

Brüssel, XXX
[...] (2013) XXX draft

KOMISJONI TALITUSTE TÖÖDOKUMENT

PRAKTILISED SUUNISED

KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE EUROOPA LIIDU TOIMIMISE LEPINGU ARTIKLI 101 VÕI 102 RIKKUMISEL PÕHINEVATE KAHJU HÜVITAMISE HAGIDE KORRAL

Lisatud dokumendile:

KOMISJONI TEATIS

Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral

SISUKORD

1. osa - Kahju suuruse kindlakstegemise taust ja üldine lähenemisviis kahju suuruse kindlakstegemisele konkurentsieeskirjade rikkumise korral.....	8
I Õiguslik taust	8
A Õigus kahju hüvitamisele	8
B Kahju suuruse kindlakstegemise suhtes kohaldatavad liikmesriikide eeskirjad ja käesolevad praktilised suunised	8
II Üldine lähenemisviis kahju suuruse kindlakstegemisele konkurentsieeskirjade rikkumise korral	10
III Praktiliste suuniste ülesehitus	12
2. osa - Meetodid ja tehnikad	15
I Ülevaade.....	15
II Võrdlusel põhinevad meetodid	16
A Rikkumise puudumise stsenaariumi loomise meetodid	17
(1) Sama turu andmete ajaline võrdlus	17
(2) Võrdlus muude geograafiliste turgude andmetega.....	20
(3) Võrdlus muude tooteturgude andmetega	21
(4) Ajaliste ja turupõhiste võrdluste ühendamine	21
B Meetodi rakendamine praktikas: rikkumise puudumise stsenaariumis hinna või muu majandusliku muutuja hindamise tehnikad.....	22
(1) Lihtsad tehnikad: üksikud vaatlusandmed, keskmised väärtused, interpoleerimine ja lihtne korrigeerimine.....	23
(2) Regressioonianalüüs.....	25
a Regressioonianalüüsi mõiste ja eesmärk.....	25
b Näited ja selgitused	26
c Regressioonianalüüsi kasutamise nõuded.....	30
(3) Tehnika valik.....	32
III Matkemudelid, kulu- ja finantspõhine analüüs ja muud meetodid	34
A Matkemudelid	34
B Kulu- ja finantspõhised meetodid	36
C Muud meetodid	39
IV Meetodite valik.....	40
3. osa – Hinnatõusu põhjustatud kahju suuruse kindlakstegemine	41
I Hinnatõusu põhjustavate rikkumiste mõju.....	41
II Ülemäärase hinna kindlakstegemine.....	43
A Kartelli põhjustatud ülemäärase hinna kindlakstegemine.....	43

(1)	Kartelli mõju	43
(2)	Otsese kliendi makstud esialgne ülemäärane hind	45
a	Ajaline võrdlus	46
b	Muud võrdlusel põhinevad meetodid	48
(3)	Ülemäärase hinna edasisuunamine	48
B	Ülemäärase hinnaga seotud kahju põhjustavatest muud liiki rikkumistest tulenenud ülemäärase hinna kindlakstegemine	51
III	Müüginahus avalduvast mõjust tuleneva kahju kindlakstegemine	52
4. OSA – Konkurente tõrjuva tegevusega tekitatud kahju suuruse kindlakstegemine		53
I	Konkurente tõrjuva tegevuse mõju	53
II	Konkurentidele tekitatud kahju suuruse kindlakstegemine	54
A	Konkurente tõrjuva tegevuse ajaline mõõde	54
B	Üldine lähenemisviis saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisele	55
C	Olemasolevad konkurendid	56
(1)	Ajaline võrdlus	57
(2)	Muud võrdlusel põhinevad meetodid	60
D	Konkurentide turulepääsu takistamine	60
E	Tulevase kahju hüvitamine	62
III	Klientidele tekitatud kahju suuruse kindlakstegemine	63
A	Tasuvaks muutmine	63
B	Konkurentidele kui rikkujate klientidele tekitatud kahju	65
	Viidatud kohtuasjad	66

KOMISJONI TALITUSTE TÖÖDOKUMENT

PRAKTILISED SUUNISED

KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE EUROOPA LIIDU TOIMIMISE LEPINGU ARTIKLI 101 VÕI 102 RIKKUMISEL PÕHINEVATE KAHJU HÜVITAMISE HAGIDE KORRAL

Lisatud dokumendile:

KOMISJONI TEATIS

**Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102
rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral**

SISU ÜLEVAADE

		<i>Punkt</i>
1. OSA	KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMISE TAUST JA ÜLDINE LÄHENEMISVIIS KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMISELE KONKURENTSIEESKIRJADE RIKKUMISE KORRAL	1–25
I	ÕIGUSLIK TAUST	1–10
A	Õigus kahju hüvitamisele	1–2
B	Õigus kahju hüvitamisele ELi õiguses – tõhususe ja võrdväarsuse põhimõte [1].	
II	Kahju suuruse kindlakstegemise suhtes kohaldatavad liikmesriikide eeskirjad ja käesolevad praktilised suunised	3–10
	Rikkumine ja põhjustamine [3]; Kahju hüvitamise hagide riiklik ja ELi kontekst [4]; Pragmaatiline lähenemisviis riiklikus õiguses [5]; Suuniste eesmärk [6]; Suuniste õiguslik staatus [7–9].	
III	ÜLDINE LÄHENEMISVIIS KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMISELE KONKURENTSIEESKIRJADE RIKKUMISE KORRAL	11–20
	Tekitatud kahju hüvitamise mõiste ulatus [11, 20]; Rikkumise puudumise stsenaarium [112]; Kohtutele kättesaadavad tõendid [134]; Kahju suuruse kindlakstegemise põhietapid [13–15]; Kahju suuruse kindlakstegemisele omane ebakindlus [16–17].	
	PRAKTILISTE SUUNISTE ÜLESEHITUS	21–25
2. OSA	MEETODID JA TEHNIKAD	26–125
I	ÜLEVAADE	26–31
	Eri meetodite ülevaade [267]; Võrdlusel põhinevad meetodid [267]; Muud meetodid [278].	
II	VÕRDLUSEL PÕHINEVAD MEETODID	32–95
	Võrdlusel põhineva analüüsi näide [32]; Võrdlusel põhinevad meetodi eelised [37].	
A	Rikkumise puudumise stsenaariumi loomise meetodid	38–58

(1)	Sama turu andmete ajaline võrdlus Võrdluse erinevad võrdlusalused [389]; Andmete korrigeerimine [40]; Valik eri lähenemisviiside vahel [423]; Rikkumise lõppemine [434]; Oligopoolsed turud [445].	38–48
(2)	Võrdlus muude geograafiliste turgude andmetega Geograafiliste turgude piisav sarnasus [50]; Naaberturud [523].	49–53
(3)	Võrdlus muude tooteturgude andmetega	54–55
(4)	Ajaliste ja turupõhiste võrdluste ühendamine Erinevuste erinevuse meetod [56]; Eelised ja puudused [578].	56–58
B	<i>Meetodi rakendamine praktikas: rikkumise puudumise stsenaariumis hinna või muu majandusliku muutuja hindamise tehnikad</i> Kohe kättesaadavate andmete kasutamise võimalus [60]; Korrigeerimise vajadus (eri põhjustel) [601]; Valik eri lähenemisviiside vahel [612].	59–95
(1)	Lihtsad tehnikad: üksikud vaatlusandmed, keskmised väärtused, interpoleerimine ja lihtne korrigeerimine Kättesaadavad andmed [634]; Keskmiste väärtuste kasutamine [656]; Lineaarne interpoleerimine [667]; Eristavate tegurite kindlakstegemine [68].	63–68
(2)	Regressioonianalüüs	69–90
<i>a</i>	<i>Regressioonianalüüsi mõiste ja eesmärk</i> Mis on regressioonianalüüs? [69]; Regressioonianalüüsi liigid [701].	69–72
<i>b</i>	<i>Näited ja selgitused</i> Regressioonianalüüsi põhietapid [73–76]; Mitmete muutujatega regressioonianalüüs (mitme muutujaga analüüs) [77]; Prognoosimeetod [80].	73–80
<i>c</i>	<i>Regressioonianalüüsi kasutamise nõuded</i> Vaatlusandmed [81–84]; ebakindluse kõrvaldamine (statistiline tähtsus) [87–88]; lihtsustatud analüüsimeetod [90].	81–90
(3)	Tehnika valik Kahju suuruse kindlakstegemise tehnika valik ja proportsionaalsuse kaalutlused [92–93].	91–95
III	MATKEMUDELID, KULU- JA FINANTSPÕHINE ANALÜÜS JA MUUD MEETODID	96–121
A	<i>Matkemudelid</i> Oligopoolsete turgude mudelid [978]; Matkemudelite kasutamine [100]; Näide [101–102]; Lähenemisviisi eelised ja puudused [103–105].	97–105
B	<i>Kulu- ja finantspõhised meetodid</i> Põhimeetod [1067]; Oluliste kulude kindlaksmääramine [1089]; Kasumimarginaal [1101]; Finantspõhine meetod [1134–118].	106–118
C	<i>Muud meetodid</i>	119–121
IV	MEETODITE VALIK	122–125
3. OSA	HINNATÕUSU PÕHJUSTATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE	126–179
I	HINNATÕUSU PÕHJUSTAVATE RIKKUMISTE MÕJU Otsesed ja kaudsed kliendid [126]; Rikkumiste näited [1267]; Kaht liiki kahju: ülemäärane hind ja müügimahus/koguses avalduv kahju [1278].	126–135
II	ÜLEMÄÄRASE HINNA KINDLAKSTEGEMINE	136–174

A	Kartelli põhjustatud ülemäärase hinna kindlakstegemine	137–171
(1)	Kartelli mõju Kartelli põhjustatud rikkumise mõiste [139]; Kartelli üldmõju empiirilised/majanduslikud uuringud [141–145].	139–145
(2)	Otsese kliendi makstud esialgne ülemäärane hind Kartelli poolt otsestele klientidele põhjustatud kahju praktilise näite sissejuhatuse [1467].	146–160
a	Ajaline võrdlus Ajalise võrdluse kohaldamise praktiline näide [149]; Rikkumisjärgsete hindade sobilikkus võrdluseks [1523].	149–154
b	Muud võrdlusel põhinevad meetodid Võrdlus erineva geograafilise turu hindadega [155]; erineva tooteturu hinnad [15960].	155–160
(3)	Ülemäärase hinna edasisuunamine Edasisuunamine ja müügistahumahu vähenemine/müügistahumahu avalduv kahju [1612]; Edasisuunamise kasutamine kaitseargumendina ja kaudse kliendi algatatud menetlus rikkuja vastu [1634]; hagejate ja kostjate väidete põhjendamise lähenemisviisid [166]; Turu omadused, mis võivad mõjutada edasisuunamise ulatust [167(1)(a)(1)(f)].	161–171
B	Ülemäärase hinnaga seotud kahju põhjustavatest muud liiki rikkumistest tulenenud ülemäärase hinna kindlakstegemine	172–174
III	MÜÜGISTAHUMAHUS AVALDUVAST MÕJUST TULENEVA KAHJU KINDLAKSTEGEMINE	175–179
4. OSA	KONKURENTE TÕRJUVA TEGEVUSEGA TEKITATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE	180–216
I	KONKURENTE TÕRJUVA TEGEVUSE MÕJU Konkurentide tõrjumine turult: turu sulgemine [180]; Konkurentide tõrjuva tegevuse mõju [181–182].	180–183
II	KONKURENTIDELE TEKITATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE	184–208
A	Konkurentide tõrjuva tegevuse ajaline mõõde	185–187
B	Üldine lähenemisviis saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisele Vastupidise stsenaariumi konstrueerimine [188]; Saamata jäänud tulu arvutamine [189–190]; Võimalus esitada hagi üksnes tekkinud kahju osaliseks hüvitamiseks [1901].	188–193
C	Olemasolevad konkurendid	194–199
(1)	Ajaline võrdlus Praktiline näide [195–196]; Turuosade kasutamine [197].	195–198
(2)	Muud võrdlusel põhinevad meetodid	199
D	Konkurentide turulepääsu takistamine Konkreetsed probleemid [200]; Praktiline näide [202–204].	200–205
E	Tulevase kahju hüvitamine	206–208
III	KLIENTIDELE TEKITATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE	209–216
A	Tasuvaks muutmise Turuvallutusliku hinnakujunduse juhtumid näide [210–212]; Näide ettevõtjast, kellele turg	210–214

B	on suletud [2123]. <i>Konkurentidele kui rikkujate klientidele tekitatud kahju</i>	215–216
----------	---	----------------

ILLUSTREERIVATE NÄIDETE TABEL

Jahukartell [32], [1467]

Kaubanduslike lahustite jaoks olulise tootmissisendi tarnimisest keeldumine [194], [195], [196], [2078]

Meditsiinitehnika juhtum [2023], [2045]

Tasuvaks muutmine turuvallutusliku hinnakujunduse juhtumis [2101], [2134]

1. osa - Kahju suuruse kindlakstegemise taust ja üldine lähenemisviis kahju suuruse kindlakstegemisele konkurentsieeskirjade rikkumise korral

I ÕIGUSLIK TAUST

A Õigus kahju hüvitamisele

1. Kõikidel, kes on kandnud kahju Euroopa Liidu toimimise lepingu (edaspidi „ELi toimimise leping”) artikli 101 või 102 rikkumise tõttu, on õigus taotleda tekitatud kahju hüvitamist. Euroopa Liidu Kohus on sedastanud, et see õigus on tagatud ELi esmase õigusega¹. Hüvitamine tähendab kannatanu asetamist olukorda, milles ta oleks olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Seepärast hõlmab hüvitamine nii otsese varalise kahju (*damnum emergens*) kui ka saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) hüvitamist ning viivise maksmist². Otsene varaline kahju tähendab isiku vara vähenemist; saamata jäänud tulu tähendab seda, et vara ei suurenenud nii, nagu see oleks ilma rikkumiseta suurenenud³.
2. Kahju hüvitamise tsiviilhagisid menetleb tavaliselt siseriiklik kohus⁴. Kuni asjaomast valdkonda reguleerivad ELi eeskirjad puuduvad, tuleb ELi õigusega tagatud kahju hüvitamise õiguse kasutamist käsitlevad üksikasjalikud eeskirjad sätestada iga liikmesriigi õiguskorras. Sellised eeskirjad ei tohi siiski muuta üksikisikutele ELi õiguskorraga antud õiguste kasutamist ülemäära raskeks või praktiliselt võimatuks (tõhususe põhimõte) ja need ei tohi olla ebasoodsamad kui need, mis reguleerivad kahju hüvitamise nõuete esitamist siseriikliku õiguskorra alusel antud samalaadsete õiguste rikkumise korral (samaväärsuse põhimõte)⁵.

B Kahju suuruse kindlakstegemise suhtes kohaldatavad liikmesriikide eeskirjad ja käesolevad praktilised suunised

3. ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumise tõttu kantud kahju hüvitamist käsitlevas menetluses peab liikmesriigi kohus kindlaks määrama, kas hageja on kandnud rikkumise tõttu kahju ning kui see on nii, siis kahjuhüvitise suuruse⁶.

¹ Kohtuasi C-453/99: Courage (EKL 2001, lk I-6297), punkt 26; liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 60; kohtuasi C-360/09: Pfeiderer (EKL 2011, lk I-5161) punkt 36 ja kohtuasi C-199/11: Euroopa Ühendus vs. Otis NV jt (EKL 2012, veel avaldamata). Need kohtuasjad käsitlesid ELi toimimise lepingu artiklit 101 (endine EÜ lepingu artikkel 81); samad põhimõtted kehtivad siiski ka ELi toimimise lepingu artikli 102 kohta (endine EÜ lepingu artikkel 82) - vt kohtuasi C-360/09: Pfeiderer (EKL 2011, lk I-5161) punkt 36.

² Liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 95.

³ Kohtujurist Capotorti ettepanek kohtuasjas 238/78: Ireks-Arkady GmbH vs. nõukogu ja komisjon (EKL 1979, lk 2955) punkt 9.

⁴ Siseriikliku kohtu rahvusvaheline kohtualluvus määratakse sageli kindlaks nõukogu 22. detsembri 2000. aasta määrusega (EÜ) nr 44/2001 kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades (EÜT L 12, 16.1.2001, lk 1). Kõnealune määrus asendati hiljuti 12. detsembri 2012. aasta määrusega (EL) nr 1215/2012 kohtualluvuse ning kohtuotsuste tunnustamise ja täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusajades, ELT L 351, 20.12.2012, lk 1, mis suuremas osas jõustub 10. jaanuaril 2015. Konkreetset juhul kohaldatav materiaalsoigus määratakse sageli kindlaks ELi määrustega ja eelkõige määruse nr 864/2007 (lepinguväliste võlasuhete suhtes kohaldatava õiguse kohta) artikliga 6 (ELT L 199, 31.7.2007, lk 40). Tavaliselt kohaldatakse asja menetleva kohtu asukohariigi menetlusnorme (*lex fori*). Kahju hüvitamise hagides võivad otsuseid teha ka vahekohtud ja ELi mittekuuluvate riikide kohtud.

⁵ Kohtuasi C-453/99: Courage (EKL 2001, lk I-6297), punkt 29; liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 62.

⁶ Käesolevates praktilistes suunistes käsitletakse kahju hindamist üksnes rahalise hüvitise maksmise nõuete kontekstis. Kuigi selles ei käsitleta konkreetset hüvitise kindlaksmääramist muude

Selline kindlaksmääramine – kahjuhüvitise suuruse hindamine ja tõendamine – on sageli keeruline⁷. Selline kindlaksmääramine on tavaliselt vajalik üksnes seejärel, kui siseriiklik kohus on leidnud, et kahju hüvitamise hagi vastab muudele õiguslikele nõuetele, olles eelkõige teinud kindlaks, et rikkumine on aset leidnud ning et rikkumine ja kantud kahju on omavahel põhjuslikus seoses⁸.

4. Õigusraamistik, mille alusel kohtud kahju suurust kindlaks määravad, põhineb ELi ja liikmesriikide õigusaktidel, hõlmates eeskirju järgmise kohta.
 - Hüvitatavate kahjude liigid ja kahju hüvitamise hagide puhul vastutust reguleerivad üldnormid.
 - Sellised nõuded nagu põhjuslikkus või lähedus, mis seovad ebaseaduslikku toimingut ja kahju. Euroopa Kohus on sellega seoses selgitanud, et kui ELi tasandil seda küsimust ei reguleerita, sätestatakse mõiste „põhjuslik seos” kohaldamise eeskirjad liikmesriigi õiguses, tingimusel et järgitakse samaväärsuse ja tõhususe põhimõtteid⁹.
 - Kahju hüvitamise hagide kohta otsuse tegemise menetluslik raamistik. Siseriiklike eeskirjadega nähakse tavaliselt ette tõendamiskohustuse ja menetluspoolte poolt kohtule faktiliste asjaolude esitamise kohustuste jaotamine¹⁰.
 - Asjakohane tõendamise tase, mis võib olla menetluse eri etappidel erinev ja varieeruda ka olenevalt vastutusest kahju eest ja kahju suurusest.
 - Mil määral ja kuidas antakse kohtutele volitused tekkinud kahju suuruse kindlakstegemiseks ligikaudsete võimalikult täpsete hinnangute või erapooletute kaalutluste alusel ja
 - Tõendite (ja eelkõige eksperdi esitatavate tõendite) vastuvõetavus ja roll tsiviilkohtumenetluses ning nende hindamine.
5. Seadusandjad ja kohtud kasutavad oma asjaomases õiguslikus raamistikus kahjuhüvitise suuruse kindlaksmääramisel sageli pragmaatilist lähenemisviisi, kehtestades näiteks eeldusi. Näiteks kui menetluspool on esitatud teatava hulga faktilisi asjaolusid ja tõendeid, võib tõendamiskohustus muutuda. Liikmesriik võib oma õiguses sätestada ka selle, et kannatanutele tekitatud kahju suuruse hindamisel võetakse - kas otseselt või kaudselt - arvesse eeskirju rikkuva(te) ettevõtja(te) teenitud ebaseaduslikku kasumit¹¹.
6. Käesolevate praktiliste suuniste eesmärk on anda kohtute ja kahju hüvitamise nõude menetluse poolte käsutusse majanduslik ja praktiline teave, mis võib osutada kasulikuks siseriiklike õigusnormide ja -tavade kohaldamisel. Selleks kirjeldatakse praktilistes suunistes ELi toimimise lepinguga keelatud konkurentsi kahjustava tegevuse poolt tekitatavat kahju ning antakse teavet sellise kahju suuruse

tsiviilõiguslike parandusmeetmete korral, võib selles esitatud teavet kasutada ka sellise kindlaksmääramise jaoks, eelkõige seoses tagastamise nõuete menetlemisega.

⁷ Vt täpsemalt allpool II jao punkt 11 jj.

⁸ Määruse nr 1/2003 artikkel 16. Käesolevas dokumendis ei käsitleta küsimust, kas teatava äritavaga rikutakse ELi toimimise lepingu artiklit 101 või 102.

⁹ Liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punktid 61 ja 64; kohtuasi C-453/99: Courage (EKL 2001, lk I-6297) punkt 29.

¹⁰ Tõendamiskohustuse jaotamise kohta konkurentsiasjades vt nt Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03: Kart (Vitaminpreise).

¹¹ Vt allpool 3. osa punkt 146.

kindlakstegemiseks kasutatavate peamiste meetodite ja tehnikate kohta¹². Sellised suunised võivad aidata hagejal esitada kohtule faktilisi asjaolusid taotletava kahjuhüvitise summa kohta ja kostjal kaitsta end hageja väidete vastu. Suunised võivad aidata menetluspooltel ka jõuda oma vaidluse lahendamisel konsensuseni kas kohtumenetluse või alternatiivse vaidluste lahendamise mehhanismi raames või väljaspool neid.

7. Käesolevad praktilised suunised on puhtalt informatiivsed, see ei ole liikmesriikide kohtutele siduv ega muuda õigusnorme, mida liikmesriigid kohaldavad ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise nõuete menetluse suhtes¹³.
8. See, kas ja millise käesolevates praktilistes suunistes kirjeldatud meetodi või tehnika kasutamist peetakse menetletavas asjas sobivaks, sõltub eelkõige eelnimetatud ELi õiguse kohasele tõhususe ja võrdväarsuse põhimõttele vastavalt kohaldatavast siseriiklikust õigusest. Seoses sellega tuleb tõenäoliselt kaaluda seda, kas:
 - teatav meetod või tehnika vastab siseriiklikus õiguses nõutud standardile,
 - tõendamiskohustusega menetluspoolel on meetodi või tehnika kohaldamiseks piisavalt andmeid ning
 - tõendamiskohustus ja asjaomased kulud on proportsionaalsed arutusel oleva kahju hüvitamise hagi suurusega.

Ülemäärased raskused ELi õigusega tagatud hüvitise saamise õiguse kasutamisel ja seega probleemid seoses tõhususe põhimõtte kohaldamisega võivad tekkida näiteks ebaproportsionaalselt suurte kulude tõttu või kindlustaseme ja tekkinud kahju suuruse kindlakstegemise täpsuse suhtes esitatavate nõuete liigse ranguse tõttu¹⁴.

9. Käesolevad praktilised suunised ei vaidlusta pragmaatiliste lähenemisviiside kasutamist või karmista või leevenda tõendamise taset või menetluspooltelt liikmesriigi õiguskorral alusel nõutavate faktiliste asjaolude detailsuse astet. Võib piisata ka sellest, et menetluspoolte esitatavad faktilised asjaolud ja tõendid kahju suuruse kohta on vähem üksikasjalikud kui käesolevates praktilistes suunistes käsitletud meetodid ja tehnikad.
10. Samuti tuleks märkida, et konkurentsieeskirjade rikkumisega tekitatud kahju käsitlev majanduslik teave ja sellise kahju suuruse kindlakstegemise meetodid ning tehnikad võivad aja jooksul muutuda vastavalt teoreetilistele ja empiirilistele uurimustele ning kõnealuse valdkonna kohtupraktikale. Käesolevat dokumenti ei tohiks seega pidada ammendavaks.

II ÜLDINE LÄHENEMISVIIS KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMISELE KONKURENTSIEESKIRJADE RIKKUMISE KORRAL

11. Tekkinud kahju eest hüvitise maksmise eesmärk on asetada kannatanu olukorda, milles ta oleks olnud, kui ELi toimimise lepingu artiklit 101 või 102 ei oleks rikutud: kannatanu tegelikku olukorda tuleb seega võrrelda olukorraga, milles asjaomane isik

¹² Komisjon on käesolevate praktiliste suuniste koostamisel saanud kasulikku abi enda tellitud uuringutest ning välisekspertide esitatud märkustest; vt <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Samuti ei mõjuta see liikmesriikide ja füüsiliste või juriidiliste isikute ELi õigusest tulenevaid õigusi ja kohustusi.

¹⁴ Vt ka allpool punktid 16 ja 167.

oleks olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Sellist hindamist nimetatakse vahel inglise keeles „*but-for*” analüüsiks.

12. Konkurentsieeskirjade rikkumisega tekitatud kahju suuruse kindlakstegemise keskne küsimus seisneb seega selle väljaselgitamises, mis oleks tõenäoliselt juhtunud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Sellist hüpoteetilist olukorda ei saa siiski vaadelda otse ja teatava hindamise kaudu tuleb luua võrdlusstsenaarium, millega saab tegelikku olukorda võrrelda. Sellist võrdlusstsenaariumi nimetatakse rikkumise puudumise stsenaariumiks või vastupidiseks stsenaariumiks (counterfactual scenario).
13. Selleks et kindlaks määrata, kas rikkumisega tekitati hagejale tegelikult kahju ja kui jah, siis kui suures ulatuses, lähtutakse konkreetset juhtumil selle juhtumi üksikasjadest ja kohtu käsutuses olevatest tõenditest (sealhulgas konkurentsiasutuste otsused). Kõnealune konkreetne (väidetav) rikkumine ja asjaolu, kuidas see võiks mõjutada konkreetse turu olukorda, võetakse kõnealuse rikkumisega tekitatud kahju ulatuse kindlaksmääramise lähtepunktiks.
14. Liikmesriigi kohtul võib konkreetset juhtumil olla mitmesuguseid kahju suuruse kindlakstegemise seisukohast olulisi tõendeid, näiteks ettevõtjate koostatud dokumendid seoses kokkulepitud hinnatõusu ja selle rakendamisega või oma turupositsiooni hindamisega. Kasutada võib ka tunnistajate suulisi ütlusi. Selliste tõendite olemasolu võib olla oluline, kui kohus otsustab, kas ja millist allpool kirjeldatud meetodit või tehnikat saab menetluspools kasutada, et täita kohaldatava õiguse kohaseid tõendamise nõudeid.
15. See, milliseid majanduslikke muutujaid (nt hinnad, müüginahud, kasum, kulud või turuosad) tuleb kaaluda, oleneb kahju liigist, mille eest hageja hüvitist nõuab. Näiteks kui kartelliosaliste kliendid peavad kartelli tõttu maksma kõrgemat hinda, tuleb kindlaks määrata rikkumise puudumise korral makstav hind, mida saaks võtta aluseks selle võrdlemisel hinnaga, mida need kliendid tegelikult maksid. Kui turgu valitseva seisundi kuritarvitamine põhjustab turu sulgemise konkurentide ees, võib asjaomaste konkurentide saamata jäänud tulu hinnata, võrreldes nende tegelikku käivet ja tegelikke kasumimarginaale selle käibe ja nende kasumimarginaalidega, mida nad oleksid tõenäoliselt saavutanud, kui rikkumist ei oleks toimunud.
16. Kunagi ei ole võimalik täpselt teada saada, kuidas turg oleks konkreetset muutunud, kui ELi toimimise lepingu artiklit 101 või 102 ei oleks rikutud. Hinnad, müüginahud ja kasumimarginaalid sõltuvad paljudest teguritest ning turuosaliste vahelistest keerukatest, tihtipeale strateegilistest seostest, mida ei ole lihtne hinnata. Hüpoteetilise rikkumise puudumise stsenaariumi hindamisel tuginetakse seega juba määratluse kohaselt paljudele eeldustele¹⁵. Seda olemuslikku puudust suurendab tegelikult sageli andmete puudumine või kättesaamatus.
17. Neil põhjustel mõjutavad kahju suuruse kindlakstegemist konkurentsieeskirjade rikkumise korral selle olemusest tulenevalt olulised piirangud seoses eeldatava

¹⁵ Euroopa Kohus on tunnistanud sellise hüpoteetilise olukorra hindamisel esinevaid piiranguid ja mõjusid (seoses saamata jäänud sissetuleku suuruse kindlakstegemisega Euroopa Ühenduse vastu esitatud kahju hüvitamise nõuete menetlemisel põllumajandussektoris): „Saamata jäänud sissetulek ei ole mitte lihtsa matemaatilise arvutuse, vaid keerukate majandusandmete hindamise tulemus. Euroopa Kohut kutsutakse seega üles hindama suurel määral hüpoteetilist laadi majandustegevust. Nii nagu liikmesriigi kohtul on ka Euroopa Kohtul seega ulatuslik kaalutusõigus nii näitajate kui ka statistiliste andmete valimisel ning eelkõige selle üle otsustamisel, kuidas neid tuleb kahju arvutamiseks ja hindamiseks kasutada.” Vt liidetud kohtuasjad C-104/89 ja C-37/90: Mulder jt vs. nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-203, punkt 79).

kindlustaseme ja täpsusastmega. Kannatatud kahju üksainus „õige” kindlaksmääratav väärtus puudub ja kasutada saab üksnes eeldustele ja ligikaudsetele väärtustele tuginevaid parimaid hinnanguid¹⁶. Kohaldatavad siseriiklikud õigusnormid ja nende tõlgendused peaksid kajastama kõnealuseid olemusest tulenevaid piiranguid kahju suuruse kindlakstegemisel ELi toimimise lepingu artiklite 101 ja 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise nõuete menetlemisel vastavalt ELi õiguse kohasele tõhususe põhimõttele, nii et ELi toimimise lepinguga tagatud hüvitise saamise õiguse kasutamine ei muutuks praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks.

18. Käesolevates praktilistes suunistes kirjeldatakse eri meetodeid ja tehnikaid, mis on välja töötatud majandus- ja õiguspraktikas, et määrata kindlaks sobiv võrdlusstsenaarium ja hinnata huvipakkuvate majanduslike muutujate (hinnakartelli korral nt tõenäoline hind, mida oleks toote eest küsitud, kui rikkumist ei oleks toimunud) väärtust¹⁷. Meetodid ja tehnikad põhinevad eri lähenemisviisidel ja erinevad nende aluseks olevate eelduste ning vajalike andmete mitmekesisuse ja üksikasjalikkuse poolest. Need erinevad ka selle poolest, kui ulatuslikult saab nende abil kontrollida peale rikkumise ka muid tegureid, mis võivad olla mõjutanud hageja olukorda. Seepärast võib kõnealuste meetodite ja tehnikate kohaldamine olla rohkem või vähem keeruline, aeganõudev ja kulumahukas.
19. Pärast asjaomase majandusliku muutuja (nt hind, kasumimarginaalid või müüginahud) väärtuse hindamist hüpoteetilise rikkumise puudumise stsenaariumi puhul tuleb seda võrrelda tegeliku olukorraga (nt kannatanu tegelikult makstud hind), et teha kindlaks ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisega tekitatud kahju suurus.
20. Samuti tuleb arvesse võtta viivise lisandumist. Viivise määramine on kahju hüvitamise oluline komponent. Nagu Euroopa Kohus on rõhutanud, peab kantud kahju täielik hüvitamine hõlmama sellise kahjuliku mõju hüvitamist, mis tekkis rikkumisega põhjustatud kahju toimumisest möödunud aja tõttu¹⁸. Kõnealune mõju on devalvatsioon¹⁹ ja kannatanu jaoks luhtunud võimalus saada kapital enda käsutusse²⁰. Siseriiklikus õiguses võib sellist mõju arvesse võtta kohustusliku viivise või muu viivise näol, kui see on kooskõlas eespool nimetatud tõhususe ja võrdväärsuse põhimõttega.

III PRAKTIILISTE SUUNISTE ÜLESEHITUS

21. Kahju hüvitamise hagi aluseks on väide, et ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisega on kahjustatud hageja olukorda. Üldjoontes võib eristada kaht põhilist selliste rikkumiste kahjuliku mõju kategooriat:

¹⁶ Liikmesriigi kohtu poolt vastupidise stsenaariumi rekonstrueerimise ja selle aluseks olevate eeldustega seoses tekkivate probleemide näide vt Competition Appeal Tribunal, 28. märtsi 2013. aasta otsus juhtum nr 1166/5/7/10 (Albion Water Limited vs. Dŵr Cymru Cyfyngedig).

¹⁷ Vt allpool 2. osa.

¹⁸ Kohtuasi C-271/91: Marshall (EKL 1993, lk I-4367) punkt 31; liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 97; Euroopa Komisjoni valge raamat EÜ konkurentsieskirjade rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise kohta (KOM(2008) 165), punkt 2.5 ja sellele lisatud komisjoni talituste töödokument (SEK(2008) 404), punkt 187.

