



Bruksela, dnia XXX
[...] (2013) XXX draft

DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI

PRZEWODNIK PRAKTYCZNY

**USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY W DOCHODZENIU ROSZCZEŃ
ODSZKODOWAWCZYCH Z TYTUŁU NARUSZENIA ART. 101 LUB 102
TRAKTATU O FUNKCJONOWANIU UNII EUROPEJSKIEJ**

towarzyszący dokumentowi

KOMUNIKAT KOMISJI

w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

SPIS TREŚCI

Część 1 — Kontekst i ogólne podejście do ustalania wysokości szkody w sprawach dotyczących konkurencji	8
I. Ramy prawne	8
A. Prawo do odszkodowania.....	8
B. Przepisy krajowe w sprawie ustalania wysokości szkody a niniejszy praktyczny przewodnik.....	9
II. Ogólne podejście do ustalania wysokości szkody w sprawach dotyczących konkurencji	11
III. Struktura praktycznego przewodnika	13
Część 2 — Metody i techniki	15
I. Informacje ogólne	15
II. Metody porównawcze	16
A. Metody służące ustaleniu scenariusza braku naruszenia	17
(1) Porównanie danych w czasie na tym samym rynku.....	17
(2) Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków geograficznych.....	20
(3) Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków produktowych.....	22
(4) Łączenie porównań danych w czasie i porównań rynków.....	23
B. Praktyczne zastosowanie metody: techniki szacowania ceny lub innej zmiennej ekonomicznej w przypadku scenariusza braku naruszenia.....	24
(1) Proste techniki: pojedyncze obserwacje danych, średnie, interpolacja i proste korekty.....	24
(2) Analiza regresji	27
a. Pojęcie analizy regresji i jej cel.....	27
b. Przykłady i ilustracje.....	28
c. Wymogi w zakresie stosowania analizy regresji	32
(3) Wybór technik.....	34
III. Modele symulacyjne, analiza oparta na kosztach, analiza finansowa i inne metody	35
A. Modele symulacyjne	35
B. Metoda oparta na kosztach i metoda finansowa	39
C. Inne metody.....	42
IV. Wybór metod	42
Część 3 — Ustalanie wysokości szkody spowodowanej podwyżką cen	44
I. Skutki naruszeń prowadzących do podwyżki cen	44
II. Ustalanie wartości nadmiernego obciążenia	46

A.	Ustalanie wartości nadmiernych obciążeń spowodowanych przez kartele.....	47
(1)	Wpływy karteli.....	47
(2)	Początkowe nadmierne obciążenie ponoszone przez bezpośredniego klienta.....	49
a.	Porównanie danych w czasie	50
b.	Inne metody porównawcze	52
(3)	Przerzucanie nadmiernych obciążeń	53
B.	Ustalanie wysokości nadmiernych obciążeń powodowanych innymi rodzajami naruszeń prowadzących do szkody w postaci nadmiernego obciążenia.....	57
III.	Ustalanie wysokości szkody spowodowanej spadkiem wielkości sprzedaży.....	57
Część 4 — ustalanie wysokości szkody spowodowanej praktykami wyłączającymi		59
I.	Skutki praktyk wyłączających	59
II.	Ustalanie wysokości szkody ponoszonej przez konkurentów	60
A.	Wymiar czasowy praktyk wyłączających	60
B.	Ogólne podejście do ustalania utraconych korzyści	61
C.	Istniejący konkurenci	63
(1)	Porównanie danych w czasie	64
(2)	Inne metody porównawcze	67
D.	Uniemożliwienie wejścia konkurentów na rynek	68
E.	Odszkodowanie za przyszłą stratę	70
III.	Ustalanie wysokości szkody poniesionej przez klientów.....	71
A.	Odzyskiwanie strat.....	71
B.	Szkoda poniesiona przez konkurentów jako klientów podmiotów popełniających naruszenie.....	73
Cytowane sprawy		75

DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI

PRZEWODNIK PRAKTYCZNY

USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY W DOCHODZENIU ROSZCZEŃ ODSZKODOWAWCZYCH Z TYTUŁU NARUSZENIA ART. 101 LUB 102 TRAKTATU O FUNKCJONOWANIU UNII EUROPEJSKIEJ

towarzyszący dokumentowi

KOMUNIKAT KOMISJI

w sprawie ustalania wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej

SPIS TREŚCI

		<i>Pkt</i>
CZĘŚĆ 1	KONTEKST I OGÓLNE PODEJŚCIE DO USTALANIA WYSOKOŚCI SZKODY W SPRAWACH DOTYCZĄCYCH KONKURENCJI	1-24
I.	RAMY PRAWNE	1-0
A.	<i>Prawo do odszkodowania</i> Prawo do odszkodowania w prawie UE – zasady skuteczności i równoważności [1].	1-1
B.	<i>Przepisy krajowe w sprawie ustalania wysokości szkody a niniejszy przewodnik praktyczny</i> Naruszenie i związek przyczynowy [3]; krajowy i unijny kontekst roszczeń odszkodowawczych [4]; podejścia pragmatyczne w prawie krajowym [5]; cel wytycznych [6]; status prawny wytycznych [7-9].	0-0
II.	OGÓLNE PODEJŚCIE DO USTALANIA WYSOKOŚCI SZKODY W SPRAWACH DOTYCZĄCYCH KONKURENCJI Zakres pojęcia „odszkodowanie za poniesioną szkodę” [11, 20]; scenariusz braku naruszenia [12]; materiał dowodowy dostępny sądom [14]; najważniejsze etapy ustalania wysokości [13-15]; element niepewności w ustalaniu wysokości odszkodowania [16-17].	11-20
III.	STRUKTURA PRZEWODNIKA PRAKTYCZNEGO	0-24
CZĘŚĆ 2	METODY I TECHNIKI	27-124
I.	INFORMACJE OGÓLNE Przegląd różnych metod [27]; metody porównawcze [27]; inne metody [28].	26-30
II.	METODY PORÓWNAWCZE Przykład analizy porównawczej [32]; zalety metody porównawczej [37];	32-94
A.	<i>Metody służące ustaleniu scenariusza braku naruszenia</i>	38-57
(1)	Porównanie danych w czasie na tym samym rynku Różne punkty odniesienia stosowane do porównania [39]; dostosowanie do danych [40]; wybór pomiędzy różnymi podejściami [43]; moment zakończenia naruszenia [44]; rynki	38-47

	oligopolistyczne [45].	
(2)	Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków geograficznych Wystarczające podobieństwo pomiędzy rynkami geograficznymi [50]; rynki sąsiednie [53].	49-53
(3)	Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków produktowych	54-54
(4)	Łączenie porównań danych w czasie i porównań rynków Metoda różnicy w różnicach [56]; mocne i słabe punkty [58].	56-57
B.	<i>Praktyczne zastosowanie metody: techniki szacowania ceny lub innej zmiennej ekonomicznej w przypadku scenariusza braku naruszenia</i> Możliwość wykorzystania bezpośrednio dostępnych danych [60]; konieczność wprowadzenia korekt (przyczyny alternatywne) [61]; wybór pomiędzy różnymi podejściami [62].	0-94
(1)	Proste techniki: pojedyncze obserwacje danych, średnie, interpolacja i proste korekty Dostępne dane [64]; korzystanie ze średnich [66]; interpolacja liniowa [67]; określenie czynników różnicujących [68].	63-0
(2)	Analiza regresji	69-88
a.	<i>Pojęcie analizy regresji i jej cel</i> Co to jest analiza regresji? [69]; rodzaje analizy regresji [71].	69-71
b.	<i>Przykłady i ilustracje</i> Podstawowe etapy analizy regresji [73-76]; analiza regresji z wieloma zmiennymi (analiza wielowymiarowa) [77]; podejście prognostyczne [80].	73-80
c.	<i>Wymogi w zakresie stosowania analizy regresji</i> Obserwacja danych [81-84]; wyjaśnianie wątpliwości (poziom istotności) [87-88]; analiza modelu zredukowanego [90].	81-88
(3)	Wybór technik Wybór technik ustalania wysokości szkody oraz względy dotycząca proporcjonalności [92-93].	91-94
III.	MODELE SYMULACYJNE, ANALIZA OPARTA NA KOSZTACH, ANALIZA FINANSOWA I INNE METODY	0-120
A.	<i>Modele symulacyjne</i> Modele rynków oligopolistycznych [98]; korzystanie ze modeli symulacyjnych [100]; przykład [101-102]; mocne i słabe punkty tego podejścia [103-105].	97-104
B.	<i>Metoda oparta na kosztach i metoda finansowa</i> Podejście podstawowe [107]; określenie odpowiednich kosztów [109]; marża zysku [111]; metoda finansowa [114-118].	0-117
C.	<i>Inne metody</i>	119-120
IV.	WYBÓR METOD	122-124
CZĘŚĆ 3	USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY SPOWODOWANEJ PODWYŻKĄ CEN	126-178
I.	SKUTKI NARUSZEŃ PROWADZĄCYCH DO PODWYŻKI CEN Klienci bezpośredni i pośredni [126]; przykłady naruszeń [127]; dwa rodzaje szkody: nadmierne obciążenie i spadek wielkości sprzedaży/spadek ilości sprzedaży [128].	126-134

II.	USTALANIE WARTOŚCI NADMIERNEGO OBCIĄŻENIA	136-173
A.	<i>Ustalanie wartości nadmiernych obciążeń spowodowanych przez kartele</i>	137-170
(1)	Wpływy karteli Definicja naruszenia popełnianego przez kartel [139]; Dowody empiryczne/badania ekonomiczne dotyczące ogólnych skutków karteli [141-145].	139-144
(2)	Początkowe nadmierne obciążenie ponoszone przez bezpośredniego klienta Wprowadzenie praktycznego przykładu szkody wyrządzonej przez kartek klientom bezpośrednim [147].	146-160
a.	<i>Porównanie danych w czasie</i> Zastosowanie porównania danych w czasie w przykładzie praktycznym [149]; stosowność wykorzystywania cen obowiązujących w okresie po naruszeniu w porównaniu [153].	149-153
b.	<i>Inne metody porównawcze</i> Porównanie z cenami z innego rynku geograficznego [155]; z cenami z innego rynku produktowego [160].	155-160
(3)	Przerzucanie nadmiernych obciążeń Skutki polegające na przerzucaniu nadmiernych obciążeń i zmniejszeniu wielkości sprzedaży [162]; „zarzut przerzucenia obciążeń” oraz powództwa klientów pośrednich przeciwko podmiotowi popełniającemu naruszenie [164]; Podejścia powodów i pozwanych do uzasadnienia swoich roszczeń [166]; cechy rynku, które mogą wpłynąć na stopień przerzucenia [167].	161-170
B.	<i>Ustalanie wysokości nadmiernych obciążeń powodowanych innymi rodzajami naruszeń prowadzących do szkody w postaci nadmiernego obciążenia</i>	172-173
III.	USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY SPOWODOWANEJ SPADKIEM WIELKOŚCI SPRZEDAŻY	175-178
CZĘŚĆ 4	USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY SPOWODOWANEJ PRAKTYKAMI WYŁĄCZAJĄCYMI	180-215
I.	SKUTKI PRAKTYK WYŁĄCZAJĄCYCH Wyłączenie konkurentów z rynku: zamknięcie dostępu do rynku [180]; skutki praktyk wyłączających [181-182].	180-183
II.	USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY PONOSZONEJ PRZEZ KONKURENTÓW	184-207
A.	<i>Wymiar czasowy praktyk wyłączających</i>	185-187
B.	<i>Ogólne podejście do ustalania utraconych korzyści</i> Określenie scenariusza alternatywnego [188]; obliczanie utraconych korzyści [189-190]; możliwość wystąpienia z powództwem dotyczącym tylko części poniesionej szkody [191].	188-192
C.	<i>Istniejący konkurenci</i>	194-199
(1)	Porównanie danych w czasie Praktyczny przykład [195-196]; korzystanie z udziałów w rynku [197].	195-197
(2)	Inne metody porównawcze	199
D.	<i>Uniemożliwienie wejścia konkurenta na rynek</i> Problemy szczegółowe [200]; praktyczny przykład [202-204].	200-204

E.	<i>Odszkodowanie za przyszłą stratę</i>	206-207
III.	USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY PONIESIONEJ PRZEZ KLIENTÓW	209-215
A.	<i>Odzyskiwanie strat</i> Przykład sprawy dotyczącej praktyki stosowania cen drapieżnych [210-212]; przykład przedsiębiorstwa wykluczonego z rynku [213].	210-213
B.	<i>Szkoda poniesiona przez konkurentów jako klientów podmiotów popełniających naruszenie</i>	215-215

WYKAZ WYKOZRYSTANYCH PRZYKŁADÓW

Kartel producentów mąki [32], [147]

Odmowa dostawy kluczowego nakładu w odniesieniu do rozpuszczalników przemysłowych [194], [195], [196], [208]

Sprawa dotycząca sprzętu medycznego [203], [205]

Odzyskiwanie strat w sprawie dotyczącej praktyki stosowania cen drapieżnych [211], [214]

Część 1 — Kontekst i ogólne podejście do ustalania wysokości szkody w sprawach dotyczących konkurencji

I. RAMY PRAWNE

A. Prawo do odszkodowania

1. Każdy, kto poniósł szkodę na skutek naruszenia postanowień art. 101 lub 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), ma prawo do odszkodowania. Trybunał Sprawiedliwości UE orzekł, że prawo to jest zagwarantowane przez prawo pierwotne UE¹. Odszkodowanie oznacza ustanowienie takiego stanu, w jakim znajdowałaby się poszkodowana strona, gdyby nie doszło do naruszenia. W ramach odszkodowania dokonuje się zatem wyrównania nie tylko faktycznej szkody (*damnum emergens*), ale również utraconych korzyści (*lucrum cessans*) oraz zapłaty odsetek². Rzeczywista szkoda oznacza uszczerbek majątku danej osoby; utrata korzyści oznacza, że nie doszło do zwiększenia tego majątku, które nastąpiłoby, gdyby nie zaistniało naruszenie³.
2. Sprawy cywilne dotyczące roszczeń odszkodowawczych zazwyczaj są rozstrzygane przez sądy krajowe⁴. W zakresie, w jakim nie istnieją przepisy UE regulujące tę kwestię, ustanowienia szczegółowych przepisów dotyczących wykonywania prawa do odszkodowania zagwarantowanego w prawie UE należy dokonać w ramach wewnętrznego systemu prawnego każdego państwa członkowskiego. W ramach tego rodzaju przepisów nie można jednak doprowadzić do sytuacji, w której wykonanie praw nadanych każdej osobie przez prawo UE jest nadmiernie utrudnione lub praktycznie niewykonalne (zasada skuteczności). Ponadto takie przepisy nie mogą być mniej korzystne niż przepisy regulujące powództwo o odszkodowanie wynikające z naruszenia podobnych praw nadanych przez prawo krajowe (zasada równoważności)⁵.

¹ Wyrok z 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage*, Rec. s. I-6297, pkt 26; wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 60; wyrok z 2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer*, Zb.Orz. s. I-5161, pkt 36; oraz wyrok z 2012 r. w sprawie C-199/11 *Wspólnota Europejska przeciwko Otis NV i in.*, dotychczas niepublikowany. Sprawy te bezpośrednio dotyczą stosowania art. 101 TFUE (dawnego art. 81 TWE); te same zasady stosuje się jednak również w odniesieniu do art. 102 TFUE (dawnego art. 82 TWE) – zob. wyrok z 2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer*, Zb.Orz. s. I-5161, pkt 36.

² Wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 95.

³ Opinia rzecznika generalnego F. Capotortiego z 1979 r. w sprawie 238/78 *Ireks-Arkady GmbH* przeciwko *Radzie i Komisji*, Rec. s. 2955, pkt 9.

