

OVERVÆLTNINGSARGUMENTETS BETYDNING I KARTELERSTATNINGSSAGER

THE SIGNIFICANCE OF THE PASSING-ON DEFENSE IN ACTION OF DAMAGES

af SEBASTIAN BECKER

Fokus i afhandlingen er at undersøge overvæltningsargumentets betydning i konkurrenceerstatningssager, hvor karteller har medført prisforhøjelser. I forbindelse med undersøgelsen af overvæltningsargumentets betydning i konkurrenceerstatningssager er der blevet foretaget en vurdering af, hvilken betydning implementeringen af de nye regler i Konkurrenceerstatningsloven (KREL) samt direktiv 2014/104 har. Endeligt bliver der i afhandlingen også foretaget en vurdering af den forventelige effekt, som de nye regler i KREL og direktiv 2014/104 vil få på incitamentet til karteldannelse.

Afhandlingen er tværfaglig, hvormed analysen af overvæltningsargumentets betydning i erstatningssager bliver belyst fra både en juridisk og økonomisk vinkel. Resultatet af en tværfaglig analyse er, at man ved anskuelse af problemformuleringen fra både et juridisk og økonomisk aspekt opnår en bedre forståelse for spørgsmålet, da konkurrenceerstatningssager ikke kun skal løses ud fra juridiske regler men ofte ved hjælp af økonomiske eksperter og teorier. Analysen er til dels opdelt i henholdsvis jura og økonomi, men de to fagdiscipliner vil også blive inddraget i fællesskab til at belyse overvæltningsargumentets betydning. Det juridiske arbejde med overvæltningsargumentet har især haft fokus på at undersøge retspraksis fra Danmark og andre medlemslande i EU. Økonomien har især været anvendt til at fastlægge, hvornår der kan ske overvæltning samt den eventuelle overvæltningsgrad.

Inden vedtagelsen af KREL fandtes der ikke regler omkring overvæltningsargumentet indenfor dansk ret. Med de nye regler i KREL, som trådte i kraft i december 2016, er overvæltningsargumentet nu anerkendt i dansk ret. Som det fremgår af den gennemgåede retspraksis i afhandlingen, har overvæltningsargumentet oftest været anvendt som et defensivt middel fra især karteller til at undgå betaling af bøder ved privatretlige erstatningssager til både direkte og indirekte aftagere. Med de nye regler i KREL er ønsket at gøre det nemmere for skadeslidte at opnå erstatning, og afhandlingen undersøger i denne forbindelse overvæltningsargumentets rolle.

Under analysen blev det klart, at overvæltningsargumentet kan have en væsentlig betydning for erstatningsudmålingen i privatretlige konkurrenceerstatningssager. Derfor kan overvæltningsargumentet have en stor betydning, hvilket både skadesvolder og skadeslidte skal forholde sig til.

Endvidere blev det i den foretagne analyse i afhandlingen klart, at de nye regler i KREL og direktiv 2014/104 forventes at være med til at flytte magtforholdet mellem skadesvolder og skadeslidte. Årsagen til dette er, at KREL og direktiv 2014/104 på flere punkter er med til at gøre det nemmere for skadeslidte at søge erstatning. Det er endnu uvist, hvilken effekt dette vil have på anvendelsen af overvæltningsargumentet.

På den ene side kan skadeslidtes bedre position betyde, at der bliver flere konkurrenceerstatningssager, men det kan modsat også betyde, at antallet af forlig stiger. Da reglerne endnu er nye, vil der formentlig gå noget tid, før svaret på dette spørgsmål kendes. Afhandlingen søger derfor ikke at besvare disse spørgsmål men derimod at fastlægge gældende ret og lægge op til videre arbejde med overvæltningsargumentets anvendelse både i dansk og europæisk retspraksis.

Et spændende aspekt, som også bliver behandlet i afhandlingen, er vurderingen af skadeslidtes adgang til erstatning efter vedtagelsen af KREL. Som nævnt er hensigten med KREL, at det skal blive nemmere for skadeslidte at søge erstatning. Afhandlingen undersøger, om de nye regler på alle erstatningsretlige punkter gør det nemmere for aftagere at søge erstatning, eller om der er områder, som ikke er helt færdigbehandlet. Spørgsmålet er i denne forbindelse, om de nye regler ikke altid reelt giver aftagere nemmere adgang til at søge erstatning, da alle de almindelige erstatningsbetingelser skal være opfyldt før, at der kan søges erstatning. Spørgsmålet kan ikke endeligt besvares, da der endnu ikke er retspraksis med anvendelse af KREL, men afhandlingen lægger op til videre arbejde indenfor dette område af KREL.

Abstract

The intention of this master thesis is to determine the significance of the passing-on defense in action of damage situations against cartels that result in an overcharge. Furthermore, an analysis of the passing-on defense and the impact of the implementation of directive 2014/104 and KREL is undertaken. Finally, the thesis will also shortly discuss the rules in directive 2014/104 and how they in the future will affect the private enforcement of the competition rules.

To understand the significance of the passing-on defense this master thesis is built upon both legal and economic aspects of passing-on. This is done by analyzing the laws and ruling of cases with passing-on from different member states from the EU in the legal section. Focus will especially be on Danish and German cases. In the economic section focus will be on explaining the effects of passing-on and the pass-on ratio. In the economic analysis, cases from different member states and the US will be used to give examples of the use of economic theory in passing-on cases.

The passing-on defense has allowed infringers to pass on an overcharge to direct purchases which will result in an overcharge to the indirect purchasers so that the direct purchases have suffered no harm. When an infringer successfully uses the passing-on defense it can prevent damage claims from the direct purchasers. The result is that if infringers successfully can use the passing-on defense it will be able to pay minimum or zero money in damage claims from direct and indirect purchasers and therefore evade the private enforcement of the competition rules.

The passing-on defense can be used both as an offensive and defensive tool. In most cases, passing-on has been used defensively by infringers. The new rules in directive 2014/104 and KREL seek to give better opportunities for and offensive use by indirect purchasers.

Through the analysis of the passing-on defense it has shown that before the implementation of the directive 2014/104 and KREL there was not many cases which revolved about passing-on. The reason for the few cases in the area of passing-on could be explained by the fact that the passing-on defense before the implementation of directive 2014/104 and KREL was not always possible and allowed to be used in trials. Even though, there is not a huge amount of cases to study in the area of passing-on it can be concluded that the passing-on defense can have a considerable impact on the compensation paid to direct and indirect purchasers.

With the new rules in directive 2014/104 and KREL, it is expected to result in more trials with passing-on unless the balance of power between the infringers and direct and indirect purchasers change, so more cases will end in settlements rather than trials.

The new rules in directive 2014/104 and KREL have resulted in a lower burden of proof on both basis of liability, causality and foresee ability. Therefore, in the future many cases might focus on the proof of loss as the new rules do not lower the burden of proof on this area in every situation.

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1	4
1.1 Indledning.....	4
1.2 Problemformulering	5
1.3 Metode.....	5
1.4 Afgrænsning	5
Kapitel 2	6
Hvilken betydning har indførelsen af Direktiv 2014/104 og KREL haft på incitamentet til at danne karteller og udøve konkurrencebegrænsende adfærd?.....	6
2.1 Overvejelserne bag direktiv 2014/104.....	6
2.2 Den forventelige effekt af direktiv 2014/104 og KREL på incitamentet for karteldannelse.....	7
Kapitel 3	9
Hvilken betydning har overvæltningsargumentet for erstatningssøgsmål i kartelerstatningssager?	9
3.1 Retlig ramme for opgaven	9
3.1.1 Generel baggrund	9
3.1.2 Dansk rets almindelige regler om erstatning	10
3.1.3 Arbejdet op til KREL og direktiv 2014/104.....	11
3.1.4 Konkurrenceerstatningsloven (KREL).....	12
3.1.5 Delkonklusion.....	14
3.2 Generelt om overvæltning	14
3.2.1 Hvad er overvæltning?.....	14
3.3 Effekterne ved overvæltning	16
3.3.1 Effekterne ved overvæltning	16
3.4 Overvæltning under forskellige markedsformer.....	18
3.4.1 Fuldkommen konkurrence.....	18
3.4.2 Monopol	20
3.4.3 Oligopol.....	22
3.4.4 Delkonklusion.....	25
3.5 Andre faktorer som kan påvirke overvæltningsgraden.....	25
3.5.1 Industripræget overpris kontra virksomhedsspecifik overpris.....	25
3.5.2 Purchasing power (købekraft)	26
3.5.3 Udbuds- og efterspørgselselastisitet.....	26
3.5.4 Entry og exit	27
3.5.5 Delkonklusion.....	27
3.6 Hvilken betydning har overvæltningsargumentet haft for erstatningssager inden direktiv 2014/104 samt KREL?	27
3.6.1 Håndtering af overvæltning inden direktiv 2014/104 og KREL af nationale domstole i EU.....	27
3.6.2 Overvæltningsargumentets anvendelse i konkurrenceerstatningssager.....	30
3.6.3 Volumeneffektens betydning i konkurrenceerstatningssager med overvæltning	32

3.7 Hvilken betydning forventes overvæltningsargumentet at få i erstatningssager efter vedtagelsen af direktiv 2014/104 samt KREL?	32
3.7.1 Har direktiv 2014/104 og KREL haft betydning for, hvem der kan søge erstatning?	32
3.7.2 Problematikken ved bevisførelse af skadeslidtes tab.....	34
3.7.3 Hvordan står parterne i en konkurrenceerstatningssag efter indførelsen af de nye regler?	34
3.7.4 Overvæltningsargumentets rolle fremadrettet/delkonklusion.....	34
Kapitel 4	35
Overvejelser om hvilken indvirkning direktiv 2014/104 får på incitamentet til karteldannelse	35
4.1 Hvilken effekt forventes det, at de nye regler om overvæltning vil få for incitamentet til at udøve ulovlig aktivitet?.....	35
Kapitel 5	35
Konklusion, perspektivering, litteraturliste	35
5.1 Konklusion	35
5.2 Perspektivering	36
5.3 Litteraturliste	37

Kapitel 1

1.1 Indledning

Konkurrenceretten har både i EU og på nationalt plan gennem de senere år haft stor fokus på at gøre det svære og mere bekosteligt at overtræde konkurrencerettens regler. Der er blevet sat ind over for virksomhederne ved at kræve højere bøder, indføre fængselsstraf for centrale personer i et kartel og indsat leniency reglerne, som skal være med til at gøre karteller ustabile. Alt dette er med til at styrke den offentlige håndhævelse af konkurrencereglerne. Den private håndhævelse har også fået en tilføjelse, som skal give bedre muligheder for skadeslidte til at komme igennem med en konkurrenceerstatningssag.

Den nyeste tilføjelse til EU's kurs mod bekæmpelse af karteller og andre konkurrenceovertrædelser findes i direktiv 2014/104, som blev en del af dansk ret i slutningen af 2016 som en selvstændig lov¹. Ønsket med direktivet er at skabe fokus på problemstillingen og gøre aktørerne, som har været påvirket af en konkurrencebegrænset adfærd, opmærksomme på, at de har mulighed for at søge erstatning mod skadesvolderen. Loven har derfor betydet, at der er kommet et stort fokus på området for erstatning for overtrædelse af konkurrenceretten. Det fremgår af direktivet, at ønsket med direktivet er, at alle, der har været ramt af en konkurrencebegrænsende adfærd, har mulighed for at opnå fuld erstatning.

Denne afhandling har til formål at undersøge den privatretlige håndhævelse af konkurrencereglerne og overvæltningsargumentets betydning i kartelerstatningssager. I denne forbindelse inddrages de nye regler fra direktiv 2014/104 samt KREL til at vurdere overvæltningsargumentets betydning, og der vil ud fra disse samt tidligere retspraksis blive foretaget en analyse af overvæltningsargumentets betydning for de forskellige aktører, henholdsvis direkte og indirekte skadeslidte samt skadesvolder. Den økonomiske teori omkring overvæltning medvirker til at forklare de forskellige elementer, der er i spil, når myndighederne skal vurdere, om der er sket overvæltning eller ej. Da tidligere retspraksis ikke har haft særlig stor fokus på anvendelse af eksperter samt økonomisk teori, kan det tænkes, at der med de nye regler i fremtiden vil være mere fokus på dette

¹ Lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af Konkurrenceretten, lov nr. 1514/2016, 13. december 2016. I afhandlingen vil denne lov blive forkortet med "KREL" (Konkurrenceerstatningsloven)

område. Afhandlingen undersøger derfor både ud fra det juridiske og økonomiske perspektiv, hvilken betydning direktiv 2014/104 samt KREL har for overvæltningsargumentets anvendelse i kartelerstatningssager. Endeligt vil afhandlingen diskutere om direktiv 2014/104 samt KREL har en effekt på incitamentet til karteldannelse, og om der med de nye regler vil være flere aspekter, som virksomheder skal tage højde for, før de vælger at foretage økonomisk kriminalitet.

1.2 Problemformulering

Hvilken betydning har overvæltningsargumentet for erstatningssøgsmål i kartelerstatningssager, hvor kartellet har medført en forhøjelse af priserne? - En analyse af overvæltningsargumentet og en vurdering af betydningen af Direktiv 2014/104 og KREL.

Afhandlingen tager sigte på at undersøge og analysere overvæltningsargumentet før og efter indførelsen af de nye regler om erstatning. Dertil skal afhandlingen fastlægge hvilken betydning, det har for de aktører, som kan kræve erstatning i en kartelerstatningssag, hvor der er sket overtrædelse af konkurrencereglerne. Fokus vil, som det fremgår af problemformuleringen, være på undersøgelsen af overvæltningsargumentets anvendelse i kartelerstatningssager, og hvordan dette kan anvendes af hhv. skadesvolder, direkte aftagere og indirekte aftagere. I denne forbindelse vil det blive undersøgt, hvilken betydning det kan forventes, at de nye regler fra direktiv 2014/104 og KREL vil have på overvæltningsargumentet. Da der ikke findes noget retspraksis for anvendelsen af reglerne i direktiv 2014/104 og KREL, vil den anvendte retspraksis afspejle, hvordan myndighederne i de forskellige medlemslande i EU har håndteret spørgsmålet omkring overvæltning tidligere. Selvom retspraksis ikke afspejler de nugældende regler, har de stadig en væsentlig værdi, da mange af de samme overvejelser ved overvæltning stadig gør sig gældende.

En spændende betragtning, der opstår, når man berører de nye erstatningsregler inden for konkurrenceret, er spørgsmålet om, hvilken betydning den nye lovgivning kan forventes at få på incitamentet til at danne karteller og foretage økonomisk kriminalitet. Denne betragtning vil blive anvendt som en indgangsbøn til afhandlingen i kapitel 2, og gennem undersøgelsen og analysen af overvæltningsargumentet i kapitel 3 vil der blive set på eventuelle forhold, der kan forklare, om incitamentet vil stige eller falde. Denne gennemgang vil ske i kapitel 4.

1.3 Metode

Den retsdogmatiske metode vil blive anvendt til at analysere gældende ret og anvende lov, forarbejder, retspraksis samt andre relevante retskilder til at belyse og besvare problemformuleringen. Gældende ret udledes først og fremmest på baggrund af loven, forarbejderne samt retspraksis, og derfor er dette også udgangspunktet for det juridiske arbejde². Da emnet omkring KREL/direktivet er nyt og uprøvet, vil der ligeledes blive anvendt andre kilder, der kan være med til at besvare problemformuleringen. I forhold til det juridiske arbejde tages der udgangspunkt i dansk ret, idet det er nødvendigt at arbejde med erstatningsregler, da EU-retten ikke udtaler sig om dette. Der vil stadig blive inddraget retspraksis fra andre europæiske lande og regler fra traktaten og direktiv 2014/104, hvor det anses for meningsgivende.

Til den økonomiske del vil der blive anvendt en positivistisk mikroøkonomisk metode. Dette betyder, at der vil blive anvendt kendte metoder til at illustrere effekterne af overvæltning og undersøge under hvilke forhold, der kan ske overvæltning samt den eventuelle overvæltningsgrad.

1.4 Afgrænsning

Specialet har sit udgangspunkt i EU-konkurrenceretten og direktiv 2014/104 men for at kunne arbejde med erstatningsreglerne er det nødvendigt at anvende de danske regler om erstatning. Dette betyder, at afhandlingen som udgangspunkt vil berøre den danske implementering af direktivet 2014/104, som findes i KREL. Når der henvises til de nye regler om erstatning i konkurrencesager, vil der som udgangspunkt henvises til den danske implementering i KREL, og det er derfor dennes paragraffer, der vil blive henvist til i afhandlingen. Direktivets artikler vil blive inddraget i de situationer, hvor domspraksis er fra andre medlemslande.

² Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, 2014, "Retskilder og retsteorier", afsnit 2.4, side 34

Det økonomiske arbejde med overvæltningsargumentet er omfangsrigt, hvilket kræver en afgrænsning. Afhandlingen vil være afgrænset til at fokusere på karteller, som foretager ulovlige prisforhøjelser, og hvordan disse bliver overvæltet til den direkte samt indirekte aftager. Udover disse led i en situation med overvæltning kan der også være andre led, både i værdikæden men også i andre værdikæder, som bliver påvirket af prisforhøjelsen og overvæltningen. Disse vil der blive afgrænset fra at undersøge. Det økonomiske arbejde omkring overvæltning vil være fokuseret omkring selve overvæltningsgraden og volumeneffekten. Selve overprisen fra kartellet, og hvordan denne opgøres, vil ikke blive undersøgt nærmere i denne afhandling. Under arbejdet med overvæltningsgraden vil der på grund af afhandlingens størrelse være elementer, som ikke er beskrevet detaljeret. Denne afgrænsning er sket på baggrund af en faglig vurdering hvor de vigtigste elementer til at bestemme overvæltningsgraden i forskellige situationer med overpriser fra et kartel, er udvalgt.

Kapitel 2

Hvilken betydning har indførelsen af Direktiv 2014/104 og KREL haft på incitamentet til at danne karteller og udøve konkurrencebegrænsende adfærd?

Når der sker lovændringer eller en tilføjelse af ny lov inden for konkurrenceretsområdet, er det oftest, fordi lovgiver har ment, at retsstillingen på området kan forbedres. KREL er i dansk ret blevet en selvstændig lov, og et oplagt spørgsmål i forbindelse med indførelsen af den nye lov er, hvorvidt den vil have en indvirkning på incitamentet til kartelvirksomhed og anden konkurrencebegrænsende adfærd? Årsagen, til at dette spørgsmål er interessant, skyldes, at et af formålene med direktiv 2014/104 og KREL er at mindske incitamentet til karteldannelse og anden konkurrencebegrænsende adfærd. Dette skal gøre det nemmere for både direkte og indirekte skadeslidte at opnå fuld erstatning for deres tab³.

I det følgende vil det derfor blive undersøgt, hvilken forventelig betydning direktiv 2014/104 og KREL vil have på incitamentet for karteldannelse og anden konkurrencebegrænsende adfærd.

2.1 Overvejelserne bag direktiv 2014/104

Ønsket om fair konkurrence er en essentiel del af EU, og derfor har der også fra Kommissionens side været stor interesse i at stramme reglerne over for virksomheder, som overtræder konkurrencereglerne⁴. Karteller er en af de former for konkurrenceovertrædelser, som er mest skadelig⁵. Årsagen er, at karteller kan have store konsekvenser for et givet marked både under kartellets eksistens i form af højere priser men også efter, at kartellet er lukket ned. Den åbenlyse direkte effekt, som et kartel har, er den overpris, som karteller tager, netop fordi formålet med et priskartel er at løfte prisen til over markedsprisen og dermed opnå en større profit⁶. Et kartel, som har eksisteret længe på et givet marked, kan have fjernet konkurrenter uden for kartellet, og derved har man et marked, som efter kartellets nedlukning, er markant påvirket af kartellet. De effekter, som et marked kan blive efterladt med efter et kartels opløsning, er effekter som f.eks. manglende produkt- og procesinnovation⁷. Dette kan have betydning for udviklingen på det pågældende marked, da et kartel typisk ikke har særlig stor interesse i at udvikle, da dette ikke har en økonomisk gevinst for kartellet. Det begrundes med, at der netop ikke er konkurrenter, som normalt vil betyde, at man som virksomhed er nødt til at udvikle for at være konkurrencedygtig⁸. Derfor kan et marked, som har været påvirket af et kartel, være svært svækket. Dermed er især karteller en konkurrencebegrænsende sammensætning, som er meget skadelig for konkurrencen.