¹⁹ Kohtuasi C-308/87: Grifoni II (EKL 1994, lk I-341) punkt 40; kohtujurist Tesauro arvamus kohtuasjas C-308/87: Grifoni II (EKL 1994, lk I-341) punkt 25; liidetud kohtuasjad C-104/89 ja C-37/90: Mulder jt vs. nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-203) punkt 51. Ostujõu kaotusega seoses vt liidetud kohtuasjad T-17/89, T-21/89 ja T-25/89: Brazzelli Lualdi (EKL 1992, lk II-293, punkt 40).

²⁰ Kohtujurist Saggio ettepanek liidetud kohtuasjades C-104/89 ja C-37/90: Mulder jt vs. nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-203, punkt 105).

- (a) Rikkumise tulemusel võivad suureneda rikkumise toime pannud ettevõtja klientide poolt makstavad hinnad²¹. Sellise mõjuga rikkumised on muu hulgas kartellidega seonduvad rikkumised ELi toimimise lepingu artikli 101 tähenduses, näiteks kartellikokkulepped hindade kindlaksmääramiseks, turu jaotamiseks ja toodangu piiramiseks. Sellise mõjuga võivad olla ka turgu valitseva seisundi kuritarvitused ELi toimimise lepingu artikli 102 tähenduses.

Kõrgem hind tähendab seda, et asjaomast toodet või teenust²² ostvad kliendid maksavad ülemäärast hinda. Lisaks võib hinnatõus vähendada nõudlust ja klientidel, kes kasutavad asjaomast toodet enda äritegevuses, võib jääda tulu saamata²³.

- (b) Ettevõtjad võivad rikkuda ELi toimimise lepingu artikleid 101 ja 102 ka ebaseadusliku tegevusega, mis tõrjub konkurendid turult välja või vähendab nende turuosa²⁴. Tüüpiliseks näiteks on turgu valitseva seisundi kuritarvitamine hinnakruvi, turuvallutusliku hinnakujunduse või seosmüügi kaudu või tarnijate ja turustajate vahel teatavate konkurentsioigust rikkuvate vertikaalsete ainuõiguslike kokkulepete sõlmimise kaudu²⁵. Sellisel tegevusel on märkimisväärne mõju konkurentidele, kes kannatavad kahju, sest kaotavad ärivõimalused ja kasumi asjaomasel turul. Kui turu sulgemine konkurentidele on edukas ja konkurentsi surve turul väheneb, kahjustab see tavaliselt hinnatõusu kaudu ka kliente.
22. ELi toimimise lepingu artiklite 101 ja 102 rikkumisel võivad olla ka muud kahjulikud tagajärjed, näiteks toodete kvaliteedi halvenemine ja innovatsiooni vähenemine. Praktilistes suunistes keskendutakse kahele peamisele punktis 201 kirjeldatud kahjukategooriale ja kannatanute rühmale²⁶. Praktilistes suunistes kirjeldatud meetodid ja tehnikad võivad siiski olla asjakohased ka muud liiki kahju ja muude kannatanutega seotud kahju hüvitamise nõuete korral.
23. Praktiliste suuniste 3. osas käsitletakse konkreetset punkti 201 alapunktis a viidatud kahju suuruse kindlakstegemist. Selles osas kirjeldatakse rikkumisest tuleneva hinnatõusu peamisi tagajärgi turule ja selgitatakse seda, kuidas saab sellist liiki kahju (eelkõige ülemäärase hinna maksmisest tulenevat kahju ja nõudluse vähenemisega seotud kahju) suurust kindlaks teha.
24. Praktiliste suuniste 4. osas käsitletakse konkreetset punkti 201 alapunktis b viidatud kahju suuruse kindlakstegemist. Selles osas kirjeldatakse konkurentide turult väljatõrjumise võimalikke tagajärgi ja selgitatakse näidete varal seda, kuidas saab sellist liiki kahju (nimelt turult välja tõrjutud konkurentide saamata jäänud tulu ja klientidele tekitatud kahju) suurust kindlaks teha.

²¹ Kui rikkumine mõjutab eeskirju rikkuvate ettevõtjate ostutegevust, kaasneb sellega nende ostuhindade langus, mida kõnealused ettevõtjad peavad maksuma oma tarnijatele. Vt täpsemalt 3. osa I jao punkt 133.

²² Ülevaatlikkuse huvides viidatakse edaspidi üksnes rikkumisest mõjutatud „toodetele”; seda tuleb siiski käsitada viitena ka mõjutatud „teenustele”.

²³ Vt täpsemalt 3. osa I jao punkt 127 jj.

²⁴ Kohtuasi C-209/10: Post Danmark (EKLis veel avaldamata, punktid 22, 23 ja 24).

²⁵ Vertikaalsed kokkulepped on tarneahela eri tasanditel tegutsevate ettevõtjate vahel sõlmitud kokkulepped.

²⁶ Praktilistes suunistes ei käsitleta konkreetset muude isikute olukorda peale punkti 20 alapunktides a ja b kirjeldatud isikute, kuigi ka muud isikud (nt rikkujate tarnijad või rikkujate seaduskuulekate konkurentide kliendid) võivad kannatada kahju rikkumiste tõttu, mis põhjustavad ülemäärast hinda või konkurentide turult välja tõrjumist; vt ka joonealune märkus 107.

25. ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisest tuleneva kahju suuruse kindlakstegemise peamised meetodid ja tehnikad on kõigi selliste rikkumistega tekitatud kahjude puhul sarnased. Seepärast esitatakse praktiliste suuniste 2. osas asjaomaste meetodite ja tehnikate üldine ülevaade ning antakse rohkem teavet kõnealuste meetodite aluseks olevate põhieelduste kohta ning selgitatakse nende kohaldamist praktikas.

2. osa - Meetodid ja tehnikad

I ÜLEVAADE

26. Rikkumise puudumise stsenaariumi saab kahju suuruse kindlakstegemiseks konkurentsieeskirjade rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise nõuete menetlemisel luua eri meetodite abil.
27. Menetluspoolte ja kohtute enim kasutatud meetoditega hinnatakse, mis oleks juhtunud, kui rikkumist ei oleks toimunud, vaadeldes ajavahemikke enne ja pärast rikkumist või muid turge, mida rikkumine ei ole mõjutanud. Selliste võrdluspõhiste meetodite puhul peetakse rikkumisest mõjutamata ajavahemiku või turgude vaadeldud andmeid (hinnad, müüginahud, kasumimarginaalid vm majanduslikud muutujad) viitavat hüpoteetilisele rikkumise puudumise stsenaariumile. Neid meetodeid täiustatakse vahel ökonomeetriliste meetodite abil, mille puhul majandusteooriat kombineeritakse statistiliste või kvantitatiivsete meetoditega, et välja selgitada muutujate vahelised majanduslikud suhted ja neid mõõta. Mitmesuguseid võrdlusel põhinevaid meetodeid ja nende rakendamise tehnikaid kirjeldatakse allpool II jaos (punktid 32–95).
28. Muid meetodeid peale võrdlusel põhinevate meetodite käsitletakse allpool III jaos (punktid 96–121). Ühes neist kasutatakse tegelikule turule sobitatud majanduslikke mudeleid, et matkemodelleerida turu olukorda, mis oleks tõenäoliselt valitsenud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Kõnealustes mudelites tuginetakse majandusteooriale, et selgitada turu tõenäolist toimimist selle põhinäitajaid (nt konkurentide arv, konkureerimise viis, toodete eristamise tase, turulepääsu takistused) arvesse võttes. Osa meetodeid on kulupõhised, kasutades hüpoteetilise rikkumise puudumise stsenaariumi hindamiseks rikkumisest mõjutatud toote tootmiskulusid ja täiendavat „mõistlikku” kasumimarginaali, finantspõhiste lähenemisviiside puhul võetakse lähtepunktiks aga hageja või kostja finantstulemused.
29. Igal neist meetoditest ja tehnikatest on konkreetsed iseärasused, eelised ja puudused, mis võivad muuta nad rohkem või vähem sobivaks, et hinnata teataval asjaoludel tekkinud kahju. Eelkõige erinevad nad selle poolest, et tuginevad eri määral tegelikest turusuhetest tulenevatele andmetele või majandusteoorial põhinevatele eeldustele ning kontrollivad eri ulatuses lisaks rikkumisele ka muid tegureid, mis võivad olla hagejat mõjutanud. Peale selle erinevad kõnealused meetodid ja tehnikad kasutuslihtsuse taseme ning nõutavate andmete laadi ja hulga poolest.
30. Kuigi nende meetodite abil püütakse hinnata, kuidas kõnealune turg oleks muutunud, kui rikkumist ei oleks toimunud, võivad ka menetluspooltele ja kohtule kättesaadavad otsesemad tõendid (nt eeskirju rikkuvate ettevõtjate sisedokumendid kokkulepitud hinnatõusu kohta) anda kohaldatavate siseriiklike õigusnormide kohaselt kasulikku teavet, et hinnata konkreetsel juhul kahju suurust²⁷.

²⁷ Sellise lähenemisviisi kohta vt Oberlandesgericht Karlsruhe (Karlsruhe teise astme kohus) 11. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas nr 6 U 118/05, milles kasutati faktide tuvastamise jaotust ja esmapilgul usutavate tõendite kindlakstegemist käsitlevate kohaldatavate õigusnormide alusel kartelli kuuluvate eeskirju rikkuvate ettevõtjate vahel konkreetselt kokkulepitud hinnatõusu, et määrata kahjuhüvitis. Bundesgerichtshof (Saksamaa ülemkohus) kinnitas selle otsuse osa apellatsioonimenetluses 28. juunil 2011 tehtud otsuses kohtuasjas nr KZR 75/10.

31. Allpool IV jaos esitatakse meetodi valikuga seotud kaalutlused; meetodi valik sõltub tavaliselt asjaomase juhtumi iseärasustest ja kohaldatavas õiguses sätestatud nõuetest.

II VÕRDLUSEL PÕHINEVAD MEETODID

32. Võrdlusel põhinevate meetodite tegeliku toimimise hindamiseks tuleb vaadelda ELi toimimise lepingu artiklit 101 rikkaval hüpoteetilisel kartellil põhineva kahju hüvitamise nõude menetluse (täielikult väljamõeldud) näidet²⁸.

Jahukartell

Oletame, et liikmesriigi konkurentsiasutus on tuvastanud, et kõik asjaomase liikmesriigi veskid on omavahel kokku leppinud kindla hinna teravilja jahvatamise ja jahu tootmise eest.

Viimastel aastatel korrapäraselt jahu ostnud pagaritöökoda esitab ühe veski vastu kahju hüvitamise hagi. Pagaritöökoda väidab, et eeskirjade rikkumise tõttu on asjaomaselt veskilt ostetud jahu hind ebaseaduslikult tõusnud. Pagaritöökoda soovib saada varasematel aastatel makstud ülemäärase hinna eest hüvitist.

33. Põhiküsimus kahju suuruse kindlakstegemisel eelesitatud näite puhul on teha kindlaks hind, mida hagejast pagaritöökoda oleks jahu eest maksnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Kui selleks kasutatakse võrdluspõhist meetodit, siis võrreldakse rikkumise toimumise stsenaariumi kohast hinda rikkumise puudumise stsenaariumi kohase hinnaga, mis määratakse kindlaks hinna alusel, mida täheldatakse kas
- samal turul enne ja/või pärast rikkumise toimumist (1) või
 - muul, kuid sarnasel geograafilise turul (2) või
 - muul, kuid sarnasel tooteturul (3).
- Ajalist võrdlust saab ühendada eri geograafiliste või tooteturgude võrdlusega (4).
34. Jahukartelli näites kasutatud meetodite puhul keskendutakse hindadele. Neid meetodeid saab siiski kasutada ka muude majanduslike muutujate, näiteks ettevõtja turuosade, kasumimarginaalide, kapitali tootluse, vara väärtuse või kulude suuruse kindlakstegemiseks. Konkreetse juhtumi asjaoludest sõltub, milline majanduslik muutuja on kahju suuruse kindlakstegemiseks kõige parem.
35. Sellistes turgude või ajalistes võrdlustes saab kasutada kogu turu andmeid (st jahu keskmine hind, mida küsitakse kõigilt geograafilisel naaberturul tegutsevatelt pagaritöökodadelt) või üksnes teatavate konkreetsete turuosaliste andmeid (st jahu hind, mida küsitakse teatavalt kliendirühmalt, näiteks naaberturul tegutsevatelt hulgiostjatelt).
36. Mõnel juhul, eelkõige konkurente tõrjuva käitumise korral oleks asjakohane ka üksnes ühe turuosalisega seotud andmete võrdlemine. Üksikute ettevõtjate, st kannatanu ja piisavalt sarnase võrdlusettevõtja võrdlemisel võib näiteks võrrelda sellise ettevõtja saadud kasumit, kes püüab pääseda uuele turule, kus ta põrkub ELi konkurentsieeskirju rikkuva konkurente tõrjuva tegevusega, ja võrreldava turuletulija kasumit, mille viimane on saanud muul, kuid sarnasel geograafilisel turul, ilma et

²⁸

Seda näidet selgitatakse lähemalt punktis 146.

teda oleks mõjutanud konkurentsivastane tegevus. Allpool A alajao 1.-4. alajaos käsitletakse võrdlust turu koondandmete ja samuti ettevõtja andmetega²⁹.

37. Kõikide võrdluspõhiste meetodite eelis on selles, et nad kasutavad samal või sarnasel turul vaadeldud tegelikke andmeid³⁰. Võrdluspõhised meetodid tuginevad eeldusele, et võrdlusstsenaariumi saab käsitada tüüpilise tõenäolise rikkumise puudumise stsenaariumina ja et rikkumisest mõjutatud andmete ning võrdluseks valitud andmete vaheline erinevus tuleneb rikkumisest. Olulisteks turuomadusteks, mis võivad mängida rolli selle kaalumisel, kas kaks turgu on piisavalt sarnased, on nende turgude konkurentsi ja kontsentratsiooni määr, kulude ja nõudluse omadused ning turulepääsu takistused. Siseriiklikust õiguskorrast sõltub, kas rikkumisega seotud turgude/ajavahemike ja võrdlusturgude/-perioodide sarnasust peetakse piisavaks, et sellise võrdluse tulemusi kasutada kahju suuruse kindlakstegemiseks³¹. Kui asjaomased ajavahemikud või turud on väga erinevad, saab selliste erinevuste arvessevõtmiseks kasutada mitmesuguseid meetodeid³².

A Rikkumise puudumise stsenaariumi loomise meetodid

(1) Sama turu andmete ajaline võrdlus

38. Sageli kasutatakse meetodit, mille puhul võrreldakse tegelikku olukorda ajal, mil rikkumine kutsus esile tagajärgi, olukorraga samal turul enne rikkumise tagajärgede avaldumist või pärast nende möödumist³³. Näiteks kui ettevõtja kuritarvitas oma turgu valitsevat seisundit ja sulges konkurendi ees ajavahemikul 2004-2005 turu, vaadeldakse kõnealuse meetodiga konkurendi kasumit rikkumise ajavahemikul ning tema kasumit aastatel 2002 ja 2003, kui rikkumist ei olnud veel toimunud³⁴. Teise näitena võiks tuua hinnakartelli (nagu eelesitatud näide jahukartelli kohta), mis tegutses ajavahemikul 2005-2007, mille puhul saab kõnealuse meetodi abil võrrelda hinda, mida kartelli kliendid maksid rikkumise ajavahemikul, hinnaga, mida nad maksid rikkumisele järgnenud ajavahemikul, nt 2008. ja 2009. aastal³⁵.

²⁹ Võrdluse muu äriühingu andmetega võib teoreetiliselt teha nii muul geograafilisel või tooteturul tegutsevate äriühingute andmetega, nagu kirjeldatakse allpool 2.-4. alajaos, kui ka kannatanuga samal toote- ja geograafilisel turul tegutsevate äriühingute andmetega. Tegelikult ei ole sellised turusisesed võrdlused eriti olulised; võimalik, et põhjus on selles, et samal turul on raske leida teist piisavalt võrreldavat äriühingut, keda rikkumine ei ole mõjutanud. Järgmistes jagudes ei käsitleta seepärast selliseid turusisesed võrdlusi.

³⁰ Seda aspekti rõhutatakse nt Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 19. juuni 2007. aasta otsuses kohtuasjas nr KRB 12/07 (paberi hulgimüügi kartell).

³¹ Vt täpsemalt punkt 93. Andmete võrreldavuse hindamisel tekkida võivate probleemide näide vt Tribunal Administratif de Paris' (Pariisi halduskohus) 27. märtsi 2009. aasta otsus (SNCF vs. Bouygues).

³² Vt selle kohta täpsemalt allpool B alajao punktid 59–95.

³³ Vt nt Corte d'Appello di Milano (Milano apellatsioonikohus) 11. juuli 2003. aasta otsus (Blu Vacanze) ja Corte d'Appello di Milano (Milano apellatsioonikohus) 3. veebruari 2000. aasta otsus kohtuasjas nr I, 308 (Inaz Paghe vs. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro) (mõlemal juhul võrreldakse enne rikkumist, selle ajal ja pärast seda valitsenud olukorda); Landgericht Dortmund'i (Dortmundi esimese astme kohus) 1. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas nr 13 O 55/02: Kart (Vitaminpreise) (võrreldakse rikkumise ajal ja pärast seda valitsenud olukorda); Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz'i (Grazi teise astme tsiviilkohus) 17. augusti 2007. aasta otsus kohtuasjas nr 17 R 91/07 p (autokool) (kiidetakse heaks rikkumise ajal ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlemine).

³⁴ Selle meetodi rakendamise üksikasjalikum kasutusnäite kohta konkurente tõrjuva käitumise korral vt allpool 4. osa.

³⁵ Selle meetodi rakendamise üksikasjalikum kasutusnäite kohta ülemäärast hinda põhjustavate rikkumiste korral vt allpool 3. osa.

39. Ajaliseks võrdlemiseks saab põhimõtteliselt kasutada kolme võrdlusalust.³⁶
- rikkumiseelne mõjutamata ajavahemik (enne rikkumist ja selle ajal valitsenud olukorra võrdlemine; jahukartelli näites: samal turul jahu eest enne rikkumist makstud hinna võrdlemine rikkumisest mõjutatud hinnaga);
 - rikkumisjärgne mõjutamata ajavahemik (rikkumise ajal ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlemine; jahukartelli näites: rikkumisest mõjutatud hinna võrdlemine samal turul pärast rikkumise lõppu makstud hinnaga) ja
 - nii rikkumiseelne kui ka rikkumisjärgne mõjutamata ajavahemik (enne rikkumist, selle ajal ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlemine).
40. Võrdlusperioodi ja andmete liigi kohta informeeritud valiku tegemine nõuab tavaliselt häid teadmisi kõnealusest valdkonnast ja selle puhul tuleb lähtepunktiks võtta kõnealune konkreetne juhtum. Valikut mõjutavad ka andmete kättesaadavus ning tõendamisnõuete ja tõendamiskohustuse suhtes kohaldatavad eeskirjad.
41. Kõigi sama geograafilise või tooteturu andmeid ajas võrdlevate meetodite eelis on see, et sellised turu omadused nagu konkurentsi tase, turu struktuur ning kulude ja nõudluse näitajad võivad olla paremini võrreldavad kui eri toote- või geograafiliste turgude võrdlemisel.
42. Siiski võib ka ajaliste võrdluste korral juhtuda, et teatavad erinevused kahe andmestiku vahel ei tulene üksnes rikkumisest. Sellisel juhul võib olla asjakohane võrdlusperioodi andmeid korrigeerida, et võtta arvesse erinevusi rikkumise ajavahemikuga,³⁷ või valida erinev võrdlusperiood või turg. Näiteks on pikaajalise rikkumise korral eeldus, et 10 aasta tagused hinnad oleksid rikkumise puudumise korral jäänud samaks, tõenäoliselt liiga julge ning võib kaasa tuua näiteks selle, et võrdluseks valitakse rikkumiseelne ajavahemik ja rikkumisjärgne ajavahemik. Pika rikkumise ajavahemiku puhul võib olla ka asjakohane käsitleda andmete võrreldavusega seotud praktilisi küsimusi, mis tulenevad muutustest äriühingute andmete kirjendamise viisis (nt muutused raamatupidamistavades või muutused andmehaldustarkvaras).
43. Kui andmed on kättesaadavad, võivad enne rikkumist ja selle ajal, rikkumise ajal ja pärast seda või enne rikkumist, selle ajal ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlemise kasuks otsustamisel olla määravaks paljud tegurid. On väga väike tõenäosus leida võrdlusperiood, mil turu omadused on täpselt sellised, nagu need oleksid olnud rikkumise ajavahemikul, kui rikkumist ei oleks toimunud. Leida võib üksnes piisavalt sarnase ajavahemiku, mis tagab, et tõenäoline rikkumise puudumise stsenaarium on mõistlikult ligilähedane. Sellega seoses võib arvesse võtta muu hulgas sellist tegurit nagu ebakindlus ajavahemike suhtes, mida rikkumine tegelikult ei mõjutanud. Osa rikkumisi algab või lõpeb järk-järgult ning sageli esineb kahtlusi rikkumise täpse algushetke ja eelkõige selle mõju suhtes. Konkurentsiasutuste otsustes mainitakse tõepoolest sageli tõendeid, mis viitavad sellele, et rikkumine võis olla alanud varem kui otsuse tegemise eesmärgil eeskirjade rikkumise ajavahemikuna

³⁶ Ajalise võrdluse meetodile viidatakse ka kui enne rikkumist ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlemise meetodile või tüüpilise hinnaga võrdlemise meetodile.

³⁷ Selliste korrigeerimiste ja eelkõige regressioonanalüüsi kasutamise võimaluse kohta vt allpool B alajao punktid 59–95.

tuvastatud ajavahemik³⁸. Rikkumise mõju alguse või lõpu kindlakstegemiseks saab kasutada vaatlusandmete ökonomeetrilist analüüsi.

44. Rikkumise ja selle mõju lõppemist võib olla lihtsam kindlaks teha kui selle algust, kuid ka sel juhul võib tekkida kahtlus, kas konkurentsivastane käitumine on mõjutanud vahetult pärast rikkumise lõppu järgnenud ajavahemikku³⁹. Näiteks kui turutingimused muutuvad taas selliseks, nagu need olid enne rikkumist, alles teatava viivitusega, võib rikkumisele vahetult järgnenud ajavahemiku andmete kasutamine põhjustada rikkumise mõju alahindamist. Samuti võib juhtuda, et hinnad on lühikese aja jooksul pärast kartelli lõppu eriti madalad, sest ettevõtjate hinnakujunduse strateegia võib olla ajutiselt agressiivne, kuni saavutatakse „tavapärane”, st rikkumise puudumisele iseloomulik turutasakaal.
45. Eriti oligopoolsetel turgudel võib üles kerkida veel üks küsimus, nimelt see, et kartelliosalised saavad kasutada kartellis osalemise kaudu saadud teadmisi, et kooskõlastada edaspidi artiklit 101 rikkumata oma käitumist. Sellises olukorras on rikkumisjärgsed hinnad tõenäoliselt kõrgemad kui siis, kui rikkumist ei oleks toimunud, ja neid saab kasutada üksnes tekkinud kahju minimaalse suuruse hindamiseks. Kui turu kesksed omadused muutusid eeskirjade rikkumise ajavahemiku lõpus välistegurite mõjul (nt tooraine hinna järsk suurenemine või toote nõudluse suurenemine) oluliselt, võib võrdlusaluseks paremini sobida rikkumiseelne ajavahemik⁴⁰.
46. Isegi kui esineb kahtlusi, kas rikkumine mõjutas teatavat ajavahemikku enne või pärast rikkumist või mitte, võib seda ajavahemikku siiski põhimõtteliselt kasutada võrdlusperioodina, et arvutada minimaalse kahju kindel hinnanguline suurus (nn minimaalne hinnanguline suurus või minimaalne kahju)⁴¹.
47. Teatavatel juhtudel võib rikkumise puudumise stsenaariumi nõuetekohaselt hinnata kahe võrdlusperioodi (enne ja pärast rikkumist) alusel, näiteks kasutades nimetatud ajavahemike keskmisi väärtusi või kasutades muid meetodeid, et kajastada turu suundumusi rikkumise ajal⁴². Samuti võib kasutada rikkumiseelse ajavahemiku andmeid võrdlusperioodina kuni teatava hetkeni rikkumise ajal, kui toimus oluline turu olukorra muutus, ja rikkumisjärgse ajavahemiku andmeid võrdlusperioodina pärast nimetatud hetke.
48. Piisavalt sarnase võrdlusaluse loomine oleneb ka andmete valikust: võib esineda olukordi, kus sellised koondandmed nagu majandusharu keskmine hind (või teatava ettevõtete rühmade kehtestatud keskmine hind) on piisavalt tüüpilised,⁴³ samas kui

³⁸ Konkurentsiasutus võib rikkumise tuvastamise piirata teatava ajavahemikuga, samas kui rikkumine võis tegelikult kesta kauem.

³⁹ Vt nt Oberlandesgericht Karlsruhe (Karlsruhe teise astme kohus) 11. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas nr 6 U 118/05, kus liikmesriigi kohus otsustas, et viie kuu jooksul pärast rikkumise lõppu küsitud hindu mõjutas endiselt kartell.

⁴⁰ Sellele muutusele järgnenud lühikese rikkumise ajavahemiku kohta võivad rikkumisjärgsed andmed olla asjakohasemaks võrdlusaluseks, sest need võivad paremini kajastada turu omadusi pärast kõnealust muutust. Kui turu omaduste muutuse põhjustas siiski rikkumine ise (nt kui turu konkurentsivastase sulgemise tõttu lahkus turult mitu konkurenti), ei ole rikkumisjärgne ajavahemik ilmselgelt sobiv võrdlusalus, et hinnata olukorda, mis oleks olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud.

⁴¹ Kui rikkumise ajal põhjustavad välistegurid hinna languse (nt rikkuja sisendkulude järsk langus), saab minimaalse suuruse hinnangu ümber lükata.

⁴² Näiteks interpoleerimine või regressioonianalüüs. Selliste võrdluspõhiste meetodite rakendamise eri tehnikate kohta vt allpool B jao punktid 59–95.

⁴³ Keskmiste väärtuste kasutamise kohta võrdluspõhiste meetodite rakendamisel vt täpsemalt allpool 2. osa II jao punkt 69.

muudes olukordades oleks asjakohasem kasutada üksnes kannatanud ettevõtja rikkumiseelse ja rikkumisjärgse ajavahemiku tehingute andmeid või sarnaste ettevõtjate keskmisi väärtusi. Näiteks kui kannatanu kuulub teatavasse turuosaliste rühma, nagu hulgimüüjate kliendid (vastandina lõpptarbijale), võivad asjakohaseks võrdlusaluseks olla hulgimüüjate klientidelt rikkumiseelsel või rikkumisjärgsel ajavahemikul küsitud hinnad.

(2) Võrdlus muude geograafiliste turgude andmetega

49. Teine võrdluspõhine meetod seisneb selles, et rikkumise puudumise stsenaariumi hindamiseks⁴⁴ kasutatakse erineva geograafilise turu andmeid⁴⁵. Andmed võivad olla kas kogu geograafilise võrdlusturu kohta täheldatud andmed või üksnes teatavate turuosalistega seoses täheldatud andmed. Näiteks eespool punktis 32 esitatud jahukartelli näite puhul võib hagejast pagaritöökoja poolt rikkumise ajavahemikul makstud hinda võrrelda keskmise hinnaga, mida sarnased pagaritöökojad maksid erineval geograafilisel turul, millel rikkumist ei toimunud. Sellise võrdluse võib teha mis tahes muu majandusliku muutuja kohta, nt ettevõtja turuosad, kasumimarginaalid, kapitali tootlus, vara väärtus või kulude suurus. Võrdlus muul rikkumisest mõjutamata geograafilisel turul tegutsevate ettevõtete majandustulemustega⁴⁶ on eriti oluline konkurentide tõrjuva käitumise korral.
50. Mida sarnasem on geograafiline turg (võtmata arvesse rikkumise mõju) rikkumisest mõjutatud turuga, seda rohkem ta tõenäoliselt sobib võrdlusturuks. See tähendab, et tooted, millega kaubeldakse kahel võrdlusalusel geograafilisel turul peaksid olema samad või vähemalt piisavalt sarnased. Samuti peaksid geograafilise võrdlusturu konkurentsiolemadused olema sarnased mõjutatud turu omadustega, kui rikkumist mitte arvestada. See võib olla ka turg, mis ei ole täielikult konkurentidele avatud.
51. Meetodit, mille puhul kasutatakse geograafilisi võrdlusturge rikkumise puudumise stsenaariumi loomiseks, rakendatakse tegelikult peamiselt siis, kui rikkumine mõjutab kohaliku, piirkondliku või riikliku ulatusega geograafilisi turge⁴⁷. Kui eeskirjade rikkumisega seotud turg ja geograafiline võrdlusturg asuvad kõrvuti

⁴⁴ Seda meetodit nimetatakse ka kriteeriumi meetodiks (*yardstick method*) või valdkonnaüleseks meetodiks (*cross-sectional method*). Neid mõisteid kasutatakse ka selleks, et viidata võrdluspõhisele meetodile, millega analüüsitakse eri, kuid sarnaste tooteturgude andmeid, vt allpool 3. jao punktid 54–55.

Eri geograafilisi turge hõlmava võrdluspõhise meetodi kasutamise kohta vt nt Cour d'Appel de Paris' (Pariisi apellatsioonikohus) 23. juuni 2003. aasta otsus (*Lescarcelle-De Memoris vs. OGF*); Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid'i (Madridi kaubanduskohus) 11. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. vs. Telefónica de España S.A.*), mille Audiencia Provincial de Madrid (Madridi apellatsioonikohus) jättis oma 25. mai 2006. aasta otsusega kohtuasjas nr 73/2006 jõusse; Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 19. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas nr KRB 12/07 (paberi hulgimüügi kartell) (seoses kartelliosaliste saadud ebaseadusliku tulu hindamisega trahvi arvutamise eesmärgil).

⁴⁵ Asjaomase (geograafilise ja toodete) turu mõiste kohta vt komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses, EÜT C 372, 9.12.1997, lk 5..

⁴⁶ Võrdlusettevõtja võib põhimõtteliselt olla ka rikkumisega seotud turul tegutsev ettevõtja, kui konkurentide tõrjuv käitumine ei mõjutanud oluliselt tema tulemusi. Isegi kui rikkumine võrdlusettevõtjat otseselt ei mõjutanud, võis see teda siiski kaudselt mõjutada, nt suurendades tema turuosa selliste konkurentide arvelt, kelle ees turg suleti. Rikkumise otsese või kaudse mõju avaldumise oht on väiksem, kui ettevõtjat võrreldakse muul geograafilisel turul tegutseva sarnase ettevõtjaga. Ettevõtjate piisava sarnasuse kaalumisel on asjakohane vaadelda järgmisi näitajaid: nende suurus, kulustruktuur, kliendid ja müüdavate toodete iseärasused.

⁴⁷ Seda võib siiski kasutada ka juhul, kui asjaomane turg on liikmesriigi turust laiem, tingimusel et on võimalik kindlaks teha piisavalt sarnane võrdlusturg.

(võimalik, et paiknevad ühes riigis), on nad tõenäolisemalt võrdlemiseks piisavalt sarnased⁴⁸.

52. Võrdlusturg ei pea alati olema tervikuna piisavalt sarnane. Kui võrdluses kasutatakse näiteks ühe tarbijarühma (nt hulgimüüjad) poolt võrdlusturul makstud hindu või ühe konkureeriva ettevõtja (nt turuletulija) poolt võrdlusturul teenitud tulu, on oluline, et asjaomase tarbijarühma või konkurendi turupositsioon oleks piisavalt sarnane kannatanu positsiooniga rikkumisega seotud turul.
53. Geograafilise võrdlusturu valikut võib mõjutada ka ebakindlus rikkumise geograafilise ulatuse suhtes. Võrdlusturuks ei sobi põhimõtteliselt geograafilised turud, kus on toimunud sama või sarnane rikkumine. Samuti võivad naaberturud, kus ei ole toimunud sarnast rikkumist, olla siiski mõjutatud konkurentsivastasest tegevusest rikkumisega seotud turul (nt kuna naaberturu hindu tõsteti seoses rikkumisega seotud turu kõrgemate hindadega ja kuna kõnealuse turu avaldatav konkurentsisurve on väiksem). Võrdlus selliste turgudega ei näita tekkinud kahju täielikku ulatust, kuid selle alusel võib siiski kindlaks teha rikkumisega seotud turul tekitatud kahju minimaalse hinnangulise suuruse. See tähendab, et kahju hüvitamise nõude menetluse pool võib põhimõtteliselt julgelt tugineda võrdlusele sellise geograafilise turuga, mida mõjutas sama või sarnane rikkumine, eelkõige kui see mõju oli tõenäoliselt üsna väike.

