

Metoder för att beräkna privat konkurrensskada och krav på precision i domstol

Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie 2006:1

Rickard Sandin, ECON Analys AB
ISSN-nr 1652-8069
Konkurrensverket, Stockholm 2006
Illustration: Martina Thulin , Odelius New Media

Förord

Det brukar sägas att av tio amerikanska konkurrensfall drivs nio som privata skadeståndsprövar och bara ett av konkurrensmyndigheterna, medan det omvända förhållandet gäller i Europa. I Sverige har hittills inte en enda privat skadeståndsprövning avgjorts i domstol. Samtidigt växer insikten att privata skadeståndsmål kan utgöra ett viktigt komplement till de konkurrensvårdande myndigheternas arbete, eftersom myndigheternas resurser är begränsade och eftersom de skadedrabbade företagen är de som först blir varse överträdelser av konkurrensreglerna och som har bäst kännedom om hur marknaderna fungerar. Att frågan är aktuell också utanför Sverige framgår av att EU-kommissionens konkurrensdirektorat i december 2005 publicerade en s.k. grönbok om privat skadestånd vid brott mot konkurrensreglerna.

Mot denna bakgrund har Konkurrensverket gett ECON Analys AB i uppdrag att studera vilka ekonomiska och statistiska metoder som kan användas för att fastställa storleken på konkurrensskadan – och därmed storleken på skadeståndet. Projektledare på ECON har varit Richard Sandin, ekonomie doktor i national-ekonomi.

I princip bygger alla metoder på att den faktiska marknadsutvecklingen jämförs med en hypotetisk situation *utan* någon överträdelse av konkurrensreglerna. Exempelvis kan priset en kartell tagit ut jämföras med prisnivån före eller efter den period kartellen varit verksam, eller med priset på en jämförbar marknad utan kartellverksamhet, t.ex. i ett annat land eller i en annan region. För att göra jämförelsen vederhäftig kan mer eller mindre avancerade metoder användas. I den här studien ligger tonvikten på erfarenheterna från amerikansk rättspraxis.

Till projektet knöts en referensgrupp som fungerat som kvalitetssäkrare och idégivare under arbetets slutförande. I gruppen ingick: advokat Eric Ericsson, Södermarks; byråchefen Fredrik Nordenfelt, Konkurrensverket; professor Nils Wahl, juridiska institutionen, Stockholms universitet och advokat Carl Wetter, Vinge.

Från Konkurrensverket har verkets chefsekonom och tillika professorn i national-ekonomi vid Södertörns högskola Mats Bergman funnits med som kvalitetssäkrare till projektet. Ekonomie doktorn i nationalekonomi Matilda Gijira har varit projektets koordinator.

Det är författaren själv som svarar för innehållet och dess slutsatser i rapporten. Slutsatserna behöver således inte nödvändigtvis spegla Konkurrensverkets uppfattning.

Stockholm i februari 2006

Claes Norgren
Generaldirektör

Innehåll

Sammanfattning och slutsatser	7
1 Bakgrund.....	9
1.1 Syfte.....	10
1.2 Metod	10
1.3 Avgränsning av rapporten.....	10
1.4 Rapportens upplägg.....	11
2 Definitionen av privat konkurrensskada	13
2.1 Juridisk definition.....	13
2.2 Definition enligt ekonomisk teori	14
2.3 Konkurrensskada för olika typer av överträdelser.....	14
2.4 Vem kan drabbas av privat konkurrensskada?	17
3 Beräkning av konkurrensskada.....	20
3.1 Den kontrafaktiska situationen	20
3.2 Olika bevisbördor för skadans uppkomst respektive skadans storlek	21
3.3 Överpris eller vinstbortfall (lost profit/opportunity)	22
3.4 Olika metoder för att beräkna konkurrensskada.....	23
3.5 Före-och-efter-metoden	25
3.6 Jämförelsemetoden ("yardstick method").....	26
3.7 Marknadsandelmetoden.....	27
3.8 Kostnadsbaserad metod	28
3.9 Ekonometriska metoder	29
3.10 Strukturella (teoretiska) simuleringsmodeller	37
3.11 Konkurrensskada baserad på företagens årsredovisningar.....	38
3.12 Beräkning av konkurrensskada i ärenden om exkludering	44
3.13 Sammanfattning	48
4 Generella problem vid beräkning av konkurrensskada	49
4.1 Temporala aspekter och processgångens betydelse.....	49
4.2 Ex ante- eller ex post-beräkningar	51
4.3 Potentiella problem med ekonometrisk metod.....	53
5 Krav på beräkningarnas precision i domstol.....	59
5.1 Utgångspunkt	59
5.2 Centrala frågeställningar för bevisbördan.....	60

5.3	Generella vetenskapliga krav	60
5.4	Rimliga beräkningar	65
5.5	Bevisbördan för olika beräkningsmetoder	68
5.6	Bevisbördan för olika typer av överträdelser.....	71
5.7	Sammanfattning om bevisbörda	72
5.8	Framställningen i domstol	73
6	Relevanta metoder och beviskrav i svenska ärenden	77
6.1	Val av beräkningsmetod.....	77
6.2	Beräkningarnas precision.....	79
	Appendix: Kort beskrivning av regressionsanalys.....	81
	Referenslista.....	83

Sammanfattning och slutsatser

Konkurrenslagens 33 § medger ett utrymme för kompensation för den som lidit konkurrensskada. Möjligheten till ersättning för privat konkurrensskada syftar till att skapa incitament för privata parter (företag och privata kunder) att själva komma till rätta med konkurrensbegränsande förfaranden. Av förarbeten till konkurrenslagen framkommer att de skador som i första hand kan komma i fråga när det gäller denna paragraf är inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet. I övrigt finns lite härledning att hämta. Vi vet inte vilka metoder som är gångbara i domstol och vi vet heller inte med vilken precision konkurrensskadan ska beräknas för att man framgångsrikt ska få ersättning.

Rapporten går därför igenom vilka metoder som kan tillämpas och vilka beviskrav som bör ställas. Rapporten bygger på en sammanställning av relevant ekonomisk litteratur samt erfarenheter från amerikansk rättpraxis. I rapporten redovisas

- Före-och-efter-metoden
- Jämförelsemetoden ("yardstick method")
- Marknadsandelsmetoden
- Kostnadsbaserad metod
- Ekonometriska metoder
- Strukturella simuleringsmodeller
- Metoder baserade på företagets räkenskaper

Samtliga metoder har sina styrkor och svagheter och förutsättningarna för att använda metoderna varierar beroende på vilken typ av överträdelse de rör sig om, om den skadedrabbade är kund eller konkurrent, den skadelidande partens ställning på marknaden, tillgången till data m.m. Under gynnsamma omständigheter är ekonometriska metoder att föredra eftersom dessa kan fastställa konkurrensskadan med en viss grad av statistisk säkerhet, till skillnad från de andra metoderna som är mer spekulativa.

Vad beträffar beviskrav kan man säga att amerikansk praxis är konsistent med idén om en optimal privat tillämpning av konkurrensreglerna. Det betyder att bevisbördan är högt ställd när det gäller att visa att ett företag *de facto* lidit konkurrensskada. Däremot är beviskraven betydligt lägre satta när det gäller att precisera konkurrensskadans storlek. Domstolarna ställer dock krav på att beräkningen av konkurrensskada är förenlig med vetenskaplig metod, rationellt beteende hos marknadens aktörer, samt med de faktiska omständigheterna på marknaden. I de fall beräkningarna av konkurrensskada inte tillgodoser dessa krav anses uppskattningarna vara spekulativa. Det är särskilt viktigt att notera att bevisbördan inom amerikansk praxis inte verkar ställas alltför högt när en överträdelse av konkurrensreglerna väl fastställts. Detta gäller även i de fall ersättningarna för konkurrensskada är höga. Denna tillämpning görs för att i största möjliga mån hindra att konkurrensskada betalas ut i fall där ingen

konkurrensskada uppstått. Samtidigt ställs inte kraven så högt att de omöjliggör ersättning eftersom detta skulle motverka syftet med privat konkurrensskada, nämligen att ersätta den skadelidande parten och avskräcka från framtida överträdelser av konkurrensreglerna.

Avsaknaden av svensk praxis möjliggör en viss flexibilitet när det gäller vilka metoder som kan användas för att beräkna konkurrensskada. Sannolikt kommer mindre avancerade metoder att tillämpas i högre grad eftersom den skadedrabbade parten inte har samma möjligheter som i USA att införskaffa den utredning och säkra den bevisning som kan behövas för att utföra beräkningar med hjälp av ekonometriska metoder. Konkurrensskadeärenden lär följa på stämningsansökningar från Konkurrensverkets sida. I den mån överträdelse fastställs är det rimligt att anta att svenska domstolar, i likhet med amerikanska domstolar, inte kommer att ställa allt för höga krav på beräkningarnas precision. Vad som däremot avgör om beräkningarna ska anses ekonomiskt realistiska går inte att uttala sig om eftersom praxis saknas, men det är rimligt att snegla på de kriterier som gäller enligt amerikansk praxis. Med andra ord argumenteras för att parter som presenterar beräkningar av konkurrensskada som är förenliga med vetenskaplig metod, rationellt beteende hos marknadens aktörer, samt med de faktiska omständigheterna på marknaden borde ha goda möjligheter att få en tillräcklig ersättning för konkurrensskada.

1 Bakgrund

Konkurrenslagen, KL, medger ett utrymme för kompensation för den som lidit konkurrensskada. Av lagens 33 paragraf framkommer att:

Om ett företag uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder förbuden i 6 § eller 19 § eller artikel 81 eller 82 i EG-fördraget, ska företaget ersätta den skada som därigenom uppkommer. Rätten till en sådan ersättning faller bort om talan inte väcks inom tio år från det att skadan uppkom. Stockholms tingsrätt är alltid behörig att pröva frågor om skadestånd enligt denna paragraf.

Möjligheten till ersättning för privat konkurrensskada syftar till att skapa incitament för privata parter att själva komma till rätta med konkurrensbegränsande förfaranden. Konkurrerande företag, företag i senare eller tidigare led i värdekedjan, samt privata kunder är skadeståndsberättigade. Privatkundernas möjligheter att yrka ersättning gäller från den 1 augusti 2005.¹

Av förarbeten till konkurrenslagen² framkommer att de skador som i första hand kan komma i fråga när det gäller denna paragraf är inkomstförlust och intrång i näringsverksamhet. Exempel som nämns är t.ex. det merpris som kunder till en kartell får betala, merpris till följd av marknadsdelning på grund av att kunder inte kan spela ut företagen mot varandra, kostnader vid anbuds förfarande där avtalet går åter med stöd av ogiltighetsregeln i 7 § KL, kostnader som uppkommer drabbade parter vid missbruk av dominerande ställning på grund av missgynnade affärsvillkor eller oberättigade krav på motprestationer, samt kostnader eller minskad omsättning vid exklusivavtal eller säljvägran. I övrigt finns lite härledning att hämta. Vid dags datum finns heller ingen praxis när det gäller tillämpningen av paragrafen, dvs. det har inte dömts ut någon konkurrens-skada enligt 33 § KL. De fall som förekommit i domstol har återkallats efter förlikning utom rätta.³ Några ärenden behandlas för närvarande i domstol.⁴ Av förarbetena och praxis nämns således inget om storleken på ersättningen. Inget sägs vidare om hur man ska gå tillväga när man beräknar storleken på konkurrensskada, t.ex. vilka metoder man ska tillämpa. Det enda som nämns är att skadan ska ersättas. Avsaknaden av praxis

¹ Regeringens proposition 2004/05:117, Skadestånd enligt konkurrenslagen m.m.

² Regeringens proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslagstiftning 97-98.

³ Detta gäller t.ex. ärendena BK Tåg / Statens Järnvägar, Privpack AB / Posten Distribution AB och CityMail Sweden AB / Posten Sverige AB, Konkurrenslagen – en handbok, www.thomsonfakta.se.

⁴ Exempel på pågående skadeståndsprocesser i Stockholms tingsrätt är de mot företagen NCC och Skanska, gällande påstådd kartellsamverkan på asfaltmarknaden i strid med 6 § KL, som drivs att ett flertal kommuner samt Tele2 Sverige AB mot TeliaSonera AB gällande överträdelse av där TeliaSonera påstås ha missbrukat sin dominerande ställning i strid med 19 § KL och artikel 82 i EG-fördraget på marknaden för bredbandstjänster (ADSL) genom att tillämpa en marginal som påstås vara otillräcklig för att täcka TeliaSoneras tillkommande kostnader i detaljistledet (s.k. marginalklämning).

gör att vi inte heller vet med vilken precision konkurrensskadan ska beräknas och därigenom vilka krav man ska ställa på beräkningarna av konkurrensskadan.

Bristen på kunskap om vilka metoder som är gångbara för att beräkna konkurrensskada, samt vilken precision som krävs för att nå framgång i domstol kan ha betydelse för incitamenten för skadelidande parter att yrka ersättning. Utfallen av de första ärendena som kommer att bedömas av domstol kan komma att ha betydelse. Tillämpningen av felaktiga metoder eller för högt förväntade eller ställda krav på precision som leder till att den skadelidande inte når framgång i domstol kan komma att reducera incitamenten för skadelidande att yrka ersättning. I så fall riskerar möjligheten att yrka ersättning för privat konkurrensskada att bli ett ineffektivt instrument för att hindra konkurrensbegränsande förfaranden, tvärt emot intentionerna.

Det finns dock lärdomar från länder som är relevanta. Störst erfarenhet finns att hämta från USA där man har en betydligt längre tradition av att tillämpa konkurrensregler och där inslaget av privata konkurrensskademål är betydande. Cirka 90 av målen utgörs nämligen av privata skadeståndsmål och de utdömda böterna har också i flera fall varit betydande. Av forskningslitteraturen och rättspraxis framkommer vilka metoder som tillämpas vilka krav på precision som ställs på tillämpningarna av metoderna för att nå framgång i domstol.

1.1 Syfte

Syftet med denna rapport är att bidra till kunskapen om vilka metoder som kan användas för att beräkna privat konkurrensskada samt vilka krav på precision i beräkningarna som bör eftersträvas för att nå framgång i domstol. Förhoppningsvis kan detta vara till nytta för den privata övervakningen av konkurrensreglerna i Sverige.

1.2 Metod

Projektet bygger på en sammanställning av relevant ekonomisk och juridisk litteratur samt vissa domstolsutlåtanden.

1.3 Avgränsning av rapporten

Ämnet privat konkurrensskada reser ett stort antal intressanta frågeställningar. De viktigaste av dessa är följande:

1. Vilken roll ska privat konkurrensskada fylla?
2. Hur ska privat konkurrensskada utformas för att på ett ändamålsenligt sätt hindra överträdelser av konkurrensreglerna?
3. Vad utgör privat konkurrensskada och vilka har rätt till ersättning för privat konkurrensskada?
4. Vilka metoder kan tillämpas för att mäta privat konkurrensskada?

5. Vilka krav på precision i beräkningarna av konkurrensskada kan/bör ställas för att kunna nå framgång i domstol?

Samtliga frågeställningar har behandlats i den internationella litteraturen av både jurister och ekonomer. Flera av de mer juridiska frågeställningarna (1-3 och delar av 5) har också behandlats i svensk litteratur. Typiskt i den svenska litteraturen är att man studerar skadeståndets funktion och omfattning i svensk och europeisk konkurrensrätt med utgångspunkt från hur den kan användas för att bidra till en effektivare tillämpning av de svenska konkurrensreglerna. Analysen bygger ofta på erfarenheter från USA där praxis finns tillgänglig.⁵

I denna rapport fokuserar vi på frågeställningarna 4 och 5 som är minst behandlade i den svenska litteraturen.⁶ Vi utgår således primärt från att privat konkurrensskada identifierats och att man därmed ställs inför problemen att mäta skadan och att nå framgång med beräkningarna i domstol.⁷ Rapporten fokuserar på metoder som tillämpats i privata konkurrensskadeärenden i USA och på erfarenheter från amerikansk rättspraxis. Erfarenheter från privata konkurrensskademål i andra EU-länder är också relevanta. Ashurst [2004] diskuterar aktuella fall i olika EU-länder, varför detta inte behandlas i denna rapport.

Rapporten går inte i detalj genom de olika beräkningsmetoderna och presentationen är medvetet lagd på en teknisk nivå som gör att såväl jurister som ekonomer kan ta del av rapporten. För att förstå delar av rapporten krävs dock en viss grundläggande kunskap i statistisk analys. Vidare bygger redovisningen av amerikansk rättspraxis primärt på sekundärkällor, dvs. på vetenskapliga artiklar i juridiska och ekonomiska tidskrifter. Läsaren som vill fördjupa sig i rättsfallen hänvisas till de referenser som finns angivna i rapporten.

1.4 Rapportens upplägg

Rapporten är uppdelad enligt följande. I kapitel 2 ges en kortare sammanfattning av vad som menas med privat konkurrensskada utifrån ett juridiskt och ekonomiskt perspektiv. Kapitel 3 går igenom de olika metoder som kan tillämpas för att beräkna privat konkurrensskada liksom de olika metodernas för- och nackdelar. Kapitel 4 behandlar några generella problem man kan ställas inför vid beräk-

⁵ Levisohn och Lidgard [2002] studerar skadestånd som en effektiv sanktion mot först och främst karteller medan Wahl [2000] också behandlar andra former av överträdelser. Samma angreppssätt följs av Hjelmeng [2003], men med tillämpning på den norska rättstraditionen.

⁶ I Wahl [2000, kap. 13] görs en kortare sammanfattning av några metoder som kan användas för att beräkna privat konkurrensskada. Mer om kvantitativa metoder för att beräkna konkurrensskada finns redovisade i rapporten från Ashurst [2004] beställd av Europeiska Kommissionen.

⁷ Det hade i och för sig varit naturligt att gå igenom vad som utgör privat konkurrensskada för olika typer av överträdelser av konkurrensreglerna och vilka som är skadeståndsberättigade i de olika fallen. En sådan framställning skulle ha blivit omfattande och är delvis redan behandlad i litteraturen. Vad som utgör konkurrensskada och kretsen av skadeberättigade behandlas i Wahl [2000, kap. 10-12] och Hjelmeng [2003, kap. 15]. Effekterna av olika typer av konkurrensbegränsningar finns redovisade i konkurrensökonomisk litteratur, även om de primärt inte fokuserar på privat konkurrensskada utan på samhällsekonomisk skada. Läsaren refereras till ekonomisk litteratur inom ämnesfältet industriell organisation, t.ex. Tirole [1988] eller mer tillämpad litteratur som Motta [2004].

ningen av konkurrensskada, samt särskilt när ekonometrisk metod tillämpas. I kapitel 5 redovisas erfarenheterna av rättspraxis i USA vad beträffar kravet på precision i beräkningarna av konkurrensskada. Kapitel 6 diskuterar vilka modeller som kan tillämpas i Sverige och för en diskussion om vilka krav man bör ställa på beräkningarnas precision.

2 Definitionen av privat konkurrensskada

Detta kapitel ger en kort sammanfattning av vad som menas med privat konkurrensskada utifrån ett juridiskt respektive ekonomiskt perspektiv. Vidare diskuterar vi några exempel på parter som kan anses skadeberättigade.

2.1 Juridisk definition

Termen konkurrensskada härstammar från den amerikanska lagstiftningen där uttrycket "*antitrust injury*" används. Termen kan tyckas något oprecis eftersom konkurrenter kan drabbas av hårdare konkurrens genom minskade vinster. Mer riktigt vore kanske att använda termen konkurrensbegränsningsskada⁸ eftersom det är skador till följd av minskad konkurrens som bör ersättas, inte minskade vinster till följd av ökad konkurrens. Denna princip är också väl erkänd i amerikansk rättspraxis. För att en skada ska betecknas som konkurrensskada och därmed vara ersättningsgill enligt amerikansk praxis, måste skadan följa av ett konkurrensbegränsande beteende som lagen syftar till att begränsa. I de fall beteenden leder till att konkurrensen ökar och detta drabbar andra företag genom minskade vinster är det inte fråga om konkurrensskada.⁹ Konkurrensbegränsande handlingar behöver dock inte nödvändigtvis leda till att konkurrensskada uppstår. Förvärv begränsar förvisso antalet aktörer på marknaden men kan samtidigt leda till att en effektivare konkurrent skapas på marknaden så att konkurrensen totalt sett ökar. Den ökade konkurrensen kan drabba konkurrenterna genom minskade vinster, men detta kan inte kategori-seras som en konkurrensskada. Poängen med *antitrust injury* är således att den i en och samma analys gör klart vilka slags skador som ska ersättas, dvs. de skador som följer på en konkurrensbegränsning, samtidigt som skadan speglar skälet till att konkurrensbegränsningen är förbjuden. Begreppet *antitrust injury* innebär också att man särskiljer effektiva och ineffektiva begränsningar, Wahl [2005, s. 285-286].

Motsvarande avgränsning av konkurrensskada enligt svensk rätt är inte lika tydlig. Förvisso finns kravet om ett kausalt samband mellan konkurrensskada och en konkurrensbegränsande handling eftersom det endast är överträdelse av förbuden 6 och 19 §§ KL som medger rätt till ersättning. Men detta säger lite om vad som utgör konkurrensskada. I förarbetena till konkurrenslagen står att ersättning ska utgå för förmögenhetsskada och det anges också förslag på vad som utgör skada i några olika fall. I övrigt gäller skadeståndslagen och allmänna skadeståndsrättsliga principer. Utifrån detta är det dock svårt att forma någon sorts vägledande princip

⁸ Se Hjelmeng [2003, s. 384] för en diskussion om de olika begreppen där hänvisningar också görs till Wahl [2000] som använder begreppet konkurrensskada.

⁹ Ärendet *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat*, (1997) är första ärendet där innebörden av konkurrensskada på riktigt kom att fastställas. Se Wahl [2000, s. 284] för referenser till andra ärenden där denna princip fastställdes.

för hur konkurrensskada ska definieras. Det finns t.ex. inte någon motsvarande koppling till effektivitet som i begreppet *antitrust injury*.¹⁰

2.2 Definition enligt ekonomisk teori

En heltäckande och utifrån ekonomisk teori korrekt analys av konkurrensskada bör utgå från en ekonomi som befinner sig i så kallad *allmän jämvikt*, där alla verksamheter direkt eller indirekt påverkar varandra. En konkurrensskadeanalys utifrån denna utgångspunkt riskerar dock att bli ohanterlig eftersom bristande konkurrens på en marknad kommer att påverka ett stort antal andra marknader. Delvis på grund av denna komplexitet är det brukligt och mer fruktsamt att studera konkurrensskada ur ett *partiellt jämviktperspektiv*, där det främst är de direkta effekterna som är av intresse och där en stor del av de indirekta effekterna antas vara av försumbar betydelse.

En annan anledning till att hålla sig till den partiella analysen är att det kan finnas praktiska skäl för att inte bevilja ersättning för indirekt konkurrensskada. Även om en sådan tillämpning innebär att företag som är direkt drabbade kan komma att överkompenseras torde det allmänt vara lättare för dessa företag att nå framgång i att bevisa konkurrensskada och dess omfattning i domstol än för företag i senare led. Företag i senare led måste kunna visa hur stor del av ett överpris som övervältrats till kunder i senare led och detta kan vara väl så komplicerat. Ju längre ifrån den relevanta marknaden skadan uppkommer, desto svårare är det att bevisa skadans omfattning. Risken finns därmed att ersättning för konkurrensskada inte kommer att ha särskilt preventiva effekter på den skadevällande parten. Men om det direkt drabbade företaget ska få ersättning för hela skadan, även om övervältring skett, går det samtidigt inte att bevilja ersättning för skada till indirekta företag eftersom skadan då kommer att betalas flera gånger av den skadevällande parten. Med andra ord finns det effektivitetsskäl till varför det är relevant att endast låta de direkt berörda företagen vara skadeståndsberättigade. Detta är också praxis i USA i federala ärenden. För svenskt vidkommande finns dock inte en sådan begränsning varför övervältring är relevant att behandla.

2.3 Konkurrensskada för olika typer av överträdelser

Överträdelser av konkurrensreglerna kan yttra sig på olika sätt. Oavsett form av överträdelse resulterar den i samhällsekonomisk skada och ofta men inte alltid i privat konkurrensskada. Delvis sammanfaller dessa två skadebegrepp, och på sätt och vis kan man säga att alla negativa effekter till följd av en överträdelse är privata då de i slutändan faller på hushållen i ekonomin.

På ett övergripande plan kan privat konkurrensskada delas in i två typer;

- (i) konkurrensskada som en följd av *överprissättning*,

¹⁰ Wahl [2000] föreslår en avgränsning av begreppet konkurrensskada baserat på ekonomisk effektivitet där man ersätter skador som är ett resultat av allokeringssineffektivitet och inte ersätter skador som leder till ökad produktionseffektivitet. Avgränsningen ligger nära den som tillämpas i USA.

- (ii) konkurrensskada som en följd av *exkludering*.

Inom ramen för dessa typer av konkurrensskador kan man sortera de olika konkurrensbegränsningar som man normalt sätt talar om inom den materiella konkurrensrätten, dvs.

- olika former av horisontella och vertikala samarbeten såsom prissamarbeten, inköpssamarbeten, etc.
- olika former för missbruk av dominerande ställning såsom underprissättning, prisdiskriminering, selektiv prissättning, trohets- och lojalitetsrabatter, exklusivitetsavtal, leveransvägran och kopplingsförbehåll.

Överprissättning

Ett första steg i att förstå konkurrensskada som en följd av överprissättning är att förstå varför marknadsmakt ger incitament till att överprissätta. På en marknad där (perfekt) konkurrens råder är alla aktörer pristagare, dvs. de tar alla marknadspriser för givna när de väljer den vinstmaximerande produktionsnivån. Överprissättning är ett resultat av marknadsmakt där någon eller några av marknadens aktörer ser en möjlighet att påverka priserna. Detta kan exempelvis följa av monopol eller kartellsamarbeten.

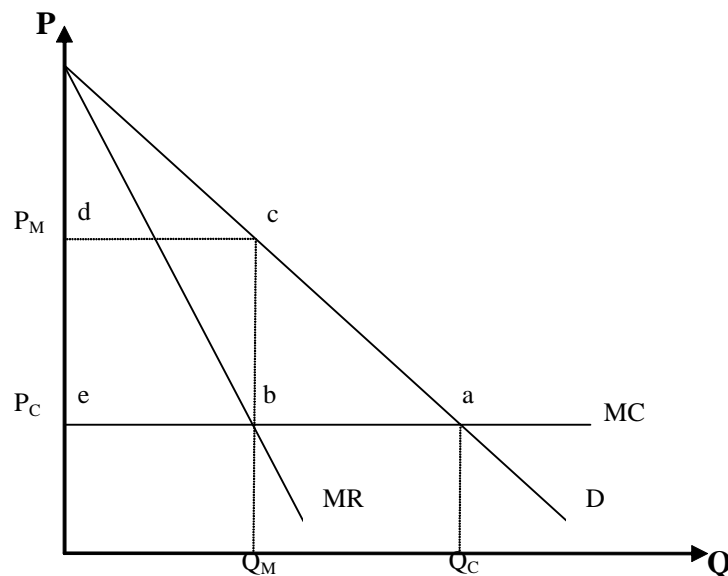
Figur 2.1 visar en marknad där efterfrågan ges av kurvan D och marginalkostnaden för produktion ges av kurvan MC. Om konkurrens råder på marknaden kommer varor att produceras så länge betalningsviljan för ytterligare en enhet av varan överstiger kostnaden av att tillhandahålla denna. I figuren ges denna mängd varor från skärningspunkten mellan D och MC (punkt a), alltså Q_C . Vid Q_C är den marginella betalningsviljan P_C vilket sammanfaller med marginalkostnaden MC. På denna marknad är alla priser som överstiger P_C att betrakta som överpriser.

En vinstmaximerande monopolist har till skillnad från producenter på en konkurrensutsatt marknad möjlighet och incitament att hålla tillbaka produktionsnivån. Incitamentet följer av att monopolisten genom att minska produktionsnivån kan höja priset vilket ger honom ökade intäkter för *alla* producerade enheter. Monopolistens marginalintäktskurva skiljer sig därmed från den som en pristagande producent agerar efter. I Figur 2.1 sluttar därför monopolistens marginalintäktskurva MR brantare än efterfrågekurvan. Monopolisten minskar producerad kvantitet och höjer priset till dess att kostnaden för att producera ytterligare en enhet överstiger intäkten av att göra så, alltså skärningspunkten mellan MC och MR (punkt b), vilket ger producerad kvantitet Q_M . Monopolisten kan vid Q_M ta ut ett pris som ges av efterfrågekurvan (punkt c), dvs. P_M . Detta pris överstiger P_C och är därför att betrakta som ett överpris. Det uppstår en samhällsekonomisk kostnad vid överprissättning eftersom varor skulle kunna tillhandahållas till en kostnad som understiger betalningsviljan. I Figur 2.1 ges denna kostnad, också kallad dödviktsförlust ("deadweight loss"), av triangeln a-b-c. Det är denna kostnad eller allokeringseffektivitet som är den främsta anledningen till att ekonomer ser monopol som samhällsekonomiskt olämpliga.

