

Privat håndheving - erstatningsberegning

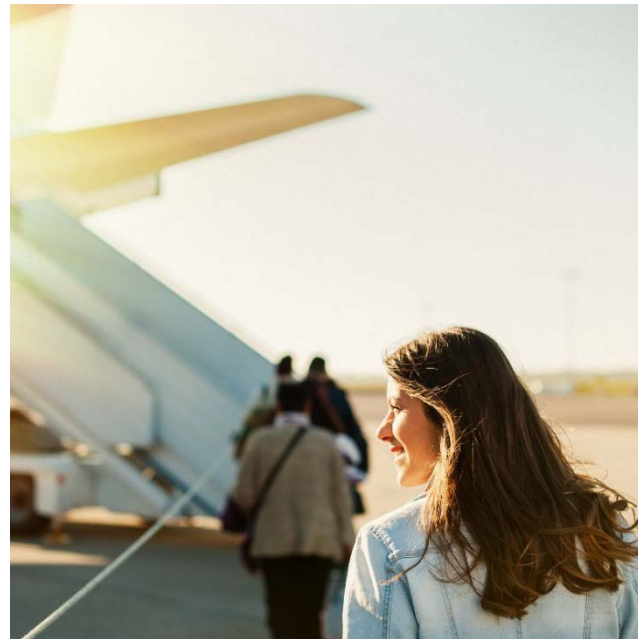
Konkurransetilsynets juskonferanse 5. juni 2019

Hans-Petter H. Hanson, Chief Economist Team ESA

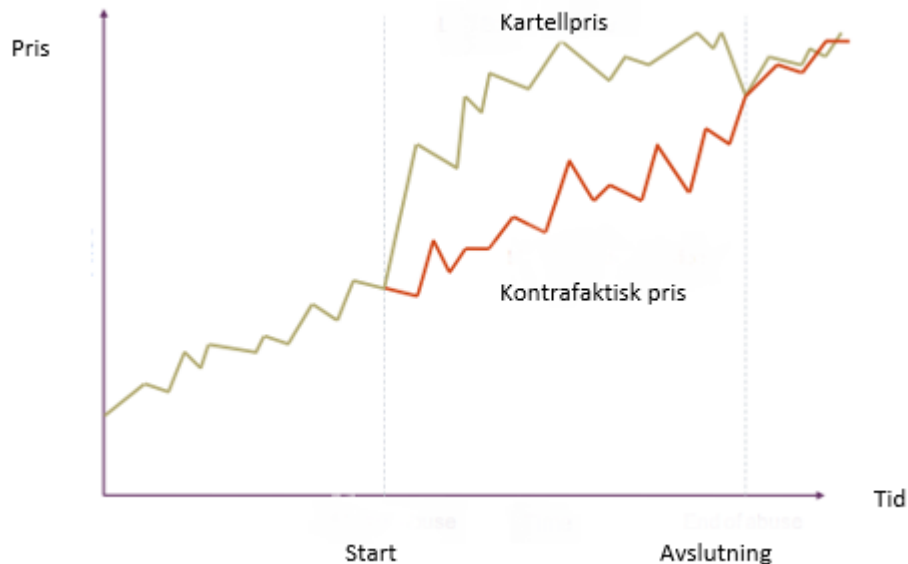
Disclaimer: The views expressed are purely those of the speaker and may not in any circumstances be regarded as stating an official position of the Efta Surveillance Authority

Oversikt

- Hva er erstatning etter brudd på konkurranse-loven?
- Hvorfor erstatning etter brudd på konkurranse-loven?
- Privat håndheving i Europa
- Privat håndheving i Norge
- Hvordan beregne total skade?
 - Kartellpris (overcharge)
 - **Overveltning (pass-on)**
 - Volumeffekt



Hva er erstatning etter brudd på konkurranseloven?



1. Ansvarsgrunnlag
2. Årsakssammenheng
3. Økonomisk tap

Hvorfor erstatning etter brudd på konkurranseloven?

- Aktører søker erstatning av **egeninteresse**
 - Materiell erstatningsrett
 - Sivilprosess
- Hensynet bak erstatningsinstituttet:
 - «Reparasjon», sikre rettferdighet og oppreisning
 - «Prevensjon»



Kilde: Spareglad.no

Hvorfor erstatning etter brudd på konkurranseloven?

- **The full effectiveness of Article 85 [101]** of the Treaty and, in particular, **the practical effect** of the prohibition laid down in Article 85(1) would **be put at risk** if it were not open to **any individual to claim damages** for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict competition.
- Indeed, **the existence** of such a **right strengthens** the working of the Community **competition rules** and **discourages agreements or practices, which are liable to restrict or distort competition**. From that point of view, **actions for damages before the national courts** can make a **significant contribution** to the maintenance of **effective competition** in the Community.

Court of Justice, Courage and Crehan, EU:C:2001:465, 26-27.

- **The full effectiveness of Article 54 EEA** would **be put at risk** if it were not open to **an individual to claim damages** for loss caused by conduct liable to restrict or distort competition.
- **The existence** of a **right** to claim damages **discourages agreements or practices that are liable to restrict or distort competition**. **Actions for damages before the national courts** can make a **significant contribution** to the maintenance of **effective competition**. The Court has therefore held that **private enforcement** of Articles 53 and 54 EEA **ought to be encouraged**. While **pursuing a private interest**, a **plaintiff** in such proceedings **contributes** at the same time to the **protection of the public interest**, thereby benefitting consumers.

Efta Court, Fjarskipti vs Siminn, E-6/17, 29-30.

Hvorfor erstatning etter brudd på konkurranseloven?



EU antitrust watchdogs must ensure their cartel leniency programs remain attractive, and should focus on other means of detecting cartels as **the risk of damages lawsuits is deterring companies** from coming forward.

Andreas Mundt, Bundeskartellamt, Mlex 14.05.19



The number of ex-officio cartel investigations has increased significantly in 2017 and 2018, and we are convinced that this trend will go on.

Cecilio Madero Villarejo, DG COMP, Mlex 17.05.19



NHH



Sivile skadebotskrav bør innlemmes i lempingsprogrammet mot at lempingsmottakar assisterer skadelidte i bevisføringa. Dette vil gje betre høve for sikring av retten til kompensasjon, samstundes som **fritak frå skadebotskrav vil gje ei auka oppmoding til å tyste på kartellet**.