(3) Võrdlus muude tooteturgude andmetega

54. Geograafiliste turgude võrdlusega sarnaneb lähenemisviis, mille puhul vaadeldakse erinevat,⁴⁹ kuid sarnaste omadustega tooteturgu⁵⁰. Näiteks sellise konkurentide tõrjuva käitumise korral, millega osaliselt suletakse turg teatavat toodet müüva ettevõtja ees, võib kasumimarginaali, mille kõnealune ettevõtja saavutas rikkumisega seotud turul, võrrelda kasumimarginaaliga teise toote puhul, millega kaubeldakse (kaupleja on sarnane või samasugune ettevõtja) eristataval, kuid sarnasel tooteturul.
55. Geograafiliste võrdlusturgudega seoses käsitletud kaalutlused on tõenäoliselt *mutatis mutandis* asjakohased ka sobiva toodete võrdlusturu valimise puhul. Need on sageli seotud kahe tooteturu sarnasuse tasemega. Eelkõige tuleks võrdlustoodet hoolikalt valida, võttes arvesse võrreldavate toodete olemust, nendega kauplemise viisi ja turu omadusi, nt konkurentide arv, nende kulustruktuur ja klientide ostujõud⁵¹. Oluline võib olla ka ebakindlus selles, kas võimalikku toodete võrdlusturgu on mõjutanud artikli 101 või 102 rikkumine või sellega sarnane rikkumine.

(4) Ajaliste ja turupõhiste võrdluste ühendamine

56. Piisavate andmete olemasolu korral võib ajalised ja turupõhised võrdlused ühendada. Sellist lähenemisviisi nimetatakse vahel erinevuste erinevuse (*difference in differences*) meetodiks, sest selle raames vaadeldakse asjaomase majandusliku muutuja (nt jahu hind) kujunemist rikkumisega seotud turul teataval ajavahemikul (ajaline erinevus rikkumisega seotud turul) ja võrreldakse seda sama muutuja kujunemisega samal ajavahemikul rikkumisest mõjutamata võrdlusturul (ajaline

⁴⁸ Vt siiski allpool punkt 53.

⁴⁹ Asjaomase (geograafilise ja toodete) turu mõiste kohta vt komisjoni teatis asjaomase turu mõiste kohta ühenduse konkurentsioiguses, EÜT C 372, 9.12.1997, lk 5.

⁵⁰ Seda meetodit nimetatakse vahel ka kriteeriumi meetodiks või valdkonnaüleseks meetodiks (nagu ka eri geograafilisi turge hõlmavat võrdluspõhist meetodit).

⁵¹ Turuomaduste sarnasus on tõenäolisem, kui mõlema võrdlusaluse tootega kaubeldakse samal geograafilisel turul. Kuigi asjaolud võivad olla piisavalt sarnased ka juhul, kui võrreldakse samu või sarnaseid tooteid, mis on pärit eri geograafilistelt turgudest.

erinevus rikkumisega mitteseotud turul)⁵². Võrdlus näitab kõnealuse kahe erinevuse vahelist erinevust ajas. Nii hinnatakse muutujas toimunud muutust, mille on põhjustanud rikkumine, ja välistatakse kõik tegurid, mis mõjutasid samal viisil nii rikkumisega seotud turgu kui ka võrdlusturгу. Kõnealuse meetodiga eraldatakse rikkumise mõju muudest kummalegi turule iseloomulikest asjaomasele muutujale avalduvatest mõjudest.

57. Seda meetodit saab selgitada eelnimetatud jahukartellist tuletatud lihtsa näite abil: oletame, et enne rikkumist, selle ajal ja pärast seda valitsenud olukorra võrdlus paljastab 40 euro suuruse hinnatõusu 100 kg jahukoti kohta ajavahemikul 2005–2008 selles liikmesriigis, kus kartell loodi. Sama ajavahemiku rikkumisest mõjutamata geograafilist turгу vaadeldes näeme, et jahu hind tõusis sisendtoote (teravili) kõrgema hinna tõttu 10 euro võrra 100 kg koti kohta. Oletades, et sisendtoote kõrgem hind avaldas mõju ka rikkumisega seotud turul, saame rikkumisega seotud turu ja võrdlusturu hindade muutumist võrreldes jahukartellist tingitud hinnaerinevuse. Toodud näite puhul oleks see 30 eurot ühiku kohta.
58. Erinevuste erinevuse meetodi eelis seisneb seega selles, et kõnealuse meetodiga saab arvestusest välja jätta rikkumisega mitteseotud muutused, mis toimusid rikkumisega samal ajavahemikul⁵³. See tugineb siiski suurel määral eeldusele, et need kaks muutust mõjutasid mõlemat turгу samalaadselt⁵⁴. Ajalise ja turupõhise võrdluse rakendamisega seotud kaalutlused, eelkõige kõnealuste turgude piisava sarnasuse vajadus, on asjakohased ka erinevuste erinevuse meetodi puhul. Praktilisest küljest eeldab see meetod tavaliselt hulgaliselt eri turgudelt ja ajavahemikest pärit andmeid, mida ei ole alati lihtne saada; väiksem hulk andmeid võimaldab siiski tuletada minimaalsed või ligikaudsed hinnangulised väärtused⁵⁵.

B Meetodi rakendamine praktikas: rikkumise puudumise stsenaariumis hinna või muu majandusliku muutuja hindamise tehnikad

59. Kui rikkumise puudumise stsenaariumi hindamiseks sobiv võrdluspõhine meetod on välja valitud, on võimalik kasutada mitmesuguseid tehnikaid selle meetodi rakendamiseks. Kõnealused tehnikad erinevad peamiselt selle poolest, kui suures ulatuses nad tuginevad üksikutele või keskmistel andmetele (nt hinnavaatlused) ja mil määral korrigeeritakse täiendavalt võrdlusturu⁵⁶ või -perioodi andmeid. Seepärast erinevad need tehnikad rakendamiseks vajaliku andmehulga poolest.
60. Üks võimalus võrdluspõhiste meetodite rakendamisel on kasutada võrdlusandmeid täpselt sellisel kujul, nagu neid täheldati, ja hinnata selle alusel rikkumise puudumise stsenaariumis vaatlusaluse majandusliku muutuja (nt jahu hind eespool esitatud näites) väärtust. Hulga andmete olemasolu korral (nt jahu hind mitmes geograafilisel

⁵² See võib olla geograafiline või toodete võrdlusturg.

⁵³ Võrreldes lihtsa turupõhise võrdlusega, on erinevuste erinevuse meetodil ka see eelis, et ta toob välja püsivad turgudevahelised erinevused (nt erinevused, mis tulenevad püsivalt madalatest sisendkuludest ühel turul).

⁵⁴ Kui näiteks rikkumisega mitteseotud hinnatõus oli rikkumise ajavahemikul rikkumisest mõjutatud turul suurem kui võrdlusturul, põhjustaks erinevuste erinevuse meetodi rakendamine lihtsaid keskmisi väärtusi kasutades kahju suuruse ülehindamise. Erinevuste erinevuse meetodi ökonomeetiline rakendamine aitab selliseid tegureid kontrolli all hoida.

⁵⁵ Liikmesriigi kohtu kohta, kes määrab kahju suuruse hindamise käigus kindlaks minimaalse väärtuse (kasutades siiski mitte erinevuste erinevuse meetodit, vaid ajalise võrdluse meetodit), vt nt Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03: Kart.

⁵⁶ Nagu eespool punktis 34 on märgitud, võivad sellises turupõhises või ajalises võrdluses kasutatavad andmed olla seotud kogu turuga või üksnes teatavate konkreetsete turuosalistega.

võrdlusturul tehtud tehingus) saab need keskmiste väärtuste arvutamise kaudu ühendada üheks või mitmeks rikkumise puudumise stsenaariumi kohaseks väärtuseks. Selliseid rikkumise puudumise stsenaariumi kohaseid keskmisi väärtusi (sellist rikkumise puudumise kohast keskmist väärtust) saab seejärel võrrelda rikkumise ajal tegelikult täheldatud keskmis(t)e väärtus(t)ega, nt jahu eest tegelikult makstud hinnaga (vt täpsemalt allpool 1. jagu).

61. Kui teatavad tegurid (nt tooraine hindade tõus) on avaldanud mõju üksnes võrdlusturule/-perioodile või üksnes rikkumisega seotud turule/ajavahemikule, tuleks nõutavast tõendamise tasemest ja põhjuslikkuse suhtes kohaldatavatest eeskirjadest olenevalt kaaluda, kas vaadeldud andmeid tuleks selliste mõjude arvesse võtmiseks korrigeerida. Andmete korrigeerimine võib olla lihtne, kui mõju avaldavat tegurit ja selle mõju suurust on võimalik suhteliselt lihtsalt kindlaks teha ja arvesse võtta (vt allpool 1. jagu). Võrdlusandmete keerukamaks korrigeerimiseks võib kasutada ökonomeetrilisi meetodeid, eelkõige regressioonanalüüsi, mida on kirjeldatud allpool 2. jaos. Kohaldatavast õigusest sõltub, kas korrigeerimist peab taotlema, põhjendama ja tõendama kostja või hageja⁵⁷.
62. Tehnika valik sõltub juhtumi konkreetsetest asjaoludest ja kohaldatavatest õigusnormidest, võttes arvesse kõnealuste tehnikate eeliseid ja puudusi, näiteks seoses nende täpsuse ja andmete suhtes esitatavate nõuetega (vt allpool 3. jagu).
- (1) Lihtsad tehnikad: üksikud vaatlusandmed, keskmised väärtused, interpolateerimine ja lihtne korrigeerimine**
63. Olenevalt kohaldatavas siseriiklikus õiguses sätestatud nõuetest ja juhtumi asjaoludest, eriti rikkumisega seotud turu/ajavahemiku ja võrdlusturu/-perioodi sarnasuse astmest, võib vaatlusandmeid võrrelda otseselt, st täiendava korrigeerimiseta, rikkumisega seotud turul täheldatud andmetega⁵⁸.
64. Huvipakkuva muutuja (nt jahu hind jahukartelli näites) puhul võrdlusturgudel või võrdlusperioodidel täheldatud andmete hulk võib ulatuda üksikutest või vähestest vaatlusandmetest (st piiratud arvu tehingute puhul täheldatud hind) suure hulga vaatlusandmeteni. Pakkumistel põhinevatel turgudel võivad näiteks enampakkumised toimuda väga harva ja kahju hindamisel ajal võib olla kättesaadav üksnes ühe pakkumuse hind pärast rikkumist. Samasugune olukord võib esineda majandusharudes, kus kasutatakse üldiselt pikaajalisi lepinguid. Ühtedel vaatlusandmetel põhinevate hinnanguliste kahju suuruse andmete kasutamine võib olla asjakohane, kui need andmed on huvipakkuvale ajavahemikule piisavalt tüüpilised.
65. Kui võrdlusturgude või -perioodide vaatlemisel saadakse suur hulk vaatlusandmeid, nt kannatanu poolt paljudes rikkumisjärgsetes tehingutes makstud hinnad või hulga klientide poolt muul geograafilisel turul makstud hinnad, võib neid andmeid kasutada kas iseseisvalt või keskmiste väärtustena⁵⁹.

⁵⁷ Vt nt Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03: Kart kui näide faktide tuvastamise kohustuse jaotuse kohta kahju suuruse kindlakstegemisel.

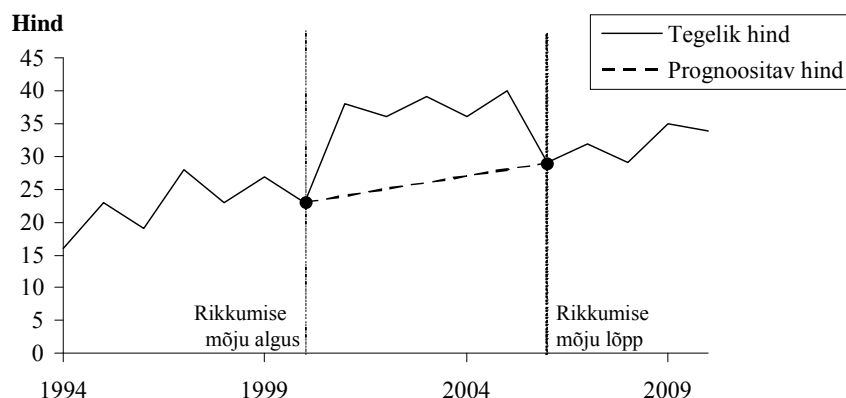
⁵⁸ Ajapõhine võrdlus võib tugineda näiteks lihtsale enne rikkumist ja selle ajal kehtinud hindade vaatlusele. Sellise meetodi õigusmõju kohta vt nt Corte Suprema di Cassazione (Itaalia kõrgem kassatsioonikohus) 2. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas nr 2305 (Fondiarria SAI SpA vs. Nigriello).

⁵⁹ Käesolevates praktilistes suunistes kasutatakse mõistet „keskmine väärtus”, et viidata keskmisele, s.o vaatlusandmete summa jagamisel vaatlusandmete arvuga saadud keskmine väärtus. Siiski võib olla olukordi, kui võib olla asjakohasem kasutada muid kirjeldavaid statistilisi andmeid (nt mediaani või

66. Mitmesuguste keskmiste väärtuste või muud liiki koondandmete kasutamine võib olla asjakohane, tingimusel et võrreldakse sarnaseid näitajaid. Näiteks kui hulgimüüja nõuab kahjuhüvitist 2009. aasta jaanuaris, mais, juulis ja oktoobris hinnakartelli osalistelt ostetud toote eest ja kui võrdlusmeetodiks valitakse võrdlemine muu geograafilise turuga, võivad asjakohaseks võrdlusaluseks olla kuu keskmised hinnad, mida sama liiki tarbija (hulgimüüja) maksis kõnealusel turul samade kuude jooksul (st jaanuari andmete võrdlemine jaanuari andmetega, mai andmete võrdlemine mai andmetega jne). Samade kuude andmeid võrreldes võetakse näiteks arvesse hooajalisi erinevusi aasta jooksul, muutes võrdluse seega usaldusväärsemaks. Kui hinnaerinevused on kuude arvestuses siiski väikesed, võib asjakohase näitajana võtta arvesse terve 2009. aasta keskmise võrdlusturu hinna. Võib juhtuda ka seda, et kättesaadavad on üksnes aastaandmed või muud keskmised andmed (nt majandusharu koondandmed). Üldiselt võidakse liikmesriigi õiguskorra alusel lubada menetluspooltel tugineda keskmistele andmetele, andes samal ajal kostjale võimaluse tõendada oluliste erinevuste olemasolu; samuti võidakse nõuda vähem koondatud andmete kasutamist, kui sellised andmed on kättesaadavad.
67. Suurele vaatlusandmete hulgale tuginedes saab võrdlusväärtuse tuletada lihtsalt ka lineaarse interpoleerimise teel. Kui ajalise võrdluse kaudu on saadud enne ja pärast rikkumist kehtinud hinna jadad, saab tuletada rikkumisega mitteseotud ehk võrdlushinna rikkumisega seotud ajavahemikul, tõmmates sirgjoone rikkumiseelse hinna ja rikkumisjärgse hinna vahele, nagu see on esitatud järgmisel joonisel. See sirgjoon näitab võrdlusväärtust igal asjakohasel ajahetkel rikkumisega seotud ajavahemiku jooksul. Võrreldes hinna üheainsa keskmise väärtuse arvutamisega kogu rikkumisega seotud ajavahemiku kohta, võimaldab interpoleerimine seega võtta teatud määral arvesse selliseid hindade muutumise suundi ajas, mis ei tulene rikkumisest. Interpoleeritud sirgjoonel olevate võrdlusandmete abil saadakse seega täpsemad tulemused kui teatava ajavahemiku keskmise väärtuse kasutamisel, nt juhul, kui väidetakse, et kahju tekkis tehingute (või muude sündmuste) tõttu, mis toimusid üksnes rikkumisega seotud ajavahemiku alguses või lõpus⁶⁰. Järgmisel joonisel on kujutatud lineaarse interpoleerimise lihtne näide (punktirjoon näitab rikkumisest mõjutamata interpoleeritud hinda ja pidevjoon tegelikku hinda):

moodi). Näiteks kui turul, millel tegutseb 25 äriühingut, küsib 21 neist 50 euro suurust hinda ja neli 75 euro suurust hinda, võib olla modaalne (valimis kõige sagedamini täheldatud) 50 euro suurune hind tüüpilisem turuhind kui keskmine 54 euro suurune mediaanhind (selle näite puhul võrdub modaalne hind mediaanhinnaga, st hinnaga, mida küsib keskmisel kohal asuv äriühing).

⁶⁰ Interpoleerimisel on keskmiste väärtuste kasutamise ees eelis ka siis, kui tehingute (või muude sündmuste) arv on rikkumisega seotud ajavahemikul ebaühtlaselt jaotatud.



Lineaarne ekstrapoleerimine on sarnane interpoleerimisega, kuid sirgjoon tõmmatakse kas ainult rikkumiseelsetest või üksnes rikkumisjärgsetest andmetest edasi⁶¹.

68. Vahel võib rikkumisega seotud turgu (või ajavahemikku) ja võrdlusturгу (või -perioodi) eristava teguri kindlakstegemine ning võrreldavate vaatlusandmete väärtuse vastav korrigeerimine olla üsna lihtne. Näiteks võivad teatavad turul ilmnevad hooajalised mõjud või sisendite hindade või vahetuskursside muutumisest tulenevad mõjud olla kindla struktuuri ja suurusega, mida on vahel võimalik suhteliselt lihtsalt kindlaks teha, kui tutvuda asjaomase ettevõtja äridokumentide või muude allikatega, näiteks eksperdihindangutega. Sellisel juhul tuleks lihtsal lineaarsel interpoleerimisel saadud sirgjoont sellise struktuuri kajastamiseks korrigeerida⁶².

(2) Regressioonianalüüs

a Regressioonianalüüsi mõiste ja eesmärk

69. Regressioonianalüüs on statistiline meetod, mis aitab uurida majanduslike muutujate vahelise suhte struktuuri ja hinnata, mil määral mõjutavad teatavat huvipakkuvat muutujat⁶³ (nt jahu hind jahukartelli näites⁶⁴) rikkumine ja muud, rikkumisest mõjutamata muutujad⁶⁵ (nt tooraine hind, klientide nõudluse erinevused, toote omadused, turu kontsentratsioon)⁶⁶. Regressioonianalüüs võimaldab seega hinnata, kas ja kui palju on muud jälgitavad tegurid peale rikkumise suurendanud erinevust rikkumisega seotud turul rikkumisega seotud ajavahemikul täheldatud huvipakkuva muutuja väärtuse ja võrdlusturul või võrdluserioodil täheldatud väärtuse vahel.

⁶¹ Ekstrapoleerimine laiendab seega aegridades esinevat suundumust kas rikkumiseelsesesse või -järgsesse aega. Näiteks kui kolme aasta jooksul enne kartelli loomist olid hinnad vastavalt 12 eurot, 13,20 eurot ja 14,52 eurot (kajastades iga-aastast 10 % suurust tõusu), saame lihtsa meetodi abil hinnata, et kartelli kaheaastase kestuse ajal olid hinnad vastavalt 15,97 eurot ja 17,57 eurot; regressioonianalüüsi abil saaks asjaomast suundumust täpsemalt hinnata.

⁶² Kui andmed seda võimaldavad saaks sellist korrigeerimist teha põhjalikumalt, kasutades regressioonianalüüsi, nagu selgitatakse järgmises jaos.

⁶³ Seda nimetatakse ka seletatavaks muutujaks või sõltuvaks muutujaks.

⁶⁴ Regressioonianalüüsi võib kohaldada muu hulgas ka sellistele muudele huvipakkuvatele muutujatele nagu müüginahud, turuosad või kasumimarginaalid (nt sellise turult välja tõrjutud konkurendi omad, kes nõuab kahjuhüvitist müügi vähenemise või tema marginaalide languse tõttu saamata jäänud tulu eest) ja tootmiskulud (mis võivad olla asjakohased ka seoses saamata jäänud tulu hindamisega).

⁶⁵ Neid nimetatakse ka selgitavateks muutujateks või mõjutavateks muutujateks.

⁶⁶ Muud huvipakkuvat muutujat mõjutavad tegurid võivad olla näiteks muu hulgas klientide ja tellimuste suurus, tootmistehnoloogia, toodet pakkuvate äriühingute suurus ja kulustruktuur või reklaamikulud.

Regressioonianalüüsiga saab seega arvesse võtta võrreldavate andmestike vaheliste erinevuste eri põhjuseid. Regressioonianalüüsi kaudu saab põhimõtteliselt rakendada kõiki võrdluspõhiseid meetodeid, kui on olemas piisavalt vaatlusandmeid⁶⁷.

70. Regressioonianalüüsi käigus uuritakse statistiliste meetodite abil huvipakkuva muutuja andmeid ja seda tõenäoliselt mõjutavaid muutujaid. Kindlakstehtud suhet kirjeldatakse tavaliselt võrrandina (nn regressioonivõrrand või regressioonimudel). See võrrand võimaldab hinnata mõjutava muutuja mõju huvipakkuvale muutujale ja eraldada see rikkumise mõjust. Regressioonianalüüsi puhul hinnatakse, kui tihedalt on asjaomased muutujad üksteisega seotud⁶⁸; see võib vahel viidata ühe muutuja poolt teisele muutujale avaldatavale põhjuslikule mõjule⁶⁹.
71. Regressioonianalüüsi tegemiseks kahju hindamise eesmärgil on olemas kaks põhimeetodit olenevalt sellest, kas regressioonivõrrandi moodustamiseks kasutatakse üksnes rikkumisega mitteseotud ajavahemike (turgude) andmeid või kasutatakse peale nende andmete ka rikkumisega seotud ajavahemiku (turu) andmeid. Kui regressiooni hindamiseks kasutatakse üksnes rikkumisega mitteseotud ajavahemike andmeid, kasutatakse regressioonivõrrandit, et „prognoosida” huvipakkuvale muutujale rikkumisega seotud ajavahemikul avalduvat mõju, tuginedes väljaspool seda ajavahemikku kindlakstehtud mudelile (nn prognoosimeetod)⁷⁰. Kui regressiooni hindamiseks kasutatakse peale selle ka rikkumisega seotud ajavahemiku (turu) andmeid, võetakse rikkumise mõju regressioonivõrrandis arvesse eraldiseisva sõltumatu muutuja kaudu (nn fiktiivne muutuja)⁷¹.
72. Juhtumi asjaoludest oleneb, kas on asjakohasem kasutada prognoosimeetodit või fiktiivse muutuja meetodit. Kuigi prognoosimeetodi eelis seisneb selles, et see võimaldab valida regressioonimudeli, mis põhineb üksnes rikkumisega mitteseotud ajavahemikust pärit vaatlusandmetel (ja seega ei ole neid rikkumine mõjutanud), võib mõlemate ajavahemike/turgude andmete kasutamine anda huvipakkuvate parameetrite täpsemad hinnangulised väärtused, eriti kui kättesaadavad rikkumisega mitteseotud andmed on piiratud või ei võimalda asjaomase majandusharu dünaamikat täielikult arvesse võtta. Praktikas saab mõlemad meetodid sageli ühendada, nt valides mudeli rikkumiseelse ajavahemiku alusel ja hinnates fiktiivse muutujaga regressiooni, kasutades mõlema ajavahemiku andmeid (ja võimaldades vajaduse korral muude mõjutavate muutujate mõjul rikkumisega seotud ajavahemikul ja rikkumisega mitteseotud ajavahemikul erineda).

b Näited ja selgitused

73. Regressioonianalüüsi põhietappide selgitamiseks võib tuua lihtsa näite, milles näitlikustamise eesmärgil käsitletakse üksnes üht võimalikku mõjutavat muutujat. Oletame, et eespool esitatud jahukartelli näites võrreldakse hindu, mida

⁶⁷ Selleks et statistilisi meetodeid saaks kohaldada otstarbekalt, peab vaatlusandmete arv olema piisav. Selliseid vaatlusandmete kogusid võib saada (ajaliste võrdluste puhul) andmete aegridadest või (ühete ajahetke käsitlevate võrdluste puhul) paljudelt võrdlusturgudelt või ettevõtjatelt või paljudest tehingutest või mõlemast allikast (pikaajalised andmed paljudelt turgudelt, ettevõtjatelt või paljude tehingute põhjal).

⁶⁸ Mitme muutujaga regressioonianalüüsi korral (vt täpsemalt allpool) on kindlakstehtud korrelatsioon tingimuslik korrelatsioon, st see, mille puhul kontrollitakse muude muutujate mõju.

⁶⁹ Tingimusel et see on kooskõlas ühtse majandusliku raamistikuga ja muude kvalitatiivsete ning kvantitatiivsete tõenditega.

⁷⁰ Seda prognoosimeetodit nimetatakse sageli jääkmudeli meetodiks. Seda meetodit selgitatakse allpool punktis 79.

⁷¹ Selline fiktiivne muutuja hindab seda, kas huvipakkuv muutuja on rikkumisega seotud ajavahemikul suurenenud.

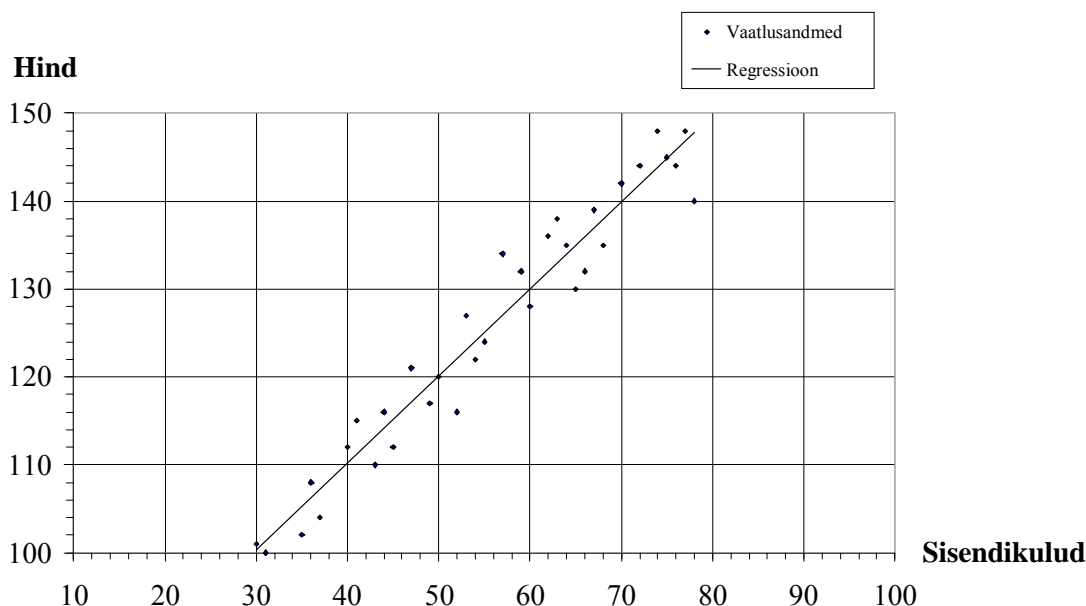
pagaritöökojad maksid veskitele kartelli tegutsemise ajal, hindadega, mida pagaritöökojad maksid veskitele rikkumiseelsel ajavahemikul, ja et sellest võrdlusest ilmneb 20 % suurune hinnatõus rikkumise ajavahemikul. Oletame lisaks, et on märke selle kohta, et hinnatõusu ei põhjustanud üksnes kartell, vaid et rikkumise ajavahemikul tõusis märkimisväärselt ka olulise sisendtoote (nt teravili) hind. Seepärast ei ole selge, kui suure osa jahu hinnatõusust tingis rikkumine ja kui suure osa tootmissisendi kõrgem hind (teravilja hinna tõus).

74. Üks võimalus seda ebakindlust kõrvaldada on kasutada sellise muu ajavahemiku või turu andmeid, kus tootmissisendi hind (teravilja hind) oli sarnasem ja kus rikkumist ei toimunud, kuid vahel ei ole see võimalik⁷². Regressioonianalüüsi abil saab võtta arvesse tootmissisendi hinnaerinevusi, näidates tootmissisendi hinna ja jahu hinna vahelist statistilist suhet. Selleks võib uurida tootmissisendi hinna (teravilja hind) ja jahu hinna andmeid ajavahemikul, mida rikkumine ei mõjutanud⁷³. Sellistele vaatlusandmetele statistilisi meetodeid rakendades saab kindlaks teha, kuidas teravilja hind mõjutas jahu hinda ajavahemikul, mil jahu hinda ei mõjutanud rikkumine. Seejärel on võimalik tuletada sellest ajavahemikust jahu hinna ja teravilja hinna statistiline suhe. Kohaldades selle suhte kohta saadud teavet jahu hinnale rikkumisega seotud ajavahemikul, on võimalik elimineerida tõusnud jahu hinna see osa, mida ei saa panna rikkumise arvele, vaid mis tuleneb tootmissisendi hinna muutumisest. See võimaldab „prognoosida” jahu hinda, milles ei kajastu kartellist tulenenud ülemäärane hind, kuid mis sisaldab kõrgemast tootmissisendi hinnast tingitud hinnatõusu.
75. Järgmisel joonisel on esitatud lihtne näide sellise statistilise suhte tuletamise kohta. Joonisel on esitatud hulk tootmissisendi hinna (teravilja hinna) andmeid ja vastavaid jahu hinna andmeid samal ajahetkel rikkumisega mitteseotud ajavahemikul. Näiteks kui ühel konkreetset hetkel oli teravilja hind 60, oli jahu hind 128. Siinjuures on võimalik arvutada sellise sirgjoone koordinaadid, mis vastab kõige paremini kõikidele vaatlusandmetele, et väljendada teravilja hinna ja jahu hinna vahelist statistilist suhet (korrelatsioon). Seda suhet on joonisel kujutatud sirgjoonena ja seda saab ka väljendada ja tavaliselt väljendatakse võrrandina⁷⁴. Sirgjoone tõusunurk näitab, milline jahu hinna tõus on seotud teatava teravilja hinna tõusuga. Joonisel esitatud näites osutab kindlakstehtud suhe sellele, et kui teravilja hind tõuseb 50-lt 60-ni, siis jahu hind tõuseb vastavalt 120-lt 130-ni. Kuna tootmissisendi (teravili) 10 euro suuruse hinnatõusuga kaasneb jahu 10 euro suurune hinnatõus, näitab statistiline suhe seega seda, et tootmissisendi hinnatõus kantakse täies ulatuses edasi.

⁷² Näiteks kuna muude ajavahemike (või turgude) usaldusväärsed andmed ei ole kättesaadavad või kuna turu omadused erinesid sellistel muudel ajavahemikel (või turgudel) märkimisväärselt.

⁷³ Selle kohta, kas tuleks võtta arvesse ka rikkumisega seotud ajavahemiku (turu) andmeid või mitte, vt allpool punkt 82.

⁷⁴ Sirgjoone koordinaadid saame hinna (kui huvipakkuva muutuja) ja tootmissisendi hinna (kui mõjutava muutuja) regressiooni hindamisel. Selles näites kasutatakse tavalist vähimruutude meetodit, et arvutada sellise sirgjoone koordinaadid, mis asub joonisel minimaalsel kaugusel (vähimad ruudud) punktiparvest. Vähimruutude meetod on tavapärane statistiline meetod, mille abil hinnatakse lineaarse regressioonimudeli parameetreid.



76. Teades seda, kuidas tootmissisendi hind (teravilja hind) mõjutas jahu hinda väljaspool rikkumise ajavahemikku, on võimalik hinnata („prognoosida”), kui palju mõjutas täheldatud kõrgem hind (teravilja hind) jahu hinda rikkumise ajavahemikul. Kõnealuse mõju välistamine hinnavõrdlusest võimaldab hinnata rikkumisest tingitud ülemäärast hinda usaldusväärsemalt kui ilma regressioonianalüüsita. Kui eespool esitatud näites oli jahu hind rikkumisega mitteseotud ajavahemikul 120 ja rikkumise ajavahemikul 140 eurot, kuid tootmissisendi hind (teravilja hind) tõusis 50-lt 60-ni, oleks jahu tõenäoline hind kartellita mitte 120, vaid 130 eurot.
77. Kuigi kirjeldatud näites käsitleti seni üksnes üheainsa muu muutuja (teravilja kui tootmissisendi hind) mõju huvipakkuvale muutujale (jahu hind), tuleb regressioonianalüüsis võtta konkurentsitegevuse korral tavaliselt arvesse mitut muud huvipakkuvat muutujat mõjutavat tegurit (mitme muutujaga regressioonianalüüs⁷⁵). Sellises olukorras tuleb saada kõigi täiendavate asjaomaste mõju avaldavate muutujate vaatlusandmed ja regressioonivõrrand tuleb tuletada sellistest andmetest, mis kajastavad nende suhet huvipakkuva muutujaga. Näiteks võib eespool esitatud jahukartelli näite puhul juhtuda, et veskid maksid rikkumisega seotud ajavahemikul teravilja eest kõrgemat hinda, lisaks olid neil suuremad energia- ja tööjõukulud ning nad võtsid kasutusele tõhusama jahvatus- ja pakendamistehnoloogia; kõigil selle võis olla mõju kartelli tegutsemise ajal pagaritöökodadele müüdud jahu hinnale. Selleks et teha statistiliselt kindlaks, kuidas nimetatud tegurid mõjutasid jahu hinda, tuleb analüüsida iga mõjutava muutuja andmeridu.
78. Regressioonianalüüsi tehes on oluline võtta arvesse kõiki konkreetse juhtumi puhul asjakohaseid muutujaid. Oletame, et kas kostja või hageja võrdleb jahu hindu, mida veski küsis enne rikkumist ja rikkumise ajal, ning kasutab selleks mitme muutujaga regressioonianalüüsi, et kontrollida eespool nimetatud tegurite (st teravilja hind, energia- ja tööjõukulud ning jahvatamis- ja pakendamistehnoloogia) võimalikku mõju jahu hinnale. Kui kartellikokkuleppe ajal nõudlus siiski oluliselt muutus (nt

⁷⁵

Seda nimetatakse ka mitme muutujaga regressioonianalüüsiks vastandina eespool esitatud näites kasutatud ühe muutujaga regressioonianalüüsile.