For at sikre at karteller og andre konkurrencebegrænsende sammensætninger opdages og bliver fjernet, har Kommissionen i samarbejde med de nationale retsinstanser gennem årene arbejdet på at mindske incitamentet

³ Se afsnit 3.1.3.

⁴ Europa-Kommissionen, (11.6.2013), "Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102", side 2

⁵ London Economics (2011), side 20

⁶ London Economics (2011), side 3

⁷ London Economics (2011), side 15

⁸ London Economics (2011), side 16-17

til karteldannelse. Dette er sket ved flere implementeringer, som har været med til både at øge opmærksomheden omkring karteller og gøre det mere omkostningsfyldt at være en del af et kartel både for virksomheden men også for privatpersoner. Nogle af de forhold, som man har arbejdet med, har været forøgelse af bødestraf, fængselstraf til private personer samt indførelse af leniency reglerne. Alle elementer har været med til, at karteller i højere grad skal overveje, om det er profitabelt at være en del af et kartel. Meget af den tidligere lovgivning har haft sigte på den offentlige rettergang af karteller som f.eks. større bøder, fængsel og leniency, men nu er der kommet fokus på den privatretlige håndhævelse. Dette er sket med indførelsen af KREL. KREL har fokus på den privatretlige håndhævelse, og det betyder, at karteller ikke kun skal frygte store bøder fra myndighederne men også store civile erstatningssager mod dem⁹. Med Direktivet og KREL har man valgt at føre kampen mod karteller og andre konkurrencebegrænsende sammensætninger videre, så det nu er nemmere for skadeslidte at søge erstatning og give karteller færre muligheder for at undgå erstatningsansvar. Direktivets artikel 1 henviser til, at reglerens formål er at sikre, at enhver, som har lidt skade på grund af en anden eller andre virksomheders konkurrence-begrænsende adfærd effektivt, kan kræve fuld erstatning for deres tab¹⁰.

Det må derfor kunne forventes, at der i overvejelserne til direktiv 2014/104 og KREL har været et ønske om at skabe større afskrækkelse blandt virksomheder, der overvejer eller allerede foretager konkurrence-begrænsende adfærd i strid med konkurrenceloven. De overvejelser, som man må kunne forvente, at der har dannet en del af grundlaget for direktivet 2014/104, kan forklares med en økonomisk ligning. I det følgende afsnit vil der blive opstillet en ligning for økonomisk kriminalitet og set på, hvordan direktiv 2014/104 og KREL har indvirkning på den måde, som virksomheder agerer, når de skal vælge mellem at begå økonomisk kriminalitet eller ej.

2.2 Den forventelige effekt af direktiv 2014/104 og KREL på incitamentet for karteldannelse

Det klare formål med direktivet er at sikre, at alle, der har lidt skade af en konkurrencebegrænsende adfærd, kan opnå fuld erstatning for deres tab. Det er også muligt at se et mere overordnet formål med direktivet. Ved gennemlæsning af og ved sammensætning med tidligere års tiltag, er det overordnede formål kampen mod konkurrencebegrænsende aftaler og adfærd. Som nævnt tidligere har man gennem årene gjort meget for at gøre det mere omkostningsfyldt at være en del af et kartel, både for virksomheden men også for privatpersoner, og man har indført regler, som skal være med til at gøre kartellerne mere ustabile, end de allerede er af natur¹¹.

Hvis man ser økonomisk på de forskellige tiltag, er det tydeligt, at der er en kausal effekt mellem de forskellige tiltag. Forhøjelse af bødestraf betyder, at færre vil vælge at deltage i et kartel, fordi gevinsten ved at være en del af et kartel nu i mindre grad overstiger risikoen for at blive taget og betale bøden. Fængselsstraf er rettet mod private personer, som er centrale i kartellet og ved at give mulighed for at fængsle disse personer, er der automatisk også en mindre interesse i at indgå i kartelvirksomhed. Leniency reglerne er med til at gøre karteller ustabile, da kartellet hele tiden skal være opmærksom på, om nogen inde fra kartellet vælger at anvende disse regler til at stikke kartellet i ryggen. Med de nye regler, som skal gøre det nemmere at opnå erstatning i erstatningssager, er der dermed tilføjet endnu et element i de overvejelser, som virksomheder skal foretage, inden de vælger at begå kriminel aktivitet. Alle disse elementer har en samlet effekt på den måde, som kartellet agerer på og også på de overvejelser, virksomheder gør sig, før de vælger at foretage kriminel aktivitet.

Til at illustrere denne kausale effekt henvises der til Beckers model, som opstiller en ligning, der kan være med til at besvare, om man vil vælge at foretage kriminel aktivitet eller undgå dette¹². Ligningen, som der vil blive anvendt i denne afhandling, stammer fra Freeman og hans arbejde omkring "The Economics of crime" fra 1999¹³. Ved anvendelse af standardmodellen for beslutningstagning vil individer vælge mellem økonomisk

⁹ Europa-Kommissionen, (11.6.2013), "Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102", side 2

¹⁰ Direktiv 2014/104, side 10

¹¹ London Economics (2011), side 5-7

¹² London Economics (2011), side 3

¹³ Richard. B. Freeman, 1999, "The Economics of crime", Harvard University, kapitel 52.

kriminalitet og lovlig arbejde ud fra den forventede profit fra disse handlinger¹⁴. Hvis W_C er profitten for kriminel aktivitet, som ikke bliver opdaget, P er sandsynligheden for at blive opdaget, S er omfanget af straffen for at blive opdaget, og W_L er profitten for at udføre lovligt arbejde, vil en beslutningstager vælge at foretage ulovlig/kriminel aktivitet i en given periode, når $(1-P) \times U(W_C) + P \times U(W_C - S) > U(W_L)$, dvs. når den forventelige profit medregnet risiciene fra kriminel aktivitet er større end profitten fra lovligt arbejde¹⁵. Figur 1 giver en tydelig beskrivelse af ligningen.

Figur 1: Model der beskriver virksomheders overvejelser og vurdering af, hvorvidt økonomisk kriminalitet er profitabelt

$$(1-P) \cdot U(W_C) + P \cdot U(W_C - S) \geq U(W_L)$$

where

W_C : Expected net gain from criminal activity

W_L : Expected gain from legitimate activity

P : Probability of being convicted

S : Severity of punishment

U : Utility function

kilde: London Economics (2011), side 3.

De faktorer, som man kan påvirke for at gøre det mindre attraktivt for virksomheder at foretage økonomisk kriminalitet, er P og S i ligningen¹⁶. Dvs. man kan øge sandsynligheden for at blive fanget, og man kan øge straffen. Reglerne fra direktiv 2014/104 og KREL har fokus på at gøre det nemmere for alle skadeslidte at opnå erstatning. Derfor tager de nye regler sigte på S i ligningen, da det nu med de nye regler gerne skulle blive nemmere for alle skadeslidte at søge erstatning hos en skadesvolder. Derfor stiger straffen for at foretage kriminel aktivitet, idet der er større risiko for, at man skal betale flere penge i erstatning til skadeslidte. Når S bliver større i form af større straf, skal profitten for den kriminelle aktivitet stige for at kunne opretholde en højere gevinst ved kriminelt arbejde end ved lovligt arbejde. Sker denne stigning i W_C ikke, kan det ske, at ulighedstegnet i ligningen vil flytte sig, så det ikke længere er attraktivt nok at foretage kriminel aktivitet, og virksomheden vil derfor fravælge dette¹⁷. Hvis man isoleret set ser på, hvordan direktiv 2014/104 og KREL påvirker S i ligningen, vil det betyde, at virksomheder skal forøge deres profit ved den foretagne kriminelle aktivitet for, at det stadig kan betale sig. Derfor burde incitamentet til karteldannelse som udgangspunkt falde, da der med de nye regler fra direktiv 2014/104 samt KREL vil være større risiko for, at karteldeltagere skal betale fuld erstatning tilbage til skadeslidte, og derved bliver S i ligningen større.

Det er imidlertid kun halvdelen af resultatet, som er vist ved at kigge på S . Meget teori omkring økonomisk kriminalitet tyder på, at kriminelle typisk er mere risikotolerante end den generelle befolkning, og dette har betydning for den effekt, som S har i ligningen. Dette har været gennemgået i flere økonomiske rapporter som f.eks. Becker, 1968; Ehrlich, 1973, 1996; Freeman, 1999, at kriminelle i højere grad er mere villige til at tage risici¹⁸. Dette betyder, at en forøgelse af S som udgangspunkt vil medføre, at incitamentet til kriminel aktivitet vil falde, men hvis risikoen for at blive opdaget ikke samtidig stiger, altså P , så er det ikke sikkert, at effekten af en stigning i S vil få den ønskede effekt. Dette begrundes med, at kriminelle er villige til at løbe en yderligere risiko for at betale mere, hvis risikoen for at blive taget ikke stiger¹⁹. Med andre ord vil nogle kriminelle kunne acceptere den højere pris, der vil være ved at blive fanget, hvis ikke sandsynligheden for at blive fanget samtidig forøges. Dette medfører, at reglerne ikke vil have den afskrækkende effekt, og ulighedstegnet i ligningen ikke vil ændres. Det er imidlertid ikke alle kriminelle, der vil acceptere en højere straf, hvis de bliver fanget,

¹⁴ Richard. B. Freeman, 1999, "The Economics of crime", Harvard University, kapitel 52, side 3538.

¹⁵ Richard. B. Freeman, 1999, "The Economics of crime", Harvard University, kapitel 52, side 3538.

¹⁶ London Economics (2011), side 3-4

¹⁷ London Economics (2011), side 4

¹⁸ London Economics (2011), side 4

¹⁹ Richard. B. Freeman, 1999, "The Economics of crime", Harvard University, kapitel 52, side 3551

selvom sandsynligheden for at blive opdaget ikke stiger og for disse, vil reglerne påvirke til et mindre incitament²⁰.

Overvælningsargumentet har ikke tidligere været mulig at anvende altid, da det har været op til de nationale domstole at afgøre fra sag til sag. Med de nye regler i direktiv 2014/104 og KREL er overvælningsargumentet nu anerkendt. Dette har også betydning for ligningen. Som det senere vil blive gennemgået i afhandlingen, kan overvælningsargumentet anvendes defensivt af et kartel til at argumentere imod dem, som kræver erstatning. Derfor skal det undersøges, om overvælningsargumentet har betydning for, hvorvidt direktiv 2014/104 og KREL har den ønskede effekt på incitamentet til ulovlig aktivitet. Derefter vendes der tilbage til spørgsmålet om, hvorvidt det kan siges, at de nye regler har en indflydelse på incitamentet til at foretage kartelvirksomhed og udøve konkurrencebegrænsende adfærd.

Kapitel 3

Hvilken betydning har overvælningsargumentet for erstatningssøgsmål i kartel-erstatningssager?

I det følgende skal det undersøges, hvilken betydning overvælningsargumentet har for erstatningssøgsmål i kartel-erstatningssager. Udgangspunktet vil være at sætte den retlige ramme for arbejdet og fastlægge hvilke forhold, der skal være opfyldt for, at der kan være tale om erstatning. Den retlige ramme for arbejdet med overvælningsargumentet er relevant, da det danner grundlag for, hvorvidt det overhovedet er muligt at kunne søge erstatning. Efterfølgende vil der blive introduceret økonomisk baggrundsteori omkring overvælning for at styrke forståelsen for arbejdet med overvælningsargumentet, og der vil blive foretaget en gennemgang af, hvad overvælning er. Når disse elementer er på plads, flyttes fokus til at undersøge muligheden for at overvælte overpriser på forskellige markedsformer og den eventuelle overvælningsgrad. Efterfølgende skal det analyseres, hvordan overvælningsargumentet har været anvendt i praksis ud fra den tidligere retspraksis inden implementeringen af KREL og direktiv 2014/104. Herefter inddrages de nye regler fra KREL og direktiv 2014/104 i en vurdering af, hvem der kan søge erstatning, og hvordan overvælningsargumentet fremadrettet vil blive anvendt.

3.1 Retlig ramme for opgaven

3.1.1 Generel baggrund

Tilbage i 2003 blev der med forordning (EF) nr. 1/2003 opsat regler, som forbyder konkurrencebegrænsende aftaler (herunder karteller) i artikel 81. I 2009 blev EF-traktatens artikel 81 ændret til artikel 101 i TEUF, men indholdet er stadig det samme. Med forordningen (EF) nr. 1/2003 har Kommissionen og de nationale myndigheder kompetence til at anvende TEUF artikel 101. Den offentlige håndhævelse af artikel 101 er de bøder samt fængselsstraffe, som Kommissionen og nationale konkurrencemyndigheder kan pålægge virksomheder, der bryder TEUF artikel 101²¹. Den offentlige håndhævelse er altså den, som Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder udøver over for dem, som har brudt reglerne.

Udover den offentlige håndhævelse fra myndighederne vil en overtrædelse af artikel 101 også betyde, at skadeslidte borgere/virksomheder har mulighed for at kræve skadeserstatning ved de nationale domstole i de enkelte medlemsstater²². Denne del betegnes som den private håndhævelse af EU's konkurrenceregler.

Fokus i denne afhandling er den private håndhævelse af EU's konkurrenceregler og de nye regler i direktiv 2014/104 samt KREL. Da det er den private håndhævelse af EU's regler, som afhandlingen beskæftiger sig med og dermed de nationale domstolens erstatningsregler, betyder det også, at det er dansk rets almindelige

²⁰ Richard. B. Freeman, 1999, ” The Economics of crime”, Harvard University, kapitel 52, side 3540

²¹ Leniency reglerne indgår også i den offentlige håndhævelse.

²² Der henvises til sag 127/73, BRT mod SABAM, Sml., 1974, side 51, præmis 16 og sag C-282/95 P, Guérin Automobiles mod Kommissionen Sml., 1997 side 1543, præmis 39. Derudover kan der henvises til ”meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og de nationale domstole om anvendelse af TEUF artikel 85 og 86” punkt 16.

regler om erstatning, som finder anvendelse på konkurrenceerstatningssager i Danmark. Spørgsmålet om, hvem der kan rejse krav om erstatning inden for den private håndhævelse af EU's konkurrenceregler, blev gjort klart i Manfredi og Courage mod Crehan dommene²³. Disse understøtter det allerede gældende princip i traktatens artikel 81 og 82, at enhver kan rejse krav om erstatning for den skade, som de måtte have lidt, når der er årsagsforbindelse mellem skaden og en overtrædelse af de konkurrenceretlige regler²⁴.

Det er endvidere også af Manfredi-dommen og EU-retten gjort klart, hvilke forhold man som skadeslidte kan kræve erstatning for. Det fremgår af Manfredi-dommen, at man som skadeslidt ikke kun kan kræve erstatning for det lidte tab (damnum emergens) men også erstatning for tabt fortjeneste (lucrum cessans) samt renter²⁵.

Udgangspunktet er derfor dansk rets almindelige regler om erstatning, som danner grundlag for den privatretlige håndhævelse samt de nye regler i KREL. Derfor er det nødvendigt at gennemgå dansk rets almindelige regler om erstatning samt KREL for at fastsætte den retlige ramme for opgaven.

3.1.2 Dansk rets almindelige regler om erstatning

For at kunne undersøge, hvem der kan kræve erstatning i konkurrenceerstatningssager, og hvilken betydning overvæltningsargumentet har for erstatningsøgningen, er det nødvendigt at tage udgangspunkt i dansk lovgivning. Årsagen er, at EU-retten ikke indeholder regler om erstatning, da dette er op til medlemsstaterne selv at foretage. Derudover adskiller en konkurrenceretlig erstatningssag sig som udgangspunkt ikke fra andre erstatningssager²⁶. Derfor er dansk rets udgangspunktet for det retlige arbejde i denne afhandling, og de danske erstatningsregler danner grundlag for den retlige ramme sammen med den nye lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten²⁷. Inden tilblivelsen af KREL var erstatning i konkurrencesager underlagt de almindelige regler om erstatningsret²⁸.

Det følger af dansk rets almindelige regler om erstatning at for at kunne søge erstatning, skal fire betingelser være opfyldt. For det første skal der være et ansvarsgrundlag. Ansvarsgrundlaget opstår på skadesvoldersiden, som i dette tilfælde vil være kartellet, som foretager en ulovlig prisstigning. Adfærden, som udløser ansvarsgrundlaget, er, når kartellet overtræder en retsforskrift. I denne forbindelse vil den overtrådte retsforskrift være konkurrenceloven. Ud fra den trykte danske domspraksis om erstatning i forbindelse med overtrædelse af konkurrencereglerne (særligt U2005.2171 H, og U2004.2600S samt U2005.388S) foreligger der ansvarsgrundlag, når det kan konstateres, at der er tale om en overtrædelse af konkurrencereglerne²⁹.

For det andet skal der være opstået en skade, som har resulteret i et tab for skadeslidte, som i denne afhandling vil være de direkte og indirekte aftagere af kartellets produkter. Når det skal vurderes, om der har været tale om et tab, så er målet at stille skadeslidte, som om skaden aldrig var indtruffet. Til at undersøge dette ses der på det faktiske og hypotetiske hændelsesforløb. Tabet opgøres som differencen mellem det faktiske og det hypotetiske hændelsesforløb³⁰. Tabet opgøres ofte skønsmæssigt³¹.

For det tredje skal der være en årsagsforbindelse mellem skaden, som skadesvolderen har påført skadeslidte og skadeslidtes tab. Der skal altså både være en årsagsforbindelse til skaden og til tabet. I praksis vil årsagsforbindelsen typisk være nem at bevise for direkte skadeslidte, hvis ansvarsgrundlaget er opfyldt³².

²³ Sag C-295/04, Manfredi og Sag C-453/99, Courage mod Crehan

²⁴ Manfredi-dommen, præmis 95. Af yderligere retspraksis kan der henvises til: Sag C-453/99, Courage mod Crehan, 2001, Sml. I, s. 6297, sag C-360/09, Pfeiderer AG mod Bundeskartellamt, Sml. I, 2011, s. 5161, og sag C-199/11, Europese Gemeenschap mod Otis NV m.fl., Sml. I, 2012, s. 0000

²⁵ Manfredi-dommen, præmis 95 og 96

²⁶ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 61

²⁷ Lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af konkurrenceretten, Lov nr. 1541 af 13-12-2016 Vil gennem opgaven blive betegnet som "konkurrenceerstatningsloven" (KREL)

²⁸ Folketingstidende 1999-2000, tillæg B, side 1298

²⁹ Cheminova (2015), side 57, afsnit 4

³⁰ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 72

³¹ GT-Linien (2005). Højesteret foretog et skøn i forhold til tabets størrelse

³² Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 63

Den fjerde betingelse for erstatning er adækvans. Adækvans betyder, at den skade, som kartellet har påført andre, skal have været påregnelig for kartellet. I sager, hvor et kartel bevidst øger sine priser, er det klart, at kartellet har været bevidst om, at denne handling ville skade direkte aftagere og med stor sandsynlig også indirekte aftagere. Det må derfor have været påregneligt for kartellet, at dens adfærd ville skade andre.

Alle fire betingelser skal være opfyldt for, at skadeslidte kan opnå erstatning.

Alle erstatningssager tager udgangspunkt i, at der skal være tale om et tab for, at der kan betales erstatning. Hvis der ikke er et tab hos skadeslidte, kan der heller ikke kræves erstatning. Ud fra dansk rets almindelige regler om erstatning er det skadeslidte, som har bevisbyrden for, at betingelserne for erstatningsansvar er opfyldt³³. Dette betyder, at det er skadeslidte, som skal bevise, at der har været en overtrædelse af konkurrenceretten, før spørgsmålet om erstatning kan tages op. Hvis skadeslidte kan bevise, at der er tale om en overtrædelse af konkurrenceretten, er det efterfølgende et spørgsmål, om skadeslidte kan bevise sit tab. Kan skadeslidte dette, skal skadeslidte bevise, at tabet er en påregnelig følge af overtrædelsen. Først når skadeslidte har bevist disse ting, er det muligt at opnå erstatning.