⁴ W wielu przypadkach międzynarodową jurysdykcję sądu krajowego określa rozporządzenia Rady (WE) nr 44/2001 z dnia 22 grudnia 2000 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U. L 12 z 16.1.2001 r., s. 1. Rozporządzenie to niedawno zastąpiono rozporządzeniem (UE) nr 1215/2012 z dnia 12 grudnia 2012 r. w sprawie jurysdykcji i uznawania orzeczeń sądowych oraz ich wykonywania w sprawach cywilnych i handlowych, Dz.U. L 351 z 20.12.2012, s. 1; większość przepisów ww. rozporządzenia wejdzie w życie w dniu 10 stycznia 2015 r. O tym, które prawo materialne ma zastosowanie w danej sprawie, często będą decydować rozporządzenia UE, szczególnie art. 6 rozporządzenia 864/2007 dotyczącego prawa właściwego dla zobowiązań pozaumownych, Dz.U. L 199 z 31.7.2007 r., s. 40. Właściwymi przepisami proceduralnymi będą zwykle przepisy obowiązujące w kraju, którego sąd będzie rozpatrywał sprawę (*lex fori*). Sprawy dotyczące dochodzenia roszczeń odszkodowawczych mogą być też rozstrzygane przez trybunały arbitrażowe i sądy państw nienależących do UE.

⁵ Wyrok z 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage*, Rec. s. I-6297, pkt 29; wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 62.

B. Przepisy krajowe w sprawie ustalania wysokości szkody a niniejszy praktyczny przewodnik

3. W przypadku dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za poniesioną szkodę spowodowaną naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE, sądy krajowe muszą ustalić, czy szkoda poniesiona przez powoda była wynikiem naruszenia; jeżeli tak, sądy krajowe muszą też określić kwotę odszkodowania dla powoda za poniesioną szkodę⁶. Ocena i ustalenie wysokości odszkodowania często sprawiają trudności⁷. Zazwyczaj konieczność ustalenia wysokości odszkodowania zachodzi tylko wówczas, gdy sąd krajowy podjął decyzję w sprawie innych wymogów prawnych dotyczących roszczenia odszkodowawczego, a w szczególności stwierdził wystąpienie naruszenia oraz związku przyczynowego pomiędzy tym naruszeniem i szkodą poniesioną przez powoda⁸.
4. Ramy prawne, w jakich sądy wypełniają swoje funkcje w zakresie ustalania wysokości szkody, zostały określone w prawie unijnym i krajowym obejmującym przepisy określające:
 - rodzaje szkód, za które można dostać odszkodowanie, i ogólne zasady odpowiedzialności regulujące roszczenia odszkodowawcze;
 - wymogi – takie jak związek przyczynowo-skutkowy lub bliskość – łączące dany czyn niedozwolony i szkodę. Trybunał Sprawiedliwości wyjaśnił, że jeżeli nie ma przepisów dotyczących tej kwestii na szczeblu UE, to do prawa krajowego należy ustalanie zasad regulujących stosowanie pojęcia „związku przyczynowego”, przy czym przestrzegane muszą być zasady równowagi i skuteczności⁹;
 - ramy proceduralne, w zakresie których orzeka się w sprawie roszczeń odszkodowawczych. Zazwyczaj w przepisach krajowych przewidziane jest rozłożenie ciężaru dowodu i właściwych odpowiedzialności stron mających zastosowanie przy przedstawianiu przez nie okoliczności faktycznych przed sądem¹⁰;
 - odpowiedni standard dowodu, który może różnić się na poszczególnych etapach postępowań oraz w odniesieniu do kwestii dotyczących odpowiedzialności za szkodę i kwestii dotyczących wysokości odszkodowania;
 - w jakim stopniu i w jaki sposób sądy są upoważnione do ustalania wysokości poniesionej szkody na podstawie przybliżonych najlepszych szacunków lub zasady słuszności; oraz

⁶ Niniejszy praktyczny przewodnik dotyczy jedynie oceny szkody w kontekście roszczeń o rekompensatę finansową. Mimo że niniejszy dokument nie dotyczy konkretnie określania przyznanego odszkodowania w postaci innych środków zaradczych przewidzianych w prawie cywilnym, zawarte w nim spostrzeżenia mogą okazać się przydatne przy takim określaniu, w szczególności w przypadku powództwa o przywrócenie stanu poprzedniego.

⁷ Zob. więcej informacji na ten temat w pkt 11 i następnych w sekcji II poniżej.

⁸ Artykuł 16 rozporządzenia nr 1/2003. W niniejszym dokumencie nie zajmowano się szczegółowo kwestią, czy dane praktyki naruszają art. 101 lub 102 TFUE, czy też nie.

⁹ Wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 61 i 64; wyrok z 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage*, Rec. s. I-6297, pkt 29.

¹⁰ Przykład rozłożenia obciążenia można znaleźć w decyzji z zakresu prawa konkurencji *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r., sprawa nr 2 U 10/03 Kart (*Vitaminpreise*).

- dopuszczalność dowodu i jego rolę w sprawach cywilnoprawnych oraz jego ocenę (w szczególności w przypadku opinii biegłych).
5. W granicach swoich właściwych ram prawnych ustawodawcy i sądy często przyjmują podejście pragmatyczne przy określaniu kwoty odszkodowania, jaka ma zostać przyznana, ustanawiając m.in. domniemania. Ciężar dowodu może zostać przeniesiony, na przykład po przedstawieniu przez stronę określonej ilości faktów i dowodów. Ponadto prawo państw członkowskich może stanowić, że zysk osiągnięty nielegalnie przez przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa popełniające naruszenie ma znaczenie – bezpośrednio albo pośrednio – przy szacowaniu szkody poniesionej przez poszkodowane strony¹¹.
 6. Celem niniejszego praktycznego przewodnika jest przekazanie sądom i stronom powództw o wyrównanie szkód informacji praktycznych i z zakresu ekonomii, które mogą okazać się użyteczne podczas stosowania przepisów i praktyk krajowych. W tym celu w niniejszym praktycznym przewodniku przedstawiono zagadnienia dotyczące szkody powstałej wskutek praktyk antykonkurencyjnych zakazanych Traktatem oraz informacje na temat najważniejszych dostępnych metod i technik ustalania wysokości takiej szkody¹². Tego rodzaju wskazówki mogą również pomóc powodowi w przedstawianiu okoliczności faktycznych przed sądem w odniesieniu do żądanej kwoty odszkodowania oraz pomóc pozwanemu w ustosunkowaniu się do okoliczności faktycznych przedstawionych przez powoda. Wskazówki mogą również pomóc stronom polubownie rozstrzygnąć spór, niezależnie od tego, czy toczy się on na drodze postępowania sądowego, czy też z wykorzystaniem alternatywnych mechanizmów rozstrzygania sporów.
 7. Niniejszy praktyczny przewodnik ma charakter czysto informacyjny, nie jest wiążący dla sądów krajowych ani nie zmienia przepisów prawa obowiązujących w państwach członkowskich w odniesieniu do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia postanowień art. 101 lub 102 TFUE¹³.
 8. W szczególności kwestia, czy którekolwiek – i jeżeli tak, to które – metody i techniki opisane w niniejszym praktycznym przewodniku uznaje się za odpowiednie do zastosowania w danej sprawie, zależy od prawa krajowego stosowanego zgodnie z przywołanymi powyżej zasadami skuteczności i równoważności zapisanymi w prawie UE. W tym względzie istotne kwestie będą najprawdopodobniej obejmować następujące pytania:
 - czy dana metoda lub technika spełnia standard wymagany w prawie krajowym,
 - czy strona obarczona ciężarem dowodu ma dostęp do wystarczających danych w celu zastosowania danej metody lub techniki, oraz
 - czy powiązane obciążenie i koszty są proporcjonalne do wartości przedmiotowego roszczenia odszkodowawczego.

Nadmierne trudności w wykonywaniu prawa do odszkodowania zagwarantowanego w prawie UE, a tym samym problemy z przestrzeganiem zasady skuteczności, mogą powstawać na przykład wskutek wystąpienia nieproporcjonalnych kosztów lub zbyt

¹¹ Zob. część 3 pkt 146 poniżej.

¹² Przy sporządzaniu niniejszego praktycznego przewodnika Komisja uznała za przydatne zlecone przez siebie różnorodne badania oraz uwagi uzyskane od ekspertów zewnętrznych; zob. <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹³ Nie ma on również wpływu na prawa i obowiązki państw członkowskich oraz osób fizycznych i prawnych wynikające z prawa UE.

wysokich wymagań dotyczących stopnia pewności i dokładności w ustalaniu wysokości poniesionej szkody¹⁴.

9. Żadnych treści zawartych w niniejszym praktycznym przewodniku nie należy rozumieć jako podważających sens stosowania podejść bardziej pragmatycznych, ani też jako podwyższania albo obniżania standardu dowodu lub stopnia szczegółowości przedstawienia okoliczności faktycznych wymaganego od stron w systemach prawnych państw członkowskich. Przedstawienie przez strony faktów i dowodów dotyczących wysokości odszkodowania w sposób mniej szczegółowy niż zalecany przez metody i techniki omawiane w niniejszym praktycznym przewodniku może okazać się wystarczające.
10. Należy również zauważyć, że ekonomiczne podejście do szkody wynikłej z naruszeń prawa ochrony konkurencji oraz do metod i technik ustalania wysokości tego rodzaju szkód może ulegać zmianom wraz z rozwojem badań teoretycznych i empirycznych oraz praktyki sądowniczej w tej dziedzinie. Niniejszego dokumentu nie należy zatem traktować jako wyczerpującego.

II. OGÓLNE PODEJŚCIE DO USTALANIA WYSOKOŚCI SZKODY W SPRAWACH DOTYCZĄCYCH KONKURENCJI

11. Celem przyznania odszkodowania za poniesioną szkodę jest ustanowienie takiego stanu, w jakim znajdowałaby się poszkodowana strona, gdyby nie doszło do naruszenia postanowień art. 101 lub 102 TFUE: faktyczna sytuacja poszkodowanej strony musi zatem zostać porównana do sytuacji, w której strona ta znajdowałaby się, gdyby nie doszło do naruszenia. Ocena ta nazywana jest czasami analizą sytuacji alternatywnej.
12. Podstawową kwestią przy ustalaniu wysokości szkód wynikłych z naruszenia prawa ochrony konkurencji jest zatem określenie, co najprawdopodobniej wydarzyłoby się, gdyby nie doszło do naruszenia. Bezpośrednie zaobserwowanie tej hipotetycznej sytuacji jest niemożliwe, konieczne jest więc zastosowanie oszacowania w celu stworzenia scenariusza odniesienia, z którym można byłoby porównać stan faktyczny. Taki scenariusz odniesienia nazywany jest „scenariuszem braku naruszenia” lub „scenariuszem alternatywnym”.
13. W konkretnej sprawie punktem wyjścia do ustalenia, czy naruszenie faktycznie wyrządziło powodowi szkodę, i – jeżeli tak – do określenia wysokości tej szkody, jest szczególny charakter danego przypadku oraz dowody, jakimi dysponuje sąd (w tym decyzje organów ds. konkurencji). Przedmiotowe (domniemane) naruszenie i jego wpływ na dany rynek stanowią podstawę do określenia wysokości szkody spowodowanej przez to naruszenie.
14. Sądy krajowe mogą w danej sprawie wykorzystać dowody bezpośrednio istotne dla ustalenia wysokości szkody, takie jak dokumenty sporządzone przez przedsiębiorstwo popełniające naruszenie dotyczące uzgodnionych podwyżek cen i ich wprowadzenia lub dokumenty zawierające ocenę rozwoju zajmowanej pozycji na rynku. Można też wykorzystać zeznania ustne złożone przez świadków. Dostępność tego rodzaju dowodów może odegrać ważną rolę w sytuacji, gdy sąd decyduje o tym, czy którekolwiek – a jeżeli tak, to które – z przedstawionych poniżej metod i technik mogą zostać zastosowane przez stronę, aby spełniła ona wymóg związany ze standardem dowodu zgodnie z obowiązującym prawem.

¹⁴ Zob. również pkt 16 i 17 poniżej.

15. Zmienne ekonomiczne (takie jak ceny, wielkość sprzedaży, zyski, koszty lub udziały w rynku), które należy brać pod uwagę, będą zależały od rodzaju szkody, z tytułu której powód ubiega się o odszkodowanie. Na przykład w sytuacji, w której na skutek działania kartelu jego klienci płacą wyższe ceny, należy oszacować cenę, którą zapłaciliby w przypadku braku naruszenia, aby mieć punkt odniesienia do porównania jej z ceną faktycznie zapłaconą przez tych klientów. W przypadku nadużycia polegającego na zdominowaniu rynku prowadzącym do zamknięcia dostępu do rynku konkurentom, utracone przez nich korzyści można zmierzyć, porównując ich faktyczny obrót i marże zysku z obrotem i marżami zysku, jakie wedle wszelkiego prawdopodobieństwa osiągnęliby w przypadku braku naruszenia.
16. Nie jest możliwe uzyskanie całkowitej pewności co do dokładnego sposobu, w jaki rozwinąłby się rynek przy braku naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Ceny, wielkość sprzedaży i marże zysku zależą od wielu czynników i złożonych, często strategicznych interakcji między uczestnikami rynku; ich oszacowanie nie jest łatwym zadaniem. Oszacowanie hipotetycznego scenariusza braku naruszenia będzie zatem z definicji opierało się na wielu założeniach¹⁵. W praktyce nieodłącznym ograniczeniem będzie często również niedostępność lub nieosiągalność danych.
17. Z tych względów ustalanie wysokości szkody w sprawach dotyczących konkurencji podlega z natury rzeczy znaczącym ograniczeniom w zakresie stopnia pewności i dokładności, którego można oczekiwać. Nie jest możliwe ustalenie jednej „prawdziwej” wartości poniesionej szkody. Przeprowadza się jedynie najlepsze szacunki, bazując na założeniach i przybliżeniach¹⁶. Obowiązujące przepisy prawa krajowego i ich interpretacja powinny odzwierciedlać te nieodłączne ograniczenia związane z ustalaniem wysokości szkody w dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia art. 101 i 102 TFUE zgodnie z zasadą skuteczności zapewnioną w prawie UE, tak aby wykonanie prawa do naprawienia szkody zagwarantowanego w TFUE nie było w praktyce niemożliwe lub nadmiernie trudne.
18. W niniejszym praktycznym przewodniku przedstawiono szereg metod i technik opracowanych w dziedzinie ekonomii i poprzez praktykę prawną w celu ustalenia stosownego scenariusza odniesienia i oszacowania wartości danej zmiennej ekonomicznej (np. w przypadku kartelu cenowego – ceny, którą prawdopodobnie pobierano by w przypadku braku naruszenia)¹⁷. Opierają się one na różnych podejściach i różnią się pod względem założeń leżących u ich podstaw, a także rodzaju i szczegółowości wymaganych danych. Różnią się również ze względu na stopień, w jakim uwzględnia się w ich ramach czynniki inne niż naruszenie, które

¹⁵ Ograniczenia i konsekwencje tego rodzaju oceny sytuacji hipotetycznej zostały uznane przez Trybunał Sprawiedliwości (w kontekście ustalania utraty zarobku w ramach powództwa o odszkodowanie przeciwko Wspólnocie Europejskiej w sektorze rolnictwa): „utrata zarobku nie jest wynikiem prostego obliczenia matematycznego, lecz szacunku i oceny złożonych danych ekonomicznych. Zadaniem Trybunału jest więc oszacowanie działalności gospodarczej mającej w dużej mierze charakter hipotetyczny. Tak jak sądy krajowe, ma on zatem znaczącą swobodę uznania w zakresie zarówno liczb, jak i danych statystycznych, które zostaną wybrane, a także przede wszystkim w zakresie sposobu ich wykorzystania do obliczenia i oszacowania szkody”; zob. wyrok z 2000 r. w sprawach połączonych C-104/89 oraz C-37/90 *Mulder i in. przeciwko Radzie i Komisji*, Rec. s. I-203, pkt 79.

