



Bryssel **XXX**
[...] (2013) **XXX** draft

KOMISSION YKSIKÖIDEN VALMISTELUASIAKIRJA

KÄYTÄNNÖN OPAS

**VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN EUROOPAN UNIONIN TOIMINNASTA TEHDYN
SOPIMUKSEN 101 TAI 102 ARTIKLAN RIKKOMISESTA JOHTUVISSA
VAHINGONKORVAUSKANTEISSA**

Oheisasiakirja

KOMISSION TIEDONANTOON

**vahingon määrittämisestä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai
102 artiklan rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa**

SISÄLLYSLUETTELO

1 osa — Asiayhteys ja yleinen lähestymistapa vahingon määrittämiseen kilpailuasioissa	8
I Oikeudellinen yhteys	8
A. Oikeus vahingonkorvaukseen	8
B. Vahingon määrittämistä koskevat kansalliset säännöt ja tämä käytännön opas	8
II Yleinen lähestymistapa vahingon määrittämiseen kilpailuasioissa	11
III Käytännön oppaan rakenne	13
 2 osa – Menetelmät ja tekniikat	 15
I Yleiskatsaus	15
II Vertailuun perustuvat menetelmät	16
A. Menetelmät tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion määrittämiseksi	17
1) Ajallinen vertailu samoilla markkinoilla	17
2) Vertailu muita maantieteellisiä markkinoita koskevien tietojen kanssa	20
3) Vertailu muita tuotemarkkinoita koskevien tietojen kanssa	22
4) Ajallisten ja eri markkinoita koskevien vertailujen yhdistäminen	22
B. Menetelmän soveltaminen käytännössä: tekniikat hinnan tai muun taloudellisen muuttujan arvioimiseksi skenaariossa ilman rikkomista	23
1) Yksinkertaiset tekniikat: yksittäiset havainnot, keskiarvot, interpolointi ja yksinkertaiset korjaukset	24
2) Regressioanalyysi	26
a. Regressioanalyysin käsite ja tarkoitus	26
b. Esimerkkejä	27
c. Regressioanalyysin soveltamista koskevat vaatimukset	31
3) Tekniikan valinta	33
III Simulointimallit, kustannuksiin ja rahoitusanalyysiin perustuva analyysi ja muut menetelmät	35
A. Simulointimallit	35
B. Kustannuksiin perustuvat ja rahoitusanalyysiin perustuvat menetelmät	38
C. Muut menetelmät	41
IV Menetelmien valinta	41
 3 osa – Hinnannousun aiheuttaman vahingon määrittäminen	 43
I Hinnannousuun johtavan kilpailuoikeuden rikkomisen vaikutukset	43
II Ylihinnan määrittäminen	45
A. Kartelleista johtuvan ylihinnan määrittäminen	45

1)	Kartellien vaikutukset	45
2)	Suoran asiakkaan maksama alkuperäinen ylihint.....	47
a.	Ajallinen vertailu.....	48
b.	Muut vertailuun perustuvat menetelmät.....	50
3)	Ylihinnan siirtäminen edelleen	51
B.	Ylihinnan määrittäminen, kun ylihintaa aiheuttaa muunlaisesta kilpailuoikeuden rikkomisesta	54
III	Volymivaikutuksen aiheuttaman vahingon määrittäminen	55
4 OSA – Markkinoilta sulkevien käytäntöjen aiheuttaman vahingon määrittäminen ...		56
I	Markkinoilta sulkevien käytäntöjen vaikutukset	56
II	Kilpailijoille aiheutuneen vahingon määrittäminen	57
A.	Markkinoilta sulkevien käytäntöjen ajallinen ulottuvuus	57
B.	Yleinen lähestymistapa saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen	58
C.	Olemassa olevat kilpailijat	60
1)	Ajallinen vertailu.....	60
2)	Muut vertailuun perustuvat menetelmät.....	64
D.	Kilpailijoiden markkinoille pääsyn estäminen.....	64
E.	Korvaus tulevasta tappiosta.....	66
III	Asiakkaille aiheutuneen vahingon määrittäminen	67
A.	Hyvityksen hankkiminen	67
B.	Kilpailijoille kilpailuoikeuden rikkojien asiakkaina aiheutuva vahinko.....	69
Luettelo mainituista asioista.....		70

KOMISSION YKSIKÖIDEN VALMISTELUASIAKIRJA

KÄYTÄNNÖN OPAS

VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN EUROOPAN UNIONIN TOIMINNASTA TEHDYN SOPIMUKSEN 101 TAI 102 ARTIKLAN RIKKOMISESTA JOHTUVISSA VAHINGONKORVAUSKANTEISSA

Oheisasiakirja

KOMISSION TIEDONANTOON

**vahingon määrittämisestä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai
102 artiklan rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa**

KATSAUS SISÄLTÖÖN

		<i>Kohdat</i>
1 OSA	ASIAYHTEYS JA YLEINEN LÄHESTYMISTAPA VAHINGON MÄÄRITTÄMISEEN KILPAILUASIOISSA	1–25
I	OIKEUDELLINEN YHTEYS	1–10
A.	<i>Oikeus vahingonkorvaukseen</i> EU:n lainsäädännössä säädetty oikeus vahingonkorvaukseen – tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteet [1].	1–2
B.	<i>Vahingon määrittämistä koskevat kansalliset säännöt ja tämä käytännön opas</i> Rikkominen ja syy-yhteys [3]; vahingonkorvausvaatimukset kansallisella ja EU:n tasolla [4]; käytännölliset lähestymistavat kansallisessa lainsäädännössä [5]; ohjeiden tarkoitus [6]; ohjeiden oikeudellinen asema [7–9].	3–10
II	YLEINEN LÄHESTYMISTAPA VAHINGON MÄÄRITTÄMISEEN KILPAILUASIOISSA Käsitteen 'korvausta kärsitystä vahingosta' soveltamisala [11, 20]; skenaario ilman rikkomista [12]; tuomioistuinten saatavilla olevat todisteet [14]; vahingon määrittämisen keskeiset vaiheet [13–15]; vahingon määrittämiseen liittyvät epävarmuustekijät [16–17].	11–20
III	KÄYTÄNNÖN OPPAAN RAKENNE	21–25
2 OSA	MENETELMÄT JA TEKNIIKAT	26–125
I	YLEISKATSAUS Katsaus eri menetelmiin [27]; vertailuun perustuvat menetelmät [27]; muut menetelmät [28].	26–31
II	VERTAILUUN PERUSTUVAT MENETELMÄT Esimerkki vertailuun perustuvasta analyysistä [32]; vertailuun perustuvan menetelmän edut [37].	32–95
A.	<i>Menetelmät tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion määrittämiseksi</i>	38–58

1)	Ajallinen vertailu samoilla markkinoilla Vertailussa käytettävät eri viitearvot [39]; tietojen mukauttaminen [40]; valittavana olevat erilaiset lähestymistavat [43]; rikkomisen päättymisajankohta [44]; oligopolistiset markkinat [45].	38–48
2)	Vertailu muita maantieteellisiä markkinoita koskevien tietojen kanssa Eri maantieteellisten markkinoiden riittävä samankaltaisuus [50]; naapurimarkkinat [53].	49–53
3)	Vertailu muita tuotemarkkinoita koskevien tietojen kanssa	54–55
4)	Ajallisten ja eri markkinoita koskevien vertailujen yhdistäminen ”Ero eroissa” -menetelmä [56]; vahvuudet ja heikkoudet [58].	56–58
B.	<i>Menetelmän soveltaminen käytännössä: tekniikat hinnan tai muun taloudellisen muuttujan arvioimiseksi skenaariossa ilman rikkomista</i> Mahdollisuus käyttää suoraan saatavilla olevia tietoja [60]; tarve mukautuksiin (muut syyt) [61]; valittavana olevat erilaiset lähestymistavat [62].	59–95
1)	Yksinkertaiset tekniikat: yksittäiset havainnot, keskiarvot, interpolointi ja yksinkertaiset korjaukset Saatavilla olevat tiedot [64]; keskiarvojen käyttö [66]; lineaarinen interpolointi [67]; erottavien tekijöiden tunnistaminen [68].	63–68
2)	Regressioanalyysi	69–90
a.	<i>Regressioanalyysin käsite ja tarkoitus</i> Mikä on regressioanalyysi? [69]; regressioanalyysin tyypit [71].	69–72
b.	<i>Esimerkkejä</i> Perusvaiheet regressioanalyysissä [73–76]; regressioanalyysi, jossa on useita muuttujia (monimuuttuja-analyysi) [77]; ennustava lähestymistapa [80].	73–80
c.	<i>Regressioanalyysin soveltamista koskevat vaatimukset</i> Havaintoarvot [81–84]; epävarmuustekijöiden käsittely (tilastollinen merkitsevyys) [87–88]; ”suppea analyysi” [90].	81–90
3)	Tekniikan valinta Vaihtoehtoiset kvantifiointitekniikat ja suhteellisuusnäkökohdat [92–93].	91–95
III	SIMULOINTIMALLIT, KUSTANNUKSIIN JA RAHOITUSANALYYSIIN PERUSTUVA ANALYYSI JA MUUT MENETELMÄT	96–121
A.	<i>Simulointimallit</i> Oligopolististen markkinoiden mallit [98]; simulointimallien käyttö [100]; esimerkki [101–102]; lähestymistavan vahvuudet ja heikkoudet [103–105].	97–105
B.	<i>Kustannuksiin perustuvat ja rahoitusanalyysiin perustuvat menetelmät</i> Peruslähestymistapa [107]; merkityksellisten kustannusten määrittäminen [109]; voittomarginaali [111]; rahoitusanalyysiin perustuva menetelmä [114–118].	106–118
C.	<i>Muut menetelmät</i>	119–121
IV	MENETELMIEN VALINTA	122–125
3 OSA	HINNANNOUSUN AIHEUTTAMAN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN	126–179
I	HINNANNOUSUUN JOHTAVAN KILPAILUOIKEUDEN RIKKOMISEN VAIKUTUKSET Suorat ja välilliset asiakkaat [126]; esimerkkejä rikkomisesta [127]; kaksi vahinkotyyppiä: ’ylihinta’ ja ’volymivaikutus’/’määrävaikutus’ [128].	126–135

II	YLIHINNAN MÄÄRITTÄMINEN	136–174
A.	<i>Kartelleista johtuvan ylihinnan määrittäminen</i>	137–171
1)	Kartellien vaikutukset Kartellin määritelmä [139]; Kartellien kokonaisvaikutusta koskevat empiiriset/taloudelliset tutkimukset [141–145].	139–145
2)	Suoran asiakkaan maksama alkuperäinen ylihinta Käytännön esimerkki kartellien suorille asiakkaille aiheuttamista haitoista [147].	146–160
a.	<i>Ajallinen vertailu</i> Ajallisen vertailun soveltaminen käytännön esimerkissä [149]; rikkomisen jälkeisten hintojen soveltuvuus vertailuun [153].	149–154
b.	<i>Muut vertailuun perustuvat menetelmät</i> Vertailu hintoihin toisilla maantieteellisillä markkinoilla [155]; hinnat toisilla maantieteellisillä markkinoilla [160].	155–160
3)	Ylihinnan siirtäminen edelleen Ylihinnan siirtäminen ja myynnin vähentyminen/volyymivaikutus [162]; ylihinnan siirtoon vetoava puolustus ja välillisten asiakkaiden toimet kilpailuoikeuden rikkojaa vastaan [164]; lähestymistavat, joita kantajat ja vastaajat voivat käyttää väitteidensä tueksi [166]; markkinoiden ominaispiirteet, jotka voivat vaikuttaa siirtymisasteeseen [167].	161–171
B.	<i>Ylihinnan määrittäminen, kun ylihinta aiheutuu muunlaisesta kilpailuoikeuden rikkomisesta</i>	172–174
III	VOLYYMIVAIKUTUKSEN AIHEUTTAMAN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN	175–179
4 OSA	MARKKINOILTA SULKEVIEN KÄYTÄNTÖJEN AIHEUTTAMAN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN	180–216
I	MARKKINOILTA SULKEVIEN KÄYTÄNTÖJEN VAIKUTUKSET Kilpailijoiden sulkeminen markkinoilta: markkinoiden sulkeminen [180]; markkinoilta sulkevien käytäntöjen vaikutukset [181–182].	180–183
II	KILPAILIJOILLE AIHEUTUNEEN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN	184–208
A.	<i>Markkinoilta sulkevien käytäntöjen ajallinen ulottuvuus</i>	185–187
B.	<i>Yleinen lähestymistapa saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen</i> Vaihtoehtoisen skenaarion luominen [188]; saamatta jääneiden voittojen laskeminen [189–190]; Mahdollisuus nostaa kanne, joka koskee ainoastaan osaa aiheutuneesta vahingosta [191].	188–193
C.	<i>Olemassa olevat kilpailijat</i>	194–199
1)	Ajallinen vertailu Esimerkki [195–196]; markkinaosuuksien käyttö [197].	195–198
2)	Muut vertailuun perustuvat menetelmät	199
D.	<i>Kilpailijan markkinoille pääsyn estäminen</i> Erityiset ongelmat [200]; esimerkki [202–204].	200–205
E.	<i>Korvaus tulevasta tappiosta</i>	206–208
III	ASIAKKAILLE AIHEUTUNEEN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN	209–216

A.	<i>Hyvityksen hankkiminen</i> Esimerkki saalistushinnoittelusta [210–212]; esimerkki markkinoilta suljetusta yrityksestä [213].	210–214
B.	<i>Kilpailijoille kilpailuoikeuden rikkojen asiakkaina aiheutuva vahinko</i>	215–216

ESIMERKKITAPAUKSIA

Jauhokartelli [32], [147]

Kieltäytyminen toimittamasta kaupallisten liuotinaineiden valmistuksessa välttämätöntä tuotantopanosta [194], [195], [196], [208]

Lääkinnällisiä laitteita koskeva tapaus [203], [205]

Hyvityksen hankkiminen saalistushinnoittelun tapauksessa [211], [214]

1 osa — Asiayhteys ja yleinen lähestymistapa vahingon määrittämiseen kilpailuasioissa

I OIKEUDELLINEN YHTEYS

A. Oikeus vahingonkorvaukseen

1. Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT-sopimus) 101 tai 102 artiklan rikkomisesta vahinkoa kärsineillä on oikeus saada korvaus kärsimästään vahingosta. Unionin tuomioistuin on todennut, että tämä oikeus on taattu EU:n primaarilainsäädännössä.¹ Korvauksella vahingonkärsijälle palautetaan sama asema kuin sillä olisi ollut ilman rikkomista. Sen vuoksi korvaukseen ei sisälly pelkästään todellisen vahingon (*damnum emergens*) vaan myös saamatta jääneen voiton (*lucrum cessans*) korvaaminen ja lisäksi korkojen maksaminen.² Todellinen vahinko tarkoittaa varallisuuden vähentymistä; saamatta jäänyt voitto tarkoittaa sitä, että varallisuus ei lisääntynyt siinä määrin kuin se olisi lisääntynyt ilman rikkomista.³
2. Vahingonkorvauskanteet tuomitaan yleensä kansallisissa tuomioistuimissa.⁴ Koska asiaa koskevia EU:n sääntöjä ei ole, on kunkin jäsenvaltion sisäisessä oikeusjärestyksessä vahvistettava yksityiskohtaiset säännöt, jotka koskevat tämän EU:n oikeudessa taatun vahingonkorvausoikeuden käyttöä. Tällaiset säännöt eivät kuitenkaan saa johtaa siihen, että EU:n oikeudessa vahvistettujen oikeuksien käyttäminen on käytännössä mahdotonta tai suhteettoman vaikeaa (tehokkuusperiaate), eivätkä ne saa olla epäedullisempia kuin ne säännöt, jotka koskevat samankaltaisten jäsenvaltion sisäiseen oikeuteen perustuvien oikeuksien rikkomisesta johtuvia vahingonkorvauskanteita (vastaavuusperiaate).⁵

B. Vahingon määrittämistä koskevat kansalliset säännöt ja tämä käytännön opas

3. Kun SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta aiheutuneesta vahingosta haetaan korvausta, kansallisten tuomioistuinten on määritettävä, aiheutuiko kantajalle vahinkoa rikkomisen vuoksi, ja jos aiheutui, kantajalle myönnettävän

¹ Asia C-453/99, *Courage*, tuomio 20.9.2001, Kok., s. I-6297, 26 kohta; yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, *Manfredi*, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 60 kohta; asia C-360/09, *Pfleiderer*, tuomio 14.6.2011, Kok. s., I-5161, 36 kohta; ja asia C-199/11, *Euroopan yhteisö v. Otis NV* ynnä muut, tuomio 6.11.2012, ei vielä julkaistu. Nämä asiat koskevat SEUT-sopimuksen 101 artiklaa (entinen EY:n perustamissopimuksen 81 artikla). Samat periaatteet pätevät kuitenkin myös SEUT-sopimuksen 102 artiklaan (entinen EY:n perustamissopimuksen 82 artikla) – asia C-360/09, *Pfleiderer*, tuomio 14.6.2011, Kok. s., I-5161, 36 kohta.

² Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, *Manfredi*, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 95 kohta.

³ Julkisasiamies Capotortin ratkaisuehdotus asiassa 238/78, *Ireks-Arkady GmbH v. neuvosto ja komissio*, 12.9.1979, Kok., s. 2955, 9 kohta.

⁴ Kansallisen tuomioistuimen kansainvälinen toimivalta määräytyy usein tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 22 päivänä joulukuuta 2000 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 44/2001 perusteella (EYVL L 12, 16.1.2001, s. 1). Tämä asetus on hiljattain korvattu tuomioistuimen toimivallasta sekä tuomioiden tunnustamisesta ja täytäntöönpanosta siviili- ja kauppaoikeuden alalla 12 päivänä joulukuuta 2012 annetulla asetuksella (EY) N:o 1215/2012 (EUVL L 351, 20.12.2012), joka tulee suurimmalta osaltaan voimaan 10 päivänä tammikuuta 2015. Se, mitä aineellista oikeutta sovelletaan yksittäisessä asiassa, määritetään usein EU:n asetuksissa, erityisesti sopimukseen perustumattomiin velvoitteisiin sovellettavasta laista annetun asetuksen (EY) N:o 864/2007 6 artiklassa (EUVL L 199, 31.7.2007, s. 40). Sovellettavat menettelysäännöt ovat tavallisesti ne säännöt, jotka ovat voimassa siinä valtiossa, jossa kanteen käsittelevä tuomioistuin sijaitsee (*lex fori*). Vahingonkorvauskanteesta voivat tehdä päätöksen myös välimiesoikeudet ja EU:n ulkopuolisten maiden tuomioistuimet.

⁵ Asia C-453/99, *Courage*, tuomio 20.9.2001, Kok., s. I-6297, 29 kohta; yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, *Manfredi*, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 62 kohta.

vahingonkorvauksen suuruus.⁶ Tämä tehtävä – vahinkojen suuruuden arviointi ja todistaminen – on usein vaikea.⁷ Yleensä tämä määräitys on tehtävä vasta kun kansallinen tuomioistuin on todennut vahingonkorvauskanteen täyttävän muut lakisääteiset vaatimukset, erityisesti todennut rikkomisen ja että kyseinen rikkominen on syy kantajalle aiheutuneeseen vahinkoon.⁸

4. Oikeudellinen kehys, jonka puitteissa tuomioistuimet määrittävät vahingon, määräytyy EU:n ja kansallisen lainsäädännön perusteella, mukaan luettuina säännöt, jotka koskevat seuraavia seikkoja:
- korvattavat vahingot ja vahingonkorvauskanteisiin sovellettavat yleiset korvausvastuuta koskevat säännöt;
 - sellaiset vaatimukset kuin syy-yhteys tai läheisyys, jotka yhdistävät lainvastaisen teon ja vahingon. Unionin tuomioistuin on täsmentänyt tältä osin, että koska EU ei ole antanut tätä asiaa koskevia säännöksiä, kansallisessa lainsäädännössä on annettava käsitteen ”syy-yhteys” soveltamissäännöt, edellyttäen kuitenkin, että vastaavuusperiaatetta ja tehokkuusperiaatetta noudatetaan;⁹
 - menettelysäännöt, joiden mukaan vahingonkorvauskanteista tehdään päätös. Kansallisissa säännöissä määrätään tavallisesti todistustaakan jakautumisesta ja osapuolten velvollisuuksista toimittaa tietoja tuomioistuimelle;¹⁰
 - asianmukainen näyttökynnys, joka voi vaihdella menettelyn eri vaiheissa ja voi myös olla erilainen riippuen siitä, onko kyse vahingonkorvausvastuusta vai korvausten suuruudesta;
 - tuomioistuinten valtuudet määrittää aiheutunut vahinko likimääräisten parhaiden arvioiden tai kohtuullisuuden perusteella; sekä
 - todisteiden (erityisesti asiantuntijatodisteiden) hyväksyttävyys ja rooli siviilioikeudenkäynnissä ja niiden arviointi.
5. Lainsäädäntökehyksensä rajoissa lainsäätäjät ja tuomioistuimet ovat usein soveltaneet käytännöllisiä lähestymistapoja myönnettävien vahingonkorvausten määrittämisessä esimerkiksi luomalla olettamuksia. Todistustaakka voi siirtyä, esimerkiksi kun osapuoli on toimittanut tietyn määrän tosiseikkoja ja todisteita. Jäsenvaltioiden lainsäädännöissä voidaan myös säätää, että kilpailuoikeutta rikkovien yritysten lainvastaisesti saama voitto vaikuttaa – suoraan tai välillisesti – vahingonkärsijöiden kärsimän vahingon arvioimiseen.¹¹
6. Tämän käytännön oppaan tarkoituksena on asettaa tuomioistuinten ja vahingonkorvauskanteiden osapuolten käyttöön taloudellisia seikkoja ja käytäntöjä

⁶ Tässä käytännön oppaassa käsitellään ainoastaan vahingon arviointia tapauksissa, joissa vaaditaan taloudellista (rahallista) korvausta. Tässä oppaassa ei erityisesti käsitellä korvauksen määrittämistä muissa siviilioikeudellisissa muutoksenhakukeinoissa, mutta esitetyistä näkemyksistä voi olla hyötyä myös määritettäessä tällaista korvausta, erityisesti kun on kyse ennalleensaattamiskanteista.

⁷ Ks. jäljempänä II luvun 11 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

⁸ Asetuksen (EY) N:o 1/2003 16 artikla. Tässä asiakirjassa ei erityisesti käsitellä sitä, rikkooko tietty käytäntö Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 101 tai 102 artiklaa.

⁹ Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 61 ja 64 kohta; asia C-453/99, Courage, tuomio 20.9.2001, Kok., s. I-6297, 29 kohta.

¹⁰ Esimerkin taakan jakautumisesta kilpailuasioissa tarjoaa Berliinin ylioikeuden (*Kammergericht Berlin*) 1. lokakuuta 2009 asiassa N:o 2 U 10/03 Kart (*Vitaminpreise*) tekemä päätös.

¹¹ Ks. jäljempänä 3 osassa oleva 146 kohta.

koskevia näkemyksiä, joista voi olla hyötyä sovellettaessa kansallisia sääntöjä ja käytäntöjä. Tätä tarkoitusta varten käytännön oppaassa esitetään pääpiirteittäin näkemyksiä, jotka koskevat perussopimuksessa kiellettyjen kilpailunvastaisten menettelytapojen aiheuttamaa vahinkoa, ja annetaan tietoja pääasiallisista menetelmistä ja tekniikoista, joita on käytettävissä tällaisen vahingon määrittämiseksi.¹² Tällainen ohjeistus saattaa auttaa kantajaa toimittamaan tuomioistuimelle tietoja vaaditun vahingonkorvauksen suuruudesta ja vastaajaa puolustautumaan kantajan väitteitä vastaan. Ohjeet voivat myös auttaa osapuolia pääsemään sovitteluratkaisuun kiistoissaan joko oikeudenkäyntimenettelyjen tai vaihtoehtoisten riitojenratkaisumenetelmien puitteissa tai niiden ulkopuolella.

7. Tämä käytännön opas on luonteeltaan puhtaasti informatiivinen, se ei sido kansallisia tuomioistuimia eikä muuta oikeussääntöä, joita jäsenvaltioissa sovelletaan SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta johtuviin vahingonkorvauskanteisiin.¹³
8. Tässä käytännön oppaassa kuvailtujen menetelmien ja tekniikkojen soveltuminen käytettäviksi tietyssä asiassa riippuu kansallisesta lainsäädännöstä, jota sovelletaan edellä mainittujen EU:n oikeuden sisältämien tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteiden mukaisesti. Tässä yhteydessä merkityksellisiä seikkoja ovat muun muassa seuraavat:
 - täyttääkö tietty menetelmä tai tekniikka kansallisessa lainsäädännössä asetetut vaatimukset;
 - onko todistustaakan kantavan osapuolen käytettävissä riittävästi tietoja menetelmän tai tekniikan soveltamiseksi; ja
 - ovatko aiheutuvat rasitteet ja kustannukset oikeassa suhteessa kyseessä olevan korvausvaatimuksen arvoon.

Kohtuuttomia vaikeuksia käyttää EU:n oikeudessa taattua oikeutta vahingonkorvauksiin ja siten tehokkuusperiaatteeseen liittyviä huolenaiheita voisi syntyä esimerkiksi seurauksena suhteettomista kustannuksista tai kärsityn vahingon määrittämisen varmuutta ja tarkkuutta koskevista liian tiukoista vaatimuksista.¹⁴

9. Tässä käytännön oppaassa ei ole mitään sellaista, jonka voitaisiin katsoa estävän käytännöllisempien lähestymistapojen käytön taikka nostavan tai laskevan näyttökynnystä tai sitä yksityiskohtaisuuden tasoa, jota osapuolten toimittamilta tiedoilta edellytetään jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä. Voi hyvinkin riittää, että osapuolet toimittavat vahinkojen suuruudesta tosiseikkoja ja todisteita, jotka ovat vähemmän yksityiskohtaisia kuin tässä käytännön oppaassa käsitellyt menetelmät ja tekniikat.
10. On myös syytä huomata, että kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvaa vahinkoa koskevat taloudelliset näkemykset ja tällaisen vahingon määrittämismenetelmät voivat muuttua ajan myötä seurauksena teoreettisesta ja empiirisestä tutkimuksesta ja alan oikeuskäytännöstä. Tämän vuoksi tätä asiakirjaa ei voida pitää tyhjéntävänä.

¹² Tämän käytännön oppaan laatimisessa komissiolle on ollut apua tilaamistaan eri tutkimuksista ja ulkopuolisilta asiantuntijoilta saaduista huomautuksista; ks. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Se ei myöskään vaikuta oikeuksiin ja velvollisuuksiin, joita jäsenvaltioilla ja luonnollisilla tai oikeushenkilöillä on EU:n oikeuden mukaan.

¹⁴ Ks. myös jäljempänä 16 ja 17 kohta.

II YLEINEN LÄHESTYMISTAPA VAHINGON MÄÄRITTÄMISEEN KILPAILUASIOISSA

11. Kärsityn vahingon korvaamisella pyritään asettamaan vahingonkärsijä asemaan, jossa se olisi ollut, jos SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomista ei olisi tapahtunut. Sen vuoksi vahingonkärsijän todellista asemaa on verrattava siihen asemaan, jossa osapuoli olisi ollut ilman rikkomista. Tätä arviointia kutsutaan joskus englanniksi ”but-for” -analyysiksi.
12. Määritettäessä vahingonkorvauksen suuruutta kilpailuasioissa keskeisenä seikkana onkin määrittää, mitä olisi todennäköisesti tapahtunut ilman rikkomista. Tästä hypoteettisesta tilanteesta ei voida tehdä suoraan havaintoja, ja sen vuoksi on tarpeen tehdä jonkinlainen arvio, jotta saataisiin viiteskenaario, johon todellista tilannetta voidaan verrata. Tätä viiteskenaariota kutsutaan ”skenaarioksi ilman rikkomista” tai ”kontrafaktuaaliseksi skenaarioksi” (englanniksi ”*counterfactual scenario*”).
13. Lähtökohtana määritettäessä tietyssä tapauksessa sitä, onko rikkominen tosiasiaassa aiheuttanut kantajalle vahinkoa, ja jos on, kuinka suuresta vahingosta on kyse, ovat käsiteltävänä olevan tapauksen erityispiirteet ja tuomioistuimen käytettävissä olevat todisteet (myös kilpailuviranomaisten päätökset). Kyseessä oleva konkreettinen (väitetty) rikkominen ja se, miten se voisi vaikuttaa tietyillä markkinoilla, ovat aina lähtökohtana määritettäessä kyseisen rikkomisen aiheuttaman vahingon suuruutta.
14. Kansalliset tuomioistuimet voivat tietyssä tapauksessa käyttää vahingon määrittämiseen liittyviä suoria todisteita, kuten rikkomiseen syyllistyneen yrityksen tuottamia asiakirjoja, jotka koskevat sovittuja hinnankorotuksia ja niiden täytäntöönpanoa tai yrityksen markkina-aseman kehityksen arviointia. Myös todistajien antamia suullisia todisteita voidaan käyttää. Tällaisten todisteiden saatavuudella voi olla suuri merkitys tuomioistuimen päättäessä, mitä muita jäljempänä kuvailluista menetelmistä ja tekniikoista osapuoli voi käyttää täyttääkseen sovellettavan oikeuden mukaisen näyttökynnyksen.
15. Kantajan ilmoittamasta vahinkotyyppistä riippuu, millaisia taloudellisia muuttujia (kuten hinnat, myyntimäärät, voitot, kustannukset tai markkinaosuudet) on otettava huomioon. Esimerkiksi kartellirytysten asiakkaiden hintojen nousemiseen johtavassa kartellissa asiakkaiden todella maksaman hinnan vertailukohdaksi on arvioitava, mikä hinta olisi ollut ilman rikkomista. Kun on kyse kilpailijoiden sulkemiseen markkinoilta johtavasta määräävän aseman väärinkäytöstä, kyseisiltä kilpailijoilta saamatta jäänyt voitto voidaan mitata vertaamalla niiden todellista liikevaihtoa ja voittomarginaaleja siihen liikevaihtoon ja niihin voittomarginaaleihin, jotka olisivat olleet todennäköisiä ilman rikkomista.
16. On mahdotonta tietää varmuudella, kuinka markkinat olisivat tarkalleen kehittyneet ilman SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomista. Hinnat, myyntimäärät ja voittomarginaalit riippuvat useista tekijöistä, eikä markkinaosapuolten välistä monimutkaista, usein strategista vuorovaikutusta ole helppo arvioida. Tilannetta ilman kilpailuoikeuden rikkomista kuvaavan hypoteettisen skenaarion estimointi riippuu näin ollen useista olettamuksista.¹⁵ Käytännössä se, ettei tietoa ole saatavilla tai ettei niihin pääse käsiksi, pahentaa usein tätä luontaista rajoitusta.

¹⁵ Unionin tuomioistuin on tunnustanut tällaisen hypoteettisen tilanteen arvioinnin rajat ja seuraukset (asiassa, joka koskee menetetyn voiton suuruuden määrittämistä Euroopan yhteisöä vastaan nostetussa vahingonkorvauskanteessa maatalouden alalla): ”menetettyä voittoa ei saada selville pelkästään matemaattisen laskutoimituksen avulla, vaan monitahoisten taloudellisten tietojen arvioinnin ja tarkastelun perusteella. Yhteisöjen tuomioistuinta on siten pyydetty arvioimaan taloudellista toimintaa,

17. Näistä syistä vahingon määrittämiseen kilpailuasioissa liittyy luonnostaan merkittäviä rajoituksia odotettavissa olevan varmuuden ja tarkkuuden osalta. Kärsitylle vahingolle ei voi olla yhtä ainoaa ”oikeaa” arvoa, joka voitaisiin määrittää, vaan ainoastaan parhaita arvioita, jotka perustuvat olettamuksiin ja likiarvoihin¹⁶. Sovellettavissa kansallisissa oikeussäännöissä ja niiden tulkinnassa olisi otettava huomioon nämä luontaiset rajoitukset määritettäessä vahinkoa SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa EU:n oikeuden tehokkuusperiaatteen mukaisesti, jotta ei tehdä käytännössä mahdottomaksi tai suhteettoman vaikeaksi käyttää perussopimuksessa taattua oikeutta vahingonkorvauksiin.
18. Tässä käytännön oppaassa esitellään pääpiirteittäin useita menetelmiä ja tekniikoita, joita on kehitetty taloustieteessä ja oikeuskäytännössä soveltuvan viiteskenaarion määrittämiseksi ja kiinnostavan taloudellisen muuttujan (esim. hintakartellissa todennäköinen hinta, joka tuotteesta olisi peritty ilman rikkomista) arvon estimoimiseksi.¹⁷ Menetelmät ja tekniikat perustuvat erilaisiin lähestymistapoihin, ja niiden välillä on eroja sen suhteen, mihin olettamuksiin ne perustuvat ja millaisia ja kuinka tarkkoja tietoja niissä tarvitaan. Eroja on myös siinä, missä määrin niissä otetaan rikkomisen lisäksi huomioon muut tekijät, jotka ovat voineet vaikuttaa kantajan tilanteeseen. Tämän seurauksena näiden menetelmien ja tekniikoiden soveltaminen voi olla enemmän tai vähemmän vaikeaa, aikaa vievää ja kallista.
19. Kun relevantille taloudelliselle muuttujalle (kuten hinnat, voittomarginaalit tai myyntimäärät) on estimoitu arvo hypoteettisessa skenaariossa ilman rikkomista, sitä on verrattava todellisiin olosuhteisiin (esim. vahinkoa kärsineen osapuolen todellisuudessa maksama hinta) SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta johtuvan vahingon suuruuden määrittämiseksi.
20. Korkojen lisäämistä on myös harkittava. Korkojen määrittäminen on erottamaton osa korvausta. Kuten unionin tuomioistuin on korostanut, kärsityn vahingon täysimääräisessä korvaamisessa on otettava huomioon kielteiset vaikutukset, joita on aiheutunut ajan kulumisesta siitä ajankohdasta, jolloin rikkomisesta johtuva vahinko tapahtui.¹⁸ Tällaisia vaikutuksia ovat rahan arvon aleneminen¹⁹ ja se, ettei pääoma ollut vahinkoa kärsineen osapuolen käytettävissä.²⁰ Kansallisessa lainsäädännössä

joka on suurelta osalta luonteeltaan hypoteettista. Sillä on siten kansallisen tuomioistuimen tavoin käytössään suuri harkintavalta käytettävien tilastolukujen ja tilastotietojen suhteen ja ennen kaikkea sen osalta, miten niitä käytetään vahingon määrän laskemisessa ja arvioimisessa.”, ks. yhdistetyt asiat C-104/89 ja C-37/90, Mulder ynnä muut v. neuvosto ja komissio, tuomio 27.1.2000, Kok., s. I-203, 79 kohta.

¹⁶ Esimerkki tapauksesta, jossa kansallinen tuomioistuin rekonstruoi kontrafaktuaalisen tilanteen, ja perustana olevista olettamista johtuvista ongelmista on muun muassa *Competition Appeal Tribunalin* 28. maaliskuuta 2013 asiassa N:o 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v. Dŵr Cymru Cyfyngedig*) tekemä päätös.

¹⁷ Ks. jäljempänä 2 osa.

¹⁸ Asia C-271/91, Marshall, tuomio 2.8.1993, Kok., s. I-4367, 31 kohta; yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 97 kohta; Euroopan komission valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista (KOM(2008) 165, 2.5 jakso), ja siihen liittyvä komission yksiköiden valmisteluasiakirja (SEC(2008) 404, 187 kohta).

¹⁹ Asia C-308/87, Grifoni II, tuomio 3.2.1994, Kok., s. I-341, 40 kohta; julkisasiamies Tesauron ratkaisuehdotus asiassa C-308/87, Grifoni II, 16.9.1993, Kok. 1994, s. I-341, 25 kohta; yhdistetyt asiat C-104/89 ja C-37/90, Mulder ynnä muut v. neuvosto ja komissio, tuomio 27.1.2000, Kok., s. I-203, 51 kohta. Ostovoiman menettämisen osalta ks. yhdistetyt asiat T-17/89, T-21/89 ja T-25/89, Brazzelli Lualdi, tuomio 26.2.1992, Kok., s. II-293, 40 kohta.

²⁰ Julkisasiamies Saggion ratkaisuehdotus yhdistetyissä asioissa C-104/89 ja C-37/90, Mulder ynnä muut v. neuvosto ja komissio, 10.12.1998, Kok. 2000, s. I-203, 105 kohta.

voidaan huomioida nämä vaikutukset lakisääteisen koron tai muunlaisen koron muodossa, kunhan nämä korot noudattavat edellä mainittuja tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita.