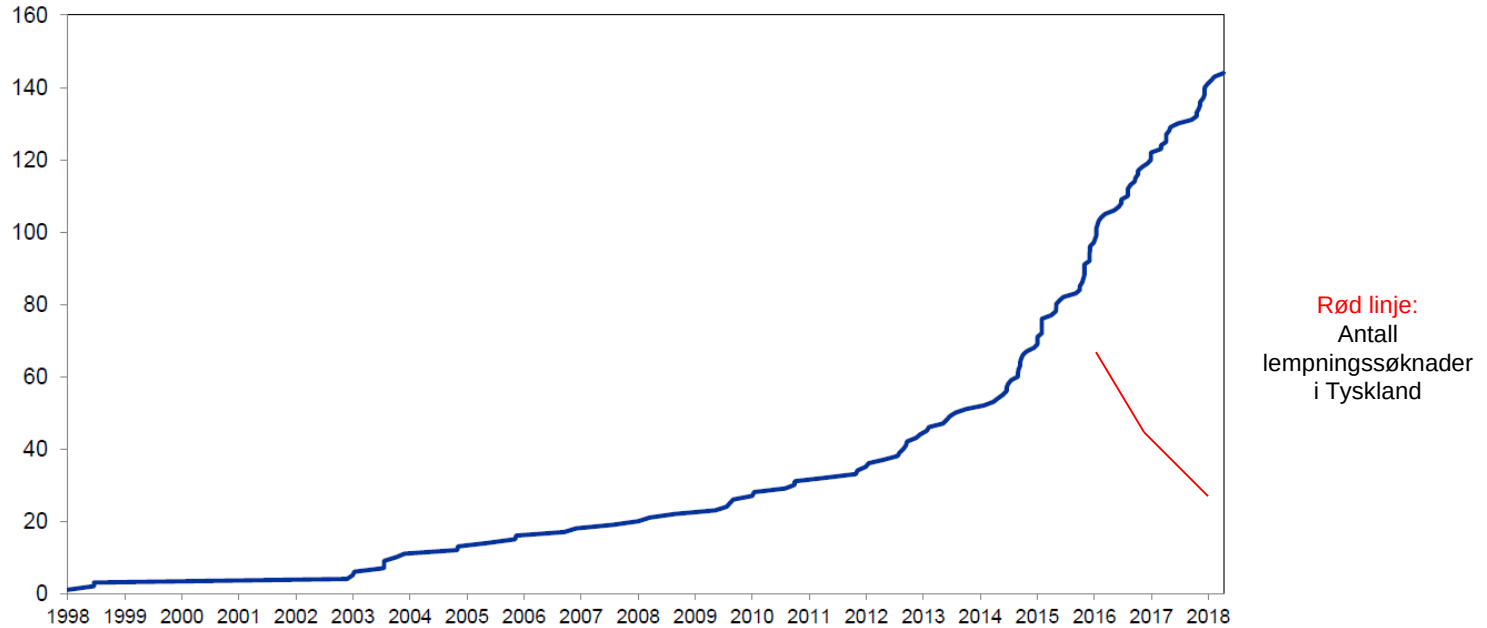
Ingrid H. Barlund, UIB, uib.no, 14.01.19

Privat håndheving i Europa

- Lovgivning
 - Skadedirektivet (2014)
 - Enklere å få erstatning
 - Sikre samspillet mellom offentlig og privat håndheving
- Veiledning og retningslinjer
 - DG COMP:
 - Guidelines on overcharge (2013)
 - Guidelines on passing on (2019)
- Antall saker
 - [...]

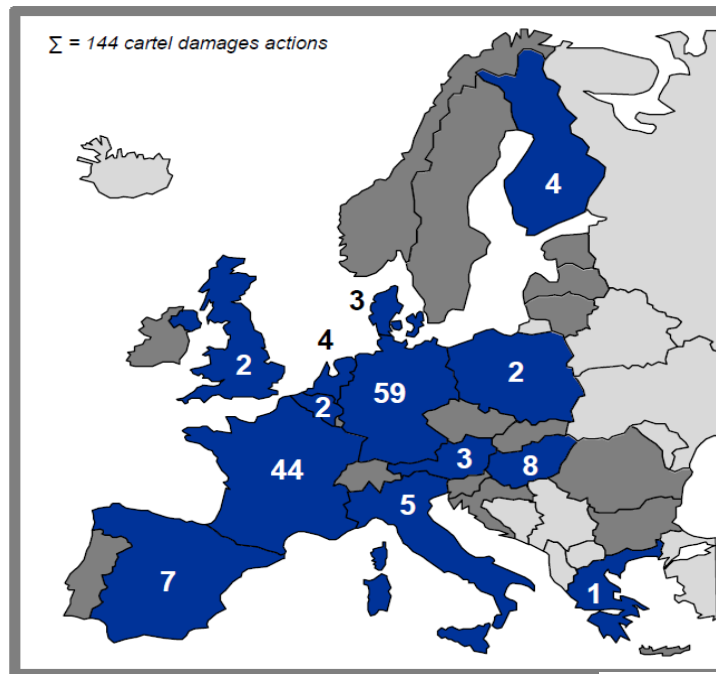


Antall erstatningssaker i EØS



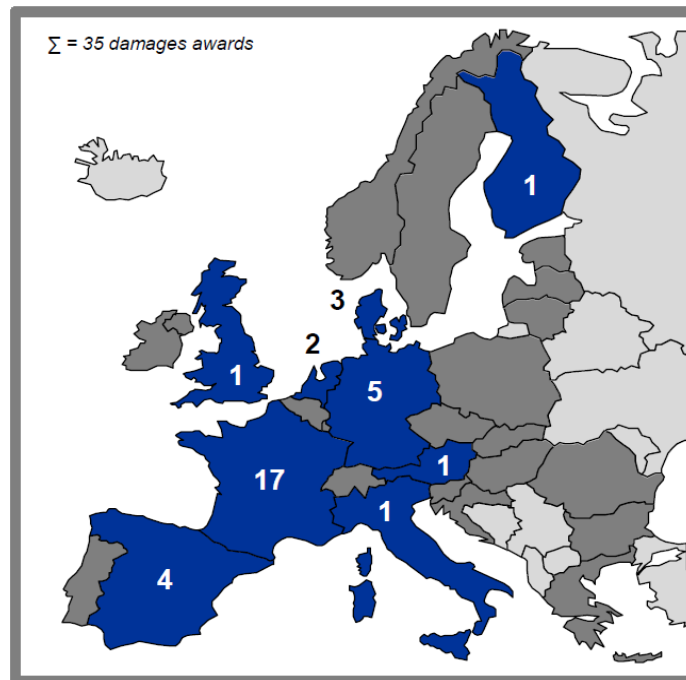
Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Antall saker i EØS – 13 land