¹⁶ Przykład rekonstrukcji scenariusza alternatywnego dokonanej przez sąd krajowy oraz problemów płynących z przyjętych założeń można znaleźć w decyzji *Competition Appeal Tribunal* (Sąd Apelacyjny ds. Konkurencji) z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie nr 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited przeciwko Dŵr Cymru Cyfyngedig*).

¹⁷ Zob. część 2 poniżej.

mogły mieć wpływ na sytuację powoda. W rezultacie stosowanie tych metod i technik może być mniej lub bardziej trudne, czasochłonne i kosztowne.

19. Po oszacowaniu wartości odpowiedniej zmiennej ekonomicznej (takiej jak cena, marże zysku czy wielkości sprzedaży) dla hipotetycznego scenariusza braku naruszenia, konieczne jest dokonanie porównania z rzeczywistymi okolicznościami (np. ceną faktycznie zapłaconą przez poszkodowaną stronę) w celu ustalenia wysokości szkody spowodowanej naruszeniem art. 101 lub 102 TFUE.
20. Należy również uwzględnić powiększenie odszkodowania o odsetki. Przyznanie odsetek jest istotnym elementem odszkodowania. Jak podkreślił Trybunał Sprawiedliwości, pełne odszkodowanie za poniesioną szkodę musi obejmować naprawę szkodliwych skutków wynikających z czasu, jaki upłynął od momentu zaistnienia szkody spowodowanej naruszeniem¹⁸. Takim skutkiem jest deprecjacja pieniądza¹⁹ i strata możliwości dysponowania przez poszkodowaną stronę kapitałem²⁰. Prawo krajowe może stanowić, że tego rodzaju skutki rozliczane są w formie odsetek ustawowych lub innego rodzaju odsetek, pod warunkiem że są one zgodne z wyżej wymienionymi zasadami skuteczności i równoważności.

III. STRUKTURA PRAKTYCZNEGO PRZEWODNIKA

21. Podstawą roszczeń odszkodowawczych jest twierdzenie, że naruszenie art. 101 lub 102 TFUE niekorzystnie wpłynęło na sytuację powoda. Zasadniczo można wyróżnić dwie główne kategorie szkodliwych skutków takich naruszeń:

- a) naruszenia mogą prowadzić do wzrostu cen płaconych przez klientów przedsiębiorstw popełniających naruszenie²¹. Do naruszeń powodujących taki skutek należą naruszenia art. 101 TFUE spowodowane kartelem, np. ustalającym ceny, dokonującym podziału rynku lub ograniczającym produkcję. Taki sam skutek mogą mieć też nadużycia przez wykorzystanie pozycji dominującej w znaczeniu art. 102 TFUE.

Wyższe ceny oznaczają, że klienci nabywający produkt lub usługę²² będące przedmiotem naruszenia są nadmiernie obciążani. Ponadto podwyżka cen może spowodować spadek popytu i oznaczać utratę korzyści dla klientów, którzy wykorzystują dany produkt do celów własnej działalności handlowej²³.

¹⁸ Wyrok z 1993 r. w sprawie C-271/91 *Marshall*, Rec. s. I-4367, pkt. 31; wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 97; biała księga Komisji Europejskiej w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji (COM(2008) 165), sekcja 2.5 i dokument roboczy służb Komisji uzupełniający białą księgę (SEC(2008) 404), pkt 187.

¹⁹ Wyrok z 1994 r. w sprawie C-308/87 *Grifoni II*, Rec. s. I-341, pkt 40; opinia rzecznika generalnego G. Tesaura z 1994 r. w sprawie C-308/87 *Grifoni II*, Rec. s. I-341, pkt 25; wyrok z 2000 r. w sprawach połączonych C-104/89 oraz C-37/90 *Mulder i in. przeciwko Radzie i Komisji*, Rec. s. I-203, pkt 51. W kontekście utraty siły nabywczej zob. wyrok z 1992 r. w sprawach połączonych T-17/89, T-21/89 oraz T-25/89 *Brazzelli Lualdi*, Rec. s. II-293, pkt 40.

²⁰ Opinia rzecznika generalnego A. Saggio z 2000 r. w sprawach połączonych C-104/89 oraz C-37/90 *Mulder i in. przeciwko Radzie i Komisji*, Rec. s. I-203, pkt 105.

²¹ Jeżeli naruszenie wiąże się z zakupami dokonywanymi przez przedsiębiorstwa popełniające naruszenie, odpowiadającym skutkiem jest obniżka cen zakupu, które te przedsiębiorstwa muszą zapłacić swoim dostawcom. Aby uzyskać więcej informacji na ten temat, zob. część 3 sekcja 1 pkt 134.

²² Dla uproszczenia w dalszej części tekstu mowa będzie jedynie o „produktach”, na które naruszenie ma wpływ. Takie odniesienia należy jednak rozumieć jako dotyczące również „usług”, na które naruszenie ma wpływ.

²³ Aby uzyskać więcej informacji na ten temat, zob. część 3 sekcja I pkt 128 i następne.

- b) przedsiębiorstwa mogą również naruszać postanowienia art. 101 i 102 TFUE poprzez stosowanie nielegalnych praktyk, które wyłączają konkurentów z rynku, lub ograniczenie ich udziału w rynku²⁴. Typowymi przykładami są nadużycia pozycji dominującej poprzez zawężenie marży, praktykę rażącego zaniżania cen lub sprzedaż wiążaną, bądź poprzez zawieranie określonych porozumień wertykalnych w sprawie wyłączności między dostawcami a dystrybutorami, które naruszają prawo konkurencji²⁵. Tego rodzaju praktyki mają znaczące skutki dla konkurentów, którzy ponoszą szkodę wskutek utraty możliwości prowadzenia działalności gospodarczej i korzyści na danym rynku. Jeżeli skutecznie zamknie się dostęp do rynku konkurentom i zmniejszy się presja konkurencji, szkodę odnoszą również klienci, zazwyczaj wskutek podwyżki cen.
22. Naruszenia postanowień art. 101 i 102 TFUE mogą powodować dalsze szkodliwe skutki, na przykład niekorzystnie wpływać na jakość i innowacyjność produktów. Niniejszy praktyczny przewodnik koncentruje się w szczególności na dwóch głównych kategoriach szkody i kategoriach poszkodowanych stron²⁶ opisanych w pkt 21. Metody i techniki opisane w niniejszym praktycznym przewodniku mogą jednak okazać się również odpowiednie w przypadku powództw o odszkodowanie dotyczących innych rodzajów szkody i innych poszkodowanych stron.
23. Część 3 niniejszego praktycznego przewodnika odnosi się konkretnie do ustalania wysokości tego rodzaju szkody, o którym mowa w pkt 21 lit. a). W tej części zawarto opis najważniejszych skutków, jakie wywierają na rynek podwyżki cen wynikające z naruszenia, oraz przedstawiono sposoby ustalania wysokości takich szkód (w szczególności szkody wynikającej z zapłaty nadmiernych obciążeń i szkody związanej z ograniczeniem popytu).
24. Część 4 niniejszego praktycznego przewodnika odnosi się konkretnie do ustalania wysokości tego rodzaju szkody, o którym mowa w pkt 21 lit. b). W tej części zawarto opis możliwych skutków wyłączenia konkurentów z rynku i przedstawiono na przykładach sposoby ustalania wysokości takich szkód (tj. utraty korzyści przez wyłączonego z rynku konkurenta i szkodę poniesioną przez klientów).
25. Główne metody i techniki dostępne do celów ustalenia wysokości szkody wynikającej z naruszeń postanowień art. 101 lub 102 TFUE są wspólne dla wszystkich rodzajów szkody spowodowanej przez tego typu naruszenia. Ich ogólny opis znajduje się w części 2 niniejszego praktycznego przewodnika. Zawiera ona też dodatkowe informacje na temat podstawowych założeń, na których opierają się te metody, oraz wyjaśnia ich stosowanie w praktyce.

²⁴ Wyrok w sprawie C-209/10 *Post Danmark*, dotychczas nieopublikowany, pkt 22, 23 i 24.

²⁵ Porozumienia wertykalne są porozumieniami zawartymi między przedsiębiorstwami działającymi na różnych poziomach łańcucha dostaw.

²⁶ Niniejszy praktyczny przewodnik nie koncentruje się na sytuacji osób innych niż te wymienione w pkt 21 lit. a) i b), jednak inne osoby (takie jak dostawcy przedsiębiorstw popełniających naruszenie lub klienci ich przestrzegających prawa konkurentów) również mogą ponieść szkodę w wyniku naruszeń prowadzących do zawyżania cen lub wyłączenia konkurentów; zob. też przypis 107.

Część 2 — Metody i techniki

I. INFORMACJE OGÓLNE

26. Aby skonstruować scenariusz braku naruszenia w celu ustalenia wysokości szkody w ramach dochodzenia roszczeń odszkodowawczych w sprawach dotyczących konkurencji, można skorzystać z szeregu metod.
27. Metody najczęściej stosowane przez strony i sądy służą oszacowaniu tego, co wydarzyłoby się, gdyby nie doszło do naruszenia, poprzez analizowanie okresów przed naruszeniem lub po nim lub poprzez badanie innych rynków, na które dane naruszenie nie miało wpływu. W ramach tego rodzaju metod porównawczych uznaje się, że dane (ceny, wielkości sprzedaży, marże zysku lub inne zmienne ekonomiczne) pochodzące z okresu lub rynku, na który naruszenie nie miało wpływu, stanowią wskaźnik hipotetycznego scenariusza, w którym nie doszło do naruszenia. Czasami udoskonalą się realizację tych metod poprzez zastosowanie technik ekonometrycznych, łączących teorię ekonomii i metody statystyczne lub ilościowe w celu określenia i zmierzenia zależności ekonomicznych między zmiennymi. W sekcji II poniżej opisano różne metody porównawcze oraz techniki ich realizacji (pkt 32-95).
28. W sekcji III poniżej opisano metody inne niż metody porównawcze (pkt 96-121). W ramach jednej z nich wykorzystuje się modele ekonomiczne dopasowane do rynku rzeczywistego w celu dokonania symulacji wyników rynkowych, jakie najprawdopodobniej osiągnięto by w przypadku braku naruszenia. W metodach tych wykorzystuje się założenia teorii ekonomicznych w celu wyjaśnienia prawdopodobnego funkcjonowania rynku z uwzględnieniem jego głównych cech (np. liczby konkurentów i sposobu ich konkurowania ze sobą, poziomu zróżnicowania produktów, czynników utrudniających wejście na rynek). Inne metody obejmują metodę opartą na kosztach, w ramach której wykorzystuje się koszty produkcji w odniesieniu do produktu będącego przedmiotem naruszenia i marżę w odniesieniu do „rozsądnej” marży zysku w celu oszacowania hipotetycznego scenariusza braku naruszenia, lub metody finansowe, w których punktem wyjścia są wyniki finansowe powoda lub pozwanego.
29. Każda z tych metod i technik ma określone właściwości, wady i zalety, dzięki którym może okazać się w mniejszym lub większym stopniu odpowiednia do oszacowania szkody poniesionej w danych okolicznościach. W szczególności różnią się one ze względu na stopień, w jakim opierają się na danych wynikających z faktycznych interakcji na rynku lub na założeniach teorii ekonomicznej, oraz ze względu na stopień, w jakim uwzględnia się w ich ramach czynniki inne niż naruszenie, które mogły mieć wpływ na sytuację powoda wnoszącego o odszkodowanie. Ponadto omawiane metody i techniki różnią się ze względu na poziom trudności ich stosowania oraz rodzaj i wymaganą ilość danych.
30. Mimo że przedmiotowe metody służą odtworzeniu rozwoju danego rynku w sytuacji, w której nie doszło by do naruszenia, bardziej bezpośrednie dowody dostępne stronom i sądowi (na przykład wewnętrzne dokumenty przedsiębiorstw popełniających naruszenie dotyczące uzgodnionych podwyżek cen) również mogą

dostarczyć informacji przydatnych do oceny wysokości odszkodowania w danej sprawie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa krajowego²⁷.

31. W sekcji IV poniżej zawarto rozważania na temat wyboru metody, który zwykle zależy od szczególnych cech danej sprawy oraz od wymogów obowiązującego prawa.

II. METODY PORÓWNAWCZE

32. W zrozumieniu praktycznego działania metod porównawczych pomoc może (całkowicie fikcyjny) przykład powództwa o odszkodowanie w sprawie hipotetycznego kartelu naruszającego art. 101 TFUE²⁸.

Kartel producentów mąki

Założmy, że krajowy organ ds. konkurencji stwierdził, iż wszystkie przedsiębiorstwa młynarskie w danym państwie członkowskim ustaliły między sobą ceny mielenia zboża i produkcji mąki.

Piekarnia, która od kilku lat regularnie kupuje mąkę, występuje z roszczeniem przeciwko jednemu z przedsiębiorstw młynarskich. Piekarnia utrzymuje, że naruszenie doprowadziło do niezgodnego z prawem wzrostu cen mąki, którą kupowała od przedsiębiorstwa młynarskiego. Piekarnia domaga się odszkodowania za zawyżoną cenę, którą płaciła w poprzednich latach.

33. Najważniejszym zagadnieniem przy ustalaniu wysokości szkody w powyższym przykładzie jest ustalenie, jaką cenę występująca w charakterze powoda piekarnia płaciłaby za mąkę, gdyby nie nastąpiło naruszenie. Jeżeli w tym celu stosuje się metodę porównawczą, porównuje się wówczas cenę płaconą w przypadku scenariusza naruszenia z ceną ze scenariusza braku naruszenia ustalaną w oparciu o dane cenowe odnotowane:

- na tym samym rynku w okresie przed naruszeniem lub po nim (1); lub
- na innym, ale podobnym rynku geograficznym (2); lub
- na innym, ale podobnym rynku produktowym (3).

Możliwe jest również połączenie porównania danych w czasie z porównaniem danych z różnych rynków geograficznych lub produktowych (4).

34. W przykładzie kartelu producentów mąki zastosowane metody koncentrują się na cenie. Możliwe jest jednak również stosowanie tych metod w celu oszacowania innych zmiennych ekonomicznych, takich jak udziały w ryku, marża zysku, stopa zwrotu z kapitału, wartość aktywów lub poziom kosztów przedsiębiorstwa. Wybór zmiennej ekonomicznej przydatnej do celów ustalenia odszkodowania zależy od okoliczności przedmiotowej sprawy.

²⁷ Przykład zastosowania tego rodzaju podejścia można znaleźć w decyzji *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe) z dnia 11 czerwca 2010 r. w sprawie nr 6 U 118/05, w której, zgodnie z przepisami prawa właściwego dotyczącymi rozłożenia obowiązków w zakresie wykazania stanu faktycznego i ustalania dowodów *prima facie*, w celu określenia odszkodowania, jakie ma być przyznane, zastosowano podwyżki cen szczegółowo uzgodnione przez należące do kartelu przedsiębiorstwa popełniające naruszenie. Ta część decyzji została potwierdzona w postępowaniu odwoławczym przez *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) w decyzji z dnia 28 czerwca 2011 r. w sprawie nr KZR 75/10.

²⁸ Przykład ten omówiono bardziej szczegółowo w pkt 147.