III KÄYTÄNNÖN OPPAAN RAKENNE

21. Vahingonkorvauskanne perustuu siihen, että SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkominen on vaikuttanut haitallisesti kantajan tilanteeseen. Yleisesti ottaen voidaan erottaa kaksi tällaisilla rikkomisilla olevien haitallisten vaikutusten luokkaa:
- a) Kilpailuoikeuden rikkominen voi johtaa rikkomiseen syyllistyneiden yritysten suorien asiakkaiden maksamien hintojen nousemiseen.²¹ Esimerkiksi SEUT-sopimuksen 101 artiklassa tarkoitetut kartellit, kuten hintojen vahvistaminen, markkinoiden jakaminen tai tuotannon rajoittaminen, aiheuttavat tällaisen vaikutuksen. Myös SEUT-sopimuksen 102 artiklassa tarkoitetulla määräävän aseman väärinkäytöllä voi olla sama vaikutus.

Korkeammat hinnat merkitsevät sitä, että rikkomisen vaikutusalaan kuuluvaa tuotetta tai palvelua²² ostavat asiakkaat maksavat ylihintaa. Lisäksi hintojen nouseminen voi johtaa myös kysynnän vähenemiseen ja pienentää niiden asiakkaiden voittoja, jotka käyttävät tuotetta omassa liiketoiminnassaan.²³
 - b) Yritykset voivat rikkoa SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklaa myös laittomilla käytännöillä, joilla suljetaan kilpailijat markkinoilta tai pienennetään niiden markkinaosuutta.²⁴ Tavallisia esimerkkejä tästä ovat määräävän aseman väärinkäyttö hintaruuvien avulla, saalistushinnoittelu tai sitominen ja tietyt kilpailuoikeutta rikkovat vertikaaliset yksinoikeussopimukset toimittajien ja jakelijoiden välillä.²⁵ Tällaisilla käytännöillä on merkittävä vaikutus kilpailijoihin, joille aiheutuu vahinkoa siitä, että ne menettävät liiketoimintamahdollisuuksia ja voittoja kyseisillä markkinoilla. Kun kilpailijoiden sulkeminen markkinoilta onnistuu ja kilpailupaine markkinoilla vähenee, vahinkoa aiheutuu myös asiakkaille, tavallisesti hintojen nousemisen kautta.
22. SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan rikkomisella voi olla myös muita haitallisia vaikutuksia, esimerkiksi tuotelaatuun ja innovointiin. Käytännön oppaassa keskitytään 21 kohdassa kuvailtuihin kahteen pääasialliseen vahinkoluokkaan ja vahingonkärsijöiden luokkiin²⁶. Käytännön oppaassa kuvaillut menetelmät ja tekniikat voivat kuitenkin soveltua myös sellaisiin vahingonkorvauskanteisiin, joissa on kyse muunlaisesta vahingosta ja muista vahingonkärsijöistä.
23. Käytännön oppaan 3 osassa käsitellään erityisesti 21 kohdan a alakohdassa tarkoitetun kaltaisen vahingon määrittämistä. Siinä kuvaillaan myös rikkomisesta

²¹ Silloin kun kilpailuoikeuden rikkominen vaikuttaa rikkojayritysten ostotoimintaan, vaikutuksena on vastaavasti kyseisten yritysten toimittajilleen maksamien ostohintojen pienentyminen. Ks. 3 osan 1 luvussa oleva 134 kohta.

²² Yksinkertaisuuden vuoksi jäljempänä puhutaan ainoastaan rikkomisen vaikutusalaan kuuluvista tuotteista, jolla kuitenkin tarkoitetaan myös vaikutusalaan kuuluvia palveluja.

²³ Ks. 3 osan I luvussa oleva 128 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

²⁴ Asia C-209/10, Post Danmark, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, 22, 23 ja 24 kohta.

²⁵ Vertikaaliset sopimukset ovat jakeluketjun eri portilla toimivien yritysten välisiä sopimuksia.

²⁶ Käytännön oppaassa ei erityisesti käsitellä muiden henkilöiden kuin 21 kohdan a ja b alakohdassa kuvailtujen henkilöiden tilannetta, vaikka ylihintaan tai kilpailijoiden sulkemiseen markkinoilta johtavasta rikkomisesta voi aiheutua vahinkoa myös muille henkilöille (kuten rikkojien tavarantoimittajille tai rikkojien lainkuuliaisille kilpailijoille); ks. myös alaviite 107.

johtuvien hinnankorotusten perusvaikutuksia markkinoilla ja havainnollistetaan sitä, kuinka tällainen vahinko (erityisesti ylihinnan maksamisesta aiheutunut vahinko ja kysynnän vähenemiseen yhteydessä oleva vahinko) voidaan määrittää.

24. Käytännön oppaan 4 osassa käsitellään erityisesti 21 kohdan b alakohdassa tarkoitetun kaltaisen vahingon määrittämistä. Siinä kuvaillaan myös kilpailijoiden markkinoilta sulkemisella olevia mahdollisia vaikutuksia ja havainnollistetaan esimerkein, kuinka tällainen vahinko (markkinoilta suljetun kilpailijan menettämä voitto ja asiakkaille aiheutunut vahinko) voidaan määrittää.
25. Pääasialliset menetelmät ja tekniikat, joita on käytettävissä SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan rikkomisesta johtuvan vahingon määrittämiseksi, ovat samat kaikenlaisten rikkomisesta aiheutuneiden vahinkojen tapauksessa. Sen vuoksi käytännön oppaan 2 osassa luodaan yleinen katsaus näihin menetelmiin ja tekniikoihin ja annetaan tietoja perusolettamuksista, joihin nämä menetelmät perustuvat, ja selitetään niiden käytännön soveltamista.

2 osa – Menetelmät ja tekniikat

I YLEISKATSAUS

26. On olemassa erilaisia menetelmiä, joiden avulla voidaan muodostaa skenaario ilman rikkomista vahingon määrittämiseksi kilpailuasioita koskevissa vahingonkorvauskanteissa.
27. Osapuolten ja tuomioistuinten eniten käyttämissä menetelmissä arvioidaan, mitä olisi tapahtunut ilman rikkomista, tarkastelemalla ajanjaksoja ennen rikkomista tai sen jälkeen taikka muita markkinoita, joihin rikkominen ei ole vaikuttanut. Tällaisissa vertailuun perustuvissa menetelmissä vaikutusalan ulkopuolista ajanjaksoa tai ulkopuolisia markkinoita koskevien tietojen (hintojen, myyntimäärien, voittomarginaalien tai muiden taloudellisten muuttujien) katsotaan osoittavan hypoteettisen skenaarion ilman rikkomista. Näiden menetelmien täydentämiseksi käytetään toisinaan ekonometrisiä tekniikkoja, joissa yhdistetään talousteoria ja tilastolliset tai kvantitatiiviset menetelmät muuttujien välisten taloudellisten suhteiden määrittämiseksi ja mittaamiseksi. Erilaisia vertailuun perustuvia menetelmiä ja tekniikoita näiden menetelmien täytäntöönpanemiseksi kuvaillaan jäljempänä II luvussa (32–95 kohta).
28. Muita kuin vertailuun perustuvia menetelmiä käsitellään jäljempänä III luvussa (96–121 kohta). Näistä menetelmistä yhdessä käytetään todellisiin markkinoihin sovitettuja taloudellisia malleja, joilla pyritään simuloimaan todennäköinen markkinatulos, joka olisi syntynyt ilman rikkomista. Malleissa selitetään taloudellisen teorian perusteella markkinoiden todennäköistä toimintaa ottaen huomioon markkinoiden pääpiirteet (esim. kilpailijoiden lukumäärä, niiden tapa kilpailla keskenään, tuotedifferoinnin aste ja markkinoille pääsyn esteet). Muita menetelmiä ovat kustannusperusteinen menetelmä, jossa hypoteettinen skenaario ilman rikkomista arvioidaan käyttämällä vaikutusalaan kuuluvan tuotteen tuotantokustannuksia lisättynä ”kohtuullisella” voittomarginaalilla, tai rahoitusanalyysiin perustuvat lähestymistavat, joissa lähtökohdaksi otetaan kantajan tai vastaajan taloudellinen tulos.
29. Kullakin näistä menetelmistä ja tekniikoista on erityispiirteensä, vahvuutensa ja heikkoutensa, joiden vuoksi ne soveltuvat paremmin tai huonommin aiheutuneen vahingon arvioimiseen annetuissa olosuhteissa. Ne eroavat toisistaan erityisesti sen osalta, missä määrin ne perustuvat tietoihin, jotka ovat tulosta todellisesta vuorovaikutuksesta markkinoilla, tai talousteoriaan perustuviin olettamuksiin, ja missä määrin niissä huomioidaan rikkomisen lisäksi muut tekijät, jotka ovat voineet vaikuttaa vahingonkorvauksen hakijaan. Lisäksi menetelmät ja tekniikat eroavat toisistaan siltä osin, kuinka helppoja ne ovat käyttää ja kuinka paljon ja millaisia tietoja tarvitaan.
30. Näillä menetelmillä pyritään osoittamaan, kuinka kyseiset markkinat olisivat kehittyneet ilman kilpailuoikeuden rikkomista, mutta osapuolten ja tuomioistuimen käytettävissä olevat välittömämmät todisteet (esimerkiksi rikkomiseen osallistuneiden yritysten sisäiset, sovitettuja hinnankorotuksia koskevat asiakirjat) voivat sovellettavien kansallisten oikeussääntöjen mukaan myös antaa hyödyllisiä tietoja vahingon määrittämiseksi tietyssä asiassa.²⁷

²⁷

Esimerkki tällaisesta lähestymistavasta löytyy Karlsruhen ylioikeuden (*Oberlandesgericht Karlsruhe*) 11. kesäkuuta 2010 asiassa N:o 6 U 118/05 tekemästä päätöksestä, jossa kilpailuoikeutta rikkoneiden

31. Jäljempänä IV luvussa tarkastellaan menetelmän valintaa, joka yleensä riippuu tapauksen piirteistä ja sovellettavan lainsäädännön vaatimuksista.

II VERTAILUUN PERUSTUVAT MENETELMÄT

32. Sen ymmärtämiseksi, kuinka vertailuun perustuvat menetelmät toimivat käytännössä, on hyödyllistä tarkastella (täysin kuvitteellista) esimerkkiä vahingonkorvauskanteesta, joka perustuu SEUT-sopimuksen 101 artiklaa rikkovaan hypoteettiseen kartelliin.²⁸

Jauhokartelli

Oletetaan, että jäsenvaltion kansallinen kilpailuviranomainen on todennut maan kaikkien mylly-yhtiöiden sopineen keskenään hinnoista, joita peritään viljan jauhamisesta ja jauhojen tuotannosta.

Viime vuosina säännöllisesti jauhoja ostanut leipomo nostaa vahingonkorvauskanteen yhtä mylly-yhtiötä vastaan. Leipomo väittää, että rikkominen on johtanut sen kyseiseltä myllyltä ostaman jauhun hintojen lainvastaiseen nousemiseen. Leipomo pyytää korvausta viime vuosina maksamastaan ylihinnasta.

33. Määritettäessä vahinkoa edellä mainitussa esimerkissä on olennaista selvittää, mikä kantajan maksama hinta olisi ollut ilman rikkomista. Jos käytetään vertailuun perustuvaa menetelmää, rikkomisskenaariota mukaista hintaa verrataan skenaarioon ilman rikkomista, joka määritellään niiden hintojen perusteella, jotka on havaittu joko

- samoilla markkinoilla ennen rikkomista ja/tai rikkomisen jälkeen (1); tai
- toisilla mutta samankaltaisilla maantieteellisillä markkinoilla (2); tai
- toisilla mutta samankaltaisilla tuotemarkkinoilla (3).

On myös mahdollista yhdistää ajallinen vertailu eri maantieteellisten tai tuotemarkkinoiden vertailuun (4).

34. Jauhokartelliesimerkissä menetelmien soveltamisessa keskitytään hintaan. On kuitenkin yhtä lailla mahdollista käyttää näitä menetelmiä arvioitaessa muita taloudellisia muuttujia, kuten markkinaosuuksia, voittomarginaaleja, pääoman tuottoastetta, omaisuuden arvoa tai yrityksen kustannuksia. Se, mitä taloudellista muuttujaa kannattaa tarkastella määritettäessä vahingon suuruutta, riippuu käsiteltävänä olevasta tapauksesta.

35. Tällaisessa eri markkinoita tai eri ajankohtia koskevassa vertailussa käytetyt tiedot voivat koskea koko markkinoita (ts. kaikilta läheisillä maantieteellisillä markkinoilla toimivilta leipomoilta jauhosta peritty keskimääräinen hinta) tai ne voivat koskea ainoastaan tiettyjä markkinatoimijoita (ts. tietyiltä asiakasryhmiltä kuten tukkuostajilta läheisillä markkinoilla jauhosta peritty hinta).

36. Voisi myös olla asianmukaista, erityisesti kun on kyse markkinoilta sulkevista käytännöistä, verrata ainoastaan yhtä markkinatoimijaa koskevia tietoja. Esimerkki

kartelliin osallistuneiden yritysten erityisesti sopimia hinnankorotuksia käytettiin myönnettävien vahingonkorvausten määrittämiseksi tosiseikkojen esittämisvastuun jakautumista ja alustavan näytön toteamista koskevien sovellettavien oikeussääntöjen mukaisesti. Liittovaltion korkein oikeus (*Bundesgerichtshof*) vahvisti päätöksen tämän osan muutoksenhakumenettelyssä 28. kesäkuuta 2011 annetulla päätöksellä, asia N:o KZR 75/10.

Tätä esimerkkiä käsitellään tarkemmin 147 kohdassa.

²⁸

tällaisesta yksittäisten yritysten eli vahingonkärsijän ja riittävän samankaltaisen vertailuyrityksen välisestä vertailusta on tapaus, jossa verrataan voittoja, jotka uusille markkinoille pyrkivä yritys sai markkinoilla, joilla siihen kohdistui EU:n kilpailusääntöjen vastaisia markkinoilta sulkevia käytäntöjä, niihin voittoihin, joita vastaava uusi tulokas sai toisilla samankaltaisilla maantieteellisillä markkinoilla, joilla ei esiintynyt kilpailunvastaisia käytäntöjä. Jäljempänä A.1–4 luvussa käsitellään vertailua niin koko markkinoita koskevien tietojen kuin yritystason tietojenkin kanssa.²⁹

37. Kaikkien vertailuun perustuvien menetelmien vahvuutena on se, että niissä käytetään todellisia tietoja samoilta tai samankaltaisilta markkinoilta.³⁰ Vertailuun perustuvat menetelmät lähtevät siitä oletuksesta, että vertailuskenaariota voidaan katsoa edustavan todennäköistä skenaariota ilman rikkomista ja että rikkomistilanteen tietojen ja vertailukohdaksi valittujen tietojen välinen ero johtuu rikkomisesta. Tärkeitä markkinoiden ominaispiirteitä, joilla voi olla merkittävä rooli selvitetessä, ovatko kahdet markkinat riittävän samankaltaiset, ovat kilpailun määrä ja keskittymisaste kyseisillä markkinoilla, kustannusten ja kysynnän ominaispiirteet ja markkinoille pääsyn esteet. Se, katsotaanko rikkomisen kohteena olevien markkinoiden ja vertailumarkkinoiden tai -ajankohtien samankaltaisuus riittäväksi, jotta vertailun tuloksia voitaisiin käyttää vahingon suuruuden määrittämisessä, riippuu kansallisista oikeusjärjestelmistä.³¹ Jos tarkasteltujen ajanjaksojen tai markkinoiden välillä on merkittäviä eroja, on olemassa eri tekniikoita tällaisten erojen huomioimiseksi.³²

A. Menetelmät tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion määrittämiseksi

1) Ajallinen vertailu samoilla markkinoilla

38. Yksi usein käytetty menetelmä on vertailla todellista tilannetta ajankohtana, jolloin rikkomisen aiheutti vaikutuksia, tilanteeseen samoilla markkinoilla ennen kuin rikkomisen aiheutti vaikutuksia tai vaikutusten päättymisen jälkeen.³³ Esimerkiksi kun yritys on käyttänyt väärin määräävää asemaansa sulkemalla kilpailijan markkinoilta vuosina 2004 ja 2005, tällä menetelmällä voitaisiin tarkastella kilpailijan voittoja rikkomisen aikaan sekä vuosina 2002 ja 2003, jolloin rikkomista

²⁹ Vertailu toista yritystä koskevien yritystason tietojen kanssa voitaisiin teoreettisesti tehdä toisilla maantieteellisillä tai tuotemarkkinoilla toimivien yritysten (ks. jäljempänä 2–4 luku) lisäksi myös vahingonkärsijän kanssa samoilla tuote- ja maantieteellisillä markkinoilla toimivia yrityksiä koskevien tietojen kanssa. Käytännössä tällaisilla markkinoiden sisäisillä vertailuilla ei ole suurta merkitystä. Tämä saattaa johtua siitä, että samoilla markkinoilla voi olla vaikeaa löytää riittävän vertailukelpoista toista yritystä, johon rikkomisen ei olisi vaikuttanut. Sen vuoksi seuraavissa luvuissa ei käsitellä enempää tällaisia markkinoiden sisäisiä vertailuja.

³⁰ Tätä seikkaa korostetaan esimerkiksi Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) 19. kesäkuuta 2007 asiassa N:o KRB 12/07 (*paperin tukkukaupan kartelli*) tekemässä päätöksessä.

³¹ Ks. lisätietoja 94 kohdassa. Esimerkin ongelmista, joita voi esiintyä arvioitaessa tietojen vertailtavuutta, tarjoaa muun muassa Pariisin hallinto-oikeuden (*Tribunal Administratif de Paris*) 27. maaliskuuta 2009 tekemä päätös (*SNCF v. Bouygues*).

³² Ks. jäljempänä B luvun 59–95 kohta.

³³ Ks. esimerkiksi Milanon muutoksenhakutuomioistuimen (*Corte d'Appello di Milano*) 11. heinäkuuta 2003 tekemä päätös (*Bluvacanze*) ja 3. helmikuuta 2000 asiassa N:o I, 308 (*Inaz Paghe v. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) tekemä päätös (molemmissa asioissa vertailu tietoihin rikkomista edeltävältä, sen aikaiselta ja sen jälkeiseltä ajalta oleviin tietoihin); Dortmundin alioikeuden (*Landgericht Dortmund*) 1. huhtikuuta 2004 asiassa N:o 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) tekemä päätös (aikana ja jälkeen -vertailu); Grazin siviilituomioistuimen (*Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz*) 17. elokuuta 2007 asiassa N:o 17 R 91/07 p (*autokoulu*) tekemä päätös (aikana ja jälkeen -vertailun hyväksyminen).

ei vielä ollut.³⁴ Toinen esimerkki olisi vuodesta 2005 vuoteen 2007 kestänyt hintakartelli (kuten edellä mainittu jauhokartelliesimerkki). Tässä yhteydessä menetelmällä voitaisiin vertailla kartellin asiakkaiden rikkomisen aikana maksamaa hintaa siihen hintaan, jota asiakkaat maksoivat rikkomisen jälkeen, esim. vuosina 2008 ja 2009.³⁵

39. Periaatteessa on olemassa kolme eri viitekohtaa, joita voidaan käyttää ajallisessa vertailussa:³⁶
- rikkomista *edeltävä* ajanjakso, johon ei kohdistu vaikutuksia (vertailu ”ennen ja aikana” – jauhokartelliesimerkissä jauhosta samoilla markkinoilla *ennen* kuin rikkomisesta aiheutui vaikutuksia maksettujen hintojen vertailu hintoihin, joihin rikkomisen on vaikuttanut);
 - rikkomisen *jälkeinen* ajanjakso, johon ei kohdistu vaikutuksia (vertailu ”aikana ja jälkeen” – jauhokartelliesimerkissä niiden hintojen, joihin rikkomisen on vaikuttanut, vertailu hintoihin samoilla markkinoilla rikkomisen päättymisen *jälkeen*); ja
 - sekä rikkomista *edeltävä* että sen *jälkeinen* ajanjakso, joihin ei kohdistu vaikutuksia (vertailu ”ennen, aikana ja jälkeen”).
40. Tietoon perustuvan päätöksen tekeminen viiteajanjaksosta ja tietojen tyypistä edellyttää yleensä kyseisen toimialan hyvää tuntemusta ja sen lähtökohtana on oltava käsiteltävänä oleva erityistapaus. Valintaan vaikuttavat myös tietojen saatavuus sekä sovellettavien sääntöjen näyttökynnystä ja todistustaakkaa koskevat vaatimukset.
41. Kaikilla sellaisilla menetelmillä, joissa vertaillaan eri ajoilta olevia tietoja *samoilta* maantieteellisiltä ja tuotemarkkinoilta, on se etu, että markkinoiden ominaispiirteet kuten kilpailun määrä, markkinarakenne, kustannukset ja kysynnän ominaispiirteet voivat olla paremmin vertailukelpoisia kuin verrattaessa eri tuote- tai maantieteellisiin markkinoihin.
42. Myös ajallisessa vertailussa on kuitenkin mahdollista, että jotkin erot tietojen välillä eivät johdu ainoastaan rikkomisesta. Tällaisissa tapauksissa voi olla asianmukaista korjata vertailuajanjakson tietoja erojen poistamiseksi rikkomisajanjakson tietoihin nähden³⁷ tai valita toinen vertailuajanjakso tai toiset vertailumarkkinat. Esimerkiksi pitkäkestoisessa rikkomisessa oletamus, että hinnat 10 vuoden takaa olisivat pysyneet muuttumattomina ilman rikkomista, on todennäköisesti liian voimakas ja voi johtaa siihen, että päätetään esimerkiksi suorittaa vertailu rikkomista edeltävän ajanjakson *ja* rikkomisen jälkeisen ajanjakson kanssa. Kun rikkomisaika on pitkä, voi myös olla asianmukaista puuttua tietojen vertailukelpoisuuteen liittyviin käytännön ongelmiin, jotka ovat seurausta muutoksista tavassa, jolla yritykset kirjaavat tiedot (esim. kirjanpitoikäntöjen muutokset tai muutokset tietojenkäsittelyohjelmistoissa).

³⁴ Menetelmän soveltamisesta asioissa, joissa on kyse markkinoilta sulkevista käytännöistä, esitetään tarkempia esimerkkejä jäljempänä 4 osassa.

³⁵ Menetelmän soveltamisesta asioissa, joissa rikkomisen johtaa ylihintaan, esitetään tarkempia esimerkkejä jäljempänä 3 osassa.

³⁶ Ajallisen vertailun menetelmää kutsutaan myös ”ennen ja jälkeen -menetelmäksi” tai ”vertailuarvomenetelmäksi”.

³⁷ Tällaisia korjauksia ja erityisesti mahdollisuutta regressioanalyysin käyttöön käsitellään jäljempänä B luvun 59–95 kohdassa.

43. Kun tietoja on saatavilla, useat eri tekijät voivat vaikuttaa siihen, valitaanko vertailu ”ennen ja aikana”, ”aikana ja jälkeen” vai ”ennen, aikana ja jälkeen”. Sellaisen viiteajanjakson löytäminen, jolla markkinaolosuhteet kuvastavat tarkasti sitä, mitä rikkomisajanjaksolla olisi tapahtunut ilman rikkomista, on erittäin epätodennäköistä. On ainoastaan mahdollista määrittää riittävän samankaltainen ajanjakso, jonka perusteella todennäköinen skenaario ilman rikkomista voidaan arvioida riittävällä varmuudella. Aina ei ole varmaa, millä ajanjaksoilla rikkomisella todella ei ollut vaikutuksia. Jotkin rikkomiset alkavat tai päättyvät asteittain, ja usein rikkomisen ja erityisesti sen aiheuttamien vaikutusten tarkka alkamisajankohta ei ole varmasti tiedossa. Kilpailuviranomaisten päätöksissä mainitaankin usein todisteita, joiden mukaan rikkominen on voinut alkaa päätöksessä vahvistettua rikkomisajanjaksoa aikaisemmin.³⁸ Tietojen ekonometrinen analyysi voi olla tapa määrittää, milloin rikkomisen vaikutukset alkoivat tai päättyivät.
44. Rikkomisen ja sen vaikutusten päättymisen toteennäyttäminen voi olla helpompaa kuin sen alkamisen toteennäyttäminen. Voi kuitenkin olla epävarmuutta siitä, eikö kilpailunvastaisella käyttäytymisellä ole vaikutuksia ajanjaksolla, joka seuraa välittömästi rikkomisen päättymistä.³⁹ Kun markkinaolosuhteet palaavat jonkinasteisella viiveellä samalle tasolle kuin ilman rikkomista, rikkomisen päättymistä välittömästi seuraavaa ajanjaksoa koskevien tietojen käyttäminen voisi johtaa rikkomisen vaikutuksen aliarviointiin. On myös mahdollista, että hinnat ovat vähän aikaa kartellin päättymisen jälkeen erityisen alhaisia, sillä yritykset voivat tilapäisesti harjoittaa aggressiivista hinnoittelustrategiaa siihen asti kunnes markkinoilla päästään tavanomaiseen eli kilpailuoikeutta rikkomattomaan tasapainoon.
45. Erityisesti oligopolistisilla markkinoilla ongelmana voi olla myös se, että kartellin jäsenet voivat käyttää kartellin toiminnan kautta saamiaan tietoja käyttäytymisensä yhteensovittamiseen jälkeenpäin rikkomatta 101 artiklaa. Tällaisessa tilanteessa rikkomisen jälkeiset hinnat ovat todennäköisesti korkeampia kuin ilman rikkomista, ja niiden perusteella voidaan arvioida ainoastaan alaraja aiheutuneelle vahingolle. Rikkomista edeltävä ajanjakso voi soveltua paremmin viitekohdaksi, jos keskeiset markkinoiden ominaispiirteet muuttuivat perinpohjaisesti rikkomisajanjakson loppupuolella ulkoisten seikkojen vuoksi (esim. raaka-ainekustannusten jyrkkä nousu tai tuotteen kysynnän lisääntyminen).⁴⁰
46. Vaikka olisi epäilyjä siitä, onko rikkominen vaikuttanut tiettyyn ajanjaksoon ennen rikkomista tai sen jälkeen, tätä ajanjaksoa voitaisiin kuitenkin periaatteessa käyttää viiteajanjaksona luotettavan arvion saamiseksi vahingosta, joka vähintään on aiheutunut (vahingon ”alaraja” tai ”vähimmäisvahinko”).⁴¹

³⁸ On mahdollista, että kilpailuviranomainen rajaa rikkomisen tiettyyn ajanjaksoon, vaikka itse asiassa rikkominen on voinut kestää kauemmin.

³⁹ Ks. Karlsruhen ylioikeuden (*Oberlandesgericht Karlsruhe*) 11. kesäkuuta 2010 asiassa N:o 6 U 118/05 tekemä päätös, joka muodostaa esimerkin tapauksesta, jossa kansallinen tuomioistuin totesi, että kartelli vaikutti perittyihin hintoihin vielä viisi kuukautta rikkomisen päättymisen jälkeen.

⁴⁰ Tällaisen muutoksen jälkeisen lyhyen rikkomisajanjakson osalta rikkomisen jälkeiset tiedot voivat soveltua paremmin vertailukohdaksi, sillä ne voivat kuvastaa paremmin markkinoiden ominaispiirteitä muutoksen jälkeen. Jos markkinoiden ominaispiirteiden muutos kuitenkin johtui itse rikkomisesta (esim. kun useat kilpailijat poistuivat markkinoilta seurauksena kilpailunvastaisesta markkinoiden sulkemisesta), rikkomisen jälkeinen ajanjakso ei luonnollisestikaan sovellu vertailukohdaksi arvioitaessa tilannetta, joka olisi vallinnut ilman rikkomista.

⁴¹ Jos rikkomisen aikana ulkoiset tekijät johtivat hintojen laskuun (esim. rikkomiseen syyllistyneen yrityksen tuotantopanostuskustannusten jyrkkä lasku), se voisi kyseenalaistaa päätelmän alarajasta.

47. Tietyissä olosuhteissa skenaario ilman rikkomista voidaan arvioida asianmukaisesti kahden viiteajanjakson (ennen rikkomista ja sen jälkeen) perusteella, esimerkiksi käyttämällä näiden ajanjaksojen keskiarvoa taikka käyttämällä muita tekniikkoja markkinaolosuhteiden kehityksessä rikkomisen aikana vallinneen suuntauksen havainnollistamiseksi.⁴² Rikkomista edeltäviä tietoja voitaisiin myös käyttää viiteajanjaksona rikkomisen siihen ajankohtaan asti, jolloin merkittävä muutos markkinaolosuhteissa tapahtui, ja rikkomisen jälkeisiä tietoja viiteajanjaksona sen jälkeiselle ajanjaksolle.
48. Valitut tiedot voivat myös osaltaan auttaa luomaan riittävän samankaltaisen vertailupohjan: voi olla tilanteita, joissa yhdistellyt tiedot kuten alan keskimääräiset hinnat (tai tiettyjen yritysyrihmien keskiarvot) ovat riittäviä⁴³, kun taas toisissa tilanteissa olisi asianmukaisempaa käyttää ainoastaan tietoja, jotka koskevat vahinkoa kärsineen yrityksen liiketoimia ennen rikkomista tai sen jälkeen, tai samankaltaisia yrityksiä koskevia keskiarvoja. Kun esimerkiksi vahingonkärsijä kuuluu tiettyyn markkinatoimijaryhmään, kuten tukkuasiakkaat (loppuasiakkaiden vastakohtana), tukkuasiakkailta perityt hinnat ennen rikkomista ja rikkomisen jälkeen voivat muodostaa asianmukaisen viitekohdan.

2) Vertailu muita maantieteellisiä markkinoita koskevien tietojen kanssa

49. Toisessa vertailuun perustuvassa menetelmässä tarkastellaan eri maantieteellisiä markkinoita⁴⁴ koskevia tietoja tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion arvioimiseksi.⁴⁵ Nämä tiedot voivat koskea maantieteellisiä vertailumarkkinoita kokonaisuudessaan tai ainoastaan tiettyjä markkinatoimijoita niillä. Esimerkiksi edellä 32 kohdassa mainitussa jauhokartelliesimerkissä kantajan rikkomisajanjaksolla maksamia hintoja voitaisiin verrata samankaltaisten leipomojen rikkomisen vaikutusalan ulkopuolisilla maantieteellisillä markkinoilla maksamiin keskimääräisiin hintoihin. Samantyyppinen vertailu voidaan tehdä minkä tahansa muun taloudellisen muuttujan osalta, esimerkiksi markkinaosuuksien, voittomarginaalien, pääoman tuottoasteen, omaisuuden arvon tai yrityksen kustannustason osalta. Vertailu yritysten kaupalliseen tulokseen toisilla

⁴² Esimerkiksi interpolointi tai regressioanalyysi. Eri tekniikkoja vertailuun perustuvien menetelmien toteuttamiseksi käsitellään jäljempänä B luvun 59–95 kohdassa.

⁴³ Keskiarvojen käyttämistä vertailuun perustuvissa menetelmissä käsitellään tarkemmin 2 osan II luvussa olevassa 70 kohdassa.

⁴⁴ Merkityksellisten (maantieteellisten ja tuote-)markkinoiden osalta ks. komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL C 372, 9.12.1997, s. 5.

⁴⁵ Tätä menetelmää kutsutaan myös mittatikkumenetelmäksi tai poikkileikkausmenetelmäksi. Näitä termejä käytetään myös viitattaessa siihen vertailuun perustuvaan menetelmään, jossa tarkastellaan toisia mutta samankaltaisia tuotemarkkinoita koskevia tietoja, ks. jäljempänä 3 luvun 54–55 kohta. Esimerkkinä eri maantieteellisten markkinoiden tarkastelusta vertailuun perustuvalla menetelmällä ks. muun muassa Pariisin muutoksenhakutuomioistuimen (*Cour d'Appel de Paris*) 23. kesäkuuta 2003 tekemä päätös (*Lescarcelle-De Memoris v. OGF*); Madridin kauppatoimioistuimen (*Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid*) 11. marraskuuta 2005 asiassa N:o 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. v. Telefónica de España S.A.*) tekemä päätös, jonka Madridin muutoksenhakutuomioistuin (*Audiencia Provincial de Madrid*) on vahvistanut 25. toukokuuta 2006 asiassa N:o 73/2006 tekemässään päätöksessä; Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) 19. kesäkuuta 2007 asiassa N:o KBR 12/07 (*paperin tukkukaupan kartelli*) tekemä päätös (kartellin jäsenten lainvastaisesti saaman edun arviointi sakan laskemista varten).

maantieteellisillä markkinoilla, joihin rikkominen ei ole vaikuttanut⁴⁶, on paikallaan erityisesti tapauksissa, joissa on kyse markkinoilta sulkevasta käyttäytymisestä.

50. Mitä samankaltaisemmat (ilman rikkomisen vaikutuksia) maantieteelliset markkinat ovat rikkomisen vaikutusalaan kuuluvien markkinoiden kanssa, sitä todennäköisemmin ne soveltuvat vertailumarkkinoiksi. Tämä merkitsee sitä, että kyseisillä kaksilla maantieteellisillä markkinoilla myytävien tuotteiden olisi oltava samat tai ainakin riittävän samankaltaiset. Lisäksi maantieteellisten vertailumarkkinoiden kilpailua koskevien piirteiden olisi oltava samankaltaiset kuin rikkomisen vaikutusalaan kuuluvilla markkinoilla rikkomista lukuun ottamatta. Markkinoilla ei tarvitse vallita täydellistä kilpailua.
51. Maantieteellisiä vertailumarkkinoita käytetään tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion luomisessa käytännössä pääasiassa silloin, kun rikkominen koskee sellaisia maantieteellisiä markkinoita, jotka ovat laajuudeltaan paikalliset, alueelliset tai kansalliset.⁴⁷ Kun rikkomisen vaikutusalaan kuuluvat markkinat ja maantieteelliset vertailumarkkinat sijaitsevat lähellä toisiaan, mahdollisesti saman maan sisällä, on luultavasti todennäköisempää, että ne ovat riittävän samankaltaiset vertailua varten.⁴⁸
52. Vertailumarkkinoiden ei aina tarvitse olla kokonaisuudessaan riittävän samankaltaiset. Kun esimerkiksi yhden asiakasryhmän (esim. tukkukauppiaiden) maksamia hintoja tai yhden kilpailijan (esim. uuden markkinatulokkaan) saamia voittoja käytetään viitearvona, on tärkeää, että tämän asiakasryhmän tai kilpailijan markkina-asema on riittävän samankaltainen kuin vahingonkärsijän asema rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla.
53. Epävarmuus rikkomisen maantieteellisestä laajuudesta voi myös vaikuttaa maantieteellisten vertailumarkkinoiden valintaan. Maantieteelliset markkinat, joilla on tapahtunut sama tai samankaltainen kilpailuoikeuden rikkominen, eivät periaatteessa sovellu hyvin vertailumarkkinoiksi. Rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla harjoitetut kilpailunvastaiset käytännöt ovat myös voineet vaikuttaa sellaisiin lähimarkkinoihin, joilla ei ole tapahtunut vastaavaa rikkomista (esim. siitä syystä, että hintoja nostettiin lähimarkkinoilla rikkomisen kohteena olevien markkinoiden korkeampien hintojen ja näiltä markkinoilta tulevan kilpailupaineen pientymisen vuoksi). Tällaisten markkinoiden analysointi ei osoita aiheutuneen vahingon täyttää laajuutta, mutta se voi kuitenkin muodostaa hyödyllisen perustan alarajan määrittämiseksi rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla aiheutetulle vahingolle. Tämä merkitsee sitä, että vahingonkorvauskanteen osapuoli voisi periaatteessa turvallisesti mielin luottaa vertailuun sellaisten maantieteellisten markkinoiden kanssa, joihin sama tai samankaltainen rikkominen on vaikuttanut, varsinkin jos tämä vaikutus on todennäköisesti ollut melko pieni.

⁴⁶ Vertailuyritys voi periaatteessa olla myös rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla toimiva yritys, jos markkinoilta sulkeva käyttäytyminen ei vaikuttanut merkittävästi sen toimintaan. Vaikka rikkominen ei olisi suoraan vaikuttanut vertailuyritykseen, siihen on kuitenkin voinut kohdistua välillisiä vaikutuksia, esimerkiksi se on voinut saada markkinoilta suljetun yrityksen markkinaosuuksia. Rikkomisesta johtuvien suorien tai välillisten vaikutusten riski on pienempi, jos vertailu suoritetaan suhteessa toisilla maantieteellisillä markkinoilla toimivaan samankaltaiseen yritykseen. Arvioitaessa yritysten riittävää samankaltaisuutta merkityksellisiä ominaisuuksia voivat olla yritysten koko, kustannusrakenne, asiakkaat ja niiden myymän tuotteen ominaispiirteet.