Erstatningsreglerne finder derudover også først anvendelse, når kartellet er dømt for dens ulovlige handling³⁴. Foruden dom om overtrædelse af en forskrift vil betingelsen om ansvarsgrundlag ikke være opfyldt, og det vil som nævnt ovenfor være skadeslidte, der skal bevise, at der foreligger et ansvarsgrundlag.

3.1.3 Arbejdet op til KREL og direktiv 2014/104

Arbejdet med direktiv 2014/104 har været undervejs længe. I 2005 startede arbejdet, hvor de første forslag til en styrkelse af skadeslidtes muligheder for at søge erstatning var på tale i grønbogen om erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler³⁵. Hovedformålet var at sikre alle skadeslidte erstatning for deres tab og fremme samspillet mellem den offentlige og privatretlige håndhævelse af konkurrencereglerne³⁶. Spørgsmålet, om overvæltningsargumentet skulle tillades, var et af emnerne i grønbogen³⁷. Overvejelserne omkring overvæltningsargumentet i grønbogen fra 2005 byggede især på to ting. For det første var det skadesvolderens mulighed for at anvende overvæltningsargumentet defensivt³⁸. For det andet var det overvæltningsargumentets betydning for at kunne rejse et erstatningskrav. Årsagen er, at overvæltningsargumentet gør det langt mere kompliceret at rejse et erstatningskrav, og det skyldes, at det er svært at føre bevis for den præcise fordeling af skaden på de forskellige led i værdikæden. I hvidbogen fra 2008³⁹ kom man frem til, at overvæltningsargumentet skulle tillades, men at det gav anledning til nogle retlige overvejelser. På den ene side havde man spørgsmålet, om hvorvidt en lovovertræder skulle have mulighed for at anvende overvæltningsargumentet defensivt. Til dette spørgsmål kom man frem til, at sagsøgte/skadesvolder skal have mulighed for at anvende overvæltningsargumentet defensivt i forbindelse med et krav om erstatning for overprisen. Argumentet for denne tilladelse er, at hvis denne anvendelse af overvæltningsargumentet ikke tillades, vil det give en uretmæssig berigelse i form af mulig dobbelterstatning til sagsøgte⁴⁰. På den anden side var problematikken, hvis en indirekte aftager anvendte argumentet om overvæltning som bevis for den skade, som den indirekte aftager havde lidt. Grundet at indirekte aftagere ofte er langt nede i værdikæden eller endda slutleddet i kæden, så befinder de sig langt fra selve lovovertræderen, og dette gør det ofte svært at skaffe beviser for, at der er sket overvæltning ned gennem hele distributionskæden til dem. Man kom frem til, at hvis ikke den indirekte aftager

³³ Bemærkninger til KREL, 5. oktober 2016 fremsat af erhvervs- og vækstministeren (Troels Lund Poulsen), side 11

³⁴ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 64

³⁵ Europa-Kommissionen, (19.12.2005), "Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler"

³⁶ Europa-Kommissionen, (11.6.2013), "Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102", side 3

³⁷ Europa-Kommissionen, (19.12.2005), "Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler", side 9

³⁸ Se afsnit 3.7.2 omkring overvæltningsargumentets anvendelse

³⁹ Europa-Kommissionen, (2.4.2008), "Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler".

⁴⁰ Europa-Kommissionen, (2.4.2008), "Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler", side 8

kan bevise overvæltningen gennem alle leddene, vil de ikke opnå erstatning. For at undgå en eventuel berigelse til en lovovertræder, som med succes har anvendt overvæltningsargumentet defensivt, har man fra lovgivers side valgt at lempe bevisbyrden for den skadeslidte ved, at indirekte aftagere bør kunne tage udgangspunkt i den gendrivelige formodning, at den ulovlige overpris fuldt og helt blev overvæltet på dem⁴¹.

Udover overvejelserne omkring overvæltningsargumentet har både grøn- og hvidbogen med de nye regler om erstatningssøgsmål også overvejet vigtigheden af samspillet mellem de offentligretlige og privatretlige regler for at opnå det stærkeste grundlag. Dette ses ved, at der gennem årene har været stor fokus på den offentlige håndhævelse med både større bøder, fængselsstraf og leniency programmer, men den privatretlige håndhævelse har ikke tidligere fået samme opmærksomhed. I grøn- og hvidbogen til direktiv 2014/104 bliver der gjort opmærksom på, at det bedste middel mod konkurrencebegrænsende adfærd er med en lovgivning og tilgang til karteller, som både bygger på offentlig og privatretlig håndhævelse⁴². Det blev i denne forbindelse også gjort klart, at den privatretlige håndhævelse ikke måtte forhindre eller forringe den offentligretlige håndhævelse⁴³. Det fremgår af både grøn- og hvidbogen, at man fra lovgivers side ønsker at skabe de bedste vilkår for at nedsætte virksomheders incitament til at foretage konkurrencebegrænsende adfærd, og at reglerne i direktiv 2014/104 skal være med til at mindske dette incitament.

3.1.4 Konkurrenceerstatningsloven (KREL)

Konkurrenceerstatningsloven fra december 2016 finder anvendelse på erstatningskrav og erstatningssøgsmål vedrørende overtrædelser af traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde artikel 101 og 102 jf. KREL § 1, stk. 1. Loven finder endvidere anvendelse på erstatningskrav og erstatningssøgsmål vedrørende overtrædelser af konkurrencelovens § 6 og § 11, jf. lovens § 1, stk. 2. KREL finder derfor både anvendelse ved overtrædelser af EU-konkurrenceretten og ved erstatning for overtrædelse af den danske konkurrencelovgivning.

Det fremgår endvidere af KREL § 3, stk. 1, at skadeslidte skal have adgang til at opnå fuld erstatning for det tab, som de måtte have lidt ved, at der har været en overtrædelse af traktatens artikel 101 eller 102 (eller konkurrencelovens § 6 eller § 11). Det er også klart, at skadeslidte ikke skal opnå en berigelse af erstatningen, da det fremgår af lovens § 3, stk. 2, at skadeslidte skal stilles som, om overtrædelsen ikke var blevet begået. I arbejdet op til direktiv 2014/104 var der diskussion, om hvorvidt overvæltningsargumentet skulle tillades⁴⁴. Overvæltningsargumentet blev anerkendt som nævnt i afsnit 3.1.3., og det fremgår nu også af selve loven jf. KREL § 10, stk. 1.

Som nævnt i afsnit 3.1.2 var det inden KREL skadeslidte, som bar bevisbyrden for, at der var sket en overtrædelse af konkurrencereglerne. Med de nye regler i KREL er der sket en lempelse af skadeslidtes bevisbyrde på dette område. Dette er sket i KREL § 7, stk. 1. Bestemmelsen siger, at hvis en dansk konkurrencemyndighed har truffet en endelig afgørelse, hvor der er sket en overtrædelse af konkurrenceretten, skal skadeslidte ikke påvise, at der er sket en overtrædelse af konkurrenceretten. Dette gør det nemmere for skadeslidte at opfylde den første betingelse for at opnå erstatning. Når det er afgjort, at der er tale om en overtrædelse af konkurrenceretten, er det efterfølgende bevisbyrden for skadeslidtes tab, der skal undersøges. Her har KREL også gjort det lettere i visse tilfælde, da det efter KREL formodes, at en kartelovertrædelse har medført et tab for kartellets kunder, jf. KREL § 12, stk. 1, 1. led. Efter KREL § 12, stk. 1, 2. led, har kartellet ret til at afkræfte denne formodning. Der er dog intet i de nye regler fra KREL, der gør bevisførelsen for og opgørelsen for selve tabet lettere, og fokus er derfor rettet på dette spørgsmål.

I forhold til overvæltning er det første spørgsmål, der stilles, typisk; *"Hvem i distributionskæden har lidt tab som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne?"*. Det er overtræderen, som skal bevise, at en overpris

⁴¹Europa-Kommissionen, (2.4.2008), "Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler", side 8-9

⁴²Europa-Kommissionen, (11.6.2013), "Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102", side 3-4

⁴³Europa-Kommissionen, (11.6.2013), "Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102", side 4

⁴⁴Europa-Kommissionen, (19.12.2005), "Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler", side 9-10. Se også Hvidbogen 2008

er overvæltet på næste led i distributionskæden jf. § 10, stk. 2. Hvis en skadeslidt på grund af markedsvilkårene har opnået en overvæltningsgrad på 100 procent af overprisen fra skadesvolderen, betyder det, at den skadeslidte ikke har lidt noget direkte tab af skadesvolderens ulovlige adfærd. Det udelukker ikke, at den skadeslidte ikke har lidt et andet tab end den direkte overpris. En overpris kan have betydning for afsætningen på den direkte eller indirekte aftagers varer. Derfor kan der stadig være tale om et tab, selvom det direkte tab er dækket af overvæltningen. I de fleste domme inden vedtagelsen af nye regler fra direktiv 2014/104 og KREL har man kun haft fokus på at bedømme, om der var sket overvæltning eller ej og derefter, hvis der var tale om overvæltning, fratrukket de procenter, som man kunne bevise, at virksomheder havde overvæltet på sine kunder med erstatningsudmålingen. Det har også vist sig gennem økonomisk teori, at overvæltning af overpriser ikke kun kan siges at have én direkte effekt⁴⁵. Som det bliver forklaret senere i afhandlingen, kan overvæltning have betydning for, hvor meget virksomheder, som overvælter, egentlig sælger til andre virksomheder. Derfor kan tabet ikke kun opgøres ud fra selve graden af overvæltningen, men det er også nødvendigt at vurdere det eventuelle afsætningstab, som virksomheden har lidt ved at sælge sine produkter til en højere pris (mængdetab). Dette har man haft fokus på i KREL, og lovens § 9, stk. 1 gør det klart at;

”Skadelidtes ret til erstatning efter § 3 for tabt fortjeneste på grund af en hel eller delvis overvæltning af overprisen berøres ikke af reglerne i dette kapitel”.

Konkurrenceerstatningslovens § 9 stk. 1 indebærer, at skadelidtes adgang til at opnå erstatning for tabt fortjeneste (mængdetab) ikke påvirkes på grund af en hel eller delvis overvæltning af overprisen. I noterne til loven fra Karnov bliver der i note 61 kun omtalt direkte aftagere⁴⁶. Spørgsmålet, om hvorvidt en indirekte aftager kan anvende denne regel, er ikke fastlagt ud fra denne note. Det er fastsat i KREL § 3, at ”enhver”, der har lidt skade som følge af en overtrædelse af kartel- og monopolreglerne, skal have adgang til at kræve erstatning. Det må derfor kunne konkluderes, at selvom det ikke står direkte i lovteksten, så er indirekte aftagere også omfattet af KREL § 9, stk. 1. Dette fremgår også af hvidbogen til direktiv 2014/104 og KREL, hvor det bliver gjort klart, at indirekte aftagere, som ikke har haft direkte kontakt med lovovertræderen men som alligevel har lidt skade som følge af, at de via distributionskæden fik overvæltet en ulovlig overpris, kan kræve erstatning⁴⁷.

Årsagen til, at man i noterne fra Karnov kun har valgt at nævne den direkte aftager, skal med stor sandsynlighed forklares ud fra, at der i den beskrevne tekst kun er set på en distributionskæde med tre led; skadesvolder, direkte aftager og indirekte aftager. I en sådan distributionskæde vil det kun være den direkte aftager, som kan foretage overvæltning, da den indirekte aftager er sidste led og derfor ikke har mulighed for at overvælte den ulovlige overpris på yderligere led. Det må formodes ud fra formuleringen om, at ”enhver” har krav på erstatning efter konkurrenceerstatningslovens § 3, at også indirekte aftagere skal have mulighed for at anvende konkurrenceerstatningslovens § 9 stk. 1 i tilfælde, hvor den indirekte aftager ikke er sidste led og har foretaget en hel eller delvis overvæltning på et senere led i værdikæden. Det må derfor antages ud fra udformningen af reglerne, at det også skal være muligt for indirekte aftagere at få dækket deres mængdetab, som de har mistet ved at have overvæltet hele eller dele af overprisen fra lovovertræderen på deres kunder. Både direkte og indirekte aftagere kan dermed anvende konkurrenceerstatningslovens § 9, stk. 1.

Det er nu fastlagt, at overvæltningsargumentet kan have betydning for aftagerens afsætning, og både direkte og indirekte aftagere fra skadesvolder har krav på erstatning for tabt afsætning på grund af overprisen fra skadesvolderen. Det er derefter væsentligt at afgøre, hvordan hhv. direkte og indirekte aftagere fører bevis for, at der er sket overvæltning og sammenspillet imellem.

⁴⁵ Se f.eks. RBB Economics (2016), RBB Economics (2014), Europa-Kommissionen, (2013), ”Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102”

⁴⁶ Konkurrenceerstatningsloven med noter fra Karnov, side 11. Se link i litteraturlisten

⁴⁷ Europa-Kommissionen, (2.4.2008), ”Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF’s kartel- og monopolregler”, side 4

En direkte aftager af en overpris fra en lovovertræder skal føre bevis for, at lovovertræderen har foretaget en ulovlig overpris. Dette betyder, at den direkte aftager skal bevise, at skadesvolderen har overtrådt konkurrenceloven. Er dette bevist, er der grundlag for at kræve erstatning, når de andre forhold for erstatning også er opfyldt.

For indirekte aftagere kan bevisførelsen i en kartellerstatningssag være mere vanskelig, og det kan være svært at føre overprisen tilbage til skadesvolderen. Indirekte aftagere er defineret som:

”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”⁴⁸.

KREL har på dette område også gjort det lettere for skadeslidte, da der findes en formodningsregel i lovens § 11. Denne kan anvendes af indirekte aftagere til at bevise, at et tab er overvæltet på denne. Formodningsreglen indebærer, at overvæltning anses for bevist, hvis: (i) overtræder har begået overtrædelse af konkurrenceretten, (ii) overtrædelsen medførte en overpris for den direkte aftager og (iii) den indirekte aftager har købt de pågældende varer eller tjenesteydelser m.v. Indirekte aftagere rejser derfor deres krav på grundlag af formodningsreglen. Overtræderen har i denne forbindelse efter konkurrenceerstatningslovens § 11, stk. 3 mulighed for at modbevise påstanden om overvæltning fra en indirekte aftager.

3.1.5 Delkonklusion

Inden KREL var det skadeslidte, som havde bevisbyrden både for, at der var sket en overtrædelse af konkurrenceretten samt betingelserne for at opnå erstatning. Med de nye regler i KREL er det på flere punkter blevet nemmere at søge erstatning, da de nye regler på flere områder fjerner bevisbyrden fra skadeslidte. Derudover har både direkte og indirekte aftagere krav på erstatning jf. KREL § 3, stk. 1., og begge har mulighed for at kræve erstatning, selvom det har været muligt for aftagerne at overvælte 100 % af overprisen på det næste led i distributionskæden. Begrundelsen herfor handler om reduceret mængder i salg jf. § 9, stk. 1. Det centrale fokus i erstatningssager for overtrædelse af konkurrencereglerne bliver derfor med stor sandsynlighed i fremtiden spørgsmålet om bevisbyrden i forhold til skadeslidtes tab og tabets størrelse. Her har de nye regler også på nogle områder lettet denne bevisbyrde i forhold til tabet, men skadeslidte skal stadig bevise tabets størrelse. Kan skadeslidte ikke dette, vil det ikke være muligt at søge erstatning, da de almindelige betingelser for erstatning skal være opfyldt.

3.2 Generelt om overvæltning

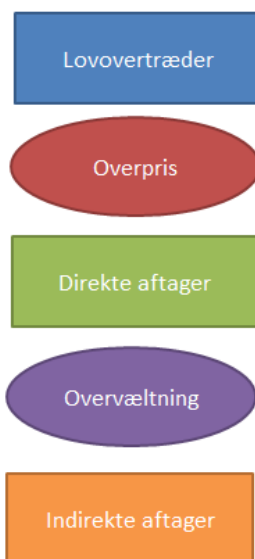
3.2.1 Hvad er overvæltning?

Overvæltning er nemmest at forklare ved at se på en værdikæde. Det kan være en værdikæde, hvor der befinder sig en producent, forhandler og forbruger, men der kan også være flere led i værdikæden. For at gøre det simpelt er der valgt at se på en værdikæde, hvor der er en producent, direkte forhandler og en indirekte forhandler/forbruger. Der er altså tre led i den anvendte værdikæde, og de betegnes som lovovertræder, direkte køber/aftager og indirekte køber/aftager. Som det fremgår af figur 2, vises lovovertræderen øverst. Lovovertræderen tager en ulovlig overpris, og denne overpris betaler den direkte aftager for. Den direkte aftager får sit tab dækket ved at sælge sine egne vare til en højere pris, så han i stedet overvælter overprisen til den indirekte aftager. Den overpris, som den direkte aftager sælger sine varer til, behøver nødvendigvis ikke at være lige så stor som den, han selv betalte hos lovovertræderen. Dette indebærer, at der ikke altid behøver at være tale om en 100 % overvæltningsgrad. Det kan sagtens være tilfældet, at den direkte køber videresælger sine produkter, hvor der kun er en overvæltningsgrad på 50-60 %, 40 % eller en helt tredje sats. Årsagen, til at der kan være forskel på overvæltningsgraden, afhænger af markedsforhold og det solgte produkt. En dybere gennemgang af overvæltning på forskellige markeder vil blive gennemgået i afhandlingens afsnit 3.5⁴⁹.

⁴⁸ KREL § 2, pkt. 21. samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU, side 11

⁴⁹ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 4-6

Figur 2: Eksempel på et overvæltningsscenarie



Egen tilvirkning med reference til "Study on the passing-on of overcharges", RBB Economics (2016), side 5.

Når den direkte aftager sælger sine produkter videre til en højere pris end normalt på grund af overtræderens prisstigning, sker der en overvæltning ned til den indirekte aftager, da denne nu køber produkter hos den direkte aftager til en højere pris⁵⁰. De potentielle effekter af overvæltning er de prisstigninger, som den direkte aftager oplever og de effekter, som opstår, når den direkte aftager overvælter dele eller hele af overprisen fra overtræderen til andre led længere nede i værdikæden. Udover disse to effekter, som er (i) prisstigning, (ii) overvæltning, er der også en tredje effekt, som kan betegnes som (iii) "volumen-effekten"⁵¹.

Det er ikke kun virksomheder, som befinder sig i værdikæden, der kan blive ramt af prisstigninger og derved lide et tab af en overtræders prisstigninger. Alt afhængig af hvordan værdikæden er, og hvordan de forskellige markedsforhold er på et pågældende marked, kan en prisstigning have betydning for andre end dem, som befinder sig i værdikæden. På nogle markeder kan der opstå det, der betegnes som en paraplyeffekt. Det opstår, hvis virksomheder, som ikke overtræder reglerne eller bliver ramt af prisstigningen direkte, fordi de ikke køber hos overtræderen, vælger at hæve sine egne priser, fordi de kan se, at markedspriserne er steget generelt på markedet på grund af overtrædelsen. Det er altså rivaler til de virksomheder, som er påvirket af prisstigningen, der vælger at følge prisstigningen. Derved opstår den samme effekt på flere markeder og derfor bruges betegnelsen "paraplyeffekt"⁵². Den prisstigning, som opstår af en sådan virksomhedsadfærd, og som kunder køber varer til, betegnes som paraplykunder⁵³. Spørgsmålet om, hvorvidt disse virksomheder og kunder kan kræve erstatning, vil ikke blive behandlet i afhandlingen, men det er væsentligt at notere, at det ikke kun er virksomheder i den værdikæde, hvor overtræderen befinder sig på, som kan blive påvirket af overtrædelsen. Man vil derfor skulle forholde sig til i eventuelle sager, hvor virksomheder fra andre værdikæder kræver erstatning. Deres krav om erstatning vil afhænge af gældende lov men vil som nævnt ikke blive berørt i denne afhandling.