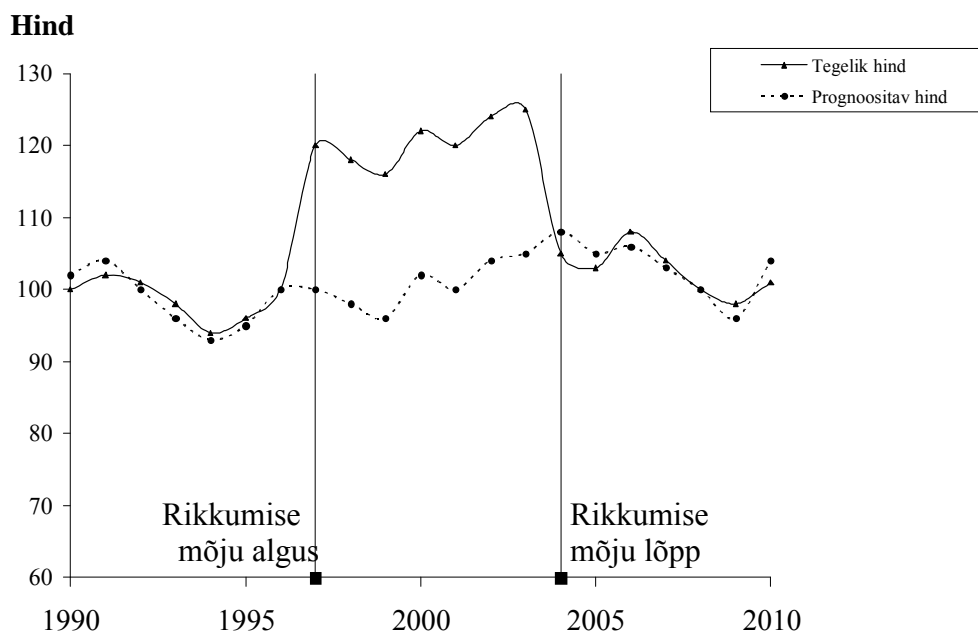
pagaritöökojad nõudsid rohkem jahu, sest lõpptarbijad nõudsid rohkem leiba ja kondiitritooteid) ja kui selle sündmuse mõju jahu hinnale ei võeta regressioonianalüüsis arvesse, on rikkumise mõju hinnang tõenäoliselt kallutatud, kuigi regressioonianalüüs on muidu põhjalik⁷⁶. Kohaldatav siseriiklik õigus määrab vastavalt tõhususe põhimõttele kindlaks selle, kummale menetluspoolele langeb kohustus esitada ja tõendada faktilisi asjaolusid, näiteks eespool kirjeldatud nõudluse muutust või seda, et regressioonianalüüsis võeti arvesse kõiki asjaomaseid muutujaid.

79. Regressioonianalüüsi kasutades tuginetakse kahju suuruse kindlakstegemisel seega huvipakkuva muutuja (nt hind) ja asjaomas(t)e selgitava(te) muutuja(te) statistilisele suhtele, mida väljendab regressioonivõrrand. Prognoosimeetodi kasutamise korral⁷⁷ hinnatakse esmalt regressioonivõrrandit, kasutades rikkumisega mitteseotud ajavahemiku andmeid. Teise sammuna saab seejärel kõnealust regressioonivõrrandit ja asjaomaste muutujate rikkumisega seotud ajavahemikul täheldatud väärtusi kasutades tuletada sellise hinnangulise hinna, mida kannatanud oleksid tõenäoliselt maksnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Kolmanda sammuna saame selle tõenäolise rikkumisega mitteseotud hinna ja kannatanute poolt tegelikult makstud hinna erinevuse alusel arvutada rikkumisest tingitud hinnangulise ülemäärase hinna. Järgmisel joonisel on näitlikustatud teist ja kolmandat sammu. Fiktiivse muutuja meetodi kasutamise korral koosneb regressioonianalüüs eespool kirjeldatud kolmest sammust⁷⁸.

⁷⁶ Oluline on siiski nii see, et regressioonimudelisse võetakse arvesse kõiki asjakohaseid tegureid, kui ka see, et hoidutakse kaasamast selgelt asjakohatuid muutujaid (tööstusharu teadmiste alusel). Kui hinnamuutuste selgitamiseks kasutatakse mudelis asjakohatuid muutujaid, võidakse kahju suurust tegelikult väärtalt hinnata (isegi kuni nullini).

⁷⁷ Alternatiivne meetod on fiktiivse muutuja meetod; vt eespool punkt 701. Erinevalt prognoosimeetodist hinnatakse fiktiivse muutuja meetodi korral rikkumise mõju ühe etapina, tehes regressioonianalüüsi ja kasutades selleks nii rikkumisega seotud ajavahemiku kui ka rikkumisega mitteseotud ajavahemiku andmeid. Eespool esitatud näite puhul hinnatakse selle meetodi abil kartelli mõju, st hinnatõusu, mida täheldatakse kartelli tegutsemise ajal (st fiktiivse muutuja koefitsient regressioonivõrrandis) ja mida ei saa selgitada muude mõju avaldavate muutujate, nt tooraine hinna muutumisega.

⁷⁸ Sel juhul hinnatakse regressioonivõrrandit, kasutades nii rikkumisega seotud ajavahemiku kui ka rikkumisega mitteseotud ajavahemiku andmeid, ja see võrrand näitab pärast muude selgitavate muutujate mõju arvessevõtmist otseselt, kui palju huvipakkuv muutuja rikkumisega seotud ajavahemikul muutus.



80. Sellel joonisel illustreeritud regressioonianalüüs põhineb prognoosimeetodil, mille puhul võetakse regressiooni aluseks rikkumiseelsed ja -järgsed andmed, et koostada hinna ja mitmesuguste asjaomaste selgitavate muutujate (tootmissisendi hind ja muud asjaomased tegurid) vahelise statistilise suhte võrrand. Kõnealust võrrandit ja asjaomaste selgitavate muutujate täheldatud väärtusi kasutades saab tuletada hinna, mida oleks tõenäoliselt küsitud, kui rikkumist ei oleks toimunud (punktiirjoon). Pidevjoon kujutab tegelikult küsitud hinda. Pidevjoone ja punktiirjoone erinevus eeskirjade rikkumise ajavahemikul on hinnanguline ülemäärane hind. Regressioonivõrrandi abil saab tuletada ka punktiirjoone väljaspool rikkumise ajavahemikku ja selle joone abil saab seda tegelikult küsitud rikkumisest mõjutamata hinnaga (pidevjoon) võrreldes hinnata regressioonimudeli prognoosivõimet.

c Regressioonianalüüsi kasutamise nõuded

81. Regressioonianalüüsi tegemine eeldab teadmisi mitmesuguste statistiliste meetodite kohta, et hinnata muutujatevahelist suhet, koostada asjakohane regressioonivõrrand ja arvutada täpselt kõnealuse võrrandi parameetrite väärtused. Lisaks tuleb esmajoones tunda asjaomast majandusharu, et sõnastada regressioonivõrrandit koostades õige hüpotees ja valida õiged tegurid, mis avaldavad huvipakkuvale muutujale tõenäoliselt märkimisväärset mõju (ja mida tuleks seega analüüsis arvesse võtta). Majandusharu tundmine on vajalik ka selleks, et valida teadlikult statistilised meetodid, mida konkreetses olukorras kasutada, näiteks et võtta arvesse ebaharilikke andmeid (võõrväärtused) või muid spetsiifilisi andmestike iseärasusi. Kui rikkumine on mõjutanud mõjutavaid muutujaid ennast, võivad tulemused olla kallutatud, kui seda aspekti ei võeta arvesse nt teatavate statistiliste meetodite rakendamise kaudu⁷⁹

⁷⁹ Näiteks instrumentmuutujate kasutamine, s.o ökonomeetriline meetod, mida saab kasutada sellise kallutatuse kõrvaldamiseks.

või kasutades vaatlusandmeid, mis ei ole pärit rikkumisega seotud ajavahemikust või turult⁸⁰.

82. Vaatlusandmete vähesuse korral ei ole majanduslike muutujate vahelist suhet võimalik statistilise analüüsi kaudu tuvastada. Selleks et teha kindlaks mõjutavate muutujate mõju huvipakkuvale muutujale, on seega vaja, et kõigi arvesse võetud muutujate kohta oleks olemas piisavalt palju vaatlusandmeid. Regressioonianalüüs eeldab seega tavaliselt hulga andmete olemasolu. Statistiliste meetodite abil saab siiski kõrvaldada mõningase andmete puuduse või nende tõlgenduse kallutatuse⁸¹ ja vahel võib ka väiksema hulga vaatlusandmete analüüs olla otstarbekas.
83. Vaatlusandmeid saab põhimõtteliselt koguda eri koondnäitajate tasemetel. Näiteks kui analüüsitakse hinna ja tootmissisendi hinna suhet, saab analüüsida andmeridu kas üksikute tehingute korral küsitud hindade, majandusharu aastaste keskmiste hindade või ettevõtja igakuiste hindade kohta kõrvuti andmeridadega vastavalt kas üksiku tootmissisendi ühiku hinna või majandusharu keskmiste hindade kohta. Struktureeritud andmete kasutamine võimaldab analüüsida suuremat hulka vaatlusandmeid ja annab seega täpsema tulemuse. Kui struktureeritud andmed puuduvad või kui need ei ole regressioonianalüüsi tegevale menetluspoolele kättesaadavad, võib koondandmete analüüs anda siiski informatiivseid tulemusi, eelkõige kui koondandmeid on kogutud väga sagedasti.
84. Piisav hulk vaatlusandmeid ja koondandmete tase on näideteks sellest, kui olulised on andmete usaldusväärsus ja asjakohasus majandusanalüüsi seisukohast. Suurem osa andmestikest on aga mittetäielikud ning mitte kõiki asjaomaseid fakte ei ole võimalik vaadelda ega mõõta väga täpselt. Seetõttu on asjakohane selliseid puudujääke otsesõnu tunnistada. Andmete puudujäägid ei tohiks takistada majandusanalüüsile piisava kaalu andmist, ehkki järeldusi tuleks teha ettevaatlikult⁸².
85. Kui regressioonianalüüsi tehakse nõuetekohaselt ja tuginedes piisavale hulgale vaatlusandmetele, saab selle abil oluliselt parandada võrdluspõhiste meetodite abil saadud kahju hinnanguid. Tuleb siiski rõhutada, et isegi väga keerulised regressioonivõrrandid tuginevad mitmesugustele eeldustele ja annavad tulemuseks (nagu kõik meetodid, mille abil prognoositakse hüpoteetilist olukorda) üksnes hinnangulised väärtused. Heaks tavaks on kaaluda regressioonivõrrandi aluseks olevaid eeldusi, sest teatavad eeldused võivad olla konkreetsetes olukorras sobivamad ja võivad anda oluliselt teistsuguse tulemuse.
86. Üks võimalus hinnangus esineva ebakindluse probleemi lahendamiseks on esitada tulemused mitte täpse arvu („rikkumise puudumise stsenaariumi korral on hind 10 €”), vaid vahemikuna („rikkumise puudumise stsenaariumi korral on hind 9-11 €”). Selle kirjeldamiseks, kui tõenäoliselt kuulub tegelik väärtus vahemikku, kasutatakse statistikas tavapäraselt mõistet „usaldusvahemik”. Majandusteaduses peetakse suure tõenäosusega olukorraks tavapäraselt seda, kui tõenäosus, et tegelik väärtus tõepoolest kuulub konkreetsetesse vahemikku, on 95 %.

⁸⁰ Eelkõige kasutades eespool kirjeldatud prognoosimeetodit, mille puhul korrigeeritakse võrdlusväärtuste prognoosimise mudelis kasutatavate mõjutavate muutujate väärtusi, et võtta arvesse rikkumise mõju kõnealustele muutujatele.

⁸¹ Nt kui vaatlusandmete valim ei ole täiesti tüüpiline.

⁸² Andmete usaldusväärsuse ja asjakohasuse tähtsuse täiendava selgituse kohta vt konkurentsi peadirektoraadi dokument „Majandusandmete esitamise ja andmekogumise parimad tavad Euroopa Liidu toimimise lepingu artiklitega 101 ja 102 seotud juhtumite ja ühinemisjuhtumite puhul” aadressil http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

87. Sarnane viis hinnangus esineva ebakindluse probleemi lahendamiseks on osutada mõistele „statistiline olulisus”, mis on standardne viis kontrollimaks, kas regressioonianalüüsiga saadud tulemused kujutavad endast kokkusattumist või on tegu tõelise korrelatsiooniga. Selleks kontrollitakse teatavat hüpoteesi: kahju hüvitamise nõuete valdkonnas võib selliseks hüpoteesiks olla näiteks see, kas kartellikokkuleppest tulenenud rikkumisel tõesti oli tegelik mõju hindadele või mitte. Hüpoteesi, et rikkumisel *ei olnud* mõju (ja et seetõttu ei erine rikkumisest mõjutamata hind rikkumise toimumise stsenaariumi kohasest hinnast), kutsutakse „nullhüpoteesiks”. Sellise nullhüpoteesi kontrollimiseks kasutatakse siis regressioonianalüüsi. Regressioonianalüüsi tulemust peetakse statistiliselt tähtsaks siis, kui nullhüpoteesi on võimalik tagasi lükata, kuna oleks väga ebatõenäoline, et saadud tulemused on juhuslikud. Majandusteaduses peetakse tulemust „statistiliselt oluliseks” tavapäraselt siis, kui tõenäosus, et nullhüpotees lükatakse tagasi, on vähemalt 95%.
88. Nagu eespool öeldud, kasutatakse majandusteaduses nii „usaldusvahemiku” kui ka „statistilise olulisuse” puhul tavapäraselt 95% tõenäosuse lävendit. Tuleb rõhutada, et tegu on vaid konventsiooniga ja et samamoodi võivad kasulikku teavet anda ka nii rangemad kui ka leebemad lävendid (näiteks 99 % või 90 % tõenäosus). Selle põhjuseks on asjaolu, et statistiline olulisus sõltub osaliselt andmestiku vaatluste arvust: kui muud tingimused on võrdsed, siis valimi suurenedes suureneb ka statistiline olulisus. Heaks tavaks on valitud tõenäosuse lävend avaldada. Kahjuhüvitisnõuete puhul kuulub sellise regressioonianalüüsi tõendusjõu ja võimalike menetluslike tagajärgede (eelkõige faktide tuvastamise ja tõendamiskohustuse) kohta otsuse tegemine kohaldatavate õigusaktide kohaselt seejärel kohtu pädevusse.
89. See, kas ja millisel kohtuasja menetlemise etapil tehakse regressioonianalüüs ja kumb menetluspool seda teeb, sõltub muu hulgas andmete olemasolust või kättesaadavusest ja kohaldatavas õiguses sätestatud eeskirjadest asjaolude tuvastamise, tõendite avaldamise, tõendamise taseme ning tõendamiskohustuse jagunemise kohta hageja ja kostja vahel.
90. Eespool kirjeldatud (punkt 701 jj) regressioonianalüüsi eri vormidele viidatakse vahel kui lihtsustatud meetoditele, sest nende puhul hinnatakse otseselt võrrandi parameetreid, mis ise tuletatakse muudest majanduslikest suhetest (nt pakkumise ja nõudluse suhe), neid otseselt modelleerimata. Teise võimalusena saab kõnealuste majanduslike suhete hindamiseks luua ökonomeetrilised mudelid. Kuigi sellised ökonomeetrilised mudelid, mida tavaliselt nimetatakse struktuurimudeliteks, tuginevad sageli väga kindlatele oletustele, võivad nad aidata paremini mõista asjaomast turgu ja moodustavad kahju hindamise matkemodelleerimise lahutamatu osa (täpsemalt kirjeldatud III jao A alajaos).

(3) Tehnika valik

91. Eespool 1. ja 2. alajaos kirjeldati võrdluspõhiste meetodite praktikas rakendamise tehnikaid. Konkreetset juhul sobiva tehnika valik sõltub tavaliselt mitmest aspektist, eelkõige õiguslikest nõuetest ja juhtumi faktilistest asjaoludest. Tõendamise taseme ja tõendamiskohustusega seotud kaalutlused on praktikas tõenäoliselt väga olulised.
92. Ökonomeetrilised meetodid võivad suurendada kahju hindamise täpsust ja aidata seega tagada tõendamise kõrget taset, kui see on kohaldatavate eeskirjade kohaselt nõutav. Kohaldatavast õigusest, sealhulgas ELi õiguse kohasest tõhususe põhimõttest sõltub, kas regressioonianalüüs peab (tõenäoliselt koos muude kättesaadavate

tõenditega) tagama sellise taseme ja kummal menetluspoolel on sellega seoses tõendamiskohustus. Tuleb arvesse võtta, et ökonomeetrilise analüüsi tegemine eeldab tavaliselt suure hulga vaatlusandmete olemasolu, mis ei pruugi alati kättesaadavad olla. Pealegi võib juhtuda, et kohaldatav tõendamise tase ei eelda konkreetses menetluslikus olukorras menetluspoolelt, kellel lasub tõendamiskohustus, et ta kasutaks muid tehnikaid peale eespool 1. alajaos nimetatud tehnikate. Põhjus võib olla selles, et asjaomase siseriikliku õiguskorra kohaselt peetakse võrreldavaid turge või ajavahemikke piisavalt sarnaseks ja lihtsa võrdluse tulemusel saadavat kahju hinnangut piisavalt täpseks, et tõendada seda, mida menetluspool peab konkreetses menetluslikus olukorras tõendama. Vahel võib õiguskorras olla ka ette nähtud tõendamiskohustuse üleviimine hagejalt kostjale, võttes arvesse hageja esitatud kahju hinnangut ja temale mõistlikul viisil kättesaadavaid andmeid. Sellisel juhul võib kostja kaaluda regressioonianalüüsi tegemist, et hageja väited ümber lükata.

93. Oluline osa võib olla ka proportsionaalsuse kaalutlustel, sest andmete kogumise ja nende ökonomeetrilise analüüsiga võivad kaasneda väga suured kulud (sh kolmandatele isikutele), mis võivad olla menetletava kahju hüvitamise hagi suuruse suhtes ebaproportsionaalsed või seda isegi ületada. Sellised kaalutlused võivad olla asjakohased ka tõhususe põhimõtte seisukohast⁸³.
94. Euroopa Liidu kohtud on peamiselt rakendanud võrdluspõhiseid meetodeid lihtsalt, regressioonianalüüsi kasutamata, ja sageli keskmistele väärtustele tuginedes⁸⁴. Nad on ka heaks kiitnud vaatlusandmete väärtuse lihtsa korrigeerimise, kui eeskirjade rikkumisega seotud turgu (või ajavahemikku) ja võrdlusturgu (või -perioodi) eristava teguri kindlakstegemine on üsna lihtne. Seni on ökonomeetrilise analüüsi kasutamisega konkurentsieeskirjade rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise nõuete menetlemisel Euroopa Liidu kohtutes vähe kogemusi,⁸⁵ kuigi selline meetod võib, nagu eespool kirjeldatud, olla ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisega tekitatud kahju suuruse kindlakstegemisel väga kasulik.
95. Euroopa Liidu kohtud kohaldavad vahel ka nn turvalisusest tingitud vähendamist, st nad arvavad vaatlusandmetest kohaldatava õiguse nõuete kohaselt maha piisavalt suure osa, et võtta arvesse kahju hinnangus esinevat ebakindlust⁸⁶. Regressioonianalüüsi kasutamist saab kaaluda ka selleks, et võtta arvesse muid võimalikke mõjutavaid tegureid ja arvutada tekkinud kahju minimaalne hinnanguline suurus⁸⁷.

⁸³ Vt eespool 1. osa I jao punkt 2.

⁸⁴ Keskmiste väärtuste kasutamine kiideti heaks nt Landgericht Dortmund'i (Dortmundi esimese astme kohus) 1. aprilli 2004. aasta otsuses kohtuasjas nr 13 O 55/02: Kart (Vitaminpreise); WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Vt turult väljatõrjumise juhtumises saamatajäänud tulu kohta nt hiljutine Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Barcelona kaubanduskohus) 20. jaanuari 2011. aasta otsus kohtuasjas nr 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U. vs. Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Näiteks selleks, et välistada võimalike muude tegurite mõju huvipakkuvale muutujale. Vt nt Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03: Kart ja Oberlandesgericht Karlsruhe (Karlsruhe teise astme kohus) 11. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas nr 6 U 118/05.

⁸⁷ Lisaks selliste kahju hinnangute esitamisele, milles on muude tegurite mõju juba arvesse võetud, hinnatakse regressioonianalüüsiga ka kõnealuste hinnangute täpsust (standardvigade kujul), mille kaudu võib saada kahju minimaalse (ja maksimaalse) hinnangulise suuruse.

III MATKEMODELID, KULU- JA FINANTSPÕHINE ANALÜÜS JA MUUD MEETODID

96. Hüpoteetilise rikkumiseta olukorra hindamiseks on peale võrdluspõhiste meetodite ka muid meetodeid. Need on muu hulgas eelkõige turunäitajate matkemodelleerimine majanduslike mudelite alusel (A) ja tõenäolise rikkumise puudumise stsenaariumi loomine tootmiskulude ja mõistliku kasumimarginaali alusel (B).

A Matkemudelid

97. Matkemodelleerimise meetodid tuginevad turu käitumise majanduslikele mudelitele. Turgude toimimist ja ettevõtjate üksteisega konkureerimist käsitlevad majandusuuringud on näidanud, et teatavate omadustega turgude puhul saab prognoosida tõenäolisi turunäitajaid, näiteks tõenäolist hinda või tootmise taset või kasumimarginaale. Struktuuriökoonoomikana tuntud majandusteaduse harus on eri liiki turgude jaoks välja töötatud konkurentsimudelid, mille abil saab selliseid näitajaid matkemodelleerida. Kõnealuseid mudeleid on mitmesuguseid, alates monopoli mudelitest kuni täieliku konkurentsi modeliteni.
98. Vahepealsed mudelid, mis kajastavad ettevõtja käitumist oligopoolsel turul, on eelkõige algselt 19. sajandil majandusteadlaste Augustin Cournot' ja Joseph Bertrand'i loodud mudelid. Bertrand'i oligopoli konkurentsimudel kirjeldab turgu, millel tegutseb suhteliselt vähe ettevõtjaid (ja kuhu pääsemisel on suured takistused), kes konkureerivad hinna, mitte toodangu kvantiteedi poolest. Ettevõtjad kehtestavad oma hinna üheaegselt selle alusel, milline on nende arvates konkurentide küsitav hind. Selles mudelis tõusevad hinnad vastavalt toodete diferentseerituse tasemele. Cournot' oligopoolne konkurentsimudel kirjeldab turgu, millel tegutseb suhteliselt vähe ettevõtjaid (ja kuhu pääsemisel on suured takistused), kes konkureerivad toodangu mahu poolest. Enne hindade üle otsustamist määravad nad üheaegselt oma kvantiteedi (või tootmisvõimsuse) koguse alusel, mida nende arvates muud ettevõtted toodavad. Cournot' ja Bertrand'i mudelitel on arvukalt laiendusi ja muudatusi. Nende hulka kuuluvad eelkõige mänguteoorial põhinevad dünaamilised oligopoli mudelid,⁸⁸ milles võetakse arvesse ettevõtjatevahelist korduvat vastastikust mõju asjaomasel turul⁸⁹.
99. Hinnad on tõenäoliselt kõrgeimad (ja müügimahud väikseimad) monopoli korral ning madalaimad (ja müügimahud suurimad) täieliku konkurentsi olukorras. Bertrand' oligopolid diferentseeritud kaupadega turgudel⁹⁰ ja Cournot' oligopolid põhjustavad tavaliselt selliseid hindu ja müügimahtusid, mis jäävad täieliku konkurentsi ja monopoli taseme vahepeale; täpne suurus sõltub mh turul tegutsevate ettevõtjate arvust ja turulepääsu takistustest, ettevõtjate ja nende toodete diferentseerituse tasemest ning muudest asjaomase turu omadustest, näiteks nõudluse laadist (eriti sellest, kui tundlikud on kliendid hinnamuutuste suhtes) ning tootjate tootmisvõimsustest ja kulustruktuurist.
100. Sellise turunäitajaid (nt hindu) teatavate turuomadustega siduva teoreetilise teabe alusel saab koostada matkemudelid, et teha kindlaks hinnad (või muud muutujad),

⁸⁸ Mänguteooria on õpetus selle kohta, kuidas inimesed ja ettevõtjad käituvad strateegilistes olukordades, kus nad peavad arvesse võtma seda, kuidas teised reageerivad nende tegevusele.

⁸⁹ Võttes arvesse ettevõtjatevahelist korduvat vastastikust mõjutamist turul, oleks kasulik selgitada näiteks ettevõtjate kooskõlastatud tegevust või uue konkurenti turuletulekut.

⁹⁰ Homogeensete kaupadega ja tootmisvõimsuse piiranguteta turul põhjustab Bertrand' hinnakonkurentss seevastu väga konkurentsivõimelisi tulemusi. Homogeensed kaubad on kaubad, mille kvaliteet või omadused on väga sarnased.

mis oleksid turul tõenäoliselt kehtinud, kui ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumist ei oleks toimunud. Matkemudel tuleks luua nii, et selles oleks esindatud a) olulisimad pakkumist mõjutavad tegurid (eelkõige ettevõtjatevahelise konkurentsi toimumise viis (nn konkurentsisisuhe)⁹¹ ja nende kulustruktuur) ning b) nõudluse tingimused (eelkõige see, mil määral reageerivad kliendid hinnamuutustele). Neid tegureid väljendatakse mitme võrrandi kaudu, mis peavad sisaldama hulga parameetrite väärtusi. Need väärtused võivad olla teada või neid võidakse hinnata ökonomeetriliselt või neid võidakse eeldada, nii et mudeli väljund vastaks teatavatele vaadeldud muutujatele. Matkemudelite kasutamisel rikkumise puudumise stsenaariumi loomiseks peavad asjaomane turustruktuur ja muud omadused olema sellised, nagu need oleksid olnud sel juhul, kui rikkumist ei oleks toimunud; need võivad vastata rikkumise toimumise stsenaariumi korral täheldatud struktuurile ja muudele turu omadustele, kuid need võivad ka teataval määral erineda⁹².

101. Matkemudeli kasutamist kahju hindamiseks saab selgitada järgmise näite abil. Diferentseeritud tooteturul (nt šokolaadist kondiitritooted) tegutseva kartelli korral võib rikkumisega mitteseotud hinnad tuletada rikkumisega mitteseotud ajavahemiku andmeid kasutades järgmiselt. Esiteks hinnatakse seda, kuidas šokolaaditootete nõudlus muutub olenevalt selle hinna muutumisest (hinnaelastsus) ja konkureerivate toodete hindade muutumisest (ristelastsus)⁹³. Teiseks otsustatakse, milline mudel kajastab asjakohaselt ettevõtjate konkurentsisisuhet rikkumisega mitteseotud ajavahemikul (nt Bertrand'i konkurentsimudel šokolaadist kondiitritoodete näites). Selle alusel saab arvutada, milliste hindade puhul on ettevõtja kasum kõige suurem, võttes arvesse kuluparameetreid (nt piirkulud) ja nõudluse parameetreid (nt nõudluse tase)⁹⁴. Mõne sellise parameetri väärtust saab seejärel korrigeerida, et kajastada asjaomaseid tingimusi rikkumise ajavahemikul (nt oletades, et kakao hind tõuseb 10 %). Võrrandites esitatud andmete põhjal saab matkemodelleerida (eeldusel, et ettevõtjad püüavad saada suurimat võimalikku kasumit), milliseid hindu oleksid need ettevõtjad tõenäoliselt rikkumise ajavahemikul küsinud. Kartellist tingitud ülemäärast hinda saab seejärel hinnata, võttes aluseks täheldatud hindade ja matkemodelleerimise teel saadud rikkumisest mittemõjutatud hindade erinevuse.
102. Esitatud näide seab eriti suured nõudmised andmetele ja eeldustele. Kahju hindamiseks saab koostada ka lihtsamaid matkemudeleid, kuid need tuginevad veelgi

⁹¹ Konkurentsisisuhte mõistet kasutatakse selleks, et näidata seda, kuidas toimub ettevõtjatevaheline konkurents, nt (kuid mitte ainult) Bertrand'i või Cournot' konkurents, või kuidas ettevõtjad hoiduvad omavahelisest konkurentsist (konkurentsieeskirju rikkuva koostöö korral). Turud, kus hinnad kujunevad enampakkumiste või muude pakkumismenetluste kaudu, võivad samuti modelleerimisele kaasa aidata, sest konkurentidevaheliste suhete puhul järgitakse sageli kindlaid reegleid (hindu või toodangu koguseid, mis tulenevad tõenäoliselt enampakkumisest või muust rikkumisest mõjutamata pakkumismenetlusest, saab eelkõige hinnata oligopoli mudelite abil, mis kasutavad mänguteooriat, et matkemodelleerida konkurentide tõenäolist pakkumiskäitumist rikkumise puudumise stsenaariumi korral).

⁹² Kuna rikkumine võis tingida turu struktuuri muutumise või takistada selliste muutuste toimumist turul, mis muidu oleksid toimunud (nt ebatõhusa konkurendi turult lahkumine), ei ole turu (hüpoteetilised) omadused rikkumise puudumise stsenaariumi korral tingimata samad mis rikkumise toimumise stsenaariumi korral. Lisaks võivad rikkumise ajal täheldatud turuosad olulisel määral erineda turuosadest, mis oleksid esinenud rikkumise puudumise korral, sest kartelli liikmed võivad turge omavahel jagada.

⁹³ Tehniliselt kaasneks sellega nõudlussüsteemi hindamine, mis on punktis 90 nimetatud struktuurse ökonomeetrilise analüüsi näide.

⁹⁴ Nende parameetrite väärtuse (nt arvutamisel kasutatud piirkulude väärtuse) rikkumisega mitteseotud ajavahemikul saab kindlaks määrata nii, et tuletatud hinnad ja kogused vastavad täheldatud hindadele ja kogustele.

rohkem kriitilistele eeldustele, mille õigsust on raske kinnitada. Kartellikokkuleppest tulenenud rikkumisega tekitatud kahju saab näiteks arvutada, kui võrrelda monopoolseid hindu (mis peaksid kajastama kartelli ajal kehtivaid hindu) Cournot' mudeli alusel prognoositud hindadega (mis peaksid kajastama hindu rikkumise puudumise stsenaariumi korral), kasutades selliseid andmeid nagu turuosad, kulud ja turuhinna elastsus. Selline meetod sõltub siiski paljuski rikkumise stsenaariumis ja rikkumise puudumise stsenaariumis eeldatud konkurentsisuhtest ning sellega kaasneb oht, et stsenaariumid ei kajasta piisavalt täpselt kartelli toimimist rikkumise ajavahemikul ega seda, kuidas konkurents turul oleks toimunud, kui rikkumist ei oleks olnud.

103. Matkemudeleid saab kasutada turunäitajate hindamiseks nii kartelli (või muu hindu suurendava rikkumise) kui ka konkurente tõrjuva käitumise korral. Oligopoli mudeli abil saab näiteks matkemodelleerida müügimahtusid ja turuosa, mida konkurent, kelle ees turg suleti, oleks saavutanud, kui rikkumist ei oleks toimunud.
104. Kõik turunäitajate matkemudelid on tegelikkuse ligikaudsed kujutised ning tuginevad teoreetilistele ja sageli ka faktidel põhinevatele eeldustele turuomaduste ning tootjate ja klientide tõenäolise käitumise kohta. Kuigi mudelid tuginevad oma laadi tõttu tegelikkuse lihtsustamisele, võivad isegi lihtsad mudelid anda teataval juhul kasulikku teavet tõenäolise kahju kohta. See, et mudel näib tuginevat lihtsustavatele eeldustele, ei tohiks seepärast olla iseenesest piisav argument mudelist loobumiseks; pigem tuleks kaaluda, kuidas teatavad lihtsustavad eeldused mõjutavad tõenäoliselt mudeli tulemusi. Kui koostada asjaomase turu konkreetseid näitajaid kajastav põhjalik mudel (kui seda saab nõuetekohaselt lahendada ja hinnata), saab suurendada tõenäosust, et matkemodelleerimise tulemusel saadakse hüpoteetilise rikkumise puudumise stsenaariumi jaoks mõistlik hinnang. Isegi väga keerukad mudelid sõltuvad siiski paljuski õigete eelduste tegemisest, eelkõige seoses selliste kesksete küsimustega nagu konkurentsi tõenäoline toimimisviis ja klientide tõenäoline nõudlus rikkumise puudumise stsenaariumi korral. Lisaks sellele võib keerukate matkemodelite väljatöötamine olla tehniliselt keeruline ja selleks võib vaja minna palju andmeid, mis ei pruugi asjaomasele isikule alati kättesaadavad olla või mida ei saa piisavalt usaldusväärselt hinnata.
105. Siiski võivad nii lihtsad kui ka keerukamad matkemudelid anda kasulikku teavet, kui hinnatakse turunäitajaid, mis oleks saavutatud, kui ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumist ei oleks toimunud. Konkreetse juhtumi asjaoludest ja kohaldatavates õigusnormides sätestatud nõuetest sõltub, kas ja millises menetluslikus olukorras leitakse, et majanduse modelleerimise kasutamine on asjakohane ning selle tulemused piisavalt usaldusväärsed.