Överpriset P_M medför att konsumenterna betalar mer än den ekonomiska kostnaden för att producera mängden Q_M , dvs. mer än vad de skulle betalat på en konkurrensutsatt marknad. Denna summa motsvarar rektangeln b-e-d-c i Figur 2.1, och är den privata konkurrensskada som drabbar konsumenterna när de konsumerar mängden Q_M . Detta är dock inte en del av den samhällsekonomiska förlusten eftersom det endast är fråga om en omfördelning av förmögenhet från konsumenterna till monopolisten. Alltså, i denna enkla modell är effekten av monopolistens vinstmaximerande beteende en samhällsekonomisk förlust motsvarande a-b-c samt en vinst för monopolisten, och förlust för konsumenten, motsvarande b-e-d-c.¹¹

Den privata konkurrensskadan består alltså delvis av det överpris som betalas av konsumenten för kvantiteten Q_M , alltså ytan b-e-d-c. Detta är dock inte hela skadan som monopolprissättningen ger upphov till. I en situation där konkurrens råder på marknaden skulle konsumenten konsumera en större kvantitet, Q_C , till priset P_C vilket skulle generera ett konsumentöverskott som motsvarar skillnaden i betalningsvilja och pris, alltså ytan mellan efterfrågekurvan och priset, dvs triangeln a-b-c.¹² Den totala konkurrensskadan som inkluderar både överpriset som tillfaller monopolisten och det förlorade konsumentöverskottet till följd av minskad konsumtion är ytan a-e-d-c.

Figur 2.1 Överprissättning på en monopolmarknad (kartellmarknad)



¹¹ Till den samhällsekonomiska kostnaden av överprissättningen kan även andra kostnader adderas t.ex. s.k. "rent seeking", dvs. de resurser som monopolisten eventuellt brukar för att uppnå/upprätthålla sin monopolställning och kostnadsineffektivitet ("X-inefficiency") som innebär att MC är högre under monopol än under perfekt konkurrens (ej inritade i figuren).

¹² I detta exempel då MC antas vara konstant motsvarar detta överskott exakt den samhällsekonomiska förlusten av monopolprissättning. Om MC-kurvan har ett annat utseende sammanfaller inte förlusten i konsumentöverskott med den samhällsekonomiska förlusten.

På en kartelliserad marknad där företag på ett eller annat sätt kommer överens om priset (eller, analogt, att hålla tillbaka producerad kvantitet) är det monopolpriset P_M som ger kartellen som helhet den största vinsten (monopolvinsten).

Resonemanget vad gäller välfärd förlust och privat konkurrensskada är dock helt analogt även om priset av någon anledning inte kan sättas precis till P_M . Varje pris över P_C ger kartellen en ökad vinst samt en samhällsekonomisk förlust och privat konkurrensskada som i monopol exemplet, om än i något mindre omfattning.

Erfarenheter från amerikansk praxis (se kapitel 5) visar att det nästan bara är förluster till följd av överpriser, dvs. ytan b-c-d-e, som ersätts. Det betyder med andra ord att man ersätter inkomstöverföringen, vilken i sig inte är samhällsekonomiskt ineffektiv. Men ersättningen är motiverad till följd av att handlingen genererar en samhällsekonomisk skada (dödvikstförlusten). Det finns således en direkt koppling mellan handlingens effekt på samhällsekonomisk effektivitet och inkomstöverföringen även om beloppen inte är lika. En sådan koppling krävs således för att konkurrensskada ska anses föreligga.

Exkludering

Konkurrensskada kan uppstå som en följd av exkludering. Det kan drabba konkurrenter eller kunder som därigenom får sin konkurrenssituation försämrad eller tvingas ut från marknaden. Exkludering kan också hindra företag från att träda in på marknaden. I vissa fall kan exkludering leda till en ökad effektivitet på marknaden om effektivitetsvinsterna endast kan uppnås genom exkludering och denna vinst överstiger den samhällsekonomiska kostnaden av exkludering. Den exkluderade parten, däremot, kommer dock sannolikt att förlora. Effekterna av exkludering låter sig inte lika lätt illustreras i diagram, men behandlas något mer utförligt i avsnitt 3.12.

2.4 Vem kan drabbas av privat konkurrensskada?

Som antydde i början av föregående avsnitt kan effekter av bristande konkurrens drabba stora delar av en ekonomi direkt eller indirekt. Det är till exempel möjligt att arbetstagare som är anställda inom en marknad där företag med marknadsmakt håller tillbaka produktionen mister sina arbeten. Detta i sin tur kan påverka arbetstagare i andra sektorer om utbudet av arbetskraft ökar, osv. En mängd sådana indirekta skador som drabbar någon på en helt annan marknad än den där marknadsmakt utövas är möjliga men ofta svåra att identifiera.

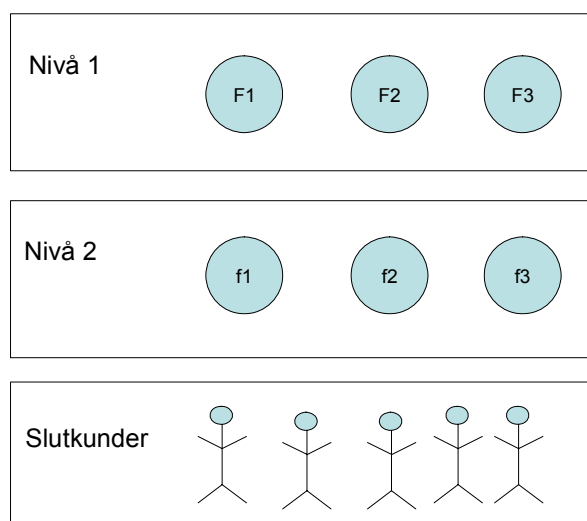
Även om endast de mer direkta effekterna beaktas finns det ett stort antal möjliga sätt som olika aktörer i ekonomin kan påverkas på. I Figur 2.2 åskådliggörs en marknad som består av tre producenter (Nivå 1), tre återförsäljare (Nivå 2) samt ett antal slutkunder. Några möjliga fall av konkurrensskada på denna marknad är

- i. F1 och F2 har ett horisontellt prissamarbete, vilket drabbar företagskunderna f1 och f2. Även f3 kan drabbas om denne köper produkter från F3 som står utanför kartellen, men sannolikt har höjt sitt pris som ett resultat av

den begränsade konkurrens som följer av det horisontella prissamarbetet mellan F1 och F2.¹³

- ii. F1 och f1, f2 och f3 kan ha ett vertikalt samarbete som stänger ut F2 och F3 från marknaden. Här kan även slutkunder drabbas om det är sannolikt att samarbetet leder till höjda priser på slutmarknaden. F1 kan ägna sig åt underprissättning för att exkludera F2 och F3.
- iii. f1, f2 och f3 har ett horisontellt samarbete som drabbar slutkunderna. Samarbetet kan också drabba F1, F2 och F3 på grund av minskad efterfrågan.
- iv. F1 och F2 har ett horisontellt prissamarbete som påverkar f1, f2 och f3 som i sin tur vältrar över en del eller hela överpriset på slutkunderna.

Figur 2.2 Skadevällande och skadelidande parter



Fall (iv) förtjänar särskild uppmärksamhet. Identifieringen av konkurrensskada i figur 2.1 utgår från antagandet att den skadedrabbade parten är slutkund. I många fall är den skadedrabbade parten ett företag i ett mellanled (f1, f2 eller f3), vilket betyder att det har möjlighet att vältra över en del eller hela prisökningen på kunder i nästa led (slutkunderna). Effekterna av en överträdelse för företaget kan således begränsas och detta har betydelse för beräkningarna av konkurrensskada eftersom svensk lagstiftning syftar till att reparera skadan. Ersättning till företaget ska därför inte utgå för hela överpriset.

Att uttala sig om graden av övervältring är inte enkelt. En mängd olika faktorer har betydelse för detta, vilket redovisas med utgångspunkt från kartellexemplet.¹⁴

¹³ Det senare benämns "umbrella pricing". Huruvida denna typ av skada ska anses direkt eller indirekt och därmed vara ersättningsberättigad finns det olika synpunkter och praxis på, se Hjelmeng [2003, 394-395] och Wahl [2000, 321-322].

¹⁴ Den ekonomiska litteraturen kring övervältring är omfattande. Se Ashurst [2004] och Brander och Spencer [2005] för en direkt applicering på konkurrensskada. Stennek och Verboven [2001] studerar betydelsen av övervältring av

Låt oss först utgå från att marknaden där den skadedrabbade parten säljer sina produkter kännetecknas av perfekt konkurrens. Ju mindre priskänsliga kunderna är (brantare efterfrågekurva), desto större del av kartellpriset kan föras över till nästa led. Marginalkostnadens utseende, dvs. om den ökar, faller eller är oförändrad när produktionen ökar har också betydelse för graden av övervältring. Om marginalkostnaden är konstant övervältras hela priset till nästa led, medan övervältringen är lägre (högre) om marginalkostnaden ökar (faller) i produktionen. Ökade marginalkostnader är vanligt om det finns kapacitetsrestriktioner hos företaget. Med andra ord påverkas graden av övervältring av företagets möjligheter att förändra sin kapacitet. Ju mindre möjligheter företagen har att justera produktionskapaciteten desto mindre blir övervältringen. Under hård konkurrens är övervältringen således fullständig om kunderna är helt priskänsliga, om företagen inte har några kapacitetsrestriktioner, samt om man i tillägg antar fritt inträde och tillgång till samma teknik för alla företag. Sådana omständigheter torde dock sällan föreligga på kort sikt och det är därför rimligt att anta att endast en del av överpriset övervältras.

Konkurrensintensiteten på den skadedrabbade partens marknad har också betydelse för graden av övervältring. Om den skadedrabbade parten är monopolist på sin marknad kommer, i tillägg till de faktorer som hittills nämnts, övervältringen även påverkas av efterfrågans *kurvatur*. För en monopolist är det viktigt hur priskänsligheten förändras hos kunderna vid olika prisnivåer och detta kan variera beroende på om efterfrågekurvan är linjär, konkav eller konvex. Utan att redovisa de olika fallen är det rimligt att anta att priskänsligheten är lägre vid lägre prisnivåer. Detta innebär att övervältringen inte blir fullständig när företaget är monopolist. Om konkurrensen på marknaden är oligopolistisk kommer graden av övervältring bland annat bero på antalet konkurrenter och graden av produkt-differentiering. Som regel är det rimligt att anta att graden av övervältring ligger mellan perfekt konkurrens och monopol. Ju fler konkurrenter, desto större övervältring kan förväntas. Andra faktorer som kan vara betydelsefulla för graden av övervältring är förekomsten av motverkande köparmakt, eller att konkurrenterna inte drabbas. Övervältring i det senare fallet kan göra att företaget hamnar i en sämre konkurrenssituation och därför begränsa övervältringens omfattning. I tillägg kan övervältringen ske gradvis och över en lägre tidsperiod. Samtliga ovan beskrivna faktorer måste beaktas och vägas samman för att det ska gå att uttala sig om graden av övervältring. Beräkningarna kan således bli mycket komplicerade.

3 Beräkning av konkurrensskada

3.1 Den kontrafaktiska situationen

Ett centralt problem vid beräkningen av konkurrensskada är att man måste teckna ett kontrafaktiskt scenario som beskriver hur situationen på marknaden skulle ha sett ut utan överträdelsen. Det är den kontrafaktiska situationen som utgör grunden för beräkningen av konkurrensskadan. I ett kartellärende innebär detta att man gör en uppskattning av vilket pris som skulle ha gällt på marknaden utan kartellens inverkan och vilken kvantitet som skulle ha efterfrågats. För att beräkna eventuellt vinstbortfall är det också viktigt att veta vilka åtgärder den skadedrabbade har vidtagit för att minimera skadan. Vid exkludering ska marknadsandel m.m. som skulle ha gällt om företaget inte exkluderats från marknaden beräknas, osv.

Eftersom en marknad sällan är isolerad från den övriga ekonomin kan det vara mycket komplicerat att teckna den kontrafaktiska situationen. En mängd andra viktiga faktorer som påverkar efterfrågan, utbud och konkurrenssituationen på en marknad men som inte har med överträdelsen att göra spelar roll. I ett kartellärende är det t.ex. inte självklart att det är priset som gäller vid perfekt konkurrens som är det relevanta kontrafaktiska priset. Även om det är möjligt att beräkna kartellmedlemmarnas marginalkostnad är det inte säkert att det är denna som ska ligga till grund för beräkningarna. Det är enligt teorin fullt möjligt att företag utövar marknadsstyrka även utan kartellöverenskommelser. Detta kan uppstå genom begränsad konkurrens till följd av hög marknadsstyrka, inträdesbarriärer, produktdifferentiering eller genom s.k. tyst samarbete (parallellt beteende) där inga överenskommelser finns mellan företagen, men där varje företag ensidigt har incitament att hålla högre priser så länge konkurrenterna följer samma strategi. Förutsättningarna för att utöva marknadsstyrka och hålla högre priser är goda om produkten är homogen och marknaden är koncentrerad men det är också under dessa förhållanden som karteller ofta förekommer, Tirole [1988]. Eftersom det endast är skador till följd av ett olagligt beteende som ska ersättas kan inte företagen belastas för att konkurrensen "normalt" sett inte är perfekt.

Ett annat exempel är problemen som uppstår när konkurrensskada som drabbar konkurrenter till följd av exkludering ska beräknas. I det fall den skadedrabbade existerade på marknaden före överträdelsen finns en naturlig jämförelsepunkt. Men om överträdelsen resulterar i att företag helt försvinner från marknaden kan det vara svårt att uppskatta storleken på skadan. Centrala frågor är här hur långt fram i tiden man ska räkna förlorade vinster och vilken diskonteringsfaktor som ska användas. I detta ligger också att göra en prognos om branschens framtida lönsamhet. Skadorna blir högre för en bransch som expanderar än en som är i recession. Osäkerhet om framtiden gör sådana beräkningar svåra.

Än mer komplicerat blir det om man ska mäta den skada som följer av en överträdelse som hindrar inträde på marknaden. Frågan man då måste ställa sig är om

och i så fall hur stor vinst företaget skulle ha gjort. Det är sannolikt att den skade-
drabbade anser att möjligheterna till ett lyckosamt inträde var höga, annars skulle
ingen satsning ha gjorts. Samtidigt visar ekonomisk forskning att även om den
förväntade vinsten är positiv är riskerna ofta stora och en majoritet av inträdande
företag misslyckas och lämnar marknaden efter en kort tid, Georski (1995). En
relaterad fråga är hur inträdet på marknaden skulle ha påverkat graden av
konkurrens på marknaden. Det kan vara så att ett inträde resulterar i en betydligt
hårdare konkurrens mellan företagen på marknaden och därmed relativt låga
vinstnivåer. Men det kan emellertid vara så att konkurrensen inte nämnvärt
förändras om inträdet sker i en liten skala eller att de existerande företagen inte
responderar aggressivt på den nya konkurrenten. De förlorade vinsterna till följd
av överträdelsen kommer därmed att variera beroende på vilka antagande som
görs om konkurrensintensiteten på marknaden.

Tecknandet av den kontrafaktiska situationen är med andra ord inte givet och
eftersom beräkningarna av skadan görs genom att jämföra denna med den faktiska
situationen (perioden för överträdelsen av konkurrensreglerna) säger det sig självt
att skadans storlek blir osäker.

3.2 Olika bevisbördor för skadans uppkomst respektive skadans storlek

Eftersom uppskattningen av konkurrensskada per definition måste bli osäker kan
man inte ställa för höga krav på beräkningarnas precision om syftet med ersättning
för privat konkurrensskada ska uppfyllas. Bristen på svensk praxis gör det svårt att
veta vad som kommer att gälla i svenska ärenden. Det kan därför vara relevant att
studera amerikansk rättspraxis.

En noggrannare genomgång av bevisfrågor i amerikansk praxis redovisas i kapitel
5, men redan nu kan det vara lämpligt att ta upp en grundläggande princip,
nämligen att beviskraven ska vara olika när det gäller att bevisa att den skade-
lidande parten *de facto* lidit konkurrensskada och att bevisa storleken på konkur-
rensskadan. Generellt sett kan man säga att bevisbördan är hög när det gäller att
fastställa att ett företag *de facto* lidit konkurrensskada. Bevisbördan är däremot
lägre när det gäller precisionen i beräkningarna av konkurrensskadans storlek.

Skillnaderna i bevisbördor har sina naturliga förklaringar. Högre beviskrav för att
bevisa att konkurrensskada faktiskt uppstått är önskvärt för att hindra företag från
att söka konkurrensskada i fall där skada inte uppstått. Det kan ofta vara svårt att
skilja på handlingar som är olagliga och handlingar som är ett resultat av normal
konkurrens eller på effekter som beror på andra faktorer på marknaden som
påverkar priser eller vinster. Detta gäller särskilt i ärenden där konkurrenter påstår
sig ha lidit konkurrensskada.¹⁵ Eftersom konkurrenter kan förlora vinster både på
grund av ett de är mindre effektiva och till följd av överträdelser av konkurrens-

¹⁵ Se Snyder och Kauper [1991] om konkurrenternas benägenhet att yrka ersättning även i fall där konkurrensskada inte uppstått.

reglerna kommer de ha incitament att hävda att konkurrensskada uppstått i bägge fallen om de tror att de kan nå framgång med sin talan i domstol. Syftet med den privata tillämpningen av konkurrensreglerna enligt amerikansk praxis är dock inte att upprätthålla ineffektiva företagen på marknaden och domstolarna har därför satt höga krav på att fastställa att konkurrensskada *de facto* skett.

Ett viktigt skäl till att man däremot inte ställer lika höga krav på beräkningarnas precision är osäkerheten kring storleken på konkurrensskadan som ett resultat av själva överträdelsen. Det är med andra ord det skadevällande företaget som till följd av överträdelsen av konkurrenslagarna skapat osäkerhet om den kontrafaktiska situationen. Därmed är det inte rimligt att den skadevällande parten ska kunna dra nytta av denna osäkerhet vid beräkningen av konkurrensskadan. I ärendet *Eastman Kodac Co., v. Southern Photo Materials* (1995) menade den högsta domstolen ("Supreme Court", hädanefter SC) att risken för osäkerhet i mätningen av konkurrensskada som är ett resultat av det skadevällande företagets egen handling måste falla på den skadevällande parten själv. Skillnaderna i beviskrav nämns i flera domslut. I ärendet *Story Parchment Co vs. Paterson Parchment Paper Co.* (1931) uttalat SC följande:

*"there is a clear distinction between the measure of proof necessary to establish the fact that the petitioner has sustained some damage and the measure of proof to enable the jury to fix the amount"*¹⁶

Att man sänker beviskraven på den skadelidande parten betyder dock inte att hela risken för osäkerhet faller på det skadevällande företaget eller att beräkningarna endast kan bygga på spekulationer. Domstolarna menar att beräkningen av konkurrensskada bör göras på ett sådant sätt att de rimligen uppskattar storleken. SC uttalade sig i ärendet *Story Parchment* enligt följande:

*"while the damages may not be determined by mere speculation or guess, it will be enough if the evidence show the extent of the damages as a matter of just and reasonable inference, although the result may only be approximate"*¹⁷

Detta innebär att bevisbördan för beräkningarna av konkurrensskada delas mellan den skadevällande parten och den skadelidande parten. Ren spekulation avvisas normalt av domstolarna. Var gränsen för spekulation går behandlas i kapitel 5. Det faktum att en viss grad av osäkerhet tillåts vid beräkningen av konkurrensskada öppnar upp för möjligheten att tillämpa olika metoder för att beräkna konkurrensskadan, även om metoderna och dess tillämpning i sig är osäkra.

3.3 Överpris eller vinstbortfall (lost profit/opportunity)

Konkurrensskada beräknas antingen med utgångspunkt från överpriser eller på basis av vinstbortfallet. I princip kan man säga att valet styrs av vilken typ av

¹⁶ Hovenkamp [1994, s. 601].

¹⁷ Refererat till i bland annat Hovenkamp [1994, s. 602].

överträdelse det rör sig om (överprissättning eller exkludering) samt vilken part som lidit skada (en kund eller konkurrent). Som visades i Figur 2.1 består den privata konkurrensskadan vid överprissättning av två delar, dels skillnaden mellan överpriset och priset utan överträdelse multiplicerat med konsumerad kvantitet (vid överpriset), dels det undanträngda konsumentöverskottet då konsumtionen minskar som en följd av höjt pris. Värdet av skadan för den första delen är relativt enkel att beräkna givet att uppgifter om konsumerad kvantitet och vilka faktorer som påverkar prisnivån normalt sett finns tillgängliga. För att beräkna värdet av den undanträngda konsumtionen krävs även kännedom om efterfrågekurvens utseende. Det är denna del av skadan som är speciellt svår att estimeras, särskilt vad det gäller identifikation av vem som drabbats. Alla konsumenter har incitament att hävda att just deras konsumtion undanträngdes då priset höjdes, vilket kan vara svårt att bevisa i efterhand.

Det kan också vara viktigt att notera att den direkta skadevärderingen utifrån pris-, kostnads- och efterfrågedata inte nödvändigtvis behöver motsvara vinstbortfallet. Vid överprissättning kommer köparen normalt att vidta åtgärder för att minska förlusten. Det är t.ex. sannolikt att andra produkter används som substitut till den överprissatta produkten. Det är också möjligt att en del av överpriset har kunnat vältras över på köpare i nästa led. Om den drabbade parten är ett företag och det via någon typ av åtgärder lyckas minska skadan kan det vara lämpligt att studera den effekt överprissättningen har haft på vinsten. Om vinstbortfallet är möjligt att kvantifiera kan ersättningen baseras på detta i stället för att utgå från själva överpriset.

I de fall då konkurrensskadan åstadkommit via exkludering är det sannolikt vinstbortfallet som ska analyseras. Vinstbortfallet i dessa fall kan dock ofta vara svåra att uppskatta eftersom exkludering kan innebära att en verksamhet helt och hållet upphör att verka på en marknad.

3.4 Olika metoder för att beräkna konkurrensskada

Det har med tiden utvecklats ett antal olika metoder för att beräkna konkurrensskada. Ofta nämns dessa metoder som alternativ till att beräkna skada till följd av överprissättning (framför allt karteller), men de kan också i olika grad användas för att beräkna skada i exkluderingsärenden. Metoderna är:

- Före-och-efter-metoden
- Jämförelsemetoden ("yardstick method")
- Marknadsandelmetoden
- Kostnadsbaserad metod (beräkning av genomsnittlig kostnad som approximativt mått pris under perfekt konkurrens)
- Ekonometriska metoder
- Strukturella simuleringsmodeller

Det är dock egentligen fel att säga att det rör sig om sex olika metoder. Skillnaderna i metoderna beror i huvudsak på valet av kontrafaktisk situation, i vilken grad

metoderna är kvantitativa samt i vilken grad marknaden explicit modelleras. Metoderna egenskaper presenteras i Tabell 3.1 och presenteras utförligare nedan. För enkelhetens skull utgår vi ifrån kartellexemplet när vi diskuterar metodernas egenskaper.

Tabell 3.1 Olika metoder för att beräkna konkurrensskada

Metod	Kontrafaktisk situation	Kvalitativ/ kvantitativ	Modellering av marknaden
Före-och-efter-metoden	Annan tidsperiod	Kvalitativ	Nej
Jämförelsemetoden (yardstick-metoden)	Andra företag/ marknader	Kvalitativ	Nej
Marknadsandelsmetoden	Samma företag annan tidsperiod annan marknad	Kvalitativ	Nej
Kostnadsbaserad metod	Ingen	Kvantitativ	Perfekt konkurrens antas
Ekonometriska metoder	a) Annan tidsperiod b) Andra företag/ marknader a och b	Kvantitativ	strukturell form reducerad form (vanligast)
Strukturella simuleringsmodeller	Annan tidsperiod	Kvantitativ	Strukturell form baserade på olika oligopolmodeller

Samtliga modeller har sina för- och nackdelar. Valet av modell är därför inte givet och kommer att variera beroende på många olika faktorer som vilken typ av överträdelse de rör sig om, om den skadedrabbade är kund eller konkurrent, den skadelidande partens ställning på marknaden, tillgången till data m.m.

Skillnaden mellan de tre första metoderna är att de utgår från olika sätt att beskriva den kontrafaktiska situationen. En tillämpning av före-och-efter-metoden innebär att man jämför kartellpriset med priset perioden före eller efter kartellen för att därmed få en uppskattning av överpriset och därmed storleken på konkurrensskadan. I jämförelsemetoden (yardstick method) utgör andra företag eller marknader referenspunkter för jämförelser av priser. I jämförelsemetoden (marknadsandelsmetoden) baseras beräkningarna på företagets marknadsandelar i olika tidsperioder eller på olika marknader. Gemensamt för de tre metoderna är att de i huvudsak inte bygger på kvantitativa uppskattningar, med vilket menas att man inte explicit försöker kvantifiera hur andra faktorer på marknaden, som också är relevanta, påverkar priset. Metoderna bygger således på antagandet att referensperioden/-objekten i huvudsak är lika, bortsett från överträdelsen. I den mån andra faktorer beaktas sker detta främst genom uppskattningar ”mellan

tummen och pekfingeret". Vidare modelleras inte konkurrensintensiteten på marknaden (antagande om perfekt konkurrens eller oligopol).¹⁸

En tillämpning av den kostnadsbaserade metoden betyder att man beräknar det pris som skulle gälla på en konkurrensutsatt marknad utifrån en uppskattning av det skadvållande företags/företagens marginalkostnad/genomsnittliga kostnad. Uppskattningen bygger antingen på företagens räkenskaper eller på ekonometrisk metod där man studerar det statistiska sambandet mellan kostnader och produktion över tiden. Det uppskattade priset jämförs med det faktiska priset på marknaden. Metoden bygger som oftast inte på jämförelser med andra perioder eller företag/marknader.

Med en ekonometrisk metod utgår man från en ekonomisk modell av marknaden (i strukturell eller reducerad form) och skadan beräknas med hjälp av regressionsanalys baserat på data från marknaden. Det kan röra sig om tidsseriedata från samma marknad, vilket i praktiken innebär att metoden är en mer sofistikerad variant av före-och-efter-metoden. En variant av jämförelsemetoden ges på motsvarande sätt om data kommer från olika marknader/företag. Beräkningarna kan också basera sig på en kombination av tidsseriedata och data för olika företag/marknader (s.k. paneldata). Metoden är kvantitativ och går explicit ut på att statistiskt särskilja ekonomiska effekter till följd av överträdelsen från ekonomiska effekter som inte har med överträdelsen att göra utan med förändringar i andra förhållanden på marknaden.

I strukturella simuleringsmodeller utgår man ifrån en teoretisk modell som beskriver konkurrensen på marknaden (Bertrand eller Cournot). Denna anpassas till marknaden (s.k. kalibrering) genom information från ekonometriska beräkningar eller sekundärkällor.

3.5 Före-och-efter-metoden

Den kanske vanligast förekommande metoden för att beräkna konkurrensskada är den s.k. före-och-efter-metoden. Som namnet antyder jämförs med denna metod situationen för den skadedrabbade parten före och/eller efter en överträdelse med situationen under överträdelsen. Situationen *mellan* två perioder av konkurrensskada kan också utgöra referenspunkt. I princip jämförs således situationen i två (eller flera) tidsperioder där överträdelsen sker i den ena perioden men inte i den andra.

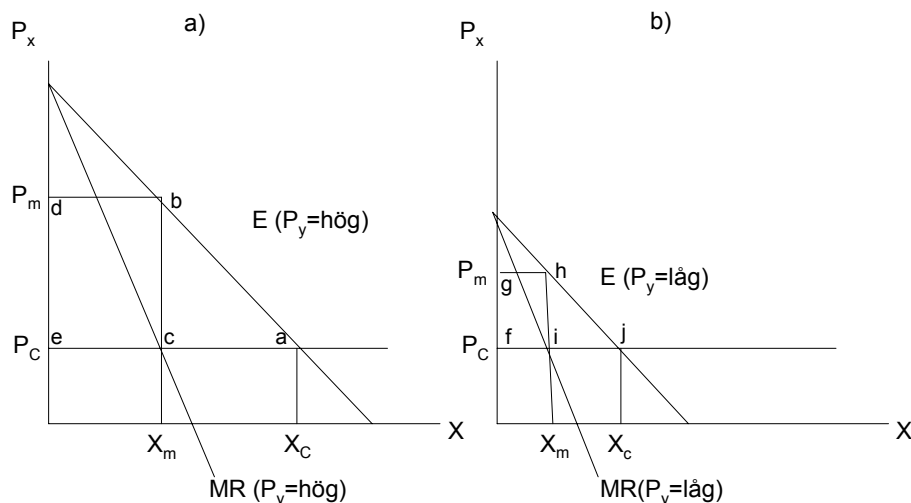
En förutsättning för att denna metod ska kunna användas är att den skadedrabbade var etablerad på marknaden innan eller efter tidsperioden för överträdelsen. Dessutom bör själva skadeperiodens start och slutpunkt vara någorlunda väldefinierad. Det är inte helt osannolikt att en överträdelse "introduceras" gradvis och att skadeverkningar fortsätter en tid efter det att överträdelsen upphört. Även om dessa villkor är uppfyllda kan det finnas problem

¹⁸ De tre första modellerna har tillämpats en längre tid och har t.ex. godkänts enligt amerikansk praxis.

med jämförelser över tiden eftersom marknader förändras, dvs. kostnader och/eller intäkter kan förändras även om ingen överträdelse sker. Om en produkts efterfråga förändras över tiden finns det risk att före-och-efter-metoden under- eller över-skattar värdet av konkurrensskadan. Förändringarna kan vara av cyklisk eller trendmässig karaktär, vilket kan vara relativt enkelt att beakta, men de kan också bero på faktorer utanför marknaden vars påverkan kan vara svårare att förstå.