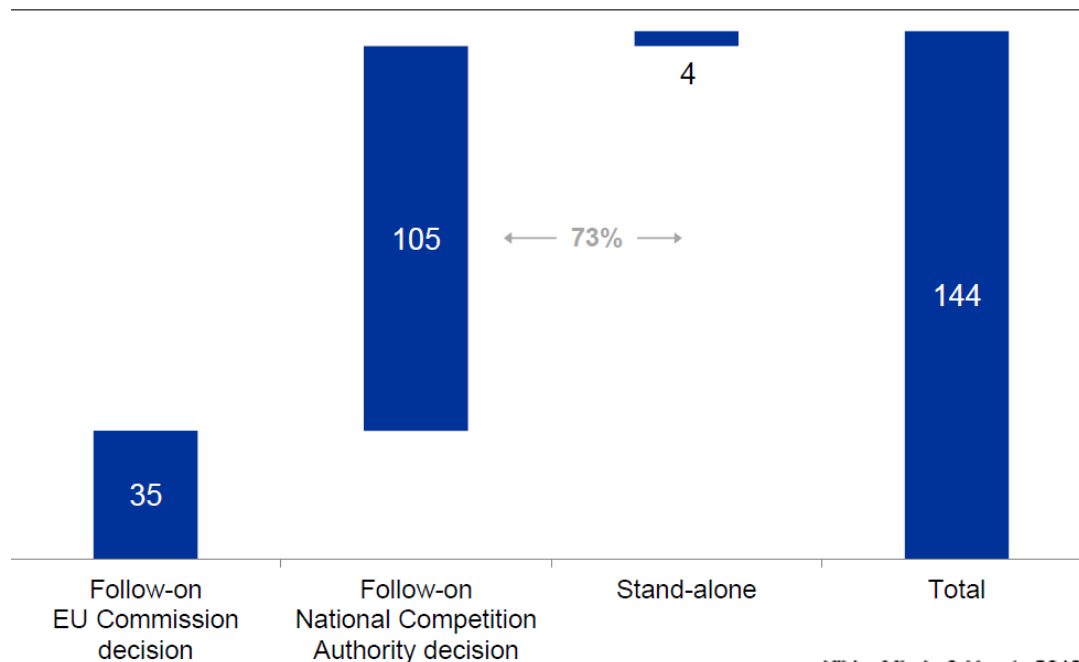
Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Antall saker i EØS – erstatning tilkjent i 9 land