⁵⁰ Europa-Kommissionen, (2013), "Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102", side 42

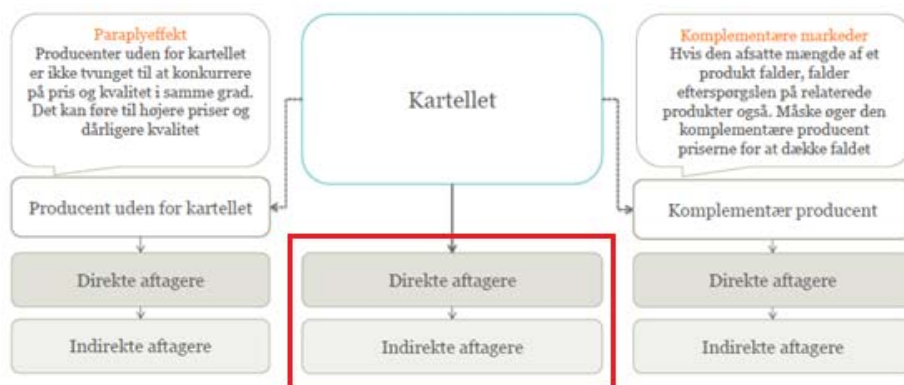
⁵¹ Europa-Kommissionen, (2013), "Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102", side 42

⁵² RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 8, pkt. 18

⁵³ Europa-Kommissionen, (2013), "Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102", side 42

Figur 3 illustrerer de involverede parter, som er omtalt, og hvordan priskartellet påvirker dem. I forhold til afhandlingen er fokus på parterne, som er markeret med rødt. Paraplyeffekten og de komplementære markeder vil ikke være indeholdt i afhandlingen.

Figur 3: Kartellets indvirkning på aftagere



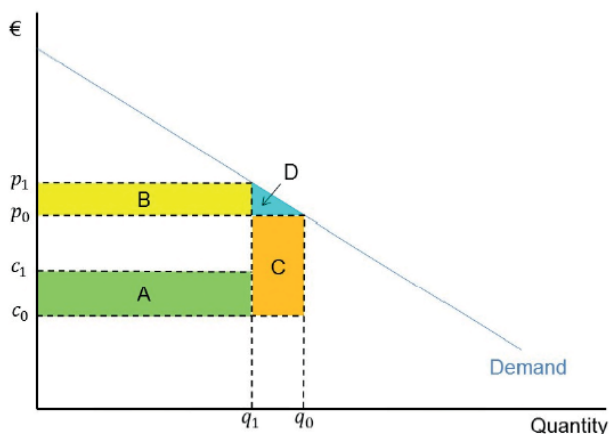
Kilde: foredrag af Advokat Erik Kjær-Hansen | Konkurrenceretsforeningen | 6. februar 2017.

3.3 Effekterne ved overvæltning

3.3.1 Effekterne ved overvæltning

Når et priskartel foretager en ulovlig prisforhøjelse på sine produkter, har det betydning for dem, som skal købe produktet fra priskartellet. Både de direkte og indirekte aftagere bliver derfor påvirket af et priskartels ulovlige prisforhøjelse. Udover prisforhøjelsen har den ulovlige overpris også en anden påvirkning. Denne effekt er, som tidligere nævnt i opgaven under afsnit 3.2.1 er effekten på de mængder, som de direkte og indirekte aftagere sælger, da produkterne er blevet dyrere. Figur 4 illustrerer via en graf de omtalte effekter.

Figur 4: Effekten af en overpris hvor der befinder sig to lag af aftagere



Kilde: Study on the passing-on of overcharges, RBB Economics (2016), side 10

I en situation, hvor der ikke vil være en overpris fra en lovovertræder, vil den direkte aftager sælge mængden Q_0 af dens produkter til prisen P_0 og indregne en konstant omkostning pr. produkt sat til C_0 . Ved en pris på P_0 vil den direkte aftager dermed have en profitmargin svarende til forskellen mellem C_0 og P_0 ⁵⁴. Dette ændres, når en lovovertræder, som leverer produkter til den direkte aftager, vælger at foretage en ulovlig overpris. På grund af overprisen stiger den direkte aftagers omkostninger fra C_0 til C_1 , og dette betyder, at den direkte

⁵⁴ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 10, pkt. 25

aftager kræver en højere pris for sine egne produkter, som derfor bliver prisen P_1 . Den direkte aftager sælger derfor en mindre mængde, som vil blive Q_1 ⁵⁵.

Effekten af overvæltningen kan som nævnt beskrives med tre begreber; (i) overpris, (ii) overvæltning, (iii) volumeneffekt. Disse tre begreber kan også beskrives ud fra figur 4. Areal A opstår, fordi den direkte aftagers omkostninger stiger fra C_0 til C_1 . Dette sker, fordi den direkte aftager skal betale mere for de varer, han køber hos overtræderen. Areal A kan derfor betegnes som overpriseffekten (omkostningseffekten). Areal A kan udregnes ved at gange den aktuelle salgsmængde Q_1 med omkostningsstigningen, som er C_1 minus C_0 ⁵⁶.

$$\text{Overpriseffekt} = \text{Areal A} = Q_1 \times (C_1 - C_0)^{57}$$

Areal A er et udtryk for den pris/værdi, som kunderne må overføre til priskartellet på grund af prisforhøjelsen⁵⁸. De kunder, der stadig køber til pris P_1 , er tvunget til at overføre flere penge til lovovertræderen for at få produktet. Disse kunder kan søge erstatning for at have betalt for meget for produktet. Selve tabet for overprisen, som en lovovertræder tager, er noget, som både direkte og indirekte aftagere kan søge erstatning for⁵⁹.

Areal B er i figuren et udtryk for overvæltningen, som den direkte aftager foretager på den indirekte aftager. Årsagen er som nævnt tidligere, at den direkte aftagers egne omkostninger er steget fra C_0 til C_1 . Derfor ønsker denne at få omkostningerne dækket ved at overvælte overprisen på den indirekte aftager. I forhold til figur 4 kan overvæltningen i dette eksempel udregnes ved at gange den aktuelle salgsmængde Q_1 med prisstigningen, som de indirekte kunder skal betale for produkterne, som vil være P_1 minus P_0 ⁶⁰.

$$\text{Overvæltningseffekt} = \text{Areal B} = Q_1 \times (P_1 - P_0)$$

Slutforbrugere, som vælger at undlade at købe produktet, fordi prisen er steget fra P_0 til P_1 , går glip af muligheden for at bruge dette produkt. Spørgsmålet er i denne forbindelse, om det skal være muligt for en slutforbruger at søge erstatning hel eller delvis for den skade, som man vil kunne argumentere for, at kartellet har påført slutforbrugeren ved at hæve prisen til et niveau, hvor kunden vælger produktet fra og mister muligheden for at bruge produktet. Dette spørgsmål vil ikke blive besvaret i afhandlingen, men det er en væsentlig overvejelse til videre arbejde⁶¹.

Areal C er volumeneffekten. Areal C opstår, fordi den direkte aftager hæver sine priser på grund af overprisen fra kartellet. Når dette sker, vil indirekte aftagere til den direkte aftager vælge at købe mindre, som fører til en reduktion i de mængder, som den direkte aftager sælger. Der er hermed stor sammenhæng mellem overprisen og volumeneffekten, og derfor er volumeneffekten også relevant at undersøge i sager med overvæltning. I forhold til figur 4 kan volumeneffekten udregnes ved at gange mængdereduktionen, der sker fra Q_0 til Q_1 , med profitmarginen opnået af virksomheden, når der ikke sker overvæltning dvs. P_0 og C_0 ⁶².

$$\text{Volumeneffekt} = \text{Areal C} = (P_0 - C_0) \times (Q_1 - Q_0)$$

Areal D er dødsvægtstab. Dødsvægtstab er et velfærdstab for slutforbrugerne, som der ikke vil blive set nærmere på i opgaven.

⁵⁵ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 10, pkt. 25

⁵⁶ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 10-11, pkt. 26

⁵⁷ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 11, pkt. 26

⁵⁸ Europa-Kommissionen, (2013), "Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102", side 43

⁵⁹ Beskrevet i afsnit 3.1.4

⁶⁰ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 11, pkt. 26

⁶¹ Europa-Kommissionen, (2013), "Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102", side 43-44

⁶² RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 11-12, pkt. 26

3.4 Overvæltning under forskellige markedsformer

I det følgende vil det blive undersøgt, hvorvidt overvæltning er muligt under forskellige markedsformer samt den mulige overvæltningsgrad. De tre udvalgte markedsformer er fuldkommen konkurrence, monopol og oligopolmarked. Formålet med at dække de 3 udvalgte markedsformer er at vurdere, hvordan teorien påvirker markederne i deres ekstreme former (fuldkommen konkurrence og monopol), samt hvordan det mest almindelige marked oligopol⁶³ påvirkes. Formålet med afsnittet er ikke at give en fuldkommen gennemgang af teorien men at inddrage udklip af teorien på markedsformerne i den henseende, hvor det findes relevant for afhandlingen⁶⁴.

3.4.1 Fuldkommen konkurrence

Fuldkommen konkurrence er defineret ved 4 følgende faktorer: (i) markedet består af mange små virksomheder, (ii) alle virksomheder er pristagere, (iii) de sælger et homogent produkt, og (iiii) der er ingen entry og exit barrierer på markedet. Under denne markedsform vil de enkelte virksomheder udvide deres udbud indtil det punkt, hvor deres marginale omkostninger er tilsvarende den marginale indtægt på den næste enhed. Hvis de marginale omkostninger for en virksomhed stiger med 1 enhed, så vil denne kun fortsætte med at udbyde den samme mængde goder i det tilfælde, at den marginale indtægt ligeledes stiger med 1 enhed⁶⁵. Er dette ikke tilfældet, vil det for virksomheden ikke være profitabelt at udbyde den samme mængde goder, og derfor vil den udbudte mængde mindskes indtil punktet, hvor de marginale omkostninger igen er tilsvarende markedsprisen ($MC = P$).

Ud fra ovenstående følger det, at virksomhedens individuelle udbudskurve dannes på grundlag af dennes marginale omkostningsfunktion, og hele markedet gives som summen af de enkelte virksomheders funktioner. Som følge heraf er det derfor nødvendigt at forstå, hvordan overvæltning påvirker virksomhedens marginal omkostningskurve.

Udsættes en individuel virksomhed på et fuldkomment konkurrencemarked for overpris, vil et af følgende to scenarier opstå: (i) virksomhedens marginale omkostningskurve vil fortsætte med at være lavere end markedsprisen, og virksomheden vil bibeholde den nuværende udbudte mængde (ii) de marginale omkostninger vil overstige markedsprisen som følge af overprisen, hvilket betyder, at det nu ikke længere er profitabelt at bibeholde den samme udbudte mængde som, før overprisen blev introduceret. Derfor vil virksomheden i dette tilfælde sænke dens udbud, indtil de marginale omkostninger igen er tilsvarende markedsprisen⁶⁶. Baseret på kendetegnene for et fuldkomment konkurrencemarked, vil en ændring i udbuddet for en enkelt virksomhed ikke have nogen effekt, da en anden virksomhed vil overtage den forsvundne mængde. Derfor vil markedsprisen heller ikke blive påvirket.

Ud fra ovenstående kan det derfor udledes, at en virksomhedsspecifik overpris ikke vil have nogen overvæltningseffekt under disse markedsforhold. Dette skyldes, at virksomheden er pristager og derved ikke blot kan hæve prisen på produktet. Dette betyder, at der ikke vil være nogen overvæltning i en situation, hvor en overpris er virksomhedsspecifik⁶⁷. Overvæltning vil derfor kun finde sted i det tilfælde, at majoriteten af virksomhederne på markedet bliver pålagt en overpris og derved ændre den underliggende markedsstruktur, og derved vil markedsprisen øges⁶⁸.

I det tilfælde, at hele industrien påvirkes af en overpris, vil graden af overvæltning blive bestemt af det relative punkt af elasticitet for både udbuds- og efterspørgselskurven. Her følger det fra økonomisk teori, at hvis enten

⁶³ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 56, pkt. 156

⁶⁴ For en dybdegående gennemgang af Tax incidence theory henvises der til: RBB Economics (2014), "Cost pass-through"

⁶⁵ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 56, afsnit 3.1.

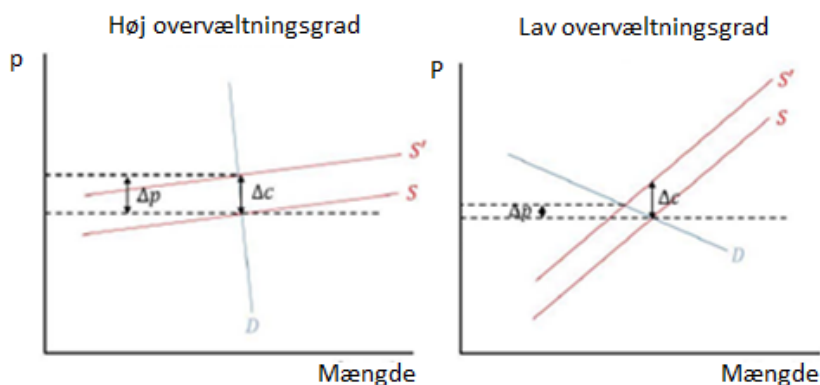
⁶⁶ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 54, pkt. 151

⁶⁷ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 54, pkt. 151

⁶⁸ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 55, pkt. 152

udbudskurven er elastisk (lav hældning), eller efterspørgselskurven er uelastisk (stor hældning), vil overvæltningensgraden være relativ høj⁶⁹, og modsat er gældende, hvis enten udbudskurven er uelastisk, eller efterspørgselskurven er elastisk. I ekstreme eksempler, hvor man har en udbudskurve, der er perfekt elastisk, og en efterspørgselskurve, der er perfekt uelastisk, vil overvæltningensgraden være 100 %⁷⁰. Dette betyder, at overvæltningensgraden vil stige, når efterspørgslen bliver mindre elastisk, og udbuddet bliver mere elastisk, mens overvæltningensgraden vil falde, når efterspørgslen bliver mere elastisk, og udbuddet mindre elastisk.

Figur 5: Senarier med høj og lav overvæltning



Kilde: Egen tilvirkning med reference til “Study on the passing-on of overcharges”, RBB Economics (2016), side 55.

Figur 5 illustrerer, hvordan elasticiteten af udbuds- og efterspørgselskurven påvirker overvæltningensgraden. Det vigtige i figuren er delta p. Delta p fortæller, hvor meget det er muligt at overvælte med. Som det kan ses ud fra figuren, vil der være en høj overvæltningensgrad, når D (efterspørgslen) har en høj hældning, og når S (udbud) har en lav hældning.

Under antagelsen af fuldkommen konkurrence vil markedsprisen blive bestemt af de marginale omkostninger af den sidste enhed af udbuddet, som er krævet for at tilfredsstille efterspørgslen⁷¹.

Anvendelse af tax incidence theory, som danner grundlaget for det økonomiske arbejde med overvæltning under fuldkommen konkurrence, er ligeledes blevet anvendt i retspraksis. Anvendelsen af tax incidence theory har oftest været anvendt i amerikanske sager til at argumentere for overvæltningensgraden, heriblandt i den amerikanske sag mellem A&M Supply og Microsoft Corp. I sagen var sagsøger slutforbrugerne, som mente, at Microsoft var i stand til at tage en overpris i salget af dens styresystemer og PC software ved at fjerne konkurrencen⁷². I denne forbindelse mente slutforbrugerne, at Microsoft var i stand til at overvælte hele overprisen ned til dem. Sagsøgers ekspert anvendte i sagen tax incidence theory til at argumentere for, at overprisen fra Microsoft var blevet overvæltet til slutforbrugerne. Eksperten fra sagsøger mente, at det var sandsynligt, at der i sagen var tale om en 100 % overvæltning af overprisen blandt andet på grund af manglen på mulige substitutter. Når køberne ikke har mulighed for at vælge andre produkter, betyder det, at efterspørgslen er uelastisk. Som nævnt oven for i teorien omkring overvæltning under fuldkommen konkurrence, vil det betyde, at overvæltningensgraden stiger. Som modargument gjorde Microsofts ekspert gældende, at markedet var langt fra fuldkommen konkurrence på grund af den høje differentiering, der var på produkterne på markedet for computerudstyr. Årsagen til, at Microsofts ekspert ønskede at argumentere for, at der ikke var tale om et marked under fuldkommen konkurrence, skyldes, at tax incidence theory bygger på, at der skal være tale om fuldkommen konkurrence. Ved at argumentere mod dette argumenterede sagsøgte mod hele anvendelsen af tax incidence theory i sagen. Retten afviste derfor i sagen sagsøgers anvendelse af tax incidence theory med begrundelsen;

⁶⁹ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 54, pkt. 151

⁷⁰ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 56, afsnit 3.1.

⁷¹ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 56, afsnit 3.1

⁷² A&M Supply mod Microsoft Corp afsnit 9, C

”the expert had not bridged the gap between economic theory and reality of economic damages”⁷³, og derfor fandt retten, at anvendelsen af tax incidence theory i sagen var spekulativ og ikke anvendelig.

Sagen er et eksempel på, at selvom man anvender økonomisk teori, som generelt taler for, at der burde være tale om overvæltning, så er der en række forskellige faktorer, som påvirker situationen. I denne sag var det afgørende, at Microsoft kunne argumentere imod, at der var tale om et marked under fuldkommen konkurrence og derved så tvivl ved anvendelsen af tax incidence theory.

3.4.2 Monopol

Et marked, hvor en virksomhed har monopol, kendetegnes ved følgende 4 faktorer: (i) en virksomhed, (ii) virksomheden er prissætter, (iii) der sælges et heterogent produkt og (iiii) høje entry og exit barrierer.

Da der kun er én aktør på dette marked, søger denne at maksimere sin profit ved at finde punktet, hvor dennes marginale omkostning for den næste enhed er tilsvarende den marginale indtægt for den næste solgte enhed⁷⁴. Når denne virksomhed pålægges en overpris, vil dette medføre, at de marginale omkostninger stiger, og monopolisten vil derfor sænke udbuddet for at finde det nye profitmaksimerende punkt, hvor de nye marginale omkostninger er tilsvarende den marginale indtægt. Som følge af det sænkede udbud vil markedsprisen ligeledes stige⁷⁵. Da en monopolist er den eneste aktør på markedet, vil det ikke være relevant at skelne mellem virksomhedspræget og industripræget overvæltning for denne markedsform.

For at forstå effekten af overvæltning for en monopolist er der 2 tilgangsvinkler: (i) overvæltning under forudsætning af at de marginale omkostninger holder konstant, og (ii) overvæltning under forudsætning af at de marginale omkostninger ikke holder konstant. Med andre ord kan man se på eksempler, hvor de marginale omkostninger ikke ændres i sammenhæng med, at outputtet ændrer sig og eksempler, hvor de marginale omkostninger følger ændringer i outputtet⁷⁶.

Udover funktionen for de marginale omkostninger, har efterspørgselsfunktionen ligeledes betydning for graden af overvæltning⁷⁷. Efterspørgselsfunktionen kan enten være lineær, konveks eller konkav⁷⁸. For at simplificere effekten antages det, at efterspørgselsfunktion i dette tilfælde er lineær, og de marginale omkostninger holdes konstante. Efterfølgende vil der blive knyttet en kommentar til, hvordan en ikke konstant marginal omkostningskurve ville påvirke overvæltningsgraden.

Figur 6: Overvæltning med en lineær efterspørgselskurve og konstante marginale omkostninger

⁷³ A&M Supply mod Microsoft Corp afsnit 9, C

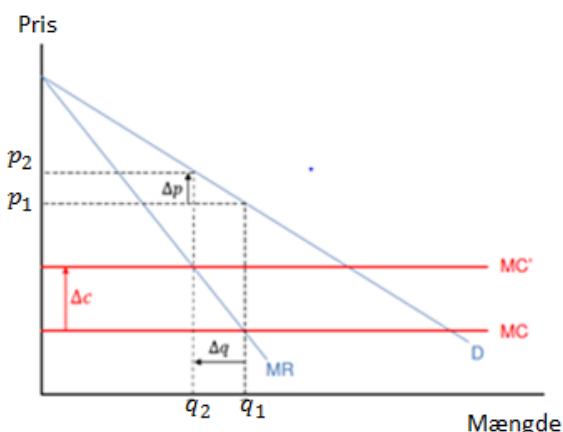
⁷⁴ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 57, afsnit 3.2

⁷⁵ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 57, afsnit 3.2

⁷⁶ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 58, afsnit 3.2

⁷⁷ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 59-60, afsnit 3.2

⁷⁸ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 65, afsnit 3.3



Kilde: Cost pass-through, RBB Economics (2014), side 59, afsnit 3.2

Figur 6 illustrerer situationen, hvor en monopolist profitmaksimerer i punktet, hvor de marginale omkostninger er tilsvarende den marginale indtægt⁷⁹ ($MC = MR$). I dette punkt udbydes mængden q_1 til prisen p_1 . Der indføres nu en overpris på monopolistens gode, hvilket gør, at MC stiger således, at $MC \rightarrow MC'$. Som følge heraf sænkes udbuddet fra $q_1 \rightarrow q_2$ ⁸⁰, og prisen stiger fra $p_1 \rightarrow p_2$. Ud fra figuren kan det udledes, at det er stigningen på MC samt hældningen på efterspørgselsfunktionen, som bestemmer, hvilken effekt overprisen har på udbuddet.