⁴⁷ Menetelmää voitaisiin kuitenkin käyttää myös silloin, kun merkitykselliset markkinat ovat kansallisia markkinoita laajemmat, jos riittävän samankaltaiset vertailumarkkinat voidaan määrittää.

⁴⁸ Ks. jäljempänä 53 kohta.

3) Vertailu muita tuotemarkkinoita koskevien tietojen kanssa

54. Samankaltainen eri maantieteellisiä markkinoita koskevan vertailun kanssa on lähestymistapa, jossa tarkastellaan eri tuotemarkkinoita⁴⁹, joiden piirteet ovat samankaltaisia.⁵⁰ Esimerkiksi tapauksessa, jossa on kyse markkinoilta sulkevasta käyttäytymisestä, joka sulkee yhtä tuotetta myyvän yrityksen osittain markkinoilta, tämän yrityksen rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla saamaa voittomarginaalia voitaisiin verrata voittomarginaaliin, joka saadaan toisen tuotteen myynnistä (samankaltaisen tai saman yrityksen toimesta) erillisillä mutta samankaltaisilla tuotemarkkinoilla.
55. Seikat, joita käsiteltiin maantieteellisten vertailumarkkinoiden yhteydessä, ovat todennäköisesti soveltuvin osin merkityksellisiä myös valittaessa vertailukohdaksi sopivia tuotemarkkinoita. Ne koskevat usein tuotemarkkinoiden välistä samankaltaisuusastetta. Vertailutuotetta valittaessa olisi erityisesti otettava huomioon vertailtavien tuotteiden luonne, niiden myyntitapa ja markkinoiden ominaispiirteet, esim. kilpailijoiden lukumäärä, kilpailijoiden kustannusrakenne ja asiakkaiden ostovoima.⁵¹ Epävarmuudella siitä, onko kyseessä oleva rikkominen tai samankaltainen SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkominen vaikuttanut mahdollisiin vertailutuotemarkkinoihin, voi myös olla merkitystä.

4) Ajallisten ja eri markkinoita koskevien vertailujen yhdistäminen

56. Kun tietoja on saatavilla riittävästi, voi olla mahdollista yhdistää ajallisia ja eri markkinoita koskevia vertailuja. Tätä lähestymistapaa kutsutaan joskus ”ero eroissa”-menetelmäksi, koska siinä tarkastellaan merkityksellisen taloudellisen muuttujan (esim. jauhun hinnan) kehitystä rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla tietyllä ajanjaksolla (ajallinen ero rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla) ja verrataan sitä saman muuttujan kehitykseen saman ajanjakson aikana rikkomisen vaikutusalan ulkopuolisilla vertailumarkkinoilla (ajallinen ero rikkomisen ulkopuolisilla markkinoilla).⁵² Vertailu osoittaa näiden ajallisten erojen välisen eron. Vertailulla saadaan arvio rikkomisen aikaansaamasta muutoksesta muuttujassa, ja sen ulkopuolelle jäävät kaikki sellaiset tekijät, jotka vaikuttivat samalla tavalla rikkomisen kohteena oleviin markkinoihin ja vertailumarkkinoihin. Menetelmän avulla voidaan erottaa rikkomisen vaikutukset muista merkitykselliseen, molemmille markkinoille yhteiseen muuttujaan kohdistuvista vaikutuksista.
57. Menetelmää voidaan havainnollistaa yksinkertaisella esimerkillä, joka saadaan edellä mainitusta jauhokartellista: oletetaan, että vertailtaessa ajankohtia ennen rikkomista, sen aikana ja sen jälkeen ilmenee, että 100 kilon jauhosäkin hinta nousi 40 euroa vuosina 2005–2008 siinä jäsenvaltiossa, jossa kartelli toimi. Kartellin vaikutusalan ulkopuolisten maantieteellisten markkinoiden tarkastelussa voi ilmetä, että 100 kilon jauhosäkin hinta nousi 10 euroa tuotantopanoksen (vilja) korkeamman hinnan vuoksi. Jos oletetaan, että korkeammat tuotantopanostuskustannukset koskivat myös rikkomisen kohteena olevia markkinoita, hintojen erilainen kehitys rikkomisen

⁴⁹ Merkityksellisten (maantieteellisten ja tuote-)markkinoiden osalta ks. komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta, EYVL C 372, 9.12.1997, s. 5.

⁵⁰ Tätä menetelmää kutsutaan joskus myös mittatikkumenetelmäksi tai poikkileikkausmenetelmäksi (kuten myös eri maantieteellisiä markkinoita tarkastelevaa vertailuun perustuvaa menetelmää).

⁵¹ Markkinoiden ominaispiirteiden samankaltaisuus voi olla todennäköisempää, jos vertailtavia tuotteita myydään samoilla maantieteellisillä markkinoilla. Olosuhteet voivat kuitenkin olla riittävän samankaltaiset myös vertailtaessa samoja tai samankaltaisia tuotteita eri maantieteellisillä markkinoilla.

⁵² Nämä voivat olla maantieteelliset tai tuotemarkkinat.

kohteena olevilla markkinoilla ja vertailumarkkinoilla osoittaisi jauhokartellin aiheuttaman hintaeron. Tässä esimerkissä se olisi 30 euroa/yksikkö.

58. ”Ero eroissa” -menetelmän vahvuus on siinä, että sen avulla voidaan poistaa rikkomisajanjaksolla tapahtuneet rikkomiseen liittymättömät muutokset.⁵³ Se perustuu kuitenkin pitkälti oletukseen, että nämä muut muutokset vaikuttivat samalla tavalla molempiin markkinoihin.⁵⁴ Ajallisen vertailun ja eri markkinoita koskevan vertailun soveltamista koskevat seikat, erityisesti kyseessä olevien markkinoiden riittävän samankaltaisuuden tarve, ovat merkityksellisiä myös ero eroissa -menetelmässä. Käytännön kannalta katsottuna tässä menetelmässä tarvitaan yleensä tietoja eri markkinoilta ja eri ajanjaksoilta, joita ei aina ole helppo saada; vähäisemminkin tiedoilla on kuitenkin mahdollista määrittää alaraja tai likimääräinen arvio.⁵⁵

B. Menetelmän soveltaminen käytännössä: tekniikat hinnan tai muun taloudellisen muuttujan arvioimiseksi skenaariossa ilman rikkomista

59. Kun tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion laatimiseksi sopiva vertailuun perustuva menetelmä on valittu, on olemassa erilaisia tekniikoita tämän menetelmän soveltamiseksi. Nämä tekniikat eroavat toisistaan pääasiassa siltä osin, kuinka suuressa määrin niissä käytetään yrityskohtaisia tai keskimääräisiä tietoja (esim. hintatietoja) ja kuinka paljon vertailumarkkinoita⁵⁶ tai -ajanjaksoa koskevia tietoja vielä korjataan. Tämän seurauksena nämä tekniikat poikkeavat toisistaan sen osalta, kuinka paljon tietoja niiden soveltamisessa tarvitaan.
60. Sovellettaessa vertailuun perustuvia menetelmiä yksi mahdollisuus on käyttää vertailutietoja suoraan siinä muodossa kuin ne on havaittu ja estimoida niiden perusteella arvo tarkasteltavalle taloudelliselle muuttujalle skenaariossa ilman rikkomista (esim. edellä mainitussa esimerkissä jauhun hinta). Kun käytettävissä on enemmän kuin yksi havainto (esim. jauhun hinta useissa liiketoimissa maantieteellisillä vertailumarkkinoilla), voidaan keskiarvon laskennan avulla saada yksi tai useampi arvo skenaariolle ilman rikkomista. Tällaisia keskiarvoja, jotka on laskettu skenaariolle ilman rikkomista, voitaisiin sitten verrata rikkomisen aikana todella havaittuihin keskiarvoihin, esimerkiksi jauhosta todella maksettuihin hintoihin (ks. jäljempänä 1 luku).
61. Kun tietyt tekijät (esim. raaka-aineiden hinnannousu) ovat vaikuttaneet ainoastaan vertailumarkkinoihin tai -ajanjaksoon tai rikkomisen kohteena oleviin markkinoihin tai ajanjaksoon, olisi vaaditusta näyttökynnyksestä ja sovellettavista syy-yhteyttä koskevista säännöistä riippuen tarkasteltava, onko tietoihin tehtävä korjauksia tällaisen vaikutuksen huomioimiseksi. Nämä korjaukset voivat olla yksinkertaisia, jos vaikuttava tekijä ja sen vaikutusten suuruus voidaan varmentaa ja ottaa huomioon

⁵³ Verrattuna yksinkertaiseen eri markkinoiden vertailuun, ”ero eroissa” -menetelmällä on myös se etu, että se siivilöi pois kiinteät erot markkinoiden välillä (kuten erot, jotka johtuvat jatkuvasti alhaisimmista tuotantopanostuksista toisilla markkinoilla).

⁵⁴ Jos esimerkiksi rikkomiseen liittymättömät hinnannousut olivat rikkomisajanjakson aikana vaikutusalaan kuuluvilla markkinoilla suuremmat kuin vertailumarkkinoilla, yksinkertaisia keskiarvoja käyttävää ”ero eroissa” -menetelmää soveltamalla yliarvioitaisiin vahingonkorvauksen suuruus. ”Ero eroissa” -tekniikan ekonometrinen soveltaminen voi auttaa hallitsemaan tällaisia tekijöitä.

⁵⁵ Esimerkki asiasta, jossa kansallinen tuomioistuin määrittää alarajan vahinkojen määrän arvioinnin yhteydessä (tosin käyttämällä ajallisen vertailun menetelmää ”ero eroissa” -menetelmän sijasta) on Berliinin ylioikeuden (*Kammergericht Berlin*) 1. lokakuuta 2009 asiassa N:o 2 U 10/03 Kart. tekemä päätös.

⁵⁶ Kuten edellä 35 kohdassa todetaan, eri markkinoita koskevassa vertailussa tai ajallisessa vertailussa käytetyt tiedot voivat koskea koko markkinoita tai ainoastaan tiettyjä markkinatoimijoita.

suhteellisen helposti (ks. jäljempänä 1 luku). Monimutkaisempia korjauksia vertailutietoihin voidaan tehdä ekonometristen tekniikkojen avulla, erityisesti käyttämällä regressioanalyysia, jota kuvaillaan jäljempänä 2 luvussa. Se, onko tällaisten mukautusten pyytäminen, perusteleminen ja todistaminen vastaajan vai kantajan tehtävä, riippuu sovellettavasta lainsäädännöstä.⁵⁷

62. Yksittäisessä tapauksessa tekniikan valinta riippuu tapaukseen liittyvistä erityisistä olosuhteista ja sovellettavista oikeussäännöistä ja siinä otetaan huomioon tekniikoiden erilaiset edut ja haitat, esimerkiksi tarkkuuden ja täsmällisyyden ja niihin sisältyvien tietovaatimusten osalta (ks. jäljempänä 3 luku).

1) Yksinkertaiset tekniikat: yksittäiset havainnot, keskiarvot, interpolointi ja yksinkertaiset korjaukset

63. Riippuen sovellettavan kansallisen lainsäädännön vaatimuksista ja asiaan liittyvistä olosuhteista, erityisesti rikkomisen kohteena olevien markkinoiden ja vertailumarkkinoiden tai -ajanjakson samankaltaisuusasteesta, havaittuja tietoja voidaan verrata suoraan ilman korjauksia rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla havaittuihin tietoihin.⁵⁸

64. Kiinnostavaa muuttujaa (esim. jauhokartelliesimerkissä jauhun hinta) vertailumarkkinoilla tai vertailuajanjakson aikana koskevien havaintojen määrä voi vaihdella vain yhdestä tai muutamasta havainnosta (hinta selvitetty pienessä määrässä liiketoimia) suureen määrään havaintoja. Tarjouskilpailumarkkinoilla esimerkiksi huutokauppoja voi olla erittäin epäsäännöllisesti, ja vahingonkorvauksen arvioimisen ajankohtana voi olla saatavilla ainoastaan yhden rikkomisen jälkeisen tarjouskilpailun hinta. Vastaava tilanne voi esiintyä toimialoilla, joilla pitkäaikaiset sopimukset ovat yleisiä. Yhteen havaintoon perustuvien vahingonkorvausarvioiden käyttäminen voi olla asianmukaista, jos havainto edustaa riittävän hyvin tarkasteltavaa ajanjaksoa.

65. Kun vertailumarkkinoiden tai -ajanjaksojen tarkastelussa saadaan useampia havaintoarvoja, esimerkiksi vahingonkärsijän useissa rikkomisen jälkeisissä liiketoimissa maksamat hinnat tai useiden asiakkaiden toisilla maantieteellisillä markkinoilla maksamat hinnat, näitä havaintoarvoja voidaan käyttää joko yksittäin tai keskiarvojen muodossa.⁵⁹

66. Erilaisten keskiarvojen tai muunlaisten yhdisteltyjen tietojen käyttäminen voi olla asianmukaista, jos vertaillaan samankaltaisia asioita. Esimerkiksi kun tukkukauppias, joka on ostanut tuotetta tammi-, touko-, heinä- ja lokakuussa 2009 hintakartellin jäseniltä, hakee vahingonkorvausta ja vertailumenetelmäksi on valittu vertailu toisten maantieteellisten markkinoiden kanssa, *samantyyppisen asiakkaan* (tukkukauppiaan)

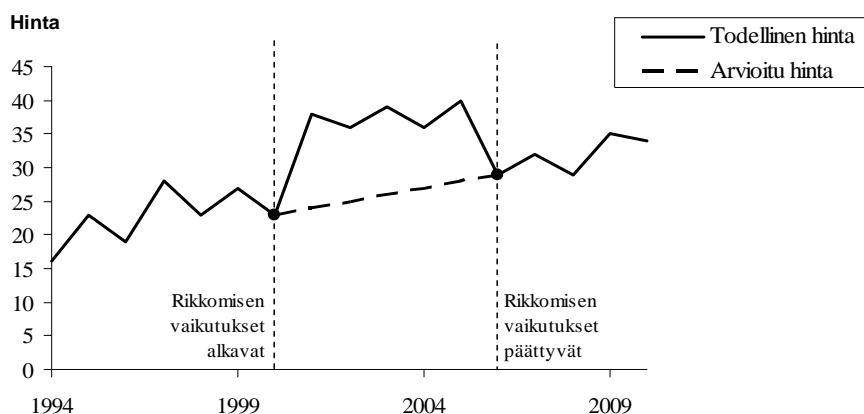
⁵⁷ Ks. esim. Berliinin ylioikeuden (*Kammergericht Berlin*) 1. lokakuuta 2009 asiassa N:o 2 U 10/03 Kart tekemä päätös esimerkkinä tosiseikkojen esittämiselvöllisyyden jakautumisesta määritettäessä vahingon suuruutta.

⁵⁸ Esimerkiksi ajallinen vertailu voisi perustua yksinkertaisesti havaittuihin hintoihin ennen rikkomista ja sen aikana. Esimerkin tällaisen menetelmän oikeudellisista vaikutuksista antaa Italian korkeimman kassaatiotuomioistuimen (*Corte Suprema di Cassazione*) 2. helmikuuta 2007 asiassa N:o 2305 (*Fonditaria SAI SpA v. Nigriello*) tekemä päätös.

⁵⁹ Tässä käytännön oppaassa käsitteellä 'keskiarvo' tarkoitetaan keskiarvoa, joka saadaan jakamalla havaintojen summa havaintojen lukumäärällä. Voi kuitenkin olla tilanteita, joissa on mahdollisesti asianmukaisempaa käyttää muita kuvailevia tilastoja (mediaani tai moodi). Esimerkiksi kun 25 yrityksen markkinoilla 21 yritystä perii 50 euron hintaa ja neljä 75 euron hintaa, 50 euron moodihinta (otoksessa useimmin havaittu hinta) saattaa edustaa paremmin markkinahintaa kuin 54 euron keskiarvo (tässä esimerkissä moodihinta on sama kuin mediaanihinta, joka on keskitason yrityksen perimä hinta).

näillä markkinoilla maksamat kuukausittaiset keskimääräiset hinnat *samojen kuukausien* aikana voivat muodostaa asianmukaisen viitekohdan (eli tammikuun tietoja verrataan tammikuun tietoihin, toukokuun tietoja toukokuun tietoihin jne.). Vertailtaessa tietoja samoilta kuukausilta vuoden aikaiset kausierot poistuvat ja vertailusta tulee luotettavampi. Jos kuukausittaiset hintaerot ovat pieniä, koko vuoden 2009 keskimääräistä hintaa vertailumarkkinoilla voidaan pitää asianmukaisena indikaattorina. On myös mahdollista, että saatavilla on ainoastaan vuotuisia tietoja tai muita keskimääräisiä tietoja (esim. toimialan yhteenkootut tiedot). Jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmissä voidaan yleisesti sallia osapuolille keskimääräisten tietojen käyttäminen, mutta antaa vastaajalle mahdollisuus osoittaa merkittävien erojen esiintyminen, ja niissä voidaan vaatia käyttämään tarkemmin eriteltyjä tietoja, jos niitä on saatavilla.

67. Toinen yksinkertainen tekniikka saada vertailuarvo useista havainnoista on lineaarinen interpolointi. Kun ajallisessa vertailussa on saatu hintasarjoja rikkomista edeltävältä ja sen jälkeiseltä ajanjaksolta, 'hinta ilman rikkomista' tai 'kontrafaktuaalinen hinta' rikkomisajanjakson aikana voidaan arvioida vetämällä viiva rikkomista edeltävän hinnan ja rikkomisen jälkeisen hinnan välille, kuten jäljempänä olevassa kuviossa osoitetaan. Tältä viivalta voidaan lukea vertailuarvo kaikille merkityksellisille ajankohdille rikkomisajanjakson aikana. Verrattuna yhden keskiarvon laskemiseen hinnalle koko rikkomisajanjakson aikana interpoloinnin avulla on mahdollista huomioida jossain määrin sellaiset hintakehityksessä ajan mittaan esiintyvät suuntaukset, jotka eivät johdu rikkomisesta. Vertailutietojen lukeminen interpolointiviivalta antaa sen vuoksi tarkempia tuloksia kuin ajanjakson keskimääräisen arvon käyttäminen, esimerkiksi tapauksissa, joissa vaaditaan vahingonkorvauksia sellaisista liiketoimista (tai muista tapahtumista), jotka tapahtuivat ainoastaan rikkomisajanjakson alussa tai lopussa.⁶⁰ Seuraavassa kuviossa on yksinkertainen esimerkki lineaarisesta interpoloinnista (katkoviiva osoittaa interpoloidun hinnan ilman rikkomista, normaali viiva todelliset hinnat):



Lineaarinen ekstrapolointi toimii interpoloinnin tavoin, mutta siinä viivaa jatketaan joko ainoastaan rikkomista edeltävistä tai ainoastaan sen jälkeisistä tiedoista eteenpäin.⁶¹

⁶⁰ Interpoloinnilla on etuja keskiarvojen käyttämiseen verrattuna myös silloin, kun liiketoimet (tai muut tapahtumat) jakautuvat epätasaisesti rikkomisajanjaksolle.

⁶¹ Ekstrapoloinnilla jatketaan joko ennen rikkomista tai sen jälkeen vallinnutta suuntausta. Esimerkiksi jos kolmena viimeisenä vuotena ennen kartellia hinnat olivat 12 euroa, 13,20 euroa ja 14,52 euroa (10

68. Joissakin tilanteissa voi olla suhteellisen yksinkertaista määrittää erottava tekijä rikkomisen kohteena olevien markkinoiden (tai ajanjakson) ja vertailumarkkinoiden (tai ajanjakson) välillä ja tehdä vastaava korjaus vertailutiedon arvoon. Esimerkiksi tietyt markkinoilla esiintyvät kausivaikutukset tai vaikutukset, jotka ovat seurausta tuotantopanosten hintojen tai valuuttakurssien muuttumisesta, voivat olla muodoltaan ja suuruudeltaan sellaisia, että ne voidaan joissakin tapauksissa tunnistaa suhteellisen helposti osapuolen sisäisistä liikeasiakirjoista tai muista lähteistä, kuten asiantuntijalausunnoista. Näissä tapauksissa yksinkertaisen lineaarisen interpoloinnin suoraa viivaa olisi korjattava tällaisten seikkojen huomioimiseksi.⁶²

2) Regressioanalyysi

a. Regressioanalyysin käsite ja tarkoitus

69. Regressioanalyysin avulla tutkitaan taloudellisten muuttujien välistä yhteyttä tilastollisilla menetelmillä ja mitataan, missä määrin tiettyyn kiinnostavaan muuttujaan⁶³ (esim. jauhokartelliesimerkissä jauhun hinta⁶⁴) vaikuttavat rikkomisen lisäksi muut muuttujat, joihin rikkominen ei ole vaikuttanut⁶⁵ (esim. raaka-ainekustannukset, asiakkaiden kysynnän vaihtelu, tuotteen ominaispiirteet ja markkinoiden keskittymisaste)⁶⁶. Näin ollen regressioanalyysin avulla on mahdollista arvioida, ovatko muut havaittavissa olevat tekijät kuin rikkominen vaikuttaneet ja kuinka paljon ne ovat vaikuttaneet rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla rikkomisajankohdan aikana havaitun kiinnostavan muuttujan arvon ja vertailumarkkinoilla tai vertailuajanjakson aikana havaitun arvon väliseen eroon. Regressioanalyysin avulla voidaankin huomioida vaihtoehtoiset syyt vertailtujen tietosarjojen väliseen eroon. Kaikissa vertailuun perustuvissa menetelmissä voidaan periaatteessa soveltaa regressioanalyysia edellyttäen, että havaintoarvoja on riittävästi.⁶⁷
70. Regressioanalyysissa useita kiinnostavaa muuttujaa ja todennäköisiä vaikuttavia muuttujia koskevia havaintoarvoja tarkastellaan tilastotekniikoiden avulla. Havaittu suhde esitetään tavallisesti yhtälön muodossa (niin sanottu regressioyhtälö tai regressiomalli). Tämän yhtälön avulla on mahdollista arvioida vaikuttavien muuttujien vaikutus kiinnostavaan muuttujaan ja erottaa ne rikkomisen vaikutuksista. Regressioanalyysissa arvioidaan, kuinka voimakkaasti merkitykselliset muuttujat

prosentin nousu joka vuosi), voitaisiin yksinkertaisesti arvioida, että kahden kartellivuoden hinnat olisivat olleet 15,97 euroa ja 17,57 euroa. Tarkempi arvio vallitsevasta suuntauksesta olisi mahdollista saada käyttämällä regressioanalyysia.

⁶² Tiedoista riippuen tällaiset korjaukset olisi mahdollista tehdä kehittyneemmällä tavalla käyttämällä regressioanalyysia, kuten seuraavassa luvussa selitetään.

⁶³ Kutsutaan myös selitettäväksi muuttujaksi tai riippuvaksi muuttujaksi.

⁶⁴ Mahdollisia muita kiinnostavia muuttujia, joihin regressioanalyysia voidaan soveltaa, ovat muun muassa myyntimäärät, markkinaosuudet tai voittomarginaalit (kun kyse on esim. markkinoilta suljetusta kilpailijasta, joka hakee vahingonkorvausta myynnin vähentymisen johdosta saamatta jääneiden voittojen tai marginaalien pienentymisen vuoksi) ja tuotantokustannukset (jotka voivat olla merkityksellisiä myös arvioitaessa saamatta jäänyttä voittoa).

⁶⁵ Kutsutaan myös nimellä selittävä muuttuja tai vaikuttava muuttuja.

⁶⁶ Muita kiinnostavaa muuttujaan vaikuttavia tekijöitä voivat olla esimerkiksi asiakkaiden koko ja tilausten suuruus, tuotantoteknologia, tuotetta tarjoavien yritysten koko ja kustannusrakenne tai mainoskulut.

⁶⁷ Tilastotieteen menetelmien mielekäs soveltaminen edellyttää, että havaintoarvoja on riittävästi. Tällaisia havaintoarvosarjoja on mahdollista saada (ajallisessa vertailussa) useina aikoina tehdyistä havainnoista tai (tietynä ajankohtana suoritettavassa vertailussa) useita vertailumarkkinoita, yrityksiä tai liiketoimia koskevista havainnoista, tai yhdistämällä nämä kaksi vaihtoehtoa (useita markkinoita, yrityksiä tai liiketoimintoja koskevat havainnot eri ajoilta).

ovat riippuvaisia⁶⁸ toisistaan. Tämä riippuvuussuhde voi joissakin tapauksissa viitata siihen, että toisella muuttujalla on kausaalinen vaikutus toiseen.⁶⁹

71. On olemassa kaksi päälähestymistapaa regressioanalyysin toteuttamiselle arvioitaessa vahingonkorvauksen suuruutta. Valinta riippuu siitä, laaditaanko regressioyhtälö pelkästään rikkomisen ulkopuolisia ajanjaksoja (markkinoita) koskevien tietojen perusteella vai käytetäänkö yhtälössä niiden lisäksi myös tietoja rikkomisajanjaksolta (-markkinoilta). Jos käytetään ainoastaan tietoja rikkomisen ulkopuolisilta ajanjaksoilta, regressioanalyysillä ”ennustetaan” kiinnostavaan muuttujaan rikkomisajanjaksolla kohdistuva vaikutus tämän ajanjakson ulkopuolella havaitun mallin perusteella (ennustava lähestymistapa).⁷⁰ Jos arvioinnissa käytetään lisäksi myös rikkomisajanjaksoa (-markkinoita) koskevia tietoja, rikkomisen vaikutus esitettäisiin regressioyhtälössä erillisellä muuttujalla (niin sanottu dummy-muuttuja).⁷¹
72. Tapaukseen liittyvistä olosuhteista riippuu, onko asianmukaisempaa soveltaa ennustavaa lähestymistapaa vai dummy-muuttujaan perustuvaa lähestymistapaa. Erityisesti on huomattava, että ennustavan menetelmän etuna on tosin se, että se mahdollistaa sellaisen regressiomallin valinnan, joka perustuu ainoastaan havaintoihin rikkomisen ulkopuoliselta ajanjaksolta (joita rikkomisen vaikutukset eivät koske), mutta käyttämällä tietoja molemmilta ajanjaksoilta/markkinoilta voi olla mahdollista päästä tarkempaan ja virheettömämpään arvioon tarkasteltavina olevista parametreista, erityisesti jos saatavilla on rajoitetusti tietoja rikkomisen ulkopuolelta tai ne eivät kuvaa täydellisesti kyseisen toimialan dynamiikkaa. Käytännössä nämä menetelmät voidaan usein yhdistää, esimerkiksi valitsemalla malli rikkomista edeltävän ajanjakson perusteella ja arvioimalla dummy-muuttujaregressio käyttämällä tietoja molemmilta ajanjaksoilta (ja sallimalla muiden vaikuttavien muuttujien vaikutusten vaihtelu rikkomisajanjaksolla ja rikkomisen ulkopuolisella ajanjaksolla, jos se on tarkoituksenmukaista).
- b. Esimerkkejä*
73. Regressioanalyysin perusvaiheita voidaan havainnollistaa yksinkertaisella esimerkillä, jossa tarkastellaan ainoastaan yhtä potentiaalista vaikuttavaa muuttujaa. Oletetaan, että edellä mainitussa jauhokartelliesimerkissä leipomoiden mylly-yhtiöille kartelliajanjakson aikana maksamia hintoja verrataan hintoihin, joita leipomot maksoivat mylly-yhtiöille rikkomista edeltävällä ajanjaksolla, ja että tämä vertailu osoittaa hintojen nousseen 20 prosenttia rikkomisajanjakson aikana. Oletetaan myös, että on merkkejä siitä, että tämä hinnannousu ei johdu yksinomaan kartellista vaan rikkomisajanjakson aikana myös tärkeän tuotantopanoksen (vilja) hinta on noussut merkittävästi. Sen vuoksi ei ole selvää, missä määrin jauhון hinnan nouseminen johtuu rikkomisesta ja missä määrin tuotantopanostuskustannusten lisääntymisestä (viljan hinnan nouseminen).
74. Tämä epävarmuus voisi olla mahdollista poistaa käyttämällä tietoja toiselta ajanjaksolta tai sellaisilta markkinoilta, joilla tuotantopanostuskustannukset (viljan

⁶⁸ Usean muuttujan regressioanalyysissä (ks. jäljempänä) osoitettu korrelaatio on ehdollinen, toisin sanoen muiden muuttujien vaikutus on siinä vakioitu.

⁶⁹ Edellyttäen että tämä on sopusoinnussa johdonmukaisten taloudellisten puitteiden ja muiden kvalitatiivisten ja kvantitatiivisten todisteiden kanssa.

⁷⁰ Ennustavaa lähestymistapaa kutsutaan joskus myös residuaalimallilähestymistavaksi. Tästä lähestymistavasta on esimerkki jäljempänä 79 kohdassa olevassa kuviossa.

⁷¹ Tällaisella dummy-muuttujalla mitataan, onko kiinnostavan muuttujan arvo noussut rikkomisajanjakson aikana.

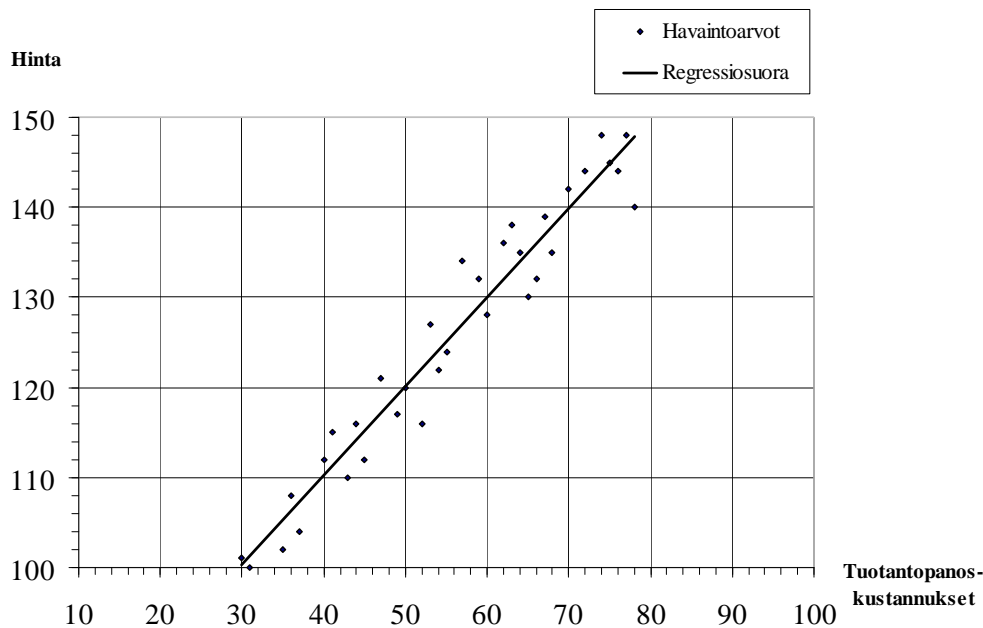
hinta) eivät muuttuneet niin paljon ja joilla ei esiintynyt rikkomista, mutta tämä ei ehkä ole mahdollista kaikissa tilanteissa.⁷² Regressioanalyysin avulla voidaan ottaa huomioon tuotantopanostusten vaihtelu osoittamalla tuotantopanostusten ja jauhon hinnan välinen tilastollinen suhde. Tätä tarkoitusta varten voitaisiin tarkastella havaintoarvoja, jotka koskevat tuotantopanostuksia (viljan hinnat) ja jauhon hintaa rikkomisen vaikutusalan ulkopuolisella ajanjaksolla.⁷³ Soveltamalla tilastotekniikkoja näihin havaintoarvoihin on mahdollista laatia malli siitä, kuinka viljan hinta vaikutti jauhon hintaan ajanjaksolla, jolloin rikkomisen ei vaikuttanut jauhon hintaan. Sitten on mahdollista päätellä jauhon hinnan ja viljan hinnan välinen tilastollinen suhde tällä ajanjaksolla. Soveltamalla tätä suhdetta jauhon hintoihin rikkomisajanjaksolla on mahdollista poistaa se osa jauhon hinnan noususta, joka ei johdu rikkomisesta vaan tuotantopanostusten muuttumisesta. Näin voidaan ”ennustaa” se jauhon hinta, johon ei sisälly kartellin perimää ylihintaa mutta sisältyy korkeampien tuotantopanostusten aiheuttama hinnannousu.

75. Seuraavassa kuviossa annetaan yksinkertainen esimerkki siitä, kuinka tilastollinen suhde päätellään. Kuviossa esitetään useita havaintoarvoja tuotantopanostuksille (viljan hinta) ja vastaava jauhon hinta samana ajankohtana rikkomisen ulkopuolisella ajanjaksolla. Esimerkiksi yhtenä ajankohtana viljan hinta oli 60 euroa ja jauhon hinta 128 euroa. On mahdollista laskea kaikkia havaintoarvoja parhaiten kuvaavat viivan koordinaatit viljan hinnan ja jauhon hinnan välisen tilastollisen suhteen (korrelaation) osoittamiseksi. Tämä suhde ilmaistaan seuraavassa kuviossa viivana, ja se voidaan ilmaista myös yhtälönä, kuten tavallisesti tehdäänkin.⁷⁴ Tämän viivan jyrkkyys osoittaa, mikä jauhon hinnan nousu on yhteydessä tiettyyn viljan hinnan nousuun. Kuviossa esitetyssä esimerkissä havaittu suhde osoittaa, että esimerkiksi viljan hinnan nouseminen 50 eurosta 60 euroon vastaa jauhon hinnan nousemista 120 eurosta 130 euroon. Koska tuotantopanostusten nouseminen 10 eurolla on yhteydessä jauhon hinnan nousemiseen 10 eurolla, tilastollinen suhde osoittaa, että tuotantopanostuksen nousu siirtyy kokonaan hintaan.

⁷² Esimerkiksi siitä syystä, että luotettavia tietoja muilta ajanjaksoilta (tai markkinoilta) ei ole saatavilla tai muiden ajanjaksojen aikana (tai muilla markkinoilla) muut markkinapiirteet olivat tuntuvasti erilaiset.

⁷³ Jäljempänä 82 kohdassa käsitellään sitä, olisiko tarkasteltava myös rikkomisajanjaksoa (-markkinoita) koskevia tietoja.

⁷⁴ Arvioimalla hinnan (kiinnostava muuttuja) ja tuotantopanostusten (vaikuttava muuttuja) välinen regressio saadaan tämän viivan koordinaatit. Tässä esimerkissä käytetään tavallista pienimmän neliösumman menetelmää (PNS) koordinaattien laskemiseksi suoralle, joka sijaitsee mahdollisimman lähellä (pienin neliösumma) kuvion pisteitä. Pienimmän neliösumman menetelmä on tavallinen tilastotieteen menetelmä lineaarisen regressiomallin parametrien estimoimiseksi.



76. Kun tiedetään tapa, jolla tuotantopanosp-kustannukset (viljan hinta) vaikuttivat jauhon hintaan rikkomisajanjakson ulkopuolella, on mahdollista arvioida ("ennustaa"), kuinka paljon näiden kustannusten havaitut korkeammat arvot (viljan hinnat) rikkomisajanjaksolla vaikuttivat jauhon hintaan. Näiden vaikutusten jättäminen hintavertailun ulkopuolelle mahdollistaa rikkomisen aiheuttaman ylihinnan arvioinnin luotettavammin kuin ilman regressioanalyysia. Jos jauhon hinta edellä mainitussa esimerkissä oli rikkomisajanjaksolla 140 euroa ja rikkomista edeltävällä ajanjaksolla 120 euroa, mutta tuotantopanosp-kustannus (viljan hinta) on noussut 50 eurosta 60 euroon, jauhon todennäköinen hinta ilman kartellia ei olisi ollut 120 euroa vaan 130 euroa.
77. Kuvailussa esimerkissä on käsitelty ainoastaan yhden muun muuttujan (viljan hinta tuotantopanosp-kustannuksena) vaikutusta kiinnostavaan muuttujaan (jauhon hinta), mutta kilpailuasioita koskevassa regressioanalyysissa on tavallisesti huomioitava useita muita tekijöitä, jotka vaikuttavat kiinnostavaan muuttujaan (usean muuttujan regressioanalyysi⁷⁵). Tässä tilanteessa tarvitaan tietoja, jotka kuvastavat kaikkia muitakin merkityksellisiä vaikuttavia muuttujia, ja näiden tietojen perusteella on laadittava regressioyhtälö, joka kuvastaa niiden suhdetta kiinnostavaan muuttujaan. Esimerkiksi edellä mainitussa jauhokartelliesimerkissä on mahdollista, että rikkomisajanjakson aikana mylly-yhtiöt eivät pelkästään maksaneet korkeampia hintoja viljasta vaan lisäksi niiden energia- ja työvoimakustannukset nousivat ja ne ottivat käyttöön tehokkaamman jauhatu- ja pakkausteknologian. Kaikki nämä tekijät ovat saattaneet vaikuttaa niiden leipomoille kartellin aikana myymän jauhon hintaan. Jotta voidaan määrittää tilastollinen malli, joka kuvaa sitä, miten nämä tekijät vaikuttivat jauhon hintaan, on analysoitava kutakin tällaista vaikuttavaa muuttujaa koskevia havaintoarvosarjoja.
78. Regressioanalyysissa on tärkeää tarkastella kaikkia muuttujia, jotka ovat merkityksellisiä kyseisessä tapauksessa. Oletetaan, että joko vastaaja tai kantaja

⁷⁵ Kutsutaan myös nimellä 'monimuuttujaregressioanalyysi' vastakohtana 'yhden muuttujan regressioanalyysille', jota käytettiin edeltävässä esimerkissä.