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

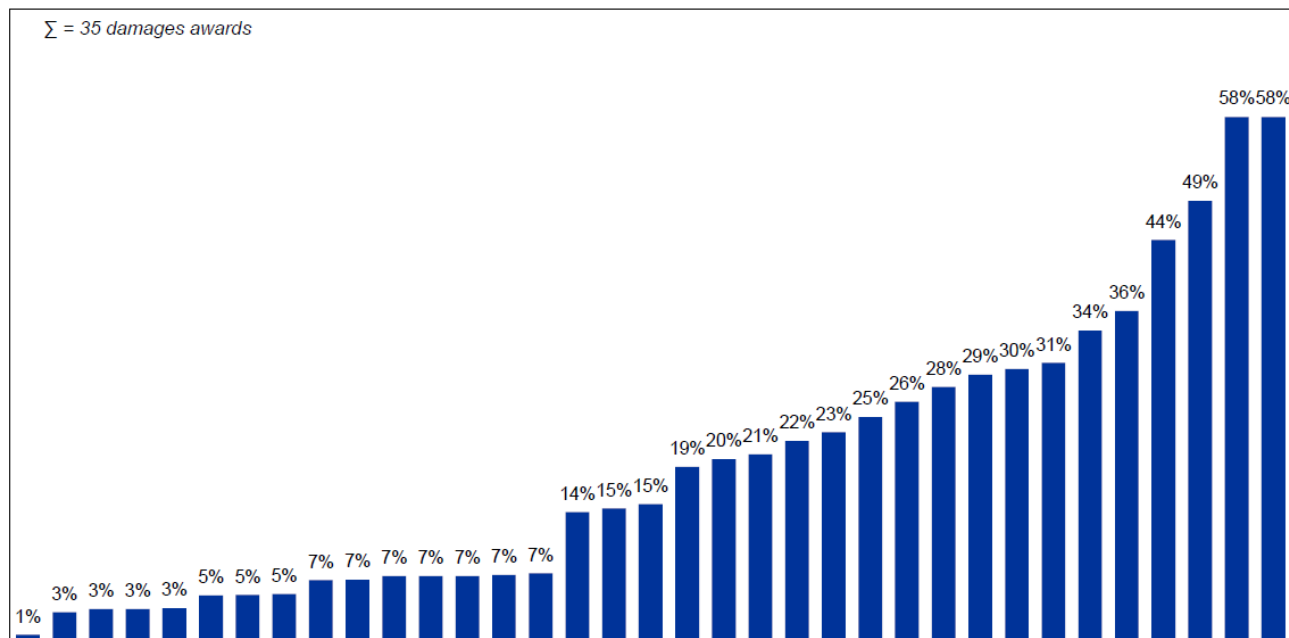
De fleste sakene er «follow-on» søksmål



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

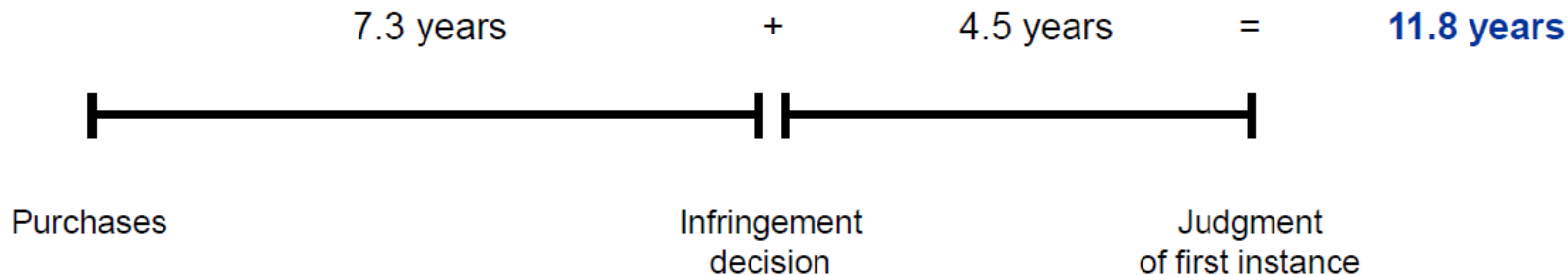
Økte priser ved kartell

Gjennomsnitt: 18 % Median: 15 %



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Erstatning tilkjennes 12 år etter overtredelsen



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Privat håndheving i Norge

- Lovgivning
 - Skadedirektivet ikke implementert...
 - ...men lovforslag sendt på høring i 2015
 - Behov for endringer grundig dokumentert i ekspertrapport
- Antall saker
 - [...]



Privat håndheving i Norge

DN Dagens
Næringsliv

Vant frem med spriten i retten

Bondeeide Hoff Industrier er dømt til å betale privateide Strand Brænderi ti millioner kroner i erstatning i en spritdom.

🕒 1 min Publisert: 22.02.19 – 17.52 Oppdatert: 3 måneder siden

Dagens Næringsliv 22.02.19

VG

KRISTOFFERSEN TAPTE RETTSSAKEN MOT SKIFORBUNDET: – VELDIG SKUFFET

Henrik Kristoffersen (24) får ikke reklamere for Red Bull på hjelmen: Alpinstjernen tapte rettssaken mot Norges skiforbund.

VG, 06.05.19

mlex | Global Antitrust Search

NEWS | CASE FILES | EVENTS | AB EXTRAS

MY MLEX | EUROPE | WHITE HOUSE WATCH | BREXIT | ALL CONTENT | PRESS ROUND-UP

Official Statement

Iveco says trucks-cartel litigation spreads to Norway, Italy

7 Nov 17 | 22:20 GMT

In Brief

MLex Summary: Iveco is facing damages litigation related to its role in a trucks cartel in Italy, Israel, Ireland, Germany, the Netherlands, Norway and the UK, the company said in a statement to investors. Iveco was fined 494 million euros in 2016 by the European Commission for fixing the prices of vehicles.

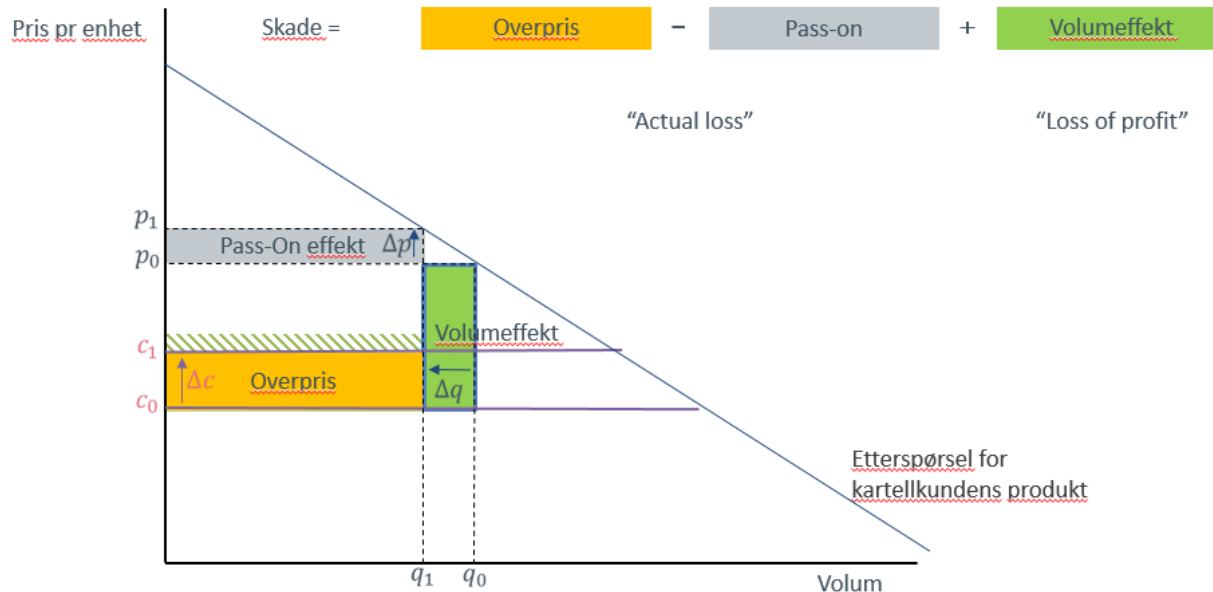
Hvordan beregne total skade?

- Prinsippet om «full kompensasjon»:
 - *“Anyone who has suffered harm caused by such an infringement can claim compensation for **actual loss** (damnum emergens), for gain of which that person has been deprived (**loss of profit** or *lucrum cessans*), plus interest.”*

Skadedirektivet, punkt 12.
 - Dette prinsippet er også implementert i norsk rett

Hvordan beregne total skade?

Komponenter: 3 rektangler



Study on the Passing-on of Overcharges (RBB/Cuatrecasas, 2016), Figure 6, p. 48.