35. Dane wykorzystywane w takim porównaniu danych z różnych rynków lub porównaniu danych w czasie mogą stanowić dane odnoszące się do całego rynku (tj. średnia cena mąki, którą płacą wszystkie piekarnie działające na sąsiadującym rynku geograficznym) lub dane odnoszące się jedynie do pewnych szczególnych uczestników rynku (tj. cena, którą płacą za mąkę pewne grupy konsumentów, takie jak nabywcy hurtowi działający na rynku sąsiadującym).
36. Stosowne mogłoby być również porównanie danych odnoszących się tylko do jednego uczestnika rynku, w szczególności w przypadkach praktyk wyłączających. Przykładem takiego porównania między pojedynczymi przedsiębiorstwami, tj. między poszkodowaną stroną a wystarczająco podobnym przedsiębiorstwem porównawczym, może być porównanie zysków osiągniętych przez przedsiębiorstwo próbujące wejść na nowy rynek, na którym doświadczyło praktyk wyłączających naruszających reguły konkurencji UE, z zyskami osiągniętymi przez porównywalne nowe przedsiębiorstwo wchodzące na inny, ale podobny rynek geograficzny, które nie doświadczyło praktyk antykonkurencyjnych. Sekcje A.1 do 4 poniżej obejmują porównanie zarówno ze skumulowanymi danymi rynkowymi, jak i z danymi na poziomie firm²⁹.
37. Zasadniczą zaletą wszystkich metod porównawczych jest fakt, że wykorzystują one rzeczywiste dane odnotowane na takim samym lub podobnym rynku³⁰. Metody porównawcze opierają się na założeniu, że scenariusz porównawczy można uznać za reprezentatywny w odniesieniu do prawdopodobnego scenariusza braku naruszenia i że różnica między danymi w sytuacji naruszenia i danymi wybranymi jako porównawcze wynika z naruszenia. Istotne cechy rynku, które mogą wpłynąć na określenie, czy dwa rynki są wystarczająco podobne, to stopień konkurencji i koncentracji na tych rynkach, cechy związane z kosztami i popytem oraz bariery wejścia. Decyzja o tym, czy poziom podobieństwa między rynkiem w sytuacji naruszenia i rynkiem porównawczym lub między okresami można uznać za wystarczający, by wykorzystać wyniki takiego porównania podczas ustalania wysokości szkody, zależy od krajowych systemów prawnych³¹. Jeżeli między przedmiotowymi okresami lub rynkami istnieją znaczne różnice, dostępne są różne techniki mające na celu ich uwzględnienie³².

A. Metody służące ustaleniu scenariusza braku naruszenia

(1) Porównanie danych w czasie na tym samym rynku

38. Jedną z często stosowanych metod polega na porównaniu rzeczywistej sytuacji w okresie, w którym wystąpiły skutki naruszenia, z sytuacją na tym samym rynku

²⁹ Porównanie z danymi innego przedsiębiorstwa na poziomie firm można teoretycznie przeprowadzić nie tylko w przypadku przedsiębiorstw działających na innym rynku geograficznym lub produktowym, co omówiono w sekcjach 2-4 poniżej, ale również w przypadku danych z przedsiębiorstw działających na tym samym rynku produktowym i geograficznym, co poszkodowana strona. W praktyce takie porównania wewnątrzrynkowe nie odgrywają znaczącej roli, prawdopodobnie dlatego, że znalezienie na tym samym rynku innego wystarczająco porównywalnego przedsiębiorstwa, na które nie miało wpływu naruszenie, może być trudne. Poniższe sekcje nie omawiają zatem szczegółowo takich porównań w obrębie jednego rynku.

³⁰ Aspekt ten podkreślono na przykład w decyzji *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie nr KRB 12/07 (*Kartel sprzedaży hurtowej papieru*).

³¹ Więcej szczegółowych informacji można znaleźć w pkt 94. Przykład problemów, które mogą pojawić się podczas oceniania porównywalności danych, można znaleźć np. w decyzji *Tribunal Administratif de Paris* (Sąd Administracyjny w Paryżu) z dnia 27 marca 2009 r. (*SNCF przeciwko Bouygues*).

³² Więcej szczegółowych informacji można znaleźć w pkt 59-95 w sekcji B poniżej.

przed wystąpieniem skutków naruszenia lub po ich ustąpieniu³³. Przykładowo, jeżeli przedsiębiorstwo nadużyło swojej dominującej pozycji i w latach 2004-2005 zamknęło dostęp do rynku konkurentowi, w ramach tej metody można się skoncentrować np. na zyskach konkurenta w okresie naruszenia i na jego zyskach w latach 2002 i 2003, kiedy jeszcze nie doszło do naruszenia³⁴. Innym przykładem mógłby być kartel ustalający ceny (jak z powyższego przykładu kartelu producentów mąki) działający w latach 2005-2007, w przypadku którego za pomocą omawianej metody można byłoby porównać cenę płaconą przez klientów kartelu w okresie naruszenia z ceną płaconą przez klientów w okresie następującym po naruszeniu, np. w latach 2008-2009³⁵.

39. Zasadniczo istnieją trzy różne punkty odniesienia, które można stosować do porównania danych w czasie³⁶:
- okres *poprzedzający* naruszenie, na który nie miało ono wpływu (porównanie „przed i w trakcie” – w przypadku przykładowego kartelu producentów mąki: porównanie cen płaconych za mąkę na tym samym rynku *przed* wystąpieniem skutków naruszenia z cenami wynikłymi z naruszenia);
 - okres następujący *po* naruszeniu, na który nie miało ono wpływu (porównanie „w trakcie i po” – w przypadku przykładowego kartelu producentów mąki: porównanie cen będących wynikiem naruszenia z cenami płaconymi na tym samym rynku *po* zakończeniu naruszenia);
 - okresy *przed* naruszeniem i *po* naruszeniu, na które nie miało ono wpływu (porównanie „przed, w trakcie i po”).
40. Dokonanie świadomego wyboru okresu odniesienia i rodzaju danych będzie zazwyczaj wymagało dobrej znajomości przedmiotowego sektora, a punktem wyjścia powinien być szczególnie charakter danego przypadku. Na wybór wpłynie również dostępność danych i wymogi zawarte we właściwych przepisach dotyczące standardu i ciężaru dowodu.
41. Zaletą wszystkich metod porównujących dane w czasie z *tego samego* rynku geograficznego i produktowego jest to, że cechy rynku, takie jak stopień konkurencyjności, struktura rynku, koszty i cechy popytu, mogą być bardziej porównywalne niż w przypadku porównania z innymi rynkami produktowymi lub geograficznymi.
42. Jednak również w porównaniach danych w czasie zdarza się, że niektóre różnice między dwoma zestawami danych wynikają nie tylko z naruszenia. W takich przypadkach wskazane może być skorygowanie danych odnotowanych w okresie

³³ Zob. na przykład decyzja *Corte d'Appello di Milano* (Sąd Apelacyjny w Mediolanie) z dnia 11 lipca 2003 r. (*Bluvacanze*) i decyzja *Corte d'Appello di Milano* (Sąd Apelacyjny w Mediolanie) z dnia 3 lutego 2000 r. w sprawie nr I, 308 (*Inaz Paghe* przeciwko *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*) (w obu sprawach porównanie przed, w trakcie i po); decyzja *Landgericht Dortmund* (Sąd Okręgowy w Dortmundzie) z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*) (porównanie w trakcie i po); decyzja *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Regionalny Sąd Cywilny w Grazu) z dnia 17 sierpnia 2007 r. w sprawie nr 17 R 91/07 p (*Szkoła jazdy*) (przy wykorzystaniu porównania w trakcie i po).

³⁴ Bardziej szczegółowe przykłady stosowania tej metody w przypadkach praktyk wyłączających znajdują się w części 4 poniżej.

³⁵ Bardziej szczegółowe przykłady stosowania tej metody w przypadkach naruszenia prowadzącego do zawyżonych cen znajdują się w części 3 poniżej.

³⁶ Metodę porównania danych w czasie nazywa się również „metodą przed-po” lub „metodą punktów odniesienia”.

porównawczym w celu uwzględnienia różnic w porównaniu z okresem naruszenia³⁷ lub też wybranie innego okresu porównawczego lub rynku. Przykładowo w przypadku długotrwałego naruszenia założenie, że np. w przypadku braku naruszenia ceny sprzed 10 lat pozostałyby takie same, jest prawdopodobnie zbyt daleko idące i może prowadzić np. do wybrania porównania z okresem poprzedzającym naruszenie i okresem następującym po naruszeniu. W przypadkach długich okresów naruszenia zasadne może być również odniesienie się do praktycznych zagadnień porównywalności danych wynikających ze zmian w sposobie odnotowywania danych przez przedsiębiorstwa (np. zmian w praktykach księgowych lub zmian w oprogramowaniu organizującym dane).

43. Jeżeli dane są dostępne, wiele czynników może mieć wpływ na wybór między porównaniem „przed i w trakcie”, „w trakcie i po” oraz „przed, w trakcie i po”. Bardzo mało prawdopodobne jest znalezienie takiego okresu odniesienia, w którym sytuacja rynkowa przedstawiałaby dokładnie to, co działałoby się w okresie naruszenia, gdyby naruszenie nie nastąpiło. Możliwe jest jedynie określenie wystarczająco podobnego przedziału czasowego, dzięki któremu prawdopodobny scenariusz braku naruszenia będzie jak najbardziej zbliżony do faktycznego scenariusza naruszenia. Czynniki, które należy rozważyć w tej sytuacji, mogą obejmować wątpliwość co do tego, na które okresy naruszenie w rzeczywistości nie miało wpływu. Niektóre naruszenia rozpoczynają się lub kończą stopniowo; często istnieją wątpliwości dotyczące dokładnego momentu rozpoczęcia naruszenia, a w szczególności wywołanych przez nie skutków. W decyzjach organów ds. konkurencji często przywołuje się dowody sugerujące, że naruszenie mogło rozpocząć się wcześniej niż okres uznany za okres naruszenia dla celów danej decyzji³⁸. Sposobem określenia, kiedy skutki naruszenia zaczęły się lub zakończyły, może być analiza ekonometryczna odnotowanych danych.
44. Zakończenie naruszenia i jego skutków można ustalić o wiele łatwiej niż jego rozpoczęcie, ale również w tym przypadku mogą powstać wątpliwości co do wpływu zachowania antykonkurencyjnego na okres następujący bezpośrednio po zakończeniu naruszenia³⁹. Przykładowo, jeżeli przywracanie warunków rynkowych do poziomu z okresu, w którym naruszenie nie miało miejsca, jest opóźnione, stosowanie danych z okresu następującego bezpośrednio po okresie naruszenia może doprowadzić do niedoszacowania skutków naruszenia. Może się również zdarzyć, że przez krótki okres po zakończeniu kartelu ceny są szczególnie niskie, ponieważ przedsiębiorstwa mogą tymczasowo przedsięwziąć agresywne strategie cenowe do momentu osiągnięcia „normalnego”, tj. niedotkniętego naruszeniem, stanu równowagi na rynku.
45. Na rynkach oligopolistycznych może zaistnieć jeszcze inny problem, mianowicie uczestnicy kartelu mogą wykorzystywać wiedzę zdobytą za pośrednictwem działań kartelu w celu koordynowania swojego zachowania po zakończeniu kartelu bez naruszania art. 101. W takiej sytuacji ceny po naruszeniu będą prawdopodobnie wyższe niż ceny w przypadku braku naruszenia i mogą służyć jedynie do wskazania

³⁷ Informacje dotyczące takich korekt, a w szczególności możliwości zastosowania analizy regresji, znajdują się w pkt 59-95 w sekcji B poniżej.

³⁸ Istnieje możliwość, że organ ds. konkurencji ogranicza stwierdzenie naruszenia do pewnego okresu, podczas gdy w rzeczywistości naruszenie trwało dłużej.

³⁹ Zob. decyzja *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Wyższy Sąd Krajowy w Karlsruhe) z dnia 11 czerwca 2010 r. w sprawie nr 6 U 118/05, jako przykład, w którym sąd krajowy orzekł, że istnienie kartelu wpłynęło na ceny płacone pięć miesięcy po zakończeniu naruszenia.

dolnej wartości szacunkowej poniesionej szkody. Okres poprzedzający naruszenie może być bardziej odpowiednim punktem odniesienia, jeżeli pod koniec okresu naruszenia główne cechy rynku zmieniły się drastycznie w wyniku czynników zewnętrznych (np. znacznego wzrostu kosztów surowców lub wzrostu popytu na produkt)⁴⁰.

46. Mimo to, nawet jeżeli istnieją wątpliwości co do wpływu naruszenia na dany okres poprzedzający naruszenie lub po nim następujący, okres ten może zasadniczo nadal stanowić okres odniesienia do celów bezpiecznego oszacowania najmniejszej poniesionej szkody (oszacowanie „dolnego pułapu” lub „minimalnej wartości szkody”)⁴¹.
47. W niektórych okolicznościach scenariusz braku naruszenia można odpowiednio oszacować w oparciu o dwa okresy odniesienia (przed naruszeniem i po naruszeniu), na przykład poprzez zastosowanie średniej z tych okresów lub wykorzystanie innych technik w celu odzwierciedlenia tendencji rozwoju sytuacji rynkowej w okresie naruszenia⁴². Dane z okresu przed naruszeniem można również zastosować jako okres odniesienia trwający do pewnego momentu w okresie naruszenia, w którym nastąpiła znaczna zmiana sytuacji rynkowej, a dane z okresu po naruszeniu – jako okres odniesienia dla okresu następującego po tej zmianie.
48. Do stworzenia wystarczająco podobnej podstawy porównania może się przyczynić również wybór danych: mogą istnieć sytuacje, w których skumulowane dane, takie jak średnie cen stosowane w danym sektorze (lub przez określone grupy przedsiębiorstw), są wystarczająco reprezentatywne⁴³, natomiast w innych sytuacjach bardziej wskazane byłoby wykorzystanie jedynie danych pochodzących z operacji przeprowadzanych przez poszkodowane przedsiębiorstwo przed naruszeniem lub po nim, lub też średnich danych odnoszących się do podobnych przedsiębiorstw. Na przykład, jeżeli poszkodowana strona należy do szczególnej grupy podmiotów na rynku, takich jak klienci hurtowi (w przeciwieństwie do klientów końcowych), odpowiednim punktem odniesienia mogą być ceny z okresu przed naruszeniem lub po nim płacone przez klientów hurtowych.

(2) Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków geograficznych

49. Kolejna metoda wykorzystująca wskaźniki porównawcze opiera się na analizie danych odnotowanych na innym rynku geograficznym⁴⁴ w celu oszacowania

⁴⁰ W przypadku krótkiego okresu naruszenia po takiej zmianie dane z okresu po naruszeniu mogą być bardziej odpowiednim wskaźnikiem porównawczym, ponieważ mogą lepiej odzwierciedlać cechy rynku po zmianie. Jeżeli jednak zmianę cech rynku wywołało samo naruszenie (np. jeżeli w wyniku wyłączenia antykonkurencyjnego kilka konkurencyjnych podmiotów opuściło rynek), okres po naruszeniu nie stanowi oczywiście odpowiedniego wskaźnika porównawczego do oceny sytuacji, która miałaby miejsce, gdyby nie doszło do naruszenia.

⁴¹ Jeżeli w okresie naruszenia czynniki zewnętrzne prowadzą do obniżki cen (np. znaczny spadek kosztów produkcji podmiotu popełniającego naruszenie), można odrzucić wniosek dotyczący dolnego pułapu.

⁴² Np. takich jak interpolacja lub analiza regresji. Więcej informacji na temat tego rodzaju innych technik wdrażania metod porównawczych można znaleźć w pkt 59-95 w sekcji B poniżej.

⁴³ Dodatkowe informacje szczegółowe dotyczące stosowania średnich we wdrażaniu metod porównawczych można znaleźć w pkt 70 w sekcji II część 2 poniżej.

