muligvis kun de faste omkostninger for de firmaer, der står over for overprisen. Selv om det relevante udgangspunkt for vurderingen af overvæltningseffekterne er indvirkningen af overprisen på aftagernes marginale og variable omkostninger, kan en stigning i faste omkostninger påvirke et firmas strategiske beslutninger og dermed også overvæltningseffekterne, som det forklares i punkt (159) ovenfor.
- (184) Som nævnt i punkt (50) kan firmaer ydermere pådrage sig såkaldte menuomkostninger ved ændring af priser, det vil sige omkostninger i forbindelse med prisjusteringsprocessen. Hvis dette er tilfældet, vil et firma foretrække at begrænse antallet af prisændringer, det foretager, og måske kun overvælte en overpris efter et stykke tid, f.eks. vente, indtil stigninger i marginalomkostninger stiger over en vis grænse. I visse tilfælde kan overprisen udgøre så lille en stigning i marginalomkostninger, at den påvirkede aftager måske ikke finder, at det kan betale sig at overvælte overprisen overhovedet. De eksisterende menuomkostningers mulige indvirkning på skønnet af overvæltningseffekterne diskuteres yderligere i 4.3.2.1.
- (185) Under visse omstændigheder er en indirekte aftager muligvis i stand til at bruge sin forhandlingsmæssige styrke til at begrænse den direkte aftagers mulighed for at overvælte en overpris. Den indirekte aftagers forhandlingsmæssige styrke kan betegnes den modstående købermagt⁹¹. Købermagt er ikke kun begrænset til evnen til at skifte til andre leverandører, men udgør også f.eks. evnen til at integrere til foregående markedsled eller købernes forhandlingsmagt.
- (186) Generelt vil købermagten ikke forhindre overvæltning, hvis der er en brancheomfattende overpris, men den vil påvirke graden af overvæltning. På den ene side kan man forestille sig et scenarie, hvor stærk købermagt tvinger de direkte aftagere til at sluge overprisen og dermed begrænse overvæltningen. På den anden side kan man også forestille sig et scenarie, hvor den indirekte aftagers stærke forhandlingsmagt tvinger direkte aftagere til at lave et mark-up på nul og sælge til

(91) Vurderingen af den modstående købermagt er en vigtig faktor inden for EU's fusionskontrol. I Kommissionens retningslinjer for horisontale fusioner, punkt 64, defineres den modstående købermagt som den forhandlingsstyrke, som køberen har i kommercielle forhandlinger med sælgeren på grund af sin størrelse, sin kommercielle betydning for sælgeren og sin mulighed for at skifte leverandør.

UDKAST

en pris, der kun dækker deres marginalomkostninger, hvilket fører til en overvæltningsgrad på 100 % i tilfælde af en overpris.

- (187) Eftersom graden af købermagt og dens konsekvenser for overvæltningseffekterne afhænger af arten af de individuelle forhandlinger og den specifikke kontekst, de finder sted i, kan retten vurdere dette emne for hver individuel sag.
- (188) Hvis den direkte aftager, der står over for en overpris, er lodret integreret i efterfølgende omsætningsled på et detailmarked, det vil sige også aktiv på det marked, hvor de indirekte aftagere opererer, kan dette ydermere påvirke den direkte aftagers incitament til at overvælte den oprindelige overpris. I sådan et scenarie vil den direkte aftager, som står over for en overpris (det vil sige en stigning i marginalomkostninger), typisk overvælte hele overprisen inden for de integrerede firma. Overvæltningsgraden til ikke-integrerede indirekte aftagere ville dog generelt adskille sig fra dette, f.eks. afhængigt af niveauet af omkostninger eller fortjenstmarginer for de forskellige indirekte aftagere.
- (189) I visse brancher kan den pris, der tilbydes af den direkte eller indirekte aftager, være underlagt regulering, f.eks. prisregulering fra statslige organer. Prisregulering kan påvirke omfanget af overvæltning. Hvis den regulerede pris f.eks. fastsættes uafhængigt af de specifikke omkostninger for det produkt, der pålægges en overpris, når prisen fastsættes, kan den overvæltningsrelaterede priseffekt være begrænset eller nul. Som det også nævnes i punkt (44), kan skade, der stammer fra en overtrædelse af EU's konkurrenceret, dog også påvirke ikke-prisfaktorer. Hvis kontrolorganet på den anden side tager fuldt hensyn til omkostningerne for det produkt, der er ramt af en overpris, når det fastsætter den regulerede pris, kan graden af overvæltning også være betydelig på regulerede markeder.

6. BILAG 2 – ORDLISTE

- (190) Dette bilag giver et overblik over økonomiske begreber, der bruges i retningslinjerne.
- Efterspørgslens krumning: Ændringen i efterspørgslens elasticitet som følge af ændringer i prisniveauet.
 - Efterspørgsel: Mængden af en vare eller tjenesteydelse, som aftagere på et marked vil købe på et givet prisniveau.
 - Efterspørgselskurve: En illustration af forholdet mellem den efterspurgte mængde og prisen på et produkt.
 - Økonometrisk teknik: Denne teknik, som også kaldes en regressionsanalyse, er af statistisk art og hjælper med at analysere mønstre i forholdet mellem økonomiske variabler, f.eks. hvordan udviklingen af omkostninger påvirker udviklingen af priser på et givet marked.
 - Efterspørgslens elasticitet: Procentvis ændring i efterspurgt mængde som reaktion på en stigning i pris på én procent.
 - Firmaspecifik overpris: Kun én enkelt aftager påvirkes af overprisen.

UDKAST

- Faste omkostninger: Omkostninger, som ikke ændrer sig med mængden af produceret output.
- Brancheomfattende overpris: Alle aftagere på et givet niveau af forsyningskæden påvirkes af overprisen.
- Marginalomkostning: Stigningen i samlede omkostninger, som stammer fra én ekstra produceret enhed.
- Efterspørgslens hældning: Ratio af en ændring i mængde i forhold til ændringen i pris mellem to punkter på efterspørgselskurven, der er valgt vilkårligt tæt på hinanden.
- Variabel omkostning: Omkostninger, som ændrer sig med mængden af produceret output.