Beregning av overpris

- Sammenligne pris over tid
- Sammenligne pris med annet marked
- Kostnadsbaserte metoder
- **Regresjonsanalyser**
- Simuleringsmodeller
- Andre metoder, herunder kvalitative vurderinger

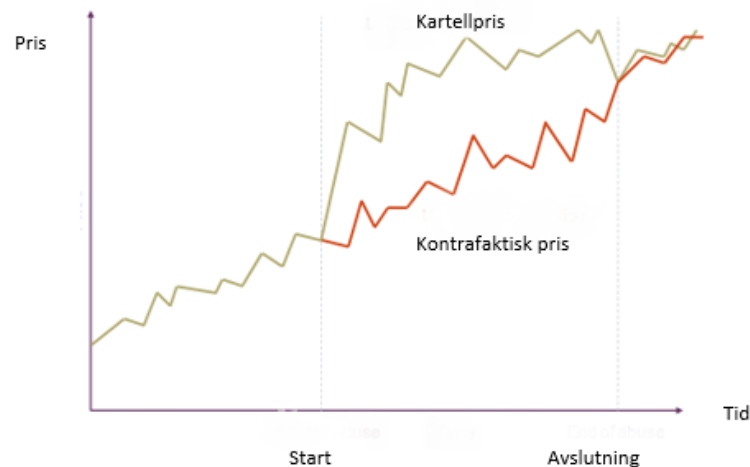


Strasbourg, 11.6.2013
SWD(2013) 205

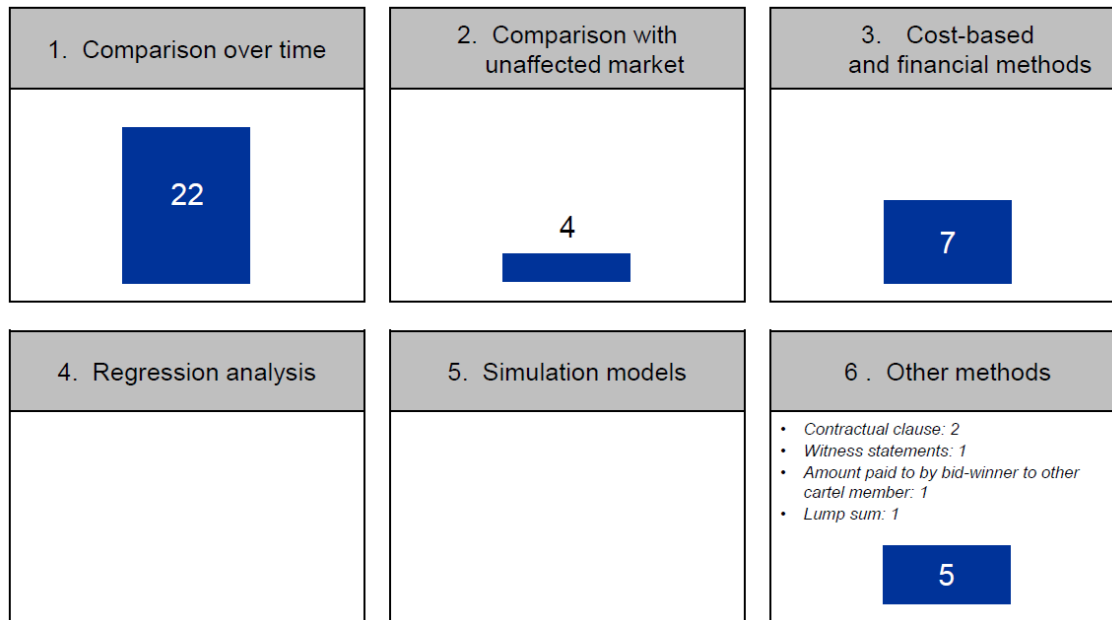
COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT
PRACTICAL GUIDE
QUANTIFYING HARM IN ACTIONS FOR DAMAGES BASED ON BREACHES OF
ARTICLE 101 OR 102 OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE
EUROPEAN UNION

Accompanying the
COMMUNICATION FROM THE COMMISSION
on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of
the Treaty on the Functioning of the European Union

(C(2013) 3440)

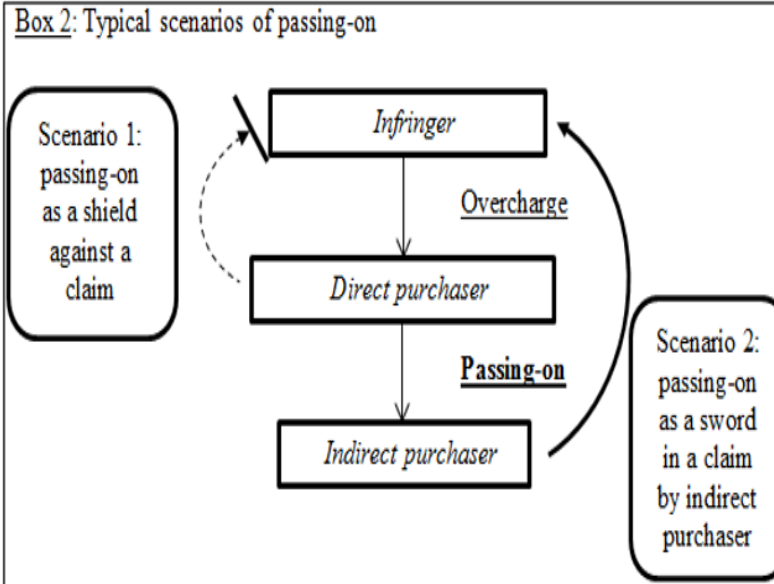


Beregning av overpris

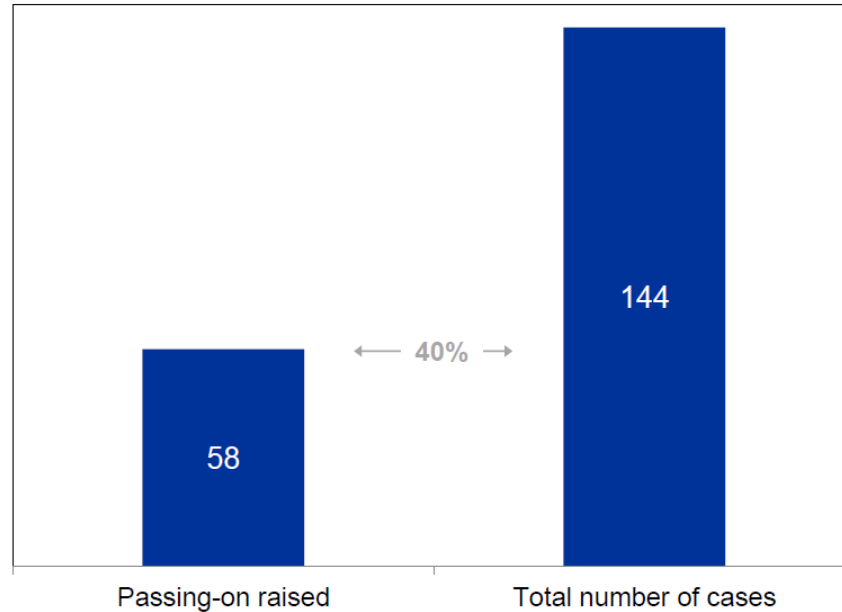


Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Hva er overveltning?