⁴⁴ Pojęcia właściwego rynku (geograficznego i produktowego) można znaleźć w obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

scenariusza braku naruszenia⁴⁵. Mogą to być dane odnotowane na całym porównawczym rynku geograficznym lub dane odnotowane jedynie w odniesieniu do pewnych uczestników rynku. Na przykład w przypadku kartelu producentów mąki, o którym mowa powyżej w pkt 32, ceny płacone w okresie naruszenia przez piekarnię występującą w charakterze powoda można byłoby porównać z cenami płaconymi średnio przez podobne piekarnie na innym rynku geograficznym, na którym nie miało miejsca naruszenie. Takie samo porównanie można przeprowadzić w odniesieniu do każdej innej zmiennej ekonomicznej, np. udziału w rynku, marży zysku, stopy zwrotu z kapitału, wartości aktywów lub poziomu kosztów przedsiębiorstwa. Porównanie z wynikami ekonomicznymi przedsiębiorstw działających na innym rynku geograficznym, na którym nie miało miejsca naruszenie⁴⁶, będzie szczególnie istotne w przypadkach zachowania wyłączającego.

50. Im większe jest podobieństwo rynku geograficznego (z wyjątkiem skutków naruszenia) do rynku, na którym miało miejsce naruszenie, tym bardziej jest on odpowiedni, aby stanowić rynek porównawczy. Oznacza to, że produkty sprzedawane na obu porównywanych rynkach geograficznych powinny być takie same lub przynajmniej wystarczająco podobne. Również cechy geograficznego rynku porównawczego w zakresie konkurencyjności powinny być podobne do cech rynku, na którym miało miejsce naruszenie, z wyjątkiem samego zjawiska naruszenia. Może to oznaczać, że nie będzie to rynek w pełni konkurencyjny.
51. W praktyce metodę stosowania porównawczych rynków geograficznych w celu otrzymania scenariusza braku naruszenia wykorzystuje się głównie, jeżeli naruszenie dotyczy rynków geograficznych o zasięgu lokalnym, regionalnym lub krajowym⁴⁷. Jeżeli rynek, na którym miało miejsce naruszenie, i porównawczy rynek geograficzny są obszarami sąsiadującymi, ewentualnie w obrębie jednego kraju, może istnieć zwiększone prawdopodobieństwo, że są one wystarczająco podobne dla potrzeb porównania⁴⁸.

⁴⁵ Zwana również „metodą punktu odniesienia” lub „metodą przekrojową”. Terminy te stosuje się również w odniesieniu do metody porównawczej, przy użyciu której analizuje się dane odnotowane na różnych, ale podobnych rynkach produktowych, zob. pkt 54-55 w sekcji 3 poniżej.

Przykłady zastosowania metody porównawczej do różnych rynków geograficznych: zob. na przykład decyzja *Cour d'Appel de Paris* (Sąd Apelacyjny w Paryżu) z dnia 23 czerwca 2003 r. (*Lescarcelle-De Memoris* przeciwko *OGF*); decyzja *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Sąd Handlowy w Madrycie) z dnia 11 listopada 2005 r. w sprawie nr 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A.* przeciwko *Telefónica de España S.A.*), potwierdzona przez decyzję *Audiencia Provincial de Madrid* (Sąd Apelacyjny w Madrycie) z dnia 25 maja 2006 r. w sprawie nr 73/2006; decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie nr KRB 12/07 (*kartel sprzedaży hurtowej papieru*) (w kontekście oceny niezgodnych z prawem zysków osiągniętych przez uczestników kartelu w celu obliczenia grzywny).

⁴⁶ Przedsiębiorstwem porównawczym może zasadniczo być również przedsiębiorstwo działające na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, jeżeli zachowanie wyłączające miało tylko niewielki wpływ na jego wyniki. Nawet jeżeli naruszenie nie miało bezpośredniego wpływu na przedsiębiorstwo porównawcze, mogło ono mieć jednak wpływ pośredni, powodując np. zdobycie przez to przedsiębiorstwo udziałów w rynku wyłączonego przedsiębiorstwa konkurencyjnego. Ryzyko bezpośredniego i pośredniego wpływu naruszenia jest mniejsze, jeżeli porównanie przeprowadza się w stosunku do podobnego przedsiębiorstwa działającego na innym rynku geograficznym. Cechy, które mogą mieć znaczenie podczas określania odpowiedniego podobieństwa przedsiębiorstw, obejmują ich rozmiar, strukturę kosztów, klientów i cechy produktu, który sprzedają.

⁴⁷ Można ją jednak wykorzystać również w przypadku, w którym rynek właściwy jest większy niż rynek krajowy, pod warunkiem, że możliwe jest określenie wystarczająco podobnego rynku porównawczego.

⁴⁸ Zob. jednak również pkt 53 poniżej.

52. Rynek porównawczy nie zawsze musi być wystarczająco podobny w całości. Jeżeli na przykład ceny płacone na rynku porównawczym przez jedną grupę klientów (np. hurtowników) lub zyski osiągnięte przez jedno konkurencyjne przedsiębiorstwo (np. przez nowy podmiot na rynku) wykorzystuje się jako punkt odniesienia, ważne jest, aby pozycja rynkowa tej grupy klientów lub tego konkurencyjnego podmiotu była wystarczająco podobna do pozycji poszkodowanej strony na rynku, na którym miało miejsce naruszenie.
53. Na wybór geograficznego rynku porównawczego mogą mieć również wpływ wątpliwości co do geograficznego zakresu naruszenia. Rynki geograficzne, na których wystąpiły takie same lub podobne naruszenia, zasadniczo nie są dobrymi kandydatami do wykorzystania jako rynki porównawcze. Rynki sąsiadujące, na których nie wystąpiło podobne naruszenie, również mogły zostać dotknięte przez praktyki antykonkurencyjne stosowane na rynku, na którym miało miejsce naruszenie (np. ponieważ na rynku sąsiadującym wzrosły ceny w związku ze wzrostem cen na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, i mniejszą presją konkurencyjną ze strony tego rynku). Porównanie z takimi rynkami nie ukaże całego zakresu poniesionej szkody, może jednak stanowić przydatną podstawę do ustalenia dolnego pułapu szacunkowej wartości szkody poniesionej na rynku, na którym miało miejsce naruszenie. Oznacza to, że strona powództwa o odszkodowanie mogłaby co do zasady bez trudu zdecydować się oprzeć na porównaniu z rynkiem geograficznym, na którym miało miejsce takie samo lub podobne naruszenie, w szczególności jeżeli taki wpływ był prawdopodobnie niewielki.

(3) Porównanie z danymi pochodzącymi z innych rynków produktowych

54. Podejściem podobnym do porównania rynków geograficznych jest przyjrzenie się innemu rynkowi produktowemu⁴⁹ o podobnych cechach rynku⁵⁰. Na przykład w przypadku zachowania wyłączającego częściowo wykluczającego przedsiębiorstwo sprzedające jeden produkt, marżę zysku osiągniętą przez to przedsiębiorstwo na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, można porównać z marżą zysku osiąganego ze sprzedaży innego produktu (przez podobne lub takie samo przedsiębiorstwo) na oddzielnym, ale podobnym rynku produktowym.
55. Rozważania dotyczące porównawczych rynków geograficznych prawdopodobnie będą miały również zastosowanie, *mutatis mutandis*, przy wyborze właściwego porównawczego rynku produktowego. Będą one często dotyczyć stopnia podobieństwa między dwoma rynkami produktowymi. W szczególności produkt porównawczy należy wybierać uważnie, z uwzględnieniem charakteru porównywanych produktów, sposobu ich sprzedaży i cech rynku np. pod względem liczby konkurentów, ich struktury kosztów oraz siły nabywczej klientów⁵¹. Znaczenie mogą mieć również wątpliwości co do wpływu naruszenia art. 101 lub 102 TFUE lub podobnego naruszenia na potencjalny porównawczy rynek produktowy.

⁴⁹ Pojęcia rynku właściwego (geograficznego i produktowego) można znaleźć w obwieszczeniu Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.U. C 372 z 9.12.1997, s. 5.

⁵⁰ Metoda ta jest również czasem zwana „metodą punktu odniesienia” lub „metodą przekrojową” (podobnie jak metoda porównawcza stosowana w przypadku różnych rynków geograficznych).

⁵¹ Podobieństwo cech rynku jest bardziej prawdopodobne, jeżeli dwa porównywane produkty sprzedaje się na tym samym rynku geograficznym, chociaż okoliczności mogą również być wystarczająco podobne, jeżeli porównuje się takie same lub podobne produkty z różnych rynków geograficznych.

(4) Łączenie porównań danych w czasie i porównań rynków

56. Jeżeli dostępne są wystarczające dane, można powiązać porównanie danych w czasie i porównanie rynków. Podejście to nazywa się czasem metodą „różnicy w różnicach”, ponieważ analizuje się w nim rozwój danej zmiennej ekonomicznej (np. ceny w przypadku mąki) na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, w pewnym okresie (różnica danych w czasie na rynku, na którym miało miejsce naruszenie), i porównuje go z rozwojem tej samej zmiennej w tym samym okresie na rynku porównawczym, na który naruszenie nie miało wpływu (różnica danych w czasie na rynku, na którym nie miało miejsca naruszenie)⁵². Porównanie ukazuje różnicę między tymi dwiema różnicami na przestrzeni dwóch okresów. Daje to szacunkowy obraz zmiany zmiennej wywołanej naruszeniem i wyklucza wszystkie czynniki, które miały taki sam wpływ zarówno na rynek, na którym nie miało miejsca naruszenie, jak i na rynek porównawczy. Metoda ta jest zatem sposobem odizolowania skutków naruszenia od innych czynników mających wpływ na daną zmienną występujących na obu rynkach.
57. Przedmiotową metodę może zilustrować prosty przykład pochodzący z przypadku kartelu producentów mąki wspomnianego powyżej: założmy, że porównanie przed, w trakcie i po wykazuje wzrost ceny o 40 EUR na 100 kg worków mąki w państwie członkowskim, w którym w latach 2005-2008 istniał kartel. Przyjrzenie się rynkowi geograficznemu, na którym w tym samym okresie nie miało miejsca naruszenie, może wykazać, że ceny mąki wzrosły o 10 EUR na 100 kg worków mąki w wyniku wzrostu kosztów surowca (zboża). Zakładając, że wzrost kosztów surowca dotyczył również rynku, na którym miało miejsce naruszenie, porównanie różnego rozwoju cen na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, i na rynku porównawczym wykazałoby, że różnicę ceny spowodował kartel producentów mąki. W tym przykładzie wzrost wyniósłby 30 EUR na jednostkę.
58. Zaletą metody różnicy w różnicach jest zatem fakt, że umożliwia ona nieuwzględnienie zmian niezwiązanych z naruszeniem, które nastąpiły w tym samym okresie, w którym miało miejsce naruszenie⁵³. Opiera się ona jednak w dużym stopniu na założeniu, że owe inne zmiany miały podobny wpływ na oba rynki⁵⁴. W przypadku metody różnicy w różnicach znaczenie mają również względy dotyczące stosowania metod porównania danych w czasie i porównania danych z różnych rynków, w szczególności konieczności istnienia wystarczającego podobieństwa pomiędzy przedmiotowymi rynkami. Z praktycznego punktu widzenia metoda ta zazwyczaj wymaga dostępu do wielu danych z różnych rynków i okresów, które nie zawsze łatwo uzyskać; mniejsza liczba danych może jednak wciąż umożliwić określenie dolnego pułapu lub przybliżonej szacunkowej wartości⁵⁵.

⁵² Może to być porównawczy rynek geograficzny lub produktowy.

⁵³ W stosunku do zwykłego porównania rynków, metoda różnicy w różnicach ma również zaletę odfiltrowywania stałych różnic między rynkami (takich jak różnice wynikające z niezmiennie niższych kosztów nakładów na jednym z rynków).

⁵⁴ Jeżeli na przykład wzrost cen niezwiązany z naruszeniem był większy na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, niż na rynku porównawczym w okresie naruszenia, zastosowanie metody różnicy w różnicach korzystającej z prostych średnich doprowadziłoby do przeszacowania kwoty odszkodowania. Ekonometryczne wdrożenie metody różnicy w różnicach może pomóc kontrolować takie czynniki.

⁵⁵ Przykład określenia dolnego pułapu przez sąd krajowy podczas określania wysokości odszkodowania (jednak z wykorzystaniem metody porównania danych w czasie, a nie metody różnicy w różnicach) można znaleźć w decyzji *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r. w sprawie nr 2 U 10/03 Kart.

B. Praktyczne zastosowanie metody: techniki szacowania ceny lub innej zmiennej ekonomicznej w przypadku scenariusza braku naruszenia

59. Po wybraniu odpowiedniej metody porównawczej służącej ustaleniu scenariusza braku naruszenia, dostępne będą różne techniki wdrażania tej metody w praktyce. Techniki te różnią się głównie stopniem, w jakim opierają się one na danych indywidualnych i uśrednionych (np. obserwacje cen), oraz stopniem, w jakim dane odnotowane na rynku porównawczym⁵⁶ lub w okresie porównawczym należy poddać dalszej korekcie. W rezultacie techniki te różnią się liczbą danych wymaganych w celu ich stosowania.
60. Jedną z możliwości dostępnych przy wdrażaniu metod porównawczych jest bezpośrednio stosowanie danych porównawczych w postaci, w jakiej są odnotowywane, i oszacowanie na tej podstawie wartości rozważanej zmiennej ekonomicznej w scenariuszu braku naruszenia (np. ceny mąki w powyższym przykładzie). Jeżeli dostępna jest większa liczba obserwacji danych (np. cena mąki w szeregu transakcji na porównawczym rynku geograficznym), można je połączyć – poprzez obliczenie średnich – w jedną lub kilka wartości dla scenariusza braku naruszenia. Taką średnią wartość (lub wartości) dla scenariusza braku naruszenia można by następnie porównać ze średnią wartością faktycznie zaobserwowaną podczas naruszenia, np. z faktycznymi cenami mąki (zob. szczegóły w sekcji (1) poniżej).
61. Jeżeli niektóre czynniki (takie jak wzrost cen surowców) miały wpływ jedynie na wskaźnik porównawczy lub jedynie na rynek, na którym miało miejsce naruszenie, lub na okres naruszenia, należy rozważyć – w zależności od wymaganego standardu dowodu oraz obowiązujących przepisów dotyczących związku przyczynowo-skutkowego – skorygowanie odnotowanych danych w celu wyjaśnienia tego wpływu. Mogą to być proste korekty danych w przypadkach, w których można stosunkowo łatwo określić i wyjaśnić czynnik wpływający i skalę jego wpływu (zob. sekcja (1) poniżej). Bardziej złożone korekty odnotowanych danych porównawczych można przeprowadzić w oparciu o techniki ekonometryczne, w szczególności poprzez stosowanie analizy regresji, opisanej w sekcji (2) poniżej. O tym, czy to pozwany czy powód ma wnosić o dokonanie takich korekt, przedstawić ich uzasadnienie i dowody, decydują przepisy obowiązującego prawa⁵⁷.
62. Wybór między tymi różnymi technikami zależy w każdym przypadku od szczególnych okoliczności sprawy i od obowiązujących przepisów, z uwzględnieniem różnych zalet i wad tych technik, np. w odniesieniu do ich dokładności i precyzji oraz wymogów w zakresie danych (zob. sekcja (3) poniżej).
- (1) Proste techniki: pojedyncze obserwacje danych, średnie, interpolacja i proste korekty**
63. W zależności od wymogów obowiązującego prawa krajowego i od okoliczności sprawy, w szczególności od stopnia podobieństwa między rynkiem dotkniętym naruszeniem i rynkiem lub okresem porównawczym, odnotowane dane można

⁵⁶ Jak wspomniano w pkt 35 powyżej, danymi stosowanymi w takim porównaniu danych z różnych rynków lub porównaniu danych w czasie mogą być dane odnoszące się do całego rynku lub dane odnoszące się jedynie do pewnych szczególnych uczestników rynku.