Förändringar inom andra närliggande marknader kan påverka storleken på konkurrensskadan. Förändrad prissättning av nära substitut påverkar t.ex. efterfrågan på marknaden med konkurrensöverträdelsen, vilket i sin tur påverkar prissättning och vinster. Om det t.ex. är marknaden för vara X som kartelliserats är det av vikt att även prisförändringar på ett nära substitut, vara Y beaktas. Detta illustreras i Figur 3.1 där efterfrågan på marknaden för X med ett högt pris på Y ges i figur a), och efterfrågan på vara X vid ett lågt pris på vara Y ges i figur b). Om priset på Y sjunker skiftar efterfrågan för X inåt eftersom X nu blir relativt mindre attraktivt då substitutet blivit billigare. Anta att ett högt pris på Y gällde före kartelliseringen samt att ett lägre pris gällde under tiden då marknaden för X var kartelliserad. Om konkurrensskadan beräknades i figur a) utan att ta hänsyn till priset förändringen i Y skulle konkurrensskada motsvaras av ytan a-b-c-d-e. Hänsyn tagen till prissänkningen på Y gör att konkurrensskadan istället motsvaras av ytan f-g-h-i-j.

Figur 3.1 Konkurrensskada vid jämförelse med före-och-efter-metoden



Om det vid en analys av marknaden visar sig att alltför många potentiellt viktiga variabler förändrats under tiden före, efter eller under överträdelsen kan före-och-efter-metoden visa sig vara alltför osäker att tillämpa. Andra metoder kan därför vara att föredra.

3.6 Jämförelsemetoden ("yardstick method")

I de fall då det är svårt att identifiera överträdelseperioden eller då det helt enkelt inte finns någon naturlig före- eller efterperiod att jämföra med är det möjligt att titta på en marknad som liknar den marknaden där överträdelsen skett. Denna

metod kallas för jämförelsemetoden (yardstick method). Om överträdelsen är en lokal företeelse kan marknaden i andra städer, regioner eller länder användas som jämförelse. Jämförelsemarknaden bör ha en snarlik kostnads- och efterfrågestruktur för att jämförelsen någorlunda enkelt ska kunna göras på ett tillfredsställande sätt. Jämförelser över nationsgränser kan vara speciellt besvärliga eftersom skattesystem och andra förutsättningar ofta skiljer sig markant. Vidare är det önskvärt att den skadedrabbade parten har en position på marknaden som är snarlik den som jämförelseobjektet har på jämförelsemarknaden. Detta problem slipper man dock om företaget finns på den andra marknaden också.

En uppenbar nackdel med jämförelsemetoden är att jämförelsemarknaden bör vara helt opåverkad av överträdelsen eller att en liknande överträdelse också finns på jämförelsemarknaden utan att det föreligger bevis för detta. I tillägg kan det vara så att marknaderna har kopplingar till varandra, t.ex. att aktörerna på de olika marknaderna påverkar varandra genom att de använder samma underleverantörer, trots att de säljer sina produkter på marknader som är geografiskt väl åtskilda. Underleverantörerna påverkas av marknadsmakten på den ena marknaden och detta påverkar indirekt jämförelsemarknaden. Det är sannolikt relativt svårt att hitta en bra jämförelsemarknad och de indirekta kopplingarna mellan de geografiskt skilda marknaderna kan vara mycket svåra att analysera.

Om en lämplig jämförelsemarknad finns har jämförelsemetoden vissa fördelar relativt före-och-efter-metoden. En fördel är naturligtvis att de temporala aspekterna inte behöver vägas in på samma sätt eftersom det är möjligt att studera samma tidsperiod på båda marknaderna. Vidare kan de snarlika marknaderna antas påverkas av "externa" variabler, såsom prisförändringar på substitutvaror, på ett likartad sätt. De potentiellt svåridentifierade effekterna av förändrade exogena förutsättningar blir därför "automatiskt" beaktade i jämförelsemetoden när utvecklingen på marknaden med konkurrensöverträdelse och jämförelsemarknaden analyseras.¹⁹

3.7 Marknadsandelsmetoden

Vid sidan av före-och-efter-metoden och jämförelsemetoden finns det en tredje metod, marknadsandelsmetoden, som kan användas för att uppskatta konkurrensskadan. Denna metod kan vara speciellt lämpad då det är svårt att identifiera en före och efterperiod eller då det saknas en jämförelsemarknad, speciellt i de fall då konkurrensskada till följd av exkludering ska kvantifieras, Harrison [1980].

Skadeberäkningarna utgår från den marknadsandel som det skadedrabbade företaget skulle ha haft om det inte förekommit någon överträdelse på marknaden. Från den marknadsandel beräkningen ger, subtraheras sedan den andel företaget har haft på grund av överträdelsen. Den senare kan vara noll om företaget helt och hållet exkluderats från marknaden. Multipliceras denna skillnad med den totala försäljningen på marknaden fås en uppskattning av den skadedrabbades förlorade

¹⁹ För en ekonometrisk tillämpning av metoden se Blair och Esquibel [1994].

försäljning, vilken sedan multipliceras med företagets genomsnittliga vinst för att på det sättet få fram ett skadebelopp.²⁰

Fördelen med denna metod är att den kan användas när det skett exogena förändringar som drabbar hela marknaden men som sannolikt inte påverkar marknadsandelarna. Om marknaden under perioden för överträdelsen t.ex. påverkats av en exogen prishöjning av en insatsvara som alla producenter på marknaden använder så minskar sannolikt den totala försäljningen samtidigt som marknadsandelarna förblir oförändrade. Marknadsandelsmetoden fångar upp denna effekt eftersom det är den verkliga försäljningsvolymen som ligger till grund för beräkningarna, inte den som observerats i en tidigare eller senare period.

Ett av problemen med metoden är att det antas att företaget skulle ha haft samma marknadsandel och vinst i avsaknad av överträdelse. Även om företagets genomsnittliga vinst finns tillgänglig är det inte säkert att denna är representativ för den period som överträdelsen har skett. Bland annat är det osäkert om vinsten är direkt proportionerlig mot marknadsandelen. Ett dubbelt så stort företag behöver nödvändigtvis inte ha en dubbelt så stor vinst. Vidare kan förändrade exogena förutsättningar som speciellt skulle påverka det skadelidande företaget ha betydelse, vilket inte beaktas fullt ut, Hovenkamp [1994, kap. 17].

3.8 Kostnadsbaserad metod

En applicering av före-och-efter-metoden eller jämförelsemetoderna (i sin enklare form) för beräkningarna av konkurrensskada baserar sig inte på explicita antaganden om konkurrensen på marknaden. Men, om man vill mäta effekterna av en kartell kan det vara relevant att jämföra kartellpriset med prisnivån på en konkurrensutsatt marknad (den kontrafaktiska situationen). Problemet är dock att uppskatta vilket pris som skulle gälla på en konkurrensutsatt marknad. En kostnadsbaserad metod går ut på att beräkna kartellföretagets genomsnittliga kostnader och addera en marginal som man anser vara rimlig på en konkurrensutsatt marknad. Med andra ord försöker man använda den genomsnittliga kostnaden (inklusive marginal) som mått på ett konkurrensutsatt pris. Tillämpningen av metoden bygger på antagandet om att priset på en konkurrensutsatt marknad är lika med marginalkostnaden. Men eftersom marginalkostnaden är svår att mäta används den genomsnittliga kostnaden. På lång sikt är dessa mått identiska på en konkurrensutsatt marknad.

Normalt brukar man beräkna kostnaderna utifrån företagets räkenskapsrapportering eller från interna rapporter till företagsledningen för tidsperioden när överträdelsen sker. Den genomsnittliga kostnaden fås genom att dividera de totala kostnaderna med antalet producerade enheter. I den mån man har tillgång till flera observationer över tiden kan man med hjälp av regressionsanalys (se nedan)

²⁰ Det kan dock ifrågasättas om detta är en egen metod eftersom den har inslag av de två tidigare metoderna.

beräkna sambandet mellan total kostnad och produktion, snarare än att förlita sig på enstaka observationer som inte nödvändigtvis behöver vara representativa.²¹

Metoden har dock ett antal viktiga begränsningar. För det första tar den endast på ett förenklat sätt hänsyn till andra faktorer som påverkar priset. Den antar vidare att kostnaderna för eller effektiviteten hos kartellföretagen är de samma under kartellperioden som under konkurrensutsatta perioder, vilket ofta inte behöver vara fallet. Vidare utgår metoden från att den kontrafaktiska situationen återspeglar en konkurrensutsatt marknad, medan det mycket väl kan vara så att konkurrensen är begränsad även utan en kartellöverenskommelse. Felaktigt antagande om perfekt konkurrens i den kontrafaktiska situationen leder därför till en överskattning av konkurrensskadans storlek.

Ett annat problem med metoden är vilken marginal som ska anses som rimlig på en konkurrensutsatt marknad. Idealiskt bör marginalen återspegla kapitalkostnaden, dvs. en riskjusterad avkastning (normal avkastning i branschen) på den investering som görs i förhållande till andra investeringar som kunde ha gjorts. Detta kan sedan jämföras med kartellföretagets faktiska avkastning för att spåra övervinster till följd av kartellen. Men, det kan finnas flera skäl till varför ett företags vinster är högre än den normala avkastningen i branschen. Vinsterna kan vara högre till följd av att företaget är betydligt mer effektivt, till följd av högkonjunkturer eller på grund av att marknaderna är mycket innovativa. Vidare kan höga vinster vara ett resultat av ett högrisktagande. Problemen med den kostnadsbaserade metoden är således betydelsefulla och begränsar dess tillämpning. Men, den kan användas som referens för att visa att kartellen haft effekt på vinsten, även om det är svårt att uttala sig om storleken på effekten.²²

3.9 Ekonometriska metoder²³

Allmänt

Ekonometriska metoder är statistisk analys som baseras på ekonomisk teori. Konkret går ekonometri ut på att man väljer en teoretisk modell som förklarar sambandet mellan en viss företeelse som man är intresserad av att studera, t.ex. pris eller vinst, och de faktorer som anses förklara denna företeelse, t.ex. kostnader, efterfrågan och konkurrensintensitet. Med hjälp av data från marknaden testas sedan sambandets styrka, oftast med hjälp av regressionsanalys.²⁴ Ekonometriska metoder kan användas som hjälpmedel till att avgränsa relevanta marknader, avslöja överträdelser av konkurrensreglerna och graden av marknadsmakt,

²¹ Denna metod användes t.ex. i lysinkartellärendet i USA, Ashurst [2004, s.20, fotnot 29 och 30].

²² Ashurst [2004, s. 20-21] och Brander och Ross [2005, s. 13-15].

²³ Presentationen i detta avsnitt bygger bland annat på ABA [1996, kap.5], Baker och Rubinfeld, [1999] och Brander och Ross [2005].

²⁴ Se appendix för en kort beskrivning av regressionsanalys.

prognostisera effekterna av förvärv och, som är aktuellt i detta fall, uppskatta storleken på privat konkurrensskada.

Metodens absoluta fördel ligger i att den kan kontrollera för andra viktiga faktorer som också påverkar priset och som därmed bör beaktas vid beräkningen av konkurrensskada. Metoden gör det inte bara möjligt att fastställa vilka faktorer som är betydelsefulla, den kan också tala om hur betydelsefulla var och en av faktorerna är och i tillägg fastställa detta med en viss grad av statistisk säkerhet. De metoder som hittills diskuterats tar inte på samma sätt hänsyn till andra faktorer utan är mer spekulativa. I avsnitt 4.3 behandlar vi dock några viktiga begränsningar med metoden.

Vid beräkningar av konkurrensskada kan man utgå från modeller av strukturell respektive reducerade form. En strukturell modell kännetecknas av att man skattar olika regressioner för efterfrågan och utbudet på en marknad. Potentiellt skulle följande förenklade samband kunna beräknas

$$q_i^E = a_0 + a_1 PRIS_1 + a_2 PRIS_2 + a_3 INK + e_i \quad (\text{efterfrågan})$$

$$q_1^U = b_0 + b_1 PRIS_1 + b_2 LÖN + b_3 RÅVARUPRIS + e_j \quad (\text{utbud})$$

där efterfrågan på produkten bestäms av dess pris ($PRIS_1$), priset en substituerbar produkt ($PRIS_2$) och inkomsten (INK). Utbudet bestäms på motsvarande sätt av priset på produkten ($PRIS_1$) samt kostnader för insatsvaror som $LÖN$ och $RÅVARUPRIS$. Termen e är en slumpterm och representerar variationer efterfrågad och utbudet kvantitet som inte förklaras av de övriga faktorerna. Genom att använda data för de olika faktorerna kan man beräkna värdena för regressionskoefficienterna a och b och därmed räkna ut jämviktspriser på marknaden. Jämviktspriserna kan sedan relateras till de faktiska priserna på marknaden under perioden för överträdelsen, vilket ger en uppskattning av överpriset. Överpriset multipliceras sedan med den efterfrågade kvantiteten, vilket ger storleken på konkurrensskadan (motsvarande ytan a-b-c-d-e i Figur 2.1).

Beräkningar av strukturella modeller kräver att man har tillgång till bra data över kvantiteter, priser och andra viktiga faktorer som förklarar utbud och efterfrågan. I tillägg krävs att antalet observationer är tillräckligt stort för varje faktor. Metoden förutsätter vidare att man också inkluderar faktorer som bara förklarar antingen efterfrågan eller utbudet, men inte båda, annars kan man inte veta om det är utbudet eller efterfrågan som uppskattats och följaktligen kan man inte beräkna ett jämviktspris. Metoden förutsätter vidare att data till övervägande del kommer från tidsperioder där överträdelsen inte äger rum.

Ett alternativt sätt är att beräkna en reducerad form. Det innebär i korthet att man uttrycker priset som en funktion av olika efterfråge- och utbudsutbudsfaktorer som antas påverka priset. Man skattar således inte separata funktioner utan en funktion.

Tekniskt sett fås sambandet mellan den reducerade formen och de strukturella sambanden genom att sätta efterfrågan lika med utbudet och därefter lösa ut priset. Tillämpat på de strukturella funktionerna ovan skulle den reducerade formen för priset vara lika med

$$PRIS_1 = d_0 + d_1 PRIS_2 + d_3 INK + d_4 LÖN + d_5 RÅVARA + e. \quad (1)$$

Modellen benämns "reducerad" eftersom den är härledd från den antagna interaktionen mellan utbud och efterfrågan.²⁵ Den reducerade modellen är också mindre informationskrävande eftersom man inte behöver tillgång till uppgifter om kvantiteter på marknaden. Dessa faller bort när man utgår från att reducerade formen är härledd från en jämvikt.

Även om den reducerade modellen är härledd från strukturella modeller är det viktigt att komma ihåg att regressionskoefficienterna inte är desamma, därav beteckningen d för regressionskoefficienterna i den reducerade formen. d -koefficienterna kan dock uttryckas i form av a och b . Med andra ord, har man information om a och b kan man beräkna d .²⁶ Omvänt gäller dock inte, dvs. det går inte att beräkna a och b om man bara har information om d . Den ekonomiska betydelsen av detta är följande. Om man har beräknat den strukturella modellen får man information om efterfrågans och utbudets utseende och hur dessa påverkas av förändringar i olika faktorer. Från detta kan man räkna ut jämviktspriser. När man beräknar den reducerade modellen ger den ingen information om efterfrågans eller utbudets utseende. Man får därmed ingen värdeomätare på om den reducerade modellen är riktig. Metoden har alltså sina begränsningar eftersom länken mellan ekonomisk teori och de skattade regressionskoefficienterna i den reducerade formen är mindre klar. Exempel på vilken betydelse detta kan ha kommer vi till senare. Trots begränsningarna är den reducerade formen mest använd,²⁷ särskilt i överprisärenden.²⁸ Fördelen med den reducerade formen är att den är enkel och att man kan ge svar på centrala frågor i ett konkurrensskademål, t.ex. hur mycket högre priset var under kartellperioden och vilken betydelse andra faktorer har för priset.

En viktig begränsning med den strukturella modellen är att den utgår från att det råder perfekt konkurrens på marknaden så att man kan härleda ett jämviktspris genom att sätta efterfrågan lika med utbudet. Men perfekt konkurrens är som tidigare nämnts inte nödvändigtvis ett realistiskt antagande för den kontrafaktiska

²⁵ I de fall marknadsmakt förekommer på marknaden är det vanligt att inkludera en faktor som på något sätt mäter graden av marknadsmakt. Något mått på koncentrationen i industrin t.ex. HHI eller C4 är ofta vanligt.

²⁶ Se Baker och Rubinfeld [1999, sid 391, fotnot 12] för en matematisk presentation av förhållandet mellan den strukturella och reducerade modellen och definitionen av d -koefficienterna baserat på a - och b -koefficienterna.

²⁷ Baker och Rubinfeld [1999, s. 391].

²⁸ Regressionsanalys användes t.ex. i ärendet *Ohio v. Louis Trauth Dairy, Inc.*, (där mjölkpriserna uppskattades vara 10 procent högre i sydvästra Ohio jämfört med nordcentrala Ohio när (eller trots att) man tagit hänsyn till andra faktorer som t.ex. förändringen i råvarupriser, avstånd och marknadsstruktur; eller i ärendet *Colorado v. Goodell Brothers Inc. 1987* (där anbudspriserna för vägkonstruktioner jämfördes mellan olika anbud där vissa misstänktes vara riggade och andra inte och där man kontrollerade för andra faktorer såsom tid, kvalitet, antalet budgivare m.m.), Baker och Rubinfeld [1999, sid 395, fotnot 19].

situationen. Marknaden kan vara oligopolistisk. Det som kännetecknar företag med marknadsmakt är att företagen maximerar sin vinst genom att sätta marginalintäkten lika med marginalkostnaden. I perfekt konkurrens är företagen pristagare och priset blir då lika med marginalkostnaden. Under imperfekt konkurrens är priset högre än marginalkostnaden. Hur mycket högre priset är beror på graden av marknadsmakt. Det finns olika angreppssätt för att ta hänsyn till förekomsten av marknadsmakt. Ett sätt är att försöka skatta graden av konkurrens med hjälp av regressionsanalys, men detta är komplicerat och beskrivs inte i denna rapport.²⁹ Ett annat sätt är att tillämpa strukturella simuleringsmetoder (se avsnitt 3.10) där man gör antaganden om graden av konkurrensen på marknaden genom att utgå från någon av de oligopolmodeller som tillämpas inom den ekonomiska forskningen (t.ex. Cournot eller Bertrand).³⁰

Dummyvariabelmetoden och prognosmetoden

Överpriset till följd av en kartell kan identifieras på olika sätt. De två vanligaste angreppssätten är dummyvariabelmetoden och prognosmetoden. Metoderna skiljer sig åt när det gäller hur överpriset mäts och valet beror ofta på vilka data som finns tillgängliga. I dummyvariabelmetoden beräknas en prisFunction där överpriset representeras av en situationsvariabel, oftast kallad dummyvariabel. Ett exempel på en sådan funktion i reducerad form ges av:

$$PRIS_{it} = \alpha + \beta_i \mathbf{W}_{it} + \lambda_i \mathbf{I}_{it} + \gamma \mathbf{MS}_{it} + \theta_i \mathbf{PK}_{it} + e_{it},$$

där \mathbf{W} är en vektor³¹ av olika kostnadsfaktorer (t.ex. priser på insatsfaktorer som arbete och råvaror), \mathbf{I} är en vektor med faktorer som återspeglar efterfrågan (priser på substitut, inkomst och andra demografiska variabler) och \mathbf{MS} är en vektor med faktorer som beskriver marknadsstrukturen (koncentration, inträdesbarriärer). \mathbf{PK} är en dummyvariabeln som normalt antar värdet 1 i perioden när kartellen är verksam och värdet 0 i perioder när kartellen inte är verksam. Man kan ha olika dummyvariabler för olika tidsperioder om man misstänker att kartellen är olika "framgångsrik" över tiden i att hålla höga priser eller om man vill visa på en transitionsperiod, dvs. att kartellpriserna avtar med tiden efter dess avslöjande. Indexeringen it reflekterar att data kan variera över tiden och mellan områden eller företag.

Modellen skattas med hjälp av hela det tillgängliga datamaterialet dvs. data från både kartellperioder och perioder när kartellen inte är verksam. Tanken med metoden är att eventuella kartellpriser ska avslöjas genom att den beräknade regressionskoefficienten för dummyvariabeln \mathbf{PK} är statistiskt säkerställt från noll. Om detta är fallet kan man dra slutsatsen att prissättningen i den påstådda

²⁹ Läsaren refereras till Bresnahan [1989] och Steen och Salvanes [1999].

³⁰ Se kritik som framförs av Fisher [1983] om lämpligheten i att överhuvudtaget använda strukturella modeller och särskilt om problem vid förekomsten av marknadsmakt.

³¹ En vektor är en samlingsbeteckning för fler faktorer. Med detta menas t.ex. att \mathbf{W} kan bestå av flera kostnadsfaktorer och att var och en av dessa faktorer har en regressionskoefficient som ska beräknas.

kartellperioden är konsistent med kartellprissättning, detta trots att man tagit hänsyn till andra viktiga faktorer som förklarar variationer i priset. Regressionskoefficienten anger också överprisets storlek, runt vilket ett konfidensintervall kan konstrueras.

Ett potentiellt problem med dummyvariabelmodellen är att den antar att samtliga faktorer påverkan på priset är identiskt i kartellperioden och konkurrensperioden. Detta behöver inte vara sant. Ekonomisk teori visar att begränsad konkurrens, i form av monopol och karteller tenderar att göra företagen mindre effektiva. Om man inte tar hänsyn till detta blir resultatet att man undervärderar storleken på konkurrensskadan. Pris-kostnads-marginalen blir kanske lika stor i båda tillfällen, men de utgår från olika nivåer. Ökningarna av kostnaderna under kartellperioden, till följd av ett lägre konkurrenstryck, kan således dölja effekten av kartellen.

Problemet med inflaterade kostnader kan kringgås om man i stället tillämpar prognosmetoden, där man inte inkluderar data från både överträdelseperioden och andra perioder. Överpriset fås genom att skatta samma regression som ovan men genom att exkludera dummyvariablerna, vilket ger funktionen:

$$PRIS_{it} = \alpha_0 + \beta_1 W_{it} + \beta_3 I_{it} + \beta_4 MS_{it} + e_{it}.$$

När man beräknar detta samband kan man inte använda data från både kartellperioden och perioder när kartellen inte är verksam eftersom dummyvariabler saknas för att isolera dessa perioder. Idealt sett, använder man data från perioder där kartellen inte är verksam eftersom denna period torde ligga närmare antagandet om perfekt konkurrens. Därefter utnyttjar man sambandet för att beräkna vad priset skulle ha varit i kartellperioden om det inte fanns någon kartell. Man gör således en prognos om priset i annan tidsperiod. Anta att resultatet från regressionsanalysen anger att sambandet mellan pris och övriga faktorer i frånavron av en kartell är:³²

$$PRIS_{it} = 1,2 + 0,3W_{it} + 0,08I_{it}.$$

För att beräkna vad priset skulle ha varit om inte kartellen var verksam utnyttjar man sambandet ovan och multiplicerar regressionskoefficienterna med aktuella värden för W och I under kartellperioden. Om vi antar att $W_{it} = 1200$ och $I_{it} = 25000$ blir priset lika med:

$$PRIS_{it} = 1,2 + 0,03 \times 1200 + 0,008 \times 25000 = 57,2.$$

Priset 57,2 är således priset som skulle ha gällt utan kartellen. Om man jämför detta pris med det som faktiskt gällde på marknaden under kartellperioden får man en

³² Detta samband erhöles genom att utgå från en situation med perfekt konkurrens och därmed avsaknaden av faktorer som beskriver marknadsstyrka samt att regressionen beräknades bara med hjälp av data från perioder där kartellen inte var verksam.

indikation på om priset är högre eller inte. Anta att priset under kartellperioden var 64,5 kronor. Skillnaden på 7,3 kronor, dvs. den variation i priset som modellen inte klarar av att förklara betecknas residualen, därav namnet residualmetoden. Det är en prognos eftersom man uttalar sig om priset vid en viss tidsperiod med hjälp av data från en annan tidsperiod. Om priserna i kartellperioden är betydligt högre än vad prognosen anger för normal konkurrens på marknaden är detta konsistent med kartellprissättning. Beräkningssättet är analogt när man jämför olika marknader där kartellen är respektive inte är verksam. Fördelen med prognosmetoden är att man tar bort det potentiella problemet att kartellsamarbete kan påverka kostnadsfaktorerna i regressionen. Nackdelen kan dock vara att perioden inte är representativ av andra skäl som inte är beaktat i modellen. En skillnad mellan metoderna är att dummyvariabelmetoden anger det genomsnittliga överpriset under perioden, medan prognosmetoden i tillägg kan ange individuella avvikelser, t.ex. från dag för dag.³³ Om man är intresserad av att mäta det genomsnittliga överpriset behöver skillnaderna mellan metoderna inte bli så stora. Är man däremot intresserad av att mäta överpriset i en viss tidpunkt torde prognosmetoden vara bättre.^{34 35}

Överprissättning i anbudsupphandlingar

Karteller har ofta uppdagats på marknader där prissättningen sker genom anbudsupphandling. Prissättningen på anbudsmarknader skiljer sig från prissättningen på "normala" marknader och detta har implikationer för beräkningarna av konkurrensskadan. Prissättningen på anbudsmarknader kan se ut på många olika sätt.³⁶ För vårt syfte är det mest aktuellt att utgå från anbudsmarknader där budgivningen är sluten och där företaget som erbjuder det lägsta priset vinner anbudet, s.k. omvänd sluten förstaprisauktion. Denna form är mycket vanlig vid offentlig upphandling.

En viktig skillnad på anbudsmarknader är att produkten som upphandlas varierar mellan olika kontrakt. Upphandling av byggtjänster, t.ex. asfaltbeläggning, är typiska exempel på marknader där produkterna är heterogena. Även om det kanske rör sig om samma typ av produkt (asfalt)³⁷ är det troligt att omfattningen eller storleken på anbuderna är olika mellan olika anbud. Inget projekt är likt det andra. Kostnaden för att asfaltera 30 km väg är lägre än kostnaden för att

³³ För en diskussion om fler skillnader mellan metoderna, se Finkelstein och Levenbach [1983, s. 155-157] som förespråkar dummyvariabelmodellen.

³⁴ Analogt gäller om data består av priser på olika marknader eller upphandlingskontrakt.

³⁵ I ärendena *In re Corrigated Container* (1977) och *New Mexico v. American Pipe and Construction Co.* (1970) användes båda metoderna. I ärendet *In re Broiler Chickens* (1980) användes dummyvariabelmetoden, Finkelstein och Levenbach [1983].

³⁶ Det kan röra sig som auktioner med öppen budgivning där man startar med ett lågt utgångspris och låter budgivningen pågå tills det högsta budet lagts, s.k. engelsk auktion. Omvänt kan man starta med ett så högt utgångspris att ingen är villig att köpa produkten till det priset och sedan minska buden successivt tills att någon "nappar", s.k. holländsk auktion. Vidare kan budgivningen vara öppen eller sluten och priset som betalas kan vara det erlagda budet (s.k. "first price auctions") eller det näst högsta budet (s.k. "second price auctions"). För en översiktlig genomgång av prissättning på budgivningsmarknader, se Klempere [1999].

³⁷ Asfalt kan variera i kvalitet (t.ex. kall asfalt och varm asfalt) och kosta olika mycket att framställa.

asfaltera 100 kilometer väg. Det är ofta heller inte lätt att översätta projekten till en gemensam enhet eftersom projekten kan skilja sig på flera andra sätt.

Anbudsupphandlingen kanske gäller asfalt kompletterat med någon annan vägkonstruktion, t.ex. förberedande konstruktion, och det kan finnas samproduktionsfördelar i en upphandling men inte i en annan. Förutsättningar för att kunna erbjuda tjänsten i olika upphandlingar kan variera betydligt. Antalet konkurrerande företag kan skilja sig åt och företagen kan ha olika förutsättningar att utföra olika kontrakt t.ex. beroende på avståndet till vägen som ska asfalteras, tillgänglig kapacitet och beläggning.