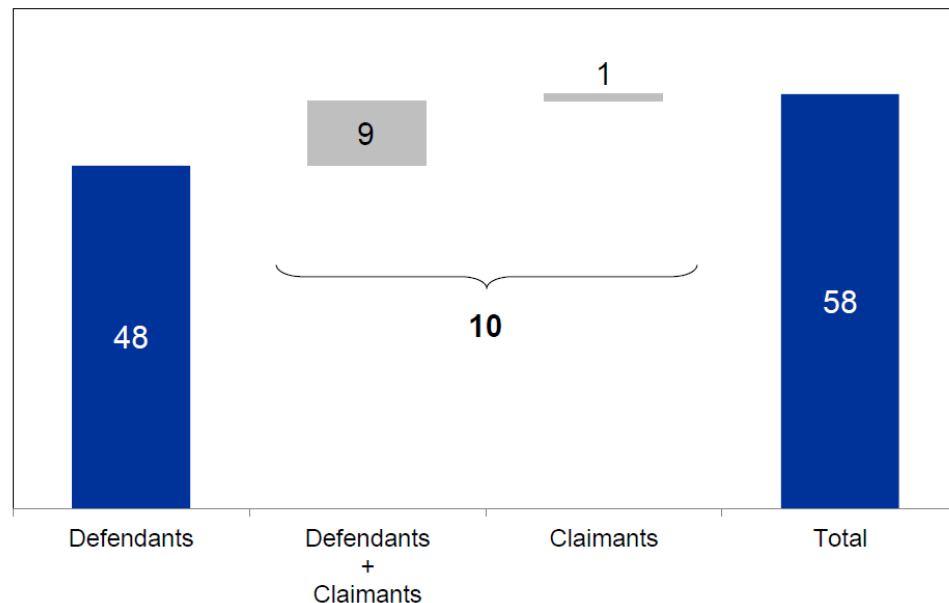
Overveltning tema i 40 % av sakene i EØS



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

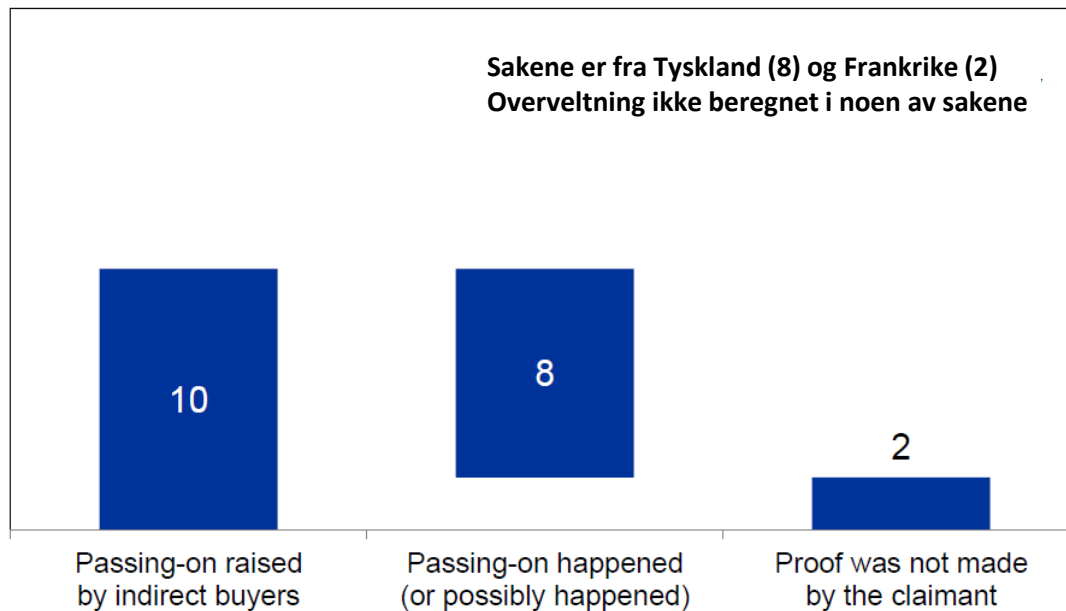
Overveltning som «sverd» eller «skjold»?

Hovedsakelig benyttet av kartelldeltager som «skjold»



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Overveltning som «sverd»



Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Hvordan beregne overveltning (pass-on)?

- “The Commission **shall issue guidelines** for national courts on how to estimate the share of the overcharge which was passed on to the indirect purchaser.” Skadedirektivet, Artikkel 16
- Hensikten er å gi nasjonale domstoler [og andre] veiledning om hvordan pass-on kan beregnes i praksis:
 - Sammendrag av rettslig utgangspunkt og kontekst
 - Forklare betydningen av økonomisk teori
 - Oversikt over metoder for å beregne pass-on
 - Eksempler på hvilke bevis/data man trenger
 - Råd om hvordan håndtere økonomiske eksperter