⁵⁷ Zob. np. decyzja *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r. w sprawie nr 2 U 10/03 Kart., jako przykład rozłożenia obowiązków w zakresie wykazania stanu faktycznego przy ustalaniu wysokości odszkodowania.

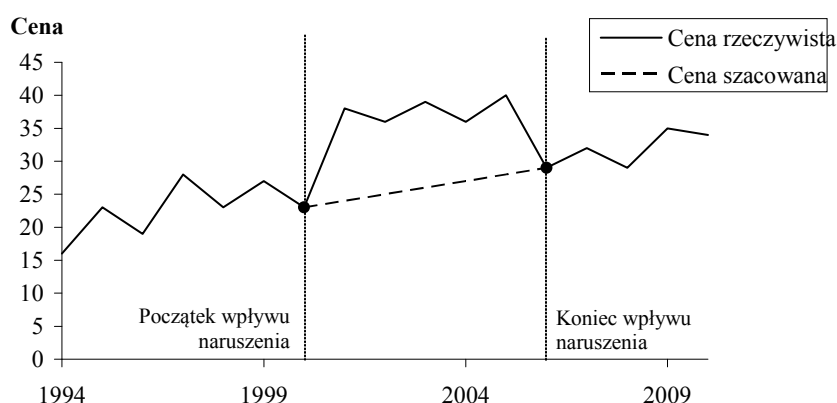
porównać bezpośrednio, tj. bez dodatkowych korekt, z danymi odnotowanymi na rynku, na którym miało miejsce naruszenie⁵⁸.

64. Ilość odnotowanych danych w przypadku danej zmiennej zależnej (np. ceny mąki w przykładzie kartelu producentów mąki) dla rynków porównawczych lub okresów porównawczych może się wahać od zaledwie jednej lub kilku obserwacji danych (np. ceny odnotowanej w przypadku niewielkiej liczby transakcji) do znacznej liczby obserwacji danych. Na przykład na rynkach przetargowych aukcje mogą zdarzać się bardzo rzadko i w trakcie szacowania wysokości odszkodowania dostępna może być jedynie cena odnotowana w jednym przetargu po naruszeniu. Podobna sytuacja mogłaby się zdarzyć w sektorach, w których powszechne są umowy długoterminowe. Zastosowanie oszacowania wysokości odszkodowania w oparciu o pojedyncze obserwacje danych może być właściwe, jeżeli są one wystarczająco reprezentatywne dla właściwego okresu.
65. Jeżeli analiza rynków lub okresów porównawczych prowadzi do uzyskania większej liczby obserwacji danych, np. cen płaconych przez poszkodowaną stronę w wielu operacjach mających miejsce po naruszeniu lub cen płaconych przez wielu klientów na innym rynku geograficznym, obserwacje te można wykorzystać pojedynczo lub w postaci średnich⁵⁹.
66. Stosowanie różnych rodzajów średnich lub innych sposobów agregowania danych może być właściwe, pod warunkiem że porównuje się podobne dane. Jeżeli na przykład hurtownik występuje z roszczeniem odszkodowawczym, ponieważ w styczniu, maju, lipcu i październiku 2009 r. nabył produkt od uczestników kartelu cenowego, i jeżeli wybraną metodą jest porównanie z innym rynkiem geograficznym, właściwym punktem odniesienia mogą być średnie miesięczne ceny płacone na tym rynku przez *ten sam rodzaj klienta* (hurtownika) w *tych samych miesiącach* (tj. porównanie danych ze stycznia z danymi ze stycznia, danych z maja z danymi z maja itd.). Porównanie danych z tych samych miesięcy uwzględni np. sezonowe różnice na przestrzeni roku i tym samym sprawi, że porównanie będzie bardziej wiarygodne. Jeżeli jednak miesięczne wahania cen są niewielkie, za właściwy wskaźnik można uznać średnią cenę na rynku porównawczym za cały 2009 r. Może się też zdarzyć, że dane roczne lub inne średnie dane (np. skumulowane dane sektora) są po prostu jedynymi dostępnymi informacjami. Systemy prawne państw członkowskich mogą zasadniczo umożliwiać stronom poleganie na średnich danych, zapewniając jednocześnie pozwanemu możliwość wykazania istnienia znacznych różnic; systemy te mogą wymagać wykorzystania mniej skumulowanych danych, jeżeli są dostępne.
67. Inną prostą techniką otrzymania wartości porównawczej z szeregu obserwacji danych jest interpolacja liniowa. Jeżeli w wyniku porównania danych w czasie

⁵⁸ Na przykład porównanie w czasie może się opierać na prostej obserwacji cen przed naruszeniem i w jego trakcie. Przykład skutków prawnych takiej metody: zob. decyzja *Corte Suprema di Cassazione* (Najwyższy Sąd Kasacyjny we Włoszech) z dnia 2 lutego 2007 r. w sprawie nr 2305 (*Fondiarria SAI SpA przeciwko Nigriello*).

⁵⁹ Na potrzeby niniejszego praktycznego przewodnika pojęcie „średniej” stosuje się jako odnoszące się do średniej arytmetycznej obliczonej przez podzielenie sumy obserwacji przez liczbę tych obserwacji. Mogą jednak istnieć sytuacje, w których właściwsze może być korzystanie z innych statystyk opisowych (tj. z mediany lub wartości modalnej). Przykładowo, jeżeli na rynku obejmującym 25 przedsiębiorstw 21 z nich ustaliło cenę na 50 EUR, a cztery na 75 EUR, cena modalna w wysokości 50 EUR (cena najczęściej obserwowana w próbie) może być bardziej reprezentatywna dla ceny rynkowej niż średnia arytmetyczna w wysokości 54 EUR (w tej próbie cena modalna jest równa medianie ceny, która jest ceną ustaloną przez przedsiębiorstwo zajmujące środkową pozycję).

otrzymano szereg cen sprzed naruszenia i po nim, cenę „w przypadku braku naruszenia” lub cenę alternatywną z okresu naruszenia można oszacować poprzez nakreślenie linii między ceną sprzed naruszenia i ceną po naruszeniu, co pokazuje poniższy wykres. Z linii tej można odczytać wartość porównawczą dla każdego właściwego punktu w czasie w okresie naruszenia. W porównaniu z obliczeniem pojedynczej średniej wartości ceny podczas całego okresu naruszenia interpolacja umożliwia więc w pewnym stopniu uwzględnienie tych tendencji rozwoju cen w czasie, które nie wynikają z naruszenia. Odczytywanie wskaźników porównawczych z interpolowanej linii przyniesie zatem bardziej dokładne wyniki niż stosowanie średniej wartości dla tego okresu, np. w sprawach, w których wystąpiono z roszczeniem odszkodowawczym w związku z operacjami (lub innymi zdarzeniami), które miały miejsce jedynie na początku lub pod koniec okresu naruszenia⁶⁰. Poniższy wykres przedstawia prosty przykład interpolacji liniowej (linia przerywana pokazuje zinterpolowaną cenę, na którą nie miało wpływu naruszenie; linia ciągła – rzeczywiście odnotowane ceny):



Ekstrapolacja liniowa działa w podobny sposób jak interpolacja, z wyjątkiem tego, że linia prowadzona jest od danych z okresu tylko przed naruszeniem albo tylko po naruszeniu⁶¹.

68. Mogą zdarzyć się sytuacje, w których bez trudu można określić czynnik różnicujący rynek, na którym miało miejsce naruszenie (lub okres naruszenia), i rynek (lub okres) porównawczy, oraz dokonać odpowiedniej korekty wartości odnotowanych danych porównawczych. Na przykład pewne sezonowe skutki występujące na rynku lub skutki zmiany cen nakładów lub kursów walutowych mogą przebiegać w taki sposób i cechować się takim nasileniem, które w niektórych przypadkach można stosunkowo łatwo zrozumieć na podstawie wewnętrznych danych dotyczących działalności strony lub na podstawie innych źródeł, takich jak oświadczenia biegłych. W takich przypadkach, na przykład, linię prostą otrzymaną z prostej

⁶⁰ Przewaga interpolacji nad stosowaniem średnich jest również widoczna w przypadkach, w których liczba operacji (lub innych zdarzeń) rozkłada się nierówno w okresie naruszenia.

⁶¹ Ekstrapolacja przedłuża więc tendencję występującą w szeregach czasowych przed naruszeniem lub po naruszeniu. Na przykład, jeżeli w ciągu trzech lat przed powstaniem kartelu ceny wynosiły odpowiednio 12 EUR, 13,20 EUR i 14,52 EUR (co oznacza 10 % wzrost każdego roku), prostą techniką będzie oszacowanie, że ceny podczas dwuletniego okresu istnienia kartelu wynosiły odpowiednio 15,97 EUR i 17,57 EUR. Bardziej dokładne oszacowanie tendencji leżących u podstaw wzrostu cen można byłoby otrzymać przez zastosowanie analizy regresji.

interpolacji liniowej powinno się skorygować w celu odzwierciedlenia tych prawidłowości⁶².

(2) Analiza regresji

a. Pojęcie analizy regresji i jej cel

69. Analiza regresji to technika statystyczna, która pomaga w zbadaniu prawidłowości relacji zachodzących między zmiennymi ekonomicznymi oraz w zmierzeniu stopnia, w jakim na daną zmienną zależną⁶³ (np. w przypadku kartelu producentów mąki, na cenę mąki⁶⁴) oddziałują naruszenie oraz inne zmienne, na które naruszenie nie miało wpływu⁶⁵ (np. koszty surowców, wahania popytu ze strony klientów, cechy produktu, poziom koncentracji rynku⁶⁶). Analiza regresji umożliwia zatem ocenę, czy i w jakim stopniu zaobserwowane czynniki inne niż naruszenie przyczyniły się do różnicy między wartością zmiennej zależnej odnotowanej w okresie naruszenia na rynku, na którym miało miejsce naruszenie, i wartością odnotowaną na rynku porównawczym lub w okresie porównawczym. Analiza regresji jest zatem sposobem wyjaśnienia alternatywnych przyczyn różnicy między porównywanymi zestawami danych. W analizie regresji zasadniczo można stosować wszystkie metody porównawcze, pod warunkiem że dostępne są wystarczające obserwacje danych⁶⁷.
70. W analizie regresji bada się za pomocą technik statystycznych szereg obserwacji danych w odniesieniu do zmiennej zależnej i prawdopodobnych zmiennych niezależnych. Stwierdzony związek zazwyczaj opisuje się w postaci równania (zwanego dalej „równaniem regresji” lub „modelem regresji”). Równanie to umożliwia oszacowanie wpływu zmiennych niezależnych na zmienną zależną i odizolowanie ich od skutków naruszenia. W analizie regresji szacuje się, jak blisko dane zmienne są ze sobą skorelowane⁶⁸, co w niektórych przypadkach może sugerować związek przyczynowy między jedną zmienną a drugą⁶⁹.
71. Istnieją dwa główne podejścia do przeprowadzania analizy regresji w przypadku szacowania wysokości odszkodowania w zależności od tego, czy na potrzeby skonstruowania równania regresji stosuje się jedynie dane z okresów, w których naruszenie nie miało miejsca (lub rynków, na których naruszenie nie miało miejsca), czy też oprócz danych, na które nie miało wpływu naruszenie, stosuje się również

⁶² Takiej korekty można dokonać – jeżeli umożliwiają to dane – w bardziej złożony sposób poprzez zastosowanie analizy regresji, co wyjaśniono w następnej sekcji.

⁶³ Zwaną również „zmienną objaśnianą”.

⁶⁴ Inne możliwe zmienne zależne, w przypadku których można zastosować analizę regresji, obejmują na przykład wielkość sprzedaży, udziały w rynku lub marże zysku (np. w przypadku wyłączonego konkurenta, który występuje z roszczeniem o odszkodowanie za utratę zysków w wyniku obniżenia sprzedaży lub obniżenia marży), koszty produkcji (które mogą być również istotne w sytuacji szacowania utraty zysków).

⁶⁵ Zwane również „zmiennymi objaśniającymi” lub „zmiennymi niezależnymi”.

⁶⁶ Inne czynniki wpływające na zmienną zależną mogą na przykład obejmować liczbę klientów i rozmiar zamówień, technologię stosowaną w produkcji, rozmiar i strukturę kosztów przedsiębiorstw oferujących produkt lub wydatki na reklamę.

⁶⁷ W celu stosowania metod statystycznych w wiarygodny sposób wymagana jest jednak wystarczająca liczba obserwacji danych. Takie zestawy obserwacji danych można uzyskać (w porównaniach danych w czasie) z serii obserwacji danych w czasie lub (w porównaniach w jednym momencie) z szeregu rynków porównawczych lub szeregu przedsiębiorstw bądź z szeregu operacji, lub też z połączenia obu rodzajów danych (obserwacje danych w czasie z szeregu rynków, przedsiębiorstw lub operacji).

⁶⁸ W wielowymiarowej analizie regresji (szczegóły poniżej) ustalona korelacja jest korelacją warunkową, tj. korelacją, w której kontroluje się wpływ innych zmiennych.

⁶⁹ Pod warunkiem zgodności ze spójnymi zasadami ekonomicznymi i innymi dowodami jakościowymi i ilościowymi.

dane z okresu naruszenia (lub rynku, na którym miało miejsce naruszenie). Jeżeli w celu oszacowania regresji stosuje się jedynie dane z okresów, w których nie miało miejsca naruszenie, równanie regresji zostanie zastosowane w celu sporządzenia „prognozy” wpływu na zmienną zależną w okresie naruszenia w oparciu o prawidłowość określoną poza tym okresem („podejście prognostyczne”)⁷⁰. Jeżeli w celu oszacowania regresji dodatkowo stosuje się dane z okresu naruszenia (lub rynku, na którym miało miejsce naruszenie), wpływ naruszenia można uwzględnić w równaniu regresji za pomocą oddzielnej zmiennej (zwanej „zmienną fikcyjną”)⁷¹.

72. Decyzja, czy bardziej właściwe jest stosowanie podejścia prognozowania, czy zmiennej fikcyjnej, będzie zależała od okoliczności sprawy. W szczególności, mimo że zaletą metody prognostycznej jest umożliwienie wyboru modelu regresji opartego jedynie na obserwacji danych w okresie, w którym nie miało miejsca naruszenie (a zatem na który nie miały wpływu skutki naruszenia), stosowanie danych z obu okresów/rynków może umożliwić bardziej precyzyjne oszacowanie istotnych parametrów, szczególnie jeżeli dostępne dane, na które naruszenie nie miało wpływu, są ograniczone lub nie umożliwiają ujęcia pełnego obrazu dynamiki danego sektora. W praktyce obie metody można często połączyć, np. poprzez wybranie modelu w oparciu o okres przed naruszeniem i oszacowanie zmiennej fikcyjnej przy wykorzystaniu danych z obu okresów (i w stosownych przypadkach dopuszczenie możliwości istnienia różnic w zakresie innych zmiennych niezależnych w okresie naruszenia i w okresie, w którym naruszenie nie miało miejsca).

b. *Przykłady i ilustracje*

73. Za pomocą prostego przypadku, który do celów przykładu bada jedynie jedną potencjalną zmienną niezależną, można przedstawić podstawowe etapy w analizie regresji. Załóżmy, że w przytoczonym wcześniej przykładzie kartelu producentów mąki ceny płacone przez piekarnie przedsiębiorstwom młynarskim w okresie trwania kartelu porównuje się z cenami płaconymi przez piekarnie przedsiębiorstwom młynarskim w okresie przed naruszeniem, i porównanie to wykazało wzrost cen o 20 % w okresie naruszenia. Załóżmy również, że istnieją wskazówki, iż wzrost ten nie wynika wyłącznie z istnienia kartelu, ale że w okresie naruszenia koszty ważnego surowca (np. zboża) również znacznie wzrosły. Nie jest zatem jasne, jaka część wzrostu cen mąki wynika z naruszenia, a jaka – ze zwiększonych kosztów surowca (wzrostu cen zboża).
74. Jednym ze sposobów wyjaśnienia tej wątpliwości mogłoby być wykorzystanie danych z innego okresu lub rynku, w przypadku których koszty surowca (cena zboża) były bardziej podobne i na które naruszenie nie miało wpływu, ale może to nie być możliwe⁷². Analiza regresji może zapewnić narzędzie służące wyjaśnieniu zróżnicowania kosztów surowca poprzez wykazanie statystycznego związku między kosztami surowca i ceną mąki. W tym celu można zbadać szereg obserwacji danych dotyczących kosztów surowca (cen zboża) i cen mąki w okresie, na który nie miało wpływu naruszenie⁷³. Poprzez zastosowanie do tych obserwacji danych technik statystycznych możliwe jest ustalenie prawidłowości wpływu cen zbóż na cenę mąki

⁷⁰ Czasem „podejście prognostyczne” nazywa się również „podejściem modelu rezyduального”. Podejście to ilustruje wykres w pkt 79 poniżej.