Eftersom kontrakten i allmänhet är heterogena är det meningslöst att jämföra totalpriser mellan upphandlingar som är riggade och som inte riggade. Det betyder att man måste korrigera för skillnader i samtliga kontrakt, såväl de som varit respektive inte varit föremål för prisriggning, annars går det inte att beräkna konkurrensskadan på ett meningsfullt sätt. Howard och Kaserman [1989] anger fem olika metoder som kan användas för beräkningar av konkurrensskada till följd av budgivningskarteller, nämligen direkt bevisning av överpris, kostnadskalkyler (ingenjörsmodeller), kvotmetoden,³⁸ dummy-variabelmetoden och prognosmetoden.³⁹

Den första är egentligen ingen beräkningsmetod utan bygger på att det finns direkt bevisning för att prishöjningen i en upphandling var av en viss storlek, t.ex. 10 procent. Metodens uppenbara nackdel är följande. Anta att man kan bevisa kartelluppgörrelser för sju kontrakt, men att man bara känner till hur mycket priset höjdes i ett av fallen. Det är uppenbart att överpriset på ett kontrakt inte behöver vara 10 procent i samtliga fall. Metoden har också andra svagheter, och sannolikheten för att denna typ av bevisning underskattar den faktiska konkurrensskadan är stor.⁴⁰

Ingenjörsmetoden går ut på att jämföra kostnadskalkyler mellan olika kontrakt som är relativt lika till utformningen. I många anbudskontrakt, och särskilt relevant inom byggbranschen, specificeras kontrakten efter olika kostnadskomponenter. Om man känner till enhetspriserna på de olika kostnadskomponenterna kan man göra en kalkyl över totalkostnaden för varje upphandling och därmed få en uppskattning av vad priset skulle ha varit på en icke-kartelliserad marknad.⁴¹ Därefter kan man jämföra det riggade kontraktet med ett kontrakt som inte är riggat. Denna metod, som är en tillämpning av jämförelsemetoden, är uppenbart bättre än att förlita sig på direkt bevisning, men den har ett par begränsningar. Varje kostnadskalkyl är resurskrävande och metoden är därför endast tillämplig när konkurrensskada från enstaka kartelliserade upphandlingar ska beräknas. Ju fler riggade

³⁸ Metoden är också tillämpad i Kuhlman och Johnson [1984].

³⁹ Författarna jämför också metoderna med varandra med utgångspunkt från data från ett konkret ärende rörande en kartell på marknaden för kloakledningar.

⁴⁰ Se argument i Howard och Kaserman [1989, sid 370-371].

⁴¹ Det förekommer att huvudmännen gör sådana kalkyler och fastställer ett maxpris som anbudet inte får överstiga, Kuhlman och Johnson [1984].

kontrakt som ska analyseras, desto svårare kan det bli att hitta lämpliga jämförelseobjekt och desto fler kostnadskalkyler måste genomföras. I tillägg utgår priserna från historiska marknadspriser och inte från företagsspecifika kostnader och metoden tar därmed inte hänsyn till olikheter mellan företag som lokalisering, kapacitets-begränsningar, skal- och samproduktionsfördelar m.m. som påverkar marginalkostnaden och därmed erbjudet pris för varje företag. I likhet med jämförelsemetoden är ingenjörsmetoden mest tillämplig när kontrakten och omständigheterna kring dessa är relativt lika.

Den tredje metoden, kvotmetoden, bygger på jämförelser mellan kostnadskalkyler och storleken på det vinnande budet. Som namnet indikerar studerar man kvoten mellan det vinnande budet (VB) och en kostnadskalkyl (KK) för flera upphandlingar där vissa är riggade och andra inte.

Formellt sett definieras konkurrensskadan enligt följande formel:

$$KONKURRENSSKADA_{Ri} = \left[\left(\frac{VB}{KK} \right)_{Ri} - \overline{\left(\frac{VB}{KK} \right)} \right] KK_{Ri}$$

där indexeringen Ri betecknar en enskild riggad upphandling. Detta gör det möjligt att studera om kvoten i genomsnitt är större för riggade kontrakt än motsvarande genomsnittliga kvot för kontrakt som inte är riggade. En uppenbar fördel med metoden är att måttet är oberoende av storleken på projekten, dvs. man tvingas inte söka efter jämförbara kontrakt som i ingenjörsmodellen. Vidare är kostnadskalkylerna inte lika krävande för denna metod eftersom beräkningen av kvoter endast kräver att man isolerar skillnaderna i utfarandet av olika kontrakt. Kostnadsnivån är inte intressant eftersom dessa inte ska användas för att uppskatta anbudspriser i varje enskild upphandling. Att studera fler kontrakt blir därmed inte lika kostsamt och metoden har därmed den viktiga fördelen att man kan undersöka om avvikelserna mellan riggade och icke-riggade upphandlingar är statistiskt signifikanta. Om så är fallet är detta konsistent med kartellprissättning. Mellanskillnaden (den procentuella avvikelserna) kan utnyttjas för att beräkna storleken på konkurrensskadan. Metodens attraktivitet ligger också i att den är lätt att förstå för icke-ekonomer och kan illustreras på ett enkelt sätt genom tabeller och grafer. I likhet med ingenjörsmodellen beaktar den inte andra faktorer som kan påverka priserna men som inte har med kartellen att göra, t.ex. skillnader i faktorer som återspeglar efterfrågan, utbud och konkurrensintensiteten.

Bristerna med kvotmetoden kan reduceras med hjälp av ekonometrisk metod (dummyvariabelmetoden eller prognosmetoden) om man har tillräckligt med observationer. För- och nackdelarna med dessa metoder har behandlats redan. Till skillnad från vanliga överprisärenden kan metoden bli mycket kostsam om kostnadskalkylerna är resurskrävande.^{42 43}

⁴² En annan metod som föreslås i Kuhlman och Johnson [1984] är att inte bara studera det vinnande budet, men också de konkurrerande buden, vilket kan ge viss information. Problemet är dock att de andra priserna inte är

3.10 Strukturella (teoretiska) simuleringsmodeller⁴⁴

Om en marknad, även i frånvaron av en kartell, kännetecknas av imperfekt (oligopolistisk konkurrens) bör man ta hänsyn till detta när man beräknar konkurrensskadan. Antaganden om perfekt konkurrens i den kontrafaktiska situationen skulle annars överdriva storleken på konkurrensskadan. I de fall tillräckligt med data inte finns för att beräkna graden av konkurrens på marknaden med hjälp av regressionsanalys kan man använda strukturella simuleringsmodeller. Metoden tillämpas redan för att prognostisera effekten av förvärv, s.k. förvärvssimulering,⁴⁵ men tycks i liten grad ha använts i konkreta ärenden för att beräkna konkurrensskada.

Metoden går ut på att applicera en teoretisk modell som beskriver konkurrensen på marknaden i frånvaron av en kartell. Om marknaden kännetecknas av oligopolistisk konkurrens brukar antingen Cournotmodellen (som används när kvantiteten är företagets strategiska handlingsvariabel) eller Bertrandmodellen med differentierade produkter (som används när priset är företagets strategiska handlingsvariabel och företagets produkter inte är perfekta substitut) användas. De teoretiska modellerna anpassas (kalibreras) sedan till verkligheten genom att utnyttja information om individuella priser, kvantiteter, kostnader och efterfrågeelasticiteter från marknaden. Information om efterfrågeelasticiteter kan fås genom ekonometrisk analys, men i praktiken är man ofta hänvisad till sekundärkällor, dvs. resultat från tidigare utförda studier av marknaden (och kanske från andra länder).⁴⁶

Tillämpningen av förenklade teoretiska modeller gör dock metoden känslig för modellantaganden. Man måste välja mellan Cournot och Bertrand eller någon annan modell för konkurrensen på marknaden, samt efterfrågans och kostnadsfunktionernas utseende. Vidare är modellerna statiska och tar inte hänsyn till att konkurrensen på marknaden utvecklas över tiden, att företagen reagerar på varandras utspel m.m. I tillägg krävs goda kunskaper i ekonomisk analys. Bristen på praxis gör att det saknas debatt kring hur gångbar metoden är för att beräkna konkurrensskada. Rapporten från Ashurst [2004] tycks indikera att dess tillämpbarhet är mer begränsad än i analyser av effekter av förvärv.

transaktionspriser. En statistisk tillämpning av denna metod är att studera variansen anbudspriser i olika upphandlingar för att upptäcka riggade upphandlingar.

⁴³ Privata konkurrensskadeärenden där anbudskarteller varit föremål för domstolsgranskning är bland annat *Ohio Valley Elec. Corp v. General Elec. Co.* (1965) gällande ångturbiner, *Illinois v. Sangamo* (1977) gällande vägarbeten, *Colorado ex rel. Woodard v. Goodell Brothers* (1987), samt *State of Ohio v. Louis Trauth Dairies, Inc. et al.*, gällande skolmjölk. Se även Porter och Zona [1999] där referenser till fler anbudskarteller finns redovisade (se artikelns litteraturlista).

⁴⁴ Ibland används termen auktionsmodeller, men denna term har en bredare betydelse.

⁴⁵ I USA användes metoden i förvärvsärendena WorldCom/Sprint och Staples/Office Depot. Även Konkurrensverket har tillämpat metoden i ärendet Cerealia/Schulstad (mjukbröd), dnr 107/2003.

⁴⁶ Ett exempel på en simuleringsmetoden med Cournotmodellen finns i Ashurst [2004, Annex 2] som applicerades på lysinkartellen i USA. Se Werden [1996] för en grundlig beskrivning av metoden med fokus på Bertrandmodellen.

3.11 Konkurrensskada baserad på företagets årsredovisningar

Olika begrepp inom företagsekonomi och nationalekonomi

Hittills har vi i huvudsak diskuterat olika metoder för att beräkna konkurrensskada i ärenden där den skadedrabbade parten är kund och där konkurrensskadan baseras på beräkningar av priser. I ärenden som rör exkludering och där den skadevällande parten ofta är konkurrenter är det mer relevant att kalkylera vilka vinster som gått förlorade till följd av den skadegörande handlingen.

I dessa tillfällen är man därför ofta hänvisad till att beräkna konkurrensskada på basis av företagets räkenskaper. Därefter tillämpar man någon av ovan beskrivna metoder, troligen före-och-efter-metoden eller jämförelsemetoden.

Utgångspunkten för beräkningen av konkurrensskada är den vinst som den skadelidande parten går miste om till följd av överträdelsen. Definitionen av vinst är konceptuellt enkel: intäkter minus kostnader. Att mäta vinsten kan emellertid vara problematiskt både konceptuellt och praktiskt. Man kan t.ex. inte automatisk ta utgångspunkt i företagets årsredovisningar eftersom olika bokföringsprinciper kan leda till att behandlingen av intäkter och/eller kostnader inte i full grad reflekterar den ekonomiska verkligheten. Intäkts- och kostnadsbegrepp varierar hos nationalekonomer och företagsekonomer. Några av de viktigaste skillnaderna beskrivs nedan.

Nationalekonomer mäter både intäkter och kostnader utifrån marknadsvärdet. Marknadsvärdet reflekterar alternativkostnaden/alternativvärdet och är t.ex. beroende av resursens avkastningar i andra investeringar. Företagsekonomer mäter intäkter och kostnader genom att använda bestämda bokföringsprinciper där alternativkostnader inte ingår i vinstdefinitionen.

När det gäller definitionen av intäkter är det mindre skillnader mellan nationalekonomer och företagsekonomer. Detta beror på att företagen normalt sätt säljer produkterna eller tjänsterna till marknadspriser. När det gäller kostnadsposter är analogin inte lika klar. Vissa kostnadsposter är enkla att mäta medan andra är långt mer komplexa. Exempel på enkla kostnadsgrupper kan vara fastigheter, arbetskraft och utrustning, eftersom dess marknadspriser oftast är direkt observerbara. Men även för dessa kostnadsposter kan det emellertid uppstå problem när kostnaderna är fördelade på flera räkenskapsperioder. Det innebär i sådana fall att kostnaden i en period i realiteten blir en investering som ska avskrivas i efterföljande perioder med hänsyn tagen till faktiskt utnyttjande och slitage.

Vissa marknadspriser är svåra att mäta. En nationalekonom kommer t.ex. att mäta kostnaden förknippad med en investering för en anläggning genom reduktionen av marknadsvärdet⁴⁷ som följer av nyttjandet av anläggningen, dvs. ta hänsyn till den

⁴⁷ Marknadsvärdet kan även öka, vilket medför en negativ kostnad (dvs. en intäkt/vinst).

ekonomiska deprecieringen. Problemet är att sådana marknadspriser normalt sett inte är observerbara. Företagsekonomer kommer å sin sida att förutsätta att anläggningens värde faller över tiden till följd av slitage och ålder. Men avskrivningsreglerna varierar mellan olika anläggningar. Överlappningen mellan ekonomisk depreciation och bokföringsmässiga avskrivning är därför långt ifrån given.

För lagerhållningar finns det observerbara marknadspriser. Nationalekonomer använder återanskaffningskostnader som begrepp, medan bokfört värde är baserat på historiska kostnader, som är ett enklare och mer objektiva begrepp. Återanskaffningskostnaderna reflekterar å andra sidan bättre de reella marknadsvärdena vid försäljningstidpunkten. Investerarnas krav på förväntad avkastning är vidare inte inkluderad i företagets räkenskaper. Vid en beräkning av konkurrensskadan är det emellertid rimligt att investerarna blir kompenserade utifrån en "normal avkastning" på sina investeringar eftersom de kunde ha investerat pengarna på annat håll. Investerarnas förlust kan därför ses som en alternativkostnad. Framställningen ovan visar således vilka mer grundläggande problem man stöter på när man baserar beräkningarna på redovisningsdata.

Ett företags årsredovisning i Sverige måste bestå av balansräkning, resultaträkning, noter och förvaltningsberättelse. De flesta företag måste även inkludera en finansieringsanalys, där en kassaflödesanalys ingår.

- Balansräkningen är en uppställning av företagets tillgångar, skulder och eget kapital.
- I resultaträkningen redovisas årets resultat som är uppdelat på, var för sig, intäkter, kostnader, finansiella poster, bokslutsdispositioner och skatt.
- Kassaflödesanalysen är en översikt över årets in- och utbetalningar och ska på så sätt förklara förändringar i företagets likviditet.

För att det ska vara möjligt att jämföra räkenskaper företag emellan och för att företagets redovisning ska skildra en ekonomisk verklighet har alla länder infört nationella redovisningsprinciper. Enskilda företag väljer utöver detta att utforma redovisningen enligt en internationell redovisningsstandard, där de amerikanska reglerna *US Generally Agreed Accounting Principles* (GAAP) är de mest kända. Vid bedömningen av ekonomisk skada har redovisningsprinciperna stor påverkan.

I vissa situationer genererar balansräkningen, resultaträkningen och kassaflödesanalysen enligt gällande redovisningsprinciper samma resultat som en uppskattning av det reella ekonomiska resultatet skulle visa. I de flesta fall kommer de dock att avvika.

Användning av diskonteringsräntor för beräkning av framtida förluster

Nuvärdesberäkning är en central del av skadeberäkning. Val av diskonteringsränta har stor betydelse vid en nuvärdesberäkning då en hög diskonteringsränta

resulterar i ett lägre nuvärde av framtida betalningsflöden. På samma sätt är det viktigt att ta ställning till när betalningen sker (i början av en period, jämt fördelad eller i slutet av perioden).

Generellt ska diskonteringsräntan reflektera risken eftersom en investerare som uppfattar ett investeringsobjekt som riskfyllt normalt sett kräver en högre förväntad avkastning än då risken anses vara låg. CAPM (capital asset pricing model) är en kapitalvärdesmetod som ofta används för att beräkna investerarens avkastningskrav. Modellen beräknar avkastningskravet som en riskfri ränta plus en riskpremie som reflekterar osäkerheten/volatiliteten i vinster. Denna riskpremie är en funktion av den generella riskökningen av att investera på aktiemarknaden och hur denna avkastning korrelerar med aktiemarknaden som helhet. Man refererar ofta till riskpremien som företagets beta, vilken beräknas med en linjär regression mellan aktiekurser.

Vid de tillfällen då den skadedrabbade parten inte är ett börsnoterat företag används ett beta för jämförbara företag. När den skadade parten blir tilldömd ett ersättningsbelopp baserat på det diskonterade värdet av skadan kräver också företaget att ränta på beloppet fram till utbetalningsdatum inkluderas. I detta fall är det inte längre aktieägarens avkastningskrav på det egna kapitalet som är relevant, istället användes alternativa principer såsom den riskfria räntan eller det skadade företagets låneränta.⁴⁸

Olika värderingsmodeller baserade på företagets räkenskaper

Ett företags kassaflödesanalys är en översikt över de faktiska in- och utbetalningar som skett under året. Analysen baseras på resultaträkningen men innehåller en mängd korrigeringar för räkenskapsposter som inte representerar ett faktiskt kassaflöde, och visar därmed förändringar i balansräkningen som påverkar företagets tillgång till likvida medel. På detta sätt presenterar kassaflödesanalysen förändringar i tillgången på likvida medel som ett resultat av både löpande och övrig (icke-löpande) verksamhet. Analysens utgångspunkt är rörelseresultatet (löpande intäkter minus kostnader), som justeras för poster som inte medfört en reell in- eller utbetalning (exempelvis kostnadsposten avskrivningar).

Kassaflödena grupperas efter företags löpande verksamhet, investeringsverksamhet och finansieringsverksamhet. Det är kassaflödet från den löpande verksamheten som är mest centralt när det gäller en bedömning av ekonomisk skada, övriga kassaflöden är endast relevanta i de fall de är direkt påverkade av den otillåtna handlingen eller är direkt knutna till den löpande verksamheten.

⁴⁸ Trots att räntor används både för att beräkna nuvärdet av framtida uteblivna vinster och som kompensation för tiden mellan tilldömt ersättningsbelopp och utbetalningsdatum, så används ibland inte någon ränta i det amerikanska rättväsendet för att räkna fram nuvärdet på historiskt uteblivna vinster. Detta inkonsekventa och, från ett ekonomiskt perspektiv, ologiska förfarande beskrivs ofta som ett "lagens misslyckande" (se bl a ABA, 1996, ch. 2.B and 4.D). Historiska värden torde dock, i USA, kunna justeras för inflationen, även om flera rättsfall inte tagit med detta i beräkningar av konkurrensskadan. Länder som saknar prejudikat i denna fråga behöver naturligtvis inte följa det amerikanska förfarandet.

För att beräkna nuvärdet av uteblivna intäkter kan vi använda oss av Formel 3.1.

Formel 3.1 Nuvärdesberäkning av skada från kassaflöde

$$PV_0 = \sum_{t=k}^0 \frac{CF_t}{(1+r)^t} + \sum_{t=1}^n \frac{CF_t}{(1+WACC)^t}$$

PV_0 = (Present Value) Nuvärdet av skadan i slutet av år 0.

CF_t = (Cash Flow) Uteblivet kassaflödet för kändare i slutet av år t.

r = (prejudgment interest) Årsränta på uteblivna intäkter bakåt i tiden.

$WACC$ = (Weighted Average Cost of Capital) Investerarnas årsavkastningskrav i framtiden.

Anledningen till att formeln måste delas upp i två delar är den skilda synen på diskonteringsräntor bakåt och framåt i tiden. Räntan, r , på redan inträffad skada kan vara lika med noll, inflationen, eller kanske något högre som kompensation på utebliven kapitalavkastning. Den ränta som används för att beräkna nuvärdet av framtida skada, $WACC$, är dock högre enligt praxis. Observera att $k \leq 0$ och $n \geq 1$ i Formel 3.1.

Den första termen i Formel 3.1 utgår från historiska försäljningsdata och andra marknadsfaktorer för att beräkna uteblivet kassaflöde. Detta kan vara svårt då alternativa marknadsscenarier måste analyseras, men den svåraste uppgiften för beräkning av skada är oftast den andra termen, dvs. framtida kassaflöden. Här måste man göra prognoser för den framtida marknaden där olika antaganden kan leda till stora skillnader i nuvärdet av kassaflödet. Den enklaste utgångspunkten för att beräkna de framtida kassaflödena är antaganden om en oändlig tidshorisont (dvs. $n \rightarrow \infty$) och samma årliga kassaflöde som senaste året (dvs. år 0) i all framtid. Detta skulle medföra följande nuvärde:

Formel 3.2 Nuvärdesberäkning av skada med samma oändliga kassaflöde

$$PV_0 = \sum_{t=k}^0 \frac{CF_t}{(1+r)^t} + \frac{CF_0}{WACC}$$

Utifrån denna formel kan två justeringar vara lämpliga i den andra termen. Det ena är en förkortad tidshorisont, vilket minskar nuvärdet. Låt oss t.ex. säga att vi bedömer att skadan endast varar i tio år, då det är alldeles för vanskligt att säga något om kassaflöden längre fram i tiden. Formel 3.2 ska då reduceras med

nuvärdet av oändliga kassaflöden tio år fram i tiden, dvs. med $\frac{CF_0}{WACC} / (1+WACC)^{10}$.

Den andra justeringen är ett antagande om tillväxt (tillbakagång) i det framtida kassaflödet, vilket ökar (minskar) nuvärdet av skadan. Ett enkelt sätt att beräkna

detta är att minska (öka) WACC med den årliga tillväxttakten (tillbakagången) i kassaflödet. Ett antagande om t.ex. 2 procents tillväxt i kassaflödet medför att den andra termen i Formel 3.2 justeras till $CF_0 / (WACC - 0,02)$. Denna reducering av WACC ska naturligtvis även göras vid ett antagande om reducerad tidshorisont, enligt exemplet på den första justeringen ovan.

Antaganden om tidshorisont och tillväxt (tillbakagång) i kassaflödet kan kombineras och justeras utifrån de marknadsspecifika villkoren som gäller vid respektive skadeberäkning. Exempelvis kan det vara motiverat att anta en tidshorisont på 15 år med samma kassaflöde de fem första åren som följs av en årlig tillväxt de resterande tio åren, osv.

Ett ytterligare problem att ta hänsyn till vid nuvärdesberäkningar är det faktum att kassaflöden oftast inte sker i slutet av varje år, som tidigare exempel utgått från, utan är utspridda under året. En vanlig lösning på detta problem är att anta att alla kassaflöden sker i mitten av året. Detta skulle innebära en justering av diskonteringsräntan med 0,5. I Formel 3.1 skulle således t i den andra termen ta värdena 0,5; 1,5; 2,5 o s v. Om vi istället antar att kassaflöden sker kvartalsvis kan vi dela den årliga diskonteringsräntan med fyra och diskontera fyra kassaflöden per år. Detta exemplifieras i Formel 3.3 där vi utgår från en årlig tio procents diskonteringsränta med ett årligt kassaflöde på 40,000 som sker kvartalsvis med lika stora kassaflöden under fyra år.

Formel 3.3 Nuvärdesberäkning kvartalsvis

$$PV_0 = \frac{10,000}{1,025} + \frac{10,000}{1,025^2} + \frac{10,000}{1,025^3} + \frac{10,000}{1,025^4} + \dots + \frac{10,000}{1,025^{16}}$$

Vid beräkning av ekonomisk förlust till följd av en överträdelse är det vanligt att endast utgå från löpande intäkter och kostnader. Skillnaden mellan löpande och övriga intäkter och kostnader blir därmed mycket viktig. I de fall då den otillåtna handlingen påverkar övriga intäkter och kostnader, såsom räntekostnader, ska hänsyn tas även till dessa. Vid en förlustberäkning bör man även korrigera för den skatt som härstammar från övriga intäkter.

När man värderar ett företag på basis av kapitaliserat resultat, beräknas detta på ett representativt/genomsnittligt år. Modellen är tekniskt enkel men har begränsningar. Den analyserar nuvärdet av en oändlig ström inbetalningar där en genomsnittlig intäkt beräknas som resultat efter skatt justerat för "extraordinära" poster. Metoden, i dess enklaste form, kräver att företagets resultat inte varierar mellan perioder, samt att man kan anta en oändlig horisont trots att tidsintervallet innehållande den konkurrenshämmande åtgärden är begränsad. Vid en skadeberäkning är det dock fullt möjligt att använda modellen även för en begränsad period samt att anpassa modellen för att inkludera en årlig tillväxt.

Formel 3.4 Kapitaliserat resultat

$$PV_{t-1} - PV_t = \left(\frac{P_{t-1}}{1+i} + \frac{P_{t-1}}{(1+i)^2} + \dots \right) - \left(\frac{P_t}{1+i} + \frac{P_t}{(1+i)^2} + \dots \right) = \frac{P_{t-1} - P_t}{i}$$

I Formel 3.5 visas hur skada kan beräknas med hjälp av kapitaliserat resultat. Innan skadan, $t-1$, beräknas nuvärdet, PV , med en lämplig ränta, i , av en oändlig ström av detta års vinst, P , som ett estimat av företagets marknadsvärde. Liknande beräkning görs för företaget efter skadan, t , och skillnaden utgör skadebeloppet.

Nyckeltal-/multipelanalyser är en besläktad analysmetod. Den går ut på att använda sig av finansiella nyckeltal och mått såsom pris/resultat, pris/bokfört värde, pris/omsättning, pris/kassaflöde etc. för jämförbara börsnoterade företag. Då marknadsvärdet på ett företag teoretiskt sett reflekterar det diskonterade nuvärdet av framtida kassaflöden är användningen av sådana nyckeltal endast en förenkling i förhållande till en fullständig kassaflödesanalys. Teoretiskt sett ska bägge metoder ge samma resultat men för att detta ska ske måste en mängd förutsättningar uppfyllas. Bland annat kräver en jämförelse med andra företag att dessa är identiska i alla viktiga aspekter inklusive kapitalstruktur, produktmix och inte minst framtida möjligheter och risker. Identiska företag är i praktiken omöjliga att finna varför utmaningen består av att identifiera ett urval av jämförbara företag och hantera felkällor vid sidan av nyckeltalsanalysen. Jämförbarheten mellan två företag blir lätt en konfliktfylld fråga när parternas expertvittnen ska uttala sig. Multipelanalysen används, på samma sätt som en analys baserad på kapitaliserat värde, bäst vid uppskattning av en permanent skada. Det finns dock möjlighet att justera modellen för att gälla även när skadan är temporär.

Formel 3.5 är ett exempel på hur en multipelanalys kan användas för att beräkna skada.

Formel 3.5 Skadeberäkning med multipelanalys

$$V_t^i = \frac{MV_t^j}{Sales_t^j} (Sales_{t-1}^i - Sales_t^i)$$

V är det marknadsvärde som företag i förlorat på grund av utebliven försäljning, dvs. ett mått på den skada som skett. $MV/Sales$ utgör aktiemarknadsvärdet för ett liknande företag, j , som inte påverkats av överträdelsen. Värdena inom parentes utgör försäljningen innan överträdelsen, $t-1$, och efter överträdelsen brottet, t , för det drabbade företaget, i .

Flera olika metoder för skadebedömning nyttjar balansräkningen. Metoderna beräknar den differens i företagets balansräkning som uppstått till följd av överträdelsen. Ett företags balansräkning reflekterar historiska data och metoderna förutsätter därför att (framtida) förluster reflekteras i företagets balansräkning. Bokfört värde av materiellt kapital är tekniskt enkelt att beräkna men ett bokfört värde motsvarar inte nödvändigtvis det sanna värdet av företaget.

Ett justerat bokfört värde är en beräkning av det marknadsmässiga försäljningsvärdet av företagets tillgångar. Denna metod visar marknadsvärdet bättre men fångar inte upp att tillgångarna även kan generera kassaflöden till ett större värde än tillgångens försäljningspris. Det finns med andra ord inte nödvändigtvis ett direkt samband mellan ett företags försäljningsvärde och värdet av företagets löpande resultat.

Likviderat värde representerar värdet av en påtvingad försäljning, exempelvis en uppdelning och försäljning av andelar i företaget. Detta värde är normalt lägre än marknadsvärdet och metoden kan därför inte anses vara ett bra sätt att bedöma ekonomisk skada.

I samband med en förlustberäkning kan det vara svårt att skilja på skulder och eget kapital. Detta gäller till exempel för så kallade konvertibla skulder och preferensaktier. Konvertibel skuld innebär att långgivaren har möjlighet att konvertera skulden till eget kapital. Denna post tillhör skulder i balansräkningen. Preferensaktier är ett namn för aktier i en egen aktieklass vilka har lagstadgade rättigheter, exempelvis förtur då ett företag ska likvideras, rätt till inlösen etc. I balansräkningen återfinns preferensaktierna under eget kapital.

Framställningen ovan visar på flera olika sätt att beräkna konkurrensskada med utgångspunkt från företagets räkenskapsrapportering. Var och en av metoderna har sina begränsningar. I tillägg är man tvungen att ta hänsyn till andra faktorer som påverkar företagets resultat men som inte har med överträdelser att göra. Någon sådan separation finns inte explicit i företagets räkenskaper.

3.12 Beräkning av konkurrensskada i ärenden om exkludering

När konkurrensbegränsande handlingar leder till exkludering, antingen genom att företagen tappar betydande marknadsandelar, lämnar marknaden, eller hindras inträde är det naturligt att konkurrensskada beräknas med utgångspunkt från vilka vinster företaget skulle ha gjort i den kontrafaktiska situationen. Detta gör dock ofta beräkningarna svårare än i överprisärenden eftersom företagets kostnader måste beaktas mer noggrant. Ofta är man hänvisad till att beräkna konkurrensskada utifrån företagets räkenskaper. Litteraturen som behandlar metoder för att beräkna konkurrensskada för denna typ av ärenden är tunn. Nedan ges ett fåtal exempel.