Overvæltningen er derefter den prisstigning, som den indirekte aftager oplever, og denne afgøres af funktionen for efterspørgselskurven. Dermed er efterspørgselsfunktionen afgørende for hvor stor en andel, der overvælttes til den indirekte aftager⁸¹.

En lineær efterspørgselskurve som i eksemplet oven for vil give en overvæltningsgrad på 50 %, en konkav efterspørgselskurve vil give en overvæltningsgrad < 50 %, mens en konvex efterspørgselskurve vil medføre en overvæltningsgrad > 50 %, og den kan endda overstige 100 %⁸². I forhold til MC -kurven under forhold hvor denne ikke er konstant men følger ændringer i outputtet, vil en opadhældende MC -kurve betyde en reduktion i overvæltningsgraden, mens en nedadhældende MC -kurve betyder en stigning i overvæltningsgraden⁸³.

Et marked behøver ikke at være styret af én virksomhed for, at man kan anvende den økonomiske teori om monopolistisk konkurrence. Et marked, hvor produkterne er differentieret fra hinanden, kan også være monopolistisk. På et sådant marked har man at gøre med det, som man betegner som lokale monopolister i økonomisk teori, fordi deres produkter differentierer sig fra hinanden og derfor ikke er egentlige konkurrenter⁸⁴.

Et eksempel på dette findes i sagen Cheminova mod Akzo Nobel⁸⁵. Akzo Nobel var del af et europæisk kartel, som tog ulovlige overpriser. Cheminova købte produktet ”Azonol” hos Akzo Nobel, og her var prisen sat til en ulovlig overpris. I sagen vurderende skønsmanden, at Cheminova havde været i stand til at overvælte 50 % af overprisen fra Akzo Nobel til sine egne kunder. Hovedargumentet for, at Cheminova havde været i stand til at overvælte 50 % af overprisen, gik på, at pesticider bedst kan betragtes som differentierede produkter med begrænset indbyrdes konkurrence⁸⁶. Derudover blev der i sagen også fremlagt akademiske studier, der pegede

⁷⁹ RBB Economics (2014), ”Cost pass-through”, side 59, afsnit 3.2

⁸⁰ RBB Economics (2014), ”Cost pass-through”, side 59, afsnit 3.2

⁸¹ RBB Economics (2014), ”Cost pass-through”, side 59, afsnit 3.2

⁸² RBB Economics (2014), ”Cost pass-through”, side 60, afsnit 3.2

⁸³ RBB Economics (2014), ”Cost pass-through”, side 65, afsnit 3.3

⁸⁴ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 60, pkt. 172

⁸⁵ SH2015.U-0004-07, Cheminova A/S mod Akzo Nobel

⁸⁶ Cheminova (2015), side 5, venstre kolonne.

på, at kemiske markeder skal opfattes som markeder med monopolistisk konkurrence⁸⁷. Skønsmanden kommenterede i sagen, at ”sådanne markeder med begrænset konkurrence tenderer mod 50 % overvæltning”⁸⁸ men kommenterede ikke på efterspørgselskurvens effekt på overvæltningsgraden. Efterfølgende argumenterede Akzo Nobel for en højere overvæltningsgrad end 50 %, og Cheminova for en mindre overvæltningsgrad end 50 %. Årsagen, til at Akzo Nobel ønskede en højere overvæltningsgrad, er, fordi det ville betyde en lavere erstatning til Cheminova. Modsat ønskede Cheminova en så lav overvæltningsgrad som muligt for at få den højest mulige erstatning. Skønsmanden fastholdte sin vurdering af overvæltningsgraden til 50 % som værende det bedste skøn. Han kommenterede, at den virkelige overvæltningsgrad både kunne være mindre eller højere end dette skøn⁸⁹. Skønsmanden noterede også, at parterne i sagen kun i meget begrænset omfang havde stillet relevant information til rådighed til vurdering af overvæltningsgraden. Dette betød, at skønsmanden i den pågældende sag valgte at foretage en informationssøgning efter kilder, der kunne belyse konkurrenceforholdene for det pågældende produkt på relevante markeder⁹⁰. Dette må alt andet lige også have haft en betydning for, hvordan udmålingen af overvæltningsgraden er udarbejdet i den pågældende sag og derfor med stor sandsynlighed også grunden til, at der ikke har været yderligere fokus på efterspørgslen. Den begrænsede information, som skønsmanden havde til rådighed i sagen, kom også til udtryk på side 41 i dommen, da skønsmanden udtalte sig, at han ikke kunne vurdere, om overvæltningen var høj på grundlag af Cheminovas dækningsbidrag. Det tyder derfor på baggrund af ovenstående, at skønsmanden i den pågældende sag ikke havde haft meget andet end dækningsbidraget til at afgøre overvæltningsgraden. Dette har muligvis medført, at han valgte at anvende økonomisk teori omkring differentierede produkter og derud fra fastsatte en overvæltningsgrad på 50 %. Resultatet, som skønsmanden kom frem til, er i overensstemmelse med overvæltningsgraden gennemgået i den økonomiske teori ovenfor i afhandlingen under monopolistisk konkurrence.

Sagen Cheminova mod Akzo Nobel giver et indblik i hvor mange forskellige forhold, der skal tages højde for, når overvæltningsgraden skal afgøres⁹¹. Den er også et bevis på, at parterne hver især har stor interesse i at påvirke skønsmandens vurdering af overvæltningsgraden, da overvæltningsgraden har en stor betydning for den eventuelle erstatning, der skal betales. Dommen er derfor også et godt eksempel på, hvor væsentlig overvæltningsargumentet kan være i privatretlige erstatningssager inden for konkurrenceretten.

3.4.3 Oligopol⁹²

Oftest er markeder karakteriseret ved, at konkurrencen består mellem relativt få virksomheder, hvilket kaldes et oligopol. Dette marked kendetegnes ved følgende: (i) få virksomheder, (ii) relativt heterogent produkt, (iii) nogle eller få entry/exit barrier og (iiii) delvis prissætter. Dette giver en markedsform, hvor der eksisterer en ikke-perfekt konkurrence. De få virksomheder, som består på markedet, står enten for det meste eller hele produktionen.

Overvæltningsgraden vil på dette marked især afhænge af, hvor mange virksomheder, der befinder sig på markedet⁹³. Overvæltningsgraden vil stige desto flere virksomheder, der befinder sig på markedet⁹⁴. Overvæltningsgraden bliver under et oligopolmarked desuden påvirket af den strategiske interaktion mellem virksomhederne. Den strategiske interaktion vil blive påvirket af konkurrenceintensiteten, mulig produktdifferentiering og som nævnt antallet af virksomheder på markedet⁹⁵.

Forskellen mellem industripræget overvæltning og virksomhedsspecifik overvæltning på et oligopolistisk marked er også relevant for overvæltningsgraden. Størrelsen af industripræget overvæltning er generelt påvirket

⁸⁷ Cheminova (2015), side 14, afsnit 5.1: Overvæltningsgraden

⁸⁸ Cheminova (2015), side 14, afsnit 5.1: Overvæltningsgraden

⁸⁹ Cheminova (2015), side 36, venstre kolonne.

⁹⁰ Cheminova (2015), side 36, højre kolonne.

⁹¹ Flere aspekter fra Cheminova (2015) vil blive gennemgået senere i opgaven

⁹² En dybdegående gennemgang af oligopol markeder er for kompleks for opgavens størrelse og i det følgende vil kun det væsentligste i forhold til overvæltning blive inddraget. For en dybdegående gennemgang henvises der til: RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 66-90.

⁹³ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 56, pkt. 156

⁹⁴ Dr. Assimakis Komninos (2009), “Quantifying antitrust damages”, side 120

⁹⁵ RBB Economics (2014), “Cost pass-through”, side 90, afsnit 4.5

af tre faktorer; (i) krumningen på efterspørgselskurven. Her vil overvæltning stige, når efterspørgselskurven er konveks og falde, når efterspørgslen er konkav, som ligeledes var tilfældet under monopol. (ii) intensiteten og konkurrenceformen påvirker ligeledes overvæltningsgraden. Her vil overvæltningsgraden stige, når konkurrencen eller intensiteten stiger, herunder når der kommer flere virksomheder på markedet, (iii) elasticiteten på udbuds- og efterspørgselskurverne påvirker ligeledes interaktionen mellem virksomhederne og deres udbud.⁹⁶

Da overvæltningsgraden er påvirket af interaktion mellem virksomheder og antallet af virksomheder på markedet, betyder det også, at det kan give en stor variation på resultater for overvæltningsgraden, og derfor er der forskellige økonomiske analyser, som beskriver adfærd på et oligopolmarked samt dets resultater⁹⁷. Dette betyder, at overvæltningsgraden kan variere alt efter, hvordan det pågældende marked er sammensat med virksomheder og den interne konkurrence.

I denne afhandling tages der udgangspunkt i Cournot og Bertrand modellerne, da disse danner størstedelen af fundamentet for økonomisk teori omkring oligopolistisk konkurrence⁹⁸. I forhold til det videre arbejde under Cournot og Bertrand vil der kun blive set på tilfælde, hvor virksomhederne kun sælger ét produkt. Formålet med dette er at mindske den kompleksitet, som måtte opstå, når virksomheder producerer flere forskellige goder.

3.4.3.1 Cournot

Under Cournotmodellen fokuseres der på homogene goder, og det antages, at hver virksomhed individuelt vælger sit output, og samtidigt anser konkurrenternes mængdevalg som fast. Ud fra disse oplysninger vælger virksomheden, hvor meget den skal producere⁹⁹. Under "Cournotkonkurrence" vil en virksomheds profitmaksimeringsoutput afhænge af konkurrenternes output, efterspørgsel og virksomhedens egne omkostninger¹⁰⁰. Har man f.eks. et marked, som er duopol, dvs. hvor der eksisterer to aktører med en lineær efterspørgsel og konstante marginale omkostninger, vil en virksomhed reducere sit output, hvis konkurrenten vælger at øge sit output for at opnå den optimale udbudte mængde¹⁰¹. I tilfældet, hvor man har et duopolmarked, er spørgsmålet, hvordan ligevægten mellem de to virksomheders udbudte mængder og dermed markedsprisen bliver påvirket af ændringer i de marginale omkostninger for den ene eller begge virksomheder. Hvis virksomhed 1 er udsat for en stigning i dens marginale omkostninger, vil virksomhed 1 nedsætte sin udbudte mængde. Dette vil betyde, at virksomhed 2 vil udvide sit udbud med den mængde, som virksomhed 1 har valgt at reducere sit udbud med på grund af dens øget marginale omkostninger (virksomhedsspecifik overpris)¹⁰². Hvis begge virksomheder er udsat for den samme stigning i deres marginale omkostninger, vil udbuddet blive reduceret for begge virksomheder, og de vil derfor sammenlagt udbyde mindre, men forholdet mellem, hvor meget de udbyder i forhold til hinanden, vil forblive det samme (industripræget overpris)¹⁰³.

I tilfælde, hvor der er Cournotkonkurrence, vil en industripræget overpris, hvor der kun befinder sig én virksomhed, være at sammenligne med overvæltningsteorien om monopolistisk konkurrence. Hvis der er tilstrækkeligt mange virksomheder på et oligopolmarked med Cournotkonkurrence, vil overvæltningsteorien kunne sammenlignes med fuldkommen konkurrence. Under en industripræget overpris vil overvæltningsgraden stige, når antallet af virksomheder på markedet stiger. Overvæltningsgraden kan variere alt fra 50 %, hvor der er én virksomhed, til 100 %, hvor der er mange virksomheder¹⁰⁴.

⁹⁶ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 90, afsnit 4.5

⁹⁷ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 57, pkt. 157

⁹⁸ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 66, afsnit 4

⁹⁹ Cournot kan også undersøge differentierende produkter. Se Zimmerman og Carlson (2010)

¹⁰⁰ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 66, afsnit 4.1

¹⁰¹ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 66-67, afsnit 4.1

¹⁰² RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 66, afsnit 4.1

¹⁰³ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 67, afsnit 4.1

¹⁰⁴ Overvæltningsgraden kan overstige 100 % hvis efterspørgselskurven er tilstrækkelig konveks

Under Cournotkonkurrence, hvor der er tale om en virksomhedsspecifikpræget overpris, vil der ligesom ved industripræget overpriser under monopol være en overvæltningsgrad på 50 %. Modsat en industripræget overpris vil en overpris for én specifik virksomhed, hvor der kommer flere og flere virksomheder ind på markedet, betyde, at overvæltningsgraden for denne virksomhed vil falde i takt med, at antallet af virksomheder stiger¹⁰⁵. Hvis kun én virksomhed er påvirket af en overpris, vil overvæltningsgraden derfor for denne virksomhed falde desto flere virksomheder, der er på markedet. Dette er illustreret i figur 7.

Figur 7: Forholdet mellem antallet af virksomheder og overvæltningsgraden mellem virksomheds- og industripræget overvæltning

Antal af virksomheder	Overvæltningsgrad
1	1
2	1/2
3	1/3
4	1/4
5	1/5
10	1/10
50	1/50
100	1/100

Kilde: Egen tilvirkning med reference til "Cost pass-through", RBB Economics (2014), side 72, afsnit 4.1.2.

Ud fra figuren kan det udledes, at hvis man har et marked med to virksomheder, duopol, vil det betyde, at en virksomhedsspecifik overpris vil resultere i en halv så stor overvæltningsgrad, som hvis overprisen havde været for hele industrien. Det, som figuren viser, er, at desto flere virksomheder, der befinder sig på et pågældende marked, desto mindre betydning får en virksomhedsspecifik overpris for overvæltningsgraden. Dette stemmer overens med teorien omkring fuldkommen konkurrence, hvor en virksomhedsspecifik overpris ikke vil resultere i nogen overvæltning, da der befinder sig mange virksomheder på markedet, og markedsprisen derfor ikke vil flytte sig, jf. afsnit 3.4.1.

3.4.3.2 Bertrand

Under Bertrandmodellen arbejder man ud fra mange af de samme momenter som i Cournotmodellen. Forskellen er, at mængde/udbytte er udskiftet med pris. Under "Bertrandkonkurrence" vil hver virksomhed vælge den pris, der maksimerer virksomhedens profit ved antagelse af, at konkurrenterne holder deres priser faste, når virksomheden prisfastsætter¹⁰⁶. Markedsligevægten opstår, når hver virksomheds pris er det bedste svar på en konkurrents pris¹⁰⁷.

Produktdifferentiering kan som under monopol betyde meget for overvæltningsgraden. I helt ekstreme tilfælde, hvor man har et marked, som er oligopol, men hvor produktdifferentieringen mellem virksomhedernes produkter er så stor, at der kan være tale om, at virksomhederne bliver "lokale monopolister", vil virksomhederne agere som monopolister. Som gennemgået i afsnit 3.4.2 var dette tilfældet med sagen Cheminova mod Akzo Nobel, hvor der var tale om en produktdifferentiering, som gjorde, at Cheminova måtte anses for at være en lokal monopolist, og ud fra denne vurdering kom man frem til en passende overvæltningsgrad. Under Bertrandmodellen vil overvæltningsgraden være 50 % under en industripræget overpris, hvis produkterne er differentieret som nævnt ovenfor, og hvor der derfor befinder sig en overvæltningsgrad, som vil svare til monopoltilfælde med en lineær efterspørgsel¹⁰⁸. Under en industripræget overpris vil overvæltningsgraden stige i takt

¹⁰⁵ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 71-72, afsnit 4.1.2

¹⁰⁶ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 73, afsnit 4.2

¹⁰⁷ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 73, afsnit 4.2

¹⁰⁸ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 77, afsnit 4.1.2

med, at produktdifferentieringen falder, og priselasticiteten stiger, og overvæltningens grad kan nå 100 % i nogle tilfælde¹⁰⁹.

3.4.4 Delkonklusion

Ud fra gennemgangen i afsnit 3.4 kan det konkluderes, at der kan ske overvæltning under alle tre markedsformer. Hvis alle direkte aftagere bliver udsat for overprisen, betegnes overvæltningen som en industripræget overvæltning, men er det derimod én virksomhed, betegnes det som en virksomhedsspecifikpræget overvæltning, og her vil der som udgangspunkt ikke ske overvæltning. Det kan endvidere konkluderes ud fra retspraksis gennemgået i afsnit 3.4, at overvæltningsargumentet kan have en væsentlig rolle i private konkurrenceerstatningssager. Udfaldet af overvæltningsgraden kan have stor betydning for erstatningsudmålingen i en sag, og derfor vil både sagsøger og sagsøgte i sager anvende økonomisk teori til at argumentere for en hhv. højere og lavere overvæltningsgrad.

3.5 Andre faktorer som kan påvirke overvæltningsgraden

I analysen af overvæltningsargumentets rolle på hhv. markeder med fuldkommen konkurrence, monopol og oligopol har der været inddraget faktorer, som kan påvirke overvæltningsgraden. Der er flere faktorer, som ikke direkte blev inddraget i afsnit 3.4, og udvalgte vil blive gennemgået i det følgende. Afsnittet vil også blive brugt som en opsummering indeholdende, hvilke forskellige faktorer medlemslandene i EU har lagt vægt på i deres afgørelser med overvæltning og overvæltningsgraden.

3.5.1 Industripræget overpris kontra virksomhedsspecifik overpris

Under afsnit 3.4 har der i forbindelse med de forskellige markedsformer været fokus på at undersøge overvæltningsgraden alt efter, om der er tale om en industripræget overpris eller en virksomhedsspecifik overpris. Dette blev gjort, fordi det var tydeligt i den økonomiske teori samt retspraksis omkring overvæltning, at det har stor betydning for overvæltningsgraden, om det er hele industrien, der bliver udsat for en overpris, eller det kun er én specifik virksomhed. I gennemgangen ovenfor var det for omfattende at inddrage retspraksis og give eksempler på industripræget og virksomhedsspecifikke overpriser, og det er derfor hensigten med følgende afsnit.

Der findes flere afgørelser, hvor domstolene har undersøgt, om der har været tale om en virksomheds- eller industripræget overpris og anvendt denne viden til at afgøre, om der er sket overvæltning eller ej.

En afgørelse fra Frankrig i sagen Arkopharma (2006) var der en direkte aftager, som gjorde gældende, at det ikke var muligt for virksomheden at overvælte en overpris til dens aftagere på grund af de pågældende markedsforhold. Retten afviste denne påstand med begrundelsen om, at kartellet, som havde forårsaget overprisen, havde påvirket 80 % af markedet. Det måtte derfor konkluderes, at det havde været muligt for den direkte aftager at overvælte dele af overprisen fra kartellet, fordi den direkte aftagers konkurrenter også var udsat for en overpris, og derfor var der tale om en industripræget overpris¹¹⁰.

Modsat var der en spansk afgørelse fra 2013 omkring køb af sukker til industrielt brug, hvor den spanske højesteret kom frem til, at det ikke havde været muligt for de direkte aftagere at overvælte overprisen fra kartellet på deres aftagere. Dette skete, selvom der i sagen var bevis for, at kartellet havde påvirket hele industrien, og at der derved var tale om en industripræget overvæltning¹¹¹. Ud fra ovenfor gennemgået økonomiske teori virker dette usædvanligt, da det i teorien er bevist, at der som udgangspunkt vil være mulighed for virksomheder at overvælte dele af overprisen til aftagere, når der er tale om en industripræget overvæltning på alle markedsformerne.