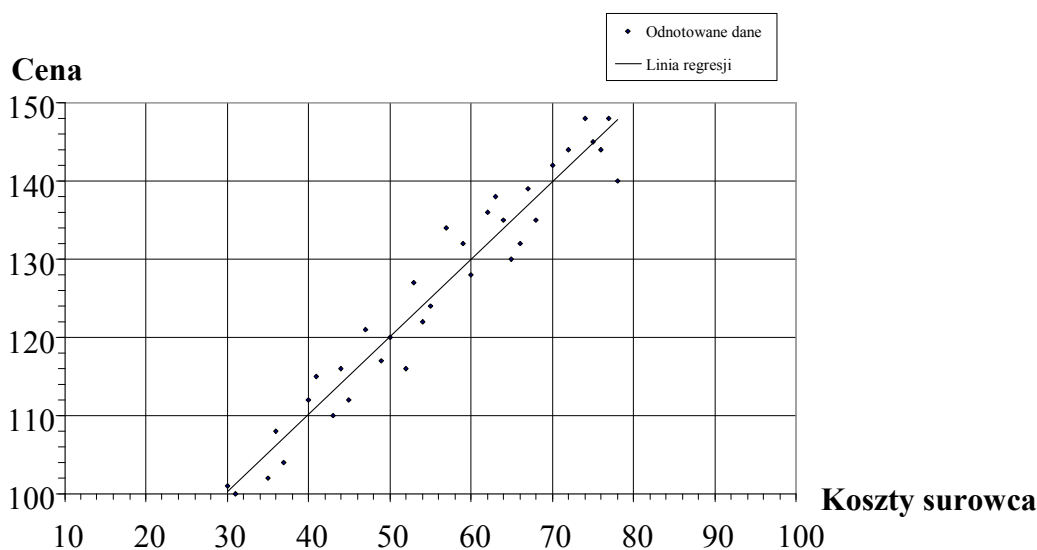
⁷¹ Taka „zmienna fikcyjna” mierzy, czy w okresie naruszenia nastąpiła poprawa danej zmiennej zależnej.

⁷² Na przykład w wyniku niedostępności wiarygodnych danych z innych okresów (lub rynków) lub w wyniku znacznych różnic cech rynku występujących w tych innych okresach (lub na innych rynkach).

⁷³ W celu uzyskania informacji na temat możliwości rozważenia również danych z okresu naruszenia (lub z rynku, na którym miało miejsce naruszenie) zob. pkt 82 poniżej.

w okresie, w którym naruszenie nie miało wpływu na ceny mąki. Możliwe jest zatem wywnioskowanie związku statystycznego między ceną mąki i ceną zboża w tym okresie. Poprzez zastosowanie ustaleń dotyczących tego związku do cen mąki w okresie naruszenia można wyeliminować część wzrostu cen mąki wynikającą nie z naruszenia, lecz ze zmiany kosztów surowca. Umożliwia to sporządzenie „prognozy” ceny mąki niezawierającej nadmiernego obciążenia wynikającego z istnienia kartelu, lecz uwzględniającej wzrost ceny spowodowany wyższymi kosztami surowca.

75. Poniższy wykres jest prostą ilustracją sposobu, w jaki ustala się taki związek statystyczny. Wykres pokazuje szereg obserwacji danych dotyczących kosztów surowca (cen zboża) i odpowiednich cen mąki w tym samym momencie w okresie, w którym nie miało miejsca naruszenie. Przykładowo, jeżeli w konkretnym momencie cena zboża wynosiła 60, cena mąki wynosiła 128. Możliwe jest obliczenie współrzędnych linii, która najlepiej odpowiada wszystkim obserwacjom danych w celu przedstawienia związku statystycznego (korelacji) między ceną zboża i ceną mąki. Związek ten wyrażono na wykresie jako linię i można go wyrazić – i często wyraża się – w postaci równania⁷⁴. Nachylenie tej linii pokazuje, jaki wzrost ceny mąki wiąże się z określonym wzrostem ceny zboża. W przykładzie pokazanym na wykresie ustalony związek wskazuje, że np. wzrost ceny zboża z 50 do 60 ma związek ze wzrostem ceny mąki ze 120 do 130. W związku z tym, że wzrost kosztów surowca (zboża) o 10 EUR jest powiązany ze wzrostem ceny mąki o 10 EUR, związek statystyczny wykazuje zatem, że wzrost ceny surowca został w całości przeniesiony.



76. Znajomość prawidłowości tego, jak koszty surowca (ceny zboża) wpłynęły na ceny mąki poza okresem naruszenia, umożliwia oszacowanie („prognozowanie”) stopnia, w jaki odnotowane wyższe wartości tych kosztów (cen zboża) w okresie naruszenia

⁷⁴ Współrzędne tej linii można uzyskać poprzez oszacowanie regresji ceny (jako zmiennej zależnej) w stosunku do kosztów surowców (jako zmiennej niezależnej). W tym przykładzie do obliczenia współrzędnych linii prostej znajdującej się w minimalnej odległości (w „najmniejszym kwadracie”) od szeregu punktów na wykresie zastosowano metodę najmniejszych kwadratów (OLS). Metoda najmniejszych kwadratów jest powszechną metodą statystyczną służącą szacowaniu parametrów modelu regresji liniowej.

wpłynęły na ceny mąki. Wyłączenie tych skutków z porównania cen umożliwia oszacowanie zawyżonej ceny spowodowanej naruszeniem na bardziej wiarygodnej podstawie niż bez wykorzystania analizy regresji. W powyższym przykładzie, jeżeli w okresie naruszenia cena mąki wynosiła 140, podczas gdy w okresie, w którym naruszenie nie miało miejsca, wynosiła 120, ale koszty surowca (ceny zboża) wzrosły z 50 do 60, prawdopodobna cena mąki w przypadku nieistnienia kartelu wyniosłaby 130, a nie 120.

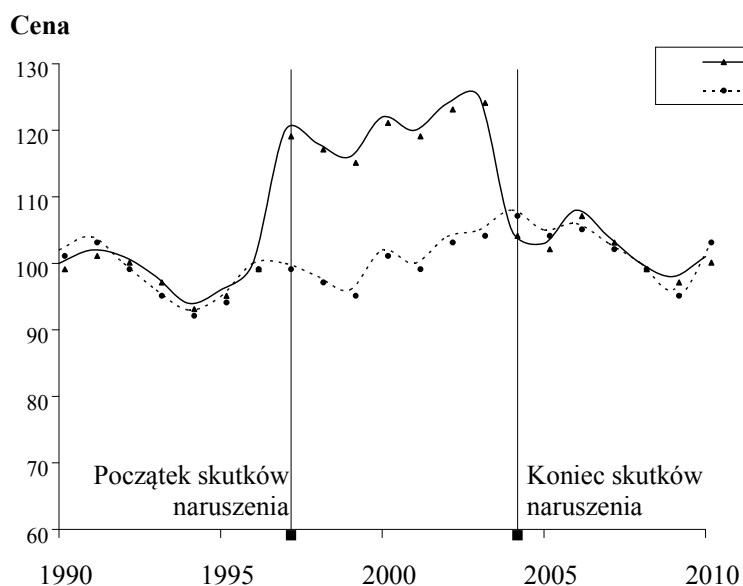
77. Przykład opisywany do tej pory dotyczył jedynie wpływu *pojedynczej* innej zmiennej (ceny zboża jako kosztu surowca) na zmienną zależną (cenę mąki), podczas gdy w praktyce analiza regresji w obszarze konkurencji musi zazwyczaj uwzględnić *kilka* innych czynników wpływających na zmienną zależną (analiza regresji *wielorakiej*)⁷⁵. W takiej sytuacji należy przeprowadzić obserwacje danych dla wszystkich dodatkowych właściwych zmiennych niezależnych, a równanie regresji należy wyprowadzić z tych danych, które odzwierciedlają ich związek ze zmienną zależną. Na przykład w przytoczonym wcześniej przypadku kartelu producentów mąki może się zdarzyć, że w okresie naruszenia przedsiębiorstwa młynarskie nie tylko musiały płacić wyższe ceny za zboże, ale podlegały również wpływowi wzrostu kosztów energii i pracy oraz wprowadziły bardziej skuteczną technologię mielenia i pakowania, a wszystkie te czynniki mogły mieć wpływ na cenę mąki, którą sprzedawały piekarniom w okresie istnienia kartelu. W celu określenia statystycznej prawidłowości tego, jak te czynniki wpłynęły na cenę mąki, konieczna będzie analiza szeregu obserwacji danych dla każdej z tych zmiennych niezależnych.
78. Podczas przeprowadzania analizy regresji ważne jest rozważenie wszystkich zmiennych mających znaczenie w konkretnej sprawie. Załóżmy, że do porównania cen mąki ustalonych przez młyn przed okresem naruszenia i w trakcie okresu naruszenia pozwany lub powód stosuje analizę regresji wielorakiej, aby skontrolować potencjalny wpływ powyższych czynników (tj. cen zboża, kosztów energii i pracy oraz technologii mielenia i pakowania) na cenę mąki. Jeżeli jednak w czasie istnienia kartelu zaszła znaczna zmiana popytu (np. większy popyt piekarni na mąkę wynikający ze zwiększonego popytu klientów końcowych na chleb i ciasta) i jeżeli wpływu tego zdarzenia na cenę mąki nie uwzględnia równanie regresji, oszacowanie wpływu naruszenia prawdopodobnie będzie nieobiektywne, mimo że w innych aspektach analiza regresji jest kompletna⁷⁶. Decyzja dotycząca tego, na której stronie ciąży obowiązek podniesienia i udowodnienia faktów, takich jak powyższa zmiana popytu lub kompletność zmiennych rozważanych w analizie regresji, zależy od obowiązującego prawa krajowego stosowanego zgodnie z zasadą skuteczności.
79. Podstawą każdego obliczenia wysokości odszkodowania z wykorzystaniem analizy regresji jest zatem związek statystyczny między zmienną zależną (np. ceną) i właściwą zmienną lub zmiennymi objaśniającymi wyrażony w równaniu regresji. Kiedy stosuje się podejście prognostyczne⁷⁷, pierwszy etap stanowi oszacowanie

⁷⁵ Zwana również „analizą regresji wielowymiarowej” w przeciwieństwie do „analizy regresji jednej zmiennej (regresji jednowymiarowej)” stosowanej w powyższym przypadku.

⁷⁶ Istotne jest jednak, aby nie tylko uwzględnić w modelu regresji wszystkie właściwe czynniki, ale również aby nie uwzględniać w nim wyraźnie nieistotnych zmiennych (w oparciu o znajomość sektora). W przypadku uwzględnienia w modelu nieistotnych zmiennych w celu wyjaśnienia różnic cenowych szacunki szkód mogą zostać niesłusznie zaniżone (nawet do zera).

⁷⁷ Alternatywne podejście stanowi podejście z zastosowaniem zmiennej fikcyjnej; zob. pkt 71 powyżej. W przeciwieństwie do podejścia prognostycznego, w podejściu z zastosowaniem zmiennej fikcyjnej wpływ naruszenia określa się w jednym etapie, poprzez przeprowadzenie analizy regresji z wykorzystaniem danych zarówno z okresu naruszenia, jak i z okresu, w którym naruszenie nie miało

równania regresji z wykorzystaniem danych z okresu, w którym naruszenie nie miało miejsca. W drugim etapie, w którym wykorzystuje się skonstruowane równanie regresji i odnotowane wartości właściwych zmiennych w okresie naruszenia, można oszacować cenę, jaką prawdopodobnie zapłaciłyby poszkodowane strony, gdyby nie doszło do naruszenia. W trzecim etapie różnica między tą ceną, którą prawdopodobnie płacono by, gdyby nie doszło do naruszenia, a ceną rzeczywiście płaconą przez poszkodowane strony, daje szacunkową wartość nadmiernego obciążenia wynikającego z naruszenia. Poniższy wykres ilustruje drugi i trzeci etap. Jeżeli stosuje się podejście uwzględniające zmienną fikcyjną, analiza regresji łączy trzy etapy opisane powyżej⁷⁸.



80. Analiza regresji przedstawiona na tym wykresie opiera się na podejściu prognostycznym, w którym przeprowadza się regresję danych z okresu przed naruszeniem i po naruszeniu w celu ustalenia za pomocą równania związku statystycznego między ceną i różnymi właściwymi zmiennymi objaśniającymi (kosztami surowców i innymi właściwymi czynnikami). Poprzez zastosowanie tego równania i odnotowanych wartości właściwych zmiennych objaśniających można otrzymać szacunkową cenę, która utrzymałaby się, gdyby nie doszło do naruszenia (linia przerywana). Linia ciągła reprezentuje rzeczywiście odnotowaną cenę. Różnica między linią ciągłą i przerywaną w okresie naruszenia jest szacunkowym nadmiernym obciążeniem. Linie przerywaną poza okresem naruszenia również otrzymuje się dzięki równaniu regresji i przy zastosowaniu porównania rzeczywiście odnotowanych cen w okresie, w którym nie miało miejsca naruszenie (linia ciągła), może ona posłużyć do oceny mocy statystycznej modelu regresji.

miejsca. W powyższym przypadku w ramach tego podejścia wpływ kartelu oszacowano by jako podwyżkę cen, którą zaobserwowano w okresie, w którym istniał kartel (tj. współczynnik zmiennej fikcyjnej w równaniu regresji), i której nie wyjaśniają zmiany innych zmiennych niezależnych, takich jak koszty surowca.