Underprissättning

Underprissättning syftar till att driva ut eller hindra konkurrenter från att komma in på marknaden. Detta görs av det dominerande företaget genom att sätta priset under dess kostnader under en begränsad tidsperiod för att sedan kunna hålla monopolpriser i perioderna efter konkurrenternas utträde från marknaden.

När man ska beräkna konkurrensskadan i denna typ av ärenden ställs man inför problemet att beräkna vilken vinst konkurrenterna skulle ha gjort om de var aktiva på marknaden. I problemet ligger att beräkna hur långt fram i tiden vinsterna ska

räknas och att skilja på tillåten och otillåten prissättning. Kritiskt i analysen är att bilda sig en uppfattning om vilket pris som skulle gälla på marknaden utan underprissättning och vilken vinst detta skulle ge för den skadelidande parten. Vilket pris som skulle ha gällt beror på det dominerande företags handlingar.

I ärendet *William Inglis & Sons Baking Co. v. ITT Continental Baking Co. (1991)* hävdade den skadelidande parten att priset skulle vara 3,1 procent över den skadevållande parten kostnader och pekade på att detta var priset på marknaden före Inglis inträde. Problemet med detta antagande är att det inte tar hänsyn till möjligheten att Continental bemött konkurrensen genom en sänkning av priset, dock inte under kostnadsnivån. En mer konservativ beräkning av konkurrens-skada torde därför vara att anta att Continental sänker priset till den lägsta "lagliga" nivån, dvs. där priset är lika med genomsnittliga rörliga kostnader (AVC). En utmaning blir då att beräkna AVC ("incremental cost" som är det mest riktiga måttet). Beräkningarna kan göras på två sätt. Antingen används metoder baserat på företags räkenskaper (se avsnitt 3.11) givet att produkten är dominerade för företags resultat, eller så försöker man beräkna sambandet mellan producerad kvantitet och kostnader statistiskt, dvs. tillämpa en kostnadsbaserad metod (se avsnitt 3.8). En kombination är också möjlig.

Ett uppenbart problem, som också förelåg i nämnda ärende, är hur man ska behandla samproduktionskostnader, dvs. att många kostnader är gemensamma vid en ökad produktion. Regressionsanalys kan här vara till hjälp. För att man med hjälp av det beräknade kostnadsbaserade priset ska kunna beräkna förlorad vinst måste man i tillägg känna till vilken kvantitet företaget skulle ha sålt på marknaden. Ett högre pris på marknaden (jämfört med nivån för underprissättning) gör att den totala efterfrågan minskar. Hur mycket den minskar beror på produktens priskänslighet, vilket kan uppskattas med hjälp av regressionsanalys. Alternativt kan man använda information från sekundärkällor. Beräkningar av konkurrensskada i underprissättningsärenden är med andra ord förhållandevis komplicerade att utföra.

Kopplingsförbehåll

Med kopplingsförbehåll menas att produkter endast säljs ihop i fasta proportioner eller att förutsättningen för att man ska få köpa en produkt A är att man också köper en annan produkt B, även om det går att köpa produkterna separat. Ett exempel på det första är att man inte kan köpa "Sportbladet" separat från kvällstidningen medan ett exempel på det andra är att mobiloperatörer kan erbjuda mobiltelefoner till ett visst pris under förutsättningen att man samtidigt tecknar ett abonnemang. Den senare är ett exempel på prisdiskriminering. Det finns flera förklaringar till varför kopplingsförbehåll förekommer på olika marknader och effekten på konkurrens och prisnivå är ofta komplex. I många fall är effekterna på konkurrens oklara eller positiva som t.ex. vid prisdiskriminering (mobiltelefon-exemplet) eller vid förekomsten av samproduktionsfördelar och asymmetrisk

information etc.⁴⁹ Det är således långt ifrån givet att kopplingsförbehåll påverkar konkurrensen negativt och att detta ger upphov till konkurrensskada.

Typiska konkurrensskadeärenden gällande kopplingsförbehåll i USA har berört hälso- och sjukvårdssektorn där privatpraktiserande läkare på sjukhus med samma rättigheter som anställda sjukhusläkare förhindrats tillgång till kunder.⁵⁰ Detta har varit möjligt till följd av interna utvärderingssystem för att säkerställa kvaliteten hos de privatpraktiserande läkarna. De anställda sjukhusläkarna har eller påstås ha utnyttjat utvärderingssystemet för att stänga ute de privatpraktiserande sjukhusläkarna eftersom de är konkurrenter. Beräkningar av konkurrensskada har i dessa fall vanligen baserats på en uppskattning av de inkomster som den privatpraktiserande läkaren gått miste om. Den privatpraktiserande läkaren kan dock inte räkna med att konkurrensskada betalas ut för en längre period av förlorande inkomster om denne har haft realistiska möjligheter till inkomster på annat håll.⁵¹

Kopplingsförbehåll kan också drabba kunder i form av högre priser, begränsad tillgång till bättre substitut eller andra försämrade villkor. Beräkningar av konkurrensskadan i dessa fall är ofta komplicerade. Det räcker t.ex. inte att visa att priset är högre för den produkt som kunden tvingas köpa (produkt B), men som det finns ett bättre alternativ till (lägre pris och/eller bättre kvalitet). Konkurrensskadan skulle i sådana fall kunna utgöras av mellanskillnaden multiplicerat med köpt kvantitet. Det är dock totalpriset som är av intresse, vilket i tillägg betyder att man måste uppskatta vad priset skulle ha varit på produkt A i frånvaro av kopplingsförbehåll. Priset på A behöver inte vara lika högt i den kontrafaktiska situationen. Beräkningar av konkurrensskada där två olika priser ska uppskattas kan således blir väl så komplicerade.⁵²

Prisdiskriminering⁵³

Prisdiskriminering i olika former förekommer på nästan all marknader. Vissa typer av prisdiskriminering kan minska konkurrensen, t.ex. lojalitetsrabatter, säljmålsrabatter m.m., och förekommer ofta i ärenden om missbruk av en dominerande ställning (monopolization enligt amerikansk definition). Pris-diskrimineringen kan drabba konkurrenter, t.ex. genom underprissättning riktat enbart mot konkurrentens kunder (i den mån detta är möjligt). Konkurrensskadan utgörs av de vinster konkurrenterna tappar till följd av det olagliga beteendet ("primary line damage"). På motsvarande sätt kan kunder (vidareförsäljare) drabbas om

⁴⁹ Se Motta [2004, kap. 7.3.2] för en grundlig genomgång av olika typer av kopplingsförbehåll och effekter på konkurrens.

⁵⁰ Ett sådant ärende är *Patric v. Burget*, se ABA [1996, s. 222-223]. Ett annat känt ärende med kopplingsförbehåll är *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* gällande markanden för liftkort.

⁵¹ Se också McCarty och Thomas [1995] för en längre presentation om hur konkurrensskada beräknas med applicering på denna marknad.

⁵² Se också referenser till ärenden i fotnot 94.

⁵³ Sammanställningen i detta avsnitt bygger på ABA [1995, kap. 8] och Bunting och Young [1986] där flera domstolsärenden finns refererade till.

inköpspriset är betydligt högre än konkurrenternas och detta försätter dem i en sämre konkurrenssituation på nästföljande marknad. Konkurrensskadan utgörs av de vinster som går förlorade till följd av diskrimineringen ("secondary line damage").

För att det ska vara tal om ett missbruk måste man visa att prisdiskrimineringen begränsar konkurrensen i någon del av leden. I tillägg måste den som påstår skada visa att just prisdiskriminering påverkat vinsterna negativt. Vi fokuserar på den senare varianten av prisdiskriminering i det följande. Det finns en mängd olika anledningar till varför olika kunder betalar olika pris. Ofta har detta ingen negativ effekt på konkurrensen. Kunder kan betala olika priser för att de efterfrågar olika mängd, för att de utför en tjänst (minskar kostnaden för säljaren) m.m. Det svåraste är således att visa att konkurrensen begränsats och att detta i sin tur lett till lägre vinster. Erfarenheter från ärenden i USA visar också att den skadelidande parten i majoriteten av fallen förlorat målet för att denne inte kunna visa att prisdiskriminering lett till konkurrensskada. Det räcker inte att visa att priserna är olika. Prisdiskriminering i sig är inte ett bevis för att konkurrensskada uppstått.⁵⁴

Om man klarat av att visa på konkurrensskada, vilket vi utgår ifrån i det följande, kvarstår frågan om hur den ska mätas. Två sätt har särskilt behandlats:

- Den automatiska metoden,⁵⁵ vilken går ut på att multiplicera prisskillnaden i förhållanden till konkurrenten med såld kvantitet för den skadedrabbade parten. Detta liknar tillvägagångssättet vid överprissättningsärenden, men med den skillnaden att något kontrafaktiskt pris inte behöver beräknas. Däremot måste man justera för legala faktorer som motiverar prisskillnader mellan olika kunder för att förhindra överkompensation.
- Specialmetoden⁵⁶ som går ut på att beräkna den reducerade vinsten, vilket fås genom att subtrahera vinsten under förekomsten av diskriminering från vinsten utan diskriminering.

Domstolar i USA har ansett att specialmetoden bäst reflekterar konkurrensskadan och har uteslutit den automatiska metoden. Men, det kan teoretiskt visas att storleken på konkurrensskadan enligt den automatiska metoden är identisk med eller åtminstone en god approximation av, och i alla fall inte större än konkurrensskadan enligt specialmetoden. Den automatiska metoden är dock betydligt enklare att tillämpa eftersom man inte behöver uppskatta vilken kvantitet den skadevällande parten skulle ha sålt på marknaden i frånvaro av prisdiskriminering. Detta kräver mycket mer information om efterfråge- och kostnadsförhållandena på marknaden.⁵⁷

⁵⁴ Truett Payne Co., Inc. v. Chrysler Motors Corp. är ett ärende som ofta refereras till där denna princip slagits fast.

⁵⁵ I litteraturen benämns denna med "the general or automatic rule".

⁵⁶ I litteraturen benämns denna med "special damage theory".

⁵⁷ Detta visas såväl matematisk som med hjälp av diagram i Bunting och Young [1986].

3.13 Sammanfattning

Beräkning av konkurrensskada kan göras med hjälp av olika metoder. Var och en av metoderna har sina styrkor och svagheter. Möjligheten att tillämpa modellerna beror på typ av överträdelse, tillgång till data och ekonomisk expertis. Ingen av metoderna är därför per definition överlägsen. Ekonometrisk metod kan dock vara att föredra under gynnsamma omständigheter.

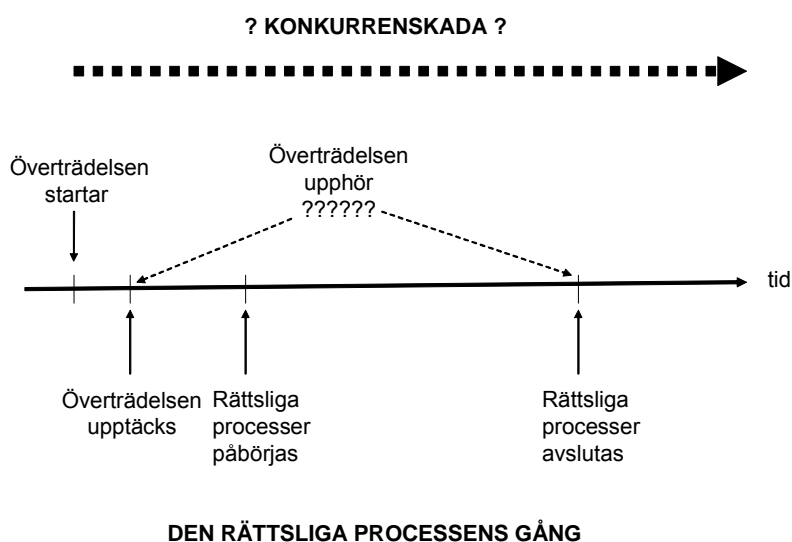
4 Generella problem vid beräkning av konkurrensskada

I detta kapitel går vi igenom ett antal problem som man generellt ställs inför vid beräkningen av konkurrensskada och som inte nödvändigtvis har med överträdelsens art eller tillämpad beräkningsmetod att göra.

4.1 Temporala aspekter och processgångens betydelse

När man beräknar konkurrensskadan är temporala aspekter och processens gång viktiga att ta hänsyn till. Viktiga problem man ställs inför illustreras med hjälp av Figur 4.1 och redovisas i det följande.

Figur 4.1 Tidens och processens betydelse för identifieringen av konkurrensskada



För att fastställa konkurrensskadans storlek måste den tidsperiod överträdelsen gäller fastställas. Detta är nödvändigt för att kunna teckna den kontrafaktiska situationen. Identifieringen av överträdelseperioden är ofta problematisk. För det första är det knappast troligt att datumet för överträdelsens uppdagande utgör startpunkten för överträdelsen. Det kan mycket väl vara så att överträdelsen pågått en längre tid innan uppdagandet skett. Hur väl man lyckas identifiera tidpunkten för överträdelsen startpunkt beror på tillgången till bevisning i ärendet. Bristen på bevisning kan ha direkt betydelse för beräkningen av konkurrensskada. Anta att man tillämpar före-och-efter-metoden och definierar perioden före överträdelsen som den kontrafaktiska situationen. Om det är oklart när överträdelsen startar så blir identifieringen av den kontrafaktiska situationen oklar och detta kan göra att man under- eller överskattar konkurrensskadans storlek.

Även om det går att fastställa tidpunkten för överträdelsens början är det inte säkert att man kan identifiera när överträdelsen upphör. Här finns många olika alternativ. Överträdelsen kan upphöra direkt som ett resultat av upptäckt, men slutdatumet kan också påverkas av processens gång, dvs. bestämmas av hur

sannolikt det enligt den skadevållande parten är att konkurrensskada kommer att beviljas av en domstol. Rimligt är att anta att överträdelsen upphör senast i samband med att de rättsliga processerna avslutas antingen genom förlikning eller genom avgivande av dom.

Skadan av en överträdelse behöver dock inte vara begränsad till tidsperioden för överträdelsen. Ofta tar det en tid innan den skadelidande parten är fullt ut kompenserad. Detta skulle t.ex. vara fallet om det drabbade företaget tappat stora marknadsandelar på eller exkluderats från en marknad och det tar tid för företaget att bygga upp sin position på marknaden. I vissa fall räcker det således inte med att känna till start och slutdatum för den skadegörande handlingen för att korrekt värdera skadan eftersom skadeverkningar kan fortsätta långt efter det att själva överträdelsen har upphört. Slutligen, även om man är medveten om att konkurrensskada kvarstår efter överträdelsens upphörande, återstår frågan om hur lång tid det tar innan skadan upphör.

I det fall det är svårt att identifiera överträdelsens startpunkt kan det, om man tillämpar före-och-efter-metoden, vara aktuellt att låta den kontrafaktiska situationen baseras på perioden efter överträdelsen upphörande. Detta är dock heller inte oproblematiskt. När man beräknar skadan av en kartell kan det mycket väl vara så att priset är högre än vad som är normalt efter kartellavslöjandet. Förutsättningarna för tyst samarbete kan ha ökat efter kartellens upphörande genom att företagen lärt sig från kartellsamarbetet. Vi har tidigare argumenterat för att tyst samarbete inte är olagligt. Men om förutsättningarna för tyst samarbete skapats genom kartellen så är detta en skada till följd av kartellen som inte skulle ha uppstått i dess frånvaro. Om man inte tar hänsyn till detta kommer konkurrensskadan att underskattas.⁵⁸ Liknande underskattningar av konkurrensskadan kan fås om det tar ett tag innan priserna är tillbaka på normal nivå, dvs. om det finns en transitionsperiod som inte beaktats.

Vidare finns det (åtminstone i teorin) incitament för en kartell att hålla kvar vid ett högre pris än normalt efter kartellens avslöjande. Det kan ligga i kartellföretagens intresse att inte sänka priset för mycket eftersom det skadestånd som företagen riskerar att få betala är direkt positivt korrelerad med storleken på prissänkningen. Ju längre kartellen varit verksam, desto starkare torde incitamenten vara att inte sänka priset eftersom skadan för fler perioder ska ersättas. Effekten av ett sådan handlande kan leda till en överskattning av marknadens korrekta pris och därmed en underskattning av den konkurrensskada kartellen orsakat, Harrington [2004]. Å andra sidan kan det vara så att konkurrensen blir hårdare (och priset lägre) efter överträdelsens upphörande än vad som gällde före överträdelsens startpunkt. Beräkningar av konkurrensskada kan då överskatta konkurrensskadan om man baserar beräkningarna på perioden efter överträdelsen. Intertemporala aspekter är således viktiga att ta hänsyn till vid beräkningen av konkurrensskada

⁵⁸ Connor [2001] menar att detta kan vara en förklaring till att priserna i lysinkartellen inte gick ned så mycket efter avslöjandet av kartellen.

4.2 Ex ante- eller ex post-beräkningar

Förutsättningarna för att beräkna konkurrensskada beror på vilken information man har tillgång till. Brist på information gör beräkningarna osäkra. Betydelsen av osäkerhet kan dock begränsas av själva skadestandsprocessen. Eftersom den rättsliga processen ofta tar lång tid är det möjligt att använda information om marknaden och dess aktörer som kommit fram i efterhand för beräkningen av konkurrensskadan. Frågan är dock om information som tillkommit efter överträdelsens avslöjande ska beaktas, eller om hänsyn endast ska tas till den information som fanns vid avslöjandet av överträdelsen. Alltså, ska skadan beräknas *ex post* eller *ex ante*?

För många överträdelser där den skadedrabbade parten är kvar på marknaden, t.ex. vid beräkning av skadan till följd av en kartell, spelar det en mindre roll om man tar hänsyn till information i efterhand eller inte. Skillnaden mellan de olika angreppssätten är dock särskilt framträdande när ett företag tvingats lämna marknaden eller hindrats inträde och där det är fråga om att kvantifiera värdet av företagets "förlorade möjligheter", Tye och Kalos [1996].

När ett företag funnits på marknaden men exkluderats från den till följd av en överträdelse ställs man inför problemet att hitta ett mått på förlusten. Här finns två möjligheter, antingen det diskonterade nuvärdet av framtida vinster eller marknadsvärdet hos företaget före skadan (se avsnitt 3.11). Ex ante beräkningar tar sin utgångspunkt i den tidpunkt då konkurrensskadan börjar (alternativt då överträdelsen påbörjades), dvs. vid den tidpunkt då det faktiska och det kontrafaktiska scenariot börjar skilja sig åt. Beräkningarna utgår alltså från den information som fanns tillgänglig vid denna tidpunkt och beaktar alla möjliga framtida utfall när det kontrafaktiska scenariot konstrueras. Ex post-beräkningar, å andra sidan, utgår från tidpunkten för rättegången och använder all information som finns tillgänglig vid konstruktionen av det kontrafaktiska scenariot, Taurman och Bodington [1992]. Det är uppenbart att beräkningarna baserat på de två olika angreppssätten kan komma fram till olika skadebelopp. Avgörande för detta är vilka osäkerheter som rådde när överträdelsen startade samt hur ekonomin och marknaden utvecklats under utredningsperioden. En redogörelse för skillnaderna mellan ex ante- och ex postberäkningar redovisas i tabell 4.1.

Tabell 4.1 Ex ante eller ex post beräkningar av konkurrensskada

Ex ante	Ex post
Använder endast den information som fanns tillgänglig vid överträdelsen.	Använder all den information som finns tillgänglig vid rättegången.
Tar hänsyn till alla möjliga utfall.	Tar hänsyn till det faktiska utfallet.
Diskonterar alla framtida skador till tidpunkten för överträdelsen.	Diskonterar endast skadorna till tidpunkten för rättegången.
Ersätter målsägande för risken av förlorad möjlighet.	Ersätter målsägande för risken av förlorad möjlighet vid tidpunkten för rättegången.
Strävar efter att fullt ut ersätta den skadedrabbade för skadans värde vid tidpunkten för överträdelsen.	Strävar efter att fullt ut ersätta den skadedrabbade för skadans värde vid tidpunkten för rättegången.

Källa: Tabell 5 och 6 i Tye och Kalos [1996]

Båda angreppssätten är väl kända och har ofta använts i domstolsärenden. Ingen av metoderna tycks vara klart överlägsen den andra. Där till är båda behäftade med problem, speciellt om den påstådda förlusten till följd av överträdelsen är komplex. Förespråkarna av en ex anteanalys hänvisar ofta till att en ex post-analys är oförenlig med finansiell teori. Kritikerna av en ex anteanalys pekar på dess praktiska komplikationer samt att en ex post-analys är bättre lämpad om syftet är att ersätta den skadelidande fullt ut. Det har hänt att domare i ett specifikt ärende varit oeniga om vilken av angreppssätten som är bäst lämpad.⁵⁹ Klart är dock att utnyttjande av information som tillkommit i efterhand minskar osäkerheten och påverkar de antaganden som måste göras vid beräkningen av konkurrensskada.

Ett problem med ex ante-beräkningar är att det är svårt att vara objektiv i sina förväntningar när utfallet redan är känt. Dessutom är det svårt att "gå tillbaka i tiden" och uppskatta alla möjliga utfall, vilket öppnar upp för många spekulativa antaganden. Ex post-beräkningarna, å andra sidan, är beroende av rättegångens datum vilket till exempel kan medföra att den skadedrabbade kan gynnas av att vänta med stämningsansökan och fördröja rättegången. Givet att den ena eller den andra parten sannolikt gynnas av att använda ex post-respektive ex anteansatsen finns risken att en part önskar fördröja rättegången i hopp om att utfallet ska bli bättre än vid ett ex anteutfall, Taurman och Bodington [1992]. Ytterligare en effekt av ex post-beräkningar är att det kan finnas incitament att förändra sitt beteende efter det att en överträdelse upptäckts i syfte att påverka marknadens utveckling. En "sämre" marknadsutveckling kan betyda att ett exkluderat företag missat en mindre vinst och därmed är berättigad till lägre konkurrensskadeersättning enligt ex-post-beräkningen. Oavsett om marknaden manipulerats eller inte kan ex post beräkningar leda till att en överträdelse gynnat den exkluderade parten. Om utvecklingen på marknaden efter det att överträdelsen påbörjades var så pass ogynnsam att den skadedrabbade parten undvikit en förlust genom att den exkluderats, blir resultatet av ex post-beräkningarna att denne inte har rätt till någon ersättning alls. Det är heller inte så att det ena eller det andra synsättet alltid

⁵⁹ I *Fishman v. Estate of Wirtz*, 807, F.2D, 550-555 (7th Circuit) ansåg majoriteten av domarna att ex post metoden är att föredra medan domare Easterbrook i sin avvikande mening förespråkade ex ante metoden, 570-582.

gynnar den ena eller den andra parten. Ett enkelt exempel är när ett företag förhindras att göra en investering på en marknad och denna marknad i ett senare skede visade sig vara en "förlustmarknad". I detta fall gynnas företaget av att skadan beräknas ex ante samtidigt som det omvända gäller om investeringen skulle visa sig lyckosam.

Det är med andra ord är inte givet vilket angreppssätt som är att föredra, men det är rimligt att anta att domstolar kommer att beakta information i efterhand när de dömer ut skadestånd, vilket också erfarenheten från USA visar.

4.3 Potentiella problem med ekonometrisk metod⁶⁰

Tillämpningen av ekonometriska metoder ökar i konkurrensrätliga ärenden. Det kan därför vara motiverat att särskilt behandla vilka problem man kan ställas inför vid tillämpningen av dessa metoder och inte minst vilka effekter detta kan få på beräkningarna av konkurrensskada. Val av modell, förklarande variabler och tillgång till bra data är avgörande för att beräkningarna av konkurrensskada ska vara tillförlitliga. En kritisk granskning av hur den statistiska analysen utförts är essentiell för att inte felaktiga slutsatser ska dras. Det visar sig nämligen påfallande ofta att analyserna brister på grundläggande sätt och att detta kan få betydande konsekvenser. Några illustrerande exempel från konkreta domstolsärenden återges nedan.

Dåliga data

Data utgör den kritiska insatsfaktorn i regressionsanalys. Tillgången till bra data är en förutsättning för att man ska kunna tillämpa ekonometriska metoder. Utan bra data kan ingen tillförlitlig analys utföras. Problemet är dock att det ofta är kostsamt och inte minst tidsödande att ta fram bra data. Nyttan av att samla in data måste vägas mot nyttan av att kunna presentera tillförlitliga beräkningar. Sådana avvägningar kan vara svåra att göra. Dessutom måste man vara uppmärksam på vissa problem som kan finnas i data.

Det finns olika typer av data och de varierar i kvalitet i den meningen att de fungerar mer eller mindre bra som underlag för att beräkna konkurrensskadan. *Tidseriedata över priser och försålda kvantiteter* på den relevanta marknaden är mest användbara, särskilt om man också har tillgång till data från olika konkurrenter. Problemet är få tag på dessa data, särskilt konkurrenternas uppgifter, om de inte kan göras tillgängliga genom den rättsliga processen. Erfarenheter visar vidare att företag sällan sparar historiska data som kan vara nödvändiga för beräkningarna av konkurrensskadan. Alternativa datakällor kan därför vara aktuella.

I avsnitt 3.11 behandlades problem med att förlita sig på *data från företagens räkenskaper* eftersom de rapporterade vinsterna normalt sätt inte representerar

⁶⁰ Sammanställningen i detta avsnitt bygger bland annat på Finkelstein och Levenbach [1983], ABA [1996, kap. 5] och ABA [2005, flera kapitel].

ekonomiska vinster som nationalekonomer betraktar dem. Uppgifter från företagens räkenskaper kan dock ge viss kompletterande och värdefull information. Vidare finns det ofta *kommersiella databaser* tillgängliga som potentiellt skulle kunna användas i beräkningarna av konkurrensskadan. Om man använder sådana databaser är det viktigt att man har klart för sig hur data har samlats in. Urvalet behöver inte vara representativt, men detta kan testas genom att jämföra de kommersiella databaserna med företagsdata från den aktuella produkten/ marknaden ifråga. *Enkätstudier eller ordnade experiment* kan användas för att få fram information om hur priskänsliga kunderna är, vilket skulle kunna användas som input i simuleringsmodeller (se avsnitt 3.10) för att beräkna konkurrensskada. Dessa studier bygger på hypotetiska frågor om hur kunderna skulle ha reagerat om t.ex. priset höjdes med 5 procent. Sådana studier kan ofta utföras snabbt och till en lägre kostnad, men begränsningen ligger i att svaren är hypotetiska. Data från riktiga val är att föredra. Datoriseringen av försäljning i butiker har gjort det möjligt att ta fram s.k. *scanner data* (butiksdatabaser) som kan användas för att beräkna efterfrågans priselasticitet (egenpris- och korspriselasticiteter) för olika produkter.⁶¹ Användningen av denna typ av data är dock heller inte utan problem.⁶²

Utöver problemen med att hitta lämpliga data, finns det särskilda problem som man bör vara uppmärksam på. *Multikollinearitet* uppstår när två eller flera av de förklarande (oberoende) faktorerna är korrelerade med varandra, dvs. att det finns ett positivt eller negativt samband mellan faktorerna. Multikollinearitet är vanligt i de flesta regressioner men dess betydelse varierar mellan olika regressioner. Normalt leder inte multikollinearitet till stora problem, men om problemet är betydande kan det göra att konfidensintervallen blir så stora och att det inte statistisk går att fastställa ett överpris och därmed storleken på konkurrensskadan. Det finns metoder för att testa om multikollinearitet är ett stort problem och det går ibland att åtgärda problemet. Tecken på att multikollinearitet finns i datamaterialet är att värdena på regressionskoefficienterna får fel tecken (t.ex. ett negativt värde för en kostnadsfaktor som enligt teorin borde ha ett positivt värde när den förklarar variationer i pris),⁶³ eller att regressionskoefficienterna markant skiljer sig åt mellan olika datamaterial.⁶⁴

Förekomsten av *extrema datapunkter* (s.k. *outliers*), dvs. observationer som avviker signifikant från de andra observationerna i datamaterialet, kan vara ett problem om datamaterialet bygger på få observationer. Omedvetenhet om att sådana finns kan få stora konsekvenser för beräkningarna av konkurrensskadan. I ärendet *Conwood v. American Tobacco* (2002, 2003) som gällde marknaden för snus, beräknades den uppkomna skadan hos Conwood till ett belopp motsvarande 350 miljoner dollar som sedan tredubblades enligt amerikansk rättstradition. Det var

⁶¹ Det finns också företag som säljer sådana data, t.ex. AC Nielsen.

⁶² Se ABA [2005, Appendix IV] som utförligt behandlar problemen med att använda butiksdatabaser.