¹⁰⁹ RBB Economics (2014), "Cost pass-through", side 77, afsnit 4.2.1

¹¹⁰ Akrophaarma (2006)

¹¹¹ Spansk sukker kartel 2 (2013)

Der kan også henvises til en dansk afgørelse fra 2002. I EKKO sagen fra 2002 kom Sø-og Handelsretten frem til, at der ikke var sket overvæltning, da der var tale om en virksomhedsspecifik overvæltning, og virksomheden ikke besad mere end 2 % af markedsandelene på et marked, hvor der var stor konkurrence¹¹². Der er dermed konsensus med økonomien gennemgået i afsnit 3.4.1 under fuldkommen konkurrence.

En fjerde afgørelse, som er relevant i forbindelse med industri- kontra virksomhedsspecifik overpriser, er en afgørelse fra Frankrig. Sagen DOUX Aliments (2014) handlede om fjerkræsprøducenter og om, hvorvidt disse producenter havde mulighed for at overvælte overprisen fra lovovertræderen, som var et lysin kartel¹¹³. I sagen fandt domstolene frem til, at det ikke var muligt for fjerkræsprøducenterne at overvælte overprisen med den begrundelse, at virksomhederne konkurrerer med virksomheder ”overseas” (oversøisk), og disse var ikke udsat for overprisen af lysinkartellet. Dette betød, at virksomhederne ikke var i stand til at overvælte overprisen.

Det, som der kan ses ud fra domspraksis, er, at domstolene har stor fokus på intensiteten af konkurrencen på det pågældende marked, hvor der er sket en overpris, når det kommer til at afgøre, om der er sket overvæltning. Dette var også en af de faktorer, som der var stor fokus på under den økonomiske teori. En af afgørelserne gennemgået ovenfor passer ikke helt ind i den økonomiske teori. Som nævnt i den spanske sag fra 2013 omkring sukkerkartellet, så er det ikke altid, at den økonomiske teori passer helt på det resultat, som domstolene kommer frem til. Dette skyldes, at den økonomiske teori er et supplement til at forklare de forskellige faktorer, som har indvirkning på overvæltningsgraden i forskellige situationer. Det er imidlertid ikke altid muligt at afgøre, om der er overvæltning eller ej ud fra, om der er tale om virksomheds- eller industripræget overpris. Dette skyldes, at sagerne er meget specifikke, og derfor er der nogle omstændigheder, som gør, at en afgørelse ikke altid passer ind i den økonomiske teori¹¹⁴.

3.5.2 Purchasing power (købekraft)

Købekraft opstår i de situationer, hvor køberen er mere tilbøjelig til at opgive forhandlingerne og forlade forhandlingsbordet end leverandøren. Derfor kan overvæltningsgraden være påvirket af udfaldet af forhandlingerne mellem køberen og leverandøren, hvor leverandøren oplever en prisstigning på sine produkter på grund af priskartellet. I situationer med købekraft er det meget individuelt fra sag til sag, hvor meget forhandlinger vil påvirke overvæltningsgraden, og derfor er det også umuligt at anvende et resultat fra en sag til en anden sag.

I sager med overvæltning har spørgsmålet om købekraft også haft betydning for analysen af overvæltningsgraden. Ved flere domstole har der været overvejelser, om hvorvidt en aftager af kartelprodukter, som står overfor ”stærke købere”, kan modstå prisstigningen eller omvendt gøre det umuligt for aftageren at overvælte overprisen. I den franske sag, DOUX Aliments (2014), kom domstolene frem til, at supermarkederne var i stand til at anvende deres købekraft, og denne effekt sammenholdt med andre faktorer betød, at domstolene fandt, at overvæltning var usandsynlig.

3.5.3 Udbuds- og efterspørgselselasticitet

Udbuds- og efterspørgselselasticiteten samt intensiteten af konkurrencen på et marked har som gennemgået i afsnit 3.4 en stor betydning for overvæltningsgraden. Der findes domspraksis inden for EU, hvor disse faktorer har betydet meget i forhold til spørgsmålet om overvæltning og anvendelse af overvæltningsargumentet. Fra tysk retspraksis kan der fremhæves to sager. Sagen om Carbonless paper fra 2011 og Car Glass fra 2015. I Carbonless paper sagen udtalte retten sig, at det var kartellets (sagsøgtes) ansvar at bevise en vis sandsynlighed for overvæltning i den givne sag, og at der i denne forbindelse skulle refereres til efterspørgselselasticiteten som argumentation for, at overvæltning var mulig¹¹⁵. Kun hvis kartellet kunne opfylde dette, ville retten tage overvæltningsargumentet til følge.

I sagen Car Glass fra 2015 blev en lignende udtalelse fra den regionale domstol i Düsseldorf udmeldt. Her udtalte domstolen sig at ved vurdering af overvæltning, vil faktorer så som udbuds- og efterspørgselselasticitet,

¹¹² Ekko (2002), side 7

¹¹³ Lysin er den vigtigste aminosyre, der anvendes i dyrefoder i ernæringsøjemed

¹¹⁴ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 54, pkt. 149

¹¹⁵ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 30, pkt. 76

varigheden på den ulovlige overpris samt konkurrencen på det pågældende marked som værende de vigtigste faktorer at forholde sig til¹¹⁶.

3.5.4 Entry og exit

Når en virksomhed bliver ramt af en overpris, og virksomheden ikke er i stand til at overvælde hele denne overpris på de næste led i værdikæden, vil det alt andet lige betyde, at virksomheden oplever en reduceret profit på grund af overprisen fra kartellet. Selv når det er muligt for virksomheden at overvælde hele overprisen til dens aftagere, er der mange tilfælde, hvor virksomheden stadig mister profit på grund af reduceret solgte mængder (volumeneffekten). Over tid kan en overpris fra et kartel betyde, at virksomheder vælger at forlade markedet, og dette kan ændre på markedsstrukturen. Når virksomheder forlader markedet, vil priserne med stor sandsynlighed stige, fordi markedet bliver mere koncentreret. Dette betyder, at overprisen som i starten betød, at virksomheder forlod markedet, bliver styrket på langt sigt¹¹⁷.

Økonomisk teori indikerer, at visse forhold ved en industripræget overpris kan resultere i, at virksomheder, der er påvirket af en overpris, faktisk opnår en større profit som resultat af, at andre virksomheder forlader markedet. Den økonomiske teori indikerer også, at en sådan stigning i mulig profit på et pågældende marked vil motivere virksomheder til at træde ind på markedet på langt sigt og derved mindske overvæltningsgraden¹¹⁸.

Hvis en enkelt virksomhed er udsat for en overpris, indikerer økonomisk teori som gennemgået ovenfor, at det vil resultere i en reduceret profit for selve virksomheden og en stigning i konkurrenternes profit. Dette kan medføre, at virksomheden, som er påvirket af overprisen, vælger at forlade markedet. Dermed er der mere profit at hente på markedet, da der nu er én aktør mindre. Dette kan motivere andre virksomheder, som ikke er ramt af overprisen, til at træde ind på markedet, og en sådan indtræden fra en virksomhed, som ikke er ramt af overprisen, vil mest naturligt resultere i et nedadgående pres på priserne. Det vil betyde, at den oprindelige overvæltningsgrad formindskes¹¹⁹.

Exit og entry af virksomheder har derfor en betydning for overvæltningsgraden, og det er derfor også en faktor, som man skal forholde sig til, når man vurderer overvæltningsgraden. Det er imidlertid meget specifikt fra sag til sag, så et resultat i en sag vil med stor sandsynlig ikke kunne anvendes i en anden sag.

3.5.5 Delkonklusion

Overvæltningsgraden kan være påvirket af mange forskellige faktorer. Derfor er fastsættelsen af overvæltningsgraden et forhold, som domstolene hidtil har haft svært ved at kvantificere, og i mange tilfælde er overvæltningsgraden og spørgsmålet, om det er muligt at overvælde eller ej, blevet afgjort ud fra nogle meget konkrete faktorer som f.eks.: (i) virksomheds- kontra industripræget overpris, (ii) købekraft, og (iii) udbuds- og efterspørgselselasticitet. Det er de færreste afgørelser, hvor domstolene har anvendt økonomisk ekspertviden til at foretage en kvantificeret analyse af overvæltningsgraden og volumeneffekten. Dette vil blive undersøgt nærmere i afsnit 3.6.

3.6 Hvilken betydning har overvæltningsargumentet haft for erstatningssager inden direktiv 2014/104 samt KREL?

3.6.1 Håndtering af overvæltning inden direktiv 2014/104 og KREL af nationale domstole i EU

Der findes endnu ikke afgørelser, hvor direktiv 2014/104 eller KREL har været anvendt, da der ikke har været afgørelser efter reglernes vedtagelse. Selvom der ikke findes domspraksis, er det stadig yderst relevant at undersøge den retspraksis, der findes på området for overvæltning og undersøge, hvordan de nationale domstole har håndteret spørgsmålet om overvæltning. Årsagen til, at det er vigtigt at se på tidligere retspraksis, er for at finde de centrale momenter i disse sager, så domstolene kan anvende momenterne, der findes fra tidligere

¹¹⁶ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 31, pkt. 77

¹¹⁷ Besley, T. (1989), *Commodity Taxation and Imperfect Competition*, side 367

¹¹⁸ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 64, pkt. 188

¹¹⁹ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 64, pkt. 189

retspraksis, når det findes relevant i fremadrettede retssager med overvæltning. I afsnit 3.5 blev denne undersøgelse allerede påbegyndt, da det blev undersøgt hvilke faktorer, domstolene især har lagt vægt på.

Det meste af den domspraksis, der findes omkring overvæltning på EU plan, er afgørelser, hvor domstolene ikke har anvendt hjælp fra økonomiske eksperter til at fastslå spørgsmålet om overvæltning og overvæltningsgraden¹²⁰. Oftest er spørgsmålet omkring overvæltning blevet afgjort ved at foretage nogle generelle undersøgelser som tidligere nævnt i afsnit 3.4. I sager, hvor der har været anvendt økonomiske eksperter til at kvantificere en overvæltning og efterfølgende overvæltningsgraden, har eksperterne været afhængige af økonomisk teori samt tilgængelige markedsreporter, som det var tilfældet i sagen Cheminova¹²¹. Man kan derfor være tilbøjelig til at mene, at domstolene ud fra tidligere domspraksis mangler redskaber, som kan være med til at belyse spørgsmålet om overvæltning og overvæltningsgraden i fremtiden.

Der har været stor variation i den måde, som de forskellige EU lande har håndteret sager med overvæltningsargumentet. Det er kun Tyskland, Østrig og Malta som inden for EU har specifikke regler for overvæltningsargumentet i deres konkurrencelov inden direktiv 2014/104. Derfor er domspraksis også meget varierende, da forskellige elementer har været inddraget i undersøgelsen om overvæltning alt efter hvilken domstol, der har undersøgt sagen.

Tyskland havde som et af de få lande i EU inden direktiv 2014/104 regler på området for overvæltning i konkurrenceerstatningssager. Derfor har håndteringen af overvæltningsspørgsmålet også båret præg af dette. Den tyske lovgivning overlader spørgsmålet til domstolene i den pågældende sag om at afgøre, om overvæltningsargumentet skal accepteres ud fra nogle fastsatte principper¹²². Derudover var en af betingelserne for, at overvæltningsargumentet kunne anvendes i en tysk retssag, at det ikke gav en gevinst for den, som søgte erstatning¹²³. Der kan i denne forbindelse henvises til sagen Carbonless paper (2011) fra den tyske højesteret, hvor, denne udtalte sig, at sagsøgte (kartellet) skulle bevise tre elementer for at kunne anvende overvæltningsargumentet mod sagsøger. De tre elementer var¹²⁴:

- 1) *Prisstigningen i priserne fra de direkte aftagere til deres kunder var på grund af overvæltningen fra kartellet og ikke på grund af andre forhold*
- 2) *Overvæltningen var økonomisk muligt set i lyset af de gældende markedsforhold på det pågældende marked (efterspørgselselasticiteten, produktkarakteristika og prisudvikling)*
- 3) *Sagsøger har ikke lidt andre økonomiske ulemper (f.eks. volumeneffekten)*

Dette betyder, at for at et kartel kunne anvende overvæltningsargumentet til at argumentere for, at en direkte aftager havde overvæltet overprisen fra kartellet til den direkte aftageres kunder (indirekte aftagere), skulle de tre betingelser være opfyldt. Håndteringen af overvæltningsargumentet er på mange måder sammenligneligt med de nye regler i direktiv 2014/104.

I Danmark har der som nævnt ikke været særlig mange afgørelser, hvor overvæltningsargumentet har været inddraget. Der findes både retspraksis, hvor overvæltningsargumentet har været accepteret, og hvor det har været afvist af de danske domstole. Vurderingen af, hvorvidt overvæltningsargumentet kunne anvendes i en konkurrenceerstatningssag, har især bygget på Kommissionens synspunkt om det EU-retlige effektivitetsprincip¹²⁵. Derudover har flere af de samme aspekter fra de tyske domstole også gjort sig gældende i forhold til den danske håndtering af overvæltningsargumentet. I dansk ret har man også ønsket ikke at give skadeslidte en ”ugrundet berigelse”, ligesom tysk ret. Endvidere har der også været tilfælde, hvor skadesvolderen skulle argumentere for, at skadeslidte ikke har lidt et tab i deres salg (volumeneffekten)¹²⁶.

¹²⁰ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 26, pkt. 66

¹²¹ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 26, pkt. 66

¹²² RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 37, pkt. 99

¹²³ Europa-Kommissionen (2013), ”Damages actions for breach of EU antitrust rules”, side 17

¹²⁴ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 27, pkt. 68

¹²⁵ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 73

¹²⁶ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 73

I Højesteretssagen vedr. GT-Linien afviste Højesteret overvæltningsargumentet på baggrund af konkurrencevilkårene på det givne marked¹²⁷. Overvæltningsargumentet har ikke haft særlig stor betydning i dansk ret¹²⁸. Dette ændrede sig med sagen Cheminova (2015), hvor man nu i dansk retspraksis har en afgørelse, hvor der er blevet foretaget en omfattende analyse af overvæltningsgraden og derudover også en vurdering af volumen-effekten¹²⁹.

I Frankrig har spørgsmålet om bevisbyrde og generelle antagelser om overvæltning været omdrejningspunktet for nogle domstole. I Frankrig har domstolene arbejdet ud fra en antagelse om, at overvæltning fra aftagere af en overpris er forventelig under normale markedsforhold, og derfor har det også betydet en høj byrde af bevisførelse fra aftageren af overprisen¹³⁰. Det var forlangt bevist af sagsøger (aftager af overprisen), at enhver prisstigning, som de havde lidt på grund af priskartellet, ikke blev overvæltet til deres egne kunder¹³¹. Bevisbyrden for, om der var sket overvæltning, var vanskelig at føre som sagsøger i en konkurrenceerstatningssag i Frankrig¹³².

Et eksempel fra fransk domspraksis var Vitaminkartellet fra 2006 (Arkopharma). I sagen Arkopharma accepterede de franske domstole sagsøgte (vitaminkartellet) argumentation for, at der var sket overvæltning fra de direkte aftagere (heriblandt Arkopharma) til deres indirekte aftagere (forbrugerne). Argumentationen fra sagsøgte byggede ikke på dokumenterede beviser for overvæltning men derimod på Europakommissionens pressemeddelelse fra december 2001, som generelt bemærkede, at prisstigninger som resultat af et kartel typisk vil blive overvæltet til senere led i værdikæden¹³³. Domstolene tilføjede, at idet alle direkte aftagere var ramt af overprisen fra kartellet, var der ikke tale om en ”fordel” eller ”ulempe” for nogle af virksomhederne, da man mente, at alle var ramt ligeligt¹³⁴.

Domstolene afviste derfor ikke Arkopharmas påstande om erstatning på baggrund af, at der var sket overvæltning til indirekte aftagere men derimod med begrundelsen, at alle direkte aftagere var ligeligt ramt og derfor ikke havde lidt noget tab. Domstolene udtalte sig yderligere, at Arkopharma havde mulighed for at overvælte overprisen, og valget om selv at absorbere overprisen fra kartellet skulle anses som en selvvalgt prispolitik og ikke i relation til overprisen fra kartellet¹³⁵. Domstolene kom derfor frem til, at Arkopharma ikke havde lidt noget tab og derfor ikke kunne søge erstatning¹³⁶.

Med de nye regler i direktiv 2014/104 vil antagelsen, som blev anvendt i sagen Arkopharma, skulle justeres i forhold til reglerne i direktiv 2014/104. Årsagen er, at antagelsen om, at overvæltning fra aftagere af en overpris er forventelig under normale markedsforhold og betyder en høj byrde af bevisførelse fra aftageren, ikke altid længere vil stemme overens med reglerne i direktiv 2014/104. Med de nye regler i direktiv 2014/104 vil det ved overvæltning som udgangspunkt være sagsøgte (kartellet), som bærer bevisbyrden jf. artikel 13 i direktiv 2014/104 og ikke den direkte aftager (sagsøger). I forhold til den indirekte aftager er udgangspunktet, at det er den indirekte aftager, der skal bære bevisbyrden jf. artikel 14, stk. 1. Artikel 14, stk. 2 opsætter betingelserne for, hvordan den indirekte aftager kan bære denne bevisbyrde. Der er med de nye regler fastsat nogle betingelser for, hvem der har bevisbyrden hvornår, og antagelsen fra de franske domstole om, at der typisk vil være tale om en overvæltning, når der er sket en overpris, hvor det så er op til den direkte aftager at afkræfte dette, vil ikke længere kunne anvendes på samme måde.

¹²⁷ GT-Linien, (2005), side 3

¹²⁸ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 73

¹²⁹ Cheminova (2015)

¹³⁰ The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 175

¹³¹ The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 176

¹³² The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 176

¹³³ The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 176

¹³⁴ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 31, fodnote 64

¹³⁵ The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 176

¹³⁶ The Private Competition Enforcement Review, kapitel 11, side 176

Retspraksis fra de forskellige medlemslandes domstole illustrerer, at der til dels i nogle medlemslande har været mange af de samme overvejelser i forhold til håndteringen af overvælningsargumentet. Det viser samtidig, at der inden KREL og direktiv 2014/104 har været forskel på håndteringen af overvælningsargumentet.

3.6.2 Overvælningsargumentets anvendelse i konkurrenceerstatningssager

Overvælningsargumentet kan både anvendes defensivt og offensivt. Defensiv anvendelse sker oftest, når en konkurrenceovertræder anvender overvælningsargumentet til at afværge et krav om erstatning fra en direkte aftager i værdikæden. Dette sker ved, at kartellet f.eks. argumenterer for, at der er en ”down-stream” overvælning, fordi den direkte aftager selv har overvæltet overprisen videre ned i værdikæden til sine kunder. Denne har derved ikke reelt lidt et tab og kan derfor ikke gøre erstatning gældende. I forhold til den indirekte aftager var det inden indførelsen af direktiv 2014/104 svært at bevise et tab, som er opstået ved kartellets adfærd, og i dansk retspraksis har der været delte meninger, om hvorvidt indirekte aftagere kunne søge erstatning i konkurrencesager. Derfor har karteller ofte effektivt kunne anvende overvælningsargumentet defensivt¹³⁷. Af retspraksis fra forskellige lande i EU kan der igen henvises til Frankrig, Tyskland og Danmark. Anvendelsen af overvælningsargumentet, som et defensivt middel mod direkte aftageres erstatningskrav, har f.eks. været anvendt i sagen Arkopharma. Her har kartellet haft forholdsvis nemt ved at anvende overvælningsargumentet defensivt, da det som gennemgået i afsnit 3.6.1, var en antagelse i Frankrig, at den direkte aftager havde været i stand til at overvælte og derfor havde bevisbyrden for at modbevise denne antagelse, hvilket Arkopharma ikke var i stand til¹³⁸.

Ved tysk ret har det været sværere for et kartel at anvende overvælningsargumentet, da man efter tysk ret kun ville tillade overvælningsargumentet i en sag, hvis kartellet kunne bevise tre betingelser, som gennemgået i afsnit 3.6.1. Af tyske afgørelser, hvor overvælningsargumentet har været anvendt defensivt, kan der igen henvises til Carbonless paper 2011.