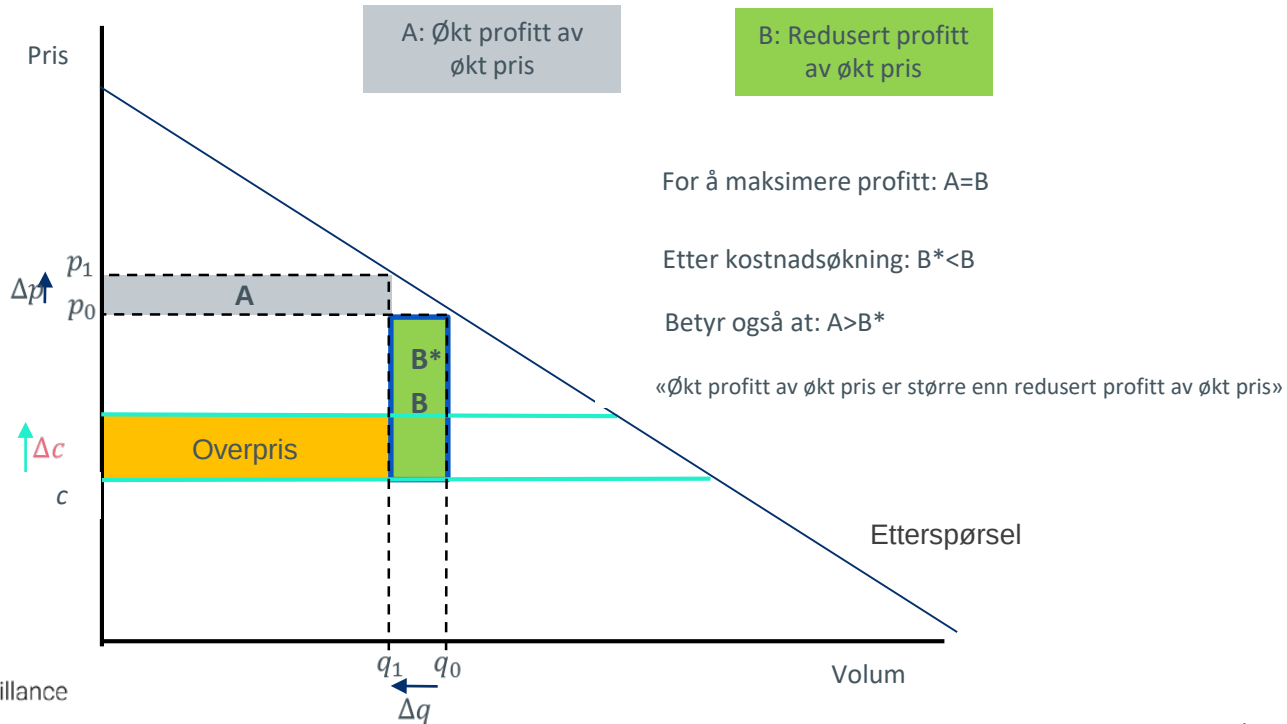


Brussels, XXX
[...] (2019) XXX draft

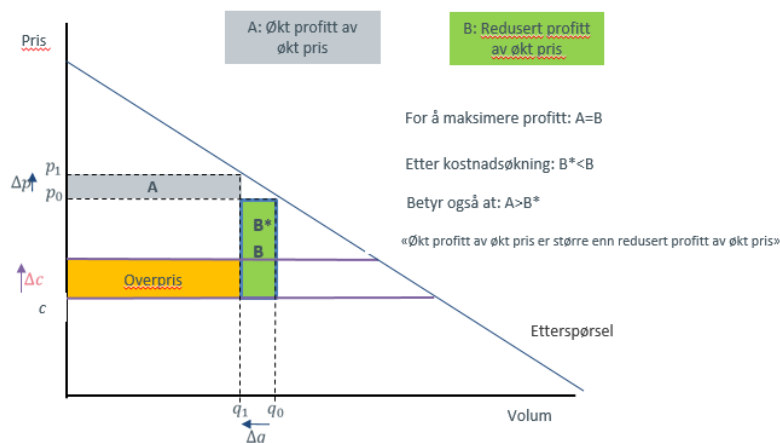
COMMUNICATION FROM THE COMMISSION

Guidelines for national courts on how to estimate the share of overcharge which was passed on to the indirect purchaser

Hvorfor har en bedrift insentiver til å videreføre kostnadsøkninger?



Hvorfor har en bedrift insentiver til å videreføre kostnadsøkninger?



- Påvirkes faste eller variable kostnader?
- Påvirkes alle bedriftene i markedet?
- Hvor sterk er konkurransen i markedet?
- Hvordan er sammenhengen mellom pris og etterspørsel?
- Påløper det kostnader ved prisendringer
- (...)

Hvordan beregne overveltning (pass-on)?

Rettslig utgangspunkt



■ Skadedirektivet artikkel 12-17:

- Presumsjon for overveltning:
 - Brudd på konkurranseloven som har ført til overpris
 - Indirekte kunde har kjøpt fra kartellkunde
- Nasjonale domstoler skal ha rett til å utøve skjønn:
 - "Medlemsstaterne sikrer, at nationale retter får beføjelse til efter nationale procedurer **at ansætte skadens størrelse**, hvis det er fastslået, at en sagsøger har lidt skade, men det er **praktisk umuligt eller uforholdsmæssigt vanskelig** nøjagtigt at opføre skaden på grundlag af de foreliggende beviser."

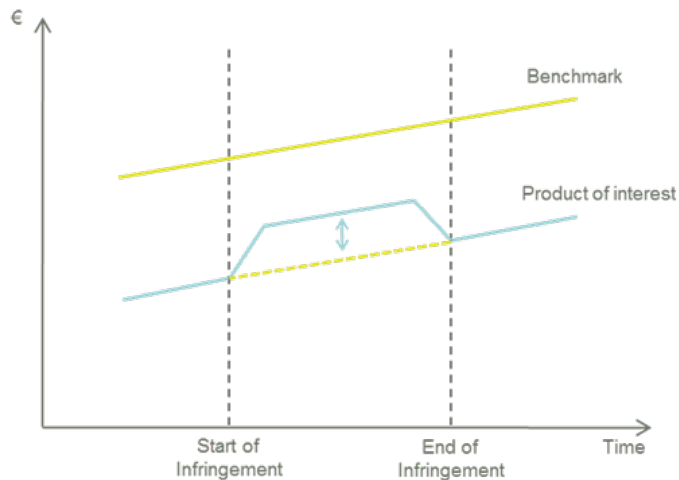
■ Skadedirektivet artikkel 3:

- "Fuld erstatning skal stille en person, som har lidt skade, som om overtrædelsen af konkurrenceretten ikke var blevet begået" → **kontrafaktisk analyse**

Hvordan beregne overveltning (pass-on)?