B Kulu- ja finantspõhised meetodid

106. Muud lähenemisviisid teha kindlaks hinnad, mis oleksid tõenäoliselt valitsenud, kui rikkumist ei oleks toimunud, on kasutada kulupõhist meetodit⁹⁵ või hagejast või kostjast ettevõtja finantstulemustel põhinevaid meetodeid (finantspõhised meetodid).
107. Kulupõhise meetodi puhul hinnatakse ühiku tootmiskulu ja lisatakse kasum, mis oleks olnud „mõistlik” rikkumise puudumise stsenaariumi korral. Tulemuseks saadud

⁹⁵ Seda meetodit nimetatakse ka kulud-pluss-meetodiks või alt-üles kuluarvestusmeetodiks. Bundesgerichtshof (Saksamaa ülemkohus) viitab sellele oma 19. juuni 2007. aasta otsuses kohtuasjas nr KRB 12/07 (paberi hulgimüügi kartell) kui täiendavale meetodile juhtudel, kus võrdluspõhised meetodid ei sobi.

hinnangulist rikkumisest mõjutamata ühikuhinda saab võrrelda eeskirju rikkuvate ettevõtja(te) küsitud ühikuhinnaga, et teha kindlaks ülemäärane hind⁹⁶.

108. Asjaomase majandusharu omadustest olenevalt võivad kulupõhise meetodi rakendamiseks sobida eri liiki tootmiskulud. Oluline on siiski tagada kulude ja marginaalide ühtne kohtlemine. Näiteks kui kõnealuse meetodi rakendamisel võetakse arvesse muutuvaid kulusid (st kulusid, mis erinevad tootmistasemeti), tuleks hinna arvutamiseks lisada brutomarginaal (st pärast muutuvate kulude lahutamist saadud marginaal). Samuti tuleb märkida, et hindade kindlaksmääramisel ei või olulisteks kuludeks olla mitte ainult rikkuja kulud, vaid ka ühe tema konkurendi kulud (nt kui turuhinna määrab kõige ebatõhusam tootja).
109. Kulupõhise meetodi rakendamise esimeses etapis määratakse kindlaks tootmiskulu ühiku kohta. Kulu ühiku kohta saab kindlaks teha, jagades rikkuja(te) poolt asjaomase äritegevuse käigus kantud tegelikud tootmiskulud toodetud toodete koguarvuga. See meetod võib olla üsna lihtne, kui äriühingud või nende eraldiseisvad äriüksused toodavad üksnes üht põhitoodet. Äriühingud või nende allüksused avaldavad vahel oma peamised kuluandmed või esitavad sellise teabe oma auditeeritud aastaaruande osana riiklikele registritele. Muul juhul on juurdepääs andmetele ja kulude jaotusele rikkumisest mõjutatud tootele raskem. Kui raamatupidamisandmed on kättesaadavad, tuleb neid vahel korrigeerida, sest kulude mõiste raamatupidamisarvestuse seisukohast võib erineda kulude mõistest majanduse seisukohast.
110. Võib juhtuda, et rikkumise ajal täheldatud tootmiskulud ei ole tüüpilised tootmiskulud, mis oleks tõenäoliselt tekkinud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Sellel võib olla kaks põhjust: esiteks võivad artikli 101 rikkumise korral need ettevõtjad, kes oma konkurentsivastase koostöö tõttu ei koge konkurentsipurust, mis esineks rikkumise puudumise stsenaariumi korral, tegutseda ebatõhusamalt ja neil võivad seetõttu olla suuremad tootmiskulud, kui konkurentsipurust all tegutsedes. Teiseks võivad rikkujad toodangut piirata ja loobuda seega rikkumise ajal mastaabisäästust, mis oleks vähendanud tootmiskulusid. Kui esineb viiteid selliste olukordade esinemisele, võib olla asjakohane korrigeerida rikkuja(te) kuluandmeid. Kui andmeid ei korrigeerita, võib täheldatud kuluandmeid siiski kasutada selleks, et arvutada kulupõhise meetodi abil minimaalne hinnanguline võimalik ülemäärane hind.
111. Kulupõhise meetodi rakendamise teises etapis selgitatakse välja „mõistlik” kasumimarginaal ja lisatakse see ühiku tootmiskuludele. „Mõistliku” kasumimarginaali kindlakstegemiseks on olemas mitmesugused meetodid. Need põhinevad kas ajalisel või turgude võrdlusel või majanduslikel mudelitel ja neil on seega sarnaseid jooni eelmistes alajagudes kirjeldatud meetoditega. Näiteks saab hinnangulist kasumimarginaali, mida võib mõistlikult eeldada rikkumise puudumise stsenaariumi korral, tuletada kasumimarginaalidest, mida sarnased ettevõtjad on saavutanud võrreldaval geograafilisel turul, mida rikkumine ei ole mõjutanud, või

⁹⁶

Ülemäärase hinna kindlakstegemiseks kasutatakse tavaliselt kulupõhist meetodit. Seda meetodit või selle osi võib siiski kasutada ka selleks, et teha kindlaks muud liiki kahjude suurust, nt selliste konkurentide saamata jäänud tulu suurus, kelle ees turg suleti. Nt Oberlandesgericht Düsseldorf'i (Düsseldorfi teise astme kohus) 16. aprilli 2008. aasta otsuses kohtuasjas nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf) hinnati sellise konkurendi saamata jäänud tulu, kelle ees turg suleti, võttes arvesse konkurendi kulusid ja tõenäolist kasumimarginaali, mis on väljendatud protsendina nendest kuludest.

võrreldavatel tooteturgudel⁹⁷. Samamoodi võib hinnangu aluseks võtta eeskirju rikkuva (või sarnase) ettevõtja kasumimarginaalid rikkumiseelsel või -järgsel ajavahemikul. Mõlemad kirjeldatud võrdluspõhised meetodid tuginevad eeldusele, et võrdlusperiood, -turg või -ettevõtja on piisavalt sarnane⁹⁸ eelkõige seoses selliste kasumimarginaali seisukohast oluliste turuomadustega nagu konkurentsitase turul,⁹⁹ tootjate kulustruktuur (sh innovatsioonikulud), tootmisvõimsuste kasutamine ja tootmisvõimsuse piirangud. Nende eelduste õigsust ei ole alati lihtne kinnitada, sest ettevõtja hinna ja marginaali määravad tõenäoliselt paljud tegurid ja strateegilised otsused.

112. Teine „mõistliku” kasumimarginaali hindamise meetod on kaaluda konkurentsi iseloomu ja rikkumiseta turu omadusi ning tuletada tõenäoline kasumimarginaal struktuuriökoonoomika mudelite abil saadud teabest¹⁰⁰. Näiteks võivad hinnad rikkumise puudumise korral läheneda kaupade suhtelise homogeensuse ja turu ülevõimsuse tõttu tõenäoliselt kuludele; sellisel juhul on tootjate tõenäoline kasumimarginaal suhteliselt väike¹⁰¹.
113. Eeltoodust on selge, et nii rikkumisega mitteseotud tõenäoliste kulude kui ka „mõistliku” kasumimarginaali väljaselgitamisel tuleb praktikas kaaluda hulka keerulisi küsimusi. Lisaks eeldab kulupõhine meetod juurdepääsu andmetele, mis võivad olla menetluse vastaspoole või kolmanda isiku valduses. Konkreetse juhtumi asjaoludest ja kohaldatavatest õigusnormidest olenevalt võib see anda siiski kasulikku teavet, mis toetab konkurentsieeskirjade rikkumise tõttu tekkinud kahju hindamist.
114. Finantsanalüüsil põhinevate meetodite puhul võetakse selle kindlaksmääramise lähtepunktiks, kas hageja sai kahju ja kui suur on kahju ulatus, hagejast või kostjast ettevõtja finantstulemused.
115. Kui kahju hüvitamist nõuab ettevõtja ja rikkumine põhjustas sellele ettevõtjale kahju, on võimalik, et selle ettevõtja finantsolukorra (ja eriti tema kasumlikkuse) analüüs võib anda kasulikku infot selle kahju ulatuse hindamisel. Eriti kasulik võib see olla juhtudel, kui kasum on väidetavalt vähenenud, näiteks juhul kui konkurendi ees turg ebaseaduslikult suleti.
116. Sellest lähtuvalt võib kasutada kahju ulatuse kindlaksmääramiseks ettevõtja kasumlikkuse hindamise standardmeetodeid (näiteks nüüdispuhasväärtuse meetodit, mille puhul arvutatakse välja ettevõtja tulevaste rahavoogude nüüdisväärtus). Samamoodi võivad kasulikku infot anda ettevõtja hindamise meetodid, sealhulgas raamatupidamismeetodid.

⁹⁷ Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 19. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas nr KRB 12/07 (paberi hulgimüügi kartell), milles viidatakse „võrreldavates majandusharudes” saavutatud kasumimarginaalidele.

⁹⁸ Asjakohaste piisava sarnasusega seotud kaalutluste kohta vt eespool 2. osa II jao punktid 38–58.

⁹⁹ Nt kas konkurents oleks olnud nii tugev, et oleks surunud hinna alla lähemale piirkuludele (nagu eeldatakse täieliku konkurentsi mudelis), või kas kasumimarginaalid oleksid oligopoolse struktuuri tõttu olnud isegi rikkumiseta kõrgemad.

¹⁰⁰ Vt eespool 2. osa III jao punkt 97 jj.

¹⁰¹ Kapitali hinda (s.o hind, mille eest ettevõtja saab turul kapitali kaasata) käsitatakse sellistel juhtudel vahel ligikaudse „mõistliku” kasumimarginaalina. Rikkumise puudumisel võivad marginaalid siiski kapitali hinnast olulisel määral erineda, näiteks täieliku konkurentsi puudumise korral või kui teatavatel ettevõtjatel on ettevõtjaspetsiifilised väiksemad kulud või nõudluses ja pakkumises esinevate häirete korral.

117. Kõigi nende meetodite puhul tuleb kindlaks määrata asjakohane vastupidine stsenaarium: kui hagejast ettevõtja tegelik kasumlikkus on välja arvatud, tuleb hinnata, milliseks oleks see kujunenud ilma rikkumiseta. Sellist vastupidist stsenaariumi on võimalik konstrueerida võrdlusturu kasumlikkusandmeid kasutades – siis sarnaneb selline lähenemisviis eespool kirjeldatud võrdluspõhiste meetoditele¹⁰². Rikkumise puudumise stsenaariumi konstrueerimiseks võib kasutada näiteks hageja kasumlikkust enne ja pärast rikkumist. Vastupidise stsenaariumi konstrueerimiseks võib kasutada ka alternatiivset standardit. Üheks võimaluseks on sellisel juhul kasutada võrdlusalusena kapitalikulu: sellise meetodi puhul kirjeldatakse minimaalset kasumimarginaali, mida konkreetses ettevõtlusvaldkonnas on vaja kapitali juurdemeelitamiseks, mistõttu võib olla asjakohane eeldada, et kõnealune ettevõtja oleks rikkumise puudumise stsenaariumi korral saanud vähemalt nimetatud minimaalse kasumi.
118. Finantsmeetodite üheks eeliseks on, et mõnel juhul võib nende kohaldamiseks vajalik teave ettevõtjatel olemas olla raamatupidamisinõuete tõttu või see teave võib olla koguni avalik, näiteks börsiettevõtjate puhul.

C Muud meetodid

119. Käesolevates suunistes kirjeldatud meetodeid on seni nii kohtupraktikas kui ka teadusuuringutes kõige põhjalikumalt käsitletud. Nende loetelu ei ole siiski ammendav, sest esiteks võivad kirjeldatud meetodid edasi areneda või praktikas võidakse välja töötada ka muid meetodeid.
120. Teiseks on olemas meetodid, mida käesolevates suunistes ei käsitleta ja mis võivad sellest hoolimata olla kasulikud, eelkõige selleks, et teha kindlaks tekkinud kahju maksimaalne või minimaalne suurus¹⁰³ või ligikaudne hinnanguline suurus¹⁰⁴. Eriti juhul, kui õiguskorras on sätestatud ligikaudse suuruse hindamise võimalus, on siseriiklikud kohtud valinud pigem pragmaatilised meetodid kui eespool A ja B alajaos kirjeldatud meetodite keeruka rakendamise, et määrata kindlaks kannatanutele makstava kahjuhüvitise suurus. Näiteks ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumise juhtudel, mille puhul turg uue tulija ees suleti, on äritegevuselt saadava tõenäolise kasumi teadasaamiseks kasutatud vahel äriplaan, ¹⁰⁵ kuigi neid on mõnikord korrigeeritud, et võtta arvesse turu olukorda või kasutades võrdlusturu või -ettevõtja andmeid.
121. Liikmesriikide kohtute ülesanne on määrata kohaldatavate eeskirjade alusel kindlaks konkreetsel juhul kasutatav kahju suuruse kindlakstegemise meetod, tingimusel et järgitakse ELi õiguses sätestatud tõhususe ja võrdväärsuse põhimõtet.

¹⁰² Vt täpsemalt punkt 32 jj.

¹⁰³ Näiteks saab maksimaalse hinnangulise kahju leida kriitilise kahjumi analüüsi kaudu. Selle meetodiga hinnatakse hinnatõusu puhul seda, kui suure koguse kaotus muudaks asjaomase hinnatõusu kahjumlikuks.

¹⁰⁴ Näiteks saaks võrdlustulu esmapilgul kindlaks teha, võttes võrdlusaluseks kapitali hinna, eeldusel et ettevõtja oleks rikkumise puudumise korral teeninud kapitali hinna, mis kujutab endast minimaalset tulumäära, mida kapitali pakkujad ettevõtjalt nõuavad. Selle meetodi piirangute kohta vt joonealune märkus 100.

¹⁰⁵ Vt nt *Højesteret*'i (Taani ülemkohus) 20. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas UFR 2005.217H (GT Linien A/S vs. De Danske Statsbaner DSB ja Scandlines A/S).

IV MEETODITE VALIK

122. Kõik eespool II ja III jaos kirjeldatud meetodid võivad põhimõtteliselt anda kasulikku teavet seoses ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisega ja eri liiki kahjudega, mida sellised rikkumised tekitavad. Eelkõige võimaldavad need kindlaks teha nii hinnakartelli korral küsitud ebaseadusliku ülemäärase hinna kui ka näiteks müügistahju või sellise ettevõtja saamata jäänud tulu, kes kannatas kahju turgu valitseva ettevõtja konkurente tõrjuva tegevuse tõttu.
123. Tuleks rõhutada, et hüpoteetilist rikkumise puudumise stsenaariumi on võimalik üksnes umbkaudselt hinnata, mitte kindlalt ja täpselt mõõta. Ühtegi meetodit, mis oleks kõikidel juhtudel muudest meetoditest asjakohasem, ei ole võimalik nimetada. Igal neist eespool kirjeldatud meetoditest on konkreetsed iseärasused, eelised ja puudused, mis võivad muuta nad rohkem või vähem sobivaks, et hinnata teatavatel asjaoludel tekkinud kahju. Eelkõige erinevad need meetodid oma kasutuslihtsuse poolest ning selle poolest, et tuginevad erineval määral tegelikest turusuhetest tulenevatele andmetele või majandusteoorial põhinevatele eeldustele ning võtavad eri ulatuses peale rikkumise arvesse ka muid tegureid, mis võivad olla menetluspoolte olukorda mõjutanud.
124. Konkreetset juhul sobivaks peetav kahju suuruse kindlakstegemise meetod määratakse kindlaks kohaldatavate õigusnormide alusel. Kaaluda võib muu hulgas kohaldatavate õigusnormide kohast tõendamise taset ja tõendamiskohustust, andmete kättesaadavust, kaasnevat raha- ja ajakulu ning kulude proportsionaalsust asjaomase kahju hüvitamise hagi suurusega. Sellega seoses võib kuludena arvesse võtta nii tõendamiskohustust kandval menetluspooltel meetodi kohaldamisel tekkivad kulud kui ka teise menetluspoolle kantud väidete ümberlükkamise kulud ja kohtukulud seoses meetodi rakendamise tulemuste hindamisega (võimalik et kohtu määratud eksperdi abil) kohtus. Kannatanu kulude ja koormuse ning nende proportsionaalsusega seotud kaalutlused võivad olla eriti asjakohased tõhususe põhimõtet silmas pidades¹⁰⁶. Lisaks võib kohaldatava õiguse kohaselt tehtav otsus selle kohta, kas ja millist käesolevates suunistes kirjeldatud meetodit ja tehnikat tuleks kasutada, sõltuda ka muude tõendite, näiteks ettevõtja poolt äritegevuse käigus koostatud dokumentide kättesaadavusest, mis tõendavad ebaseaduslikult kokkulepitud hinnatõusu tegelikku toimumist teatavas ulatuses.
125. Teataval juhul võib olla ette nähtud mitme meetodi (nt ajaline võrdlus ja geograafiliste turgude ülene võrdlus) kasutamine kas alternatiivselt või kumulatiivselt. Kui kaks meetodit annavad sarnase tulemuse, võib õiguskorras ette näha, et sellisel kahju hinnangul, tõenäoliselt kahju minimaalsel suurusel, on nende meetodite alusel suurem tõenduslik väärtus. Kui kaks meetodit annavad siiski ilmselgelt vastandlikud tulemused (eriti kui menetluse vastaspoolled tuginevad eri meetoditele), ei ole tavaliselt asjakohane toetuda lihtsalt kahe tulemuse keskmisele või leida, et vastandlikud tulemused on teineteist tühistavad, nii et arvesse ei tuleks võtta kumbagi meetodit. Sellise stsenaariumi korral oleks pigem asjakohane uurida lahknevate tulemuste põhjuseid ning kaaluda hoolikalt iga meetodi ja selle konkreetsel juhul rakendamise eeliseid ja puudusi.

¹⁰⁶

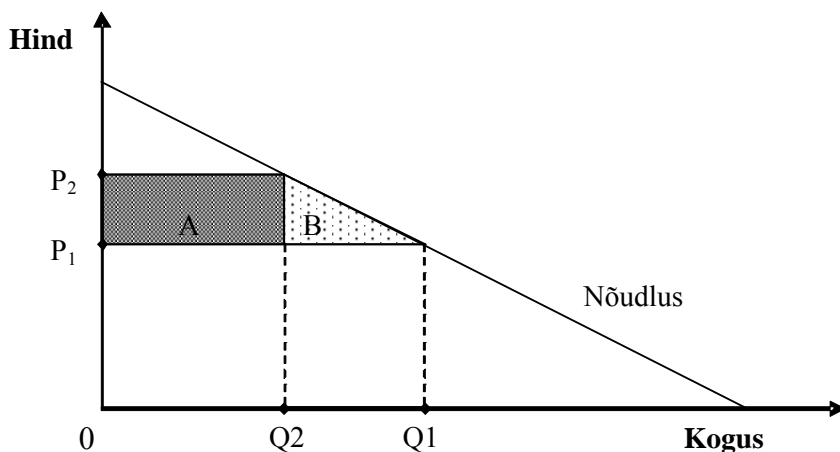
Vt eespool 1. osa I jao punkt 2.

3. osa – Hinnatõusu põhjustatud kahju suuruse kindlakstegemine

I HINNATÕUSU PÕHJUSTAVATE RIKKUMISTE MÕJU

126. Konkurentsivastane tegevus võib tõsta hindu, mida eeskirju rikkuva ettevõtja otsesed ja sageli ka kaudsed kliendid¹⁰⁷ asjaomase toote eest maksavad. Eeskirju rikkuva ettevõtja otsesed kliendid on need, kes ostavad toote vahetult eeskirju rikkuvalt ettevõtjalt; kaudsed kliendid on need, kes ostavad rikkumisest mõjutatud toote selliselt otseselt kliendilt või muudelt kaudsetelt klientidelt.
127. Sellist hinnatõusu põhjustavate rikkumiste tüüpilised näited on hinnakartellid või turgu valitseva ettevõtja liiga kõrge hinna kehtestamine. Kliente võib mõjutada ka toodangu piiramine või klientide või turgude jagamine, s.o konkurentsimoonutused, mis omakorda põhjustavad tavaliselt hinnatõusu. Kui rikkumisega kahjustatakse konkurentide turupositsiooni, tekitatakse sellega teistsugust kahju; sellise kahju ja klientidele avalduva mõju suuruse kindlakstegemist käsitletakse allpool 4. osas.
128. Niivõrd kui võrd rikkumisega kaasneb asjaomaste toodete hinnatõus, saab eristada kaht peamist¹⁰⁸ sellise rikkumisega põhjustatud kahju:
- (a) kahju, mis tuleneb asjaolust, et eeskirju rikkuvate ettevõtjate otsesed ja kaudsed kliendid peavad maksma iga ostetava toote eest rohkem, kui nad maksaksid rikkumise puudumise korral (nn ülemäärane hind). Seda liiki kahju käsitletakse põhjalikumalt II jaos; ja
 - (b) müügi mahus avalduv kahju (*volume effect*), mis tuleneb asjaolust, et hinnatõusu tõttu ostetakse kõnealuseid tooteid vähem. Seda liiki kahju käsitletakse põhjalikumalt III jaos.

Järgmisel joonisel on stiliseeritult kujutatud kaks kõnealust peamist mõju.



129. P_1 on hind, mida küsitakse, kui turgu ei mõjuta ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumine. Täielikult konkurentsile avatud turul võrdub see hind tarnija veel ühe asjaomase toote ühiku tootmise kuluga (piirkulu). Paljud turud ei ole tegelikult

¹⁰⁷ Vahel võivad ettevõtjad, kes ise konkurentsieeskirju ei riku, oma hindu tõsta, sest turuhinnad on rikkumise tõttu kõrgemad. Sellistelt ettevõtjatelt tooteid ostvaid kliente nimetatakse vahel kaudselt mõjutatud klientideks (*umbrella customers*). Kohaldatavatest õigusnormidest sõltub, mil määral saavad sellised kliendid nõuda eeskirju rikkumatelt ettevõtjatelt kahju eest hüvitist.

¹⁰⁸ Muude kahjulike kohta vt espool 1. osa III jao punkti 22(1)(a)(1)(b).

täielikult konkurentsile avatud ja nende turgudel on rikkumisest mõjutamata hinnad piirhindadest kõrgemad. Q_1 on klientide poolt hinnaga P_1 ostetavate toodete kogus.

130. P_2 on kõrgem hind, mis tuleneb sellest, et rikkumine avaldab hinnale mõju. See toob omakorda kaasa väiksema nõudluse (Q_2), sest osa kliente leiab, et kõrgem hind, mida nad peavad maksma, ületab toote omamise või teenuse saamise väärtust. Seda mõju nimetatakse müügitahuse või koguses avalduvaks mõjuks (vastavalt *volume effect* või *quantity effect*). Hinnatõusu mõju nõudlusele sõltub nõudluse elastsusest. Nõudluse elastsus näitab seda, mitu protsenti muutub teataval turul müüdava toote kogus, kui hind konkreetsel nõudluse tasemel muutub üks protsent, ja annab kasulikku teavet selle kohta, kui suurt mõju avaldavad mahule väikesed hinnamuutused.
131. Ristkülik A kujutab rikkumise tõttu klientidelt rikkujatele üle kantud summat: kliendid, kes ostavad kõrgema hinna P_2 eest, peavad andma toote saamiseks eeskirju rikkuva(te)le ettevõtja(te)le rohkem raha. Nad saavad nõuda rohkem makstud summade eest hüvitist ja allpool II jaos selgitatakse sellise kahju suuruse kindlakstegemist.
132. Kolmnurk B kujutab endast müügitahule avalduvat mõju ja seega nende isikute loovutatud summasid, kes oleksid ostnud toote hinna P_1 eest, kuid jäta­vad toote ostmata, kui hind tõuseb hinnani P_2 ¹⁰⁹.
133. Osa kliente kasutab asjaomast toodet enda äritegevuses, näiteks selle müümiseks või muude kaupade valmistamiseks. Kui nad ei osta seda hinna P_2 eest (või ostavad seda vähem), loobuvad nad tulust, mida nad oleksid saanud, kui nad oleksid saanud osta seda toodet hinna P_1 eest. Nad saavad nõuda saamata jäänud tulu eest hüvitist ja allpool III jaos selgitatakse sellise kahju suuruse kindlakstegemist. Osa kliente on lõpptarbijad. Kui nad ei osta hinna P_2 eest, tähendab see seda, et nad ei saa kasutada asjaomaseid tooteid või teenuseid, mille eest nad oleksid olnud valmis maksma hinda P_1 ¹¹⁰. Kohaldatavates õigusnormides võib sätestada, et kui toodet ei saa sel põhjusel kasutada, tuleb selline kahju osaliselt või täielikult hüvitada. Hüvitist peavad saama vähemalt lõpptarbijad, kes peavad tegema täiendavaid kulutusi (näiteks asendustoote ostmiseks) ja kes on seega kannatanud tegelikku kahju¹¹¹.
134. Eespool on kokkuvõtlikult kirjeldatud kõrgema müügihinna põhjustanud rikkumise peamist mõju turule. ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumine võib kahjustada ka nõudlust ja põhjustada seda, et rikkujad maksavad neile tarnitavate toodete eest madalamat ostuhinda, näiteks ostjate kartelli korral või kui turgu valitsev ostja kuritarvitab turuvõimu oma tarnijate suhtes. Sellisel juhul seisneb hinnale avalduv mõju selles, et rikkuja tarnijale makstakse liiga madalat hinda ja järgnevatel turgudel, st rikkuja otsestelt ja kaudsetelt klientidelt, küsitakse sageli ülemäärast hinda¹¹². Ülemäärase hinna kindlakstegemiseks kasutatud meetodeid saab

¹⁰⁹ Majanduse kui terviku puhul väljendab see kolmnurk seega toodangu vähenemisest tulenevat väärtuse langust klientide jaoks: kui ülemäärane hind mõjutab varade jaotust majanduses, tähendab kolmnurk B rikkumise tõttu loomata jäänud heaolu. Majandusteaduses nimetatakse seda tühikuluks.

¹¹⁰ On võimalik ka, et kliendid oleksid olnud valmis maksma hinda, mis on kõrgem kui P_1 , kuid madalam kui P_2 .

¹¹¹ Selle õigusmõiste kohta vt liidetud kohtuasjad C-295/04–C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619, punkt 95).

¹¹² Selleks et tootmissisendi hinda alla suruda, piiravad kartelli liikmed / järgneval turul võimu omavad turgu valitsevad ostjad tõenäoliselt oma tootmissisendi ostmist, vähendades seega ka oma toodangu müüki ja tõstes hindu järgnevatel turgudel.

põhimõtteliselt kasutada ka liiga väikese hinna kindlakstegemiseks, nt kui ostjate kartelli liikmed maksavad oma tarnijatega võrreldes madalamat hinda.

135. Samu meetodeid saab põhimõtteliselt kasutada ka siis,¹¹³ kui esmapilgul ei tundu hind olevat ülemäärane, sest rikkumisega muudeti hinnad teataval ajavahemikul, millal need oleksid tavapärastel turutingimustel (nt kui rikkumist ei oleks toimunud) langenud, kunstlikult püsivaks. Järgmistes punktides viidatakse ülemäärase hinna mõistet kasutades ka sellistele olukordadele.

II ÜLEMÄÄRASE HINNA KINDLAKSTEGEMINE

136. Ülemäärase hinna põhjustavad otseselt või kaudselt eri liiki rikkumised. Konkurentsieeskirjade rikkumise tekitatud kahju hüvitamise nõuete menetlemisel käsitletakse sageli kartellide põhjustatud ülemäärast hinda, mida vaadeldakse allpool A alajaos. Muud liiki rikkumiste põhjustatud ülemäärase hinna kindlakstegemist käsitletakse allpool B alajaos.

A Kartelli põhjustatud ülemäärase hinna kindlakstegemine

137. Kahju hüvitamise hagi korral tuleb – kohaldatavate õigusnormide raamistikus – kindlaks teha hageja(te) makstud ülemäärane hind. Majandus- ja õiguslaste uuringute raames on analüüsitud kartelli mõju; osa uuringute tulemusi on esitatud allpool 1. alajaos.
138. Kahju hüvitamise nõude menetlemisel on kasulik eristada otsese kliendi poolt eeskirju rikkuvale ettevõtjale makstud esialgset ülemäärast hinda (vt allpool 2. alajagu), ja võimalikku kahju, mida selline ülemäärane hind tekitab tarneahela eri tasandite kaudsetele klientidele (3. alajagu).

(1) Kartelli mõju

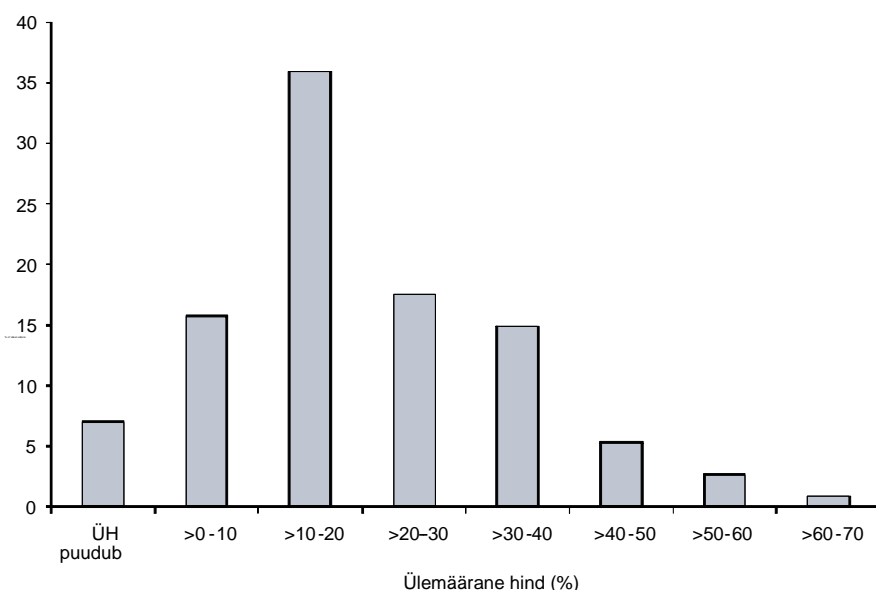
139. Kartellid on kahe või enama ettevõtja vahel sõlmitud kokkulepped ja kooskõlastatud tegevus, mille eesmärk on mõjutada konkurentsiparameetreid sellise tegevuse kaudu nagu ostu- ja müügihindade fikseerimine või muude kauplemistingimuste kehtestamine, tootmis- või müügikvootide määramine või turgude jagamine (sealhulgas pakkumismahhinatsioonid). Selleks et teha kindlaks, kas sellise tegevusega rikutakse ELi toimimise lepingu artiklit 101, ei ole vaja hinnata asjaomase tegevuse konkreetse mõju ulatust, sest kartellikokkuleppe eesmärk on vältida, piirata või moonutada konkurentsi¹¹⁴.
140. Kartelli liikmed satuvad konkurentsieeskirju rikkudes ohtu, et nad paljastatakse ja nende suhtes tehakse otsus, millega tuvastatakse rikkumine ja määratakse trahv. Juba ainuüksi see, et ettevõtjad siiski tegelevad sellise ebaseadusliku tegevusega, viitab sellele, et nad loodavad saada oma tegevusest olulist kasu, st nad eeldavad, et kartell avaldab mõju turule ja seega ka nende klientidele¹¹⁵.

¹¹³ Ilmselt on ebasobiv üksnes meetod, mis põhineb enne rikkumist ja selle ajal valitsenud olukorra võrdlemisel (st võrreldes rikkumisest mõjutatud hindu rikkumiseelsete hindadega), välja arvatud juhul, kui kasutatakse regressioonianalüüsi või lihtsat korrigeerimist, et võtta arvesse tegureid, mis tavapärastel turutingimustel põhjustaks hinna alanemise (nt tooraine hinna langus).

¹¹⁴ Üldkohtu otsused liidetud kohtuasjades T-25/95 jne: Cimenteries CBR SA vs. Komisjon, EKL 2000, lk II-491, punktid 837, 1531, 2589; kohtuasi T-202/98: Tate & Lyle vs. komisjon, EKL 2001, lk II-2035, punktid 72-74; komisjoni teatis: Suunised asutamislepingu artikli 81 lõike 3 kohaldamise kohta, ELT C 101, 27.4.2004, lk 97, punktid 20–23.