I forhold til dansk retspraksis er det især relevant at se på Cheminova sagen. Her blev overvælningsargumentet anvendt defensivt af Akzo Nobel. Akzo Nobel gjorde gældende ved anvendelse af overvælningsargumentet, at Cheminova havde overvæltet eventuelle overpriser fra Akzo Nobel til sine egne kunder og derfor ikke havde lidt et tab eller under alle omstændigheder kun et yderst begrænset tab¹³⁹. Skønsmanden vurderede i sagen, at Cheminova havde haft mulighed for at overvælte en del af overpriseren på sine egne kunder, og dette blev estimeret til 50 %¹⁴⁰. Resultatet blev, at Cheminova blev tilkendt erstatning, men at denne erstatning blev nedsat markant, da overvælningsargumentet talte for, at Cheminova havde overvæltet 50 % af deres tab. Derved skulle tabsopgørelsen reduceres med 50 %.

Som det kan ses ud fra den gennemgåede retspraksis i afhandlingen, har der været stor forskel på, hvorvidt skadesvolder har haft mulighed for at anvende overvælningsargumentet defensivt alt efter hvilken EU-medlemsstat, der har behandlet sagen ud fra sine nationale erstatningsregler.

Overvælningsargumentet kan også anvendes offensivt. Når man taler om, at overvælningsargumentet anvendes offensivt, så refereres der til den situation, hvor en indirekte aftager argumenterer for, at der har været en ”up-stream” overvælning af en overpris, som har resulteret i, at den indirekte aftager har lidt et tab¹⁴¹. Når man ser på de indirekte aftagere, er det væsentligt at notere, at når den indirekte aftager ikke er slutforbruger, så vil overvælningsargumentet både kunne anvendes offensivt og defensivt¹⁴². Dette skyldes, at den indirekte aftager ønsker at anvende overvælningsargumentet offensivt, så den kan opnå erstatning for et tab, som skyl-

¹³⁷ Der kan henvises til Arkopharma (2006), som er omtalt i afsnit 3.6.1

¹³⁸ Se afsnit 3.6.1

¹³⁹ Cheminova (2015), side 73, afsnit 4

¹⁴⁰ Cheminova (2015), side 5

¹⁴¹ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 24

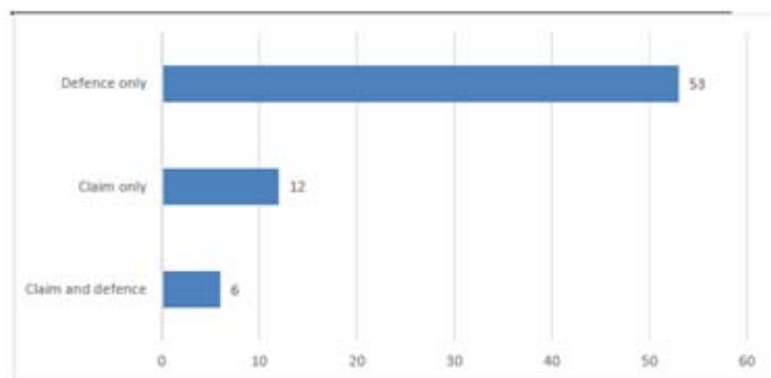
¹⁴² RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 6, pkt. 14

des overtræderens adfærd. Indirekte aftagere kan ligeledes anvende overvæltningsargumentet defensivt i forhold til senere led i værdikæden, som vil hævde, at de har lidt et tab på grund af den indirekte aftagers prisstigninger¹⁴³.

Af retspraksis, hvor overvæltningsargumentet har været anvendt offensivt, henvises til en tysk afgørelse. I 2008 blev Car Glass kartellet fundet skyldig i at have overtrådt konkurrencereglerne og modtog en bødestraf fra Kommissionen på over 1.3 milliarder euro. Dette førte til en konkurrenceerstatningssag mod Car Glass kartellet i 2010, hvor en indirekte aftager af kartellets produkter ønskede erstatning¹⁴⁴. Den indirekte aftager, som var et forsikringselskab, HUK-Coburg, gjorde gældende, at Car Glass kartellet havde været skyld i en overpris på de forsikringsaftaler, som HUK-Coburg havde med Car Glass mellem 1998 og 2006¹⁴⁵. Retten accepterede, at kartellet havde været skyld i en overpris, og at denne overpris havde medført et tab for direkte aftagere, som var bilproducenter, der havde betalt højere priser på grund af kartellet. I forhold til indirekte aftagere, HUK-Coburgs, afviste retten påstanden om overvæltning med begrundelsen, at HUK-Coburgs, ikke i sin argumentation var i stand til at bevise, at overprisen var blevet overvæltet fra de direkte aftagere ned til de indirekte aftagere¹⁴⁶. Retten erkendte, at der på det pågældende marked, var faktorer, som talte for, at der var sket en overvæltning fra direkte til indirekte aftagere, som f.eks. uelasticiteten af efterspørgselskurven, manglen på substitutter, og at der var tale om en industripræget overpris fra kartellet til de direkte aftagere¹⁴⁷. Alle disse argumenter taler for, at der vil være tale om en overvæltning jf. afsnit 3.4.1. Alligevel kom retten frem til, at der ikke havde været en overvæltning af overprisen fra kartellet fra de direkte aftagere til de indirekte aftagere. Retten byggede denne påstand på, at de direkte aftagere, bilproducenterne, kunne anses som monopolister i forhold til markedet for originale reservedele. Hertil sagde retten, at en monopolist hellere sætter sin pris baseret på profitmaksimering, end på omkostninger. Derfor konkluderede retten, at de direkte aftagere, var i stand til at absorbere overprisen fra kartellet, og at der derfor ikke nødvendigvis var sket en overvæltning af overprisen til de indirekte aftagere¹⁴⁸. Afgørelsen er blevet anket af HUK-Coburg, som endnu ikke er kommet for retten.

Ud fra retspraksis, hvor overvæltningsargumentet har indgået, er det tydeligt, at overvæltningsargumentet oftest har været anvendt defensivt¹⁴⁹. Figur 8 fra RBB Economics illustrerer tydeligt, at overvæltningsargumentet oftest har været anvendt defensivt. RBB Economics har foretaget en undersøgelse af 71 afgørelser om overvæltning på EU-plan og opdelt dem i sager, hvor overvæltningsargumentet er blevet anvendt hhv. alene defensivt, både defensivt og offensivt og alene offensivt.

Figur 8: Statistik over hvordan overvæltningsargumentet har været anvendt i praksis



Kilde: RBB Economics (2016), side 214

¹⁴³ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 6, pkt. 14

¹⁴⁴ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 25, box 3

¹⁴⁵ Martin Favart, (2016), "Germany: Düsseldorf Regional Court Rejects Car Insurer's Claim..."

¹⁴⁶ Martin Favart, (2016), "Germany: Düsseldorf Regional Court Rejects Car Insurer's Claim..."

¹⁴⁷ Martin Favart, (2016), "Germany: Düsseldorf Regional Court Rejects Car Insurer's Claim..."

¹⁴⁸ Martin Favart, (2016), "Germany: Düsseldorf Regional Court Rejects Car Insurer's Claim..."

¹⁴⁹ RBB Economics (2016), "Study on the passing-on of overcharges", side 25

Hvis man ser på overstående tal fra RBB Economics, er det tydeligt, at overvæltningsargumentet oftest har været anvendt af sagsøgte, typisk karteller, i et forsøg på at afværge et erstatningskrav fra en aftager af kartellets produkter. Figuren giver ikke noget billede på i hvor mange tilfælde, det er lykkedes sagsøgte at anvende overvæltningsargumentet succesfuldt og dermed undgået et krav om erstatning eller en markant nedsættelse af erstatningen. Alene det, at antallet af sager, hvor overvæltningsargumentet alene er rejst som et forsvar mod et krav om erstatning, tyder på, at karteller inden indførelsen af direktiv 2014/104 samt KREL har anset overvæltningsargumentet som en god måde at afværge erstatningskrav på, hvor overvæltningsargumentet har været tilladt. Det kan derfor diskuteres, om de nye regler, som tillader overvæltningsargumentet jf. artikel 12 og KREL § 10, vil betyde endnu flere sager, hvor sagsøgte alene anvender overvæltningsargumentet defensivt, eller om de nye regler vil åbne op for den offensive anvendelse af overvæltningsargumentet. Som nævnt i afsnit 3.1.3 har disse overvejelser været til drøftelse i både grøn-og hvidbogen til direktiv 2014/104, hvor forskellige senarier blev fremsat.

3.6.3 Volumeneffektens betydning i konkurrenceerstatningssager med overvæltning

Der findes ikke særlig mange afgørelser, hvor volumeneffekten har været overvejet. Volumeneffekten har været anvendt i et par sager, men ikke hvor det har været målet at opgøre volumeneffekten og tilskrive erstatning til skadeslidte, men denne har i stedet været anvendt til at afvise anvendelse af overvæltningsargumentet. I sagerne har volumeneffekten været anvendt som argument mod anvendelse af overvæltningsargumentet og gjort, at overvæltningsargumentet er blevet afvist, fordi kartellerne, som ønskede at anvende overvæltningsargumentet, ikke havde taget højde for volumeneffekten i deres argumentation¹⁵⁰.

I forhold til retspraksis findes to afgørelser, hvor volumeneffekten har haft betydning for tilladelsen af overvæltningsargumentet. Sagerne er tyske Carbonless paper fra 2011 og det spanske sukkerkartel 2 fra 2013. I begge sager blev begge kartellers (sagsøgte) anvendelse af overvæltningsargumentet afvist med begrundelsen, at kartellerne ikke havde påvist, om den ulovlige overpris havde betydet andre skader (volumeneffekten) for sagsøger. I forhold til den tyske afgørelse om Carbonless paper kan der henvises til afsnit 3.6.1, hvor det blev fastlagt, at der i tysk ret var tre betingelser for, at overvæltningsargumentet kunne anvendes i en retssag, og at den tredje betingelse var, at *”sagsøger har ikke lidt andre økonomiske ulemper (f.eks. volumeneffekten)”*.

Det har kun været muligt at finde én afgørelse fra retspraksis, hvor volumeneffekten er blevet kvantificeret og anvendt i forhold til den endelige erstatningsudmåling. Sagen er den danske sag Cheminova mod Akzo Nobel. I sagen vurderede skønsmanden det muligt, at overprisen fra kartellet havde betydet, at Cheminova solgte mindre, end hvis de ikke havde været udsat for en overpris. Skønsmanden kommenterede i denne forbindelse, at sandsynligheden for reducerede salgsmængder især var høj i perioden 1986-1990, hvor overprisen var relativt høj gennem flere år¹⁵¹. Med denne vurdering kom skønsmanden i sidste ende frem til, at Cheminova havde et yderligere tab på grund af volumeneffekten og et mistet salg på 20 % af overprisen¹⁵².

Som det fremgår af den gennemgåede retspraksis, hvor volumeneffekten har været inddraget i forhold til spørgsmålet omkring overvæltning, er det klart, at der inden vedtagelsen af direktiv 2014/104 samt KREL har været lidt fokus på denne del af overvæltning. Med direktivet og KREL er volumeneffekten ved overvæltning anerkendt, og det vil derfor i fremtiden med stor sandsynlighed have en større rolle i erstatningssager, end det har gjort tidligere. I KREL § 9, stk. 3 er der taget højde for volumeneffekten og gjort klart, at skadeslidtes ret til at få erstatning for tabt fortjeneste ikke skal påvirkes af, om det har været muligt at overvælte eller ej.

3.7 Hvilken betydning forventes overvæltningsargumentet at få i erstatningssager efter vedtagelsen af direktiv 2014/104 samt KREL?

3.7.1 Har direktiv 2014/104 og KREL haft betydning for, hvem der kan søge erstatning?

I forhold til dansk ret med indførelsen af KREL er der forskellige holdninger til, hvorvidt det har ændret på, hvem der kan søge erstatning. Der findes to forskellige synspunkter. Det ene synspunkt er, at indirekte aftagere

¹⁵⁰ RBB Economics (2016), “Study on the passing-on of overcharges”, side 38, pkt. 96

¹⁵¹ Cheminova (2015), side 17, afsnit 6.2

¹⁵² Cheminova (2015), side 83, ”mængdeeffekt”

hele tiden via de almindelige danske erstatningsregler har været berettiget til at søge erstatning i konkurrencesager¹⁵³. Argumentation bygger på sagerne Courage og Manfredi, som også er omtalt i afsnit 3.1.1. En anden holdning er, at det tidligere ved anvendelsen af dansk rets almindelige regler om erstatning ikke var muligt for indirekte aftagere at søge erstatning. Med de nye regler i KREL er det nu blevet muligt for indirekte aftagere at søge erstatning i konkurrenceerstatningssager, og derfor er personkredsen inden for dansk ret udvidet i forhold til inden vedtagelsen af KREL. Argumentationen for dette synspunkt bygger på udtalelser fra bemærkninger i forbindelse med vedtagelsen af KREL. Her blev det slået fast, at *”udgangspunktet efter dansk rets almindelige erstatningsretlige principper er, at alene den direkte skadeslidte kan opnå erstatning fra skadesvolderen”*¹⁵⁴.

Spørgsmålet om, hvilket synspunkt der bedst kan anses for værende korrekt, er svært at vurdere. Retskildeværdien af bemærkningerne til KREL er efter retsdogmatisk fortolkning den ”stærkeste” retskilde. Argumentationen, som henviser til europæisk domspraksis, har en lavere retskildeværdi end bemærkningerne til en lov, som er på niveau med forarbejderne til en lov¹⁵⁵. Selvom forarbejderne går forud for domspraksis i forhold til retskildeværdi, er det i dette tilfælde relevant at undersøge spørgsmålet nærmere. Det blev tidligere fremhævet i afhandlingen, at erstatning i konkurrencesager ikke afviger fra andre erstatningssager (se afsnit 3.1.2). Dette betyder, at det er de samme betingelser og grundsætninger, der gælder for konkurrenceerstatningssager som andre erstatningssager. I almindelige erstatningsager fremgår det ikke nogen steder, at det kun er direkte aftagere, som kan søge erstatning. Alle, der kan opfylde betingelserne for erstatning, er berettiget til erstatning. Derfor må dette også gælde for konkurrenceerstatningssager, og derfor må det også fortolkes således at indirekte aftagere også inden KREL kunne søge erstatning efter dansk erstatningsret. Der findes imidlertid ikke retspraksis, hvor en indirekte aftager har søgt erstatning i en konkurrenceerstatningssag, hvilket taler for argumentationen om, at KREL har udvidet personkredsen af erstatningsberettiget. Ud fra de almindelige erstatningsretlige principper virker det usandsynligt, hvis ikke det var muligt for indirekte aftagere at søge erstatning hvis de kunne opfylde betingelserne herfor. Om det ene eller andet synspunkt er rigtigt, tages der ikke stilling til. Det skal blot noteres, at det nu med KREL er muligt for indirekte aftagere at søge erstatning i konkurrenceerstatningssager.

I forhold til tysk ret er det stadig de samme personer, som kan søge erstatning efter direktiv 2014/104 som inden vedtagelsen af direktivet. Ved tysk ret har det længe været slået fast, at også indirekte aftagere kunne anvende overvæltningsargumentet til at søge erstatning. Dette fremgår af sagen Carbonless paper fra 2011. I sagen var der tale om en aftager, der søgte erstatning, og denne aftager var ikke direkte aftager til kartellet men en indirekte aftager. Under retten i Mannheim i 2005 kom domstolene frem til, at det kun var de direkte aftagere, som kunne kræve erstatning¹⁵⁶. Da sagen kom for en højere instans (German Federal Court), undersøgte domstolene denne beslutning nærmere og kom frem til, at også indirekte aftagere skulle have mulighed for at søge erstatning¹⁵⁷. Begrundelsen byggede på, at det var nødvendigt, at konkurrenceloven gav indirekte aftagere mulighed for at søge erstatning netop, fordi der i mange sager med karteller er tale om, at overprisen overvælttes til de indirekte aftagere. Det er derfor dem, som egentlig bærer tabet for overprisen¹⁵⁸. Retten henviste i denne forbindelse til sagerne Courage og Manfredi, som også er omtalt i afsnit 3.1.1.

I forbindelse med rettens udtagelse, om hvem der kan opnå erstatning, bliver spørgsmålet om bevisbyrden inden for tysk ret inden vedtagelsen af direktiv 2014/104 også omtalt. Hos direkte aftagere er det sagsøgte (skadesvolderen), der bærer bevisbyrden. For indirekte aftagere bærer disse selv bevisbyrden i forhold til overvæltningen, og der findes ikke nogle antagelser, som den indirekte aftager skal opfylde for at have opfyldt bevisbyrden¹⁵⁹.

¹⁵³ Jessen og Steinicke, EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret, side 73

¹⁵⁴ Bemærkninger til KREL, 5. oktober 2016 fremsat af erhvervs- og vækstministeren (Troels Lund Poulsen), side 11

¹⁵⁵ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, 2014, ”Retskilder og retsteorier”, afsnit 2.4, side 35

¹⁵⁶ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 28, info boks 4

¹⁵⁷ Carbonless paper (2011). Se I denne forbindelse også Matthijs Kuijpers, Stefan Tuinenga, Elaine Whiteford and Thomas B. Paul: ”Journal of European Competition Law & Practice”, (2017) 8 (1), kapitel 3, afsnit O

¹⁵⁸ Carbonless paper (2011)

¹⁵⁹ RBB Economics (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, side 28, info boks 4

Reglerne i den tyske konkurrencelov om overvæltning minder derfor til dels om de regler, der nu findes i direktiv 2014/104. Det er, som i direktiv 2014/104 ved direkte aftagere, skadesvolder, der har bevisbyrden jf. artikel 13. Det er også den indirekte aftager, der har bevisbyrden, som det er tilfældet i direktiv 2014/104 artikel 14, stk. 1. Reglerne i tysk ret adskiller sig imidlertid sig fra de nye regler på nogle områder. I de tidligere regler fra tysk ret blev der som nævnt ikke lagt nogen antagelser til grund i vurderingen, om hvorvidt den indirekte aftager har opfyldt sin bevisbyrde. I direktiv 2014/104 findes der i artikel 14, stk. 2 en række ”antagelser”, som skal gøre det nemmere for den indirekte aftager at opfylde sin bevisbyrde. Derfor er det med de nye regler i direktiv 2014/104 blevet nemmere at løfte bevisbyrden for indirekte aftagere i tysk ret. De nye regler i direktiv 2014/104 er dermed en lempelse af bevisbyrden hos indirekte aftager, og det vil i fremtiden blive interessant, om hvorvidt den mindre bevisbyrde giver flere erstatningssøgsmål fra indirekte aftagere.

3.7.2 Problematikken ved bevisførelse af skadeslidtes tab

Selvom det med de nye regler i KREL på mange områder er blevet nemmere for direkte og indirekte aftagere at søge erstatning for deres tab på grund af lettelsen af bevisbyrden og ansvarsgrundlaget, er det stadig op til skadeslidte at bevise tabets størrelse. Retspraksis har vist, at det kan være svært for skadeslidte at bevise tabets størrelse.

Derfor ses der også sager, hvor skadesvolderen erkender ansvarsgrundlag, adækvans og kausalitet men nægter, at modparten har lidt et tab. Der kan i denne forbindelse henvises til sagen Cheminova (2015). I sagen anerkendte Akzo Nobel ansvarsgrundlag, herunder adækvans samt kausalitet (årsagsforbindelse), men bestred at Cheminova ikke havde lidt et tab¹⁶⁰. Derfor angik hele sagen spørgsmålet om, hvorvidt Cheminova havde lidt et tab, og hvis der var et tab så også opgørelse af tabets størrelse. I sagen kom man frem til, at Cheminova havde lidt et tab, og der skulle derfor foretages en tabsopgørelse, hvorefter man kom frem til en erstatningsudmåling¹⁶¹. Det, som sagen viser, er, at selvom bevisbyrden og ansvarsgrundlaget bliver nemmere for skadeslidte at bevise, så skal alle betingelserne for erstatning være opfyldt, og derfor vil man i fremtiden måske se flere sager, hvor omdrejningspunktet i sagen bliver bevisførelse af tab samt dets størrelse.