Metoder for beregning – diff-in-diff – gullstandarden

Sammenligne markedet berørt av overtredelsen med et marked som ikke er berørt



Sammenligner:

over tid

mellom markeder (benchmark)

Benchmarks:

Proxy for den kontrafaktiske situasjonen

Må være

“tilsvarende” som kartellproduktet

men ikke påvirket av overtredelsen

Difference 1: hovedprodukt

infr. vs. non-infr. Period

Difference 2: sammenligning

infr. vs. non-infr. Period

Difference-in-differences (=virkning):

Difference 1 – Difference 2

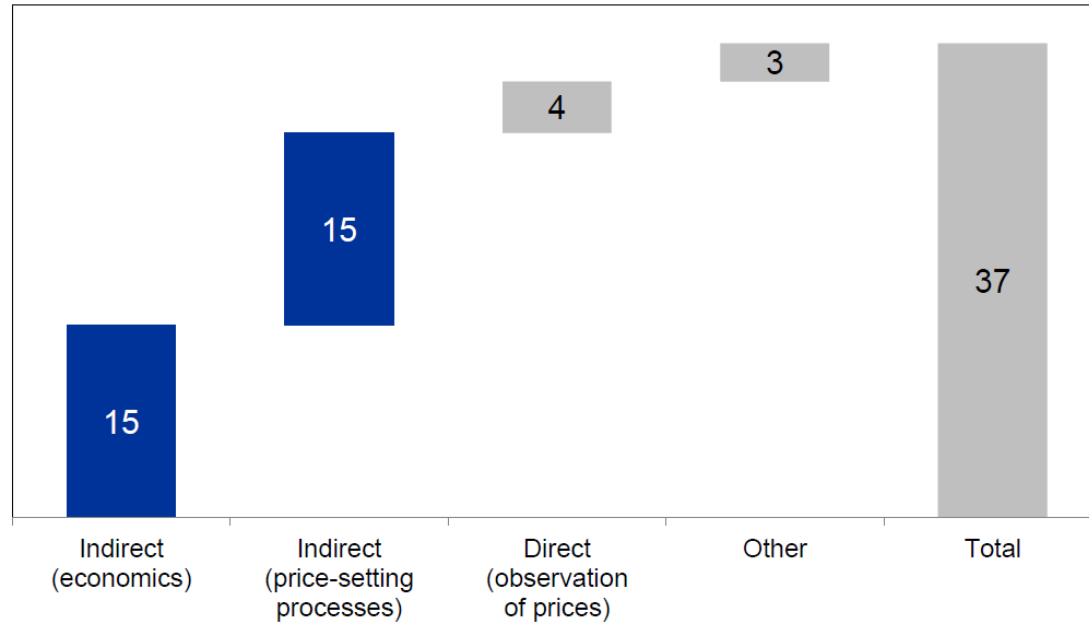
Velkjent metode i konkurranseretten ved offentlig håndheving

Hvordan beregne overveltning (pass-on)?

Metoder for beregning – kvalitativ tilnærming

- Nasjonale domstoler skal ha rett til å utøve skjønn
 - Interne dokumenter, innsikt fra økonomisk teori og vitneutsagn kan være tilstrekkelig for å beregne overveltning
 - *“The availability of such evidence may play an important role when a court decides whether any, and if so which, of the methods and techniques set out below can be used by a party to meet the required standard of proof under applicable law.”* Commission’s Practical Guide on quantification of harm, para. 14
- Hvordan skjer beregningen i praksis?

Metoder som faktisk er benyttet ved beregning av overveltning

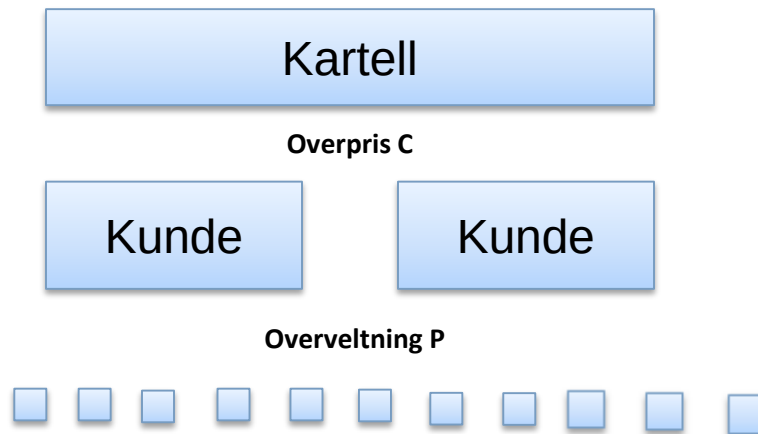


Kilde: Minds & Hearts 2018, Cartel Damages Action Study 2018

Trender fra rettspraksis i EØS

Overveltning som «skjold»

- UK: *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated and Others* (2016, 2018)
- NL: *TenneT v ABB* (2018)
- DE: *MAN v City of Göttingen* (2017)
- Overveltning som skjold godtas ikke når de indirekte kundene er konsumenter
 - Lite sannynlig at disse går til søksmål mot kartellet..
 - ..nasjonale domstoler ser ut til å preferere overkompensasjon fremfor underkompensasjon
- Kun overveltning i form av høyere priser som godtas



Overveltning i norsk rett

- *«Gjeldene rett er ikke fullt ut i samsvar med direktivets krav, og det vil derfor være behov for særskilt gjennomføringslovgivning.»*

NFDs høringsnotat, side 23

- ❖ Ingen presumsjon om overveltning i norsk rett
- ❖ Kan reises spørsmål om indirekte kunder kan avvises fra erstatning av den grunn at tapet er for fjernt og avledet
- ❖ Vil være nyttig å presisere at domstolens rett til å «utøve skjønn» også gjelder spesifikt for overveltning

hha@eftasurv.int

 [eftasurv](https://www.facebook.com/eftasurv)

 [@eftasurv](https://twitter.com/eftasurv)

 [EFTA Surveillance Authority](https://www.linkedin.com/company/efta-surveillance-authority)

www.eftasurv.int



BY HANS-PETTER H. HANSON & JOHANNES HOLZWARTH¹



¹ Hans-Petter H. Hanson is an Economist in the Chief Economist Team at the EFTA Surveillance Authority ("ESA") and a former Policy Officer at the European Commission's Directorate-General for Competition ("DG COMP"). Johannes Holzwarth is a Policy Officer at DG COMP. The views expressed in this article are those of the authors and may not under any circumstance be regarded as stating an official position of the ESA, the European Commission or DG COMP.