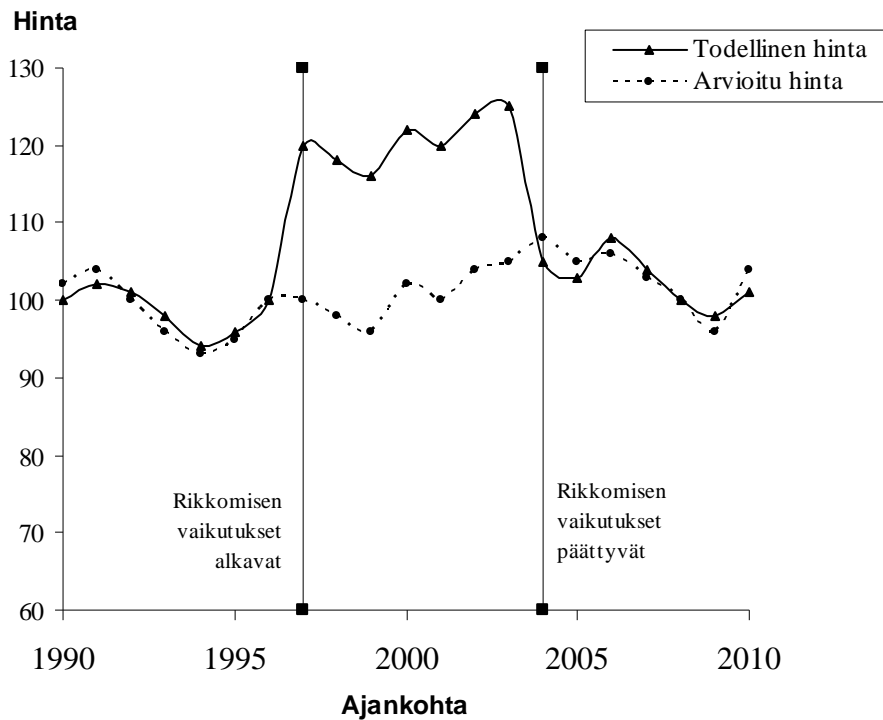
käyttää myllyn ennen rikkomista ja sen aikana jauhosta perimien hintojen vertailussa monimuuttujaregressioanalyysia erottaakseen edellä mainittujen tekijöiden (viljan hinta, energia- ja työvoimakustannukset sekä jauhatu- ja pakkausteknologia) mahdollisen vaikutuksen jauhon hintaan. Jos kartellin aikana kuitenkin tapahtui merkittävä muutos kysynnässä (esim. leipomoiden jauhon kysyntä kasvoi seurauksena siitä, että asiakkaat ostivat enemmän leipomotuotteita) ja tämän tapahtuman vaikutusta ei ole otettu huomioon regressioyhtälössä, arvio rikkomisen vaikutuksesta on todennäköisesti harhainen huolimatta siitä, että regressioanalyysi on muutoin kattava.⁷⁶ Sovellettavassa kansallisessa lainsäädännössä on määritettävä tehokkuusperiaatteen mukaisesti, mille osapuolelle lankeaa taakka esittää ja todistaa tosiseikat, kuten edellä mainittu muutos kysynnässä tai regressioanalyysissa tarkasteltujen muuttujien täydellisyys.

79. Perustan vahingonkorvauksen suuruuden määrittämiselle regressioanalyysia käyttäen muodostaa näin ollen kiinnostavan muuttujan (esim. hinta) ja merkityksellisen selittävän muuttujan (selittävien muuttujien) välinen tilastollinen suhde, joka ilmaistaan regressioyhtälönä. Kun käytetään ennustavaa lähestymistapaa⁷⁷, ensimmäisenä vaiheena on regressioyhtälön arvioiminen käyttämällä rikkomisajanjakson ulkopuolisia tietoja. Toisessa vaiheessa tätä regressioyhtälöä ja rikkomisajanjakson aikana havaittuja merkityksellisten muuttujien arvoja käyttämällä voidaan arvioida hinta, jonka vahingonkärsijät olisivat todennäköisesti maksaneet ilman rikkomista. Kolmannessa vaiheessa tämän ilman rikkomista todennäköisen hinnan ja vahingonkärsijöiden todellisuudessa maksaman hinnan välinen ero antaa arvion rikkomisesta johtuvasta ylihinnasta. Seuraavassa kuviossa esitetään toinen ja kolmas vaihe. Dummy-muuttujaan perustuvaa lähestymistapaa sovellettaessa regressioanalyysissa yhdistetään edellä kuvaillut kolme vaihetta.⁷⁸

⁷⁶ On kuitenkin tärkeää, ettei regressiomalliin pelkästään oteta mukaan kaikkia merkityksellisiä tekijöitä vaan myös jätetään pois ne muuttujat, jotka lähtökohtaisesti ovat merkityksettömiä (alan tietämyksen perusteella). Jos mukaan otetaan merkityksettömiä muuttujia mallissa esiintyvän hintavaihtelun selittämiseksi, se voi itse asiassa johtaa vahingonkorvausarvioiden pienentymiseen väärin perustein (jopa nollaan).

⁷⁷ Vaihtoehtoinen lähestymistapa on dummy-muuttujaan perustuva lähestymistapa; ks. edellä oleva 71 kohta. Toisin kuin ennustavassa lähestymistavassa, dummy-muuttujaan perustuvassa lähestymistavassa arvioidaan rikkomisen vaikutus yhdessä vaiheessa suorittamalla regressioanalyysi, jossa käytetään tietoja sekä rikkomisajanjaksolta että sen ulkopuoliselta ajanjaksolta. Edellä esitetyssä esimerkissä tällä lähestymistavalla arvioitaisiin kartellin vaikutusta kartellijakson aikana havaittuna hinnan nousuna (dummy-muuttujan kerroin regressioyhtälössä) eikä sitä selitetä muutoksina muissa vaikuttavissa muuttujissa, kuten raaka-ainekustannuksissa.

⁷⁸ Tässä tapauksessa regressioyhtälö arvioidaan käyttämällä tietoja sekä rikkomisajanjaksolta että sen ulkopuoliselta ajanjaksolta, ja se ilmaisee suoraan, kuinka kiinnostava muuttuja muuttui rikkomisajanjaksolla, kun on otettu huomioon muiden selittävien muuttujien vaikutus.



80. Tässä kuviossa esitetty regressioanalyysi perustuu ennustavaan lähestymistapaan, jossa regressio suoritetaan rikkomisajanjaksoa edeltävän ja sen jälkeisen ajanjakson tiedoilla hinnan ja merkityksellisten eri selittävien muuttujien (tuotantopanostuskustannukset ja muut merkitykselliset tekijät) välisen tilastollisen suhteen määrittämiseksi yhtälönä. Käyttämällä tätä yhtälöä ja merkityksellisten selittävien muuttujien havaittuja arvoja saadaan arvioitu hinta, joka todennäköisesti olisi vallinnut ilman rikkomista (katkoviiva). Yhtenäinen viiva kuvaa todellisuudessa havaittua hintaa. Yhtenäisen viivan ja katkoviivan välinen ero rikkomisajanjakson aikana osoittaa arvioidun ylihinnan. Rikkomisajanjakson ulkopuolinen katkoviiva on myös saatu regressioyhtälöllä, ja sitä voidaan käyttää regressiomallin ennustuskyvyn arvioimiseen vertaamalla sitä todellisuudessa havaittuihin rikkomisen ulkopuolisiin hintoihin (yhtenäinen viiva).

c. *Regressioanalyysin soveltamista koskevat vaatimukset*

81. Regressioanalyysin suorittaminen edellyttää muuttujien välisen suhteen mittaamisessa, asianmukaisen regressioyhtälön laatimisessa ja parametrien täsmällisyyden laskennassa käytettävien eri tilastotekniikkojen tuntemusta. Lisäksi kyseessä olevan toimialan hyvä tuntemus on tarpeen, jotta ensinnäkin pystytään muotoilemaan paikkansa pitävät hypoteesit regressioyhtälöä laadittaessa ja valitsemaan oikein ne tekijät, jotka todennäköisesti ovat vaikuttaneet merkittävästi kiinnostavaan muuttujaan (ja jotka sen vuoksi olisi otettava mukaan analyysiin). Toimialan tunteminen on tärkeää myös sen vuoksi, että olisi mahdollista valita asiantuntevasti tietyssä tilanteessa käytettävä tilastotekniikka, esimerkiksi epätavallisten havaintojen (vieraat havainnot) tai muiden tietosarjoissa esiintyvien erityisten piirteiden huomioimiseksi. Erityisesti silloin kun rikkomisen on vaikuttanut myös vaikuttaviin muuttujiin, voidaan saada harhaisia tuloksia, jos tätä

seikkaa ei oteta huomioon esimerkiksi soveltamalla erityisiä tilastotekniikkoja⁷⁹ tai käyttämällä havaintoja rikkomisajanjakson tai -markkinoiden ulkopuolelta.⁸⁰

82. Jollei havaintoja ole riittävästi, tilastollisessa analyysissä ei voida määrittää taloudellisten muuttujien välisiä suhteita. Jotta voitaisiin määrittää vaikuttavien muuttujien vaikutus kiinnostavaan muuttujaan, on sen vuoksi oltava käytettävissä riittävästi havaintoja kaikista tarkasteltavista muuttujista. Regressioanalyysi vaatiikin yleensä kattavia tietoja. Tilastotekniikat voivat kuitenkin auttaa täyttämään joitakin aukkoja havaintoaineistossa tai poistamaan niiden tulkintaan liittyviä harhoja⁸¹, ja voi olla tilanteita, joissa myös suppeampi havaintoaineisto on mielekäs.
83. Periaatteessa havaintoja voidaan koota eri kokoonpanotasoissa. Esimerkiksi analysoitaessa hinnan ja tuotantopanostuskustannuksen välistä suhdetta voitaisiin tarkastella joko yksittäisissä liiketoimissa perittyä hintaa, toimialan vuotuisia keskihintoja tai yritystason kuukausittaisia tietoja koskevia datasarjoja ja joko yksittäisiä yksikkökohtaisia tuotantopanostuskustannuksia tai toimialan keskimääräisiä kustannuksia koskevia datasarjoja. Eriteltyjen tietojen käyttäminen mahdollistaa useampien havaintojen analysoinnin, ja näin ollen voidaan saada tarkempia arvioita. Kun eriteltyjä tietoja ei ole olemassa tai regressioanalyysin toteuttavan osapuolen saatavilla, yhdisteltyjen tietojen analysointi voi antaa valaisevia tuloksia, erityisesti jos yhdisteltyjen tietojen frekvenssi on suuri.
84. Havaintojen riittävyys ja tietojen kokoonpanotaso ovat esimerkkejä siitä, kuinka tärkeitä tekijöitä tietojen luotettavuus ja merkityksellisyys ovat taloudellisen analyysin kannalta. Useimmat tietokokonaisuudet ovat kuitenkin puutteellisia, eikä kaikkia merkityksellisiä tietoja ehkä havaita tai mitata suurella tarkkuudella. Sen vuoksi on asianmukaista ottaa nämä puutteet nimenomaisesti huomioon. Tiedoissa olevat puutteet eivät saisi estää taloudellisen analyysin ottamista asianmukaisella tavalla huomioon, vaikka päätelmien tekemisessä onkin noudatettava varovaisuutta.⁸²
85. Kun regressioanalyysia käytetään asianmukaisesti ja se perustuu riittäviin havaintoihin, sen avulla voidaan tuntuvasti parantaa vahingonkorvauksen suuruuden arviointia vertailuun perustuvien menetelmien kautta. On kuitenkin korostettava, että myös erittäin kehittyneet regressioyhtälöt perustuvat olettamuksiin ja sen vuoksi pystyvät tuottamaan ainoastaan arvioita (kuten kaikki hypoteettisen tilanteen ennustamiseksi käytetyt tekniikat). Hyvänä käytäntönä on tarkastella olettamuksia, joihin regressioyhtälö perustuu, sillä jotkin olettamukset voivat olla asianmukaisempia kuin toiset tiettyssä tilanteessa ja voivat johtaa hyvinkin erilaisiin tuloksiin.
86. Yksi keino ratkaista arvioon liittyvä epävarmuus on ilmoittaa tulokset vaihteluvälinä ("hintaa, joka saataisiin skenaariossa ilman rikkomista, on 9–11 euroa") eikä tarkkana arviona ("hintaa, joka saataisiin skenaariossa ilman rikkomista, on 10 euroa"). Luottamusvälin käsitettä, joka on tavallinen tilastotieteessä, käytetään kuvailemaan,

⁷⁹ Kuten instrumenttimuuttujamenetelmää, joka on ekonometrinen tekniikka, jota voidaan käyttää tällaisten harhojen poistamiseksi.

⁸⁰ Erityisesti käyttämällä edellä kuvailtua ennustavaa lähestymistapaa, jossa kontrafaktuaalin ennustamiseksi käytettyyn malliin sisällytettyjen vaikuttavien muuttujien arvoa korjataan rikkomisen vaikutuksella näihin muuttujiin.

⁸¹ Esim. kun havainto-otos ei ole täysin edustava.

⁸² Tietojen luotettavuuden ja merkityksellisyyden tärkeyttä selitetään tarkemmin kilpailun pääosaston asiakirjassa "Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases", joka on saatavilla verkkosivulla http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

kuinka todennäköisesti vaihteluväli sisältää todellisen arvon. Yleisenä käytäntönä taloustieteessä on, että kun on 95 prosentin todennäköisyys, että tietty vaihteluväli todella sisältää todellisen arvon, on kyse suuresta varmuudesta.

87. Samankaltainen tapa ratkaista arvioihin liittyvä epävarmuus on käyttää 'tilastollista merkitsevyyttä', joka on vakiintunut tapa selvittää, ovatko regressioanalyysissä saadut tulokset syntyneet vain sattumalta vai kuvastavatko ne aitoa korrelaatiota. Tämä edellyttää tietyn hypoteesin testaamista: vahingonkorvauskanteiden tapauksessa tällainen hypoteesi voisi olla esimerkiksi se, oliko kartellilla todellinen vaikutus hintoihin vai ei. Hypoteesia, jonka mukaan rikkomisella *ei* ollut vaikutusta (minkä vuoksi hinta ilman rikkomista ei eroa rikkomisskenaarion mukaisesta hinnasta), kutsutaan "nollahypoteesiksi". Regressioanalyysin avulla testataan sitten tätä nollahypoteesia. Regressioanalyysin tulosta pidetään tilastollisesti merkittävänä, kun nollahypoteesi voidaan hylätä, koska olisi erittäin epätodennäköistä, että havaitut tulokset johtuvat sattumasta. Sovitun käytännön mukaan vähintään 95 prosentin todennäköisyys, että nollahypoteesi hylätään, katsotaan taloustieteessä perusteeksi pitää tuloksia 'tilastollisesti merkittävänä'.
88. Kuten edellä kuvattiin, taloustieteissä on sekä 'luottamusvälin' että 'tilastollisen merkitsevyyden' osalta yleisenä käytäntönä käyttää todennäköisyyden raja-arvona 95:tä prosenttia. On syytä korostaa, että tämä on vain yleinen käytäntö ja että myös tiukemmat tai lievemmat raja-arvot (esimerkiksi 99 prosentin tai 90 prosentin todennäköisyys) voivat antaa hyödyllistä tietoa. Tämä johtuu siitä, että tilastollinen merkitsevyys määräytyy osittain aineistossa olevien havaintojen lukumäärän perusteella: jos kaikki muut tekijät ovat samoja, tilastollinen merkitsevyys kasvaa otoksen suurentuessa. On hyvän käytännön mukaista ilmoittaa valittu todennäköisyyden raja-arvo. Vahingonkorvauskanteessa tuomioistuimen tehtävä on päättää sovellettavan lainsäädännön nojalla regressioanalyysin todistusarvo ja mitä prosessuaalisia seurauksia (erityisesti tosiseikkojen esittämisen ja näytön osalta) tällaiseen analyysiin voi sisältyä.
89. Suoritetaanko oikeustapauksessa regressioanalyysi ja kuka sen suorittaa ja missä vaiheessa riippuu muun muassa tietojen olemassaolosta ja saatavuudesta sekä niistä sovellettavan lainsäädännön säännöistä, jotka liittyvät tosiseikkojen esittämistä koskeviin vaatimuksiin, todisteiden esittämiseen, näyttökynnykseen sekä todistustaakan jakautumiseen kantajan ja vastaajan kesken.
90. Edellä mainittuja regressioanalyysin erilaisia muotoja (71 kohta ja sitä seuraavat kohdat) kutsutaan joskus suppeiksi lähestymistavoiksi, sillä niissä arvioidaan suoraan yhtälön parametreja, jotka puolestaan on saatu muista taloudellisista suhteista (esim. tarjonnan ja kysynnän vuorovaikutus), joita ei ole mallinnettu selkeästi. Vaihtoehtoisesti ekonometriset mallit voidaan laatia siten, että niillä arvioidaan tällaisia taustalla olevia taloudellisia suhteita. Tällaiset ekonometriset mallit, joita kutsutaan tavallisesti rakenteellisiksi, perustuvat usein erittäin voimakkaisiin olettamuksiin, mutta ne voivat kuitenkin tuottaa syvällisempiä tietoja kyseessä olevista markkinoista ja muodostaa olennaisen osan simulaatioita vahingonkorvauksen suuruuden arvioimiseksi (kuten III.A luvussa tarkemmin esitetään).

3) Tekniikan valinta

91. Edellä 1 ja 2 luvussa kuvailtiin erilaisia tekniikkoja, joiden avulla vertailuun perustuvia menetelmiä voidaan soveltaa käytännössä. Tekniikan valinta riippuu yleensä useista tekijöistä, erityisesti oikeudellisista vaatimuksista ja tapaukseen

liittyvistä tosiseikoista. Näyttökynnystä ja todistustaakkaa koskevilla seikoilla on käytännössä todennäköisesti hyvin suuri merkitys.

92. Ekonometriset tekniikat voivat parantaa vahingonkorvauksen suuruutta koskevan arvion tarkkuutta ja auttaa täyttämään sovellettavissa säännöissä mahdollisesti vaaditun korkeamman näyttökynnyksen. Se, onko regressioanalyysi laadittava (mahdollisesti muiden saatavilla olevien todisteiden lisäksi) näyttökynnyksen täyttämiseksi ja mikä osapuoli kantaa todistustaakan tältä osin, riippuu sovellettavasta lainsäädännöstä, EU:n oikeuden tehokkuusperiaate mukaan luettuna. Olisi otettava huomioon, että ekonometrisen analyysin suorittaminen edellyttää tavallisesti suurta määrää datahavaintoja, joita ei aina ole saatavilla. Lisäksi on mahdollista, että tietyssä oikeudenkäyntitilanteessa sovellettava näyttökynnys ei edellytä sitä, että todistustaakan kantavan osapuolen olisi mentävä edellä 1 luvussa mainittuja tekniikkoja pidemmälle. Tämä voisi johtua siitä, että kansallisessa oikeusjärjestelmässä katsotaan vertailtävien markkinoiden tai ajanjaksojen olevan riittävän samanlaiset ja yksinkertaisessa vertailussa saatavien vahingonkorvausarvioiden olevan riittävän tarkkoja sen suhteen, mitä osapuolen on osoitettava kyseisessä oikeudenkäyntitilanteessa. On myös mahdollista, että oikeusjärjestelmässä määrätään kantajan esittämän vahingonkorvausarvion ja kantajan saatavilla kohtuullisin keinoin olevan aineiston seurauksena todistustaakan siirtymisestä kantajalta vastaajalle. Tällaisessa tilanteessa vastaaja voi harkita regressioanalyysin suorittamista kantajan esityksen kiistämiseksi.
93. Suhteellisuusnäkökohdat voivat myös olla merkittäviä, sillä tietojen keräämisestä ja niiden ekonometrisesta analysoinnista voi aiheutua merkittäviä kustannuksia (kolmansien osapuolten kustannukset mukaan luettuina), jotka voivat olla suhteettomia tai jopa ylittää käsiteltävän vahingonkorvauksen suuruuden. Tällaisilla näkökohdilla voi olla merkitystä myös tehokkuusperiaatteen suhteen.⁸³
94. Tuomioistuimet EU:ssa ovat pääasiassa soveltaneet yksinkertaisella tavalla vertailuun perustuvia menetelmiä ilman regressioanalyysia, usein keskiarvojen perusteella.⁸⁴ Ne ovat myös hyväksyneet yksinkertaisia korjauksia havaittuihin arvoihin tapauksissa, joissa on suhteellisen helppoa havaita erottava tekijä rikkomisen kohteena olevien markkinoiden (tai ajanjakson) ja vertailumarkkinoiden (tai -ajanjakson) välillä. Tähän mennessä on saatu vähän kokemusta ekonometrisen analyysin suorittamisesta tuomioistuinten käsiteltävinä EU:ssa olevissa kilpailuasioihin liittyvissä vahingonkorvauskanteissa⁸⁵, vaikka tällaisista tekniikoista voi, kuten edellä esitetään, olla suurta hyötyä määritettäessä SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta johtuvaa vahinkoa.
95. Tuomioistuimet soveltavat EU:ssa toisinaan myös ns. varmuusvähennystä, toisin sanoen ne vähentävät havaituista arvoista summan, joka sovellettavan lainsäädännön vaatimusten mukaan on riittävä vahingonkorvausarvioon sisältyvän epävarmuuden huomioimiseksi.⁸⁶ Regressioanalyysia voidaan käyttää myös näiden mahdollisten

⁸³ Ks. edellä 1 osan 1 luvussa oleva 2 kohta.

⁸⁴ Keskiarvojen käyttö hyväksyttiin esim. Dortmundin alioikeuden (*Landgericht Dortmund*) 1. huhtikuuta 2004 asiassa N:o 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) tekemässä päätöksessä; WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Tuore esimerkki, joka koskee markkinoilta sulkemisen seurauksena menetettyjä voittoja, on Barcelonan kauppatuomioistuimen (*Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona*) 20. tammikuuta 2011 asiassa N:o 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.) tekemä päätös.

⁸⁶ Esimerkiksi mahdollisista muista tekijöistä aiheutuvien kiinnostavaan muuttujaan kohdistuvien vaikutusten poistamiseksi. Ks. esim. Berliinin ylioikeuden (*Kammergericht Berlin*) 1. lokakuuta 2009

muiden vaikuttavien tekijöiden huomioon ottamiseksi ja aiheutuneen vahingon alarajan määrittämiseksi.⁸⁷

III SIMULOINTIMALLIT, KUSTANNUKSIIN JA RAHOITUSANALYYSIIN PERUSTUVA ANALYYSI JA MUUT MENETELMÄT

96. Vertailuun perustuvien menetelmien rinnalla on muita menetelmiä, joilla voidaan tehdä arvio hypoteettisesta tilanteesta ilman rikkomista. Tällaisia muita menetelmiä ovat erityisesti markkinatulosten simulointi taloudellisten mallien perusteella (A) ja lähestymistapa, jossa todennäköinen skenaario ilman rikkomista arvioidaan tuotantokustannusten ja kohtuullisen voittomarginaalin perusteella (B).

A. Simulointimallit

97. Simulointimenetelmissä käytetään markkinakäyttäytymistä koskevia taloudellisia malleja. Taloudelliset tutkimukset siitä, kuinka markkinat toimivat ja kuinka yritykset kilpailevat keskenään, ovat osoittaneet, että tietyt ominaispiirteet omaavien markkinoiden tapauksessa on mahdollista ennustaa markkinavuorovaikutuksen todennäköiset tulokset, kuten todennäköiset hinta- tai tuotantotasot tai voittomarginaalit. Toimialan taloustieteenä tunnettu taloustieteen haara on kehittänyt erityyppisille markkinoille kilpailumalleja, joilla voidaan simuloida tällaisia tuloksia. Nämä mallit vaihtelevat monopolimalleista toiseen ääripäähän eli täydellisen kilpailun malleihin.
98. Näiden välissä olevat yritysten käyttäytymistä oligopolistisilla markkinoilla kuvaavat mallit ovat erityisesti kahden taloustieteilijän, Augustin Cournot'n ja Joseph Bertrandin, 1800-luvulla kehittämiä malleja. Bertrandin oligopolimallissa kuvaillaan markkinoita, joilla on suhteellisen vähän yrityksiä (ja suuret markkinoille tulon esteet) ja joilla yritykset kilpailevat hinnalla tuotantomäärien sijasta. Yritykset asettavat hintansa samanaikaisesti niiden hintojen perusteella, joita ne olettavat kilpailijoidensa perivän. Tässä mallissa hinnat nousevat tuotteiden erilaistamisasteen myötä. Cournot-oligopolimallilla kuvaillaan markkinoita, joilla on suhteellisen vähän yrityksiä (ja suuret markkinoille tulon esteet) ja joilla yritykset kilpailevat tuotantomäärillä. Ennen hinnan valitsemista ne vahvistavat tuotantomääränsä (tai kapasiteettinsa) samanaikaisesti sen perusteella, kuinka paljon ne olettavat toisten yritysten tuottavan. Cournot- ja Bertrand-malleista on johdettu lukuisia malleja. Tällaisia ovat erityisesti peliteoriaan⁸⁸ perustuvat dynaamiset oligopolimallit, joissa otetaan huomioon yritysten toistuva vuorovaikutus markkinoilla.⁸⁹
99. Hinnat ovat todennäköisesti korkeimmat (ja myyntimäärät pienimmät) monopolissa ja alhaisimmat (ja myyntimäärät suurimmat) täydellisen kilpailun tilanteessa.

asiassa N:o 2 U 10/03 Kart. tekemä päätös; Karlsruhen ylioikeuden (*Oberlandesgericht Karlsruhe*) 11. kesäkuuta 2010 asiassa N:o 6 U 118/05 tekemä päätös.

⁸⁷ Sellaisten vahingonkorvausarvioiden lisäksi, joissa on jo huomioitu muiden tekijöiden vaikutus, regressioanalyysillä mitataan myös näiden arvioiden tarkkuutta ('keskivirheiden' muodossa). Tämän perusteella voidaan saada arvioidun vahingonkorvauksen alarajat (ja ylärajat).

⁸⁸ Peliteoriassa tutkitaan sitä, kuinka ihmiset ja yritykset käyttäytyvät strategisissa tilanteissa, joissa niiden on otettava huomioon se, kuinka toiset vastaavat niiden toimiin.

⁸⁹ Yritysten välinen toistuva vuorovaikutus markkinoilla voi olla hyödyllistä ottaa huomioon tarkasteltaessa esimerkiksi yritysten koordinoitua käyttäytymistä tai uuden kilpailijan markkinoille tuloa.

Bertrand-oligopolit markkinoilla, joilla hyödykkeet ovat erilaistettuja⁹⁰, ja Cournot-oligopolit johtavat tavallisesti hintojen ja myyntimäärien asettumiseen jonnekin täydellisen kilpailun ja monopolin välimaastoon. Tarkka tulos riippuu muun muassa markkinoilla toimivien yritysten lukumäärästä ja markkinoille tulon esteistä, yritysten ja niiden tuotteiden erilaisuudesta ja muista tarkasteltavien markkinoiden ominaispiirteistä, kuten kysynnän luonteesta (erityisesti kuinka herkästi asiakkaat reagoivat hinnanmuutoksiin), sekä tuottajien kapasiteetista ja kustannusrakenteesta.

100. Tällaisten teoreettisten seikkojen perusteella, jotka yhdistävät markkinoilla esim. hintojen osalta saavutetun tuloksen tiettyihin markkinoiden ominaispiirteisiin, voidaan laatia simulointimalleja niiden hintojen (tai muiden muuttujien) arvioimiseksi, jotka olisivat todennäköisesti vallinneet markkinoilla, jollei SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomista olisi tapahtunut. Simulointimalli olisi laadittava siten, että siinä toistetaan a) merkityksellisimmät tarjontaan vaikuttavat tekijät (erityisesti tapa, jolla yritykset kilpailevat keskenään (kilpailullinen vuorovaikutus)⁹¹ ja yritysten kustannusrakenne) ja b) kysyntätekijät (erityisesti se, missä määrin asiakkaat reagoivat hinnanmuutoksiin). Nämä tekijät ilmaistaan yhtälösarjana, jossa on ilmoitettava useiden parametrien arvot. Nämä arvot voivat olla tunnettuja, ekonometrisesti arvioituja tai oletettuja siten, että mallin tulos vastaa joitakin havaittuja muuttujia. Kun käytetään simulointimallia tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion laatimiseksi, merkityksellinen markkinoiden rakenne ja muut merkitykselliset ominaispiirteet ovat ne, jotka olisivat vallinneet ilman rikkomista; ne voivat vastata rikkomisskenaariossa havaittua rakennetta ja muita havaittuja markkinoiden ominaispiirteitä, mutta ne voivat myös erota niistä jossain määrin.⁹²
101. Seuraavalla esimerkillä voidaan havainnollistaa simulointimallin käyttämistä vahingonkorvauksen suuruuden arvioimiseksi. Erilaistuneilla tuotemarkkinoilla (suklaakonvehdit) toimivan kartellin tapauksessa rikkomisen ulkopuoliset hinnat voitaisiin arvioida seuraavasti käyttämällä tietoja rikkomisen ulkopuoliselta ajalta. Ensin arvioitaisiin kuinka kunkin suklaatuotteen kysyntä muuttuu sen oman hinnan muuttuessa (hintajousto) ja kilpailevien tuotteiden hinnan muuttuessa (hintojen ristijousto).⁹³ Toiseksi päätettäisiin, mikä malli kuvastaa asianmukaisesti yritysten

⁹⁰ Homogeenisten hyödykkeiden markkinoilla, joilla ei ole kapasiteettirajoituksia, Bertrand-hintakilpailu sitä vastoin johtaa erittäin kovaan kilpailuun. Homogeeniset hyödykkeet ovat hyödykkeitä, jotka ovat laadultaan ja ominaispiirteiltään hyvin samanlaisia.

⁹¹ Käsitettä 'kilpailuvuorovaikutus' käytetään osoittamaan, millaista yritysten välinen kilpailu on, esimerkiksi (mutta ei pelkästään) Bertrand- tai Cournot-kilpailu, tai kuinka yritykset pidättäytyvät kilpailemasta keskenään (rikkoen kilpailusääntöjä kollusiivisen käyttäytymisen tapauksessa). Mallintamiseen soveltuvat myös markkinat, joilla hinnat muodostuvat huutokauppojen tai muiden tarjousmenettelyjen kautta, sillä kilpailijoiden välinen vuorovaikutus noudattaa usein vahvistettuja sääntöjä (erityisesti huutokauppojen tai muiden tarjousmenettelyjen, joihin rikkominen ei ole vaikuttanut, tuloksena olevia hintoja ja tuotantomääriä voitaisiin arvioida peliteoriaa soveltavilla oligopolimalleilla kilpailijoiden todennäköisen käyttäytymisen simuloimiseksi skenaariorissa ilman rikkomista).

⁹² Rikkominen on voinut johtaa markkinarakenteen muuttumiseen tai on voinut estää markkinoilla muutoksia, jotka muutoin olisivat tapahtuneet (esim. tehottoman kilpailijan poistuminen markkinoilta), joten (hypoteettiset) markkinoiden ominaispiirteet skenaariorissa ilman rikkomista eivät välttämättä ole samat kuin rikkomisskenaariossa havaitut. Lisäksi rikkomisen aikana havaitut markkinaosuudet voivat poiketa merkittävästi markkinaosuuksista, jotka olisivat vallinneet ilman rikkomista, sillä kartellin jäsenet voivat jakaa markkinoita keskenään.

⁹³ Tekniseltä kannalta tähän sisältyisi kysyntäjärjestelmän arvioiminen, mikä on esimerkki 90 kohdassa mainitusta rakenteellisesta ekonometrisestä analyysistä.

välistä kilpailullista vuorovaikutusta rikkomisen ulkopuolisella ajanjaksolla (esim. Bertrandin kilpailumalli suklaakonvehtiesimerkissä). Tämän perusteella voidaan laskea, millä hintatasolla yritysten voitot ovat mahdollisimman suuria ottaen huomioon kustannusparametrit (esim. rajakustannukset) ja kysyntäparametrit (esim. kysynnän määrä).⁹⁴ Näistä parametreista joidenkin arvoa voidaan sitten korjata siten, että se kuvastaa rikkomisajanjakson olosuhteita (esim. olettaen, että kaakaon hinta nousee 10 prosenttia). Kun kaikki nämä tiedot ilmaistaan yhtälönä, voidaan simuloida (olettaen, että yritykset pyrkivät maksimoimaan voittonsa), mitä hintoja kyseiset yritykset olisivat todennäköisesti perineet rikkomisajanjakson aikana. Sitten kartellin perimä ylihintaa voidaan arvioida havaittujen hintojen ja simuloitujen rikkomisen ulkopuolisten hintojen välisenä erona.

102. Tässä esimerkissä tarvitaan erittäin paljon tietoja ja oletuksia. Vahingonkorvauksen suuruutta voidaan arvioida yksinkertaisemmillaakin simulointimalleilla, mutta ne perustuvat voimakkaammin ratkaisevan tärkeisiin oletuksiin, joita on vaikea varmentaa. Esimerkiksi kartellista johtuvat vahingonkorvaukset voitaisiin laskea vertaamalla monopolihintoja (joiden tarkoituksena on kuvastaa hintoja kartellin aikana) Cournot-mallin mukaan odotettuihin hintoihin (joiden tarkoituksena on kuvastaa hintoja skenaariossa ilman rikkomista) ja käyttämällä aineistona esimerkiksi markkinaosuuksia, kustannuksia ja hintajoustoa markkinoilla. Tämä menetelmä on kuitenkin suuresti riippuvainen oletetusta kilpailuvuorovaikutuksesta rikkomisskenaariossa ja skenaariossa ilman rikkomista ja siihen sisältyy riski, että kilpailuvuorovaikutus ei riittävässä määrin kuvasta tapaa, jolla kartelli toimii rikkomisajanjakson aikana ja jolla kilpailu olisi toiminut markkinoilla ilman rikkomista.
103. Simulointimalleja voidaan käyttää markkinatulosten arvioimiseksi kartellien (tai muiden hintoja nostavien rikkomisten) lisäksi myös markkinoilta sulkevaa käyttäytymistä koskevista tapauksista. Esimerkiksi oligopolimallilla voitaisiin simuloida se myyntimäärä ja markkinaosuus, jonka markkinoilta suljettu kilpailija olisi saavuttanut, jos rikkomista ei olisi tapahtunut.
104. Kaikki markkinatuloksia simuloivat mallit arvioivat todellisuutta ja luottavat teoreettisiin ja usein myös faktuaalisiin oletuksiin markkinoiden ominaispiirteistä ja tuottajien ja asiakkaiden todennäköisestä käyttäytymisestä. Vaikka mallit perustuvatkin luonteeltaan todellisuuden pelkistämiseen, yksinkertaisetkin mallit voivat tietyissä tapauksissa tarjota arvokasta tietoa todennäköisistä vahingonkorvauksista. Sen vuoksi mallin perustumisen ilmeisen pelkistettyihin oletuksiin ei pitäisi riittää sen hylkäämisen syyksi; ennemminkin olisi tarkasteltava, kuinka jotkin pelkistetyistä oletuksista todennäköisesti vaikuttavat tuloksiin. Kattava malli, jossa toistetaan kyseisten markkinoiden useat erityispiirteet, voi suurentaa todennäköisyyttä, että simuloinnin tulos on kohtuullinen arvio hypoteettisesta skenaariosta ilman rikkomista, jos malli laaditaan ja sitä arvioidaan asianmukaisesti. Erittäin kattavatkin mallit ovat kuitenkin suuressa määrin riippuvaisia oikeiden oletusten tekemisestä, erityisesti keskeisissä kysymyksissä, jotka koskevat sitä, mikä on todennäköinen kilpailutapa ja todennäköinen asiakaskysyntä skenaariossa ilman rikkomista. Lisäksi mutkikkaiden simulointimallien kehittäminen voi olla teknisesti vaativaa ja edellyttää suuria määriä tietoja, jotka eivät välttämättä ole aina kyseisen osapuolen saatavilla tai joita ei ole mahdollista arvioida riittäväällä varmuudella.