3.7.3 Hvordan står parterne i en konkurrenceerstatningssag efter indførelsen af de nye regler?

Hvis det er de samme personer, som kan kræve erstatning, hvilken betydning har direktiv 2014/104 og KREL så haft på magtforholdet mellem parterne? Som det er blevet gennemgået gennem afhandlingen, er det med de nye regler blevet nemmere at opnå erstatning. Det gælder især for indirekte aftagere, som tidligere bar en svær bevisbyrde. Beviser på, at magtforholdet kan have flyttet sig mellem skadesvolder (kartellet) og skadeslidte (direkte og indirekte aftagere), kan ses ud fra rygter fra flere store sager fra tysk ret¹⁶². Rygtet går på, at flere store sager med konkurrenceerstatning bliver tilbageholdt af skadeslidte i Tyskland for at få fuld anvendelse af de nye regler af den tyske implementering af direktiv 2014/104¹⁶³.

Det er svært at udtale sig om, hvilken betydning reglerne vil få, da der endnu ikke er retspraksis på området. Rygter tyder på, at det i fremtiden vil betyde, at der vil blive foretaget flere forlig mellem parterne, da de nye regler er med til at flytte mere magt over til skadeslidte¹⁶⁴.

3.7.4 Overvæltningsargumentets rolle fremadrettet/delkonklusion

I forhold til dansk ret vil overvæltningsargumentet med stor sandsynlighed få en større rolle fremadrettet. Tidligere har der som nævnt i afsnit 3.6.1 ikke været meget anvendelse af overvæltningsargumentet i dansk retspraksis. Med de nye regler i KREL vil det blive nemmere for indirekte aftagere at søge erstatning, og dermed tyder det på, at flere vil søge erstatning. Det er den samme gruppe af aftagere, som kan søge erstatning, men bevisbyrden er blevet nemmere. De nye regler i KREL og direktiv 2014/104 forventes derfor at flytte

¹⁶⁰ Cheminova (2015), side 3 afsnit 4.5

¹⁶¹ Cheminova (2015), side 82, Sø- og Handelsrettens afgørelse

¹⁶² Matthijs Kuijpers, Stefan Tuinenga, Elaine Whiteford and Thomas B. Paul: “Journal of European Competition Law & Practice”, (2017) 8 (1), kapitel 1, afsnit E

¹⁶³ Matthijs Kuijpers, Stefan Tuinenga, Elaine Whiteford and Thomas B. Paul: “Journal of European Competition Law & Practice”, (2017) 8 (1), kapitel 1, afsnit E

¹⁶⁴ Matthijs Kuijpers, Stefan Tuinenga, Elaine Whiteford and Thomas B. Paul: “Journal of European Competition Law & Practice”, (2017) 8 (1), kapitel 1, afsnit E

magtforholdet mellem skadesvolder og skadeslidte, og det kan betyde, at der i fremtiden vil blive indgået flere forlig, da skadevoldere i mindre omfang ønsker en retssag. I forhold til de nye regler er det dog væsentligt at notere, at skadeslidte stadig skal bevise sit tab samt tabets størrelse, og at dette i fremtidige konkurrenceerstatningssager bliver omdrejningspunktet.

Kapitel 4

Overvejelser om hvilken indvirkning direktiv 2014/104 får på incitamentet til karteldannelse

4.1 Hvilken effekt forventes det, at de nye regler om overvæltning vil få for incitamentet til at udøve ulovlig aktivitet?

Den umiddelbare reaktion ved at tillade overvæltningsargumentet i konkurrenceerstatningssager er, at der i fremtiden vil være yderligere brug af den defensive anvendelse af overvæltningsargumentet, hvis man ser på retspraksis jf. afsnit 3.6.2. Hvis det lykkedes karteller fortsat at anvende overvæltningsargumentet defensivt, vil selve loven miste indvirkning på incitamentet til karteldannelse. Der kan henvises til figur 1 i afsnit 2.2, hvor det blev nævnt, at de steder, hvor man kan påvirke incitamentet til karteldannelse fra lovgivers side, er S og P i forhold til figur 1. Med de nye regler i direktiv 2014/104 kan man på den ene side argumentere for, at de gør, at S bliver større i ligningen, fordi indirekte aftagere i højere grad får mulighed for at anvende overvæltningsargumentet. Efter en analyse af overvæltningsargumentets betydning er det blevet klart med den gennemgæede retspraksis i afsnit 3.6.2, at overvæltningsargumentet oftest anvendes defensivt. Spørgsmålet bliver efterfølgende, om man ved at tillade overvæltningsargumentet og derved tillader, at karteller kan anvende det defensivt, kan argumentere for at de nye regler har ”backfired” i forhold til incitamentet til karteldannelse, hvis det viser sig i fremtiden, at overvæltningsargumentet hovedsageligt vil blive anvendt defensivt? Den fremtidige retspraksis vil besvare dette spørgsmål, og svaret på om direktiv 2014/104 har haft den ønskede indvirkning. Det eneste, der på nuværende tidspunkt kan konkluderes, er, at overvæltningsargumentet tidligere oftest var anvendt som et defensivt middel, men at der i den senere retspraksis er tegn på, som f.eks. Car Glass (2015), at indirekte aftagere anvender det offensivt.

En sidste ting, der kan overvejes i forhold til de nye regler, er betydningen af omtale. Udover selve P og S, som er de parametre, man kan ændre på for at gøre det mindre attraktivt at foretage økonomisk kriminalitet, kan man også tilføje et ekstra led. Det ekstra led kan være omtale. Med de nye regler er der kommet mere fokus på området, og det har betydet mere omtale omkring karteller især, og dette kan i sig selv være med til at få nogle aktører til at fravælge økonomisk kriminalitet. Omtalen kan også betyde, at indirekte aftagere, som ikke tidligere søgte erstatning, nu vælger at gøre dette, fordi der sker en bevægelse på området som gør, at flere og flere anvender de nye regler.

Kapitel 5

Konklusion, perspektivering, litteraturliste

5.1 Konklusion

Afhandlingen har undersøgt overvæltningsargumentets betydning i konkurrenceerstatningssager. Det kan ud fra analysen konkluderes, at overvæltningsargumentet inden vedtagelsen af direktiv 2014/104 og KREL ikke har været anvendt i særlig stort omfang i både EU og Danmark. I Danmark findes der kun fire tilfælde, hvor overvæltningsargumentet har været anvendt. Årsagen til den begrænsede anvendelse af overvæltningsargumentet kan skyldes, at det inden vedtagelsen af direktiv 2014/104 og KREL ikke altid var muligt at anvende overvæltningsargumentet. Selvom overvæltningsargumentet ikke har været anvendt i et stort omfang af sager, kan det ud fra den gennemgæede retspraksis konkluderes, at overvæltningsargumentets anvendelse i en kon-

kurrenceerstatning kan få stor betydning for erstatningsudmålingen. Det er derfor forventeligt, at hvis der kommer flere konkurrenceerstatningsager på grund af de nye regler i direktiv 2014/104 og KREL, vil overvæltningsargumentet efter dets anerkendelse blive brugt i højere grad til at påvirke den endelige erstatningsudmåling i enten den ene eller anden retning. Det kan på denne baggrund konkluderes, at overvæltningsargumentet med stor sandsynlighed vil få større betydning end i tidligere konkurrenceerstatningssager, medmindre reglerne resulterer i flere forlig og færre sager.

Det kan også konkluderes, at overvæltning kan ske på forskellige markedsformer og under forskellige markedsforhold. Det er derfor nødvendigt i en sag at undersøge den gældende markedsform men også andre aspekter for at kunne fastsætte en overvæltningsgrad. Denne proces er oftest yderst kompleks og kræver derfor assistance fra økonomiske eksperter.

Endvidere kan det konkluderes, at overvæltningsargumentet både kan anvendes defensivt og offensivt. I de sager, hvor overvæltningsargumentet har været anvendt, kan det endvidere konkluderes, at overvæltningsargumentet hovedsageligt har været anvendt som et defensivt middel imod skadeslidtes krav om erstatning.

De nye regler i direktiv 2014/104 og KREL har medført, at det er blevet nemmere for skadeslidte at bevise et ansvarsgrundlag, bevisbyrden er blevet nemmere at holde, og derudover er også kravene til tabet i visse tilfælde blevet lettere at bevise. I fremtiden vil der derfor med stor sandsynlighed være fokus på opgørelsen af tabet, som det var tilfældet i Cheminova sagen. Det er derfor ikke usandsynligt, at man i fremtiden vil se flere tilfælde, hvor en skadesvolder erkender ansvarsgrundlag, kausalitet og adækvans men bestrider, at skadeslidte har lidt et tab, og hvor retssagen alene omhandler spørgsmålet, om skadeslidte har lidt et tab, og hvor meget tabet kan opgøres til.

Endeligt kan det noteres, at sagerne Cheminova (DK) og Car Glass (DE) begge fra 2015 er de afgørelser, som danner det bedste grundlag af tidligere retspraksis, som kan anvendes fremadrettet med de nye regler. Car Glass afgørelsen er anket og derfor endnu ikke afgjort.

5.2 Perspektivering

Der er flere forskellige emner, der giver anledning til videre arbejde i forhold til denne afhandling. Et fokusområde kunne være den fremtidige anvendelse af KREL i konkurrenceerstatningssager, idet dette kunne bidrage til en besvarelse af nogle af de spørgsmål, som på nuværende tidspunkt ikke er mulige at besvare. I denne forbindelse kunne spørgsmål være:

(i) Er der med direktiv 2014/104 og KREL kommet mere fokus på overvæltningsargumentet? Som nævnt i afhandlingen omkring grøn-og hvidbogen er intentionen med direktiv 2014/104 at skabe fokus på den privatretlige erstatning, og dette kan være med til, at indirekte aftagere i højere grad anvender overvæltningsargumentet offensivt.

(ii) Er magtbalancen mellem skadeslidte og skadesvolder flyttet efter vedtagelsen af KREL? Som omtalt i afhandlingen under afsnit 3.1 er det helt klare formål med direktiv 2014/104 og KREL at sikre, at alle skadeslidte kan opnå erstatning. De nye regler skal gøre det nemmere for alle skadeslidte at opnå erstatning, så spørgsmålet om, hvordan magtbalancen mellem skadeslidte og skadesvolder bliver med de nye regler, kan have betydning for, om skadesvolder i højere grad vælger at indgå forlig.

(iii) En undersøgelse af direktiv 2014/104 og KREL's egentlige effekt. Er det blevet nemmere for alle skadeslidte at opnå erstatning? Er det med de nye regler blevet nemmere for indirekte aftagere at anvende overvæltningsargumentet offensivt? Eller viser det sig, at reglerne ikke har haft den ønskede effekt?

Der har endnu ikke været sager, hvor indirekte aftagere har anvendt overvæltningsargumentet offensivt i dansk retspraksis. Hvis der kommer retspraksis på dette område i fremtiden, kunne det også være interessant at undersøge dette nærmere og alt efter afgørelsens udfald, hvilken betydning det har fremadrettet for retsforholdet mellem skadesvolder og skadeslidte i en konkurrenceerstatningssag.

Som nævnt i afhandlingen kunne videre arbejde også have fokus på at undersøge kredsen af erstatningsberettigede i forhold til sager med overvæltning. I denne forbindelse blev der nævnt slutforbrugere, som ikke vælger at købe produktet, fordi prisen er steget til over det punkt, hvor kunden i stedet vælger produktet fra. Der henvises til overvejelsen fra afsnit 3.3.2 i afhandlingen.

Endeligt kunne det være interessant undersøge, hvorvidt direktiv 2014/104 samt KREL har haft en virkning på incitamentet til karteldannelse. En undersøgelse af dette vil kræve, at der kommer noget retspraksis på området, hvor KREL og direktiv 2014/104 bliver anvendt, eller at man kan se en stigende tendens til forlig mellem parter. På nuværende tidspunkt er det svært at sige noget om dette, men det er et interessant emne til videre arbejde.

5.3 Litteraturliste

5.3.1 Bøger

- Pernille Wegener Jessen og Michael Steinicke, 2008, ”EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret”, 1. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2008
- Ilene Knable Gotts, August 2014, ”The Private Competition Enforcement Review, Law Business Research, Seventh Edition”, Chapter 11
- Bo von Eyben, Helle Isager, 2011, ”Lærebog I erstatningsret”, 7. Udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2011
- Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, 2014, ”Retskilder og retsteorier”, 4 udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag 2014

5.3.2 Lovgivning

- 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
- Lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af Konkurrenceretten, lov nr. 1514/2016, 13. december 2016
- Forslag til ”Lov om behandling af erstatningssager vedrørende overtrædelser af Konkurrenceretten”, 5. oktober 2016, fremsat af erhvervs- og vækstministeren (Troels Lund Poulsen) http://www.ft.dk/R1pdf/samling/20161/lovforslag/L21/20161_L21_som_fremsat.pdf

5.3.3 Domspraksis

- Sag C-453/99, Courage og Crehan, EU:C:2001:465
- Sag C-295/04, Manfredi, EU:C:2006:461
- Sag C-360/09, Pflaiderer AG mod Bundeskartellamt, Sml. I, 2011
- Sag C-199/11, Europese Gemeinschaft mod Otis NV m.fl., Sml. I, 2012
- Sag C-282/95 P, Guérin Automobiles mod Kommissionen Sml., 1997 side 1543, præmis 39 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/PDF/?uri=CELEX:61995CJ0282&from=DA>
- Sag: A & M SUPPLY CO. v. Microsoft Corp., 654 N.W.2d 572 (Mich. Ct. App. 2002) <https://www.courtlistener.com/opinion/1996404/a-m-supply-co-v-microsoft-corp/>
- Sag: U0004.07, Cheminova A/S mod Akzo Nobel, Sø-og Handelsretten, 15. januar 2015 <http://www.kfst.dk/~media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Domme/20150115Cheminova%20AS%20mod%20Akzo%20Nobel%20Functional%20Chemicals%20BV%20og%20Akzo%20Nobel%20Base%20Chemicals%20AB.pdf>
- Sag: U2005.2171 H, GT-Linien mod DSB og Scandlines A/S, Højesteretsdom 20. april 2005 <http://www.kfst.dk/~media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Domme/20050420%20Dom%20fra%20Hoejesteret%20vedr%20GTLinien.pdf>

- Sag: EKKO A/S mod Brandt Group Norden A/S, AM Hvidevarer A/S, GRAM A/S, Sø- & handelsrettens dombog, 3. oktober 2002. V-15-01
<http://www.kfst.dk/~media/Afgoerelsesdatabase/Konkurrenceomraadet/Domme/20021003%20Dom%20fra%20Soe%20og%20Handelsretten%20vedr%20EKKO%20AS.pdf>
- Sag: 5819/2013, Nestlé & ors mod Ebro Puleva, afgørelse fra den 7. november 2013. (spansk sukker kartel 2 2013).
- Sag: Handelsrets afgørelse fra Nanterre, sagsnummer 2004F022643, Arkopharma mod Group Hoffmann la Roche, afgørelse fra den 11. maj 2006. (Arkopharma 2006).
- Sag: Regional Court Düsseldorf, 14d O 4/14, Car Glass, judgment of 19 November 2015. (Car Glass 2015).
- Sag: Federal Court of Justice, KZR 75/10, Carbonless Paper, judgment of 28 June 2011. (Carbonless Paper 2011).

5.3.4 Primære anvendte artikler

- Europa-Kommissionen, Strasbourg 11.6.2013, ”Forslag til om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af artikel 101 og 102”, COM(2013) 404 final. (Fundet den 22-03-2017)
[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2013\)0404/com_com\(2013\)0404_da.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2013)0404/com_com(2013)0404_da.pdf)
- Europa-Kommissionen, Bruxelles 19.12.2005, ”Grønbog om erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF’s kartel- og monopolregler”, KOM(2005) 672 endelig. (Fundet den 10-03-2017) [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0672/com_com\(2005\)0672_da.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672/com_com(2005)0672_da.pdf)
- Europa-Kommissionen, Bruxelles 2.4.2008, ”Hvidbogen om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF’s kartel- og monopolregler”, KOM(2008) 165 endelig. (Fundet den 06-04-2017)
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_da.pdf
- Europa-Kommissionen, Bruxelles (2013), ”Praktisk vejledning til tabsopgørelsen i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af art 101 eller 102”, arbejdsdokument. (Fundet den 14-03-2017)
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_da.pdf
- London Economics, January 2011, ”The Nature and Impact of Hardcore Cartels”, A report to the Danish Competition Authority. (Fundet den 20-02-2017)
<https://www.kfst.dk/Indhold-KFST/Nyheder/Pressemeddelelser/2011/~media/723E1F40CC094097A1D3C1D47A486B15.pdf>
- RBB Economics, (2014), ”Cost pass-through: theory, measurement, and potential policy implications”, A Report prepared for the Office of Fair Trading. (Fundet den 08-03-2017)
http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_oftr/research/cost-pass-through.pdf
- RBB Economics, Cuatrecasas, Goncalves Pereira, (2016), ”Study on the passing-on of overcharges”, final report. (Fundet den 26-02-2017)
<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0216916ENN.pdf>

5.3.5 Sekundære anvendte artikler

- Komninos, Assimakis, (2009), ”Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts”. Study prepared for the European Commission. Luxembourg”, Oxera December 2009. (Fundet den 16-02-2017)
http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf
- Besley, Timothy (1989), ”Commodity Taxation and Imperfect Competition – A Note on the Effects of Entry”, side 359-367. (Fundet den 03-05-2017). Følgende link kræver login til AU via AU library:

http://ac.els-cdn.com.ez.statsbiblioteket.dk:2048/0047272789900480/1-s2.0-0047272789900480-main.pdf?_tid=e57c13d8-2ff8-11e7-8ae5-00000aab0f02&acd-nat=1493813350_9606cfb6a2344d39d2d17070f94c2112

- Matthijs Kuijpers, Stefan Tuinenga, Elaine Whiteford and Thomas B. Paul (2017), “Journal of European Competition Law & Practice”, 8 (1): side 47-65. (Fundet den 04-05-2017). Følgende link kræver login til AU via AU library:
<https://academic-oup-com.ez.statsbiblioteket.dk:12048/jeclap/article/8/1/47/2712541/Actions-for-Damages-in-the-Netherlands-the-United?searchresult=1>
- European Commission (2013), “Directive of the European Parliament and of the Council, Damages actions for breach of EU antitrust rules”, Strasburg, 11.6.2013. (Fundet den 25.04.2017)
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013SC0203&from=ga>
- Richard. B. Freeman, 1999, “The Economics of crime”, Harvard University, kapitel 52 (Fundet den 12-03-2017)
<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.321.6833&rep=rep1&type=pdf>
- Martin Favart, 5. April 2016, “Germany: Düsseldorf Regional Court Rejects Car Insurer's Claim For Damages Stemming From Car Glass Cartel”, mondaq. (Fundet den 10.05.2017)
<http://www.mondaq.com/germany/x/479230/Cartels+Monopolies/Dsseldorf+Regional+Court+Rejects+Car+Insurers+Claim+For+Damages+Stemming+From+Car+Glass+Cartel>
- Forslag til afgørelse fra generaladvokat fremsat den 30. januar 2014. Sag C-557/12 (anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af (Fundet den 12-03-2017)
http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5a62b0b56170d4c95b4359e0f6e50344b.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObN50?do-clang=DA&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=147064&occ=first&dir=&cid=1023083#Footref18

5.3.6 Links

- Links til forside billede, fundet den 06-05-2017, via Google:
https://www.google.dk/search?q=domsafsigelse&rlz=1C1TEUA_enDK498DK498&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwj5ws3kttvTAhWIVxoKHRHeDIQQ_AUIBigB&biw=1517&bih=708#imgrc=caPtoHE6tkE6eM
- Karnov, note til konkurrenceerstatningsloven. Noten er fra § 9 og det er note 61 som er blevet anvendt. (Fundet den 03-03-2017) https://pro.karnovgroup.dk/document/7000757349/1?frt=erstatningssager&hide_flash=1&page=1&rank=1#L20161541_NKAR60
- Europa Kommissionens hjemmeside: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/#steps>