¹¹⁵ Vt ka Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03, milles kohus viitas sarnasele väitele.

141. Komisjoni tellitud uuringus analüüsiti empiirilisi tõendeid ülemäärase hinna mõju olemasolu ja suuruse kohta¹¹⁶. Uuringus tuginetakse mitmele kartellide mõju käsitlevale empiirilisele uuringule. Eelkõige täpsustatakse siiani kõige põhjalikumas uuringus käsitletud kartellide valimit, vaadeldes üksnes kartelle, a) mis loodi pärast 1960. aastat (võttes seega arvesse üksnes uuemad kartellijuhtumid), b) mille kohta oli kättesaadav keskmine ülemäärane hind (mitte üksnes kõrgeim või madalaim ülemäärane hind), c) mille puhul oli asjaomases taustauuringus sõnaselgelt selgitatud keskmise ülemäärase hinna arvutamise meetodit ning d) mida oli arutatud teaduslikes artiklites või teostes, mille kohta oli esitatud vastastikune eksperdi hinnang¹¹⁷. Kuigi komisjoni uuringu tulemusi tõlgendades tuleb olla ettevaatlik,¹¹⁸ sisaldab see kasulikku teavet kartellide mõju kohta.
142. Vaadeldud andmetele tuginedes leiti uuringus, et 93 %-l kõikidest käsitletud kartellijuhtumitest põhjustavad kartellid ülemäärast hinda. Kartelli põhjustatud ülemäärase hinna suuruse kohta tehti uuringus järgmised järeldused:¹¹⁹



143. Kõnealuse uuringu kohaselt on täheldatud ülemäärased hinnad väga erinevad (osa kartellide ülemäärane hind oli isegi üle 50 %). Ligikaudu 70 %-l kõikidest uuringus käsitletud kartellidest jääb ülemäärane hind vahemikku 10–40 %. Nende kartellide keskmine ülemäärane hind on ligikaudu 20 %.

¹¹⁶ Komisjoni tellitud välisuuring „Quantifying antitrust damages” („Konkurentsieeskirjade rikkumisest tekkinud kahju suuruse kindlakstegemine”), 2009, lk 88 jj, kättesaadav aadressil: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Kokkuvõttes käsitletakse uuringus 114 kartelli, mis tuginesid mitmesugusele konkurentsivastasele koostööle, sh pakkumismahhinatsioonid. Valim sisaldab rahvusvahelisi ja eri riikide kartelle, mis avaldasid mõju suurele hulgale eri majandusharudele. Geograafiliselt ulatuselt sisaldab valim nii Ameerika Ühendriikide ja Kanada kui ka Euroopa ja muude piirkondade kartelle.

¹¹⁸ Eelkõige tundub olevat võimalik, et turule mõju avaldavatele kartellidele pööratakse empiirilistes uuringutes rohkem tähelepanu kui neile, mis ei avalda mingit mõju, ja seega võivad järeldused olla teataval määral kallutatud; uuringus kasutatud andmete tõlgendamise täiendavate üksikasjade kohta vt uuring „Quantifying antitrust damages”, lk 89 (viidatud 116. joonealuses märkuses).

¹¹⁹ Uuring „Quantifying antitrust damages”, lk 91 (viidatud 116. joonealuses märkuses). Seda suurust väljendatakse protsendina tegelikust hinnast. See tähendab, et tegelik hind (st hind, mida maksti rikkumisest mõjutatuna) on 100 eurot ja ülemäärane hind on väidetavalt 10 %; rikkumiseta oleks hind 90 eurot.

144. Uuringu tulemused on kooskõlas muude kättesaadavate empiiriliste uuringutega, nimelt selle poolest, et a) enamik kartelle põhjustab tegelikult ülemäärast hinda ja b) täheldatud ülemäärane hind on väga erinev. Samuti saadakse kõikides neis empiirilistes uuringutes ligikaudu samasugune keskmine ülemäärane hind, nagu kirjeldati eespool¹²⁰.
145. See teave kartellide mõju kohta ei asenda hagejatele teataval juhul tekkinud konkreetse kahju suuruse kindlakstegemist. Liikmesriikide kohtud on selliste empiiriliste teadmiste alusel siiski väitnud, et on tõenäoline, et kartellid põhjustavad tavaliselt ülemäärast hinda ja et mida kauem kartell kestab ja mida püsivam see on, seda raskem on kostjal väita, et kahjulik mõju hinnale konkreetset juhul puudus¹²¹. Sellised järeldused saab siiski teha vastavalt kohaldatavatele õigusaktidele.
- (2) Otsese kliendi makstud esialgne ülemäärane hind**
146. Kõiki eespool 2. osas kirjeldatud meetodeid ja tehnikaid saab põhimõtteliselt kasutada selleks, et teha kindlaks ülemäärane hind, mida eeskirju rikkuva ettevõtja otsesed kliendid esialgu maksid. Ülemäärase hinna suuruse kohta võib saada väärtuslikku teavet muudest tõendusmaterjalidest (näiteks sisedokumentides kajastuv hinnatõusu erikokkulepe). Kuna esialgne ülemäärane hind kujutab endast raha ülekandmist otseselt kliendilt eeskirju rikkuva(te)le ettevõtja(te)le, võib asjaomase ülemäärase hinna kindlakstegemiseks kasutada mis tahes teavet rikkujate teenitud ebaseadusliku tulu kohta, ehkki nii tõenäoliselt alahinnatakse tasutud ülemäärase hinna suurust¹²².
147. Selleks et selgitada, kuidas saab meetodite ja tehnikate abil määrata kindlaks hinnad rikkumise puudumise stsenaariumi korral ja teha selle hinnangu alusel kindlaks klientide poolt eeskirju rikkuvatele ettevõtjatele makstud ülemäärane hind, tuleb vaadelda 2. osas esitatud stiliseeritud jahukartelli näidet¹²³.

Jahukartell

Selles näiteks toodetakse kogu teatava liikmesriigi jahu neljas veskis (veski A, veski B, veski C ja veski D). Veskid ostavad teravilja mitmelt põllumajandusettevõtjalt, jahvatavad selle ja töötlevad seda ning pakendavad jahu ja müüvad selle pagaritele. Pagarid küpsetavad jahust leiba, mis müüakse edasi klientidele ja kaubahallidele.

Liikmesriigi konkurentsiasutus uurib hinna kindlaksmääramise kahtluse tõttu turgu ja korraldab 2008. aasta jaanuaris etteteatamata kontrollid veskite ruumides. 2010. aasta juulis teeb konkurentsiasutus otsuse, milles ta tuvastab, et kõik neli veskit on rikkunud ELi toimimise lepingu artiklit 101, osaledes ajavahemikul 1. jaanuarist 2005 kuni 31. detsembrini 2007 jahu tootmisega seotud üksikus ja järjepidevas kogu liikmesriiki hõlmanud rikkumises, mis seisnes hindade kindlaksmääramises.

¹²⁰ Täiendavate üksikasjade ja viidete kohta vt uuring „Quantifying antitrust damages”, lk 89 jj (viidatud joonealuses märkuses 115).

¹²¹ Vt nt Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 28. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas nr KRB 2/05 (transporditav betoon) (seoses kartelliosaliste saadud ebaseadusliku tulu hindamisega trahvi arvutamise eesmärgil).

¹²² Vt ka Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen'i (Saksamaa konkurentsipiirangutevastane seadus) § 33 lõike 3 kolmas lause, milles on sätestatud, et kahju hindamisel võib arvesse võtta seda osa tulust, mille eeskirju rikkuv ettevõtja sai rikkumise kaudu.

¹²³ Selle väljamõeldud näite sarnasus tegelike sündmustega on täiesti juhuslik; näide ei kajasta komisjoni seisukohti seoses teatava ettevõtja või sektoriga või turumääratlusega sellises sektoris.

Ühelt veskilt (veski A) jahu ostnud pagaritöökoda kaebab selle veski kohtusse, et saada ELi toimimise lepingu artikli 101 rikkumisega tekitatud kahju eest hüvitist¹²⁴. Pagaritöökoda väidab, et rikkumine tõi kaasa jahu hinna tõusu ja nõuab kõikide 2005., 2006. ja 2007. aastal tehtud ostude eest makstud ülemäärase hinna hüvitamist.

148. Pagaritöökoda on ühe eeskirju rikkuva ettevõtja otsene klient. Kui rikkumine tõi kaasa kõrgemad hinnad, maksis pagaritöökoda ülemäärast hinda iga jahuühiku eest, mille ta ostis ajal, mil rikkumine mõjutas jahu hinda. Kirjeldatud meetodite ja tehnikate rakendamisel saadakse hinnanguline hind, mida pagaritöökoda oleks jahu eest maksnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Arvates kõnealuse rikkumisest mõjutamata hinna maha pagaritöökoja tegelikult makstud hinnast, saab kindlaks teha kartelli ülemäärase hinna ostetud ühiku kohta. See arv tuleb korrutada pagaritöökoja ostetud ühikute arvuga, et teha kindlaks ülemäärase hinna tõttu kannatatud tegelik otsene kahju (eeldades, et ülemäärane hind ei muutunud eeskirjade rikkumise ajavahemikul märkimisväärselt). Et selgitada välja ülemäärane hind, mida pagaritöökoda käesolevas näites maksis, kirjeldame võrdluspõhiste meetodite kasutamist, sest neid meetodeid kasutatakse praktikas kõige sagedamini ja need annavad esialgse ülemäärase hinna kindlakstegemisel tihti kasulikke tulemusi.

a Ajaline võrdlus

149. Toodud näites ostis hagejast pagaritöökoda veskilt A jahu enne seda ajavahemikku, mille puhul liikmesriigi konkurentsiasutus tuvastas rikkumise, kõnealuse ajavahemiku jooksul ja pärast seda. Kui kasutada eelkirjeldatu kohaselt enne või pärast rikkumist tegelikult makstud hindu, et tuletada hinnad, nagu need oleksid olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud, tuleb kõigepealt välja selgitada, milliseid hindu rikkumine mõjutas ja milliseid mitte. See tähendab, et tuleb kindlaks teha, millal kartelli loomisest tulenev rikkumine hakkas jahuturule mõju avaldama ja millal see mõju lõppes.
150. Kõnealusel juhul on liikmesriigi konkurentsiasutus kindlaks teinud rikkumise kestuse. Tegelikult nimetatakse otsuses konkurentsiasutuse valduses olevad tõendid, mis viitavad sellele, et veskid kohtusid hindade arutamiseks 2005. aasta jaanuaris ja kohtusid seejärel oma hinnakokkuleppe kohandamiseks kord kuus. Viimane kohtumine toimus 2007. aasta detsembris. Konkurentsiasutus ei leidnud 2008. jaanuaris veskite kontrollimisel mingeid tõendeid, et pärast seda oleks toimunud kohtumisi. Esimese sammuna tundub seega olevat asjakohane kasutada ajalise võrdluse alusena enne 2005. aasta jaanuari ja pärast 2007. aasta detsembrist kehtinud hindu. Nagu 2. osas kirjeldatud, tuleks siiski täiendavalt kaaluda seda, kuivõrd neist arvudest on võrdlusarvudena kasu.
151. Nagu eespool märgitud, võib konkurentsiasutuse otsusega piirata rikkumise tuvastamise teatava ajavahemikuga, mille kohta on konkurentsiasutusel piisavalt tõendeid, märkides samas, et rikkumine võis tegelikult kesta kauem¹²⁵. Seetõttu võib olla asjakohane mitte kasutada sellise ajavahemiku hinnaandmeid, mida rikkumine võis mõjutada (ja mille vältel võidi küsida ülemäärast hinda), kuigi neid andmeid võib siiski kasutada selleks, et teha kindlaks kahju minimaalne hinnanguline suurus (st võimaliku minimaalse kahju kindel hinnanguline suurus).

¹²⁴ Siseriiklikus õiguses võib sätestada, et kõik kartelli liikmed on solidaarselt vastutavad kogu kartelli tekitatud kahju eest. Käesolev näide ei avalda nendele eeskirjadele mingit mõju.

¹²⁵ Vt 2. osa II jao punkt 423.

152. Samuti võib kartelli loomisest tuleneva rikkumisega seotud ajavahemik erineda rikkumise mõju ajavahemikust: veskid rikkusid ELi toimimise lepingu artiklit 101, sõlmides konkurentsivastase kokkuleppe. Selleks et teha kindlaks, milliseid täheldatud hindu rikkumine ei mõjutanud, tuleb vaadelda kõnealuse lepingu mõju ajavahemikku, mitte selle sõlmimise aega. Kui saab tõendada, et veskid kohtusid esimest korda 2005. aasta jaanuaris, kuid nende kokkulepet rakendati alates 2005. aasta märtsist, ei mõjutanud rikkumine enne 2005. aasta märtsi kehtinud hindu.
153. Seoses täheldatud rikkumisyärgsete hindade kasutamise sobivusega on võimalik, et kartell mõjutas turgu isegi pärast seda, kui kartelli liikmed olid loobunud ELi toimimise lepingu artikliga 101 keelatud koostööst¹²⁶. Selline olukord võib tekkida eelkõige oligopoolsetel turgudel, kui kartelli tõttu kogutud teave võimaldab kartelli liikmetel võtta püsivalt – pärast kartelli loomisest tuleneva rikkumise lõppu – meetmeid, et müügihind oleks kõrgem kui hind, mida seostatakse kartelli loomisest tuleneva rikkumise puudumisega, sooritamata ELi toimimise lepingu artikliga 101 keelatud tegevust¹²⁷. Samuti on võimalik, et pärast kartelli tegevuse lõppu sooritavad endised kartelli liikmed muu konkurentsieeskirjade rikkumise, mis tõstab nende klientide jaoks hindu. Sellisel juhul võib pärast rikkumise lõppu täheldatud hindadel põhinev ajaline võrdlus põhjustada klientide poolt rikkujatele makstud ülemäärase hinna alahindamist, sest kõnealune rikkumine võib endiselt mõjutada rikkumisyärgseid hindu. Kui toodud näites oli hagejast pagaritöökodal põhjust uskuda, et see võis nii olla 2008. aastal ja hiljem makstud hindade puhul, võis ta kasutada neid hindu kohtule esitatud avaldustes üksnes selleks, et arvutada ülemäärase hinna põhjustatud kahju minimaalne hinnanguline suurus.
154. Toodud näites leiab hagejast pagaritöökoda, et enne rikkumist makstud hinnad sobivad tõenäolise hüpoteetilise hinna kindlakstegemiseks. Kui pagaritöökoda võrdleb rikkumisest mõjutatud ja mõjutamata hindu nende täheldatud kujul, eeldab ta loogiliselt, et kogu erinevus 2003. ja 2004. aastal, mil rikkumist ei toimunud, makstud hindade ning rikkumisega seotud 2005., 2006. ja 2007. aastal makstud hindade vahel tuleneb rikkumisest. On siiski võimalik, et hindade kujunemist rikkumise ajavahemikul mõjutasid märkimisväärselt muud põhjused peale rikkumise. Teraviljahinna muutumine võis näiteks olla teine põhjus, mis avaldas mõju hindade kujunemisele, ja seda võib eespool 2. osa II jao B alajaos kirjeldatud tehnikaid kasutades arvesse võtta. Kui on võimalik kindlaks teha muud olulised mõjud ja hinnaandmeid vastavalt korregeeritakse, toetatakse väidet, et ülejäänud erinevus rikkumiseta ajavahemiku ja rikkumise ajavahemiku hindade vahel tuleneb rikkumisest¹²⁸. Olukorrad, mille puhul hagejatelt või kostjatelt nõutakse selliste korrektsioonide tegemist, sõltuvad kohaldatavatest õigusnormidest.

¹²⁶ Vt ka 2. osa II jao punkt 434.

¹²⁷ Sellise koostööst loobumise tegevuse toimimise kohta täiendava teabe saamiseks vt komisjoni „Horisontaalsete ühinemiste hindamise suunised vastavalt nõukogu määrusele kontrolli kehtestamise kohta ettevõtjate koondumiste üle”, ELT C 31, 5.2.2004, lk 5, punkt 39.

¹²⁸ See ei avalda mõju selliste siseriiklike eeskirjade kohaldamisele, mis võimaldavad hagejal kasutada esialgse nõude esitamiseks rikkumisega seotud ajavahemikul ja rikkumisega mitteseotud ajavahemikul küsitud hindade lihtsaid korregeerimata võrdlusi või täita talle siseriiklike õigusnormidega pandud kohustusi seoses faktide tuvastamisega (eelkõige kui kohus võib siseriiklike õigusnormide alusel otsustada kahjuhüvitise määramise ligikaudse hinnangu alusel või teha otsuse *ex aequo et bono*). Samuti ei avalda see mõju tõendamise taset ja tõendamiskohustust käsitlevatele eeskirjadele.

b Muud võrdluse põhinevad meetodid

155. Lisaks ajalistele võrdlustele võib olla kasu ka muudest eespool 2. osas kirjeldatud võrdluspõhistest meetoditest, et teha kindlaks otsese kliendi poolt esialgu makstud ülemäärast hinda. Jahukartelli näites võib pagaritöökoda kasutada teise võimalusena võrdlust muu geograafilise turu või muu tooteturu hindadega, et näidata, milline hind oleks tõenäoliselt tema turul kehtinud, kui rikkumist ei oleks toimunud.
156. Ühe võimalusena võib võrdluse aluseks võtta erineval geograafilisel turul täheldatud jahu hinnad. Eeldades, et eespool kirjeldatud jahukartell hõlmas liikmesriigi turgu, võib rikkumisest mõjutamata hinna arvutamiseks kasutada muu liikmesriigi hindu. Riiklikust tasemest madalama, piirkondliku turu korral võib sobivaks võrdlushinnaks olla jahu müügihind erineval piirkondlikul turul.
157. Selleks et võrdlushinnad sobiksid esindama hindu, nagu need oleksid olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud, ei tohiks sama või sarnane konkurentsieeskirjade rikkumine olla võrdlushindu endid mõjutanud. Kui jahukartelli näites kasutada naabruses asuva geograafilise turu hinnaandmeid ja kui on tõendeid selle kohta, et konkurentsivastane kokkulepe hõlmas ka kõnealust naaberturgu, toob selle turu hindade kasutamine kaasa ülemääraste hindade alahindamise. Naaberturgude puhul võib ühel turul toimunud rikkumine mõjutada selle naaberturgu (näiteks suurema nõudluse kaudu turul, millel rikkumist ei toimunud), mis ei pruugi seetõttu samuti kajastada rikkumisest mõjutamata hindu.
158. Kui võrdlusturu omadused on erinevad, ei pruugi kõnealuse turu hinnaandmed samuti piisavalt kajastada hindu, nagu need oleksid olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Toodud näites varustavad rikkumisega seotud turgu neli veskit. Näiteks kui saab tõendada, et enne rikkumise algust oli konkurents tugev, ei pruugi sellise naaberturu hinnaandmed, mida iseloomustab turgu valitseva veski kohalolek, asjakohaselt kajastada hindu, nagu need oleksid olnud, kui kartelli ei oleks loodud, ja neid võib kasutada üksnes minimaalse hinnangulise suuruse arvutamise alusena.
159. Kui hagejast pagaritöökoda kasutab erineva geograafilise turu hinnaandmeid sellisena, nagu neid täheldati, teeb ta loogilise eelduse, et järelejäanud erinevus rikkujatele tegelikult makstud hindade ja kõnealusel võrdlusturul kehtivate hindade vahel tuleneb rikkumisest. Konkreetse juhtumi asjaoludest ja kohaldatavatest õigusnormidest olenevalt võib eespool 2. osa II jao B alajaos kirjeldatud tehnikaid kasutada selleks, et teha kindlaks ja võtta arvesse muid võimalikke hindadele avalduvaid mõjusid.
160. Rikkumisest mõjutamata hinna saab kindlaks määrata ka muudel tooteturgudel täheldatud hindadega võrdlemise teel. Jahu puhul võib siiski olla raske leida piisavalt sarnast tooteturgu, mida ei ole mõjutanud sama või sarnane rikkumine.

(3) Ülemäärase hinna edasisuunamine

161. Eeskirju rikkuvate ettevõtjate otsesed kliendid, kes maksavad kartelli loomisega põhjustatud ülemäärast hinda, võivad ise mõjutatud tooteid edasi müüa (või kasutada neid sisendina muud toodete tootmisel või teenuste pakkumisel). Eespool toodud jahukartelli näites on pagaritöökodad eeskirju rikkuvate ettevõtjate otsesed kliendid ja nad küpsetavad ostetud jahust leiba, mida nad müüvad seejärel edasi kas otse lõpptarbijatele või kaubahallidele. Kõnealused otsesed kliendid (pagaritöökodad) võivad vastuseks hinnatõusule tõsta oma kaupade või teenuste (leib, mida nad edasi müüvad) hinda, suunates seega esialgse ülemäärase hinna kas osaliselt või täielikult edasi oma klientidele (tarbijad või kaubahallid). Samasugune mõju avaldub siis, kui

kaudsed kliendid (nagu toodud näites kaubahallid) tõstavad ise oma müügihinda oma klientidega toimuvates äritehingutes, suunates seega edasi algul neile edasisuunatud ülemäärase hinna.

162. Sellise ülemäärase hinna edasisuunamisega kaasneb tavaliselt mõju müügi mahule: nagu eespool punktis 1278 ja sellele järgnevates punktides on kirjeldatud, põhjustab hinnatõus tavaliselt nõudluse vähenemist. Kui pagaritöökoda suunab jahukartelli näites ülemäärase hinna edasi, tõstes hinda, mida ta küsib leiva eest kaubahallidelt ja lõpptarbijatelt, võib ta endale avalduvat ülemäärase hinna kahjulikku finantsmõju vähendada, kuid ta kannab kahju vähenenud nõudluse tõttu¹²⁹. Nõudluse vähenemine tähendab pagaritöökoja jaoks müügi vähenemist ja saamata jäänud tulu, s.o kahju, mida samuti põhjustab rikkumine ja mis tuleks hüvitada (vt allpool III jagu).
163. Hinnatõus edasisuunamise kaudu ja müügi vähenemine on seega olemuslikult seotud. Tegelikult määravad nii edasisuunamise kui ka müügi mahule avalduva mõju ühed ja samad tegurid, eelkõige järgnevate turgude klientide nõudluse elastsus. Põhjuseks on see, et järgneva turu nõudlusega seotud turutingimused mõjutavad nii müügihinda kui ka vastavat müügi mahtu, mille puhul pagaritöökoda maksimeerib oma kasumi.
164. Seoses ülemäärase hinna hüvitamise hagiga konkurentsieskirjade rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise menetluses võib ülemäärase hinna edasisuunamine olla oluline kahes eri olukorras:
- (c) otsese kliendi algatatud menetluses, milles klient nõuab tema makstud esialgse ülemäärase hinna hüvitamist (toodud näites: pagaritöökoja hagi veski A vastu), võib kostjast kartelli loomisega eeskirju rikkunud ettevõtja väita, et otsesele kliendile ei tuleks tegelikult ülemäärasest hinnast tulenenud kahju eest hüvitist maksta, niivõrd kui klient tõstis oma hinda ja suunas seega ülemäärase hinna edasi. Seda nimetatakse tavaliselt edasisuunamise kasutamiseks kaitseargumendina. Kui ostja suunab kahju edasi, nagu eespool kirjeldati, võib see põhjustada tema müügi mahu vähenemise ja seega saamata jäänud tulu;
 - (d) kaudse kliendi algatatud menetlus rikkuja vastu (näiteks kaubahall või tarbija, kes ostis pagaritöökojalt leiba ja kes esitab hagi veskite vastu) sõltub samuti edasisuunamise argumendist. Kaudne ostja võib nõuda ülemäärase hinna hüvitamist tõepoolest ainult siis, kui ülemäärane hind, mida otsene klient esialgu maksis, on talle osaliselt või täielikult edasi suunatud. See võib olla oluline tarneahela eri tasanditel tegutsevate hagejate, sealhulgas lõpptarbijate jaoks.
165. Edasisuunamise kasutamist kaitseargumendina ja sellega seotud tõendamiskohustust reguleerivad eri õigusnormid¹³⁰. Kõnealuste õigusnormide ülesehitusest olenemata võib kasu olla allpool punktis 1678 ja sellele järgnevates punktides edasisuunatud kahju suuruse kindlakstegemisega seoses esitatud majanduslikest kaalutlustest.

¹²⁹ Seda seost ülemäärast hinda edasisuunava ettevõtja ja tema enda müügi mahu vahel on teistsuguses kontekstis rõhutanud ka Euroopa Kohus kohtuasjas C-147/01: Weber's Wine World (EKL 2003, lk I-11365, punktid 98–99): „isegi kui tehakse kindlaks, et [...] maks [...] on suunatud kas tervikuna või osaliselt edasi kolmandatele isikutele, [...] võib isik kannatada kahju oma müügi mahu vähenemise tõttu”.

¹³⁰ Seoses konkurentsieskirjade rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise menetlustes kahju edasisuunamise käsitlemise kohta esitatud poliitiliste ettepanekutega vt komisjoni valge raamat EÜ konkurentsieskirjade rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise kohta (KOM(2008) 165 (lõplik), 2.4.2008).

166. Mõlemas eespool kirjeldatud olukorras võivad hagejad ja kostjad tugineda kahele eri lähenemisviisile, et põhjendada oma väidet, mille kohaselt suunati ülemäärane hind edasi kaudsele kliendile, nad võivad kas:
- (e) teha kindlaks esialgse ülemäärase hinna ja kaudsele kliendile edasikantud kahju määra võimalik, et mitmel tarneahela tasandil ja kasutades eespool kirjeldatud ökonomeetrilisi meetodeid, või
 - (f) kasutada eespool kirjeldatud meetodeid ja tehnikaid, et teha kindlaks, kas asjaomane kaudne klient maksis ülemäärast hinda. Teise lähenemisviisi rakendamine on tavaliselt lihtsam.
167. Näiteks kui kaudne klient esitab kartelli loomisega põhjustatud ülemäärase hinna hüvitamise hagi, võib see kaudne klient kas tõendada esialgse ülemäärase hinna olemasolu ja seda, et see ülemäärane hind suunati talle edasi¹³¹ või ta võib tema tasandile edasisuunatud ülemäärase hinna kindlaks teha samamoodi, nagu otsene klient teeks kindlaks esialgse ülemäärase hinna, nimelt võrreldes tema makstud tegelikku hinda tõenäolise hinnaga rikkumise puudumise stsenaariumi korral: võrdluspõhised meetodid võivad anda kasulikku teavet kaudsete klientide makstud ülemäärase hinna kohta, ilma et edasisuunatud osa suurus oleks tingimata vaja kindlaks teha. Võrreldes ajaliselt näiteks hindu, mida kaudne klient maksis enne rikkumist ja rikkumise ajal, saab teha kindlaks, kui palju see hind rikkumise tõttu tõusis, ilma et oleks vaja teha järeldusi edasisuunatud kahju määra kohta.
168. Enamikus olukordades kehtivat tüüpilist edasisuunatud kahju määra ei ole võimalik kindlaks teha. Edasisuunatud kahju määra hindamiseks tuleb pigem hoolikalt uurida kõnealuse turu kõiki omadusi. Edasisuunatud kahju olemasolu ja ulatus tehakse konkreetsel juhul kindlaks mitme eri kriteeriumi alusel ja seda saab seega hinnata üksnes siis, kui võetakse arvesse kõnealuse turu tingimusi.
169. Kui eeskirju rikkuva ettevõtja otsene klient kasutab kartellist mõjutatud kaupu järgneval turul konkureerimiseks, on tõenäoline, et otsene klient ei saa tavaliselt seda kulude kasvu edasi suunata (või saab seda teha üksnes väga piiratud ulatuses), kui tema konkurentidele sellel järgneval turul ei kohaldata sama või sarnast ülemäärast hinda (näiteks kui nad saavad oma tootmissisendi turult, mida kartelli loomine ei ole mõjutanud). Jahukartelli näites konkureerib hagejast pagaritöökoda muude pagaritöökodadega leiva tootmise ja tarnimise valdkonnas. Niivõrd kui need teised pagaritöökodad ei hangi jahu kartelli liikmetelt, vaid saavad seda osta madalama hinnaga mujalt, satub pagaritöökoda, kes peab jahu ostma kartellilt, konkurentidega võrreldes ebasoodsamasse konkurentsiolukorda, mis takistab tal ülemäärasest hinnast tingitud lisakulu edasi suunata.
170. Kui kõik sellel järgneval turul tegutsevad ettevõtjad satuvad kartelli mõju alla ja peavad seega samuti maksma otsest ülemäärast hinda, on tõenäoline, et otsene klient saab vähemalt osa sellest ülemäärasest hinnast edasi suunata. Sellise edasisuunamise ulatust mõjutab konkurentsi tugevus järgneval turul: kui järgnev turg on täielikult konkurentsile avatud, on edasisuunatud kahju määr ligikaudu 100 %. See kajastab asjaolu, et täielikult konkurentsile avatud turgudel võrdub hind piirkuludega ja tootmissisendi hinnatõus toob seega otseselt kaasa samaväärse kulude/toodangu hinna kasvu. Kui turg ei ole täielikult konkurentsile avatud, suunavad mõjutatud

¹³¹ Kui kaudne klient põhjendab oma nõuet, viidates edasisuunamise määrale, ja rikkumine on seotud kuluteguriga, mis on toote kogukuludega võrreldes väike, võivad kasulikuks viiteks olla muude, olulisemate kulutegurite edasisuunamise määrad, mille hindamine võib olla lihtsam.

ettevõtjad vähemalt osa ülemäärasest hinnast tõenäoliselt edasi, kuigi mitte tingimata 100 %. Näiteks kui otsene klient on järgneval turul monopoolses seisundis, valib ta sellise edasisuunatud kahju määra, mis kajastab – tema jaoks – kasumit maksimeerivat hinda, võttes arvesse nõudluse vähenemist, mida ülemäärase hinna edasisuunamine tõenäoliselt põhjustab¹³².

171. Muud näitajad, mis sellistes olukordades (kui kõik muud näitajad on konstantsed) võivad samuti mõjutada edasisuunatud kahju määra, on järgmised:

- nõudluse hinnaelastsus ja see, kas kliendid muutuvad hinna tõustes hinna suhtes rohkem või vähem tundlikuks. Edasisuunamine on eelkõige üldiselt tõenäolisem, kui kliendid ei lülitu pärast hinnatõusu hõlpsalt ümber muudele toodetele (jäik nõudlus) ja kui klientide hinnatundlikkus väheneb hinna tõustes;
- piirkulude muutumine vastavalt toodangus toimuvatele muutustele. Näiteks on reaalne edasisuunamine vähem tõenäoline, kui piirkulud vähenevad märkimisväärselt pärast toodangu vähendamist, sest väiksemat hulka toodangut on odavam toota (nt tootmisvõimsuse piirangute korral). Reaalne edasisuunamine on seevastu tõenäolisem, kui piirkulud ei vähene märkimisväärselt pärast toodangu vähendamist (nt tootmisvõimsuse piirangute puudumise tõttu);
- rikkumise mõju eri liiki kuludele. Kui rikkumine mõjutab muutuvaid kulusid, on edasisuunamine tõenäolisem kui siis, kui see mõjutab püsikulusid;
- rikkumise kestus ja ettevõtjate teabevahetuse sagedus. Kui rikkumine on pikaajaline, on teatav edasisuunamine tõenäolisem; sama kehtib sektorite kohta, kus ettevõtjad vahetavad sageli teavet ja korrigeerivad hindu.

B Ülemäärase hinnaga seotud kahju põhjustavatest muud liiki rikkumistest tulenenud ülemäärase hinna kindlakstegemine

172. Kartellid on üksnes üks neist rikkumistest, mis toovad kaasa hinnatõusu eeskirju rikkuvate ettevõtjate klientide jaoks ja seega tekitavad ülemäärasest hinnast tulenevat kahju (või eeskirju rikkuvatele ettevõtjatele toimuva tarnimisega seotud rikkumiste korral liiga madalast hinnast tulenevat kahju). Ülemäärasest hinnast tulenevat kahju võivad põhjustada muu hulgas ELi toimimise lepingu artikli 101 rikkumine teatavate konkurentsivastaste ühissettevõtete loomise kaudu tootmise valdkonnas ning turgu valitseva ettevõtja poolt ülemäära kõrgete hindade kuritegelik kehtestamine ELi toimimise lepingu artikli 102 tähenduses.

173. Nende rikkumiste ühine tunnus on see, et need võivad otseselt või kaudselt anda eeskirju rikkuva(te)le ettevõtja(te)le võimaluse tõsta oma klientide jaoks hindu¹³³. Sellise ülemäärase hinna maksmine põhjustab omakorda nõudluse vähenemist ja avaldab seega mõju müüginahule, nagu eespool kirjeldatud.

174. Meetodeid ja tehnikaid, mille rakendamist kartelli loomisest tuleneva ülemäärase hinna korral on eespool kirjeldatud,¹³⁴ saab põhimõtteliselt kasutada ka muudest rikkumistest tuleneva ülemäärase hinna põhjustatud kahju kindlakstegemiseks.