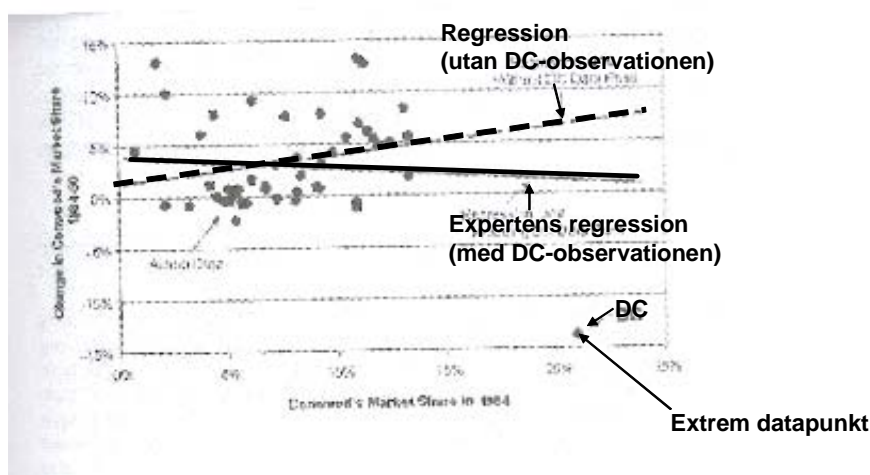
⁶³ Detta var till exempel fallet i ärendet *In re Plywood Antitrust Litigation* (1974 och 1982), refererat till i Finkelstein och Levebach [1985].

⁶⁴ Problemen med multikollinearitet togs också upp i ärendena och *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation* (2002) refererat till i Lopatka och Page [2005, s. 691 fotnot 478].

vid den tidpunkten den största konkurrensskada som dömts ut. Juryn tycks i stort sett ha grundat denna skada på ekonometriska uppskattningar gjorda av den skadelidande partens expertvittne.

I beräkningarna av skadan, som baserade sig på en studie av förändringar i marknadsandelar för Conwood, hade experten inte tagit hänsyn till förekomsten av extrema datapunkter.⁶⁵ Närmare bestämt hade den ekonomiska experten inkluderat men ignorerat betydelsen av en extrem datapunkt (marknadsandelen för Conwood i delstaten District of Columbia, DC). Effekten av detta illustreras i Figur 4.2.

Figur 4.2 Effekter av extrema datapunkter i ärendet Conwood



Källa: Figur 2 i ABA (2005, s. 171)

Utan att exakt gå in på vad regressionsanalysen visade och hur man kom fram till storleken på skadebeloppet är det tillräckligt för att illustrativt syfte att visa att förekomsten av extrema datapunkter kan få stora konsekvenser för beräkningarna. Expertvittnets regressionsanalys inkluderade datapunkten DC och det beräknade linjära sambandet mellan den beroende och förklarande faktorn visade sig vara negativt (negativ lutning på regressionslinjen). På grundval av det negativa sambandet beräknades skadan för Conwood till 350 miljoner dollar. Hade man exkluderat DC-observationen hade sambandet blivit positivt istället och då hade inte regressionsanalysen kunnat visa på någon skada överhuvudtaget. Trots detta betalades således konkurrensskada på drygt en miljard ut till Conwood!⁶⁶

En relevant fråga är självklart om man ska inkludera extrema datapunkter eller inte. Här är ekonomerna oense och båda varianterna tillämpas. Tumregeln är att noga undersöka varför den är extrem. Om den är extrem till följd av ett mätfel så bör man korrigera eller exkludera punkten. Den kan ha med omständigheter som är betydelsefulla för konkurrensen på marknaden att göra och då bör man

⁶⁵ Se ABA [2005, s. 168-172].

⁶⁶ Ärendet överklagades inte av American Tobacco men ett antal professorer i ekonometri/statistik skickade ett "amicus brief" till SC där de hävdade att expertvittnet skulle uteslutas och att en förnyad prövning skulle göras. SC delade inte denna slutsats och nekade omprövning, ABA [2005, s. 172-173, fotnot 10].

inkludera observationen i analysen på något sätt. Å andra sidan kan det vara så att observationen inte är representativ och då kan man ifrågasätta dess inkludering, som t.ex. i Conwood-ärendet. Under alla omständigheter bör man undersöka om datamaterialet innehåller extrema datapunkter. Det finns statistiska test som kan utföras för att identifiera eventuella problem med extrema datapunkter och dessa test är standard i alla statistikprogram. Ofta räcker det dock med att konstruera en figur för att upptäcka förekomsten av sådana datapunkter (såsom i Figur 4.2). Förekomsten av extrema datapunkter bör få konsekvenser för fastställandet av konkurrensskadebeloppet eftersom de påverkar hur pass robusta beräkningarna är.

Ofta stöter man på problemet med att det *saknas data*. Det kan saknas data för centrala faktorer som bestämmer priset, eller enstaka eller flera värden för en central faktor. Om data helt saknas för en viktig faktor kan det i bästa fall finnas tillgängliga data för andra faktorer som kan fungera som imperfekta substitut (s.k. proxyvariabler). Hur väl dessa substitut korrelerar med ursprungsfaktorn har betydelse för beräkningarnas tillämplighet. I värsta fall finns inga data tillgängliga och beräkningarna blir därmed inte tillförlitliga. Ett annat problem man kan stöta på är *felaggregerade data*. De flesta data kan brytas ned i olika delar, försäljningen kan uttryckas på dagbasis, månadsbasis, kvartalsbasis, årsbasis; försäljningen kan gälla en produkt eller en korg av produkter, på butiksnivå, kommunnivå eller regionnivå osv. Om det finns olika konkurrensdynamik i data kan detta skapa problem i beräkningarna av konkurrensskada.⁶⁷

Valet av förklarande variabler

Vid beräkningar av konkurrensskada i t.ex. överprisärenden är det nödvändigt att inkludera de faktorer som har störst påverkan på priset. Om man inte tar med de viktigaste faktorerna är regressionsmodellen felspecificerad, vilket ger otillförlitliga uppskattningar. Det går inte på förhand att säga om dessa felspecificerade modeller över- eller underskattar konkurrensskadan. Det är däremot inte viktigt att ta med alla potentiella faktorer som förklarar variationer i priset för att beräkningarna ska bli tillförlitliga. Ofta har man heller inte data till detta.

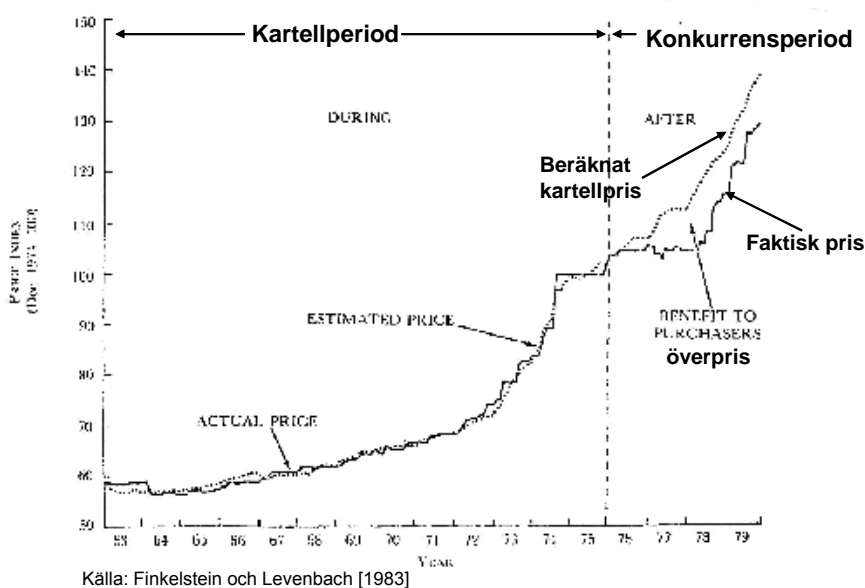
Hur väl en modell klarar att förklara variationerna i priset kan beskrivas med olika mått. Ofta hänvisar ekonometrikern till höga R^2 som ett bevis för att den modell som använts är bra och att det beräknade överpriset därmed är tillförlitligt. Storleken på R^2 , förutom när den är mycket låg (nära noll), är dock inte en direkt värdeämätare på hur väl modellen överensstämmer med verkligheten. Man kan ha ett högt R^2 utan att modellen är särskilt användbar, t.ex. när det gäller att göra prognoser utanför datamaterialet. Detta problem uppkommer ofta när historiska värden på en beroende faktor (här priset) också används som en oberoende faktor. Man brukar då prata om laggade faktorer och denna typ av faktorer används ofta vid beräkningen av överpriset om man har tillgång till tidseriedata. Om priset mäts

⁶⁷ Se ABA [2005, s. 69 och fotnot 8, samt Appendix 4].

per månad skulle man kunna använda priset i månaden före som en förklarande faktor.⁶⁸

Man bör dock vara vaksam när man inkluderar laggade variabler, särskilt om det finns trender i priset, dvs. att priserna är ökande eller fallande över en längre tidsperiod. Det finns nämligen en risk för att denna faktor blir dominerande och att man föranleds att tro att metoden är tillförlitlig, medan motsatsen egentligen föreligger. Ofta ser man vid dessa tillfällen att modellens förklaringsvärde, t.ex. mätt i R^2 , är högt. Detta gestaltar sig på ett sådant sätt att modellen är bra på att förklara variationer i priset inom den tidsperiod som studeras, men dålig på att prognostisera priser i andra perioder. I flera konkreta ärenden har det visat sig att den laggade beroende faktorn varit dominerande och att beräkningarna av konkurrensskadan därmed varit totalt missvisande. Ärendet *Corrugated Containers* (1977) är ett typexempel på problemet med laggade beroende faktorer vid förekomsten av trender.⁶⁹ De skadelidande parternas expert baserade sina beräkningar av konkurrensskadan på en regressionsanalys där en laggad prisfaktor var inkluderad. Beräkningarna av överpriset finns illustrerade i Figur 4.3.

Figur 4.3 Betydelsen av laggad beroende variabel i ärendet *Corrugated Container*



Experten använde prognosmetoden och baserade sina beräkningar på data från kartellperioden (1963-1975). Experten beräknade vad kartellpriset skulle ha varit

⁶⁸ Det finns en ekonomisk förklaring till varför det kan vara lämpligt att ha med laggade värden av priset som en förklarande faktor. På många marknader finns det en viss prisstelhhet, vilket t.ex. kan innebära att förändringar i kostnader inte direkt slår igenom i priset. Bensenmarknaden i Sverige är tydligt sådant exempel där bensenbolagen inte ändrar priserna dagligen trots att världsmarknadspriset på råvaran bensen dagligen förändras. Genom att inkludera laggade faktorer beaktar man denna prisstelhhet.

⁶⁹ Presentationen av fallet är hämtad från Finkelstein och Levenbach [1983] och finns även refererat till i bland annat ABA [1996].

om kartellen inte upphört 1975.⁷⁰ Experten kom fram till att överpriset var 7,8 procent och han visade också att modellens förklaringsvärde var högt ($R^2=0,99$) som ett bevis på att resultatet var tillförlitligt. De skadevållande parterna kritiserade den utförda analysen men gjorde ingen egen regressionsanalys. Under pågående process träffades en förlikning mellan parterna där en ersättning motsvarande 45 miljoner dollar betalades ut.

I ett senare domstolsärende (initierad av de skadelidande parter som hoppat av den tidigare skadestandsprocessen) beräknades återigen konkurrensskadan av samma ekonomiska expert. Intressant för denna process var att ny information om kartellens upphörande kommit fram, nämligen att kartellen upphört ett år tidigare (1974). Flera av kartellföretagen valde förlikning och satte upp en fond på 60 miljoner dollar för att betala konkurrensskadan. Fem företag valde dock att processa i domstol. Den ekonomiska experten gjorde nya beräkningar av överpriset, med hjälp av en modifierad men i huvudsak identisk modell och kom fram till att överpriset nu var hela 26 procent! Till skillnad från det föregående ärendet anlät de skadevållande parterna en ekonomisk expert⁷¹ som genom egna beräkningar visade att den utförda analysen av de skadelidande parternas expert inte var tillförlitlig utan som han uttryckte det: "värdelös". Bland annat visade experten att den laggade variabeln var mycket betydelsefull och att de prognosticerade priserna skulle blivit lägre för en kartell än under perfekt konkurrens om man beräknat samma modell baserat på data från en kortare period (t.ex. baserat på data för perioden 1963-1970) där trenden med successivt ökande priser inte var lika tydlig. Detta resultat är förstås tvärt emot vad man bör förvänta sig och en klar indikation på att modellen är felspecificerad. Det faktum att det finns en trend i priset gör att den laggade beroendefaktorn blir dominerande. Modellen blir därmed dålig på att förklara variationer utanför datamaterialet och ger i detta fall otillförlitliga beräkningar av konkurrensskadan. Det går att modifiera modellen genom att rensa för trenden. Detta gjordes av den skadevållande partens expert med resultatet att överpriset kraftigt reducerades och att förklaringsvärdet för modellen som helhet drastiskt sjönk till $R^2=0,33$. Kritiken tycks också ha haft effekt eftersom juryn nekade ersättning för konkurrensskada trots att förekomsten av en kartell fastställdes. Beräkningar som inte var tillförlitliga ledde således till ersättningar för privat konkurrensskada motsvarande totalt 105 miljoner dollar!

⁷⁰ Valet av prognosmetoden och data från kartellperioden berodde sannolikt på att experten hade mer data tillgängligt för kartellperioden än för konkurrensperioden.

⁷¹ Professor Franklin Fisher från MIT, USA.

5 Krav på beräkningarnas precision i domstol

“Damages are not rendered uncertain because they cannot be calculated with absolute exactness. It is sufficient if a reasonable basis of computation is afforded, although the result may be only approximate.”⁷²

5.1 Utgångspunkt

I föregående kapitel diskutera vi vilka metoder som kan användas för att beräkna konkurrensskada. Vi pekade också på metodernas styrkor och svagheter liksom mer generella problem som kan uppstå när man beräknar konkurrensskada. Det är därför naturligt att ställa sig frågan vad som krävs för att nå framgång i domstol. Eftersom beräkningar av konkurrensskada bygger på uppskattningar av en kontrafaktisk situation kan dessa inte annat än bli approximativa.

I Sverige finns ingen praxis eller erfarenhet när det gäller vilka krav som ska ställas på beräkningarnas precision i privata konkurrenskadeärenden. De fåtal ärenden som varit föremål för domstolsgranskning har resulterat i förlikning. Viss ledning kan möjligen hämtas från konkurrensrättsliga ärenden där Konkurrensverket varit part i målet.⁷³

Erfarenheter från USA är dock relevanta att behandla. Den privata tillämpningen av konkurrensreglerna är betydande i USA. Frågor kring bevisbördan är väl dokumenterade i domar, vetenskapliga tidskrifter och annan litteratur, även om majoriteten av ärendena resulterar i förlikning. De första centrala målen som skapat praxis som fortfarande gäller idag är daterade långt tillbaka i tiden. Det har också skett en stadig utveckling över tiden, åtminstone sedan 1977,⁷⁴ bland annat till följd av att inslaget av mer kvalificerad ekonomisk analys, såsom ekonometri, ökat. Faktum är att man riskerar att inte nå framgång i ärenden om man inte bygger bevisningen på ekonometrisk analys. I ärendet *Menasha Corp. v. New America In-Store Marketing Inc. (2004)* godkände inte den federala domstolen den skadelidande partens definition av den relevanta marknaden, delvis på grund av att ingen ekonometrisk analys fördes fram av parten.

Även om rättstraditionen skiljer sig mellan USA och Sverige torde erfarenheterna vara relevanta för svenska domstolar. Flera av problemställningarna kring bevisbördan är allmänna till sin natur och torde inte ha med nationell praxis att göra.

⁷² Utdrag ur domstolsskäl i målet *Eastman Kodak v. Southern Photo Company (1927)*, refererat till i Parker [1975].

⁷³ Sandin [2004] undersöker vilken typ av ekonomisk analys som är gångbar i svenska domstolar för sådana ärenden.

⁷⁴ Ärendet *Brunswick v. Pueblo Bowl-O-Mat, (1997)*, se fotnot 9.

5.2 Centrala frågeställningar för bevisbördan

Det finns flera frågeställningar som är relevanta med avseende på bevisbörda. I avsnitt 3.2 argumenterades för att det är rimligt att ställa hårdare krav på att fastställa överträdelse jämfört med att på att visa på konkurrensskadans storlek. Vi utgår därför från att konkurrensskada bevisats och att det återstår att precisera konkurrensskadans storlek. Andra viktiga frågeställningar för bevisbördan rör då:

- Vilka vetenskapliga krav ska ställas på beräkningarna?
- Vilken grad av spekulation är tillåten i beräkningarna av konkurrensskada?
- Vilken betydelse har ekonomisk teori för att göra sannolikt att konkurrensskada uppstår?
- Vilka metoder är mer eller mindre lämpliga för att beräkna konkurrensskada?
- Är det svårare att bevisa konkurrensskada för vissa typer av överträdelser?
- Vilken vikt lägger domstolarna vid ekonomernas beräkningar av konkurrensskada och vilka faktorer är viktiga för att vittnesmålet ska vara effektivt.

Nedan görs en sammanfattning av de viktigaste erfarenheterna från amerikansk praxis kring dessa frågor.

5.3 Generella vetenskapliga krav

Allmänt

Parter i konkurrensskademål har sedan lång tid tillbaka använt sig av ekonomer som expertvittnen för att styrka sin sak. De krav som ställts på expertvittnena har förändrats och konkretiserats med tiden. Den viktigaste händelsen på senare tid som reglerar kraven på expertvittnen i amerikanska domstolar är domslutet i ärendet *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. (1993)*.⁷⁵ Enligt domstolen måste ett expertvittnen avvisas om dess vetenskapliga metod inte är generellt accepterad i den relevanta vetenskapliga disciplinen. Andra viktiga domar där kravet på vetenskaplig metod fastställdes är *General Electric Co. v. Joiner (1997)* och *Kumho Tire Co. v. Carmichael* där domstolen i det senare fallet uttalade sig enligt följande:

"The objective of that requirement is to ensure the reliability and relevance of the expert testimony. It is to make certain that an expert, whether basing testimony upon professional studies or personal experience, employs in the court room the same level of intellectual rigor that characterizes the practise of an expert in the relevant field."

⁷⁵ Ärendet gällde ett tvistemål där ett par och deras barn stämde ett läkemedelsföretag för att moderns intag av företagets läkemedel Bendectin orsakat skador vid barnens födslar. Den skadelidande parten använde åtta expertvittnen som visade att läkemedlet kunde ge (ECON:s understrykning) de påstådda bieffekterna. Domstolen avvisade dock expertvittnena med hänvisning till att åtskilliga studier publicerade i vetenskapliga tidskrifter visat att risken för dessa bieffekter inte fanns.

Kraven på expertvittnena har också förändrat skrivningen i de federala bevisreglerna på motsvarande sätt.

Även om ärendet inte utgör ett konkurrensskademål fastställer domen i Daubert-ärendet de kriterier som ska gälla för att personer överhuvudtaget ska få ställa upp som expertvittnen (termen "admissibility" används) i domstol, nämligen:

1. att metoden på vilket expertvittnen bygger sitt vittnesmål på är centrerad kring en hypotes som kan testas,
2. att den kända eller potentiella risken för fel förknippade med metoden inte är för hög (signifikansnivån måste vara godtagbar),
3. att metoden har varit föremål för vetenskaplig granskning,
4. att metoden är vetenskapligt accepterad inom den relevanta forskningsdisciplinen.

Kravet på att expertvittnets analys ska bygga på erkända vetenskapliga metoder utgör således grunden för att denne överhuvudtaget ska få ställa upp som expertvittne och är således en princip för gallring.

I Sverige är det, till skillnad från USA, inte aktuellt att utesluta vittnesmål eftersom fri bevisprövning gäller. Vem som helst har således rätt att föra fram bevisning i ett ärende. Kriterierna är ändå av intresse eftersom de borde ha betydelse för vilken vikt man lägger vid vittnesmålet. Detta är också fallet i amerikansk praxis. Att en ekonom godkänts som expertvittne betyder inte att dennes analys kommer att tillmätas vikt i ett enskilt ärende.⁷⁶ Ett sätt att se på saken är att beräkningar av konkurrensskada som uppfyller de krav som ställs inom vetenskapen är nödvändiga men inte nödvändigtvis tillräckliga för att tillmätas vikt. Med andra ord, borde det rimligen vara så att samma typ av vetenskapliga kriterier som gäller för att en ekonom ska godkännas som expertvittne i ett amerikanskt ärende bör vara uppfyllda för att ekonomens vittnesmål ska tillmätas vikt i ett svenskt ärende. Redovisningen nedan bör ses med utgångspunkt från en sådan jämförelse.

Tillämpning på ekonomometriska metoder⁷⁷

Hur kraven på vetenskaplig metod konkret gestaltar sig redovisas med utgångspunkt från tillämpningen av ekonometriska metoder.⁷⁸ För lämplighetens skull redogörs praxis utifrån nedan kriterier:⁷⁹

⁷⁶ I praktiken tycks sannolikheten ändå vara hög för att konkurrensskada utdöms om den skadedrabbade parten lyckats bevisa att skada uppkommit och beräkningar gjorts av ekonomer som uppfyller Daubert-kriterierna. Enligt Gregory Werden (chefekonom på Department of Justice, USA) beror detta bland annat på jurysystemet, dvs. att juryn ofta är benägen att bevilja höga skadestånd om det är bevisat att överträdelse ägt rum, samt att den skadedrabbade parten i för låg utsträckning använder ekonomisk analys för att ifrågasätta beräkningarna. I det senare fallet vill helt enkelt inte den skadevällande parten låta processen fokusera på storleken på skadan, utan på huruvida skada eller inte har uppstått. Juryns uttalande vilja att ge ersättning för konkurrensskada finns också refererat till Litan och Shapiro [2001, s. 13-14].

⁷⁷ Genomgången i detta avsnitt bygger till stora delar ABA [2005, kap. II].

- Kvalificering: Expertvittnen som tillämpar ekonometriska metoder måste ha förutsättningar för att kunna vittna på ett kompetent sätt i det ämne som är föremål för granskning.
- Tillförlitlighet (reliabilitet): Expertens val av metod måste vara tillförlitlig.
- Relevans: Vittnesmålet måste vara relevant för den aktuella saken i domstolen.

För att kunna kvalificeras som expert ställer domstolarna krav på kunskap, skicklighet, erfarenhet och utbildning i det ämne som är föremål för granskning. För ekonometriska studier innebär detta vanligen att vederbörande kan påvisa uppnådda akademiska examina i nationalekonomi och statistik liksom erfarenhet av att tillämpa regressionsanalys i praktiken. I flera ärenden har vittnen godkänts som experter till följd av att de haft en doktorsgrad i ekonomi eller statistik, att de publicerat flera böcker och vetenskapliga artiklar i regressionsanalys, att de undervisat i ämnet, att de tillämpat ekonometri som konsulter, eller att de varit experter i domstol vid tidigare tillfällen.

Det ställs normalt inte ett krav på att vittnet är expert inom alla områden för att denne ska kvalificera sig som expertvittne. Det är t.ex. normalt inte ett krav att expertvittnet har erfarenhet från den industri som är föremål för granskning även om det är en fördel. I de fall där ett vittne inte godkänts som expertvittne beror det i huvudsak på att vederbörande enligt domstolen inte hade tillräcklig utbildning och erfarenhet i ämnet.

Kravet på tillförlitlighet kretsar i huvudsak kring den metodologi på vilket expertvittnet bygger sitt vittnesmål på och som är centralt för att expertvittnet ska godkännas. Multipel regressionsanalys har ansetts utgöra en tillförlitlig metod av domstolarna eftersom de bygger på vetenskaplig metod.⁸⁰ Det är t.ex. viktigt att metoden på vilket expertvittnen bygger sitt vittnesmål på är centrerad kring en hypotes som kan testas och att hypotesen är verifierad med en tillräcklig grad av statistisk säkerhet. I det senare gäller det som vetenskapligt tillämpas, dvs. ett tillräckligt högt förklaringsvärde för modellen som helhet och signifikans på 1- eller 5 procentig nivå för enskilda variabler.⁸¹ Ekonometriska metoder har dessa egenskaper. Anta att man med ekonometrisk metod (dummyvariabelmetoden eller prognosmetoden) visar att priset var högre under kartellperioden, även om man tagit hänsyn till andra viktiga efterfråge- och utbudsförhållanden på marknaden, samt att detta resultat är statistiskt säkerställt. En sådan metod följer de nämnda fyra kriterierna.

⁷⁸ Litteraturen kring ämnet är inte uppdelat på ett sådant sätt att det klart går att skilja mellan privata konkurrensärenden och ärenden som drivs av en konkurrensmyndighet.

⁷⁹ Uppdelningen följer den i ABA [2005, kap II].

⁸⁰ Regressionsanalys godkändes dock generellt sett som metod långt före *Daubert*. Ärendet *Colorado ex rel Woodard v. Goodell Bros.* från 1987 är ett exempel där regressionsanalys tillämpades för att bevisa att privat konkurrensskada uppstått samt hur stor skadan var.

⁸¹ Se diskussion i Fisher [1983, s. 716-720] för en tillämpning av signifikansnivåer i domstolsärenden.

Det finns också andra centrala faktorer i analysen som kan avgöra i vilken grad expertvittnet ska anses som tillförlitligt:

- i vilken grad expertvittne inte beaktat centrala variabler i sin regressionsanalys,
- i vilken grad expertvittne missat att ta hänsyn till markanta avvikelser i datamaterialet, s.k. outliers,
- i vilken grad det finns betydande problem med de data som analysen bygger på,
- i vilken grad metoden som tillämpats i ärendet är framtagen oberoende av domstolsärendet.⁸²

Av domstolsärendena framkommer att de olika parterna lägger ner betydande resurser på att ifrågasätta varandras ekonomer i syfte att de inte ska anses godtagbara som expertvittnen. Ofta sker ifrågasättandet kring detaljerade frågor som val av metod (extrapolering från existerande data), val av förklarande faktorer (vilka faktorer som ska vara med eller inte); faktorernas mått (logaritmiska värden i stället för absoluta värden; genomsnitt i stället för absoluta värden); proxies (producentprisindex i stället för faktiska priser); datamaterialet (aggregeringsnivå, inkluderande av ej relevanta produkter eller geografiska områden); bristen på utförande av olika statistiska tester m.m.⁸³ Ofta räcker ifrågasättanden inte till för att diskvalificera ekonomerna som expertvittnen. Illustrerande exempel gäller inte minst de ofta heta debatterna kring vilka variabler som ska inkluderas eller inte i en regressionsanalys. I det för senare praxis viktiga ärendet *Bazemore and Friday (1986)* menade domstolen att det inte är nödvändigt att ta med alla tänkbara variabler i en regressionsanalys. Centralt är att valet av variabler måste väljas kritiskt utifrån de fakta och bevis som för övrigt finns i ärendet. Vidare kritiserar expertvittnen ofta av motparten för att de inte beaktat andra viktiga faktorer. För att nå framgång i sådan kritik måste dock parten själv visa att faktorerna har betydelse genom egna beräkningar, annars tillmäts inte kritiken betydelse. Expertvittnet kan själv vinna förtroende genom att denne kompletterar analysen i efterhand genom att inkludera de "viktiga" faktorer som ursprungligen saknades för att visa i vilken grad de har betydelse för resultaten.⁸⁴

Även beräkningar som inte baserar sig på erkända metoder har godkänts av domstolarna på grund av att de speglar faktisk tillämpning i den industri som undersökts. Detta gällde till exempel i ärendet *Allapattah Services v. Exxon Corp. (1999)* där den skadevällande parten ifrågasatte den skadelidande partens expertvittne för att denne baserat sin analys på data över ett företags marginaler i stället för priser. Domstolen fann dock att tillämpningen på marginaler var relevant eftersom det låg i linje med den interna tillämpningen hos företagen i fråga och eftersom det stämde överens med dokument från företaget.

⁸² Regressionsanalys som metod är framtagen oberoende av domstolsärendet.

⁸³ Exempelen inom parantes avser konkreta frågor i ärendena.

⁸⁴ Detta gjordes i ärendet *Conwood v. American Tobacco* [2002, 2003].

Om markanta avvikelser (outliers) inkluderats eller inte har generellt sett inte resulterat i att regressionsanalysen inte ansetts tillförlitlig med motiveringen att bägge metoderna tillämpas av ekonomer. Fel eller begränsningar i datamaterialet brukar normalt heller inte anses tillräckligt för att analysen inte ska anses tillförlitlig. Vidare godkänns ofta aggregering av data, liksom analys baserad på genomsnittliga värden (t.ex. genomsnittliga priser).

Faktorer som däremot lett till att ekonomer inte godkänts som expertvittne är:

- att de inte tillämpat erkända metoder utan att förklara varför,
- att de inte testat hypoteser under den relevanta tidsperioden utan endast byggt sina vittnesmål på gissningar utifrån data från en annan tidsperiod,
- att de negligerat viktiga faktorer som förklarar t.ex. prissättningen på marknaden,
- att de inte skiljer på effekter av lagliga respektive olagliga handlingar,
- att de antagit att prisökningar under kartellperioden endast är resultatet av kartellen och inte av förändringar i andra efterfråge- och utbudsfaktorer på marknaden,
- att de ignorerat annan viktig bevisning i ärendet,
- att de styrts för hårt av den skadelidande eller skadedrabbade parten,
- att datamaterialet varit för brett med hänsyn tagen till geografisk marknad, produktmix och tidsperiod.

Likaledes känner domstolarna tveksamhet till analyser där expertvittnen undgått att föra fram informationen kring metodernas potentiella fel och statistisk signifikans.