⁹⁴

Näiden parametrien arvo (esim. laskennassa käytetty rajakustannusten arvo) rikkomisen ulkopuolisella ajanjaksolla voidaan määrittää siten, että saadut hinnat ja määrät vastaavat havaintoja.

105. Tästä huolimatta sekä yksinkertaiset että mutkikkaammat simulointimallit voivat antaa hyödyllistä tietoa arvioitaessa tuloksia, jotka olisivat syntyneet markkinoilla ilman SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomista. Se, katsotaanko oikeusjärjestelmissä taloudellisen simuloinnin olevan asianmukaista ja sen tulosten olevan riittävän luotettavia ja millaisissa oikeudenkäyntitilanteissa näin katsotaan olevan, riippuu käsiteltävänä olevaan asiaan liittyvistä erityisistä olosuhteista ja sovellettavien oikeussääntöjen vaatimuksista.

B. Kustannuksiin perustuvat ja rahoitusanalyysiin perustuvat menetelmät

106. Ilman rikkomista todennäköisesti vallinneiden hintojen arvioimiseksi on mahdollista käyttää kustannuksiin perustuvaa menetelmää⁹⁵ tai menetelmiä, jotka perustuvat kantajan tai vastaajan taloudelliseen tulokseen (rahoitusanalyysiin perustuvat menetelmät).
107. Kustannuksiin perustuvassa menetelmässä käytetään yksikkökohtaisia tuotantokustannuksia, joihin lisätään voitto, joka olisi ollut ”kohtuullinen” skenaariossa ilman rikkomista. Tuloksena olevaa arviota yksikkökohtaisesta hinnasta ilman rikkomista voidaan verrata rikkomiseen osallistuneiden yritysten todellisuudessa perimään yksikköhintaan, jolloin voidaan saada arvio ylihinnasta.⁹⁶
108. Kustannuksiin perustuvassa menetelmässä voidaan käyttää erityyppisiä tuotantokustannuksia kyseessä olevan toimialan ominaispiirteistä riippuen. On kuitenkin tärkeää varmistaa, että kustannuksia ja marginaaleja tarkastellaan johdonmukaisesti. Esimerkiksi jos perustana käytetään muuttuvia kustannuksia (eli kustannuksia, jotka vaihtelevat tuotantotason mukaan), bruttomarginaali (eli marginaali muuttuvien kustannusten vähentämisen jälkeen) olisi lisättävä hintaan. On myös syytä huomata, että hintoja määritettäessä merkitykselliset kustannukset eivät välttämättä ole ainoastaan rikkojan kustannukset vaan ne voivat olla myös jonkin kilpailijan kustannukset (esim. jos markkinahinnat määräytyvät tehottomimman tuottajan mukaan).
109. Kustannuksiin perustuvassa menetelmässä on ensimmäiseksi määritettävä yksikkökohtaiset tuotantokustannukset. Yksikkökustannukset voidaan arvioida jakamalla rikkojan todelliset tuotantokustannukset kyseessä olevalla tuotannonalalla valmistettujen tuotteiden kokonaismäärällä. Tämä lähestymistapa voi olla suhteellisen yksinkertainen, kun yritykset tai yritysten erilliset liiketoimintayksiköt valmistavat ainoastaan yhtä päätuotetta. Tällaiset yritykset tai liiketoimintayksiköt julkaisevat toisinaan tärkeimmät kustannuksensa tai ilmoittavat nämä tiedot osana julkisissa rekistereissä olevia tarkastettuja tilinpäätöksiään. Muissa tilanteissa on vaikeampi saada tietoja siitä, kuinka kustannukset jakautuvat rikkomisen kohteena olevalle tuotteelle. Kun tilinpäätöstietoja on saatavilla, niitä voi olla tarpeen korjata,

⁹⁵ Tätä menetelmää kutsutaan myös nimellä ’kustannusvoittolisämenetelmä’ eli ’cost plus -menetelmä’ tai ’bottom-up -kustannuslaskentamenetelmä’. Menetelmä mainitaan toissijaisena lähestymistapana tapauksissa, joissa vertailuun perustuvat menetelmät eivät ole soveltuvia, Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) 19. kesäkuuta 2007 asiassa N:o KBR 12/07 (*paperin tukkukaupan kartelli*) tekemässä päätöksessä.

⁹⁶ Kustannuksiin perustuvaa menetelmää käytetään yleensä ylihinnan määrittämiseksi. Menetelmää tai sen osia voidaan kuitenkin käyttää myös muunlaisen vahingon määrittämiseen, esimerkiksi markkinoilta suljetun kilpailijan menettämän voiton määrittämiseen. Esim. Düsseldorfin ylioikeuden (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 16. huhtikuuta 2008 asiassa N:o VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*) tekemässä päätöksessä arvioitiin markkinoilta suljetun kilpailijan menettämä voitto tarkastelemalla kyseisen kilpailijan kustannuksia ja todennäköistä voittomarginaalia, joka ilmaistiin osuutena näistä kustannuksista.

koska kirjanpidollinen kustannusten käsite voi poiketa taloudellisesta kustannusten käsitteestä.

110. On mahdollista, että rikkomisen aikana havaitut tuotantokustannukset eivät kuvasta niitä tuotantokustannuksia, jotka olisivat olleet todennäköisiä ilman rikkomista. Tähän voi olla kaksi syytä: ensinnäkin 101 artiklan rikkomisen tapauksessa niiden yritysten, joihin ei niiden kollusiivisen käyttäytymisen seurauksena kohdistu samaa kilpailupainetta kuin skenaariossa ilman rikkomista esiintyisi, toiminta voi olla tehottomampaa ja sen vuoksi johtaa suurempiin tuotantokustannuksiin kuin kilpailupaineen alaisuudessa. Toiseksi kilpailuoikeutta rikkovat yritykset voivat rajoittaa tuotantoaan, jolloin ne eivät rikkomisen aikana saavuta mittakaavaetuja, jotka olisivat pienentäneet tuotantokustannuksia. Jos on merkkejä tällaisista tilanteista, saattaa olla asianmukaista korjata havaittuja kilpailuoikeutta rikkoneita yrityksiä koskevia tietoja. Ilman tällaisia korjauksiakin havaitut kustannukset voivat kuitenkin auttaa arvioimaan kustannuksiin perustuvalla menetelmällä alarajan mahdolliselle ylihinnalle.
111. Kustannuksiin perustuvan menetelmän toisessa vaiheessa on arvioitava ”kohtuullinen” voittomarginaali, joka lisätään yksikkökohtaisiin tuotantokustannuksiin. Kohtuullisen voittomarginaalin arvioimiseksi on olemassa erilaisia lähestymistapoja. Ne perustuvat joko vertailuun eri ajankohtien tai eri markkinoiden kanssa taikka taloudellisiin malleihin. Näin ollen niillä on yhtäläisyyksiä edellä kuvailtujen menetelmien kanssa. Esimerkiksi arvio voittomarginaalista, jota voitaisiin kohtuudella odottaa skenaariossa ilman rikkomista, voitaisiin päätellä samankaltaisten yritysten vastaavilla maantieteellisillä markkinoilla, joihin rikkominen ei ole vaikuttanut, tai vastaavilla tuotemarkkinoilla saamien voittomarginaalien perusteella.⁹⁷ Samoin rikkomiseen osallistuneiden (tai samankaltaisten) yritysten voittomarginaaleja ennen rikkomista tai sen jälkeen voitaisiin käyttää arvioinnin perustana. Näissä molemmissa vertailuun perustuvissa menetelmissä lähdetään siitä oletuksesta, että viiteajanjaksot, viitemarkkinat tai viiteyritykset ovat riittävän samankaltaiset⁹⁸, erityisesti niiden markkinoiden ominaispiirteiden osalta, jotka ovat merkityksellisiä voittomarginaalien kannalta, kuten kilpailun määrä markkinoilla⁹⁹, tuottajien kustannusrakenne (mukaan lukien innovointikustannukset), kapasiteetin käyttö ja kapasiteettirajoitukset. Näitä oletuksia ei ole aina helppo varmentaa, sillä yrityksen hinnoitteluun ja marginaalien asettamiseen vaikuttavat todennäköisesti lukuisat tekijät ja strategiset päätökset.
112. Toinen lähestymistapa kohtuullisen voittomarginaalin arvioimiseen on tarkastella kilpailun luonnetta ja markkinoiden ominaispiirteitä ilman rikkomista ja päätellä todennäköinen voittomarginaali toimialan taloustieteessä kehitettyjen mallien perusteella.¹⁰⁰ Esimerkiksi hinnat voivat ilman rikkomista todennäköisesti lähentyä kustannuksia hyödykkeiden suhteellisen homogeenisuuden ja markkinoilla

⁹⁷ Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) 19. kesäkuuta 2007 asiassa N:o KBR 12/07 (*paperin tukkukaupan kartelli*) tekemä päätös, jossa viitataan ’vastaavilla toimialoilla’ saavutettuihin voittomarginaaleihin.

⁹⁸ Riittävää samankaltaisuutta käsitellään edellä 2 osan II luvun 38–58 kohdassa.

⁹⁹ Esimerkiksi olisiko kilpailu ollut niin voimakasta, että se olisi laskenut hintaa kohti rajakustannuksia (kuten täydellisen kilpailun mallissa oletetaan), vai olisivatko voittomarginaalit oligopolistisen rakenteen vuoksi olleet korkeammat myös ilman rikkomista.

¹⁰⁰ Ks. 2 osan III luvussa oleva 97 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

vallitsevan liikakapasiteetin vuoksi. Tällaisissa tapauksissa tuottajien todennäköiset voittomarginaalit olisivat suhteellisen pieniä.¹⁰¹

113. Edellä esitetystä ilmenee selvästi, että sekä todennäköisten kustannusten arviointi ilman rikkomista että kohtuullisen voittomarginaalin arviointi voi käytännössä edellyttää useiden vaikeiden seikkojen käsittelyä. Lisäksi kustannuksiin perustuva menetelmä edellyttää pääsyä tietoihin, jotka mahdollisesti ovat vastapuolen tai kolmannen osapuolen hallussa. Tästä huolimatta kunkin asian olosuhteista ja sovellettavien oikeussääntöjen vaatimuksista riippuen se voi antaa hyödyllisiä tietoja, joista on apua kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvan vahingon arvioinnissa.
114. Rahoitusanalyysiin perustuvissa menetelmissä kantajana tai vastaajana olevan yrityksen taloudellista tulosta käytetään lähtökohtana arvioitaessa, onko kantaja kärsinyt vahinkoa ja minkä suuruisesta vahingosta on kyse.
115. Kun vahingonkorvauskanteen kantaja on yritys ja rikkominen on aiheuttanut vahinkoa kyseiselle yritykselle, on mahdollista, että yrityksen taloudellisen tilanteen (ja erityisesti sen kannattavuuden) analysointi antaa hyödyllistä tietoa kärsitystä vahingosta. Tämä voi olla erityisen hyödyllistä sellaisissa tapauksissa, joissa haetaan korvausta saamatta jääneistä voitoista, esimerkiksi silloin, kun kilpailija suljetaan laittomasti markkinoilta.
116. Tämän perusteella vakiomenetelmiä yrityksen kannattavuuden arvioimiseksi (kuten esimerkiksi nettonykyarvomenetelmä, jolla lasketaan yrityksen tulevien kassavirtojen nykyarvo) voidaan käyttää käsityksen saamiseksi vahingon suuruudesta. Myös yrityksen arvonmääritysmenetelmät, muun muassa kirjanpitoimenetelmät, voivat tuottaa hyödyllistä tietoa.
117. Kaikissa näissä menetelmissä on määritettävä asianmukainen kontrafaktuaalinen skenaario: sen jälkeen kun kantajan kannattavuus on laskettu, on arvioitava, millainen kannattavuus olisi ollut ilman rikkomista. Tämä kontrafaktuaalinen skenaario on mahdollista määrittää käyttämällä vertailumarkkinoilta saatuja kannattavuustietoja – tämä lähestymistapa on siten samanlainen kuin edellä käsitellyt vertailuun perustuvat menetelmät.¹⁰² Esimerkiksi kantajan kannattavuutta ennen rikkomista ja sen jälkeen voitaisiin käyttää tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion luomiseen. On myös mahdollista käyttää vaihtoehtoista mittapuuta kontrafaktuaalisen skenaarion määrittämiseksi. Yksi vaihtoehto on käyttää vertailuarvona pääomakustannuksia: tällä menetelmällä ilmaistaan vähimmäisvoittomarginaali, joka on tietyllä toimialalla välttämätön pääoman saamiseksi, ja sen vuoksi on aiheellista olettaa, että kyseinen yritys olisi ainakin saanut tämän vähimmäisvoiton skenaariossa ilman rikkomista.
118. Taloudellisten menetelmien yhtenä etuna on se, että joissakin tapauksissa yrityksillä voi olla niiden soveltamisessa tarvittavat tiedot kirjanpito vaatimusten vuoksi tai ne voivat jopa olla julkisesti saatavilla, kuten pörssissä noteerattujen yritysten tapauksessa.

¹⁰¹ Pääomakustannukset (eli hinta, jolla yritys voi saada pääomaa markkinoilta) katsotaan toisinaan kohtuullisen voittomarginaalin likiarvoksi tällaisissa tapauksissa. Marginaalit ilman rikkomista voivat kuitenkin poiketa merkittävästi pääomakustannuksista, esimerkiksi silloin kun markkinoilla ei ole täydellistä kilpailua tai kun tietyillä yrityksillä on erityisiä kustannusetuja tai kun esiintyy kysyntä- ja tarjontasokkeja.

¹⁰² Ks. 32 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

C. Muut menetelmät

119. Tässä käytännön oppaassa kuvaillaan menetelmiä, joita on tähän mennessä käytetty eniten oikeuskäytännössä ja akateemisissa piireissä. Kyse ei kuitenkaan ole tyhjentävästä luettelosta, sillä kuvailut menetelmät voivat kehittyä edelleen ja muita menetelmiä voidaan kehittää käytännössä.
120. Toiseksi on olemassa menetelmiä, joita ei käsitellä tässä käytännön oppaassa, jotka voisivat olla hyödyllisiä erityisesti määrittäessä aiheutuneen vahingon ylä- tai alarajaa¹⁰³ tai likimääräistä arviota¹⁰⁴ siitä. Erityisesti silloin kun oikeusjärjestelmässä sallitaan likimääräisen arvion käyttäminen, kansalliset tuomioistuimet ovat valinneet edellä A ja B luvussa kuvailtujen menetelmien täysimittaisen soveltamisen sijasta käytännöllisiä tekniikkoja määrittäessään vahingonkärsijöille myönnettävien vahingonkorvausten suuruutta. Esimerkiksi tapauksissa, joissa uusi tulokas on suljettu markkinoilta SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan vastaisesti, on liiketoiminnan todennäköisen voiton arvioimiseksi toisinaan käytetty¹⁰⁵ liiketoimintasuunnitelmia, joista saatuja tietoja on tosin joissakin tapauksissa korjattu markkinaolosuhteiden perusteella tai käyttämällä vertailumarkkinoita tai vertailuyritystä koskevia tietoja.
121. On kansallisten tuomioistuinten tehtävä määrittää voidaanko menetelmä sovellettavien sääntöjen mukaan ja EU:n oikeuden tehokkuus- ja vastaavuusperiaatteita noudattaen hyväksyä vahingon määrittämiseen kyseisessä tapauksessa.

IV MENETELMIEN VALINTA

122. Jokainen edellä II ja III luvussa kuvailluista menetelmistä voi periaatteessa antaa tietoa, josta on hyötyä tarkasteltaessa SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisesta tavallisesti aiheutuvia erilaisia vahinkoja. Niiden avulla voi erityisesti olla mahdollista arvioida lainvastaisen ylihinnan suuruutta hintakartellissa ja lisäksi esimerkiksi myyntimäärää tai voittoa, jonka yritys menettää markkinoilta sulkemiseen johtavan kilpailijan harjoittaman määräävän aseman väärinkäytön vuoksi.
123. On syytä korostaa, että hypoteettista skenaariota ilman rikkomista voidaan ainoastaan arvioida, sitä ei voida mitata varmasti ja täsmällisesti. Ei ole olemassa menetelmää, jonka voitaisiin katsoa olevan muita parempi kaikissa tapauksissa. Kullakin edellä kuvailluista menetelmistä on erityispiirteensä, vahvuutensa ja heikkoutensa, joiden vuoksi ne soveltuvat paremmin tai huonommin aiheutuneen vahingon arvioimiseen annetuissa olosuhteissa. Menetelmät eroavat toisistaan erityisesti sen osalta, kuinka helppoa niitä on soveltaa ja missä määrin ne perustuvat tietoihin, jotka ovat tulosta todellisesta vuorovaikutuksesta markkinoilla, tai talousteorian perustuviin olettamuksiin, ja missä määrin niissä huomioidaan rikkomisen lisäksi muut tekijät, jotka ovat voineet vaikuttaa osapuolten tilanteeseen.

¹⁰³ Esimerkiksi yläraja voitaisiin arvioida ns. kriittisen tappion analyysillä (*critical loss analysis*). Tässä tekniikassa arvioidaan hinnankorotusta sen suhteen, kuinka suuri myyntimäärän menetys tekisi hinnankorotuksen kannattamattomaksi.

¹⁰⁴ Esimerkiksi kontrafaktuaalinen voitto voitaisiin määrittää lähtökohtaisesti ottamalla vertailuarvoksi pääomakustannukset, olettaen, että ilman rikkomista yritys olisi ansainnut ne pääomakustannukset, jotka vastaavat pääoman tarjoajien edellyttämää vähimmäistuottoa. Tämän lähestymistavan rajoituksia tarkastellaan alaviitteessä 101.

¹⁰⁵ Ks. esim. Tanskan korkeimman oikeuden (*Højesteret*) 20. huhtikuuta 2005 asiassa UFR 2005.217H (*GT Linien A/S v. De Danske Statsbaner DSB ja Scandlines A/S*) antama tuomio.

124. Asianmukainen lähestymistapa vahingon arvioimiseen on määritettävä kunkin asian erityispiirteet huomioon ottaen sovellettavien oikeussääntöjen nojalla. Huomioitavia seikkoja voivat olla sovellettavien oikeussääntöjen mukaisen näyttökynnyksen ja todistustaakan lisäksi tietojen saatavuus, menetelmästä aiheutuvat kustannukset ja siihen kuluva aika sekä kustannusten ja ajan suhteellisuus tarkasteltavan vahingonkorvauskanteen määrään nähden. Tässä yhteydessä tarkasteltavat kustannukset eivät ehkä rajoitu sille osapuolelle, jolla todistustaakka on, menetelmän soveltamisesta aiheutuviin kustannuksiin vaan niihin sisältyvät myös vastapuolelle esitettyjen väitteiden kiistämisestä aiheutuvat kustannukset sekä oikeuslaitokselle aiheutuvat kustannukset tuomioistuimen arvioidessa menetelmällä saatuja tuloksia, mahdollisesti tuomioistuimen nimittämän asiantuntijan avustuksella. Vahingonkäräjälle aiheutuneet kustannukset ja taakka sekä niiden suhteellisuus voivat myös olla erityisen merkityksellisiä tehokkuusperiaatteen kannalta.¹⁰⁶ Lisäksi sovellettavan lainsäädännön nojalla tehtävä päätös siitä, sovelletaanko mahdollisesti jotain tässä käytännön oppaassa kuvailtua menetelmää tai tekniikkaa, voi riippua myös muiden todisteiden saatavuudesta. Tällaisia todisteita ovat esimerkiksi yritysten liiketoiminnassaan tuottamat asiakirjatodisteet, joiden mukaan lainvastaisesti sovittu hinnankorotus pantiin todellisuudessa täytäntöön tietynsuuruisena.
125. On mahdollista, että tietyssä tapauksessa harkitaan *useiden* menetelmien soveltamista (esim. ajallinen vertailu ja eri maantieteellisten markkinoiden vertailu) joko vaihtoehtoisesti tai yhdessä. Kun kaksi eri menetelmää tuottaa samanlaiset tulokset, oikeusjärjestelmässä voidaan antaa vahingonkorvausarviolle suurempi todistusarvo, mahdollisesti näihin menetelmiin perustuva alaraja. Sitä vastoin kun kahden menetelmän soveltaminen johtaa ilmeisen ristiriitaisiin tuloksiin (erityisesti kun vastapuolet käyttävät eri menetelmiä), ei tavallisesti voida yksinkertaisesti käyttää tulosten keskiarvoa eikä myöskään olisi asianmukaista katsoa, että ristiriitaiset tulokset kumoavat toisensa siten, ettei kumpaakaan menetelmää pitäisi ottaa huomioon. Tällaisessa tilanteessa olisi ennemminkin tarkoituksenmukaista selvittää syyt erilaisiin tuloksiin ja tarkastella huolellisesti kunkin menetelmän vahvuuksia ja heikkouksia ja sen soveltamista käsiteltävänä olevassa tapauksessa.

¹⁰⁶

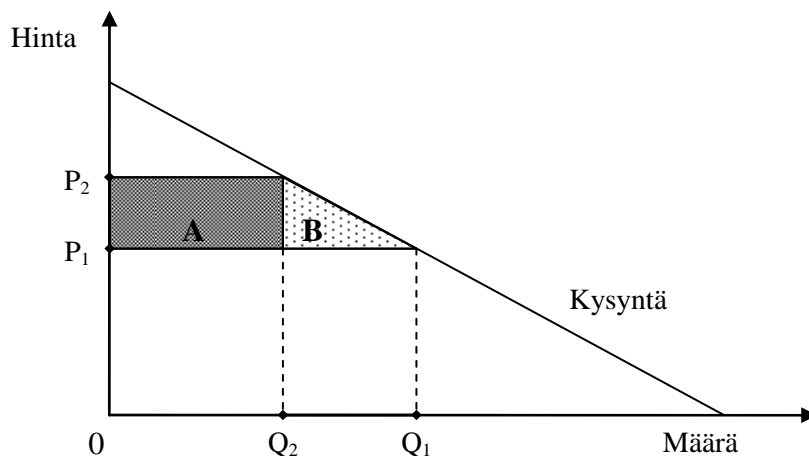
Ks. edellä 1 osan 1 luvussa oleva 2 kohta.

3 osa – Hinnannousun aiheuttaman vahingon määrittäminen

I HINNANNOUSUUN JOHTAVAN KILPAILUOIKEUDEN RIKKOMISEN VAIKUTUKSET

126. Kilpailunvastaiset menettelytavat voivat johtaa niiden hintojen nousemiseen, joita suorat ja usein myös välilliset asiakkaat¹⁰⁷ maksavat kilpailuoikeutta rikkoville yrityksille kyseisestä tuotteesta. Kilpailuoikeutta rikkovien yritysten suorat asiakkaat ovat asiakkaita, jotka ostavat tuotetta suoraan joltakin rikkomiseen osallistuvalla yritykseltä. Välilliset asiakkaat ovat asiakkaita, jotka ostavat rikkomisen vaikutusalaan kuuluvaa tuotetta suorilta asiakkailta tai muilta välillisiltä asiakkailta.
127. Tavallisia esimerkkejä tällaiseen hintojen nousemiseen johtavasta kilpailuoikeuden rikkomisesta ovat hintakartellit tai määräävässä asemassa olevan yrityksen harjoittama ylihinnoittelu. Asiakkaisiin voivat vaikuttaa myös menettelytavat, jotka rajoittavat tuotantoa tai jakavat asiakkaat tai markkinat. Tällaiset kilpailun vääristymät johtavat tavallisesti hintojen nousemiseen. Toisenlaisesta vahingosta on kyse, kun rikkominen vaikuttaa kielteisesti kilpailijoiden markkina-asemaan. Tällaisen vahingon ja siitä asiakkaille aiheutuvien vaikutusten määrittämistä käsitellään jäljempänä 4 osassa.
128. Jos rikkominen johtaa kyseessä olevien tuotteiden hintojen nousuun, voidaan erottaa kaksi pääasiallista¹⁰⁸ vahinkotyyppiä:
- a) vahinko, joka aiheutuu siitä, että kilpailuoikeutta rikkovien yritysten suorien ja välillisten asiakkaiden on maksettava jokaisesta ostamastaan tuotteesta enemmän kuin ilman rikkomista ('ylihintaa'). Tätä vahinkotyyppiä käsitellään tarkemmin II luvussa; ja
 - b) vahinko, joka on seurausta niin sanotusta volyymivaikutuksesta, joka aiheutuu siitä, että kyseisten tuotteiden ostomäärät pienenevät hinnannousun vuoksi. Tätä vahinkotyyppiä käsitellään tarkemmin III luvussa.

Seuraavassa kuviossa havainnollistetaan näitä pääasiallisia vaikutuksia:



¹⁰⁷ Joissakin tapauksissa sellaiset yritykset, jotka eivät itse riko kilpailusääntöjä, voivat nostaa hintojaan, koska markkinahinnat ovat korkeammat rikkomisen johdosta. Näiltä yrityksiltä ostavia asiakkaita nimitetään joskus sateenvarjoasiakkaiksi. Se, missä määrin tällaiset asiakkaat voivat vaatia vahingonkorvausta kilpailuoikeutta rikkovilta yrityksiltä, riippuu sovellettavista oikeussäännöistä.

¹⁰⁸ Muita vahinkotyyppiä käsitellään edellä 1 osan III luvussa olevassa 22 kohdassa.

129. P_1 on hinta, jota perittäisiin ilman SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisen vaikutuksia markkinoilla. Täydellisen kilpailun markkinoilla tämä hinta vastaa kustannuksia, joita toimittajalle aiheutuu yhden ylimääräisen yksikön tuottamisesta ('rajakustannukset'). Monilla markkinoilla kilpailu ei käytännössä ole täydellistä, ja hinnat ilman rikkomista ovat näillä markkinoilla rajakustannusten yläpuolella. Kun hinta on P_1 , Q_1 on asiakkaiden ostama tuotemäärä.
130. P_2 on korkeampi hinta, joka on seurausta rikkomisen vaikutuksesta. Tämä puolestaan pienentää kysyntää (Q_2), koska osa asiakkaista katsoo, että korkeampi hinta ylittää sen arvon, joka tuotteen omistamisella tai palvelun käyttämisellä on. Tätä vaikutusta kutsutaan 'volyyminen vaikutukseksi' tai 'määrävaikutukseksi'. Se, kuinka paljon hinnannousu vaikuttaa kysyntään, riippuu kysyntäjoustosta. Kysyntäjoustolla mitataan, kuinka paljon tuotteen myyntimäärä tietyillä markkinoilla muuttuu seurauksena yhden prosentin hinnanmuutoksesta tietyllä kysyntätasolla, ja se ilmaisee, kuinka suuri vaikutus pienillä hinnanmuutoksilla on määrään.
131. Suorakulmio A kuvastaa rikkomisesta johtuvaa tulonsiirtoa asiakkailta rikkomiseen osallistuville yrityksille: asiakkaat, jotka ostavat korkeammalla P_2 -hinnalla, joutuvat siirtämään rikkomiseen osallistuville yrityksille enemmän rahaa saadakseen tuotteen. Asiakkaat voivat vaatia korvausta siitä, että ne ovat joutuneet maksamaan enemmän. Tämän vahingon määrittämistä käsitellään jäljempänä II luvussa.
132. Kolmio B osoittaa volyyminen vaikutuksen ja siten niille asiakkaille aiheutuvan menetyksen, jotka olisivat ostaneet tuotetta hinnalla P_1 mutta jättävät tuotteen ostamatta hinnan noustessa tasolle P_2 .¹⁰⁹
133. Jotkin asiakkaat käyttävät kyseistä tuotetta omassa kaupallisessa toiminnassaan — esimerkiksi myymällä sitä edelleen tai käyttämällä sitä toisten tuotteiden valmistuksessa. Kun he eivät osta hinnalla P_2 (tai pienentävät ostomääräänsä), he menettävät voiton, jonka he olisivat saaneet pystyessään ostamaan hinnalla P_1 . He voivat vaatia hyvitystä tästä saamatta jääneestä voitosta. Jäljempänä III luvussa tarkastellaan sitä, kuinka tällaisen vahingon suuruus määritetään. Muut asiakkaat ovat loppukuluttajia. Jos he eivät osta hinnalla P_2 , he eivät pysty hyötymään kyseisistä tuotteista tai palveluista, joista he olisivat olleet valmiita maksamaan hinnan P_1 .¹¹⁰ On mahdollista, että sovellettavissa oikeussäännöissä määrätään korvaamaan kokonaan tai osittain vahinko, joka on seurausta siitä, ettei tuote ole hyödynnettävissä. Vähintäänkin niiden loppukuluttajien, jotka joutuvat vastaamaan korkeammista kustannuksista (esim. korvaavan tuotteen ostamiseksi) ja jotka sen vuoksi ovat kärsineet todellista vahinkoa¹¹¹, on voitava saada korvausta.
134. Edellä on kuvailtu lyhyesti *korkeampiin* myyntihintoihin johtavan kilpailuoikeuden rikkomisen perusvaikutuksia markkinoilla. SEUT-sopimuksen 101 ja 102 artiklan rikkomisen voi vaikuttaa myös kysyntäpuolella ja johtaa siihen, että rikkojat maksavat alhaisempia hintoja hankkimistaan tuotteista, esimerkiksi ostajien kartellin tapauksessa tai määräävässä asemassa olevan ostajan käyttäessä väärin markkinavoimaansa tavarantoimittajiinsa nähden. Tällöin hintavaikutuksissa olisi

¹⁰⁹ Koko talouden kannalta tarkasteltuna tämä kolmio osoittaa asiakkaille tuotannon vähenemisen johdosta syntyvän tappion: ylihinta vaikuttaa omaisuuden jakautumiseen taloudessa, joten kolmio B osoittaa hyvinvoinnin, jota ei ole syntynyt rikkomisen vuoksi. Tätä kutsutaan taloustieteessä hyvinvointitappioksi (*deadweight loss*).

¹¹⁰ On myös mahdollista, että asiakkaat olisivat olleet valmiita maksamaan hinnan, joka on korkeampi kuin P_1 mutta alhaisempi kuin P_2 .

¹¹¹ Tämän oikeudellisen käsitteen osalta ks. yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 95 kohta.

kyse kilpailuoikeutta rikkovan yrityksen tavarantoimittajalle maksetusta alihinnasta ja usein myös tuotantoketjun jälkipään markkinoilla eli kilpailuoikeutta rikkovan yrityksen suorilta ja välillisiltä asiakkailta peritystä ylihinnasta.¹¹² Samoja menetelmiä, joita käytetään ylihinnan määrittämiseen, voidaan periaatteessa käyttää myös alihinnan eli ostajien muodostaman kartellin jäsenten tavarantoimittajilleen maksamien alhaisempien hintojen määrittämiseen.

135. Samoja menetelmiä voidaan periaatteessa käyttää¹¹³ myös silloin, kun ensi näkemältä ylihintaa ei havaita, koska rikkomisen vakiinnutti keinotekoisesti hinnat tietyllä ajanjaksolla, jonka aikana hinnat tavanomaisissa markkinaolosuhteissa (eli ilman rikkomista) olisivat laskeneet. Seuraavassa käsitteellä 'ylihinta' tarkoitetaan myös tällaisia tilanteita.

II YLIHINNAN MÄÄRITTÄMINEN

136. Erityyppiset rikkomiset johtavat suoraan tai välillisesti ylihintaan. Kilpailuoikeuteen liittyvissä vahingonkorvauskanteissa käsitellään usein kartelleista johtuvaa ylihintaa, jota tarkastellaan jäljempänä A luvussa. Muunlaisesta rikkomisesta johtuvaa ylihintaa käsitellään B luvussa.

A. Kartelleista johtuvan ylihinnan määrittäminen

137. Vahingonkorvauskanteissa on sovellettavien oikeussääntöjen puitteissa määritettävä kantajan (kantajien) maksama ylihinta. Taloudellisissa ja oikeudellisissa tutkimuksissa on analysoitu kartellien vaikutuksia; näiden tutkimusten tuloksia esitellään hieman jäljempänä 1 luvussa.
138. Vahingonkorvauskanteissa on hyödyllistä erottaa toisistaan kilpailuoikeutta rikkovan yrityksen suoran asiakkaan maksama ylihinta (ks. jäljempänä 2 luku) ja mahdollinen vahinko, jota tällaisesta ylihinnasta aiheutuu välillisille asiakkaille tuotantoketjun eri tasoilla (3 luku).

1) Kartellien vaikutukset

139. Kartellit ovat kahden tai useamman yrityksen välisiä sopimuksia ja yhdenmukaistettuja menettelytapoja, joiden tarkoituksena on vaikuttaa kilpailuparametreihin esimerkiksi vahvistamalla osto- tai myyntihinnat tai muut kauppaehdot, jakamalla tuotanto- tai myyntikiintiöt tai jakamalla markkinat (tarjouskeinottelu mukaan lukien). Sen toteamiseksi, rikkovatko tällaiset menettelytavat SEUT-sopimuksen 101 artiklaa, ei tarvitse määrittää niiden käytännön vaikutuksia, koska kartellisopimuksen tavoitteena on kilpailun estäminen, rajoittaminen tai vääristäminen.¹¹⁴

¹¹² Tuotantopanoshintojen ajamiseksi alas kartellin jäsenet / määrävässä asemassa olevat ostajat, joilla on markkinavoimaa tuotantoketjun jälkipään markkinoilla, todennäköisesti rajoittavat tuotantopanosten ostomääriään, mikä vähentää tuotantopanosten myyntiä ja nostaa tuotantoketjun jälkipään hintoja.

¹¹³ Ainoastaan menetelmä, joka perustuu eri ajanjaksojen väliseen vertailuun ”ennen ja aikana” -vertailussa (eli rikkomisen aikaisten hintojen vertaaminen rikkomista edeltäviin hintoihin), ei luonnollisestikaan olisi soveltuva, jollei sovelleta regressioanalyysia tai yksinkertaisia korjauksia sellaisten tekijöiden huomioimiseksi, jotka johtaisivat hintojen laskuun tavanomaisissa markkinaolosuhteissa (esim. raaka-ainekustannusten pienentyminen).

¹¹⁴ Unionin yleisen tuomioistuimen tuomio yhdistetyissä asioissa T-25/95 jne., Cimenteries CBR v. komissio, tuomio 15.3.2000, Kok., s. II-491, 837, 1531 ja 2589 kohta; ja asiassa T-202/98, Tate & Lyle v. komissio, tuomio 12.7.2001, Kok., s. II-2035, 72–74 kohta; komission tiedonanto: Suuntaviivat EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta, EUVL C 101, 27.4.2004, s. 97, 20–23 kohta.