¹³² Selle edasisuunamise täpne ulatus sõltub nõudlusest, millega otsene klient kokku puutub, ja tema kulustruktuurist. Näiteks sellise monopoolses seisundis ettevõtja puhul, kes puutub kokku lineaarse nõudlusega (st et koguse ja hinna vahelist suhet saab väljendada sirgjoonega) ja kellel on püsivad piirkulud, on edasisuunamine 50 % otsesest ülemäärasest hinnast.

¹³³ Või alandada hinda, mida tarnijad küsivad oma klientidelt, kui rikkumine on seotud tarnimisega eeskirju rikkuvatele ettevõtjatele.

¹³⁴ Vt punkt 149 jj ning 155 jj.

Lähtepunktiks on küsimus, milline oleks olnud hageja olukord, kui konkreetne rikkumine ei oleks aset leidnud.

III MÜÜGIMAHUS AVALDUVAST MÕJUST TULENEVA KAHJU KINDLAKSTEGEMINE

175. Konkreetse toote hinnatõus põhjustab nõudluse vähenemist. Rikkumisjärgse hindade tõusu ja koguste vähenemise ulatus sõltub sarnastest kulude ja nõudluse parameetritest ning need tehakse kindlaks koos. Ülemäärane hind ja müügiimahule avaldub mõju on seega olemuslikult seotud.
176. Vahekliendi ülemäärase hinna puhul (mida arutati eespool punktis 161 ja sellele järgnevatel punktides) on müügiimahule avaldub mõju samuti tihedalt seotud ülemäärase hinna edasisuunamisega piki tarneahelat lõpptarbijale: kui eeskirju rikkuva ettevõtja klient ei suuna ülemäärast hinda edasi ja jätab selle täielikult enda kanda, ei vähene tema müügiimaht rikkumise tõttu, sest tema kliendid ei koge rikkumisest tulenevat hinnatõusu. Kui ülemäärane hind suunatakse siiski kas osaliselt või täielikult edasi lõpptarbijale, kogeb see klient punktis 1278 kirjeldatud hinnatõusu ja vähendab oma nõudlust. See vähendab omakorda nõudlust tarneahela eelmistel tasanditel.
177. Nagu eespool selgitatud, tähendab nõudluse vähenemine (müügiimahule avaldub mõju) eeskirju rikkuvate ettevõtjate otseste või kaudsete klientide jaoks, kes kasutavad kõnealust toodet oma äritegevuses, seda, et nad müüvad rikkumise tõttu vähem ja jäävad seega ilma tulust, mida nad oleksid saanud ühikute eest, mis neil jäi kõnealuse mõju tõttu müümata. See saamata jäänud tulu on kahju, mille eest võidakse maksta hüvitist,¹³⁵ ning selle suuruse kindlakstegemiseks saab põhimõtteliselt kasutada eespool 2. osas kirjeldatud meetodeid ja tehnikaid¹³⁶.
178. Eelkõige saavad võrdluspõhised meetodid ja tehnikad, mille kohaldamist otsese kliendi makstud esialgse ülemäärase hinna kindlakstegemiseks käsitleti eespool, anda hagejale kasulikku teavet, et teha kindlaks tema käibe ja kasumi vähenemine. Näiteks saab ajalisi ja turgudel põhinevaid võrdlusi kasutada selleks, et tuletada rikkumise puudumise stsenaariumi kohane müügiimaht, st mitu ühikut oleks hageja müünud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Samamoodi saab kõnealuseid meetodeid ja tehnikaid kasutada hüpoteetilise kasumimarginaali arvutamiseks rikkumise puudumise stsenaariumi korral. Vahel võib kohus nõustuda ka nende meetodite lihtsustatud kasutamise, näiteks selleks, et määrata kindlaks keskmine kasumimarginaal tehingu kohta ja seejärel korrutada see rikkumise tõttu müümata jäänud ühikute arvuga¹³⁷.
179. Saamata jäänud tulu on kahjuliik, mida seostatakse sageli rikkumistega, mille tagajärjel tõrjutakse konkurendid turult välja. Praktiliste suuniste 4. osas käsitletakse sellise kahju suuruse kindlakstegemist põhjalikumalt. Nimetatud osas esitatud teave võib olla asjakohane ka hinnatõusu tõttu saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisel.

¹³⁵ Liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 95.

¹³⁶ V.a kulupõhine meetod.

¹³⁷ Vt ka allpool punkt 1901.

4. OSA – Konkurente tõrjuva tegevusega tekitatud kahju suuruse kindlakstegemine

I KONKURENTE TÕRJUVA TEGEVUSE MÕJU

180. ELi toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisega võidakse konkurendid täielikult turult välja tõrjuda või vähendada nende turuosa. Sellisele konkurentidele avalduvale rikkumise mõjule viidatakse tavaliselt kui turu sulgemisele. Selline käitumine on näiteks ELi toimimise lepingu artikliga 102 keelatud turgu valitseva seisundi kuritarvitamine nt turu vallutamise, ainuõiguslike kokkulepete, tarnimisest keeldumise, seos- ja komplektidena müügi või hinnakruvi kaudu¹³⁸. Sellist kuritarvitamist nimetatakse turuseisundi kuritarvitamiseks, mis seisneb konkurentide turult väljatõrjumises. Turu sulgemine konkurentidele võib olla ka ELi toimimise lepingu artikli 101 kohaselt keelatud tegevuse eesmärk või mõju. Seepärast on võimalik viidata konkurente tõrjuvale tegevusele, hõlmates nii ELi toimimise lepingu artikli 101 kui ka artiklis 102 sätestatud rikkumisi.
181. Konkurente tõrjuva tegevuse kaudu, mis on ELi toimimise lepingus sätestatud konkurentsieeskirjadega keelatud, moonutavad rikkujad konkurentsi, et parandada või kunstlikult säilitada oma positsiooni turul. See avaldab nende konkurentidele viivitamata mõju, halvendades nende positsiooni turul, tõrjudes nad turult välja või takistades nende turulepääsu. Konkurente tõrjuv tegevus võib avaldada mõju konkurendi kuludele, hinnale, mida ta saab oma toodete eest küsida, või kogustele, mida ta suudab toota ja müüa. See tähendab tavaliselt asjaomaste konkurentide jaoks saamata jäänud tulu.
182. Kahjustades ebaseaduslikult konkurentide turupositsiooni ja seega konkurentsi taset turul, tekitab selline tegevus kahju ka klientidele, sest toob kaasa kõrgemad hinnad või väiksema valiku, madalama kvaliteedi või väiksema innovatsiooni. Konkurente tõrjuva tegevuse kahjulik mõju klientidele ei pruugi siiski kohe ilmne olla, sest kõnealune tegevus on suunatud eelkõige konkurentide vastu, vähendades konkurentsipiiranguid, mida nad on rikkuja(te)le seadnud. Kui 3. osas kirjeldatud rikkumiste kaudu saavad rikkujad tavaliselt viivitamata ebaseaduslikku kasumit ja nende kliendid kahju, võib konkurente tõrjuv tegevus panna rikkujad esialgu ebasoodsasse olukorda ja muuta hinnad klientide jaoks lühiajaliselt soodsamaks, nagu tavaliselt toimub turuvallutusliku hinnapoliitika korral. Järgmistes jagudes käsitletakse eraldi konkurentidele tekitatud kahju (II jagu) ja klientidele tekitatud kahju (III jagu) suuruse kindlakstegemist.
183. ELi toimimise lepinguga on tagatud konkurente tõrjuva tegevuse tõttu kahju kannatanud tarbijate ja ettevõtjate õigus kahju hüvitamisele, olenemata sellest, kas nad on rikkujate kliendid või konkurendid. Nagu eespool juba märgitud, on Euroopa Kohus täpsustanud, et selline hüvitamine hõlmab otsest varalist kahju (*damnum emergens*), rikkumise tõttu saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) ja viiviseid¹³⁹. Konkurente tõrjuva tegevusega tekitatud kahju suuruse kindlakstegemiseks käsitletakse järgmistes jagudes peamiselt saamata jäänud tulu mõistet kooskõlas Euroopa Kohtu praktikaga. Saamata jäänud tulu mõistet kasutatakse selle laias tähenduses: see tähendab erinevust ettevõtja tegelikult saadud tulu ja selle tulu vahel,

¹³⁸ Kõnealuse tegevuse kirjelduse kohta vt ka komisjoni teatis – Suunised komisjoni täitetegevuse prioriteetide kohta EÜ asutamislepingu artikli 82 kohaldamisel turgu valitsevate ettevõtjate kuritahtliku konkurente tõrjuva tegevuse suhtes, ELT C 45, 24.2.2009, lk 7.

¹³⁹ Liidetud kohtuasjad C-295/04-C-298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619) punkt 95.

mida ta oleks saanud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemise meetodid, mida järgnevalt kirjeldatakse, ei piira kannatanute võimalust nõuda siseriikliku õiguse alusel hüvitist muud liiki kahjude alusel. Saamata jäänud tulu teatavaid elemente võib laias tähenduses tõepoolest liigitada liikmesriikide õiguse kohaselt eri õigusmõistete alla (näiteks võimaluse kaotamine¹⁴⁰ või maine kaotamine), samuti võib konkurente tõrjuva käitumisega tekitada kahju, mis läheb saamata jäänud tulu mõistest kaugemale.

II KONKURENTIDELE TEKITATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE

184. Konkurentidel võib jääda tulu saamata kas vähenenud tulude (nt kui kogus, mida selline konkurent saab müüa, väheneb) või suurenenud kulude (nt kui rikkumine mõjutab tootmissisendi hinda) tõttu. Üldine olukord võib kajastada konkurendi turuosa vähenemises. Järgmistes jagudes kirjeldatakse kõigepealt lühidalt, kuidas konkurente tõrjuv tegevus mõjutab aja jooksul konkurente (A), ja antakse ülevaade üldisest lähenemisviisist saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisele (B) ning seejärel käsitletakse teatavaid tüüpilisi olukordi konkurente tõrjuva tegevuse ulatuse kindlakstegemisel, nimelt juhul, kui selline tegevus mõjutab olemasolevaid konkurente (C) ja turuletulijaid (D) ning kui sellega tekitatud kahju ulatub ka tulevikku (E).

A Konkurente tõrjuva tegevuse ajaline mõõde

185. Vaatlusalusest ajavahemikust olenevalt võib konkurente tõrjuv tegevus mõjutada konkurente erinevalt. Kui konkurente tõrjuv tegevus algab, tekivad konkurentidel tavaliselt raskused oma toodete müümisel või (kui tegevus on seotud eelneva turuga) tarnete hankimisel. See põhjustab suuremate kulude või vähenenud tulude tõttu nende kasumi vähenemise. Konkurentide turuosa võib tavaliselt järsult väheneda või olla väiksem kui see, mis oleks võinud olla, kui rikkumist ei oleks toimunud (näiteks kui takistatakse nende laienemist). See etapp võib langeda kokku rikkujate kasumi suurenemisega. See ei pruugi siiski nii olla, sest rikkujatel tuleb võib-olla kanda konkurente tõrjuva tegevuse tõttu tekkinud kulud (nt alandama oma hinda, jätma konkurentidele tarned tegemata ja vähendades seega oma müüki või pakkuma klientidele allahindlusi või muid soodustusi, mis võib nende kasumit lühiajaliselt vähendada). Lõpuks võidakse konkurendid turult välja tõrjuda.
186. Kui konkurentide turulepääsu on edukalt takistatud või nende turuosa vähendatud või nad on turult välja tõrjutud, teevad rikkujad tavaliselt kahju tasa ja saavad klientide ning selliste konkurentide arvelt, kelle ees turg suleti, suuremat tulu. Sellisel juhul (see juhtub kas varsti pärast rikkumise algust või teatava aja möödudes) peavad kliendid maksma kõrgemat hinda ja kannatama kvaliteedi languse ning valikuvõimaluste vähenemise all. Konkurendi täielik turult väljatõrjumine ei ole sellise kliendile avalduva mõju eeltingimus. Selline mõju võib esineda ka konkurente tõrjuva tegevuse alguses ja isegi siis, kui konkurendid on endiselt turul, tingimusel et nende avaldatav konkurentsiskurve nõrgeneb.
187. Kui riiklikud täitevasutused avastavad konkurente tõrjuva tegevuse või kui selline tegevus lõpetatakse eraisikute esitatud hagide tulemusel, saab konkurentsitingimused järk-järgult taastada. Tuleb rõhutada, et turutingimuste taastamine selliselt, nagu rikkumist ei oleks toimunud, on paljudel juhtudel tegelikult võimatu. See sõltub

¹⁴⁰ Võimaluse kaotamine tähendab seda, et ettevõtja jääb ebaseadusliku konkurente tõrjuva tegevuse tõttu ilma äri võimalustest.

peamiselt rikkumise struktuurilisest mõjust, mille olematuks muutmine võib olla keeruline ja kauakestev protsess (olemasolevad lepingulised kohustused, võrguefekt või muud väljatõrjutud konkurentide turule tagasipöördumise takistused). Seepärast ei ole rikkumise puudumise stsenaariumi ja turu tegeliku arengu täielik lähendamine teatavatel juhtudel võimalik.

B Üldine lähenemisviis saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisele

188. Selleks et teha kindlaks, kas ja mil määral on konkurentidel jäänud tulu saamata, tuleb võrrelda tulu, mida konkurendid said rikkumise ajal sellest mõjutatud turul, tuluga, mida nad oleksid saanud asjaomaste toodete eest rikkumise puudumise stsenaariumi korral (st vastupidine stsenaarium)¹⁴¹. Kui saab tõendada, et konkurent, kelle ees turg suleti, oleks saanud rikkumise puudumise stsenaariumi korral suuremat tulu ja see erinevus tuleneb rikkumisest, on konkurent kannatanud kahju, isegi kui tema turuosa ei ole muutunud või tema tulu suurenes muude tegurite tõttu¹⁴².
189. Asjaomase ettevõtja tegelik kasum tehakse tavaliselt kindlaks, arvates tegelikult teenitud tuludest maha tegelikult kantud kulud. Samamoodi saab kasumi, mis oleks saadud rikkumise puudumise stsenaariumi korral (vastupidine stsenaarium), kindlaks teha, arvates rikkumise puudumise stsenaariumi kohased hinnangulised kulud (võrdluskulud)¹⁴³ maha tuludest, mis oleks eeldatavalt saadud, kui rikkumist ei oleks toimunud (võrdlustulud)¹⁴⁴. Saamata jäänud tulu võrdub võrdlustulu ja tegeliku tulu vahega. Turulepääsu takistamise korral on tegelik kasum tavaliselt null või see võib olla isegi negatiivne, kui konkurent, kelle ees turg suleti, kandis kulusid (nt investeeringud turule sisenemiseks), tulusid saamata.
190. Saamata jäänud tulu arvutamise põhimeetodit saab rakendada eri viisidel. Näiteks on võimalik võrrelda sellise konkurendi rikkumise puudumise stsenaariumi kohaseid tulusid, kelle ees turg suleti, tegelike tuludega rikkumisest mõjutatud turul. Kui saamata jäänud tulu on kindlaks tehtud, saab lahutada ettevõtjal väiksemate toodetud koguste tõttu kandmata jäänud kulud, et arvutada saamata jäänud tulu suurus. See saamata jäänud tulu hindamise meetod ei nõua selliste kogukulude kindlakstegemist, mis ettevõtjal oleksid tekkinud, vaid hinnata tuleb üksnes kulusid, mida rikkumise tõttu ei tekkinud.
191. Saamata jäänud tulu hindamiseks on olemas ka muid pragmaatilisi meetodeid, mis võivad teatavatel konkreetsetel juhtudel sobida. Näiteks saab hinnata keskmist kasumimarginaali tooteühiku kohta rikkumise puudumise stsenaariumi korral ja seejärel korrutada see rikkumise tõttu müümata jäänud ühikute arvuga¹⁴⁵. Selline

¹⁴¹ See ei kehti nõuete kohta, mis esitatakse üksnes kõnealuse kahju osaliseks hüvitamiseks, nt üksnes tekkinud lisakulude hüvitamiseks. Praktikas esitatakse selliseid nõudeid ka tekkinud kahju suuruse kindlakstegemiseks kättesaadavate lihtsamate meetodite tõttu. Vt allpool punkt 191.

¹⁴² Näiteks võib suure kasvupotentsiaaliga turuletulija hoida oma kasumit samal tasemel, kuid rikkumise puudumise korral oleks see suurenenud.

¹⁴³ Asjaomase ettevõtja saamata jäänud tulu hinnates tuleb võtta arvesse lisakulusid, mis tal oleksid tavaliselt toodangu suurendamisel tekkinud. Sellega seoses ei vasta ettevõtja kulud ühiku kohta tingimata tema vastupidise stsenaariumi kohastele ühikukuludele. Näiteks oleks kasvava mastaabiefekti korral vastupidise stsenaariumi kohased ühikukulud väiksemad kui täheldatud kulud, sest ettevõtja toodang oleks vastupidise stsenaariumi korral suurem (st kui rikkumine ei oleks teda mõjutanud).

¹⁴⁴ Nt *Stockholms tingsrätt*'i (Stockholmi esimese astme kohus) 20. novembri 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades T 32799-05 ja T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB jt vs. VPC Aktiebolag*), apellatsioonimenetlus on pooleli.

¹⁴⁵ Regressioonimeetodi abil leitud tegelikel kulu- ja tuluandmetel põhineva pragmaatilise lähenemisviisi kohta vt nt *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Barcelona kaubanduskohus) 20. jaanuari 2011. aasta otsus kohtuasjas nr 45/2010 (*Centrica Energica S.L.U. vs. Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

keskmise tulu hinnang ühe ühiku kohta võib põhineda ühel või mitmel tehingul, mida saab pidada hageja asjaomase tootega seotud äritegevusele piisavalt tüüpiliseks. Tuleb märkida, et sellesse arvutusse oleksid kaudselt kaasatud kokkuhoitud kulud¹⁴⁶.

192. Konkurentsieeskirjade rikkumisega tekitatud kahjude hüvitamise alane kohtupraktika näitab, et konkurendid, kelle ees turg suleti, esitavad vahel nõude kahju osaliseks hüvitamiseks, näiteks konkurente tõrjuvale tegevusele reageerimisel tekkinud kulude hüvitamiseks,¹⁴⁷ suletud turule sisenemiseks tehtud tagastamatute kulude (nn pöördumatud kulud) hüvitamiseks¹⁴⁸ või hinnakruvi või ELi konkurentsioigust rikkuva diskrimineeriva hinnakujunduse korral¹⁴⁹ liiga suureks hinnatud kulude hüvitamiseks. Valik sõltub vahel kaalutlusest, et selliste kahjude suuruse kindlakstegemine on lihtsam või võib nõuda vähem andmeid ning tõendid on hõlpsamini kättesaadavad. Kui hagejad taotlevad saamata jäänud tulu hüvitamist, saadakse saamata jäänud tulu kogusummat hinnates tekkinud täiendavatel kuludel (pöördumatud kulud ja muud kulud) põhineva kahju suuruse kindlakstegemisel tavaliselt kahju minimaalne suurus.
193. Valitud meetodist ja tehnikast olenemata võib saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisega kaasneda selliste keerukate andmete hindamine, mis viitavad hüpoteetilisele rikkumise puudumise olukorrale, mida tuleb võrrelda sellise konkurendi tegeliku olukorraga, kelle ees turg suleti, võttes sageli arvesse tõenäolisi tulevasi muutusi. Ettevõtja võimalike tulude, sh tulevase kasumi hindamine võib sõltuda nii paljudest teguritest, et võib olla asjakohane sätestada leebemad nõuded tulude suuruse kindlakstegemise suhtes. Seepärast võib õiguskorras sätestada kohtute võimaluse kasutada näitajate ja statistilise meetodi valimisel ning nende kahju hindamiseks kasutamise viisi üle otsustamisel teatavat kaalutusõigust¹⁵⁰.

C Olemasolevad konkurendid

194. Konkurendid võivad kasutada 2. osas kirjeldatud meetodeid ja tehnikaid, et teha kindlaks konkurente tõrjuva tegevusega neile tekitatud kahju suurus. Rikkumise puudumise stsenaariumi saab luua, võrreldes sama ettevõtja tegevuse tulemusi rikkumisest mõjutamata ajavahemikul, sarnast ettevõtjat samal turul, majandusharu kogukasumit¹⁵¹ või sama või sarnase ettevõtja tegevuse tulemusi muul turul peale selle, millel toimus konkurente tõrjuv tegevus. Teise võimalusena võib rikkumise puudumise stsenaariumi hinnata matkemodelleerimisele tuginevate meetodite abil, st modelleerides hulga eelduste (nt seoses ettevõtjatevahelise konkurentsisuhte liigiga) alusel, milline oleks olnud tõenäoline olukord, kui turult väljatõrjutud konkurent oleks saanud turul tegutseda ja kui teda ei oleks mõjutanud konkurente tõrjuv

¹⁴⁶ Selleks et hinnata keskmist kasumimarginaali, võib siiski olla asjakohane kaaluda, kuidas vastupidise stsenaariumi kohased kulud ja tulud oleksid muutunud rikkumise puudumise korral. Näiteks oleksid rikkumiseelsel ajavahemikul täheldatud kasumimarginaalid võinud rikkumise ajavahemikul väheneda rikkumisega mitteseotud põhjustel – muude tegurite põhjustatud nõudluse vähenemise või tootmissisendi hinna suurenemise tõttu. Lisaks võib turult välja tõrjutud konkurendi toodangu vähenemine avaldada mõju tema ühiku hinnale, mõjutades seega ka selliste ühikute pealt saadavat marginaali, mida ta jätkuvalt müüb.

¹⁴⁷ Nt turupositsiooni säilitamiseks vajalikud täiendavad turunduskulud.

¹⁴⁸ Nt kõnealusel turul uue tehase ehitamise kulud.

¹⁴⁹ Vt nt Lietuvos apeliacinis teismas'i (Leedu apellatsioonikohus) 26. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas nr 2A-41/2006 (Stumbras); Hujesteret'i (Taani ülemkohus) 20. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 387/2002 (GT Linien A/S vs. DSB).

¹⁵⁰ Vt nt liidetud kohtuasjad C-104/89 ja C-37/90: Mulder jt vs. nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-203, punkt 79).

¹⁵¹ Vt eespool punktides 345, 478 ja 656.

tegevus. Võimalik on kasutada ka muid meetodeid, nt asjaomaste ettevõtjate finantsandmed võivad anda kasulikku teavet tulude kohta, mida ettevõtjad oleksid tõenäoliselt saanud, kui rikkumine ei oleks neid mõjutanud.

Kaubanduslike lahustite jaoks olulise tootmissisendi tarnimisest keeldumine

Worldco on juhtiv rahvusvaheline äriühing, mis toodab selliseid tooraineid, mis on oluliseks sisendiks kaubanduslike lahustite valmistamisel. Eusolv on äriühing, mis on tegutsenud kaubanduslike lahustite turul alates 1995. aastast ja enamik selle käibest saadakse butanooli müügist. Eusolv ostab Worldcolt butanooli tootmiseks Rawbetat. Worldco on turgu valitsev Rawbeta tootja ja Rawbeta on ainus sobiv tooraine butanooli tööstuslikuks tootmiseks selle turustamiseks võimaldava hinnaga. Worldco tarnib Rawbetat ka oma tütarettevõtjale Subco, kes on butanooli tootnud alates 2004. aastast ja kes konkureerib Eusolviga.

2006. aastal otsustab Worldco lõpetada Rawbeta tarnimise Euroopa Liidus butanooli müüvatele ettevõtjatele, välja arvatud tema tütarettevõtjale Subco. Eusolv püüab esialgu hankida piisavalt Rawbetat muudelt tarnijatelt või asendada Rawbeta muude, katsemeetodil toodetud toorainetega, mis on palju kallim ja põhjustab butanooli müügihinna järsu tõusu; samal ajal langeb butanooli kvaliteet ja sobivus kaubanduslikuks otstarbeks. Selle tagajärjel väheneb Eusolvi müügiimaht järk-järgult ja lõpuks lõpetab ta 2010. aastal butanooli tootmise. Samal aastal esitab Eusolv Worldco ja tema tütarettevõtja Subco vastu kahju hüvitamise nõude, milles nõuab, et talle hüvitataks tulu, mis jäi tal tarnimisest keeldumise tõttu saamata. Kohus leiab, et Worldco tegevus kujutas endast turgu valitseva seisundi kuritarvitamist, mis on ELi toimimise lepingu artikli 102 kohaselt keelatud.

(1) Ajaline võrdlus

195. Kui konkurente tõrjuv tegevus mõjutab olemasolevat konkurenti, on sama ettevõtja andmed tõenäoliselt kättesaadavad ka mõjutamata ajavahemiku kohta. Sellisel juhul saab kahju kannatanud konkurendi saamata jäänud tulu hinnata ajalise võrdluse abil. Rikkumise puudumise stsenaariumi saaks koostada näiteks kahju kannatanud ettevõtja selliste tulude ja kulude alusel, mis pärinevad ajast, mil konkurente tõrjuv tegevus ei avaldanud veel mõju¹⁵². Paljudel konkurente tõrjuva tegevusega seotud juhtudel ei pruugi rikkumisejärgsed andmed olla kättesaadavad või ei oleks need sama sobivad, eriti kui rikkumine avaldab mõju, mis võib muuta turu struktuuri ja mis ei kao tõenäoliselt eriti kiirelt, näiteks kui konkurent tõrjutakse turult välja ja turule tagasipöördumine on lühiajaliselt takistatud või kui konkurent on kaotanud turuosa ja seda on võrguefekti tõttu raske tagasi saada¹⁵³.

Butanooli näites ei ole rikkumisejärgsed usaldusväärsed andmed kättesaadavad, sest kahju kannatanud ettevõtja Eusolv ei tegutsenud enam turul ja tema tulemuslik tagasipöördumine turule ei pruugi toimuda kohe pärast rikkumise lõppu. Eusolv otsustab seega luua rikkumise puudumise tõenäolise stsenaariumi, kasutades andmeid, mis pärinevad 2006. aasta eelsest ajast, st enne konkurente tõrjuva tegevuse algust.

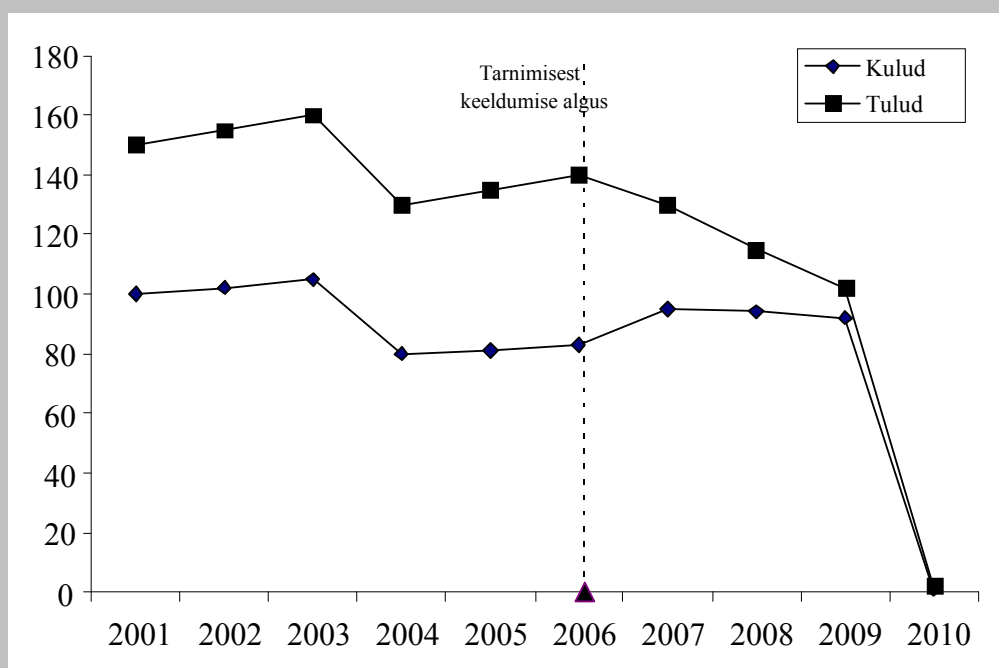
196. Teatavatel tingimustel saab võrdluses kasutatavaid rikkumiseelseid tulude ja kulude andmeid täiustada. Tõendeid ja tõendamiskohustust käsitlevatest kohaldatavatest siseriiklikest eeskirjadest olenevalt võib kostja näiteks vaidlustada hageja hinnangu,

¹⁵² ELi toimimise lepingu artikli 101 kohaselt keelatud konkurente tõrjuva tegevusega tekitatud kahju hindamiseks enne ja pärast rikkumist valitsenud olukorraga võrdlemise kohta vt nt Corte d'Appello di Milano (Milano apellatsioonikohus) 3. veebruari 2000. aasta otsus kohtuasjas nr I, 308 (Inaz Paghe vs. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro).

¹⁵³ Tootele avaldab mõju võrguefekt, kui selle väärtus iga kasutaja jaoks suureneb vastavalt kasutajate arvu suurenemisele.

viidates muudele elementidele, mis võisid ettevõtja majandustulemusi kahjulikult mõjutada ja mis ei ole rikkumisega seotud, näiteks turustamise valdkonnas tehtavate investeeringute järsk vähenemine, toote konkurentsivõime langus või tootmissisendite hinna tõus, mis on kahjuhüvitist nõudvale konkurendile eriomane. Teise võimalusena võib tõendada, et kahju kannatanud konkurendi olukord oleks rikkumise puudumise stsenaariumi korral olnud isegi parem kui see oli enne rikkumist (nt kuna tal oli kasvupotentsiaali). Üldiselt on võrdlus varasema mõjutamata ajavahemikuga samal turul tõenäoliselt seda usaldusväärsem, mida kauem on konkurent sellel turul tegutsenud ja mida püsivam on tema turupositsioon olnud. Teisisõnu saaks võrdlus rikkumiseelse stsenaariumiga suuremat kasu korrigeerimiste tegemisest,¹⁵⁴ kui kahju saanud konkurent oli hiljutine turuletulija, sest tema turuosa võis sel juhul olla tõenäoliselt rohkem vastuvõtlik kõikumistele.

Eespool toodud näites esitab Eusolv andmed butanooli tootmisest ja müügist saadud tegelike kogutulude ja -kulude kohta, nagu on näidatud järgmisel joonisel.



Selleks et luua usaldusväärne rikkumise puudumise stsenaarium, jäetakse 2004. aastale eelnenud ajast pärit andmed arvesse võtmata, sest Eursolvi olulisim konkurent Subco ei tegutsenud siis veel turul, samas kui pärast 2004. aastat ja kuni 2006. aastani oli Eusolvi turuosa muutumatu.

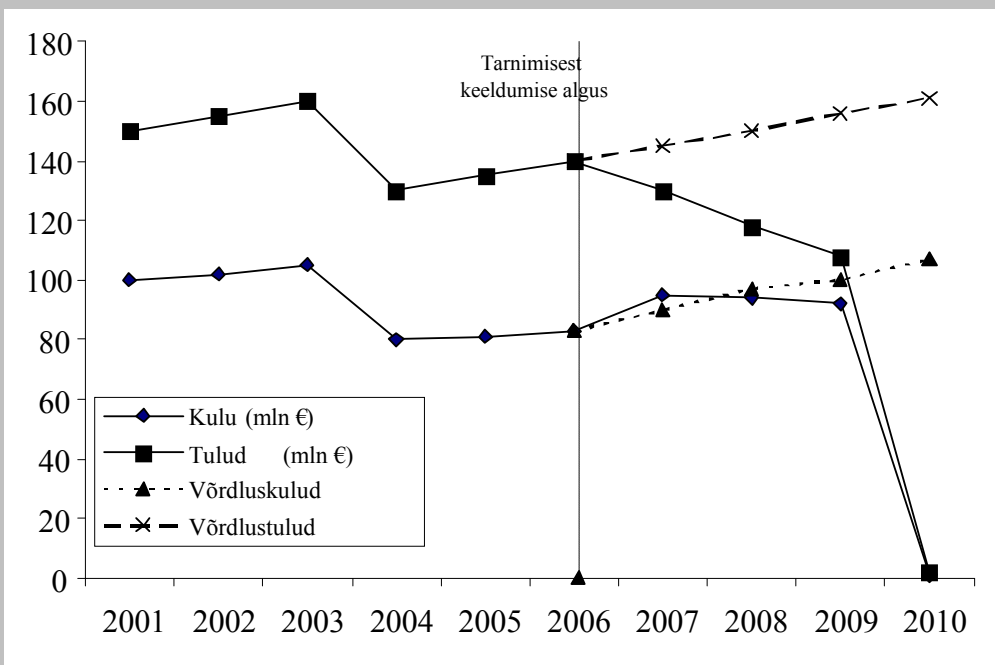
Eusolv esitab vastavalt tõendamiskohustust ja tõendamise taset käsitlevatele siseriiklikele eeskirjadele andmed nn võrdluskoguste, -tulude ja kulude kohta, mis oleksid olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud.