Sammanfattningsvis kan man således dra slutsatsen att ekonometriska metoder godtagits av domstolarna om de utförts på ett nöjaktigt sätt. Endast i de fall klara brister finns i analysen anses tillförlitligheten inte uppfyllt. Några utvalda citat från domslut i enskilda ärenden är illustrerande:

"The scientific method used by the economists, multiple regression analysis, is reliable. Therefore, the results of such analysis should be accepted assuming that it was done properly."

"Generally, econometric and regression analyses are considered reliable disciplines."

"There is no dispute that when used properly multiple regression analysis is one of the mainstream tools in economic study and it is an accepted method of determining damages in antitrust litigation."

Det faktum att expertvittnet t.ex. tillämpat metoder som inte är allmänt accepterade, utelämnat vissa variabler, använt för brett datamaterial osv. kan dock påverka analysens värde.

En central faktor vid bedömningen av om en ekonom ska klassas som expertvittne i USA är om vittnesmålet är *relevant* för den aktuella saken i domstolen, dvs. om den tillför relevanta fakta i målet. Det är inte nödvändigt att dessa fakta besvarar de mest centrala frågeställningarna i ärendet så länge de bidrar med förståelsen kring hur marknaden fungerar. Regressionsanalys kan t.ex. bidra med att förklara vilka faktorer som påverkar prissättningen på en marknad även om resultaten från analysen inte är tillräckliga för att besvara frågan om överprissättning förekommer. Regressionsanalys kan således bidra till att organisera data på ett meningsfullt sätt så att olika faktorerers relativa betydelse för t.ex. prissättningen på marknaden kommer fram.

Det är endast i fall där regressionsanalysen inte stämmer överens med de faktiska omständigheterna på marknaden som expertvittnen kan exkluderas till följd av brist på relevans. Med andra ord anses inte regressionsanalys vara relevant om det finns ett stort gap mellan uppgifter (data) från marknaden och vittnesmålet från experten. SC uttalade i målet *General Electric Co v. Joiner* (1997) att:

“Nothing in either Daubert or the Federal Rules of Evidence requires a district court to admit opinion evidence which is connected to existing data only by ipse dixit of the expert. A court may conclude that there is simply too great an analytical gap between data and opinion offered.”⁸⁵

Vittnesmål som presenteras i form av rättsliga slutsatser anses vidare heller inte relevant. Expertvittnet bör med sin analys t.ex. endast besvara frågan om förhållandena på den relevanta marknaden under en viss period är konsistent med det faktum att en kartell varit verksam i perioden och inte att dra slutsatsen att det föreligger en kartell enligt lagens definition.

5.4 Rimliga beräkningar⁸⁶

Av avsnitt 3.2 framkommer att beräkningarna av konkurrensskada, enligt amerikansk rättspraxis, måste vara rimliga och att ren spekulering avvisas. En naturlig fråga är därför var gränsen för spekulering och rimlighet går och vilka beviskrav detta ställer på parterna i målet.

Principen om ersättning för nettoskada är viktig. Ett företag som förlorat inkomster kan ha gjort det till följd av en överträdelse av konkurrensreglerna, men också till följd av andra lagliga handlingar eller förändringar på marknaden. Det är endast inkomstförluster till följd av den olagliga handlingen (nettoskadan) som är ersättningsberättigad. I vilken grad ekonomisk analys klarar att skilja ut handlingar som är ersättningsberättigande har därför betydelse för möjligheterna att få ersättning för konkurrensskada. Vid beräkningarna av konkurrensskada måste man således justera för kostnadsminskningar som undviks till följd av

⁸⁵ Se referens i ABA [2005, s.51-52].

⁸⁶ Genomgången i detta avsnitt bygger på Blair och Page [1995], Hovenkamp [1994, kap. 17], Lopatka och Page [2005], samt Wahl [2000].

överträdelsen liksom för de vinster som företaget gjort eller kunde ha gjort genom att följa det näst bästa alternativet. I amerikansk praxis görs ingen skillnad mellan om den skadelidande parten faktiskt fullföljt det nästbästa alternativet eller inte. Denna princip att endast beräkna konkurrensskadan på grundval av nettoskadan illustreras till exempel i ärendet *Los Angeles Memorial Coliseum Comm'n v. National Football League* (1986) där domstolen menade att

"An antitrust plaintiff may recover only the 'net' extent of its injury; if benefits accrued to it because of an antitrust violation, those benefits must be deduced from the gross damages caused by the illegal conduct".⁸⁷

eller i ärendet *Eastman Kodak och Southern Photo Materials* (1995):

"The only way of asserting whether the business was more profitable in one year than the other is by comparing the net profits for one year with another".⁸⁸

Att mäta nettoskadan genom att ta hänsyn till kostnadsminskningar och vinster från den näst bästa lösningen kan uppenbart vara problematiskt. I många fall kan det också vara svårt att visa att det överhuvudtaget uppstått konkurrensskada och även om detta visats kan det vara svårt att särskilja effekter av olika handlingar där några är olagliga och andra lagliga, vilket ofta är fallet. Bevisbördan att särskilja effekter från lagliga och olagliga handlingar faller normalt på den skadelidande parten. Om den skadelidande parten försökt särskilja effekterna kan bevisbördan föras över till den skadevällande parten. I vissa fall kan överträdelsen vara tätt sammanvävd med lagliga handlingar eller effekten av överträdelsen förstärkas av lagliga handlingar på ett sådant sätt att det inte går att separera effekterna av de olika handlingarna. I sådana fall har domstolarna ansett att den skadelidande parten ska ha rätt till ersättning för konkurrensskada.⁸⁹ Slutligen kan det vara så att fler handlingar är olagliga. Amerikanska domstolar ställer som tidigare nämnts starka krav på att den skadelidande parten ska kunna visa att konkurrensskada uppstått. I den mån flera handlingar är olagliga så krävs normalt inte att den skadelidande parten ska kunna särskilja effekterna av de olika handlingarna om den skadelidande parten kan visa att det är problematiskt att särskilja effekterna.

När man tecknar den kontrafaktiska situationen är det ofta så att man måste basera sin analys på ett flertal olika antaganden där vart ett för sig verkar rimligt. Men, ju fler rimliga antagande man måste göra, desto mindre sannolikt är det att just ett specifikt utfall ska hända på en marknad och desto mer spekulativ blir uppskattningen. Detta är särskilt relevant i ärenden där överträdelser lett till exkludering eller hindrat företag från att komma in på marknaden.

⁸⁷ För referenser se Blair och Page [1995, fotnot 14].

⁸⁸ För referenser se Blair och Page [1995, fotnot 19].

⁸⁹ Blair och Page [1995, s. 448-450]

En framgångsrik beräkning av konkurrensskada måste utgå från principen att företagen på marknaden, inklusive den skadelidande parten, är rationella.⁹⁰ Centralt för detta är antagandet att företagen maximerar sina vinster. Om man kan visa att en handling är rationell, är det inte nödvändigt att föra fram bevisning för att handlingen skulle ha inträffat. Den skadelidande parten kan t.ex. inte utgå från att dess inträde på marknaden inte skulle föranleda motåtgärder från konkurrenterna i form av lägre priser eller andra handlingar som ökar konkurrensen. Om man däremot tagit hänsyn till konkurrenternas möjliga motåtgärder tycks uppskattningar av effekterna vara tillräckliga. På motsvarande sätt måste man utgå från att den skadelidande partens handlingar är rationella, t.ex. genom att företaget antas fullfölja ett näst-bästa-alternativ (se ovan). Vidare är det inte en framkomlig väg att hävda osannolika tillväxttakter på marknaden, dels för att inträde eller konkurrensfrämjande åtgärder från konkurrenter inte beaktas, dels för att tillväxten kan begränsas av kapacitets-restriktioner, skalavkastning eller marknadens storlek. Detta har påtalats i flera domstolsärenden.

Amerikanska domstolar baserar bevisbördan på sannolikheten för att ett visst agerande ska leda till konkurrensskada. Ekonomisk teori har därför varit betydelsefull för fastställandet av konkurrensskada.⁹¹ Förenklat sett kan man säga att bevisbördan satts lägre (högre) om någon av parterna med hjälp av ekonomisk teori kan göra det rimligt klart att det måste röra sig (inte kan röra sig) om en konkurrensskada till följd av en överträdelse av konkurrensreglerna. Ju mer (mindre) sannolikt ett agerande är förenligt med ekonomisk teori som visar att skada måste uppstå (inte kan uppstå), desto lägre (högre) är beviskraven. Några exempel från konkreta domstolsärenden är illustrerande:

- I ärendet *Malcom v. Marathon Oil, Co. (1981)* ansåg domstolen att de antaganden som ligger bakom underprissättning närmast implicerar att konkurrensskada måste uppstå eftersom det finns en direkt länk mellan lägre priser och minskade intäkter och vinster för den skadelidande parten.

*"In cases where the defendants acts are motivated by intent to injure, the inferential leap to the finding of fact of damage, is not great."*⁹²

- Ett annat viktigt resultat i ekonomisk teori är att företag som inte är medlemmar i en priskartell inte kan förväntas uppleva någon konkurrensskada till följd av kartellpriser. Ekonomisk teori visar nämligen att icke-kartellmedlemmar också kommer att öka priserna (om än inte lika mycket) och vinna marknadsandelar om de inte deltar i kartellen. Detta är ett rationellt beteende. De kommer med andra ord att tjäna på kartellen och kan därför inte drabbas av

⁹⁰ Blair och Page 1995 [1995, kap. 5] samt Hovenkamp [1994, kap. 17]

⁹¹ Blair och Page [1995, kap. III B].

⁹² Se referens i Blair och Page [1995, sid. 439, fotnot 46].

konkurrensskada. På basis av ekonomisk teori kan man därför utesluta uppkomsten av konkurrensskada för konkurrenter till följd av för höga priser.⁹³

- På motsvarande kan ekonomisk teori också utesluta konkurrensskada i ärenden med kopplingsförbehåll. Anta att den skadevållande parten höjer priset på en produkt som är kopplat till en annan produkt och att produkterna konsumeras i fasta proportioner. För att kunna visa på potentiellt missbruk (monopolisering) krävs att priset på den andra produkten inte sänkts med motsvarande belopp. Nettopriset, måste ha ökat för att det ska kunna vara tal om konkurrensskada eftersom det är detta pris som är intressant för kunden.⁹⁴

Ovan ärenden visar således att parterna kan referera till ekonomisk teori och därmed göra det mer eller mindre troligt att konkurrensskada uppstått. Ekonomisk teori visar dock att det kan finnas andra faktorer på marknaden som ger liknade effekter som den konkurrenssnedvridande handlingen och som därmed inte ska vara ersättningsgillt. Det betyder med andra ord att den skadelidande parten måste bevisa att skadan inte uppstått till följd av förändringar i andra "lagliga" faktorer. Relevanta faktorer är förändringar i efterfråge- och utbudsförhållandena på marknaden, förändringar i priser för substitut och komplementprodukter, förändringar i företagens strategier på marknaden och konkurrensgraden, betydande inträde av nya företag, produktutveckling, förändringar offentlig politik och reglering av marknaden etc. I ärendet *Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research Inc.*, (1969) menade SC (genom att också referera till ärendet *Bigelow v. RKO Radio Pictures* (1946)) att man kan acceptera att det visas på tendenser till skada så länge skadan inte visats bero på andra omständigheter. Beroende på omständigheterna på marknaden kan bevisbördan för den skadelidande parten bli väl så betydande.

5.5 Bevisbördan för olika beräkningsmetoder⁹⁵

De metoder som redovisades i kapitel 3 har bedömts visat sig vara olika gångbara i domstol. I grunden beror detta på vilka möjligheterna varit för att teckna den kontrafaktiska situationen på ett nöjaktigt sätt.

Före-och-efter-metoden var länge den vanligaste och mest erkända av domstolarna.⁹⁶ Metoden accepterades redan i tidiga konkurrensskademål just på grund av att den minskade spekulationerna kring hur stor skadan skulle anses vara.⁹⁷ Det förekom också att man accepterade metoden trots att den i enskilda ärenden inte tog hänsyn

⁹³ Detta har fastställts i flera ärenden, som t.ex. *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Zenith Radio Corporation* (1986); *Datagate Inc. v. Hewlett-Packard* (1991), och *Belcher Oil Co. v. Florida Fuels Inc.* (1990).

⁹⁴ Amerikanska domstolar tycks inledningsvis, fram till ca 1977 endast ha fokuserat på priset för den bundna varan. Det är först senare, ungefär när de första vetenskapliga artiklarna om kopplingsförbehåll publiceras (Adams och Yellen [1976]) som, fokuseringen på det sammanlagda priset för produkterna utgjort utgångspunkt för konkurrensskadeberäkningen. Se Hovenkamp [1994, kap. 17.5d, och ärenden refererade till i fotnoterna 31 (ärenden fram till 1977) och fotnot 32 (ärenden från 1982)]. Se även ABA [1996, kap. 6 C]

⁹⁵ Sammanställningen i detta avsnitt bygger på Blair och Page [1995].

⁹⁶ Invändningar mot att detta skulle vara domstolarnas uppfattning finns dock i Parker [1972] refererat till i Wahl [2000, s. 378, fotnot 36].

⁹⁷ Ärendena *Roseland v. Phister Mfg. Co* (1942); *Eastman Kodak v. Southern Photo* (1927) och *Bigelow v. RKO Radio Pictures Inc.* (1946) utgör exempel..

till andra betydelsefulla faktorer på marknaden av betydelse. Nyttan med metoden hänger först och främst ihop med i vilken grad det är möjligt att jämföra olika tidsperioder. Eftersom alla marknader förändras med tiden kan detta uppenbart vara problematiskt. Domstolarna har dock inte krävt att perioderna ska vara identiska, men att de ska vara jämförbara. Jämförelseperiodens egenskaper har därför visat sig vara relevanta.

Jämförelseperiodens längd kan ha betydelse för metodens tillförlitlighet. Om den skadelidande parten funnits på marknaden en längre tid ger detta relevant information. Praxis visar dock att accepterade jämförelseperioder varierat i längd. Domstolar har t.ex. accepterat mycket korta perioder (ett eller ett fåtal månader) i enskilda ärenden. Gemensamt för dessa ärenden tycks ha varit att marknaden typiskt nog varit växande och att en vinst i perioden innan (även om perioden var kort) gav goda indikationer på att företaget också skulle ha gjort vinster i perioderna efter om inte överträdelsen ägt rum. Längre jämförelseperioder är heller ingen garant för att jämförelsen ska accepteras av domstolarna. Detta gäller särskilt om beräkningarna baserar sig på ett urval av perioder, t.ex. enbart år där den skadelidande parten gjorde vinst eller särskilt hög vinst. Detta gäller också om den skadelidande parten gjorde förluster i perioden(rna) omedelbart före överträdelseperioden och det därmed blir svårt att skilja förluster till följd av överträdelsen från förluster till följd av en negativ trend i den skadelidande partens lönsamhet.

Betydelsen av andra faktorer som kan påverka resultatet hos den skadelidande parten är essentiell att beakta vid beräkningarna av konkurrensskada. Detta gäller främst faktorer av särskild betydelse. I ärendet *Isaksen v. Vermont Castings (1987)* framgick klart att domstolen inte accepterade beräkningarna av konkurrensskada eftersom de inte tog hänsyn till förändringar i en rad olika faktorer på marknaden (minskad efterfråga, minskade priser på substitut till produkten m.m.). Domslut från åtskilliga andra ärenden visar på betydelsen av att ta hänsyn till viktiga faktorer på marknaden i jämförelseperioden såsom förekomsten av priskontroller, konkurrensgraden på marknaden, stagnerande marknader, förändrade kundpreferenser, förändringar i priserna på insatsvaror m.m.⁹⁸ Att inte ta hänsyn till den skadelidande partens egna handlingar eller brist på handlingar (dåliga affärsbeslut) kan också reducera möjligheterna att bevisa konkurrensskadans storlek. Likaså kan den skadevällande parten ha vidtagit åtgärder under skadeperioden som inte var olagliga men som också ledde till att den skadelidande partens vinster reducerades. Betydelsen av att inkludera andra viktiga faktorer i beräkningarna av konkurrensskada illustreras med domstolens uttalande i ärendet *MCI Communications Corp. v. AT&T (1983)*:

"When a plaintiff improperly attributes all losses to a defendant's illegal acts, despite the presence of significant other factors, the evidence does not permit a jury to make a reasonable and principle estimate of damage. This is precisely the type of

⁹⁸ Se Blair och Page [1995, kapitel 4A].

*'speculation or guesswork' not permitted for antitrust jury verdicts..... To allow otherwise would force a defendant to pay treble damages for conduct that was determined to be entirely lawful."*⁹⁹

Jämförelsemetoden används ofta i de fall skadelidande parten inte har någon längre erfarenhet av verksamhet på marknaden i perioden före överträdelsen ägde rum och inte minst i fall där den skadelidande parten som ett direkt resultat av överträdelsen förhindrats träda in på marknaden. Generellt sett kan sägas att det är betydligt svårare att framgångsrikt bevisa konkurrensskada när jämförelsemetoden används. Skälet till detta är problemet med att hitta jämförbara företag och/eller marknader. I flera ärenden har domstolarna underkänt beräkningarna av konkurrensskada eftersom man t.ex. inte tagit hänsyn till att den jämförbara marknaden skilde sig i populationsstorlek eller i graden av konkurrens på marknaden, eller att det företaget med vilket man jämförde sig med inte var organiserat på samma sätt eller hade olika resurser.

Jämförelsemetoden har dock tillämpats med framgång. Främst tycks metoden vara gångbar när företaget jämförs med sig själv på olika geografiska marknader. Ärendet *King & King Enters. v. Champlin Petroleum Co.* (1982) är ett sådant exempel där domstolen ansåg att den skadelidande partens vinster från bensinförsäljning på andra marknader var tillräckligt jämförbara. Även fall där den skadelidande parten jämförts med ett annat företag på samma geografiska marknad har godkänts av domstolarna.

För att kunna kräva ersättning för skada i de fall företaget inte kunnat träda in på marknaden måste företaget i tillägg visa på att det finns klara indikationer på att det hade adekvat bakgrund, erfarenhet och tillräcklig finansiell styrka för att kunna verka på den nya marknaden, samt att företaget vidtagit synliga och betydande steg för att träda in på marknaden, t.ex. förhandlat fram kontrakt med potentiella kunder och underleverantörer eller att det köpt in nödvändig utrustning.

Man kan således konstatera att det är svårare att bevisa konkurrensskada med hjälp av jämförelsemetoden jämfört med t.ex. före-och-efter-metoden eftersom det kräver att man kan isolera skillnaderna mellan olika företag och marknader. I de fall där jämförelsemetoden använts framgångsrikt har antingen företaget eller marknaden varit identisk. Ofta har jämförelsemetoden kunnat tillämpas framgångsrikt när det rör sig om jämförelser mellan lokala marknader med relativt homogena produkter.¹⁰⁰ Med andra ord torde försök till beräkningar av konkurrensskada vara fruktlösa om den baseras på jämförelser med olika marknader och olika företag eftersom risken för att dessa beräkningar ska anses vara spekulativa är betydande.

Beviskraven kring tillämpandet av *ekonometrisk metod* har beskrivits ovan. I tillägg ska, som tidigare nämnts, påpekas att det många gånger inte är möjligt att

⁹⁹ Se Blair och Page [1995, s. 427].

¹⁰⁰ Se Hovenkamp [1994, s. 620] med referenser till flera ärenden i fotnot 21.

få ersättning för konkurrensskada om beräkningarna inte är genomförda med hjälp av ekonometriska metoder. *Strukturella simuleringsmodeller* har inte varit föremål för domstolsgranskning i privata konkurrensskadeärenden i sådan omfattning att det går att uttala sig om metodens gångbarhet.¹⁰¹

5.6 Bevisbördan för olika typer av överträdelser

När det gäller vanliga karteller tycks förutsättningarna för att få ersättning för konkurrensskada vara goda givet att överträdelse fastställts och beräkningarna är genomförda med hjälp av vetenskapliga metoder på ett nöjaktigt sätt.¹⁰² I budgivningskarteller har vissa domstolar t.o.m. satt bevisbördan lägre för att bevisa förekomsten av överträdelse än i vanliga priskarteller, Howard och Kaserman [1989]. Bevisproblemen i överprisärenden kretsar oftast kring frågan om storleken på överpriset (om det ens existerar) och betydelsen av andra faktorer. Som tidigare nämnts kan konkurrensen i frånvaron av karteller ändå vara begränsad om marknaden är oligopolistisk. På motsvarande sätt kan ett dominerande företags priser vara höga utan att detta kopplas till ett missbruk av en dominerande ställning. Ett företag kan dock ha marknadsmakt, dvs. ha möjlighet att hålla högre priser än vad som skulle gälla på en konkurrensutsatt marknad, även utan att agera i strid med konkurrensreglerna. Denna ställning kan ha uppnåtts genom att företaget har en mycket effektivare teknologi än konkurrenterna eller att kunderna anser att företags produkter är överlägsna. Priser över marginalkostnad till följd av en sådan marknadsposition är inte ersättningsgiltigt. Enligt domslutet i ärendet *Berkey Photo Inc. v. Eastman Kodak Co. (1979)*¹⁰³ är det endast överpriset till följd av överträdelsen som är ersättningsberättigat. Det problem som omedelbart följer av detta är vilken prisnivå (grad av marknadsmakt) som skulle gälla i den kontrafaktiska situationen, dvs. utan överträdelsen. Andra bevisproblem som kan uppstå är om det dominerande företaget missbrukar sin dominerande ställning på flera olika sätt och att det därigenom krävs att man kan särskilja de olika effekterna. Domstolarna har dock som tidigare nämnts ansett att det inte är nödvändigt att särskilja effekterna av flera olika överträdelser om detta är svårt att göra.

Det tycks däremot vara svårare att bevisa konkurrensskada vid exkluderande verksamhet än vid karteller. Det finns flera förklaringar till detta av vilka följande är viktiga exempel:

Centralt i amerikansk praxis är att endast effekterna av den del av en handling som är förbjudet enligt konkurrensreglerna är ersättningsgill. I kartellärenden är detta ofta inte svårt att visa. Men i exkluderingsärenden är det ofta konkurrenter som påstår sig ha lidit konkurrensskada. Problemet är dock som tidigare nämnts att konkurrenter kan tappa vinster på grund av att de är mindre effektiva och att de därmed har incitament att påstå konkurrensskada om de tror de kan nå framgång i

¹⁰¹ Se Werden [2004] där det argumenteras för att metoden uppfyller de nödvändiga vetenskapliga kraven.

¹⁰² Se angivna skäl i fotnot 76.

¹⁰³ Hovenkamp [1994, s. 604].

domstol. Det faktum att det finns en konkurrensrelation mellan parterna gör att det ofta är svårare att bevisa konkurrensskada.

I exkluderingsärenden är det oftast aktuellt att beräkna konkurrensskadan på basis av den förlorade vinsten. Detta ställer krav på att man kan beräkna nettoskadan, dvs. skilja på effekter från handlingar som är respektive inte är konkurrens-snedvridande, subtrahera kostnader som inte uppkommit till följd av överträdelsen och vinster från det näst-bästa-alternativet m.m. Oavsett vilken beräkningsmetod som tillämpas kan detta vara problematiskt att ta höjd för. Särskilt i de fall man måste tillämpa jämförelsemetoden i denna typ av ärenden är bevisbördan hög.

I de fall överträdelsen resulterat i att den skadelidande partens verksamhet upphört har domstolarna godkänt skadeberäkningar baserade på beräkningar av framtida förluster eller marknadsvärdet av företaget och de har också ansett måtten vara likvärdiga.¹⁰⁴ Ett problem som uppstår är hur långt fram i tiden man ska beräkna förlusterna på. Praxis tycks vara att göra bedömningar i varje enskilt fall. Det verkar inte vara en framkomlig väg att få igenom ersättning för längre perioder, vilket motiveras av att den skadelidande parten kan förväntas söka alternativa affärsmöjligheter eller anställning.

Särskilt spekulativ blir beräkningarna av konkurrensskada när överträdelsen påstås leda till att inträde på marknaden hindras. Utöver de faktorer som nämnts ovan tillkommer osäkerheten om vilken vinst den skadelidande parten skulle ha gjort om den hindrats inträde. Den skadelidande parten hävdar ofta att dess inträde skulle ha varit framgångsrikt och att den skulle ha bedrivit sin verksamhet under stark tillväxt. Men det är som tidigare påpekats allmänt känt att de flesta företag som startas inte blir framgångsrika utan går i konkurs kort efter inträde på marknaden. I tillägg går det inte att tillämpa någon av de vanliga metoderna för beräkning av konkurrensskada. Eftersom företaget inte har någon historia kan inte före-och-efter-metoden användas. Inte heller jämförelsemetoden kan användas eftersom det per definition inte går att hitta ett jämförbart företag om företaget inte verkat på marknaden. Problemen med att kvantifiera eventuella förlorade vinster i dessa ärenden har gjort att domstolarna ofta ansett beräkningarna som spekulativa och att man i stället beviljat ersättning för investeringskostnader.¹⁰⁵ Som tidigare påpekats är det svårt att visa på konkurrensskada i ärenden som rör underpris-sättning, kopplingsförbehåll och prisdiskriminering, vilket också är erfarenheterna från amerikansk praxis.

5.7 Sammanfattning om bevisbörda

Man kan säga att amerikansk praxis är konsistent med idén om en optimal privat tillämpning av konkurrensreglerna. Domstolarna ställer krav på att beräkningen av konkurrensskada är förenlig med vetenskaplig metod, rationellt beteende, ekonomisk teori och med de faktiska omständigheterna på marknaden. I de fall

¹⁰⁴ Hovenkamp [1994, s. 624].

¹⁰⁵ Hovenkamp [1994, s. 626]. Se dock kritiken i Blair och Page [1995, s. 452] mot en sådan tillämpning.

beräkningarna av konkurrensskada inte tillgodoser dessa krav anses uppskattningarna som spekulativa. Denna tillämpning görs för att i största möjliga mån hindra att konkurrensskada betalas ut i fall där ingen skada uppstått. Samtidigt ställs inte kraven så högt att de omöjliggör ersättning eftersom detta skulle motverka syftet med privat konkurrensskada, nämligen att ersätta den skadelidande parten och avskräcka från framtida överträdelser av konkurrensreglerna.

Enligt Blair och Page [1995] är det främst två faktorer som föranleder domstolarna att anse beräkningar som spekulativa, nämligen att den kontrafaktiska perioden (-situationen) och skadepåverkan (-situationen) inte är jämförbar, samt att aktörerna på marknaden under skadepåverkan inte antas agera på ett rationellt sett på marknaden. I den mån beräkningarna av konkurrensskada beaktat dessa faktorer tillåter domstolen att juryn fastställer ett skadebelopp även utifrån ett spann. Det visar att domstolarna godkänner en betydande grad av godtycklighet vid beräkningen av konkurrensskada.

För att nå framgång i domstol måste den skadelidande parten på ett övertygande sätt kunna framställa beräkningar baserade på ekonomisk teori och kvantitativa metoder som också finner stöd av information om marknaden och övrig bevisning i ärendet. Utan hänvisning till omständigheter på marknaden som kan utgöra ledning för hur den alternativa situationen skulle ha sett ut, kommer den skadelidande parten inte med framgång att få ersättning för konkurrensskada. Avslutningsvis visar amerikansk praxis att kan det vara förnuftigt att ange ett spann för konkurrensskadan för att ta hänsyn till olika antaganden i beräkningarna.

5.8 Framställningen i domstol

Det är inte säkert att man når framgång i domstol med beräkningar av konkurrensskada trots att beviskraven i det stora hela är uppfyllda. Erfarenheter från amerikanska ärenden visar att presentation och framställningen av beräkningarna i domstol också kan ha betydelse för framgång, även om detta inte framkommer explicit av domsluten. En genomgång av hur jurymedlemmar värderar ekonomisk analys och vad ekonomer och jurister kan göra för att öka effektiviteten i sina expertutlåtanden görs i ABA [2005, kapitel IV] och sammanfattas nedan. Den övergripande slutsatsen är att ekonometriker¹⁰⁶ kan utgöra en betydande skillnad i ett konkurrensrättsligt ärende. För att detta ska gälla krävs dock noggrann förberedelse. Skillnaderna i rättstraditioner är återigen viktiga att vara medveten om eftersom det inte finns ett motsvarande juryssystem i Sverige. Trots detta torde flera av resultaten vara relevanta att beakta även för svenskt vidkommande.¹⁰⁷

Vissa jurister i USA anser att tillgången till en bra ekonomisk expert är kritisk för utgången av deras ärenden. Detta stämmer dock ofta inte överens med

¹⁰⁶ Studien fokuserar på ekonomisk analys inte generell ekonomisk analys.