140. Kilpailusääntöjen rikkominen aiheuttaa kartellin jäsenille kiinnijäämisriskin, jolloin ne voivat joutua sellaisen päätöksen kohteeksi, jossa todetaan niiden rikkoneen kilpailusääntöjä ja määrätään sakkoja. Jo se seikka, että yritykset siitä huolimatta ryhtyvät tällaiseen lainvastaiseen toimintaan, viittaa siihen, että ne odottavat saavansa toiminnasta tuntuja hyötyjä, toisin sanoen ne odottavat kartellin vaikuttavan markkinoihin ja siten asiakkaisiinsa.¹¹⁵
141. Komission tilaamassa tutkimuksessa tarkasteltiin empiirisiä todisteita ylihinnan vaikutusten olemassaolosta ja niiden suuruudesta.¹¹⁶ Kyseisessä tutkimuksessa hyödynnetään useita olemassa olevia empiirisiä tutkimuksia kartellien vaikutuksista. Erityisesti siinä tarkennetaan kaikkein kattavimmassa olemassa olevassa tutkimuksessa tarkasteltua kartelliotosta tarkastelemalla ainoastaan seuraavanlaisia kartelleja: toimintansa vuoden 1960 jälkeen aloittaneet kartellit (eli ainoastaan tuoreemmat kartellit), b) kartellit, joiden osalta oli saatavilla arvio keskimääräisestä ylihinnasta (eikä ainoastaan arvio korkeimmasta tai alhaisimmasta ylihinnasta), c) kartellit, joiden osalta relevantissa taustatutkimuksessa selitettiin selvästi keskimääräistä ylihintaa koskevan arvion laskentamenetelmä, ja d) kartellit, joita on käsitelty vertaisarvioituissa akateemisissa artikkeleissa tai kirjoissa.¹¹⁷ Komission tilaama tutkimus sisältää hyödyllisiä tietoja kartellien vaikutuksista, vaikka sen tulosten tulkinnassa onkin noudatettava tiettyä varovaisuutta¹¹⁸.
142. Tutkimuksessa todettiin tehtyjen havaintojen perusteella, että 93 prosentissa kaikista tarkastelluista kartelleista kartelli johti ylihintaan. Kartellista johtuvan ylihinnan suuruudesta havaittiin tutkimuksessa seuraavaa:¹¹⁹

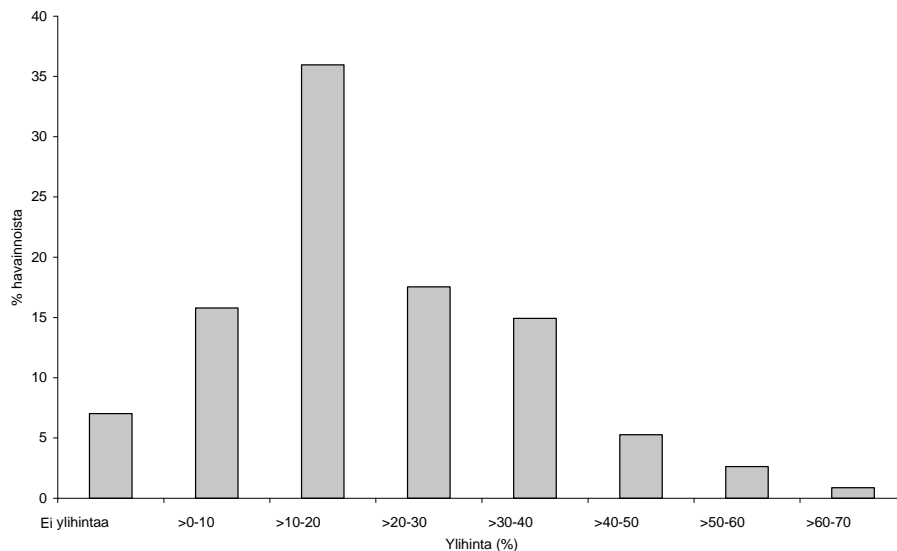
¹¹⁵ Ks. myös Berliinin ylioikeuden (*Kammergericht Berlin*) 1. lokakuuta 2009 asiassa N:o 2 U 10/03 tekemä päätös, jossa tuomioistuin käytti samankaltaista argumenttia.

¹¹⁶ Komission tilaama ulkopuolinen tutkimus "Quantifying antitrust damages" (2009), s. 88 ja sitä seuraavat sivut, saatavilla verkkosivulla <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Kaiken kaikkiaan tutkimuksessa tarkastellaan 114:ää kartellia, joissa on kyse erityyppisestä kolluusiosista, tarjouskeinottelu mukaan lukien. Otokseen sisältyy kansainvälisiä ja kansallisia kartelleja useilta eri toimialoilta. Siihen sisältyy kartelleja Yhdysvalloista ja Kanadasta sekä Euroopasta ja muilta alueilta.

¹¹⁸ Erityisesti näyttää mahdolliselta, että markkinavaikutuksia aiheuttaviin kartelleihin kiinnitetään empiirisissä tutkimuksissa enemmän huomiota kuin kartelleihin, joilla ei ole vaikutuksia, mikä voi jossain määrin johtaa tulosten vääristymiseen. Tarkempia tietoja tutkimuksessa käytettyjen tietojen tulkinnasta löytyy tutkimuksen "Quantifying antitrust damages" sivulta 89 (julkaisutiedot alaviitteessä 116).

¹¹⁹ Tutkimus "Quantifying antitrust damages", s. 91 (julkaisutiedot alaviitteessä 116). Suuruus ilmaistaan prosentiosuutena todellisesta hinnasta. Tämä merkitsee sitä, että todellisen hinnan (eli maksetun hinnan, johon rikkominen on vaikuttanut) ollessa 100 euroa ja ylihinnan ollessa 10 prosenttia, hinnan ilman rikkomista katsotaan olevan 90 euroa.



143. Tutkimuksen mukaan havaittu ylihintaa vaihtelee suuresti (joidenkin kartellien tapauksessa ylihintaa on jopa yli 50 prosenttia). Tutkimuksessa tarkastelluista kartelleista noin 70 prosentilla ylihintaa on 10–40 prosenttia. Näissä kartelleissa havaittu keskimääräinen ylihintaa on noin 20 prosenttia.
144. Tutkimuksen tulokset ovat sopusoinnussa muiden saatavilla olevien empiiristen tutkimusten tulosten kanssa. Näiden tulosten mukaan a) suurin osa kartelleista johtaa ylihintaan ja b) havaitut ylihinnat vaihtelevat suuresti. Lisäksi kaikissa kyseisissä muissa empiirisissä tutkimuksissa tullaan hyvin samanlaiseen arvioon edellä kuvailtujen keskimääräisten ylihintojen suuruudesta.¹²⁰
145. Nämä kartellien vaikutuksia koskevat havainnot eivät poista tarvetta määrittää kantajalle tietyn tapauksessa aiheutunut erityinen vahinko. Kansalliset tuomioistuimet ovat kuitenkin tällaisten empiiristen tietojen perusteella todenneet olevan todennäköistä, että kartellit johtavat tavallisesti ylihintaan ja mitä pitemmästä ja vakaammasta kartellista on kyse, sitä vaikeampi vastaajan on väittää, että konkreettisesti tapauksessa hintaan ei kohdistunut kielteisiä vaikutuksia.¹²¹ Tällaiset päätelmät on kuitenkin tehtävä sovellettavissa oikeussäännöissä.

2) Suoran asiakkaan maksama alkuperäinen ylihintaa

146. Kaikkia edellä 2 osassa kuvailtuja menetelmiä ja tekniikkoja voidaan periaatteessa käyttää kilpailuoikeutta rikkoneiden yritysten suorien asiakkaiden maksaman alkuperäisen ylihinnan määrittämisessä. Myös muunlaiset todisteet (kuten sisäisistä asiakirjoista ilmenevä erityinen sopimus nostaa hintoja) voivat olla hyödyllisiä määrittäessä ylihinnan suuruutta. Koska alkuperäinen ylihintaa tarkoittaa suoran asiakkaan kilpailuoikeutta rikkoneille yrityksille suorittamaa tulonsiirtoa, kaikkia tietoja kilpailuoikeutta rikkoneiden yritysten lainvastaisista voitoista voidaan myös

¹²⁰ Tarkempia tietoja ja lisäviitteitä tutkimuksen Quantifying antitrust damages sivulla 89 ja sitä seuraavilla sivuilla (julkaisutiedot alaviitteessä 116).

¹²¹ Ks. esim. Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (*Bundesgerichtshof*) 28. kesäkuuta 2005 asiassa N:o KRB 2/05 (*kuljetettava sementti*) tekemä päätös (kartellin jäsenten lainvastaisesti saaman edun arviointi sakon laskemista varten).

käyttää tämän ylihinnan määrittämisessä, vaikka tämä todennäköisesti johtaa maksetun ylihinnan määrän aliarviointiin.¹²²

147. Sen osoittamiseksi, kuinka eri menetelmiä ja tekniikkoja voidaan käyttää hintojen arvioimiseksi skenaariossa ilman rikkomista ja kilpailuoikeutta rikkoneiden yritysten asiakkaiden maksaman ylihinnan määrittämiseksi tämän arvion perusteella, on hyödyllistä tarkastella edellä 2 osassa jo mainittua jauhokartelliesimerkkiä.¹²³

Jauhokartelli

Tässä esimerkissä neljä mylly-yhtiötä (mylly A, mylly B, mylly C ja mylly D) tuottavat kaiken jauhon tietyssä jäsenvaltiossa. Myllyt ostavat viljan maanviljelijöiltä, jauhavat ja käsittelevät sen asianmukaisella tavalla, pakkaavat jauhon ja myyvät sen leipomoille. Leipomot käyttävät jauhon leipoakseen leipiä, jotka ne myyvät kuluttajille ja supermarketeille.

Kansallinen kilpailuviranomainen tutkii markkinoita epäillyn hintojen vahvistamisen vuoksi ja tekee tammikuussa 2008 yllätystarkastuksia mylly-yhtiöiden toimitiloissa. Kilpailuviranomainen tekee heinäkuussa 2010 päätöksen, jossa se toteaa kaikkien neljän mylly-yhtiön rikkoneen SEUT-sopimuksen 101 artiklaa osallistumalla ajanjaksolla 1. tammikuuta 2005 – 31. joulukuuta 2007 jatkuvaan ja yhtenäiseen rikkomiseen, joka koski jauhon tuotantoa, kattoi koko jäsenvaltion ja jossa oli kyse hintojen vahvistamisesta.

Leipomo, joka on ostanut jauhua yhdeltä myllyltä (mylly A), nostaa kyseistä myllyä vastaan vahingonkorvauskanteen saadakseen korvausta SEUT-sopimuksen 101 artiklan rikkomisen johdosta aiheutuneesta vahingosta.¹²⁴ Leipomo väittää, että rikkominen on johtanut jauhon hinnan nousemiseen, ja vaatii korvausta vuosina 2005, 2006 ja 2007 maksamastaan ylihinnasta.

148. Leipomo on yhden rikkomiseen osallistuneen yrityksen suora asiakas. Jos rikkominen johti korkeampiin hintoihin, leipomo maksoi ylihintaa jokaisesta ostamastaan jauhoyksiköstä sillä ajanjaksolla, jolla hintaan kohdistui vaikutuksia. Kuvailtuja menetelmiä ja tekniikkoja soveltamalla saadaan arvio hinnasta, jonka leipomo olisi maksanut jauhosta ilman rikkomista. Vähentämällä tämä hinta leipomon todellisuudessa maksamasta hinnasta voidaan määrittää kartellin perimä yksikkökohtainen ylihintaa. Tämä luku on kerrottava leipomon ostamalla yksikkömäärällä, jotta saadaan ylihinnasta aiheutunut suora tappio (olettaen, että ylihintaa ei muuttunut merkittävästi rikkomisajanjakson aikana). Leipomon maksaman ylihinnan arvioimiseksi tässä esimerkissä käytetään vertailuun perustuvia menetelmiä, koska niitä käytetään käytännössä eniten ja ne tuottavat usein alkuperäisen ylihinnan määrittämisen kannalta hyödyllisiä tuloksia.

a. Ajallinen vertailu

149. Esimerkin leipomo osti jauhua myllyltä A kansallisen kilpailuviranomaisen toteamaa rikkomisajanjaksoa ennen, sen aikana ja sen jälkeen. Kuten edellä todettiin, niiden

¹²² Ks. myös Saksan kilpailunrajoituslain (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) 33 §:n 3 momentin 3 kohta, jossa todetaan, että kilpailuoikeutta rikkoneen yrityksen rikkomisesta saama osuus voitosta voidaan ottaa huomioon arvioitaessa vahingonkorvausta.

¹²³ Tämän keksityn esimerkin samankaltaisuus todellisten tapahtumien kanssa on pelkkää sattumaa; esimerkin ei voida katsoa osoittavan komission kantaa tiettyyn yritykseen tai toimialaan taikka markkinoiden määritelmään tällaisella toimialalla.

¹²⁴ On mahdollista, että kansallisessa lainsäädännössä määrätään kaikkien kartellin jäsenten olevan yhdessä vastuussa kartellin aiheuttamasta koko vahingosta. Tämä esimerkki ei vaikuta millään tavoin tällaisiin sääntöihin.

hintojen, joita olisi peritty ilman rikkomista, määrittäminen ennen rikkomista ja sen jälkeen todellisuudessa maksettujen hintojen perusteella edellyttää sitä, että ensin määritetään, mihin hintoihin rikkominen vaikutti ja mihin ei vaikuttanut. Tämä merkitsee sitä, että on selvítettävä, milloin kartellilla alkoi olla vaikutusta jauhomarkkinoilla ja milloin vaikutus päättyi.

150. Tässä tapauksessa kansallinen kilpailuviranomainen on määrittänyt rikkomisen keston. Päätöksessä esitetään yksityiskohtaisesti kilpailuviranomaisen hallussa olevat todisteet, joiden mukaan mylly-yhtiöt kokoontuivat tammikuussa 2005 keskustellakseen hinnoista ja sen jälkeen tapasivat kuukausittain hintajärjestelyjensä mukauttamiseksi. Viimeinen tapaaminen oli joulukuussa 2007. Kilpailuviranomainen ei löytänyt todisteita tapaamisista tammikuussa 2008 suorittamiensa tarkastuskäyntien jälkeen. Sen vuoksi hinnat ennen tammikuuta 2005 ja joulukuun 2007 jälkeen vaikuttavat ensi näkemältä soveltuvan aineistoksi ajalliseen vertailuun. Kuten 2 osassa kuvaillaan, on kuitenkin tarkasteltava tarkemmin sitä, missä määrin näistä hinnoista on hyötyä vertailukohtana.
151. Kuten edellä todettiin, kilpailuviranomaisen päätöksessä voidaan rajoittaa rikkominen tiettyyn ajanjaksoon, jonka osalta viranomaisella on pitäviä todisteita, mutta siinä voidaan todeta, että rikkominen on voinut kestää kauemmin.¹²⁵ Silloin voi olla asianmukaista olla käyttämättä hintatietoja ajanjaksolta, johon rikkominen on saattanut vaikuttaa (ja joihin voi sen vuoksi sisältyä ylihintaa), mutta tällaisia tietoja voidaan kuitenkin käyttää vahingonkorvausarvion alarajan määrittämiseksi eli riskittömän arvion tekemiseksi siitä, kuinka suuri kärsitty vahinko vähintään oli.
152. Lisäksi kartellin kesto voi poiketa sen vaikutusten kestosta: myllyt rikkoivat SEUT-sopimuksen 101 artiklaa tekemällä kilpailunvastaisen sopimuksen. Sen määrittämiseksi, minkä havaittujen hintojen voitaisiin katsoa olevan rikkomisen vaikutusten ulkopuolella, on välttämätöntä tarkastella sitä aikaa, jolloin sopimuksella oli vaikutuksia, ei sen tekemisajankohtaa. Jos voidaan osoittaa, että yritykset tapasivat ensimmäistä kertaa tammikuussa 2005, mutta niiden välinen sopimus pantiin täytäntöön maaliskuusta 2005 alkaen, rikkominen ei olisi vaikuttanut hintoihin ennen maaliskuuta 2005.
153. Mitä tulee rikkomisen jälkeen havaittujen hintojen käyttökelpoisuuteen, on mahdollista, että kartellilla oli vaikutuksia markkinoilla vielä sen jälkeenkin, kun kartellin jäsenet lopettivat SEUT-sopimuksen 101 artiklassa kielletyn yhteistyön.¹²⁶ Näin voi olla erityisesti oligopolimarkkinoilla, joilla kartellin jäsenet saattaisivat kartellin aikana koottujen tietojen vuoksi pystyä noudattamaan pysyvästi – kartellin päättymisen jälkeenkin – toimintatapaa, jonka tavoitteena on myydä korkeammalla hinnalla kuin todennäköinen hinta ilman kartellia, syylistymättä SEUT-sopimuksen 101 artiklassa kiellettyjen menettelytapojen kaltaisiin menettelytapoihin.¹²⁷ On myös mahdollista, että kartellin päättymisen jälkeen aikaisemmat kartellin jäsenet turvautuvat toisenlaiseen kilpailusääntöjen rikkomiseen, joka nostaa niiden asiakkaiden hintoja. Tällaisissa tapauksissa rikkomisen päättymisen jälkeen havaittuihin hintoihin perustuva ajallinen vertailu voisi johtaa siihen, että rikkomiseen osallistuneiden yritysten asiakkaiden maksama ylihintaliarvioidaan, sillä rikkominen voi vielä vaikuttaa rikkomisen jälkeisiin hintoihin. Jos esimerkissä

¹²⁵ Ks. edellä 2 osan II luvussa oleva 43 kohta.

¹²⁶ Ks. edellä 2 osan II luvussa oleva 44 kohta.

¹²⁷ Tällaisten yhteensovitettyjen vaikutusten toimintaa käsitellään tarkemmin komission antamissa suuntaviivoissa horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla, EUVL C 31, 5.2.2004, s. 5, 39 kohta.

kanteen nostaneella leipomolla on syytä uskoa, että vuonna 2008 ja sen jälkeen maksettujen hintojen kohdalla voi olla näin, se voisi arvioida hintojen perusteella ainoastaan ylihinnasta aiheutuneen vahingon alarajan tuomioistuimelle esittämässään kanteessa.

154. Esimerkissä kanteen nostanut leipomo katsoo, että ennen rikkomista maksetut hinnat soveltuvat hyvin todennäköisen hypoteettisen hinnan arviointiin. Jos leipomo vertaa rikkomisajanjakson hintoja hintoihin ilman rikkomista sellaisina kuin ne on havaittu, se olettaa epäsuoraan, että rikkomista edeltävinä vuosina 2003 ja 2004 maksettujen hintojen ja rikkomisen aikaan vuosina 2005, 2006 ja 2007 maksettujen hintojen välinen ero johtuu kokonaisuudessaan rikkomisesta. On kuitenkin mahdollista, että muutkin syyt kuin rikkominen ovat vaikuttaneet merkittävästi hintakehitykseen rikkomisajanjakson aikana. Esimerkiksi viljanhinnan muutokset voisivat olla vaihtoehtoinen syy hintakehitykseen, ja ne voidaan ottaa huomioon käyttämällä edellä 2 osan II.B luvussa esitettyjä tekniikkoja. Jos voidaan yksilöidä muita merkittäviä vaikuttavia tekijöitä ja korjata hintatietoja niiden perusteella, on väitteellä, jonka mukaan jäljelle jäävä ero rikkomisen ulkopuolisen ajanjakson ja rikkomisajanjakson hintojen välillä johtuu rikkomisesta, enemmän painoarvoa.¹²⁸ Se, missä olosuhteissa kantajan tai vastaajan on tehtävä tällaisia korjauksia, riippuu sovellettavan lainsäädännön säännöistä.

b. Muut vertailuun perustuvat menetelmät

155. Ajallisten vertailujen lisäksi myös muut edellä 2 osassa kuvaillut vertailuun perustuvat menetelmät voivat olla hyödyllisiä määritettäessä suoran asiakkaan maksaman alkuperäisen ylihinnan suuruutta. Jauhokartelliesimerkissä kanteen nostanut leipomo voisi vaihtoehtoisesti vertailla hintoja toisiin maantieteellisiin tai tuotemarkkinoihin osoittaakseen, mitä hinnat sen omilla markkinoilla olisivat todennäköisesti olleet ilman rikkomista.
156. Yksi vaihtoehto olisi hintojen vertailu toisilla maantieteellisillä markkinoilla havaittuihin jauhון hintoihin. Koska edellä kuvaillun jauhokartellin oletettiin kattavan kansalliset markkinat, tietoja hinnoista toisessa jäsenvaltiossa voitaisiin käyttää rikkomisen ulkopuolisen hinnan määrittämisessä. Jos markkinat kattavat valtion sisällä tietyn maantieteellisen alueen, jauhון hinnat toisilla alueellisilla markkinoilla voisivat soveltua viitekohdaksi.
157. Jotta vertailuhintoja voitaisiin käyttää niiden hintojen osoittimena, jotka olisivat vallinneet ilman rikkomista, on tärkeää, että sama tai samankaltainen kilpailusääntöjen rikkominen ei ole vaikuttanut niihin. Jos jauhokartelliesimerkissä käytetään hintatietoja läheisiltä maantieteellisiltä markkinoilta ja on olemassa todisteita siitä, että kilpailunvastainen sopimus kattoi myös kyseiset lähimarkkinat, näiden markkinoiden hinnat voisivat johtaa ylihinnan aliarviointiin. Lähimarkkinoiden tapauksessa rikkominen yksillä markkinoilla on lisäksi voinut vaikuttaa kyseisiin lähimarkkinoihin (esim. nostamalla kysyntää markkinoilla, joilla kilpailusääntöjä ei rikota), jolloin ne eivät välttämättä kuvasta hintoja ilman rikkomista.

¹²⁸

Tämä ei vaikuta sellaisten kansallisten sääntöjen soveltamiseen, joiden mukaan kantaja voi käyttää rikkomisajanjaksolla ja rikkomisen ulkopuolisilla ajanjaksoilla perittyjä hintoja koskevia perusvertailuja ilman korjauksia alustavassa kirjelmässään tai täyttääkseen kansallisissa oikeussäännöissä asetetut tosiseikkojen esittämistä koskevat velvollisuutensa (erityisesti kun kansallisessa oikeudessa sallitaan, että tuomioistuin määrittää vahingonkorvauksen käyttämällä likimääräistä arviota tai sen perusteella, mitä pidetään kohtuullisena (ex aequo et bono)). Tämä ei vaikuta myöskään näyttökynnystä ja todistustaakkaa koskeviin sääntöihin.

158. Kun vertailumarkkinoilla on erilaiset ominaispiirteet, hintatiedot kyseisiltä markkinoilta eivät ehkä osoita riittävän hyvin hintoja ilman rikkomista. Esimerkissä rikkomisen kohteena olevilla markkinoilla toimii neljä myllyä, jotka toimittavat jauhoa. Jos voidaan esimerkiksi osoittaa, että ennen kilpailusääntöjä rikkovien menettelytapojen aloittamista kilpailu oli voimakasta, hintatiedot lähimarkkinoilta, joilla on yksi määräävässä asemassa oleva mylly-yhtiö, eivät ehkä osoita riittävässä määrin hintoja ilman kartellia ja niitä voidaan käyttää ainoastaan perustana arvioidulle alarajalle.
159. Jos kanteen nostanut leipomo käyttää hintatietoja toisilta maantieteellisiltä markkinoilta siinä muodossa kuin ne on havaittu, se olettaa epäsuoraan, että jäljelle jäävä ero rikkomiseen osallistuneille yrityksille todellisuudessa maksettujen hintojen ja kyseisillä vertailumarkkinoilla vallitsevien hintojen välillä johtuvat rikkomisesta. Tapaukseen liittyvistä olosuhteista ja sovellettavan lainsäädännön vaatimuksista riippuen edellä 2 osan II.B luvussa kuvailtuja tekniikkoja voidaan käyttää sellaisten vaihtoehtoisten vaikuttavien tekijöiden yksilöimiseksi ja huomioimiseksi, jotka ovat voineet vaikuttaa hintoihin.
160. Hinta ilman rikkomista on mahdollista arvioida myös vertailulla muilla tuotemarkkinoilla havaittuihin hintoihin. Jauhon osalta voi kuitenkin olla vaikeaa löytää riittävän samankaltaisia tuotemarkkinoita, joihin sama tai samankaltainen kilpailusääntöjen rikkominen ei ole vaikuttanut.

3) Ylihinnan siirtäminen edelleen

161. Kilpailuoikeutta rikkovien yritysten suorat asiakkaat, jotka maksavat kartellin johdosta ylihintaa, voivat myydä vaikutusalaan kuuluvia tuotteita edelleen (tai käyttää niitä tuotantopanoksena omassa tuotannossaan tai palvelutarjonnassaan). Edellä käsitellyssä jauhokartelliesimerkissä leipomot ovat kilpailuoikeutta rikkovien yritysten suoria asiakkaita, ja ne käyttävät ostamansa jauhon leipoakseen leipää, jonka ne myyvät eteenpäin joko suoraan loppuasiakkaille tai supermarketille. Suorat asiakkaat (leipomot) voivat reagoida kohtaamaansa hinnannousuun nostamalla omien tuotteidensa tai palvelujensa hintoja (leipä, jota ne myyvät edelleen), jolloin ne siirtävät alkuperäisen ylihinnan kokonaan tai osittain omille asiakkailleen (kuluttajat tai supermarketit). On kyse samasta vaikutuksesta, kun *välilliset* asiakkaat (kuten supermarketit tässä esimerkissä) nostavat asiakkailtaan perimiään hintoja siirtäen edelleen ylihinnan, joka ensin siirrettiin niille.
162. Tällaisen ylihinnan siirtämiseen edelleen sisältyy tavallisesti volyymivaikutus: kuten edellä 128 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa esitettiin, hintojen nousu johtaa tavallisesti kysynnän heikentymiseen. Jos leipomo siirtää jauhokartelliesimerkissä ylihinnan edelleen nostamalla hintoja, joita se perii leivästä supermarketeilta ja loppukuluttajilta, leipomolle itselleen ylihinnasta aiheutuva kielteinen taloudellinen vaikutus voi pienentyä, mutta leipomon kysyntä heikkenee.¹²⁹ Tämä kysynnän väheneminen merkitsee leipomon myynnin vähentymistä ja voiton menetystä, joka myös on rikkomisesta johtuvaa vahinkoa, joka olisi korvattava (ks. III luku jäljempänä).

¹²⁹

Tuomioistuimien on erilaisissa yhteydessä korostanut tätä yhteyttä ylihinnan siirtämisen ja yrityksen oman myyntimäärän välillä asiassa C-147/01, Weber's Wine World, tuomio 2.10.2003, Kok., s. I-11365, 98–99 kohta: ”vaikka olisikin osoitettu, että (...) verosta aiheutuva rasitus on vyörytetty kokonaan tai osittain kolmansien kannettavaksi (...) verovelvolliselle saattaa (...) aiheutua vahinkoa myyntivolyymin pienentymisestä”.

163. Ylihinnan siirtämisestä johtuva hinnannousu ja myynnin vähentyminen ovat näin ollen luontaisesti yhteydessä toisiinsa. Itse asiassa samat tekijät, etenkin tuotantoketjun loppupään asiakkaiden kysyntäjousto, vaikuttavat sekä siirtoon että volyymivaikutuksiin. Tämä johtuu siitä, että tuotantoketjun loppupään kysyntää koskevat markkinaolosuhteet vaikuttavat sekä myyntihintaan että siihen myyntimäärään, jolla leipomo maksimoisi voittonsa.
164. Kun on kyse ylihinnan korvaamisesta kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvassa vahingonkorvauskanteessa, ylihinnan siirtämistä edelleen voidaan joutua käsittelemään kahdessa erilaisessa tilanteessa:
- a) Kun suora asiakas nostaa kanteen, jossa vaaditaan asiakkaan maksaman alkuperäisen ylihinnan korvaamista (esimerkkitapauksessa leipomon kanne myllyä A vastaan), vastaajana oleva kartelli voisi esittää, että suoralle asiakkaalle ei itse asiassa pitäisi myöntää korvausta ylihinnasta johtuvasta vahingosta siinä määrin kuin asiakas on nostanut omia hintojaan ja siten siirtänyt ylihinnan edelleen. Tätä kutsutaan yleisesti ylihinnan siirtoon vetoavaksi puolustukseksi. Kun ostaja siirtää ylihinnan edelleen, se voi, kuten edellä mainittiin, johtaa myynnin vähenemiseen ja sen seurauksena voiton menettämiseen.
 - b) Ylihinnan siirtoa koskevaa perustelua sovelletaan myös välillisen asiakkaan kilpailuoikeuden rikkojaa vastaan nostamaan kanteeseen (esim. leipomolta leipää ostanut supermarket tai kuluttaja, joka nostaa kanteen mylly-yhtiötä vastaan). Välillinen ostaja voi vaatia korvausta ylihinnasta ainoastaan silloin kun suoran asiakkaan maksama alkuperäinen ylihintaa on siirretty välilliselle ostajalle kokonaan tai osittain. Tällä seikalla voi olla merkitystä kantajille, jotka sijaitsevat jakeluketjun eri tasoilla, loppuasiakkaat mukaan lukien.
165. On olemassa erilaisia oikeussääntöjä, jotka koskevat mahdollisuutta käyttää ylihinnan siirtoon vetoavaa puolustusta ja todistustaakkaa tässä yhteydessä.¹³⁰ Jäljempänä 168 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa esitetyistä ylihinnan siirtämisen suuruuden määrittämistä koskevista taloudellisista näkökohdista voi kuitenkin olla hyötyä riippumatta näiden sääntöjen muodosta.
166. Molemmissa edellä mainituissa tilanteissa kantajat ja vastaajat voisivat käyttää kahta erilaista lähestymistapaa perustellakseen väitteensä, jonka mukaan ylihintaa siirrettiin välilliselle asiakkaalle: he voisivat joko
- a) määrittää alkuperäisen ylihinnan suuruuden ja välilliselle asiakkaalle siirtämisen asteen, mahdollisesti useilla jakeluketjun tasoilla, käyttäen edellä kuvailtuja ekonometrisiä tekniikkoja, tai
 - b) käyttää edellä kuvailtuja menetelmiä ja tekniikkoja sen määrittämiseksi, onko kyseinen välillinen asiakas maksanut ylihintaa. Tämä toinen vaihtoehto on usein käytännössä helpompi.
167. Esimerkiksi kun välillinen asiakas nostaa vahingonkorvauskanteen kartellista johtuvan ylihinnan vuoksi, kyseinen välillinen asiakas voi joko osoittaa, että oli

¹³⁰

Ks. komission valkoinen kirja yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista (KOM(2008) 165 lopullinen, 2.4.2008), jossa ehdotetaan tapoja, joilla ylihinnan siirtämistä edelleen voitaisiin käsitellä kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvissa vahingonkorvauskanteissa.

olemassa alkuperäinen ylihinta, joka siirrettiin hänelle¹³¹, tai hän voi määrittää omalle tasolleen siirretyn ylihinnan samalla tavalla kuin suora asiakas määrittäisi alkuperäisen ylihinnan, nimittäin vertaamalla todellisuudessa maksamaansa hintaa todennäköiseen hintaan skenaariossa ilman rikkomista. Vertailuun perustuvat menetelmät voivat antaa hyödyllisiä tietoja välillisten asiakkaiden maksaman ylihinnan suuruudesta ilman, että olisi välttämätöntä määrittää siirtymisaste. Esimerkiksi käyttämällä välillisen asiakkaan ennen rikkomista ja sen aikana maksamien hintojen ajallista vertailua voi olla mahdollista vahvistaa, kuinka paljon kyseiset hinnat nousivat rikkomisen johdosta, tarvitsematta määrittää siirtymisastetta.

168. Ei ole mahdollista määrittää tavanomaista siirtymisastetta, jota voitaisiin soveltaa useimmissa tilanteissa. Sen sijaan siirtymisasteiden arviointi edellyttää kyseisten markkinoiden kaikkien ominaispiirteiden huolellista tarkastelemista. Ylihinnan siirtyminen ja siirtymisaste riippuu yksittäisessä tapauksessa useista eri kriteereistä, ja sen vuoksi sitä voidaan arvioida ainoastaan kyseisten markkinoiden olosuhteet huomioon ottaen.
169. Kun kilpailuoikeutta rikkovien yritysten suora asiakas käyttää kartellituotteita kilpaillessaan tuotantoketjun loppupään markkinoilla, on todennäköistä, että suora asiakas ei tavallisesti pysty siirtämään tätä kustannusten nousua (tai pystyy siirtämään vain hyvin pienen osan siitä), jos kyseisillä tuotantoketjun loppupään markkinoilla toimivat kilpailijat eivät joudu maksamaan samaa tai samankaltaista ylihintaa (esim. kun ne hankkivat tuotantopanoksensa sellaisilta markkinoilta, joilla ei ole kartellia). Jauhokartelliesimerkissä kanteen nostanut leipomo kilpailee muiden leipomojen kanssa leivän tuotannon ja jakelun alalla. Jos nämä muut leipomot eivät hanki jauhojaan kartellin jäseniltä vaan pystyvät ostamaan jauhot halvemmalla muualta, se leipomo, jonka on ostettava kartellilta, on kilpailullisesti huonommassa asemassa verrattuna kilpailijoihinsa eikä sen vuoksi pysty siirtämään ylihinnasta johtuvaa lisäkustannusta edelleen.
170. Kun kaikki yritykset kyseillä tuotantoketjun loppupään markkinoilla kärsivät kartellista ja joutuvat samalla tavoin maksamaan suoraa ylihintaa, on todennäköistä, että suora asiakas pystyy siirtämään ainakin osan ylihinnasta edelleen. Tämän siirtymisasteen suuruuteen vaikuttaa kilpailun voimakkuus tuotantoketjun loppupään markkinoilla: jos tuotantoketjun loppupään markkinoilla vallitsee täydellinen kilpailu, siirtymisaste on käytännössä 100 prosenttia. Tämä on osoitus siitä, että täydellisen kilpailun markkinoilla hinta on yhtä kuin rajakustannukset, ja sen vuoksi tuotantopanosten hintojen nousu johtaa suoraan tuotantohinnan/tuotoshinnan yhtä suureen nousuun. Markkinoilla, joilla kilpailu ei ole yhtä täydellistä, on todennäköistä, että vaikutusten kohteena olevat yritykset siirtävät ainakin osan ylihinnasta, mutta eivät välttämättä 100:a prosenttia. Jos suora asiakas esimerkiksi on monopoliasemassa tuotantoketjun loppupään markkinoilla, hän valitsee sellaisen siirtymisasteen, joka merkitsee hänelle voiton maksimoivaa hintaa ottaen huomioon kysynnän heikentyminen, joka todennäköisesti on seurausta ylihinnan siirtämisestä.¹³²

¹³¹ Kun välillinen asiakas perustelee väitettään viittaamalla siirtymisasteeseen ja rikkomisen koskee kustannustekijää, joka on pieni suhteessa tuotteen kokonaiskustannuksiin, hyödyllisen indikaattorin voivat muodostaa muiden, merkittävämpien kustannustekijöiden siirtymisasteet, joiden arviointi voi olla helpompaa.

¹³² Siirtämisen tarkka laajuus riippuu suoran asiakkaan kohtaamasta kysynnästä ja kustannusrakenteesta. Esimerkiksi yksinkertaisessa tapauksessa, jossa monopolin kohtaama kysyntä on lineaarista (jolloin

171. Siirtymisasteeseen voivat tällaisissa tilanteissa vaikuttaa myös seuraavat tekijät (kaiken muun pysyessä muuttumattomana):
- Kysynnän hintajousto ja se, vaikuttaako hinta asiakkaisiin enemmän vai vähemmän hintojen noustessa. Ylihinnan siirtäminen on yleensä todennäköisempää, jos asiakkaat eivät helposti vaihda toisiin tuotteisiin hinnannousun jälkeen (joustamaton kysyntä) ja jos asiakkaiden herkkyys hinnankorotuksille hintojen ollessa korkeampia.
 - Rajakustannuksen muutos tuotannon muuttuessa. Esimerkiksi ylihinnan tuntuva siirtäminen on vähemmän todennäköistä, jos rajakustannus pienenee merkittävästi tuotannon vähentyessä, koska alhaisempien määrien tuotanto on edullisempaa (esim. kun on kapasiteettirajoituksia). Sitä vastoin ylihinnan tuntuva siirtäminen on todennäköisempää, jos rajakustannus ei pienene merkittävästi tuotannon vähentyessä (esim. kapasiteettirajoitusten puuttumisen vuoksi).
 - Kilpailuoikeuden rikkomisen vaikutus erilaisiin kustannuksiin. Kun rikkominen vaikuttaa muuttuviin kustannuksiin, ylihinnan siirtäminen on todennäköisempää kuin jos vaikutus kohdistuisi kiinteisiin kustannuksiin.
 - Rikkomisen kesto ja liiketoimien yleisyys. Kun kilpailuoikeuden rikkominen kestää kauan, on todennäköisempää, että ylihintaa siirretään jossain määrin; näin on myös toimialoilla, joilla liiketoimet ja hinnanmuutokset ovat yleisiä.