Tänu butanooli tööstusliku kasutuse suurenemisele on selle toote kogunõudlus (seega turu suurus) püsivalt kasvanud. Eusolv kasutab oma turuosa stabiilsust pärast Subco sisenemist butanooliturule selleks, et tugineda eeldusele, mille kohaselt oleks ta säilitanud oma turuosa, kui rikkumist ei oleks toimunud. Selle eelduse alusel esitab Eusolv andmed oma võrdlustulude kohta ajavahemikul 2006-2010, mis saadi turu koguväärtuse ja Eusolvi turuosa alusel. Eusolv esitab oma raamatupidamisandmed ühiku hinna kohta aastatel 2004-2006¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Sellist korrigeerimist saab teha eespool punktis 59 jj kirjeldatud meetodite abil.

¹⁵⁵ Need sisaldavad pöördumatuid kulusid, mis on jaotatud sellele ajavahemikule.

Need näitavad, et ühiku hind järgis butanooli tootmiseks vajaminevate sisendite hindu, st et näiteks tootmissisendi hinnatõus põhjustab otseselt ühiku hinnatõusu. Kasutades kättesaadavaid majandusharu andmeid tootmissisendi hinna kohta, arvutavad Eusolvi eksperdid ühiku võrdlushinna ning võtavad näiteks regressioonianalüüsi kaudu arvesse tootmissisendi hinna muutumise ja suuremate koguste tootmisest tuleneva kasuteguri. Seejärel saadakse võrdluskulude koguväärtus aastatel 2006-2010, korrutades ühiku hinnangulise võrdlushinna nende ühikute arvuga, mis oleks müüdud, kui rikkumist ei oleks toimunud.



Saadud arve võrreldakse Eusolvi tegelike tulude ja kuludega järgmiselt: tegelik kasum (tegelikud tulud miinus tegelikud kulud) arvatakse maha võrdluskasumist (võrdlustulud miinus võrdluskulud). Nii saadakse Eusolvi nõutud kahjuhüvitise lõplik hinnanguline suurus.

Worldco ja Subco väidavad siiski, et selleks, et suuta tarnida aastatel 2006–2010 eeldatavalt suuremal arvul ühikuid, oleks Eusolv pidanud suurendama oma tootmisvõimsust ja sellega oleksid kaasnenud täiendavad pöördumatud kulud, mida ei ole arvutuses kajastatud. Kohus nõustub selle kaitseargumendiga ja vähendab vastavalt saamata jäänud tulu eest makstavat hüvitist (arvates Eusolvi esitatud summast proportsionaalselt maha eeldatavad täiendavad pöördumatud kulud kõnealuste aastate eest).

197. Konkurente tõrjuva tegevusega seotud juhtudel on turuosal oluline roll ühe näitajana saamata jäänud tulu arvutamisel selliste võrdluspõhiste meetodite abil nagu ajalised võrdlused. Näiteks saab võrdluspõhist meetodit kasutada, et hinnata, milline oleks olnud sellise konkurendi tõenäoline turuos, kelle ees turg suleti, kui rikkumist ei oleks toimunud. Seejärel saab kindlaks teha saamata jäänud tulu suuruse, korrutades tegelike kulude ja tulude andmed ühiku kohta (või tegeliku keskmise kasumimarginaali) täiendavate kogustega, mis vastavad suuremale võrreldavale eeldatavale turuosale, mis oleks saavutatud, kui rikkumist ei oleks toimunud. See tugineb eeldusele, et kulud ja tulud ühiku kohta ei oleks rikkumise puudumise stsenaariumi korral oluliselt muutunud, ja õiguskorras võib seda aktsepteerida kannatatud kahju hinnangulise suurusena, võimalik, et esmapilgul usutava tõendina

või piisavana selleks, et tõendamiskohustust muuta¹⁵⁶. Täpsema hindamise raames hinnataks piisavate andmete olemasolu korral kulude ja tulude muutumist rikkumise puudumise stsenaariumi puhul.

198. Kui turuosa kasutatakse näitajana saamata jäänud tulu hindamisel, tuleks arvesse võtta asjaolu, et turuosa võib kõikuda muude tegurite kui rikkumise mõjul, näiteks butanooli näites vähenes Eusolvi turuosa 2004. aastal Subco kui konkurendi turulesisenemise tõttu¹⁵⁷. Samuti võib juhtuda, et kui rikkumine vähendab turu kogusuurust, põhjustab turult väljatõrjutud konkurendi tulude arvutamine tegelike turuosade alusel kõnealuste tulude alahindamist.

(2) Muud võrdlusel põhinevad meetodid

199. Rikkumise puudumise stsenaariumi loomisel võib võrdlusalusena kasutada ka muid geograafilisi või tooteturge¹⁵⁸. Seega saab võtta aluseks sama või sarnase ettevõtja kulud ja tulud eri turul, et hinnata tulusid ja kulusid, mis kahju kannatanud konkurendil oleksid olnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Neid meetodeid saab kasutada ka selleks, et hinnata ajalise võrdluse või muude meetodite abil saadud hinnangute usaldusväärsust. Näiteks kui pikka aega monopoolses seisundis olnud ettevõtja ainsa konkurendi rikkumiseelsed majandustulemused näitavad, et tal oleks olnud teatav turuosa, kui rikkumist ei oleks toimunud, saaks seda hinnangut kinnitada, tehes kindlaks, et samal või sarnasel ettevõtjal, kes konkureerib varem monopoolses seisundis olnud turgu valitseva ettevõtjaga võrreldaval geograafilisel turul, on tegelikult sarnane turuosa, võttes arvesse võimalikke asjaomaste ettevõtjate või turgude vahelisi erinevusi.

D Konkurentide turulepääsu takistamine

200. Konkurentide tõrjuv tegevus võib põhjustada nii olemasoleva konkurendi turupositsiooni halvenemist kui ka takistada sellise võimaliku konkurendi turulepääsu, kes turul veel ei tegutse. Turgude sulgemine turuletulijate ees võib tekitada neile väga suurt kahju, mille eest neil on õigus saada hüvitist. Õiguskorras tuleks võtta arvesse olemuslikke raskusi sellise kahju suuruse kindlakstegemisel ja tagada, et turulepääsu takistusi kogenud turuletulijate jaoks ei muudeta kahju hüvitamise nõude esitamist praktiliselt võimatuks või ülemäära raskeks¹⁵⁹.
201. Turulepääsu takistamise olukorral on teatavad iseärasused, mida saab kahju suuruse kindlakstegemisel arvesse võtta. Eelkõige saab arvesse võtta seda, et kui kahju kannatanud ettevõtja soovis siseneda turule, kus ta ei olnud varem tegutsenud, puuduvad loomulikult andmed tema majandustulemuste kohta sellel turul.

¹⁵⁶ Sellise kohtu hinnangu kohta, mis põhineb rikkuja sõlmitud lepingute koguarvu korrutamisel hagejate turuosaga enne konkurentide tõrjuva tegevuse algust, vt nt Corte d'Appello di Roma (Rooma apellatsioonikohus) 20. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas nr I, 2474 (Albacom S.p.A. vs. Telecom Italia S.p.A.).

¹⁵⁷ Sel põhjusel võetakse toodud näites tulu kindlakstegemisel arvesse Eusolvi stabiilset turuosa pärast 2004. aastat.

¹⁵⁸ Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid'i (Madridi kaubanduskohus) 11. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. vs. Telefónica de España S.A.), mille Audiencia Provincial de Madrid (Madridi apellatsioonikohus) jättis oma 25. mai 2006. aasta otsusega kohtuasjas nr 73/2006 jõusse.

¹⁵⁹ Vahel saab kohaldatavate õigusnormide alusel selle kahju suurust kindlaks teha pragmaatiliste meetodite abil, näiteks arvutades kaotatud turuosa koguväärtuse kasumi põhjal ja korrutades seda protsendiga, mis väljendab turuosa, mille oleks tõenäoliselt saavutanud ettevõtja, kelle ees turg suleti. Näiteks kui kogutulu, mida asjaomasel turul tegutsesid ettevõtjad saavad pärast rikkumist, on 200 miljonit eurot ja kui rikkumise puudumise korral oleks sellise konkurendi turuosa, kelle ees turg suleti, olnud hinnanguliselt 30 %, siis oleks saamata jäänud tulu selle lähenemisviisi kohaselt 60 miljoni eurot.

202. Üldine lähenemisviis konkurentide poolt sellises olukorras saamata jäänud tulu suuruse kindlakstegemisele ei erine põhimõtteliselt konkurentide ees turu sulgemise olukorrast, mille puhul konkurentide senine turupositsioon halveneb, sest ka sellega kaasneb sellise tulu hindamine, mida konkurent, kelle turulepääsu takistati, oleks saanud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Sellist tulu saab seejärel võrrelda tegeliku olukorraga. Turulepääsu takistamise korral on tõenäoline, et konkurent, kelle turulepääsu takistati, ei saanud üldse kasumit või kannatas isegi kahju (nt kui konkurent pidi kandma kulusid, mida ta ei saanud tagasi, sest ei pääsenud turule).
203. Nagu eespool märgitud, võivad konkurendid, kelle ees turg suleti, otsustada nõuda kahjuhüvitist üksnes turule sisenemiseks tehtud kulude eest, mitte saamata jäänud kogutulu eest. See lähenemisviis võib olla saamata jäänud tulu hüvitamise nõudmisest lihtsam, sest tuleb kindlaks teha üksnes hageja kantud pöördumatute kulude suurus.

Meditšiinitehnika juhtum

Newco on ettevõtja, kes püüdis pääseda teatava meditsiiniseadme turule liikmesriigis, kus Medco on turgu valitsevas seisundis. Kasumlikkuse tagamiseks peaks Newco saavutama turul teatava miinimumsuuruse, et saada kasu mastaabisäästust.

Kuna Medco kartis kaotada suure osa oma müügist Newcole, sõlmis ta mitme kliendiga ainuõiguslikud ostukokkulepped, et takistada Newcod kõnealust miinimumsuurust saavutamast. Selle tulemusel ei saanud Newco nende klientide puhul Medco konkureerida ning ei suutnud tulusalt turule siseneda, mis tõi kaasa klientide jaoks kõrgemad keskmised hinnad, kui need oleksid olnud Newco turulepääsu korral. Kuna Medco käitumist käsitati ELi toimimise lepingu artikli 102 rikkumisena, oleks Newcol olnud õigus saada rikkumise tulemusena saamata jäänud tulu eest hüvitist. Selleks et vältida saamata jäänud tulu täieliku analüüsi tegemist, nõudis Newco siiski hüvitist üksnes uue tehase rajamise ja turule sisenemisega seoses juba kantud pöördumatute kulude eest (sealhulgas nt finantskulud ja ostetud sisendmaterjaliga seotud kahju, mida ei ole võimalik korvata).

204. Juhul kui konkurentide turulepääsu takistati, puuduvad asjaomase turu puhul rikkumiseelsete tulude ja kulude andmed, samas kui rikkumisjärgsed andmeid ei saa rikkumise mõju tõttu samuti kasutada ajalise võrdluse alusena. Sellisel juhul saab rikkumise puudumise stsenaariumi luua paremini võrreldava geograafilise või tooteturu alusel, kus tegutseb sama või võrreldav ettevõtja. Asjaomased toote- või geograafilised turud peaksid olema piisavalt sarnased, kuigi teatavaid turgudevahelisi erinevusi on võimalik korrigeerida¹⁶⁰.
205. Vahel võib konkurendi majandustulemuste hindamine olla piisav andmete saamiseks, et hinnata rikkumise puudumise stsenaariumi kohase tulu suurust¹⁶¹.

Oletame eespool esitatud näites kirjeldatud olukorras, et Newco soovib tarnida liikmesriigi kolmele suurimale eraõiguslikule tervisekeskusele röntgeniaparatuuride jaoks uuenduslikku

¹⁶⁰ Seda saab piisava hulga andmete olemasolu korral teha näiteks regressioonianalüüsi abil. Vt eespool punkt 69 jj. Konkurentide tõrjuva tegevuse kohta, mille puhul kiideti põhimõtteliselt heaks erineva geograafilise turu kasutamine võrdlusalusena, vt nt Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid'i (Madridi kaubanduskohus) 11. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. vs. Telefónica de España S.A.), mille Audiencia Provincial de Madrid (Madridi apellatsioonikohus) jättis oma 25. mai 2006. aasta otsusega kohtuasjas nr 73/2006 jõusse.

¹⁶¹ Pakkumistel põhineval turul sellise turuletulija kannatatud kahju suuruse kindlakstegemise kohta, kelle ees turg suleti, vt nt Oberlandesgericht Düsseldorf'i (Düsseldorfi teise astme kohus) 16. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf).

filmi. Oletame, et sellist liiki eraõiguslike tervisekeskuste meditsiiniseadmete turg on tavaliselt pakkumisel põhinev turg. Tänu tehnoloogia arengule saab Newco pakkuda oma tooteid madalama hinnaga kui Medco. Medco, kes on röntgeniaparaatide turul valitsevas seisundis, seob siiski tooted, küsides sellistelt tervisekeskustelt röntgeniaparaatide eest kõrgemat hinda, kes temalt filme ei osta. Selle tagajärjel jääb Newco lepingust ilma. Sellises olukorras tõendas Newco, et ta oli tegelikult suuteline tarnima tervisekeskuste nõutud koguseid pakutud hinnaga, ja esitas üksikasjalikud andmed oma kulude kohta. Kõnealuste andmete alusel ja eeldusel, et Newco oleks valitud hankijaks neil juhtudel, kui ta pakkus madalaimat hinda, saab hinnata eeldatavaid kasumimarginaale, kasutamata selleks ajalist võrdlust või võrdlust muude geograafiliste või tooteturgudega.

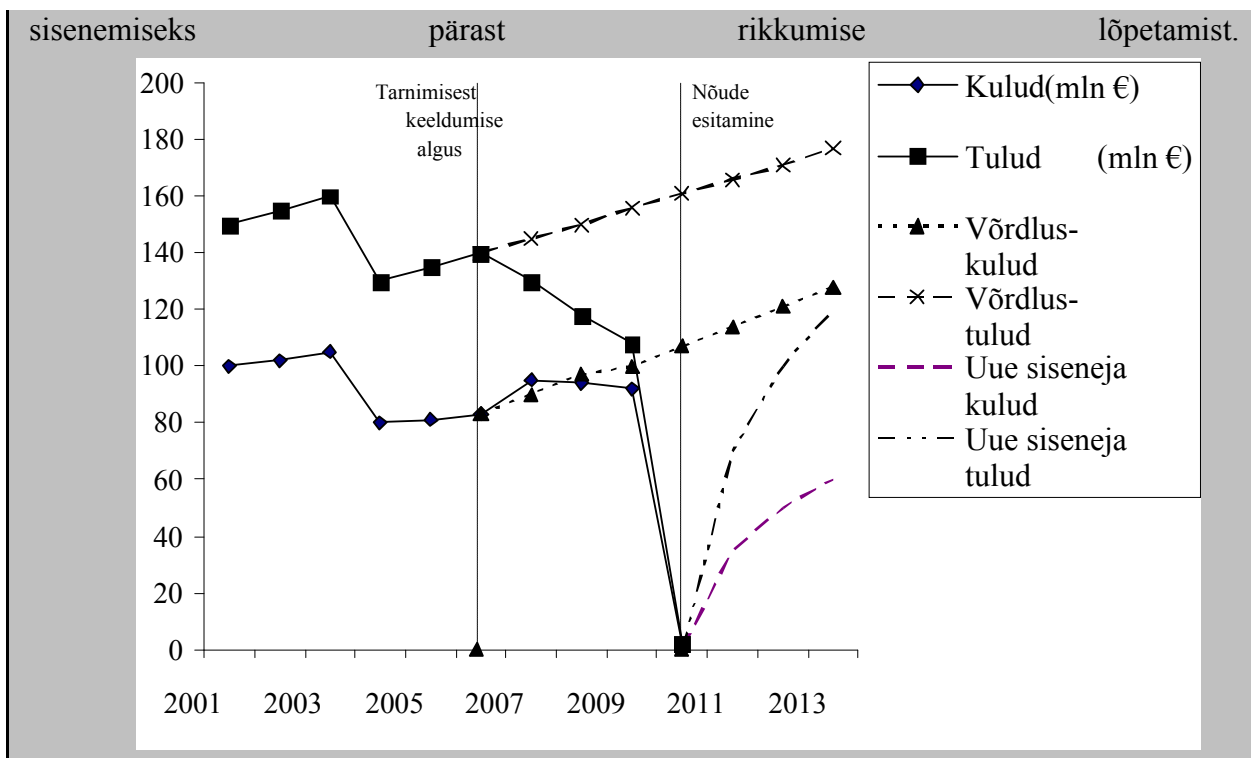
E Tulevase kahju hüvitamine

206. Kui konkurendid, kelle ees turg suleti, nõuavad kahju hüvitamist, võivad nad taotleda nii rikkumise ajavahemikul saamata jäänud tulu hüvitamist kui ka sellise tulu hüvitamist, mis neil jääb saamata pärast rikkumise lõppu¹⁶². See on oluline, eriti kui nad ei saa lõpetatud rikkumise kestva mõju tõttu turule tagasi tulla või ei saa seetõttu oma turuosa täielikult tagasi. Sel juhul küsitakse hüvitist tulevase tulu eest, st tulu eest, mis jääb tõenäoliselt saamata pärast seda, kui kahju hüvitamise nõue on esitatud ja selle kohta kohtuotsus tehtud.
207. Sellise kahju suuruse kindlakstegemisel tekkivad probleemid on seotud nii kohaldatavate meetoditega kui ka ajavahemikuga, mille jooksul saab saamata jäänud tulu kindlaks teha ja hüvitada. Sellega seoses on oluline osa siseriiklikul õigusel, milles sätestatakse näiteks tulevase kahju hüvitamise tingimused või kehtestatakse pragmaatilised eeskirjad selle küsimuse lahendamiseks juhtumipõhiselt¹⁶³.
208. Üheks teguriks, mis mõjutab tõenäoliselt tulevikus saamata jääva tulu eest kahju hüvitamise nõude esitamise tähtaja valikut, võib muu hulgas olla näiteks asjaomasele turule uuesti sisenemiseks tõenäoliselt vajalik aeg. Muudel juhtudel võib see hindamine olla juhtumi asjaoludest olenevalt lihtsam. Näiteks võib eespool toodud röntgeniaparaatide näites olla Newco pakutud lepingute kestus mõistlik ajavahemik, mille jooksul tuleks tulevikus saamata jääv tulu kohaldatavate siseriiklike eeskirjade alusel hüvitada. Muudel juhtudel võiks võtta aluseks ka aja, mille jooksul ettevõtja oleks saanud mõistlikult jätkata uute investeeringute puudumisel kaupade tootmist või teenuste osutamist.

Butanooli näites võib Eusolv nõuda hüvitist ka tulu eest, mida ta oleks saanud pärast 2010. aastat, mil ta turult välja tõrjuti ja kui ta esitas kahju hüvitamise nõude. Sellisel juhul oleks võimalik kasutada sama meetodit, mille abil loodi ajavahemikku 2006-2010 hõlmav rikkumise puudumise stsenaarium, ja pikendada seda stsenaariumi tulevikku. Loomulikult ei saa tulevikus saamata jääva tulu hüvitamist nõuda määramatu ajavahemiku eest. Eusolv otsustas võtta aluseks tõenäolise ajavahemiku, mida Eusolv oleks vajanud turule uuesti

¹⁶² Sellise juhtumi kohta, mille puhul määrati kahjuhüvitis ka rikkumisele järgnenud ajavahemiku eest, vt nt Østre landsrets'i (Ida-Taani ringkonnakohus) 20. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas nr B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s vs. Post Danmark A/S).

¹⁶³ Tulevase kasumi hindamisel on tavaliselt asjakohane diskonteerida selle väärtus, et kajastada raha väärtuse vähenemist ajas.



III KLIENTIDELE TEKITATUD KAHJU SUURUSE KINDLAKSTEGEMINE

209. Ettevõtjatel, kes teevad konkurentsivastast koostööd või kuritarvitavad oma turgu valitsevat seisundit turu sulgemiseks konkurendi ees, võivad seoses rikkumisega tekkida kulud või nad võivad saada ajutiselt vähem tulu. Nad ohverdavad selle, et saavutada konkurentsimoonus, mis asetab rikkujad lõpuks seisundisse, kus nad saavad tänu moonutatud turutingimuste saavutamisele suuremat tulu, võimaldades neil seega oma klientide arvelt tasa teha kõnealuse seisundi saavutamiseks kantud ajutise kahju või tulu vähenemise. Järgmistes jagudes käsitletakse kaht tüüpilist olukorda, milles klientidele tekitatakse konkurentide tõrjuva käitumisega kahju. Kahju suuruse kindlakstegemise eesmärgil võib konkurentide tõrjuva tegevusega klientidele tekitatud kahju olla analoogne hinnatõusu põhjustavate rikkumistega tekitatud kahjuga, mida käsitleti põhjalikumalt praktiliste suuniste 3. osas.

A Tasuvaks muutmine

210. Kõige lihtsam näide konkurentide tõrjuva tegevuse tasuvaks muutmise etapis klientidele tekitatud kahju kohta on turuvallutuslik hind, mille puhul ettevõtja kuritarvitab oma turgu valitsevat seisundit, kehtestades kunstlikult madalad hinnad, millele tema konkurendid ei suuda samaga vastata ja lahkuvad seetõttu lõpuks turult või nende turuosa väheneb. Kui konkurendid on turult välja tõrjutud või kui on saavutatud suurem turuosa, saavad rikkujad tänu väiksematele konkurentsipiirangutele suuremat tulu.

211. Tasuvaks muutmist saab käsitada rikkumise täiendava etapina, mille tulemusel võidakse rikkujate klientidelt küsida ülemäärast hinda. Kõnealune ülemäärane hind kujutab endast konkurentide tõrjuva tegevusega tekitatud kahju ja kliendid saavad selle eest hüvitist taotleda.

Tasuvaks muutmine turuvallutusliku hinnakujunduse juhtumisel

Vaadeldagem näiteks konkreetsel kahe linna vahelisel liinil toimuvate lendude turgu. Kõnealusel turul on turgu valitsevas seisundis Titan Airlines – ettevõtja, kes pakub kvaliteetset pardateenust tavahinnaga 1 000 eurot. Teine sellel spetsiifilisel turul tegutsev ettevõtja on väiksem Bluesky Airlines, kes hakkas hiljuti sama liini teenindama hinnaga 800 eurot.

Titan Airlines läheb üle turuvallutuslikule hinnakujundusele, alandades strateegiliselt oma tavahinna 500 euron. Bluesky Airlines'il on raskusi selle turuvallutusliku hinnaga samal tasemel hinna pakkumisega, mistõttu ei suuda ta enam kasumlikult tegutseda ja ta tõrjutakse lõpuks turult välja. Turgu valitsev Titan Airlines kasutab sel juhul ära konkurentsi vähenemise ja suurendab oma tulu, tõstes hinna tasemele, mis ületab turuvallutuslikule hinnale eelnenud hinda, st ületab tema esialgset 1 000 euro suurust tavahinda. Kui Titan Airlines küsiks kuni konkurendi uuesti turule sisenemiseni 1 100 eurot suurust hinda, maksaksid tema kliendid rikkumise tõttu 100 euro suurust ülemäära hinda.

212. Kui teha kindlaks tasuvaks muutmisest tulenevat ülemäära hinda, ei erine kohaldatav kontseptuaalne raamistik põhimõtteliselt 3. osas seoses otsesemalt hinnatõusu põhjustavate rikkumistega käsitletud raamistikust. Kuna konkurente tõrjuva tegevusega tekitatud kahju ei piirdu rikkuja klientidega, vaid seda kogevad kõik kliendid konkreetsel turul, on ülemäärase hinna raames käsitletud küsimused olulised ka selle stsenaariumi korral.
213. Turupositsioon, mille ettevõtja saavutab konkurente tõrjuva tegevuse tulemusel, ei too alati eeskirju rikkuva ettevõtja klientide jaoks kaasa hinnatõusu. Kliendid võivad siiski ka sellisel juhul saada rikkumise tõttu kahju, näiteks kui selle tagajärjel halveneb kvaliteet. Toodud näite puhul võib juhtuda, et turgu valitsev ettevõtja Titan Airlines taastab sama tavahinna 1 000 eurot, mis ei ületa hinda, mida ta küsis enne Bluesky Airlines'i turult välja tõrjumist. See mõjutab siiski kahjulikult selle konkreetse liini reisijaid, näiteks kui Titan Airlines kasutab väiksemate konkurentsipiirangute tulemusel võimalust alandada oma pardateenuse kvaliteeti.
214. Sellise konkurendi kliendid, kelle ees turg suleti, võivad olla teistsuguses olukorras kui rikkuja kliendid, sest nad peavad hakkama kasutama eeskirju rikkuva ettevõtja tooteid, kuna konkurent on turult välja tõrjutud. Lisaks võimalikule kvaliteedi langusele peavad nad võib-olla maksma rikkuvale ettevõtjale hinda, mis on kõrgem selle ettevõtja müüdud toodete hinnast, kelle ees turg suleti. Kohaldatavatest õigusnormidest olenevalt võib neile anda võimaluse tõendada, et nad oleksid rikkumise puudumise korral ostnud toote madalama hinna eest konkurendilt, kelle ees turg suleti. Sellisel juhul on mõju, mida tuleb kaaluda, põhimõtteliselt sarnane ülemäärase hinnaga. Ülemäära hinda saab arvutada, võrreldes eeskirju rikkuva ettevõtja müüdud toote hinda tegeliku stsenaariumi korral sellise konkurendi küsitud hinnaga, kelle ees turg suleti, rikkumise puudumise stsenaariumi korral.

Näiteks reisijad, kes reisisid Bluesky Airlines'iga enne viimase ees turu sulgemist, peavad võib-olla maksma ülemäära hinda, kui nad on sunnitud Bluesky Airlines'i turult välja tõrjumise tõttu lendama Titan Airlines'iga palju kõrgema hinna eest. Ülemäära hinda saab arvutada kui erinevust Titan Airlines'ile makstud tegeliku 1 000 euro suuruse hinna ja 800 euro suuruse hinna vahel, mida Bluesky Airlines oleks küsinud, kui teda ei oleks turult välja tõrjutud. Sellisel juhul oleks reisijad, kes olid sunnitud hakkama kasutama Bluesky Airlines'i asemel Titan Airlines'i teenuseid, pidanud maksma 200 euro suurust ülemäära hinda.

B Konkurentidele kui rikkujate klientidele tekitatud kahju

215. Kui konkurent on samal ajal rikkuja klient, võib konkurent tõe tegevus kahjustada konkurenti, niivõrd kui ta ostab toodet/teenust rikkujalt. Sellisel juhul saab konkurent, kelle ees turg suleti, nõuda nii rikkumise tõttu tekkinud suuremate kulude hüvitamist kui ka saamata jäänud tulu hüvitamist, sest toodetud või müüdud kogused on väiksemad, kui need oleksid olnud siis, kui rikkumist ei oleks toimunud¹⁶⁴.
216. Võib märkida, et kahju suuruse kindlakstegemise seisukohast on ülemäärast hinda maksvad konkurendid analoogses seisundis kartelli liikmete või muus ülemäärast hinda põhjustavas rikkumises osalevate ettevõtjate klientidega. Selle selgitamiseks võime vaadelda butanooli näidet ja eeldada, et Eusolvile Rawbeta tarnimisest keeldumise asemel otsustab turgu valitsev ettevõtja Worldco tõsta Eusolvilt Rawbeta eest küsitavat hinda, et vähendada tema kasumimarginaale. Sellises olukorras tõusetuvad sarnased kaalutlused nagu muud liiki rikkumistega põhjustatud hinnatõusu korral. Toodud näite puhul nõuaks Eusolv hüvitist ülemäärase hinna eest, mis kujutab endast erinevust konkurentide tõrjuva tegevuse tõttu tema poolt makstud hinna ja sellise hinna vahel, mida ta oleks maksnud, kui rikkumist ei oleks toimunud. Kui ülemäärane hind on edasi suunatud, võivad kahju hüvitamise hagi esitada ka Eusolvi enda kliendid ja Eusolv ise võib nõuda hüvitist hinnatõusu tõttu kaotatud müüginahust eest.

¹⁶⁴

Konkurenti kui rikkuja klienti mõjutava diskrimineeriva hinnapoliitikaga tekitatud kahju hindamise kohta vt nt Hujesteret'i (Taani ülemkohus) 20. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 387/2002 (GT Linien A/S vs. DSB).

Viidatud kohtuasjad

Euroopa Liidu Kohus

Kohtuasi 238/78: Ireks-Arkady GmbH vs. nõukogu ja komisjon (EKL 1979, lk 2955)
Kohtuasi C-271/91: Marshall (EKL 1993, lk I-4367)
Kohtuasi C-308/87: Grifoni II (EKL 1994, lk I-341)
Liidetud kohtuasjad C-104/89 ja C-37/90: Mulder jt vs. nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-203)
Kohtuasi C-453/99: Courage (EKL 2001, lk I-6297)
Kohtuasi C-147/01: Weber's Wine World (EKL 2003, lk I-11365)
Liidetud kohtuasjad C-295/04–298/04: Manfredi (EKL 2006, lk I-6619)
Kohtuasi C-360/09: Pfeleiderer (EKL 2011, lk I-5161).
Kohtuasi C-199/11: Euroopa Ühendus vs. Otis NV jt (EKL 2012, veel avaldamata).

Üldkohus

Kohtuasi T-202/98: Tate & Lyle vs. komisjon (EKL 2001, lk II-2035)
Liidetud kohtuasjad T-25/95 jne: Cimenteries CBR SA vs. komisjon (EKL 2000, lk II-491)

Liikmesriikide kohtud

Corte d'Appello di Milano (Milano apellatsioonikohus) 3. veebruari 2000. aasta otsus kohtuasjas nr I, 308 (Inaz Paghe vs. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro)
Corte d'Appello di Roma (Rooma apellatsioonikohus) 20. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas nr I, 2474 (Albacom S.p.A. vs. Telecom Italia S.p.A.)
Corte d'Appello di Milano (Milano apellatsioonikohus) 11. juuli 2003. aasta otsus (Bluvacanze)
Cour d'Appel de Paris' (Pariisi apellatsioonikohus) 23. juuni 2003. aasta otsus (Lescarcelle-De Memoris vs. OGF)
Landgericht Dortmund'i (Dortmundi esimese astme kohus) 1. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas nr 13 O 55/02 Kart (Vitaminpreise)
Højesteret'i (Taani ülemkohus) 20. aprilli 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 387/2002 (GT Linien A/S vs. DSB).
Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 28. juuni 2005. aasta otsus kohtuasjas nr KRB 2/05 (transporditav betoon)
Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid'i (Madridi kaubanduskohus) 11. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas nr 85/2005 (Conduit-Europe, S.A. vs. Telefónica de España S.A.)
Audiencia Provincial de Madrid'i (Madridi apellatsioonikohus) 25. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas nr 73/2006
Lietuvos apeliacinis teismas'i (Leedu apellatsioonikohus) 26. mai 2006. aasta otsus kohtuasjas nr 2A-41/2006 (Stumbras)
Corte Suprema di Cassazione (Itaalia kõrgem kassatsioonikohus) 2. veebruari 2007. aasta otsus kohtuasjas nr 2305 (Fonditaria SAI SpA vs. Nigriello)
Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 19. juuni 2007. aasta otsus kohtuasjas nr KBR 12/07 (paberi hulgimüügi kartell)
Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz'i (Grazi teise astme tsiviilkohus) 17. augusti 2007. aasta otsus kohtuasjas nr 17 R 91/07 p (autokool)
Oberlandesgericht Düsseldorf'i (Düsseldorfi teise astme kohus) 16. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (Stadtwerke Düsseldorf)
Stockholms tingsrätt'i (Stockholmi esimese astme kohus) 20. novembri 2008. aasta otsus liidetud kohtuasjades T 32799-05 ja T 34227-05 (Europe Investor Direct AB jt vs. VPC Aktiebolag), apellatsioonimenetlus on pooleli
Tribunal Administratif de Paris' (Pariisi halduskohus) 27. märtsi 2009. aasta otsus (SNCF vs. Bouygues).
Østre landsrets'i (Ida-Taani ringkonnakohus) 20. mai 2009. aasta otsus kohtuasjas nr B-3355-06 (Forbruger-Kontakt a-s vs. Post Danmark A/S)
Kammergericht Berlin'i (Berliini kõrgeim piirkondlik kohus) 1. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas nr 2 U 10/03: Kart

Oberlandesgericht Karlsruhe (Karlsruhe teise astme kohus) 11. juuni 2010. aasta otsus kohtuasjas nr 6 U 118/05; edasi kaevatud Saksamaa ülemkohtusse (vt allpool).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Barcelona kaubanduskohus) 20. jaanuari 2011. aasta otsus kohtuasjas nr 45/2010 (Centrica Energica S.L.U. vs. Endesa Distribución Eléctrica S.A.)

Bundesgerichtshof'i (Saksamaa ülemkohus) 28. juuni 2011. aasta otsus kohtuasjas KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal, 28. märtsi 2013. aasta otsus juhtumis nr 1166/5/7/10 (Albion Water Limited vs. Dŵr Cymru Cyfyngedig).