¹⁰⁷ Betydelsen av att presentera avancerad ekonomisk analys i konkurrensrättsliga ärenden på ett klart och tydligt sätt i svenska domstolar visas i Sandin [2004].

jurymedlemmarnas egna uppfattningar. Många är skeptiska till betalda ekonomer och har problem med att lita på statistisk analys. Många intervjuer visar att jurymedlemmarna fokuserar på den övergripande bilden och centrala vittnen snarare än på experterna. Endast en handfull jurymedlemmar säger att de ändrat sin inställning på grund av ett expertvittne. Jurymedlemmar formar oftast sin inställning på ett litet urval av uppgifter och de tillskriver vissa fakta mer vikt än andra fakta på ett sätt som jurister inte skulle göra. Många jurymedlemmar bildar sig snabbt en uppfattning och är därför otåliga. Några vanliga synpunkter hos jurymedlemmar om ekonomiska expertvittnen är följande:

Många tycker inte om att ekonomerna fått betalt för sina expertutlåtanden, men de har lärt sig att acceptera faktum. De flesta tycker typiskt inte om när det ägnas för mycket tid åt att presentera ekonomernas kvalifikationer, särskilt detaljer som inte är centrala för ärendet. Bara de centrala uppgifterna efterfrågas. Irrelevanta anekdoter från expertens sida gillas inte. De flesta har svårt med ekonomisk terminologi och jargong. Många jurymedlemmar är inte bekanta med termer som medelvärde, korrelation, regressionsanalys eller genomsnittliga variabla kostnader. Detta kan leda till missuppfattningar. En vanlig invändning är vidare att expertvittnena pratar för mycket (gäller också advokater). Vanligt är att processföraren ställer långa frågor till vilket expertvittnena också ger långa svar. Särskilt frustrerande upplevs svaren när slutsatsen presenteras först i slutet av svaret, vilket dessutom kan medföra att experten uppfattas som undvikande.

Det händer inte sällan att experten faller in i advokatrollen, särskilt i ärenden som pågått en längre tid. Expertens sätt att falla ifrån sitt oberoende kan gestalta sig på olika sätt. Vanligt är t.ex. att experten försvarar sin analys på varje punkt oavsett dess betydelse. Detta påverkar trovärdigheten och riskerar att förta vikten av hela vittnesmålet. Ett annat vanligt beteende är att experten inte besvarar frågan kombinerat med att de håller längre utläggningar. Detta upplevs som irriterande av jurymedlemmarna.

Det finns flera knep som kan tas till för att höja effektiviteten i expertekonomens vittnesmål genom att strukturera presentationen och förhören på ett lämpligt sätt. Grundläggande är att möta jurymedlemmarna på deras egen planhalva och beakta att deras uppmärksamhet är som störst under de första 20-30 minuterna, samt att de föredrar visuella presentationer. För tillförlitlighetens skull bör presentationen vara klar och koncis där slutsatserna presenteras före bevisningen. Följande övriga råd är kan vara viktiga att ta till sig.

Jurymedlemmar tenderar att anse ekonomer med praktisk erfarenhet från den studerade industrin som mer tillförlitliga. Ekonomerna kan öka tillförlitligheten genom att intervjua representanter för industrin och besöka företagen och dess konkurrenter på plats. Ekonomer bör vidare presentera sina slutsatser tematiskt ordnade och synligt på en tavla under hela presentationen och referera till dessa under presentationens gång. Det är en fördel om den tematiska uppdelningen följer processens tematiska upplägg. Ekonomen bör ge korta, koncisa och strukturerade

svar med slutsatsen först och motiveringarna därefter. Svaren kan gärna brytas ned i olika delar. Långa och raljerande svar där allt ska förklaras, liksom irrelevanta historier eller utsvävningar bör undvikas. Ekonomen kan involvera juryn med hjälp av exempel och analogier som ligger nära jurymedlemmarnas intressen. Eftersom jurymedlemmar tenderar att vara skeptiska till statistisk analys är hänvisningar till dagliga exempel det bästa sättet att presentera statistiska koncept på. Grafisk presentation är obligatorisk och resurser bör läggas ned på att göra presentationen så illustrerande som möjligt. En blandning av olika typer av demonstrativa och visuella hjälpmedel är viktig att använda sig av.

Det är också viktigt att skapa en uppfattning hos juryn om att ekonomen är neutral och objektiv för att inte vittnesmålet ska tappa i trovärdighet och anses "köpt". Några knep som kan tillämpas är att inte undvika meningsskiljaktigheter förhör, att locka fram support för motpartens sida i frågor som är irrelevanta för processen samt, inte minst, att inte försöka vinna varje fråga vid korsförhör utan medge mindre betydelsefulla poänger. Det är viktigt att välja sina strider. Vidare bör man undvika snabba svar på samtliga frågor från processföraren från den sida som man anlitas av. Vittnesmålet riskerar att bli inkonsistent om detta kombineras med att vittnet dröjer länge med svaren vid korsförhören. Ett tips är att använda konstpauser som därmed inte ger intrycket av att förhöret är väl repeterat. Likaledes blir vittnesmålet inkonsekvent om antalet svar av typen "Jag vet inte" eller "Jag kommer inte ihåg" är överrepresenterade vid korsförhör. Ekonomen råkar oftast mest illa ut vid korsförhören när de ska försvara de underliggande antagandena i analysen. Det är därför mycket viktigt att denne är noggrant förberedd på frågor kring detta.

Omfattningen av och strukturen på expertvittnesmålet har stor betydelse för jurymedlemmarnas bedömning. Framställningen bör kretsa kring ärendets centrala teman och man bör undvika att tiden används till allmän utbildning. Ordlistor är ofta ett nyttigt hjälpmedel för att förklara komplicerade termer. Anordnande av skugggrättegångar, med förhör och korsförhör, är ett utmärkt sätt att förbereda vittnesmålet på. Här kan man fastställa vilka de centrala punkterna i ett vittnesmål är och hur man bäst ska presentera dessa, samt vilka de kritiska antagandena i modellen är och vilka frågor som kan tänkas ställas. Konsulter kan anlitas för att hjälpa till i denna process.

Även processföraren kan på olika sätt öka effektiviteten av expertvittnesmålet. Undvik längre presentationer av expertvittnet. Framför endast de kvalifikationer som är centrala för processen och vittnesmålet. En tumregel är att endast ägna ett fåtal minuter åt den inledande presentationen av expertvittnet. Kompletteringar kan göras efterhand. Presentera gärna vittnet som lärare eftersom denna yrkeskategori har hög status. För svenskt vidkommande är kanske det faktum att expertvittnet undervisat i ämne ett trovärdigt bevis för att denne behärskar ämnet i fråga. Be gärna expertvittnet förklara tekniska termer eftersom detta brukar uppskattas av jurymedlemmarna. Arbeta med expertvittnet så att dennes presentation och slutsatser är tematiskt uppbyggda och att dessa noga följer processens teman.

Idealiskt är om expertvittnets slutsatser presenteras inom de första fem till tio minuterna på tavla som ledning för den fortsatta presentationen.

Eftersom jurymedlemmar fäster stor vikt vid praktisk erfarenhet från industrin är det viktigt för processföraren som korsförhör vittnet att denne påpekar att expertvittnet inte gjort företagsbesök, inte har arbetat inom industrin, inte intervjuat kunder eller andra experter inom industrin eller att de studerat ämnen som klart skiljer sig från det centrala i det aktuella ärendet. Det är också effektivt att påpeka att ett vittne endast arbetat för en klient eller en sida eftersom detta också påverkar trovärdigheten.

6 Relevanta metoder och beviskrav i svenska ärenden

Det finns i Sverige en klar önskan om att den privata tillämpningen av konkurrenslagen bör öka. De senaste förändringarna i konkurrenslagen, som gäller från augusti 2005, om en ökad krets av skadeståndsberättigade och förlängd preskriptionstid, är ett klart bevis på detta. Vid dags datum finns dock ingen praxis när det gäller tillämpningen av paragrafen, dvs. det har inte dömts ut någon konkurrensskada enligt 33 § KL. Vi vet därför lite om vilka beräkningsmetoder som kommer att vara gångbara i Svenska domstolar och vilka krav man kommer att ställa på beräkningarnas precision.

Avsaknaden av praxis ger därmed sannolikt utrymme för en viss flexibilitet när det gäller vilka metoder som kan förväntas gångbara i Sverige. Inga metoder har ju avvisats. Det är dock rimligt att anta att svenska domstolar och parter sneglar på erfarenheterna från USA även om amerikansk praxis inte är vägledande för svensk lagtillämpning. Med utgångspunkt från detta diskuterar vi vilka metoder som kan tillämpas för svenskt vidkommande liksom något om lämpliga kriterier för beviskrav vad avser precisionen i beräkningarna.

6.1 Val av beräkningsmetod

Ekonomisk forskning erbjuder ett flertal olika metoder för att beräkna privat konkurrensskada. Av rapporten framkommer att var och en metoderna har sina styrkor och svagheter. Det förefaller dock inte relevant att utesluta någon av metoderna utan valet av metod bör ske med utgångspunkt från de omständigheter som gäller i varje enskilt fall, dvs. vilken typ av överträdelse det rör sig om, tillgången till data och annan relevant bevisning, kostnader för att utföra beräkningarna, tillgången till ekonomisk expertis m.m.

I överprissättningsärenden torde samtliga metoder som redovisas i avsnitten 3.5-3.10 kunna användas. Möjligen kan kostnadsbaserade modeller som inte baserar sig på ekonometrisk metod utan endast är framräknade utifrån företagets räkenskaper vara en något tveksam metod att tillämpa till följd av en rad olika begränsningar (se avsnitt 3.8). Även tillämpningen av strukturella simuleringsmodeller kan te sig något tveksam eftersom metoden är komplicerad och det är få ekonomer som behärskar tekniken. Vidare är metoden inte på samma sätt som ekonometrisk metod allmänt accepterad i forskningsvärlden och erfarenheten av att tillämpa metoden i syfte att beräkna konkurrensskada är begränsad.

I USA har det på senare tid visat sig problematiskt att få igenom ersättningar för konkurrensskada om beräkningarna inte bygger på ekonometrisk metod. Ett viktigt skäl är att ekonometriska metoder är särskilt lämpade för att särskilja effekter av överträdelser från effekter av andra faktorer som inte har med överträdelser att göra, men som man måst ta hänsyn till. Sannolikt kommer dock metoden inte att vara lika framträdande i svenska ärenden. Ett viktigt skäl till detta är att den

skadedrabbade parten inte alls har samma möjligheter som i USA att införskaffa den utredning och säkra den bevisning som kan behövas för att utföra beräkningar av konkurrensskadan med hjälp av ekonomiska metoder.¹⁰⁸ Visserligen har den skadelidande parten vissa möjligheter att ta del av bevisning i motsvarande domstolsärenden där Konkurrensverket utgjort part. Det förutsätter dock att relevanta data för beräkningar av just konkurrensskada samlats in av Konkurrensverket, vilket inte behöver vara fallet. Tillämpningen av ekonomiska metoder torde därför bli mest aktuell i ärenden där beräkningarna kan göras med hjälp av lättillgängliga/offentliga data. Möjligen kan man tänka sig att den skadevållande parten(erna) tillämpar ekonomisk analys baserat på egna data. Det betyder med andra ord att det är sannolikt att mindre sofistikerade metoder måste användas i svenska ärenden. I skadeståndsmål i andra europeiska länder som Tyskland, Storbritannien, Spanien m.fl. har relativt enkla metoder tillämpats för beräkningar av konkurrensskada, t.ex. före-och-efter-metoden eller jämförelsemetoden.¹⁰⁹

I ärenden som rör exkludering är det rimligt att beräkningarna av konkurrensskadan baseras på företagets räkenskapsrapportering. Trots de begränsningar som finns med metoden (se avsnitt 3.11) bör rimliga uppskattningar beaktas om de inte bygger på orealistiska förväntningar om företagets beteenden och marknadens utveckling och inte ignorerar det faktum att den skadedrabbade parten själv kan påverka sin situation och fullfölja ett näst-bästa-alternativ. Oavsett vilken av metoderna som används bör man ta hänsyn till andra faktorer som kan påverka priser/vinster för skadelidande men som inte har överträdelser att göra. En tillämpning av före-och-efter-metoden, jämförelsemetoden eller metoder baserade på företagets räkenskaper där hela pris-/vinstskillnaden tillskrivs överträdelserna bör inte anses rimlig.

Även om ersättning för konkurrensskada kan ha en viss preventiv effekt är huvudsyftet att reparera den skada som uppstått. Det faktum att företag har möjligheter att övervältra skadan på nästa led gör beräkningarna av konkurrensskada särskilt komplicerade. Hur stor del av skadan som övervältrats är en empirisk fråga och beror på faktorer som efterfrågans priskänslighet, kostnadsstruktur och konkurrensintensitet på den skadedrabbade partens marknad. Ekonomiska metoder kan användas för att uppskatta graden av övervältring, däremot inte de övriga metoderna. I den mån ekonomiska beräkningar inte kan utföras är det svårt att se hur man på ett effektivt sätt ska kunna ta hänsyn till övervältring. Sekundärkällor kan möjligen vara till viss nytta. Noggranna studier av omständigheterna på marknaden måste göras för att kunna säga något meningsfullt i denna fråga. Svårigheterna att uppskatta graden av övervältring är också en av anledningarna till att övervältring inte beaktas vid beräkning av konkurrensskada i federala ärenden i USA.

¹⁰⁸ Ett förslag om regler för underlättande av bevisinsamling för skadelidande parter framfördes samtidigt med förslaget om en utökad skadeståndskrets och förlängd preskriptionstid men infördes inte, se Prop 2004/05:117 s. 41.

¹⁰⁹ Ett visst inslag av ekonomisk analys har dock förekommit, Ashurst [2004, kap. 3].

6.2 Beräkningarnas precision

Till skillnad från amerikanska erfarenheter är det troligt att merparten av de privata konkurrensskadeärendena i Sverige kommer att föregås av stämningar och eventuellt fällande domar i konkurrensrättsliga ärenden där Konkurrensverket utgjort part i målen. I dessa fall kvarstår endast att bevisa omfattningen av konkurrensskadan. Frågan är då om man kan förvänta sig motsvarande beviskrav i svenska ärenden avseende beräkningarnas precision.

I förarbetena till konkurrenslagen anges att det erfarenhetsmässigt föreligger stora svårigheter att mera exakt beräkna omfattningen av konkurrensskador. En ekonomisk realistisk bedömning är självfallet att eftersträva. Om bevissvårigheter föreligger i det enskilda ärendet kan rätten enligt 35 kap 5§ rättegångsbalken uppskatta skadan till ett skäligt belopp.¹¹⁰ Frågan om bevisbörda är inte prövad med avseende på överträdelse av konkurrenslagen, dvs. vi vet inget om vilka kriterier som ska vara uppfyllda för att beräkningarna ska anses vara ekonomiskt realistiska eller när det föreligger bevissvårigheter och skäliga bedömningar därmed måste göras. Med detta i beaktande är det rimligt att snegla på erfarenheterna från USA.

Erfarenheterna av amerikansk praxis visar att det går att få ersättning för privat konkurrensskada under förutsättningen att uppskattningarna inte kan klassas som rent spekulativa, att de bygger på vetenskapligt erkända teoretiska och kvantitativa metoder där hänsyn tas till andra faktorer på marknaden och där resultaten stämmer överens med förhållandena på den relevanta marknaden och övrig bevisning i ärendet, samt att analysen framförs av expertvittnen på ett tydligt, klart och neutralt sätt i domstolen. Det är särskilt viktigt att notera att bevisbördan inom amerikansk praxis inte verkar ställas alltför högt när en överträdelse av konkurrensreglerna väl fastställts. Detta gäller även i de fall de utdömda ersättningarna för konkurrensskada är mycket höga. En liknade ordning borde vara rimlig för svenskt vidkommande. Beräkningar av konkurrensskada är förknippade med osäkerhet. De är osäkra på grund av att man måste uppskatta den kontrafaktiska situationen, en situation vi inte kan veta något om. De är också osäkra på grund av att man tvingas tillämpa förenklade metoder på begränsade data för att beskriva viktiga ekonomiska samband på marknaden. Ekonomiska samband kan aldrig beskrivas med hundra procentig säkerhet, även om man tillämpar väl erkända vetenskapliga metoder på ett korrekt sätt. Beräkningarna måste därför per definition bli approximativa och kravet om precision kan därför inte sättas för högt på den skadedrabbade parten, särskilt med tanke på att osäkerheten kring storleken på konkurrensskadan är ett resultat av själva överträdelsen. Det är inte rimligt att den skadevallande parten ska kunna dra nytta av denna osäkerhet vid beräkningen av konkurrensskada.

¹¹⁰ Regeringens proposition Ny konkurrenslagstiftning, Prop. 1992/93:56.

Som exempel kan nämnas att tillämpningen av ekonometriska metoder lär skapa osäkerhet, inte minst när parterna i målet anlitar egna ekonomiska experter.¹¹¹ Man kan utgå från att ekonomernas bedömningar kommer att skilja sig åt, ofta på ett märkbart sätt. Även beräkningar som inte uppfyller grundläggande vetenskapliga krav kan komma att få betydelse. Dåligt utförd ekonometri från den skadevällande partens sida kan t.ex. användas för att så tillräckligt tvivel om den skadedrabbade partens beräkningar. Om domstolarna inte kan avgöra vilken ekonom som är mest trovärdig finns en risk att den skadelidande partens beräkningar aldrig kommer att anses ekonomiskt realistiska trots att de i vissa fall borde göra detta. Resultatet av detta kan bli att domstolarna i sin skälighetsbedömning blir försiktiga och att för låga ersättningar betalas ut. Incitamenten för att driva skadeståndsmål kan därmed minska. Beräkningar baserade på ekonometrisk analys bör dock utföras granskas av relevant expertis (ekonometriker/statistiker) och fästas vikt vid om den är utförd på ett nöjaktigt sätt. En viktig kontrollpost är att jämföra resultaten med annan bevisning som finns i ärendet. Sådan bevisning kan ofta avslöja om beräkningarna är realistiska. Eventuella tveksamheter kring att tillämpa mer avancerade metoder kan resultera i att enklare metoder tillämpas även i fall där förutsättningarna för ekonometrisk analys är gynnsamma. Nackdelen med detta är att beräkningarna blir mer än nödvändigt spekulativa. Vad detta innebär för skadeståndens storlek är svårt att säga.

I USA är förutsättningarna för att få ersättning för konkurrensskada sämre om beräkningarna inte gjorts med hjälp av ekonometriska metoder. Eftersom tillgången till bevisning inte är lika god för svenskt vidkommande måste man också acceptera att beräkningarna blir mer spekulativa när andra metoder tillämpas. Tillämpningen av alternativa metoder bör dock inte accepteras om hela effekten tillskrivs överträdelsen och inga andra relevanta faktorer tagits hänsyn till.

¹¹¹ Ett exempel på detta finner vi i bensinkartellemålet, Tingsrättens mål T 9902-00, sidan 147, stycke 5.

Appendix: Kort beskrivning av regressionsanalys

Ekonometri bygger ofta på regressionsanalys där tillämpningen av minsta kvadratmetoden är vanligast. Metoden går ut på att beskriva sambanden mellan olika faktorer, t.ex. hur prisnivån varierar med kostnaderna, efterfrågan och konkurrensgraden på marknaden. Ofta utgår man från att sambandet är linjärt och kan skrivas enligt följande form:

$$Y = a + b_1X_1 + b_2X_2 + b_3X_3 + e,$$

där Y är den faktor som ska förklaras (den beroende variabeln) och X_1 , X_2 och X_3 är faktorer som förklarar variationerna i Y (de oberoende variablerna). Med hjälp av data för de olika variablerna Y , X_1 , X_2 och X_3 kan man sedan beräkna regressionslinjära samband. Relevant information ges av värdet på regressionskoefficienterna (punktskattningarna för) a och b . Regressionskoefficienten ger svar på frågan hur mycket Y (priset) i genomsnitt förändras om man ändrar X_1 (råvarupriset) allt annat lika. Om $b_1=0$ (eller nära noll) indikerar detta att X_1 inte påverkar variationen i Y . Om $b_1>0$ ($b_1<0$) indikerar detta att det finns ett positivt (negativt) samband. Motsvarande gäller för de andra regressionskoefficienterna.

Regressionsanalysen ger också information om sambandets styrka, graden av säkerhet hos de enskilda regressionskoefficienterna och förklaringsvärdet hos hela modellen. För enskilda koefficienter påverkas sambandets styrka av standardavvikelsen i datamaterialet, dvs. avvikelsen från genomsnittet. Genom att relatera denna till storleken på regressionskoefficienten kan man konstruera ett spann (konfidensintervall) inom vilket det "sanna värdet" med en viss grad av sannolikhet kommer att ligga. Ofta anger man 95% (eller 99%) signifikansnivå. Om spannet inte inkluderar värdet noll kan man dra slutsatsen att faktorns inverkan är statistiskt säkerställd från noll. På liknade sätt finns mått som visar på hela modellens förklaringsgrad, t.ex. R^2 som är lika med 1 om modellen helt lyckas förklara variationerna i Y och 0 om modellen inte lyckas förklara någon del av variationerna i Y . Ett alternativt anpassningsmått för modellen som helhet är F-statistikan. Det är viktigt att påpeka att de olika anpassningsmåten bara gäller för det datamaterial som regressionsanalysen baseras på och man ska därför vara försiktig med tolkningen. Andra data kan, men behöver inte, ge helt andra anpassningsmått.

Oavsett hur många förklarande variabler man tillför regressionen kommer man aldrig att kunna förklara all variation i Y . Detta är särskilt relevant för ekonomiska samband. Av den anledningen tillför man en felterm (slumpterm), e , i regressionsanalysen där feltermen representerar all variation i Y som inte förklaras av de övriga faktorerna i regressionen. Att låta feltermen representera alla andra tänkbara faktorer är inte nödvändigtvis ett problem så länge de viktigaste variablerna finns med i regressionen. En väl utförd regressionsanalys kräver inte att man inkluderar alla variabler som förklarar Y och det är heller inte önskvärt eller

ens praktiskt möjligt. Så länge feltermen bara representeras av förändringar i faktorer som var för sig har en liten påverkan på Y påverkar detta inte nödvändigtvis tolkningen av regressionskoefficienterna och nyttan av modellen även om faktorerna tillsammans står för en betydande del av variationerna i Y . Så länge slumpvariabeln har vissa egenskaper kommer de skattningar som görs av regressionen ändå att vara tillförlitliga. En indikation på om egenskaperna gäller kan man få genom att studera avvikelserna mellan det beräknade värdet för Y enligt regressionsmodellen och det verkliga värdet på Y som ges av varje "punkt" i datamaterialet. Om man inte kan se någon systematik i residualerna, dvs. att de verkar helt slumpmässiga är detta ett tecken på att modellen är tillförlitlig. Ofta kan man spåra systematik i residualerna genom att "plotta" dem i ett diagram, men det finns också en mängd olika standardtest som kan utföras och som är standard i alla statistikprogram.

Ekonometrisk analys/regressionsanalys kan användas till främst tre saker, nämligen att

- testa olika hypoteser (Har det uppstått någon skada?),
- göra effektuppskattningar (Vilken effekt på priset hade kartellen allt annat lika?),
- att göra prognoser (Hur stor del av variationerna i priset förklaras inte av andra faktorer på marknaden och därmed av kartellprissättning?).

Regressionsanalys är särskilt lämpad eftersom den kan isolera effekten på priset (vinsten) av överträdelsen från andra faktorer som också påverkar priset (vinsten). Genom en tillämpning av metoden kan man t.ex. dra slutsatsen att det är statistiskt säkerställt att priset var 20 procent högre i kartellperioden, varav fem procent förklaras av ökade inkomster och 15 procent till följd av den olagliga handlingen.

Referenslista

- ABA Section of Antitrust Law (1996): *Proving Antitrust Damages*.
- ABA Section of Antitrust Law (2005): *Econometrics*.
- Adams W.J. och J.L. Yellen (1976): "Commodity bundling and the burden of monopoly", *Quarterly Journal of Economics*, 90, 475-498.
- Baker J.B. och D. L. Rubinfeld (1999): "Empirical methods in antitrust litigation: Review and critique", *American Law and Economics Association*, 386-435.
- Blair. R., och W. Page (1995): "Speculative" antitrust damage", *Washington Law Review*, 70 (423), 423-463.
- Blair. R., och W. Page (1996): "The role of economics in defining antitrust injury and standing", *Managerial and Decision Economics*, 127-142.
- Brander, J.A. och T.W. Ross (2005): *Estimating damages from price-fixing*, *Phelps Centre for the Study of Government and Business*, (arbetsrapport 2005-3).
- Bresnahan, T.F. (1989): *Empirical studies of industries with market power*, *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 2, Elsevier Science, Schmalensee, R. och R. Willig (red.), 1011-1058.
- Bunting, D. och S. Young (1986), Recovery of Robinson-Patman damages: confusion and resolution, *Antitrust Bulletin*, 797-825.
- Connor, J. (2001): "Our customers are our enemies": The lysine cartel of 1992.1995, *Review of Industrial Organization*, 18, 5-21.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579; 113 S.Ct 2786; 125 L.Ed.469
- Finkelstein, M.O., och H. Levenbach (1983): "Regressions estimates of damages in price-fixing cases", *Law and Contemporary Problems*, 145-169.
- Fisher, F., 1980: Multiple regression in legal proceedings, *Columbia Law Review*, 80, 702- 736.
- Fishman v. Estate of Wirtz*, 807, F.2D, 550-555 (7th Circuit).
- Geroski, P. (1995): "What do we know about entry?" *International Journal of Industrial Organization*, 13 (4), 421-440.
- Gibbons, H. (1973): "The "market share" theory of damages in private enforcement cases", *Antitrust Bulletin*, 743-758.
- Gujarati, D. N. (1988): *Basic Econometrics*, McGraw-Hill Book Company.
- Harrington, J.E. (2004): "Post-cartel pricing during litigation", *Journal of Industrial Economics*, 4, 517-533.
- Hjelmeng, E. (2003): *Privat håndhevelse av EØS avtalens konkurrenseregler*, Fagbokforlaget.

- Hovenkamp, H. (1994): *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, Hornbook series, West Publishing Co., St Paul, Minn.
- Howard J. och D. Kaserman (1989): "Proof of Damages in Construction industry bid-rigging Cases", *Antitrust Bulletin*, 359-393.
- Hoyt, R.C., Dale, C. och S.T. Gibson (1975): "Comprehensive models of assessing lost profits to antitrust plaintiffs", *Minnesota Law Review*, 1233-1256.
- Jacobson, J.M. och T Greer (1997): "Twenty-one years of antitrust injury: down the alley with Brunswick", v. Pueblo Bowl-O-Mat, 1997, *Antitrust Law Journal*, 66, 273-312.
- Johnson, J. (2005): *Economic Approaches to antitrust damage estimation, analysis*, NERA
- Klemperer, P. (1999): "Auction theory: A guide to the literature", *Journal of Economic Surveys*, 13 (3), 227-286.
- Konkurrenslagen – en handbok, www2.thomsonfakta.se (databas).
- Kuhlman, J. och S. Johnson (1984): "Estimating damages in highway construction contracts", *Antitrust Bulletin*, 719-738.
- Levinsohn M., och H-H Lidgard (2002): *Skadestånd mot sanktioner och karteller*, Konkurrensverkets A4-serie.
- Litan, R.E. och Shapiro, C. (2001) "Antitrust Policy During the Clinton Administration" UC Berkeley, Center for Competition Policy Working Paper No. CPC01-22.
- Lopatka J.E. och W.H. Page (2005): "Economic authority and the limits of expertise in antitrust cases", *Cornell Law Review*, 90 (3), 617-703.
- McCarty, T. och S. Thomas (1995): *Analyzing damages in health care antitrust cases*, NERA
- Motta, M., (2004): *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- Parker, A. (1972): "Measuring damages in federal treble damage actions", *Antitrust Bulletin*, 497-518.
- Porter R., H. och J.D. Zona (1999): Ohio school milk markets: an analysis of bidding, *RAND Journal of Economics*, 30, 263-268.
- Regeringens proposition Prop. 1992/93:56, *Ny konkurrenslagstiftning*,
- Regeringens proposition 2004/05:117, *Skadestånd enligt konkurrenslagen m.m.*
- Sandin, R., ECON (2004): Avancerad ekonomisk analys i mål om tillämpningen av konkurrenslagen i svensk domstol, http://www.kkv.se/bestall/pdf/rap_forsk_analys.pdf
- Snyder, E.A. och T.E. Kauper, 1991, "Misuse of the antitrust laws: the competitor plaintiff", *Michigan Law Review*, 551-603.

- Steen F., och K. Salvanes (1999): "Testing for market power using a dynamic oligopoly model", *International Journal of Industrial Organization*, 17.147-177.
- SOU (2004:10): *Rätten till skadestånd enligt konkurrenslagen*.
- Taurman, J., och J. Bodington (1992): Measuring damage to a firm's profitability: ex ante or ex post?, *Antitrust Bulletin*, 57.
- Tirole, G (1988): *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press.
- Tye, W.B., S.H. Kalos (1996): Antitrust damages from lost opportunities, *Antitrust Bulletin*, 41.
- Wahl, N. (2000): *Konkurrensskada*, Elanders Gotab, Stockholm.
- Werden, G. (1996): "A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers among Sellers of Differentiated Products", *Journal of Industrial Economics*, 44(4), 409-13.
- Werden, G., Froeb, L., D. Scheffman (2004): *A Daubert discipline for merger simulation* (arbetsrapport).
- White, L. (2001): "Lysine and price fixing: How long? How Severe?" *Review of Industrial Organization*, 18, 23-31.