B. Ylihinnan määrittäminen, kun ylihintaa aiheuttaa muunlaisesta kilpailuoikeuden rikkomisesta

172. Kartellit ovat ainoastaan yksi kilpailuoikeuden rikkomisen muoto, joka johtaa rikkomiseen osallistuvien yritysten asiakkaiden hintojen nousemiseen ja siten aiheuttaa vahinkoa ylihinnan muodossa (tai 'alihinnan' muodossa, kun on kyse rikkomisesta, joka liittyy toimituksiin rikkomiseen osallistuville yrityksille). Muita esimerkkejä toiminnasta, joka voi johtaa vahinkoon ylihinnan muodossa, ovat SEUT-sopimuksen 101 artiklan rikkominen tiettyjen kilpailunvastaisten yhteisyritysten kautta ja SEUT-sopimuksen 102 artiklassa tarkoitettu määräävän aseman väärinkäyttö perimällä liiallisia hintoja.
173. Näillä kilpailuoikeuden rikkomismuodoilla on se yhteinen piirre, että ne voivat suoraan tai välillisesti tehdä rikkojayrityksille mahdolliseksi nostaa asiakkailtaan perimiään hintoja.¹³³ Tällaisen ylihinnan maksaminen puolestaan johtaa kysynnän heikentymiseen ja siten edellä kuvailtuun volyymivaikutukseen.
174. Niitä menetelmiä ja tekniikkoja, joiden soveltamista kartellista johtuvan ylihinnan arvioimiseen on kuvailtu edellä¹³⁴, voidaan periaatteessa käyttää myös muunlaisen kilpailuoikeuden rikkomisen aiheuttaman ylihinnasta johtuvan vahingon määrittämiseen. Lähtökohtana on se, millainen kantajan asema olisi ollut, jos kyseessä olevaa rikkomista ei olisi tapahtunut.

määrän ja hinnan välinen suhde voidaan osoittaa suoralla viivalla) ja rajakustannukset muuttumattomat, suorasta ylihinnasta siirretään 50 prosenttia.

¹³³ Tai rikkomisen koskiessa toimituksia rikkojayrityksille tehdä mahdolliseksi tavarantoimittajien asiakkailtaan saamien hintojen alentamisen.

¹³⁴ Ks. 149 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä 155 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

III VOLYYMIVAIKUTUKSEN AIHEUTTAMAN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN

175. Tietyn tuotteen hinnan nouseminen johtaa kysynnän vähentymiseen. Hintojen nousemisen ja myyntimäärien pienentymisen aste rikkomisen johdosta riippuu samoista kustannus- ja kysyntäparametreista, ja ne määritetään yhdessä. Näin ollen ylihintaa ja volyymivaikutukset liittyvät luonnostaan yhteen.
176. Kun on kyse välillisen asiakkaan maksamasta ylihinnasta (ks. edellä 161 kohta ja sitä seuraavat kohdat), volyymivaikutus liittyy tiiviisti myös ylihinnan siirtämiseen jakeluketjussa loppukuluttajalle: kun kilpailuoikeutta rikkovien yritysten asiakas ei siirrä ylihintaa vaan kantaa sen kokonaan itse, kyseisen asiakkaan myynti ei vähene rikkomisen johdosta, koska hänen asiakkaidensa hinnat eivät nouse seurauksena rikkomisesta. Kun ylihintaa puolestaan siirretään osittain tai kokonaan loppukuluttajalle, loppukuluttajan hinnat nousevat edellä 128 kohdassa esitetyllä tavalla ja hän vähentää kysyntäänsä. Tämä puolestaan vähentää kysyntää jakeluketjun alkupäässä.
177. Kuten edellä on todettu, niille kilpailuoikeutta rikkoneiden yritysten suorille tai välillisille asiakkaille, jotka käyttävät kyseistä tuotetta omissa kaupallisissa toimissaan, tämä kysynnän vähentyminen ('volyyymivaikutus') merkitsee sitä, että ne myyvät rikkomisen johdosta vähemmän ja sen vuoksi menettävät voiton, jonka ne olisivat saaneet niistä yksiköistä, jotka jäivät myymättä tämän vaikutuksen vuoksi. Saamatta jäänyt voitto katsotaan vahingoksi, josta voidaan myöntää korvausta¹³⁵, ja periaatteessa edellä 2 osassa kuvailtuja menetelmiä ja tekniikkoja voitaisiin käyttää sen määrittämiseen.¹³⁶
178. Varsinkin vertailuun perustuvat menetelmät ja tekniikat, joiden soveltamista määritettäessä suoran asiakkaan maksamaa alkuperäistä ylihintaa käsiteltiin edellä, voivat antaa kantajalle hyödyllisiä tietoja liikevaihdon ja voittojen vähentymisen määrittämistä varten. Esimerkiksi vertailua eri ajankohtien tai eri markkinoiden välillä voidaan käyttää myyntimäärän määrittämiseksi skenaariossa ilman rikkomista, toisin sanoen sen, kuinka monta yksikköä kantaja olisi pystynyt myymään ilman rikkomista. Näitä menetelmiä ja tekniikkoja soveltamalla voidaan myös selvittää hypoteettinen voittomarginaali skenaariossa ilman rikkomista. Joissakin tapauksissa tuomioistuimien voi myös hyväksyä näiden menetelmien käyttämisen yksinkertaistetulla tavalla, esimerkiksi määrittämällä keskimääräisen voittomarginaalin liiketoimintakohdan ja sitten kertomalla sen niiden yksikköjen lukumäärällä, jotka jäivät myymättä rikkomisen vuoksi.¹³⁷
179. Voiton saamatta jäämisessä on kyse vahingosta, joka usein yhdistetään sellaiseen kilpailuoikeuden rikkomiseen, joka johtaa kilpailijoiden sulkemiseen markkinoilta. Käytännön oppaan 4 osassa käsitellään tarkemmin tällaisen vahingon määrittämistä. Kyseisessä osassa esitetyillä seikoilla voi olla merkitystä myös määritettäessä sellaista voiton saamatta jäämistä, joka on seurausta hintojen noususta.

¹³⁵ Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 95 kohta.

¹³⁶ Lukuun ottamatta kustannuksiin perustuvaa menetelmää.

¹³⁷ Ks. jäljempänä 191 kohta.

4 OSA – Markkinoilta sulkevien käytäntöjen aiheuttaman vahingon määrittäminen

I MARKKINOILTA SULKEVIEN KÄYTÄNTÖJEN VAIKUTUKSET

180. SEUT-sopimuksen 101 tai 102 artiklan rikkomisen vaikutuksena voi olla kilpailijoiden täydellinen sulkeminen markkinoilta tai niiden markkinaosuuksien pienentyminen. Tällaisia kilpailuoikeuden rikkomisella kilpailijoihin olevia vaikutuksia kutsutaan yleisesti 'markkinoiden sulkemiseksi'. Esimerkkejä tällaisista käytännöistä ovat SEUT-sopimuksen 102 artiklassa kielletty määräävän aseman väärinkäyttö esimerkiksi saalistushinnoittelun, yksinmyynnin, toimituksista kieltäytymisen, sitomisen, niputtamisen tai hintaruuvien avulla.¹³⁸ Tällaista määräävän aseman väärinkäyttöä kutsutaan 'markkinoilta sulkemiseen johtavaksi määräävän aseman väärinkäytöksi'. Myös SEUT-sopimuksen 101 artiklassa kielletyn käytännön tavoitteena tai vaikutuksena voi olla kilpailijan sulkeminen markkinoilta. Sen vuoksi on mahdollista puhua 'markkinoilta sulkevista käytännöistä', joihin kuuluvat sekä SEUT-sopimuksen 101 että 102 artiklan rikkomistapaukset.
181. Perussopimuksen kilpailusäännöissä kielletyillä markkinoilta sulkevilla käytännöillä kilpailuoikeuden rikkojat vääristävät kilpailua parantaakseen markkina-asemaansa tai säilyttääkseen sen keinotekoisesti. Tämä vaikuttaa välittömästi niiden kilpailijoihin huonontamalla kilpailijoiden asemaa markkinoilla, ajamalla ne pois markkinoilta tai estämällä niitä tulemasta markkinoille. Markkinoilta sulkevat käytännöt voivat vaikuttaa kilpailijan kustannuksiin, hintaan, jonka se pystyy tuotteesta perimään tai niihin määriin, joita se pystyy tuottamaan ja myymään. Ne johtavat tavallisesti siihen, että kyseisiltä kilpailijoilta jää saamatta voittoa.
182. Vaikuttamalla lainvastaisesti kilpailijoiden markkina-asemaan ja siten kilpailun määrään markkinoilla tällaiset käytännöt voivat lisäksi johtaa asiakkaille aiheutuvaan vahinkoon korkeampien hintojen tai suppeamman valikoiman, huonomman laadun ja vähäisemmän innovoinnin muodossa. Asiakkaisiin kohdistuvat markkinoilta sulkevien käytäntöjen haitalliset vaikutukset eivät kuitenkaan aina ilmene välittömästi, sillä käytännöt kohdistuvat ensi sijassa kilpailijoihin vähentäen kilpailupainetta, jota ne luovat kilpailuoikeuden rikkojille. Edellä 3 osassa kuvaillut kilpailuoikeuden rikkomismuodot tuottavat tavallisesti rikkojille välittömästi lainvastaista voittoa ja asiakkaille välittömästi vahinkoa, kun taas markkinoilta sulkevat käytännöt voivat alussa aiheuttaa rikkojille haittaa ja parantaa asiakashintoja lyhyellä aikavälillä, mikä on tavallista saalistushinnoittelussa. Seuraavissa luvuissa käsitellään erikseen kilpailijoille aiheutuneen vahingon (II luku) ja asiakkaille aiheutuneen vahingon (III luku) määrittämistä.
183. Perussopimuksessa taataan markkinoilta sulkevasta käytännöstä vahinkoa kärsineille kuluttajille ja yrityksille oikeus korvaukseen riippumatta siitä, ovatko ne kilpailuoikeuden rikkojien asiakkaita vai kilpailijoita. Kuten jo mainittiin, tuomioistuin on todennut, että korvaukseen sisältyy sekä todellisen vahingon (*damnum emergens*) että saamatta jääneen voiton (*lucrum cessans*) korvaaminen ja lisäksi korkojen maksaminen.¹³⁹ Määritettäessä markkinoilta sulkevista käytännöistä aiheutunutta vahinkoa seuraavissa luvuissa käytetään pääasiassa käsitettä 'saamatta

¹³⁸ Näitä käytäntöjä kuvaillaan komission tiedonannossa – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen, EUVL C 45, 24.2.2009, s. 7.

¹³⁹ Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619, 95 kohta.

jäänyt voitto' tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti. Saamatta jääneen voiton käsitettä käytetään laajasti ja sen katsotaan merkitsevän yrityksen todellisuudessa saamien voittojen ja niiden voittojen välistä eroa, jotka se olisi saanut ilman rikkomista. Seuraavassa kuvaillut lähestymistavat saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen eivät rajoita vahingonkärsijöiden mahdollisuutta vaatia korvausta muiden kansallisessa lainsäädännössä vahvistettujen vahinkolajien perusteella. Jotkin laajasti määritellyn saamatta jääneen voiton osatekijät voidaan luokitella eri käsitteiden alle jäsenvaltioiden lainsäädännössä (esim. menetetyt mahdollisuudet¹⁴⁰ tai menetetty maine) ja lisäksi voi olla sellaisia markkinoilta sulkevista käytännöistä aiheutuvia vahinkolajeja, jotka ylittävät saamatta jääneiden voittojen käsitteen.

II KILPAILJOILLE AIHEUTUNEEN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN

184. Kilpailijoilta saamatta jäänyt voitto voi olla seurausta pienentyneistä tuloista (esim. sen myyntimäärän pienentyessä, jonka kilpailijat pystyvät myymään) tai lisääntyneistä kustannuksista (esim. rikkomisen vaikuttaessa tuotantopanoksen hintaan). Kokonaistilanne voi näkyä kilpailijan markkinaosuuden pienentymisenä. Seuraavissa luvuissa kuvaillaan ensin lyhyesti sitä, kuinka markkinoilta sulkevat käytännöt vaikuttavat kilpailijoihin ajan mittaan (A), ja esitetään yleinen lähestymistapa saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen (B). Sen jälkeen käsitellään joitakin markkinoilta sulkevien käytäntöjen määrittämiseen liittyviä tavallisia tilanteita tapauksissa, joissa kyseiset käytännöt vaikuttavat olemassa oleviin kilpailijoihin (C) ja uusiin markkinatulokkaisiin (D), ja sitä, milloin niiden aiheuttama vahinko ulottuu myös tulevaisuuteen (E).

A. Markkinoilta sulkevien käytäntöjen ajallinen ulottuvuus

185. Markkinoilta sulkevat käytännöt voivat vaikuttaa kilpailijoihin eri tavoilla tarkastellusta ajanjaksosta riippuen. Kun markkinoilta sulkeva käytäntö alkaa, kilpailijoilla on tavallisesti vaikeuksia myydä tuotteitaan tai (kun käytäntö koskee tuotantoketjun alkupään markkinoita) saada toimituksia. Tämä johtaa niiden voiton pienemiseen seurauksena korkeammista kustannuksista tai pienemmistä tuloista. On yleistä, että kilpailijoiden markkinaosuus laskee tai jää odotettua alhaisemmaksi verrattuna tilanteeseen ilman rikkomista (esim. kun niiden laajentuminen estetään). Tässä vaiheessa rikkomiseen osallistuvien yritysten voitot voivat nousta. Näin ei kuitenkaan välttämättä ole, sillä rikkojille saattaa aiheutua kustannuksia markkinoilta sulkevien käytäntöjen täytäntöönpanosta (esim. seurauksena hintojen alentamisesta, kieltäytymisestä toimittamasta kilpailijalle, jolloin niiden oma myynti vähenee, ja siitä, että ne tarjoavat asiakkaille alennuksia tai muita etuja, jotka voivat pienentää voittoja lyhyellä aikavälillä). Kilpailijat voidaan lopulta pakottaa poistumaan markkinoilta.
186. Kun kilpailijoiden markkinoille tulo on onnistuttu estämään tai kun niiden läsnäoloa markkinoilla on vähennetty tai ne on pakotettu poistumaan markkinoilta, kilpailuoikeuden rikkojien voitot yleensä kasvavat asiakkaiden ja markkinoilta suljettujen kilpailijoiden edun vastaisesti. Kun näin tapahtuu (joko hyvin pian rikkomisen alkamisen jälkeen tai tietyn ajan kuluttua), asiakkaat voivat joutua maksamaan korkeamman hinnan ja tuotteiden laatu tai tuotevalikoima voi huonontua. Asiakkaisiin voi kohdistua tällaisia vaikutuksia, vaikka kilpailijaa ei suljettaisi täydellisesti markkinoilta. Tällaisia vaikutuksia voi esiintyä myös aivan

¹⁴⁰

Menetetyt mahdollisuudet tarkoittavat liiketoimintamahdollisuuksia, jotka yritys menetti laittoman markkinoilta sulkevan käytännön vuoksi.

markkinoilta sulkevan käytännön alussa ja vaikka markkinoilla olisi vielä kilpailijoita, jos kilpailijoiden aikaansaama kilpailupaine heikentyy.

187. Kun täytäntöönpanoviranomaiset paljastavat markkinoilta sulkevan käytännön tai se päättyy yksityisten kanteiden seurauksena, kilpailuolosuhteet voidaan palauttaa vähitellen. On tärkeää korostaa, että markkinaolosuhteiden palauttaminen samanlaisiksi kuin ennen rikkomista on monissa tapauksissa käytännössä mahdotonta. Tämä johtuu pääasiassa rikkomisen rakenteellisista vaikutuksista, joiden poistaminen voi olla vaikeaa ja kestää kauan (voimassa olevat sopimusvelvoitteet, verkostovaikutukset tai muut esteet, jotka estävät markkinoilta suljetun kilpailijan paluun markkinoille). Sen vuoksi joissakin tapauksissa skenaario ilman rikkomista ja todellinen markkinakehitys eivät voi täysin vastata toisiaan.

B. Yleinen lähestymistapa saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen

188. Sen määrittämiseksi, onko kilpailijoilta jäänyt saamatta voittoja ja kuinka paljon, on verrattava kilpailijoiden rikkomisen aikana saamaa voittoa rikkomisen vaikutusalaan kuuluvilla markkinoilla siihen voittoon, mitä ne olisivat saaneet kyseisistä tuotteista skenaariossa ilman rikkomista (eli kontrafaktuaalisessa skenaariossa).¹⁴¹ Kun voidaan osoittaa, että markkinoilta suljettu kilpailija olisi saanut suurempia voittoja skenaariossa ilman rikkomista ja että ero johtuu rikkomisesta, kilpailijalle on aiheutunut vahinkoa, vaikka sen markkinaosuus ei olisikaan muuttunut tai sen voitot olisivat lisääntyneet muiden tekijöiden johdosta.¹⁴²
189. Kyseisen yrityksen todelliset voitot määritetään yleensä vähentämällä todelliset kustannukset todellisista tuloista. Samoin voitot, jotka yritys olisi saanut skenaariossa ilman rikkomista (kontrafaktuaaliset voitot), voidaan määrittää vähentämällä arvioidut kustannukset ilman rikkomista (kontrafaktuaaliset kustannukset)¹⁴³ ilman rikkomista odotetuista tuloista (kontrafaktuaaliset tulot).¹⁴⁴ Saamatta jäänyt voitto on kontrafaktuaalisten ja todellisten voittojen erotus. Kun on kyse markkinoille tulon estämisestä, todelliset voitot ovat yleensä nolla tai ne voivat jopa olla miinuksella, jos markkinoilta suljetulle kilpailijalle on aiheutunut kustannuksia (esim. investointi markkinoille tulemiseksi), jotka eivät ole tuottaneet mitään.
190. Tämä saamatta jääneiden voittojen peruslaskentatapa voidaan panna täytäntöön eri tavoin. Esimerkiksi on mahdollista verrata markkinoilta suljetun kilpailijan tuloja skenaariossa ilman rikkomista niihin todellisiin tuloihin, jotka on saatu rikkomisen vaikutusalaan kuuluvilta markkinoilta. Kun saamatta jääneet tulot on määritetty, niistä voidaan vähentää kustannukset, joilta yritys on välttynyt pienempien

¹⁴¹ Tämä ei koske kanteita, joiden tarkoituksena on saada takaisin ainoastaan osa tappiosta, toisin sanoen ainoastaan aiheutuneet ylimääräiset kustannukset. Tällaisia kanteita esiintyy käytännössä myös siitä syystä, että on olemassa yksinkertaisempia lähestymistapoja aiheutuneen vahingon määrittämiseksi. Ks. jäljempänä 192 kohta.

¹⁴² Esimerkiksi uusi tulokas, jonka kasvupotentiaali on suuri, voi säilyttää voittonsa samalla tasolla mutta olisi lisännyt voittojaan ilman rikkomista.

¹⁴³ Arvioitaessa kyseisen yrityksen saamatta jäänyttä lopullista voittoa on otettava huomioon lisäkustannukset, joita sille olisi luonnollisesti aiheutunut tuotannon lisäämisestä. Tältä osin yritykselle aiheutuneet yksikkökustannukset eivät välttämättä vastaa yksikkökustannuksia kontrafaktuaalisessa skenaariossa. Esimerkiksi kun lisätään suuren mittakaavan tuottoja, yksikkökustannukset kontrafaktuaalisessa skenaariossa olisivat pienemmät kuin havaitut kustannukset, koska yrityksen tuotanto olisi suurempaa kontrafaktuaalisessa skenaariossa (eli jos rikkominen ei olisi vaikuttanut siihen).

¹⁴⁴ Esim. Tukholman käräjäoikeuden (*Stockhols tingsrätt*) 20. marraskuuta 2008 yhdistetyissä asioissa T 32799-05 ja T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB ynnä muut v. VPC Aktiebolag*) antama tuomio, muutoksenhaku vireillä.

tuotantomäärien vuoksi. Näin saadaan saamatta jääneiden voittojen arvo. Arvioitaessa saamatta jääneitä voittoja tällä tavoin ei ole välttämätöntä määrittää kaikkia kustannuksia, jotka yritykselle olisi aiheutunut, vaan ainoastaan arvio niistä kustannuksista, joita ei aiheutunut rikkomisen vuoksi.

191. Saamatta jääneiden voittojen arvioimiseksi on myös joitakin muita käytännöllisiä lähestymistapoja, jotka voivat olla soveltuvia tietyissä erityistapauksissa. Esimerkiksi voitaisiin arvioida tuotteen yksikkökohtainen keskimääräinen voittomarginaali, joka saataisiin skenaariossa ilman rikkomista, ja sen jälkeen kertoa se niiden yksiköiden lukumäärällä, jotka jäivät myymättä rikkomisen vuoksi.¹⁴⁵ Tällainen keskimääräisen yksikkökohtaisen voiton arvio voi perustua yhteen tai useampaan liiketoimeen, joiden voidaan katsoa edustavan riittävän hyvin kantajan liiketoimintaa kyseisen tuotteen osalta. On syytä huomata, että vältetyt kustannukset sisältyisivät tähän laskelmaan implisiittisesti.¹⁴⁶
192. Kilpailuoikeuden rikkomisesta johtuvista vahingonkorvauskanteista saadun kokemuksen mukaan markkinoilta suljetut kilpailijat päättävät toisinaan hakea vahingonkorvausta ainoastaan osasta vahinkoa, esimerkiksi kustannuksista, joita on aiheutunut toimista, joita on toteutettu markkinoilta sulkevan käytännön johdosta¹⁴⁷, sellaisista kustannuksista, joita on aiheutunut pyrkimyksestä tulla markkinoille, joilta ne on suljettu, ja joita ei ole mahdollista saada takaisin ("uponneet kustannukset")¹⁴⁸, tai liialliseksi katsotusta määrästä tapauksissa, joissa on kyse EU:n kilpailuoikeutta rikkovasta hintaruuvista tai syrjivästä hinnoittelusta¹⁴⁹. Kantajat päätyvät toisinaan tähän vaihtoehtoon, koska tällaisten vahinkojen määrittäminen on yksinkertaisempaa tai voi vaatia vähemmän tietoja ja todisteita on helpommin saatavilla. Myös silloin kun kantajat hakevat korvausta saamatta jääneistä voitoista, vahingon määrittäminen aiheutuneiden lisäkustannusten perusteella (uponneet ja muut kuin uponneet kustannukset) antaa yleensä alarajan arvioitaessa saamatta jääneitä kokonaisvoittoja.
193. Valitusta menetelmästä tai tekniikasta riippumatta saamatta jääneiden voittojen määrittämiseen voi sisältyä monimutkaisten, hypoteettista tilannetta ilman rikkomista koskevien tietojen arviointi. Markkinoilta suljetun kilpailijan todellista tilannetta on verrattava näihin tietoihin, ja tässä arvioinnissa on usein otettava huomioon todennäköinen tuleva kehitys. Niiden voittojen, joita yritys olisi saanut, tulevat voitot mukaan luettuina, arviointi riippuu niin monista tekijöistä, että voisi olla tarkoituksenmukaisempaa lieventää niiden määrittämiselle asetettuja vaatimuksia. Sen vuoksi oikeusjärjestelmissä voidaan jättää tuomioistuimille jonkin verran

¹⁴⁵ Esimerkki käytännöllisestä lähestymistavasta, joka perustuu kustannuksia ja tuloja koskeviin reaalitytöihin ja jossa sovellettiin regressiotekniikoita, on Barcelonan kauppatoimistuimen (*Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona*) 20. tammikuuta 2011 asiassa N:o 45/2010 (*Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*) tekemä päätös.

¹⁴⁶ Keskimääräisen voittomarginaalin arvioimiseksi voisi edelleen olla asianmukaista tarkastella sitä, kuinka kustannukset ja tulot olisivat kehittyneet kontrafaktuaalisessa skenaariossa ilman rikkomista. Esimerkiksi ennen rikkomista havaitut voittomarginaalit olisivat voineet pienentyä rikkomisajanjaksolla rikkomiseen liittymättömien syiden vuoksi seurauksena muista syistä johtuvasta kysynnän vähentymisestä tai tuotantopanostuskustannusten nousemisesta. Lisäksi markkinoilta suljetun kilpailijan tuotannon pienentyminen voisi vaikuttaa sen yksikkökustannuksiin ja siten myös sen saamaan katteeseen niistä tuotteista, jotka se vielä myy.

¹⁴⁷ Esim. markkina-aseman säilyttämisen vuoksi välttämättömät ylimääräiset markkinointikulut.

¹⁴⁸ Esim. kustannukset, joita on aiheutunut uuden tehtaan rakentamisesta kyseisillä markkinoilla.

¹⁴⁹ Ks. esimerkiksi *Lietuvos apeliacinis teismas* (Liettuan muutoksenhakutuomioistuin), päätös 26.5.2006, asia N:o 2A-41/2006 (*Stumbras*); *Højesteret* (Tanskan korkein oikeus), päätös 20.4.2005, asia N:o 387/2002 (*GT Linien A/S v DSB*).

harkinnanvaltaa sen suhteen, mitä lukuja ja tilastollista menetelmää käytetään ja kuinka niitä käytetään vahingon arvioimisessa.¹⁵⁰

C. *Olemassa olevat kilpailijat*

194. Kilpailijat voivat käyttää 2 osassa kuvailtuja menetelmiä tai tekniikkoja määrittääkseen vahingon, joka niille on aiheutunut markkinoilta sulkevan käytännön vuoksi. Skenaario ilman rikkomista olisi mahdollista luoda käyttämällä vertailukohtana saman yrityksen tulosta ajanjaksolla, johon rikkominen ei vaikuttanut, samankaltaista yritystä samoilla markkinoilla, toimialan kokonaisvoittoa¹⁵¹ taikka saman tai samankaltaisen yrityksen tulosta muilla markkinoilla kuin ne markkinat, joilla markkinoilta sulkeva käytäntö esiintyi. Vaihtoehtoisesti simulointiin perustuvilla menetelmillä voidaan saada arvio skenaarista ilman rikkomista. Tällaiset menetelmät perustuvat useisiin oletuksiin (esim. yritysten välisen kilpailuvuorovaikutuksen tyypistä), joiden perusteella simuloidaan todennäköinen tilanne siinä tapauksessa, että markkinoilta suljettu kilpailija olisi voinut toimia markkinoilla ilman markkinoilta sulkevan käytännön vaikutusta. Muiden menetelmien käyttäminen on myös mahdollista, esim. asianosaisia yrityksiä koskevat taloudelliset tiedot voisivat antaa hyödyllisiä viitteitä yritysten todennäköisistä tuotoista, jos rikkominen ei olisi vaikuttanut niihin.

Kieltäytyminen toimittamasta kaupallisten liuotinaineiden valmistuksessa välttämätöntä tuotantopanosta

Worldco on kaupallisten liuotinaineiden valmistuksessa välttämättömien raaka-aineiden johtava kansainvälinen tuottaja. Eusolv on kaupallisten liuotinaineiden markkinoilla vuodesta 1995 toiminut yritys, jonka liikevaihdosta suurin osa tulee Betanolin myynnistä. Eusolv ostaa Worldcolta Rawbetaa Betanolin tuotantoa varten. Worldco on määräävässä asemassa Rawbetan tuotannon alalla. Rawbeta on ainoa raaka-aine, joka soveltuu Betanolin tuotantoon teollisessa mittakaavassa sellaiseen hintaan, joka mahdollistaa Betanolin markkinoinnin. Worldco toimittaa Rawbetaa myös tytäryhtiölleen Subcolle, joka on tuottanut Betanolia vuodesta 2004 ja kilpailee Eusolvin kanssa.

Vuonna 2006 Worldco päättää lopettaa Rawbetan toimitukset yrityksille, jotka myyvät Betanolia Euroopan unionissa, lukuun ottamatta omaa tytäryhtiötään Subcota. Eusolv yrittää ensin hankkia riittävästi Rawbetaa vaihtoehtoisilta toimittajilta tai korvata Rawbetan muilla raaka-aineilla, joita valmistetaan kokeellisilla prosesseilla. Nämä prosessit ovat huomattavasti kalliimpia ja johtavat Betanolin myyntihinnan jyrkkään nousuun heikentäen samalla sen laatua ja soveltuvuutta kaupallisiin tarkoituksiin. Tämän vuoksi Eusolvin myynti vähenee asteittain ja lopulta se lopettaa Betanolin tuotannon vuonna 2010. Samana vuonna Eusolv nostaa Worldcota ja sen tytäryhtiötä Subcota vastaan vahingonkorvauskanteen saadakseen takaisin voitot, jotka se menetti toimituksesta kieltäytymisen vuoksi. Tuomioistuimien katsoo Worldcon soveltamassa käytännössä olevan kyse SEUT-sopimuksen 102 artiklassa kielletystä määräävän aseman väärinkäytöstä.

1) Ajallinen vertailu

195. Kun markkinoilta sulkeva käytäntö vaikuttaa olemassa oleviin kilpailijoihin, samaa yritystä koskevia tietoja rikkomisen vaikutusalan ulkopuoliselta ajanjaksolta on todennäköisesti saatavilla. Tällaisissa tapauksissa vahinkoa kärsineen kilpailijan saamatta jääneet voitot voitaisiin arvioida ajallisella vertailulla. Skenaario ilman

¹⁵⁰ Ks. esim. yhdistetyt asiat C-104/89 ja C-37/00, Mulder ynnä muut v. neuvosto ja komissio, tuomio 27.1.2000, Kok., s. I-203, 79 kohta.

¹⁵¹ Ks. edellä 35, 48 ja 66 kohta.

rikkomista voitaisiin esimerkiksi muodostaa sen perusteella, mitkä vahinkoa kärsineen yrityksen tulot ja kustannukset olivat ennen kuin markkinoilta sulkevan rikkomisen vaikutukset alkoivat.¹⁵² Useissa tapauksissa, joissa on kyse markkinoilta sulkevista käytännöistä, tietoja rikkomisen jälkeiseltä ajalta ei ehkä ole saatavilla tai ne eivät olisi yhtä soveltuvia, erityisesti jos rikkominen on aiheuttanut sellaisia vaikutuksia, jotka voivat muuttaa markkinoiden rakennetta eivätkä todennäköisesti katoa lyhyellä aikavälillä, esimerkiksi kun kilpailija suljetaan markkinoilta ja on olemassa esteitä markkinoille tulolle lyhyellä aikavälillä, tai kun kilpailija on menettänyt markkinaosuuksia, jotka voisi olla vaikea saada takaisin verkostovaikutusten vuoksi.¹⁵³

Betanol-esimerkissä ei ole saatavilla luotettavia tietoja rikkomisen jälkeiseltä ajalta, koska vahinkoa kärsinyt yritys, Eusolv, ei enää toimi markkinoilla eikä se mahdollisesti pysty käytännössä tulemaan nopeasti uudelleen markkinoille rikkomisen päättymisen jälkeen. Sen vuoksi Eusolv päättää laatia todennäköisen skenaarion ilman rikkomista käyttäen tietoja ajalta ennen vuotta 2006, jolloin markkinoilta sulkeva käytäntö aloitettiin.

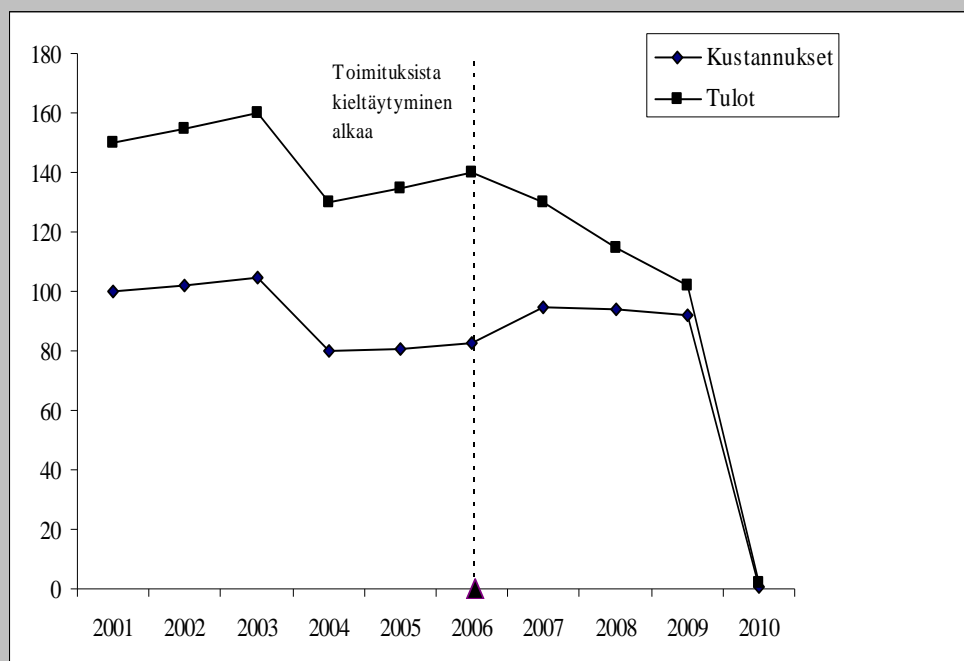
196. Joissakin tapauksissa vertailussa käytettyjä rikkomista edeltäviä tuloja ja kustannuksia koskevia tietoja olisi mahdollista tarkentaa. Esimerkiksi sovellettavista todisteista ja todistustaakkaa koskevista kansallisista säännöistä riippuen vastaaja voi asettaa kyseenalaiseksi kantajan arvioiman summan ilmoittamalla muita tekijöitä, jotka ovat saattaneet vaikuttaa kielteisesti yrityksen tulokseen ja jotka eivät liity rikkomiseen, esimerkiksi markkinainvestointien väheneminen, tuotteen kilpailukyvyyn heikkeneminen tai tuotantopanostuskustannusten nousu, joka koskee vahingonkorvausta hakevaa kilpailijaa. Olisi myös mahdollista osoittaa, että vahinkoa kärsineen kilpailijan tilanne skenaariossa ilman rikkomista olisi ollut parempi kuin se oli ennen rikkomista, esimerkiksi sillä olevan kasvupotentiaalin vuoksi. Yleensä samoilla markkinoilla vallinneen aikaisemman tilanteen, johon rikkominen ei ole vaikuttanut, käyttäminen vertailukohtana on todennäköisesti sitä luotettavampaa mitä kauemmin kilpailija on toiminut markkinoilla ja mitä vakaampi sen markkina-asema on ollut. Toisin sanoen rikkomista edeltävään skenaarioon olisi hyödyllisempää tehdä korjauksia¹⁵⁴, jos vahinkoa kärsinyt kilpailija oli hiljattain tullut markkinoille, sillä sen markkinaosuus olisi suuremmalla todennäköisyydellä vaihdellut.

¹⁵² Esimerkkinä SEUT-sopimuksen 101 artiklassa kielletystä käytännöstä aiheutuvan vahingon arvioimiseksi ennen ja aikana vertailulla ks. Milanon muutoksenhakutuomioistuimen (*Corte d'Appello di Milano*) 3. helmikuuta 2000 asiassa N:o I, 308 (*Inaz Paghe v. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) tekemä päätös.

¹⁵³ Verkostovaikutukset koskevat tuotetta, jos sen arvo kullekin käyttäjälle kasvaa käyttäjien lukumäärän lisääntyessä.

¹⁵⁴ Tällaiset korjaukset voitaisiin tehdä edellä 59 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa kuvailluilla tekniikoilla.

Esimerkissä Eusolv toimittaa seuraavan kuvion mukaiset tiedot Betanolin tuotantoon ja myyntiin liittyvistä todellisista kokonaistuloistaan ja -kustannuksistaan:

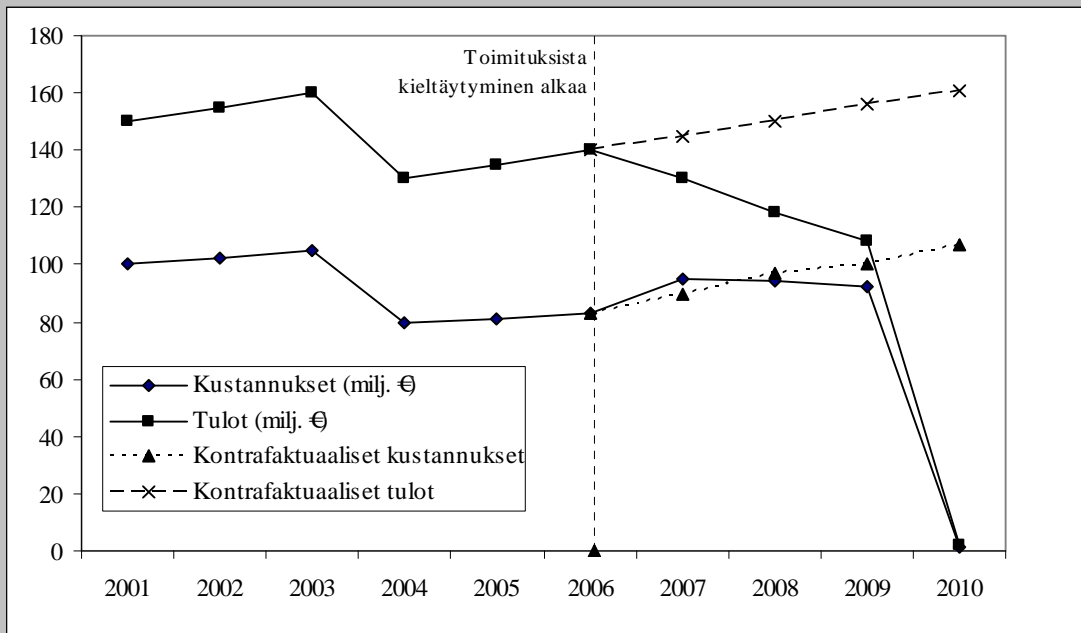


Laadittaessa luotettavaa skenaariota ilman rikkomista ei oteta huomioon tietoja ennen vuotta 2004, koska Subco, Eusolvin merkittävin kilpailija, ei vielä toiminut markkinoilla. Vuodesta 2004 vuoteen 2006 Eusolvin markkinaosuus oli vakaa.

Todistustaakkaa ja näyttökynnystä koskevien kansallisten sääntöjen mukaisesti Eusolv toimittaa tietoja kontrafaktuaalisista tuotantomääristä, tuloista ja kustannuksista, jotka olisivat toteutuneet ilman rikkomista.

Betanolin teolliset sovellukset ovat lisääntyneet, minkä vuoksi tuotteen kokonaiskysyntä (ja siten markkinoiden koko) on kasvanut tasaisesti. Eusolv vetoaa markkinaosuutensa vakauteen Subcon Betanolin markkinoille tulon jälkeen tukeakseen oletusta, jonka mukaan se olisi säilyttänyt saman markkinaosuuden ilman rikkomista. Tämän oletuksen pohjalta Eusolv toimittaa lukuja kontrafaktuaalisista tuloistaan vuosina 2006–2010. Kyseiset tulot on laskettu markkinoiden kokonaisarvon ja Eusolvin markkinaosuuden perusteella. Eusolv toimittaa sisäisestä kirjanpidostaan lukuja, jotka koskevat sen yksikkökustannuksia vuosina 2004–2006.¹⁵⁵ On osoitettu, että kustannukset seuraavat tiiviisti Betanolin tuotantopanosten hintoja, eli esimerkiksi tuotantopanosten hintojen nouseminen johtaa suoraan vastaavaan kustannusten nousuun. Eusolvin asiantuntijat arvioivat tuotantopanoshintoja koskevien toimialatietojen perusteella kontrafaktuaaliset yksikkökustannukset ja esimerkiksi regressioanalyysin avulla ottavat huomioon tuotantopanoshintojen kehityksen ja suurempien määrien tuotantoon liittyvät tehokkuusedut. Vuosien 2006–2010 kontrafaktuaaliset kokonaiskustannukset saadaan kertomalla arvioitu kontrafaktuaalinen yksikkökustannus niiden yksiköiden lukumäärällä, jotka olisi myyty ilman rikkomista.

¹⁵⁵ Näihin sisältyvät uponneet kustannukset ajallisesti jaettuna.



Saatuja lukuja verrataan Eusolvin todellisiin tuloihin ja kustannuksiin seuraavalla tavalla: todelliset voitot (todelliset tulot vähennettyinä todellisilla kustannuksilla) vähennetään kontrafaktuaalisista voitoista (kontrafaktuaaliset tulot vähennettyinä kontrafaktuaalisilla kustannuksilla). Tämä muodostaa lopullisen arvion niistä vahingonkorvauksista, joita Eusolv vaatii.

Worldco ja Subco kuitenkin väittävät, että pystyäkseen toimittamaan odotetun suuremman yksikkömäärän vuosina 2006–2010 Eusolvin olisi täytynyt laajentaa kapasiteettiaan, jolloin sille olisi aiheutunut uponneita kustannuksia, joita ei ole huomioitu laskelmassa. Tuomioistuimien hyväksyy tämän puolustuksen, ja saamatta jääneistä voitoista maksettavaa korvausta pienennetään vastaavasti (vähentämällä odotetut kyseisten vuosien ylimääräiset uponneet kustannukset määräsuhteessa Eusolvin toimittamasta luvusta).

197. Markkinoilta sulkevien käytäntöjen tapauksessa markkinaosuudet voivat olla tärkeitä laskettaessa saamatta jääneitä voittoja vertailuun perustuvilla menetelmillä kuten ajallisella vertailulla. Vertailuun perustuvaa menetelmää voitaisiin esimerkiksi käyttää markkinoilta suljetun kilpailijan ilman rikkomista todennäköisesti saaman markkinaosuuden määrittämiseksi. Saamatta jääneet voitot voitaisiin sitten määrittää kertomalla havaitut todellisia yksikkökustannuksia ja tuloja (tai todellista keskimääräistä voittomarginaalia) koskevat tiedot sillä ylimääräisellä myyntimäärällä, joka vastaa ilman rikkomista odotettua korkeampaa kontrafaktuaalista markkinaosuutta. Tämä perustuu oletukseen, että kustannukset ja tulot yksikköä kohden eivät olisi muuttuneet merkittävästi skenaariossa ilman rikkomista ja tuomioistuimien voisi hyväksyä ne arviona aiheutuneesta vahingosta, mahdollisesti alustavana näyttönä tai riittävänä näyttönä todistustaakan siirtymiseksi.¹⁵⁶ Tarkemmassa arvioissa arvioitaisiin kustannusten ja tulojen kehitystä skenaariossa ilman rikkomista edellyttäen, että tietoja on saatavilla riittävästi.
198. Kun markkinaosuutta käytetään indikaattorina arvioitaessa saamatta jääneitä voittoja, on otettava huomioon, että se voi vaihdella rikkomisen ulkopuolisistakin syistä,

¹⁵⁶

Esimerkkinä tuomioistuimen tekemästä arviosta, joka perustui kilpailuoikeuden rikkojan tekemien sopimusten kokonaismäärän kertomiseen kantajilla ennen markkinoilta sulkevan käytännön alkamista olevalla markkinaosuudella, ks. Rooman muutoksenhakutuomioistuimen (*Corte d'Appello di Roma*) 20. tammikuuta 2003 asiassa N:o I, 2474 (*Albacom S.p.A. v. Telecom Italia S.p.A.*) tekemä päätös.

kuten Eusolvin markkinaosuuden pienentyminen Betanolin markkinoilla vuonna 2004 seurauksena Subcon tulosta markkinoille kilpailijana.¹⁵⁷ Jos rikkominen pienensi markkinoiden kokonaissuuruutta, on myös mahdollista, että markkinoilta suljetun kilpailijan tulojen arviointi todellisten markkinaosuuksien perusteella johtaisi niiden aliarviointiin.

2) Muut vertailuun perustuvat menetelmät

199. Muita maantieteellisiä tai tuotemarkkinoita voidaan myös käyttää vertailukohtana laadittaessa skenaariota ilman rikkomista.¹⁵⁸ Näin ollen saman tai samankaltaisen yrityksen kustannukset ja tulot eri markkinoilla voitaisiin ottaa vertailukohdaksi arvioitaessa vahinkoa kärsineen kilpailijan kustannuksia ja tuloja ilman rikkomista. Näitä menetelmiä voidaan myös käyttää arvioitaessa ajallisessa vertailussa tai muilla menetelmillä saadun arvion luotettavuutta. Esimerkiksi jos aikaisemmin monopoliasemassa olleen yrityksen ainoan kilpailijan tulos ennen rikkomista osoittaa, että sillä olisi ollut tietty markkinaosuus ilman rikkomista, tätä arviota voisi tukea havainto, että aikaisemmin monopoliasemassa olleen vakiintuneen yrityksen kanssa vastaavilla maantieteellisillä markkinoilla kilpailevalla samalla tai samankaltaisella yrityksellä on todellisuudessa samankaltainen markkinaosuus, kun otetaan huomioon yritysten tai kyseisten markkinoiden väliset mahdolliset erot.

D. *Kilpailijoiden markkinoille pääsyn estäminen*

200. Markkinoilta sulkevat käytännöt eivät voi pelkästään johtaa olemassa olevan kilpailijan markkina-aseman heikentymiseen vaan myös estää potentiaalisen kilpailijan tulon markkinoille, joilla se ei vielä harjoita toimintaa. Uusien yritysten markkinoille tulon estäminen voi aiheuttaa niille erittäin vakavaa vahinkoa, josta ne ovat oikeutettuja saamaan korvausta. Oikeusjärjestelmissä olisi otettava huomioon luontaiset vaikeudet, joita liittyy tällaisen vahingon määrittämiseen, ja olisi varmistettava, että sellaisten yritysten, joiden markkinoille tulo on estetty, ei ole käytännössä mahdotonta tai kohtuuttoman vaikeaa hakea vahingonkorvausta.¹⁵⁹
201. Olosuhteidensa puolesta markkinoille tulon estämiseen liittyy joitakin erityisiä piirteitä, jotka voidaan ottaa huomioon määrittäessä vahinkoa. Erityisesti siinä tapauksessa, että vahinkoa kärsinyt yritys oli halukas tulemaan markkinoille, joilla se harjoittanut aikaisemmin toimintaa, sen tuloksesta kyseisillä markkinoilla ei luonnollisestikaan ole saatavilla tietoja.
202. Yleinen lähestymistapa kilpailijoiden tällaisissa tilanteissa menettämien voittojen määrittämiseen ei olennaisesti poikkea tilanteesta, jossa olemassa olevien kilpailijoiden markkinaosuus heikentyy markkinoilta sulkemisen vuoksi. Molemmissa tilanteissa on arvioitava voitot, jotka markkinoilta suljettu kilpailija

¹⁵⁷ Tästä syystä markkinaosuus, jota esimerkissä käytettiin tässä arvioinnissa, on Eusolvilla vuoden 2004 jälkeen ollut vakaa markkinaosuus.

¹⁵⁸ Madridin kauppatoimioistuimen (*Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid*) 11. marraskuuta 2005 asiassa N:o 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. v. Telefónica de España S.A.*) tekemä päätös, jonka Madridin muutoksenhakutoimioistuin (*Audiencia Provincial de Madrid*) on vahvistanut 25. toukokuuta 2006 asiassa N:o 73/2006 tekemässään päätöksessä.

¹⁵⁹ Joissakin tapauksissa on sovellettavien oikeussääntöjen mukaan mahdollista määrittää tämä vahinko käytännöllisillä lähestymistavoilla, esim. laskemalla menetettyjen markkinoiden kokonaisarvo voittojen suhteen ja kertomalla se prosenttiosuudella, joka ilmaisee sen markkinaosuuden, jonka markkinoilta suljettu yritys olisi todennäköisesti saanut. Esimerkiksi jos merkityksellisillä markkinoilla toimivien yritysten kokonaisvoitot rikkomisen jälkeen olisivat yhteensä 200 miljoonaa euroa, ja arvioiden mukaan ilman rikkomista markkinoilta suljetun kilpailijan markkinaosuus olisi ollut 30 prosenttia, menetettyjen voittojen voitaisiin arvioida tämän lähestymistavan mukaan olevan 60 miljoonaa euroa.

olisi voinut saada ilman rikkomista. Näitä voittoja voidaan sitten verrata todelliseen tilanteeseen. Kun on kyse markkinoille tulon estämisestä, on todennäköistä, että markkinoilta suljettu kilpailija ei ole saanut voittoa tai on jopa tehnyt tappiota (esimerkiksi jos kilpailijalle on aiheutunut kustannuksia, joita se ei saanut takaisin, koska se ei pystynyt tulemaan markkinoille).

203. Kuten edellä todettiin, markkinoilta suljetut kilpailijat voivat päättää hakea vahingonkorvausta ainoastaan niistä kustannuksista, joita on aiheutunut pyrkimyksestä tulla markkinoille, kaikkien menetettyjen voittojen sijasta. Tämä voi olla yksinkertaisempaa kuin korvauksen hakeminen saamatta jääneistä voitoista, sillä se edellyttää ainoastaan kantajalle aiheutuneiden uponneiden kustannusten määrittämistä.

Lääkinnällisiä laitteita koskeva tapaus

Newco on yritys, jonka aikomuksena oli tulla tietäntyyppisen lääkinällisen laitteen markkinoille jäsenvaltiossa, jossa Medcolla on määräävä asema. Jotta Newcon toiminta olisi ollut kannattavaa, sen olisi täytynyt saavuttaa tietty vähimmäiskoko voidakseen hyötyä mittakaavaeduista.

Medco pelkäsi Newcon vievän siltä merkittävästi myyntiä, minkä vuoksi se teki yksinostosopimuksia useiden asiakkaiden kanssa estääkseen Newcota saavuttamasta tarvittavaa vähimmäiskokoa. Tämän seurauksena Newco ei pystynyt kilpailemaan Medcon kanssa näistä asiakkaista eikä pystynyt tulemaan kannattavasti markkinoille. Tämä johti korkeampiin keskimääräisiin kuluttajahintoihin kuin jos Newco olisi tullut markkinoille. Koska Medcon toiminnan katsottiin rikkovan SEUT-sopimuksen 102 artiklaa, Newco olisi oikeutettu hakemaan korvausta voitoista, joita se ei saanut rikkomisen seurauksena. Välttyäkseen suorittamasta perinpohjaista analyysia saamatta jääneistä voitoista Newco haki korvausta ainoastaan uponneista kustannuksista, joita sille aiheutui uuden tuotantolaitoksen rakentamisesta ja markkinoille tulemisesta (mukaan lukien rahoituskustannukset ja ostetuista tuotantopanosista aiheutuneet tappiot, joita ei ollut mahdollista saada takaisin).

204. Kun kilpailijoiden markkinoille tulo estetään, ei ole olemassa tietoja rikkomista edeltävistä tuloista ja kustannuksista kyseisillä markkinoilla, ja rikkomisen jälkeiset tiedotkaan eivät mahdollisesti sovellu käytettäväksi ajallisessa vertailussa rikkomisen vaikutusten vuoksi. Tällaisissa tapauksissa vertailu vastaaviin maantieteellisiin markkinoihin tai tuotemarkkinoihin, joilla sama tai samankaltainen yritys harjoittaa toimintaa, voisi soveltua paremmin tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion luomiseen. Kyseisten tuote- tai maantieteellisten markkinoiden olisi oltava riittävän samankaltaiset, vaikka jossain määrin voikin olla mahdollista huomioida markkinoiden välisiä eroja korjauksilla.¹⁶⁰
205. Joissakin tapauksissa jo kilpailijan taloudellisen tuloksen arvioiminen voi riittää perustaksi arvioitaessa voittoja skenaariossa ilman rikkomista.¹⁶¹

¹⁶⁰ Tämä olisi mahdollista esim. regressioanalyysilla, jos tietoja on riittävästi saatavilla. Ks. edellä 69 kohta ja sitä seuraavat kohdat. Esimerkkinä markkinoilta sulkevasta käytännöstä, jonka kohdalla eri maantieteellisten markkinoiden käyttäminen vertailukohtana hyväksyttiin periaatteessa, ks. Madridin kauppatuomioistuimen (*Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid*) 11. marraskuuta 2005 asiassa N:o 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. v. Telefónica de España S.A.*) tekemä päätös, jonka Madridin muutoksenhakutuomioistuin (*Audiencia Provincial de Madrid*) on vahvistanut 25. toukokuuta 2006 asiassa N:o 73/2006 tekemässään päätöksessä.

¹⁶¹ Esimerkkinä markkinoilta suljetulle uudelle tulokkaalle aiheutetun vahingon määrittämisestä tarjouskilpailumarkkinoilla ks. Düsseldorfin ylioikeuden (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) 16. huhtikuuta 2008 asiassa N:o VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*) tekemä päätös.

Oletetaan, että edellä mainitussa esimerkissä kuvatussa tilanteessa Newco on halukas toimittamaan jäsenvaltion kolmelle suurimmalle yksityiselle terveysasemalle innovatiivisia röntgenfilmejä. Oletetaan, että tavallisesti yksityisille terveysasemille tarjottavien tällaisten lääkinnällisten laitteiden markkinat ovat tarjouskilpailumarkkinat. Teknologisen parannuksen ansiosta Newco pystyy tarjoamaan tuotteitaan alhaisempaan hintaan kuin Medco. Medco, joka on määräävässä asemassa röntgenlaitteiden markkinoilla, sitoo tuotteet yhteen perimällä röntgenlaitteista korkeampaa hintaa sellaisilta terveysasemilta, jotka eivät osta röntgenfilmejä siltä. Tämän seurauksena Newco ei saa yhtään sopimusta. Näissä olosuhteissa Newco osoitti, että se pystyisi käytännössä toimittamaan terveysasemien tarvitsemat määrät tarjottuun hintaan, ja se toimitti yksityiskohtaisia tietoja omista kustannuksistaan. Näiden tietojen perusteella ja olettaen, että Newco olisi valittu toimittajaksi niissä tapauksissa, joissa se tarjosi alhaisinta hintaa, odotetut voittomarginaalit voitaisiin arvioida ilman ajallista vertailua tai vertailua muiden maantieteellisten tai tuotemarkkinoiden kanssa.

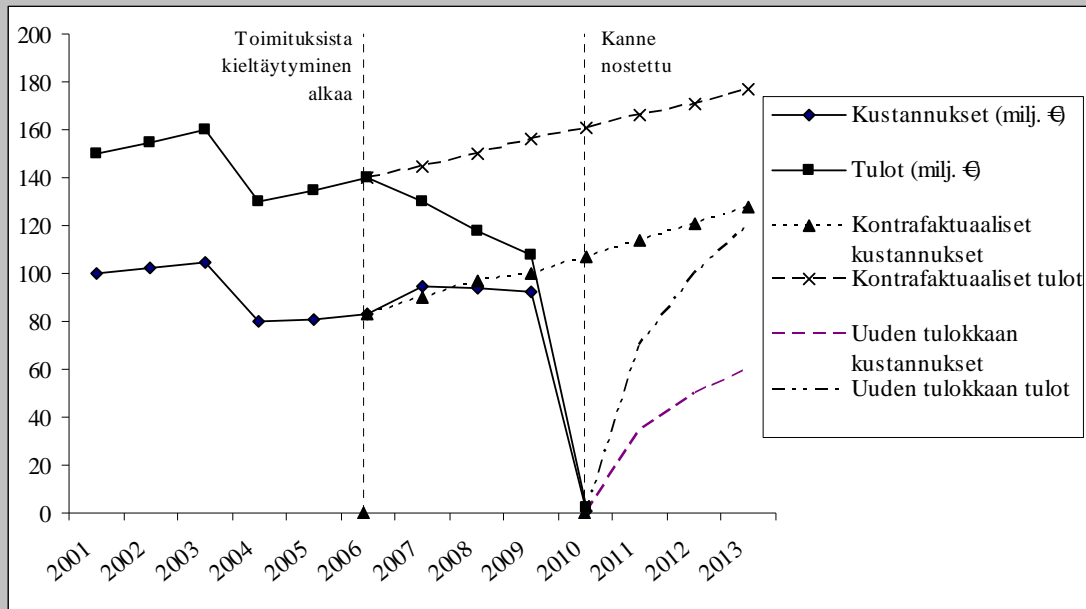
E. Korvaus tulevasta tappiosta

206. Markkinoilta suljetut kilpailijat voivat vaatia korvausta rikkomisajanjakson aikana saamatta jääneiden voittojen lisäksi myös rikkomisen päättymisen jälkeen saamatta jääneistä voitoista.¹⁶² Tällä on merkitystä erityisesti silloin, kun ne eivät pysty tulemaan markkinoille uudelleen tai saamaan markkinaosuuttaan kokonaan takaisin päättyneen rikkomisen pysyvien vaikutusten vuoksi. Tällöin pyydetäisiin korvausta tulevista voitoista, toisin sanoen voitoista, jotka todennäköisesti menetetään sen jälkeen, kun vahingonkorvauskanne on nostettu ja siitä on tehty ratkaisu.
207. Tällaisen vahingon määrittämistä ei tee haasteelliseksi ainoastaan käytettävän tekniikan valinta vaan myös se, minkä ajanjakson aikana saamatta jäänyt voitto voidaan vielä todeta ja korvata. Tässä yhteydessä tärkeä merkitys on kansallisella lainsäädännöllä, jossa esimerkiksi voidaan määrittää, missä olosuhteissa tuleva tappio on mahdollista saada korvatuksi, tai vahvistaa käytännölliset säännöt, joiden nojalla asiasta voidaan tehdä päätös tapauskohtaisesti.¹⁶³
208. Tulevien voittojen saamatta jäämisen vuoksi haettavaan vahingonkorvaukseen sovellettavan aikarajan valintaan voi todennäköisesti vaikuttaa esimerkiksi aika, joka on tarpeen kyseisille markkinoille tulemiseksi uudelleen. Toisissa tapauksissa arviointi voi olla helpompaa tapaukseen liittyvien olosuhteiden vuoksi. Esimerkiksi edellä mainitussa röntgenlaite-esimerkissä niiden sopimusten kesto, joista Newco teki tarjoukset, voisi olla kohtuullinen aika, jolta saamatta jääneet tulevat voitot olisi korvattava sovellettavien kansallisten sääntöjen mukaan. Toisissa tapauksissa voitaisiin ottaa huomioon myös se, kuinka kauan yrityksen olisi voitu olettaa jatkavan tuotteiden valmistamista tai palvelujen tarjoamista ilman uusia investointeja.

¹⁶² Esimerkkinä vahingonkorvausten myöntämisestä myös rikkomisen jälkeiseltä ajalta, ks. Tanskan itäisen maaoikeuden (*Østre landsrets*) 20. toukokuuta 2009 asiassa N:o B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s v. Post Danmark A/S*) tekemä päätös.

¹⁶³ Kun arvioidaan tulevia voittoja, tavallisesti on asianmukaista diskontata niiden arvo rahan arvon alenemisen huomioimiseksi.

Betanol-esimerkissä Eusolv voi vaatia korvausta myös voitoista, jotka se olisi voinut saada vuoden 2010 jälkeen, jolloin se joutui poistumaan markkinoilta ja nosti vahingonkorvauskanteen. Tällaisessa tapauksessa olisi mahdollista käyttää samoja tekniikkoja kuin tilannetta ilman rikkomista kuvaavan skenaarion laatimisessa vuosille 2006–2010 ulottamalla skenario pitemmälle tulevaisuuteen. Tulevaisuudessa saamatta jääneitä voittoja ei tietenkään voida vaatia korvattaviksi loputtomiin. Eusolv päätti käyttää perusteena sitä aikaa, jonka markkinoille palaaminen rikkomisen päättymisen jälkeen olisi vienyt siltä.



III ASIAKKAILLE AIHEUTUNEEN VAHINGON MÄÄRITTÄMINEN

209. Kun yritykset tekevät salaista yhteistyötä tai käyttävät väärin määräävää asemaansa sulkeakseen kilpailijan markkinoilta, niille voi aiheutua kustannuksia tai niiden voitot voivat tilapäisesti pienentyä rikkomisen täytäntöönpanon vuoksi. Tämä uhraus kilpailun vääristämiseksi asettaa kilpailuoikeuden rikkojat lopulta asemaan, jossa ne voivat saada suurempia voittoja vääristyneiden markkinaolosuhteiden johdosta ja siten saada asiakkaiden kustannuksella hyvityksen tilapäisestä voittojen saamatta jäämisestä tai pienentymisestä, jota kyseisen aseman saavuttaminen edellytti. Seuraavissa jaksoissa käsitellään kahta tavallista tilannetta, joissa markkinoilta sulkevat käytännöt aiheuttavat vahinkoa asiakkaille. Vahingon määrittämisen osalta markkinoilta sulkevien käytäntöjen asiakkaille aiheuttamat vahingot voivat olla samankaltaisia kuin hinnannousuun johtavien rikkomisten aiheuttamat vahingot, joita käsitellään tarkemmin käytännön oppaan 3 osassa.

A. Hyvityksen hankkiminen

210. Selvin esimerkki tapauksesta, jossa asiakkaille aiheutuu vahinkoa markkinoilta sulkevan käytännön hyvitysvaiheessa (recoupment), on saalistushinnoittelu, jossa yritys käyttää väärin määräävää asemaansa asettamalla hintansa keinotekoisen alhaiselle tasolle, johon sen kilpailijat eivät voi vastata ja jonka seurauksena kilpailijat poistuvat lopulta markkinoilta tai menettävät markkinaosuuttaan. Kun kilpailijat ovat poistuneet markkinoilta tai kun on saavutettu suurempi markkinaosuus, kilpailuoikeuden rikkojat voivat saada korkeampia voittoja kilpailupaineen heikentymisen vuoksi.

211. Hyvityksen hankkimisen voidaan katsoa olevan kilpailuoikeuden rikkomista täydentävä vaihe, joka voi johtaa ylihinnan perimiseen rikkojien asiakkailta. Tällaiset ylihintavaikutukset ovat markkinoilta sulkevan käytännön aiheuttamaa vahinkoa, ja asiakkaat voivat hakea niistä vahingonkorvausta.

Hyvityksen hankkiminen saalistushinnoittelun tapauksessa

Otetaan esimerkiksi kahden kaupungin välisten lentojen markkinat. Markkinoilla on määräävässä asemassa Titan Airlines, vakiintunut yritys, joka tarjoaa korkealaatuisia lennon aikaisia palveluja 1 000 euron vakiohintaan. Toinen yritys näillä markkinoilla on pienempi Bluesky Airlines, joka aloitti hiljattain liikennöinnin samalla reitillä 800 euron hintaan.

Titan Airlines aloittaa saalistushinnoittelun alentamalla hintansa strategisesti 500 euron vakiohintaan. Bluesky Airlinesilla on vaikeuksia vastata näihin saalistushintoihin, minkä seurauksena se ei pysty jatkamaan kannattavaa toimintaa ja joutuu lopulta poistumaan markkinoilta. Määräävässä asemassa oleva Titan Airlines käyttää tällöin hyväkseen kilpailun vähenemistä ja lisää voittojaan nostamalla lipunhinnat yli sen tason, joka vallitsi ennen saalistushinnoittelua, toisin sanoen ylittäen alkuperäisen 1 000 euron vakiohintansa. Jos Titan Airlines pystyisi perimään 1 000 euron hintaa siihen asti, kunnes markkinoille tulee uudelleen kilpailija, sen asiakkaat maksaisivat rikkomisen vuoksi 100 euroa ylihintaa.

212. Kun on määritettävä hyvityksen hankkimisesta johtuva ylihintaa, sovellettava käsitekehys ei periaatteessa eroa 3 osassa käsitellystä kehyksestä, joka koskee suoremmin hintojen nousuun johtavia kilpailuoikeuden rikkomistapauksia. Koska markkinoilta sulkevan käytännön aiheuttama vahinko ei rajoitu rikkojan kilpailijoihin vaan ulottuu kaikkiin asiakkaisiin tietyillä markkinoilla, ylihinnasta aiheutuvan vahingon yhteydessä käsitellyt seikat ovat merkityksellisiä myös tässä skenaariossa.
213. Asema, jonka yritys saavuttaa markkinoilta sulkevan käytännön johdosta, ei kaikissa tapauksissa johda kilpailuoikeutta rikkovan yrityksen asiakkailta perittävien hintojen nousemiseen. Tällaisissakin tapauksissa rikkomisesta voi kuitenkin aiheutua vahinkoa asiakkaille, jos se esimerkiksi johtaa heikompaan laatuun. Mainitussa esimerkissä olisi mahdollista, että määräävässä asemassa oleva Titan Airlines ottaa uudelleen käyttöön saman 1 000 euron vakiohinnan eikä ylitä niitä lipunhintoja, joita se peri ennen Bluesky Airlinesin sulkemista markkinoilta. Matkustajiin tällä reitillä kohdistuu kuitenkin kielteisiä vaikutuksia, esimerkiksi jos Titan Airlines käyttää hyväkseen kilpailupaineen heikentymistä alentaakseen lennon aikaisten palvelujensa laatua.
214. Markkinoilta suljetun kilpailijan asiakkaat voisivat olla erilaisessa tilanteessa verrattuna kilpailuoikeuden rikkojan asiakkaisiin, koska niiden on ehkä siirryttävä käyttämään kilpailuoikeutta rikkovien yritysten tuotteita sen jälkeen kun kilpailija on suljettu markkinoilta. Tuotelaatu voi heikentyä ja lisäksi asiakkaat voivat joutua maksamaan kilpailuoikeutta rikkovalle yritykselle hintoja, jotka ovat korkeammat kuin markkinoilta suljetun yrityksen myymien tuotteiden hinnat. Sovellettavista oikeussäännöistä riippuen asiakkaiden voisi olla mahdollista osoittaa, että ne olisivat ostaneet markkinoilta suljetulta kilpailijalta alhaisempaan hintaan, jollei rikkomista olisi tapahtunut. Tällaisessa tapauksessa tarkasteltava vaikutus on periaatteessa ylihinnan kaltainen. Ylihintaa voidaan laskea vertaamalla kilpailuoikeutta rikkovan yrityksen myymän tuotteen hintaa todellisessa skenaariossa markkinoilta suljetun yrityksen hintaan skenaariossa ilman rikkomista.

Esimerkiksi Bluesky Airlinesia ennen sen markkinoilta sulkemista käyttäneet matkustajat voivat joutua maksamaan ylihintaa, jos ne joutuvat Bluesky Airlinesin markkinoilta sulkemisen vuoksi lentämään Titan Airlinesin kalliimmilla lennoilla. Ylihinta voitaisiin arvioida Titan Airlinesille maksetun todellisen 1 000 euron hinnan ja Bluesky Airlinesin siinä tapauksessa, ettei sitä olisi ajettu markkinoilta, perimän 800 euron hinnan välisenä erona. Tällöin matkustajien kärsimä ylihintaa, joka aiheutuu siirtymisestä Bluesky Airlinesista Titan Airlinesiin, voitaisiin arvioida 200 euroksi.

B. Kilpailijoille kilpailuoikeuden rikkojien asiakkaina aiheutuva vahinko

215. Kun kilpailija on myös kilpailuoikeuden rikkojan asiakas, markkinoilta sulkeva käytäntö voi aiheuttaa kilpailijalle vahinkoa, joka liittyy sen ostoihin rikkojalta. Näissä tapauksissa markkinoilta suljettu kilpailija ei voi pelkästään vaatia korvausta rikkomisen aiheuttamasta kustannusten noususta vaan myös voitoista, jotka jäivät saamatta, koska rikkomisen johti tuotettujen tai myytyjen määrien pienentymiseen.¹⁶⁴
216. Ylihinnan määrittämisen osalta voidaan todeta, että ylihinnasta kärsivät kilpailijat ovat samanlaisessa asemassa kuin kartellin jäsenten asiakkaat tai muunlaisesta ylihintaan johtavasta rikkomisesta kärsivät asiakkaat. Asiaa voidaan selventää käyttämällä Betanol-esimerkkiä. Oletetaan, että määräävässä asemassa oleva yritys Worldco päättää nostaa Eusolvilta Rawbetasta perimäänsä hintaa Eusolvin voittomarginaalien pienentämiseksi sen sijaan, että se kieltäytyy toimituksista Eusolville. Tämä tilanne vastaa pitkälti tilannetta, jossa muunlainen kilpailuoikeuden rikkominen nostaa hintaa. Esimerkissä Eusolv hakisi korvausta ylihinnasta, joka vastaa sen hinnan, jonka se maksoi markkinoilta sulkevan käytännön seurauksena, ja sen hinnan, jonka se olisi maksanut ilman rikkomista, välistä erotusta. Jos ylihintaa on siirretty edelleen, myös Eusolvin omat asiakkaat voisivat vaatia vahingonkorvausta, ja Eusolv itse voisi vaatia korvausta hinnannoususta johtuvasta myyntimäärän pienentymisestä.

¹⁶⁴

Esimerkkinä vahingonkorvauksen arvioinnista tapauksessa, jossa syrjivä hinnoittelu vaikuttaa rikkojan asiakkaana olevaan kilpailijaan, ks. Tanskan korkeimman oikeuden (*Højesteret*) 20. huhtikuuta 2005 asiassa N:o 387/2002 (*GT Linien A/S v. DSB*) tekemä päätös.

Luettelo mainituista asioista

Unionin tuomioistuin

Asia 238/78, Ireks-Arkady GmbH v. neuvosto ja komissio, tuomio 4.10.1979, Kok., s. 2955.

Asia C-271/91, Marshall, tuomio 2.8.1993, Kok., s. I-4367.

Asia C-308/87, Grifoni II, tuomio 3.2.1994, Kok., s. I-341.

Yhdistetyt asiat C-104/89 ja C-37/90, Mulder ynnä muut v. neuvosto ja komissio, tuomio 27.1.2000, Kok., s. I-203.

Asia C-453/99, Courage, tuomio 20.9.2001, Kok., s. I-6297.

Asia C-147/01, Weber's Wine World, tuomio 2.10.2003, Kok., s. I-11365.

Yhdistetyt asiat C-295/04–C-298/04, Manfredi, tuomio 13.7.2006, Kok., s. I-6619.

Asia C-360/09, Pfeleiderer, tuomio 14.6.2011, Kok., s. I-5161.

Asia C-199/11, Euroopan yhteisö v. Otis NV ynnä muut, tuomio 6.11.2012, ei vielä julkaistu.

Unionin yleinen tuomioistuin

Asia T-202/98, Tate & Lyle v. komissio, tuomio 12.7.2001, Kok., s. II-2035.

Yhdistetyt asiat T-25/95 ym., Cimenteries CBR SA v. komissio, tuomio 15.3.2000, Kok., s. II-491.

Jäsenvaltioiden tuomioistuimet

Corte d'Appello di Milano (Milanon muutoksenhakutuomioistuin), päätös 3.2.2000, asia N:o I, 308 (*Inaz Paghe v. Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Corte d'Appello di Roma (Rooman muutoksenhakutuomioistuin), päätös 20.1.2003, asia N:o I, 2474 (*Albacom S.p.A. v. Telecom Italia S.p.A.*).

Corte d'Appello di Milano (Milanon muutoksenhakutuomioistuin), päätös 11.7.2003 (*Bluvacanze*).

Cour d'Appel de Paris (Pariisin muutoksenhakutuomioistuin), päätös 23.6.2003 (*Lescarcelle-De Memoris v. OGF*).

Landgericht Dortmund (Dortmundin alioikeus), päätös 1.4.2004, asia N:o 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*).

Højesteret (Tanskan korkein oikeus), päätös 20.4.2005, asia N:o 387/2002 (*GT Linien A/S v. DSB*).

Bundesgerichtshof (Saksan liittovaltion korkein oikeus), päätös 28.6.2005, asia N:o KRB 2/05 (*kuljetettava sementti*).

Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid (Madridin kauppatuomioistuin), päätös 11.11.2005, asia N:o 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A. v. Telefónica de España S.A.*).

Audiencia Provincial de Madrid (Madridin muutoksenhakutuomioistuin), päätös 25.5.2006, asia N:o 73/2006.

Lietuvos apeliacinis teismas (Liettuan muutoksenhakutuomioistuin), päätös 26.5.2006, asia N:o 2A-41/2006 (*Stumbras*).

Corte Suprema di Cassazione (Italian korkein kassaatioistuin), päätös 2.2.2007, asia N:o 2305 (*Fonditaria SAI SpA v. Nigriello*).

Bundesgerichtshof (Saksan liittovaltion korkein oikeus), päätös 19.6.2007, asia N:o KBR 12/07 (*paperin tukkukaupan kartelli*).

Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz (Grazin siviilituomioistuin), päätös 17.8.2007, asia N:o 17 R 91/07 p (*ajokoulu*).

Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfin ylioikeus), päätös 16.4.2008, asia N:o VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Stockhols tingsrätt (Tukholman käräjäoikeus), tuomio 20.11.2008, yhdistetyt asiat T 32799-05 ja T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB ynnä muut v. VPC Aktiebolag*), muutoksenhaku vireillä.

Tribunal Administratif de Paris (Pariisin hallinto-oikeus), päätös 27.3.2009 (*SNCF v. Bouygues*).

Østre landsrets (Tanskan itäinen maaoikeus), päätös 20.5.2009, asia N:o B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s v. Post Danmark A/S*).

Kammergericht Berlin (Berliinin ylioikeus), päätös 1.10.2009, asia N:o 2 U 10/03 Kart.

Oberlandesgericht Karlsruhe (Karlsruhen ylioikeus), päätös 11.6.2010, asia N:o 6 U 118/05; haettu muutosta Saksan liittovaltion korkeimmassa oikeudessa (ks. jäljempänä).

Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona (Barcelonan kauppatoimioistuin), päätös 20.1.2011, asia N:o 45/2010 (*Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

Bundesgerichtshof (Saksan liittovaltion korkein oikeus), päätös 28.6.2011, asia KZR 75/10.

Competition Appeal Tribunal (Yhdistyneen kuningaskunnan kilpailuasioiden muutoksenhakutoimioistuin), päätös 28.3.2013, asia N:o 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited v. Dŵr Cymru Cyfyngedig*).