⁷⁸

W tym przypadku równanie regresji szacuje się z wykorzystaniem danych zarówno z okresu naruszenia, jak i z okresu, w którym naruszenie nie miało miejsca, i w bezpośredni sposób wskazuje ono, jak bardzo zmienna zależna zmieniła się w okresie naruszenia po wyjaśnieniu wpływu innych zmiennych objaśniających.

c. *Wymogi w zakresie stosowania analizy regresji*

81. Przeprowadzenie analizy regresji wymaga znajomości różnych technik statystycznych, aby zmierzyć związek między zmiennymi, skonstruować właściwe równanie regresji i obliczyć precyzję parametrów w tym równaniu. Ponadto konieczna jest dobra znajomość przedmiotowego sektora, przede wszystkim w celu sformułowania właściwych hipotez podczas konstruowania równania regresji i w celu dokonania właściwego wyboru czynników, które prawdopodobnie miały znaczny wpływ na zmienną zależną (i które należy w związku z tym uwzględnić w analizie). Znajomość sektora jest konieczna również w celu dokonania świadomego wyboru technik statystycznych, które należy zastosować w danej sytuacji, na przykład w celu uwzględnienia obserwacji odbiegających od normy (obserwacji odstających) lub innych szczególnych cech zestawów danych. Nieobiektywne wyniki można otrzymać w szczególności w przypadkach, w których naruszenie miało wpływ na same zmienne niezależne, a aspekt ten nie został uwzględniony np. poprzez zastosowanie szczególnych technik statystycznych⁷⁹ lub poprzez wykorzystanie obserwacji danych spoza okresu naruszenia lub spoza rynku, na którym miało miejsce naruszenie⁸⁰.
82. Bez wystarczającej liczby obserwacji danych analiza statystyczna nie może określić związków między zmiennymi ekonomicznymi. Określenie wpływu zmiennych niezależnych na zmienną zależną wymaga zatem dostępu do wystarczającej liczby obserwacji danych w odniesieniu do wszystkich rozważanych zmiennych. Analiza regresji wymaga zatem zazwyczaj szerokiego zakresu danych. Techniki statystyczne mogą jednak pomóc rozwiązać niektóre problemy związane z brakiem danych lub ich nieobiektywną interpretacją⁸¹ i mogą zaistnieć sytuacje, w których wiarygodna będzie również analiza mniejszej liczby obserwacji danych.
83. Obserwacje danych można zasadniczo zbierać na różnych poziomach agregacji. Na przykład jeżeli analizie poddany ma być związek między ceną i kosztem surowca, obok szeregów danych dotyczących pojedynczych kosztów surowca na jednostkę lub średnich kosztów w sektorze można również zbadać, odpowiednio, szeregi danych dotyczących cen pobieranych w pojedynczych operacjach, rocznych średnich cen w sektorze bądź – podejście pośrednie – miesięcznych danych na poziomie przedsiębiorstw. Wykorzystanie zdezagregowanych danych umożliwia analizę większej liczby obserwacji danych, a zatem otrzymanie dokładniejszych szacunków. Jeżeli takie dane zdezagregowane nie istnieją lub nie są dostępne dla strony przeprowadzającej analizę regresji, analiza danych skumulowanych może nadal przynieść istotne wyniki, szczególnie w przypadku dużej częstotliwości występowania danych skumulowanych.
84. Odpowiednio szeroki zakres obserwacji danych oraz poziom agregacji danych ilustrują znaczenie wiarygodności i przydatności danych w analizie ekonomicznej. Jednak większość zbiorów danych jest niekompletna i nie wszystkie istotne fakty można zaobserwować lub dokładnie zmierzyć. Należy w związku z tym jednoznacznie uznać istnienie takich niedociągnięć. Analizie ekonomicznej należy

⁷⁹ Na przykład zastosowanie zmiennych instrumentalnych, techniki ekonometrycznej, którą można wykorzystać do skorygowania takiego błędu.

⁸⁰ W szczególności poprzez stosowanie podejścia prognostycznego opisanego powyżej, w którym wartość zmiennych niezależnych uwzględnionych w modelu w celu przewidzenia sytuacji alternatywnej, koryguje się o wpływ naruszenia na te zmienne.

⁸¹ Np. jeżeli próbka obserwacji danych nie jest w pełni reprezentatywna.

przypisywać należyte znaczenie niezależnie od braku danych, jakkolwiek trzeba zachować ostrożność przy wyciąganiu wniosków⁸².

85. Jeżeli analizę regresji stosuje się odpowiednio i w oparciu o wystarczające obserwacje danych, może ona znacznie poprawić jakość szacunków wysokości odszkodowania za pomocą metod porównawczych. Należy jednak podkreślić, że nawet bardzo złożone równania regresji opierają się na wielu założeniach i (jak każda technika służąca przewidzeniu hipotetycznej sytuacji) mogą przynieść jedynie szacunkowe wyniki. Dobrą praktyką jest uwzględnianie założeń stanowiących podstawę równania regresji, ponieważ w danej sytuacji niektóre założenia mogą być bardziej stosowne niż inne i mogą prowadzić do znacznie odmiennych wyników.
86. Jednym ze sposobów na rozwiązanie problemu niepewności danych szacunkowych jest podanie wyniku nie w formie oszacowania punktowego („w scenariuszu braku naruszenia cena wynosi 10 EUR”), ale w formie przedziału („w scenariuszu braku naruszenia cena wynosi 9–11 EUR”). Pojęcie „przedziału ufności” – standardowe pojęcie w statystyce – jest stosowane do opisanego, jakie jest prawdopodobieństwo że prawdziwa wartość znajduje się w danym przedziale. W ekonomii umownie uznaje się, że wynoszące 95 % prawdopodobieństwo, że dany przedział rzeczywiście zawiera wartość prawdziwą, jest prawdopodobieństwem wysokim.
87. Podobnym sposobem na rozwiązanie problemu niepewności danych szacunkowych jest odwołanie się do pojęcia „poziomu istotności” – standardowego sposobu badania, czy wyniki uzyskane w analizie regresji są przypadkowe, czy też faktycznie odzwierciedlają rzeczywistą korelację. Aby to stwierdzić, bada się jakąś hipotezę: w dziedzinie roszczeń odszkodowawczych hipotezą może być na przykład sprawdzenie, czy naruszenie powodowane przez kartel miało rzeczywisty wpływ na ceny, czy też nie. Hipoteza, że naruszenie *nie* miało takiego wpływu (i że w związku z tym cena, którą zapłacono by, gdyby nie doszło do naruszenia, nie różni się od ceny, którą zapłacono w scenariuszu naruszenia), jest nazywana „hipotezą zerową”. Następnie stosuje się analizę regresji do zbadania hipotezy zerowej. Wynik analizy regresji uznaje się za statystycznie istotny, jeżeli możliwe jest odrzucenie hipotezy zerowej, gdyż prawdopodobieństwo, że zaobserwowane wyniki są przypadkowe, jest bardzo niskie. W ekonomii umownie uznaje się, że wynoszące przynajmniej 95 % prawdopodobieństwo, że hipoteza zerowa zostanie odrzucona, pozwala przyjąć, że wyniki są „statystycznie istotne”.
88. Jak opisano powyżej, w naukach ekonomicznych umownie stosuje się wnoszący 95 % próg zarówno w odniesieniu do „przedziału ufności”, jak i „poziomu istotności”. Należy podkreślić, że próg ten ma charakter wyłącznie umowny. Przydatne informacje można uzyskać, stosując również wyższe bądź niższe progi (np. 99 % lub 90 % prawdopodobieństwa). Wynika to z faktu, że poziom istotności określa się częściowo na podstawie liczby obserwacji w zestawie danych: jeżeli inne elementy są jednakowe, poziom istotności rośnie wraz ze wzrostem wielkości próby. Do dobrych praktyk należy określenie wybranego progu prawdopodobieństwa. W przypadku powództwa o odszkodowanie do sądu należy podjęcie decyzji, ma mocy obowiązującego prawa, w sprawie wartości dowodowej takiej analizy regresji i

⁸² Znaczenie wiarygodności i przydatności danych szerzej omówiono w dokumencie DG ds. Konkurencji pt. „Najlepsze praktyki w zakresie przedkładania dowodów o charakterze gospodarczym i gromadzenia danych w sprawach dotyczących stosowania postanowień art. 101 i 102 TFUE oraz w sprawach dotyczących łączenia przedsiębiorstw” dostępnym pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/best_practices_submission_en.pdf.

potencjalnych skutków procesowych (w szczególności w odniesieniu do ciężaru przedstawienia faktów i ciężaru dowodu) analizy.

89. Decyzja dotycząca tego, która strona i na jakim etapie postępowania przeprowadza analizę regresji w sprawie, będzie zależała między innymi od istnienia lub dostępności danych i od przepisów obowiązującego prawa dotyczących wymogów co do obowiązków w zakresie wykazania stanu faktycznego, ujawniania dowodów, standardu dowodu i rozkładu ciężaru dowodów między powoda i pozwanego.
90. Różne formy analizy regresji wymienione powyżej (pkt 71 i nast.) nazywa się czasem podejściami „modelu zredukowanego”, ponieważ bezpośrednio szacują one parametry równania, które pochodzą z innych związków ekonomicznych (np. z interakcji między podażą i popytem), bez wyraźnego ich modelowania. W celu oszacowania takich związków ekonomicznych leżących u podstaw analizy można również zbudować modele ekonometryczne. Takie modele ekonometryczne, zwane zazwyczaj „strukturalnymi”, opierają się często na bardzo solidnych założeniach, mogą one jednak prowadzić do lepszego zrozumienia przedmiotowego rynku i stanowić integralną część ćwiczeń symulacyjnych mających na celu oszacowanie wysokości odszkodowania (szczegóły przedstawiono w sekcji III.A).

(3) Wybór technik

91. Powyższe sekcje 1 i 2 opisują różne techniki, za pomocą których można w praktyce zastosować metody porównawcze. Wybór techniki będzie w danym przypadku zwykle zależał od wielu aspektów, w szczególności od wymogów prawnych i faktycznych okoliczności sprawy. Rozważania dotyczące standardu dowodu i ciężaru dowodu prawdopodobnie będą w praktyce bardzo istotne.
92. Techniki ekonometryczne mogą zwiększać stopień dokładności szacunków wysokości odszkodowania, a zatem mogą pomóc w spełnieniu wyższych wymogów w zakresie standardu dowodu, jeżeli wymagają tego obowiązujące przepisy. To, czy analiza regresji jest konieczna (ewentualnie oprócz innych dostępnych dowodów) w celu spełnienia takich wymogów i na której stronie spoczywa ciężar dowodu w tej sytuacji, jest kwestią stosownych przepisów, w tym zasady skuteczności zawartej w prawie UE. Należy pamiętać, że przeprowadzenie analizy ekonometrycznej wymaga zazwyczaj znacznej liczby obserwacji danych, które nie zawsze mogą być dostępne. Ponadto może się również zdarzyć, że w danym kontekście proceduralnym obowiązujący standard dowodu nie wymaga od strony obciążonej ciężarem dowodu wykroczenia poza techniki wymienione w sekcji 1 powyżej. Może to wynikać z faktu, że krajowy system prawny uznaje porównywane rynki lub okresy za wystarczająco podobne, a szacunkową wysokość odszkodowania wynikającą z prostego porównania za wystarczająco dokładną na potrzeby tego, co strona ma wykazać w danej sprawie. Możliwe jest również to, że w świetle szacunkowej wysokości odszkodowania przedstawionej przez powoda i danych, do których ma on dostęp w normalnych okolicznościach, system prawny przewiduje możliwość przeniesienia ciężaru dowodu z powoda na pozwanego. W takiej sytuacji pozwany może rozważyć analizę regresji w celu obalenia informacji przedstawionych przez powoda.
93. Ważną rolę mogą również odgrywać względy dotyczące proporcjonalności, ponieważ gromadzenie danych i ich analiza ekonometryczna mogą oznaczać znaczne koszty (w tym koszty osób trzecich), które mogą być nieproporcjonalne do wartości

danego roszczenia odszkodowawczego lub nawet ją przekraczać. Takie względy mogą być również istotne w odniesieniu do zasady skuteczności⁸³.

94. Sądy w UE stosują głównie uproszczone wdrażanie metod porównawczych bez stosowania analizy regresji, często w oparciu o średnie⁸⁴. Przyjęły one również proste korekty wartości odnotowanych danych, jeżeli można dość łatwo określić czynnik odróżniający rynek, na którym miało miejsce naruszenie, (lub okres naruszenia) od rynku porównawczego (lub okresu porównawczego). W chwili obecnej w powództwach o odszkodowanie z tytułu naruszenia prawa ochrony konkurencji przed sądami w UE rzadko wykorzystuje się analizę ekonometryczną⁸⁵, mimo że takie techniki mogą, zgodnie z powyższym, istotnie pomóc w ustaleniu wysokości szkody poniesionej w wyniku naruszenia art. 101 lub 102 TFUE.
95. Czasem sądy w UE stosują również „zniżkę bezpieczeństwa”, tj. odejmują od odnotowanych wartości danych kwotę wystarczającą, zgodnie z obowiązującymi przepisami, aby uwzględnić wątpliwości co do szacunku wysokości odszkodowania⁸⁶. Zastosowanie analizy regresji można również rozważyć w celu uwzględnienia innych tego rodzaju możliwych czynników wpływających na szacunki wysokości szkody oraz w celu uzyskania dolnego pułapu szacunkowej wartości poniesionej szkody⁸⁷.

III. MODELE SYMULACYJNE, ANALIZA OPARTA NA KOSZTACH, ANALIZA FINANSOWA I INNE METODY

96. Oprócz metod porównawczych istnieją inne metody ustalania szacunków dla hipotetycznej sytuacji, w której nie doszło do naruszenia. Do takich innych metod należą w szczególności symulacja wyników rynkowych na podstawie modeli ekonomicznych (A) oraz podejście polegające na oszacowaniu prawdopodobnego scenariusza braku naruszenia na podstawie kosztów produkcji i rozsądnej marży zysku (B).

A. Modele symulacyjne

97. W metodach symulacyjnych wykorzystuje się modele ekonomiczne zachowania rynkowego. Badania ekonomiczne dotyczące sposobu funkcjonowania rynków i sposobu konkurowania ze sobą przedsiębiorstw wykazały, że w przypadku rynków charakteryzujących się określonymi cechami można z dużym prawdopodobieństwem przewidzieć wyniki interakcji występujących na rynku, na przykład można określić prawdopodobne ceny lub poziomy produkcji bądź marże zysku. W ramach gałęzi ekonomii znanej jako organizacja rynku opracowano modele konkurencji w

⁸³ Zob. pkt 2 w części 1, sekcja 1 powyżej.

⁸⁴ Stosowanie średnich zostało przyjęte np. w decyzji *Landgericht Dortmund* (Sąd Regionalny, Dortmund) z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*); WuW/DE-R 1352.

⁸⁵ Niedawny przykład dotyczący utraconych zysków w sprawie dotyczącej praktyk wyłączających, zob. decyzja sądu *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Sąd Handlowy w Barcelonie) z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie nr 45/2010 (Céntrica Energía S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.).

⁸⁶ Na przykład w celu wykluczenia wpływu ewentualnych innych czynników na zmienną zależną. Zob. np. decyzja *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r. w sprawie nr 2 U 10/03; decyzja *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Wyższy Sąd Regionalny w Karlsruhe) z dnia 11 czerwca 2010 r. w sprawie nr 6 U 118/05.

⁸⁷ Analiza regresji, oprócz tego że umożliwia uzyskanie szacunkowej wysokości odszkodowania, w ramach której uwzględniono już wpływ innych czynników, mierzy również precyzję tych szacunków (w postaci „błędów standardowych”), z których można uzyskać dolne (i górne) pułapy szacunkowych wartości odszkodowania.

odniesieniu do różnych rodzajów rynków służące do przeprowadzania symulacji takich wyników. Na jednym końcu spektrum tych modeli znajdują się modele monopoli, a na drugim – modele konkurencji doskonałej.

98. Do modeli pośrednich opracowanych tak, aby odzwierciedlały zachowanie przedsiębiorstw na rynkach oligopolistycznych, należą przede wszystkim modele opracowane pierwotnie w XIX w. przez ekonomistów Augustina Cournota i Josepha Bertranda. Model konkurencji oparty na oligopolu Bertranda opisuje rynek, na którym działa stosunkowo niewielka liczba przedsiębiorstw (i na którym obowiązują wysokie bariery wejścia) konkurujących ze sobą pod względem ceny, a nie wielkości produkcji. Przedsiębiorstwa ustalają ceny jednocześnie w oparciu o swoje przewidywania co do cen żądanych przez konkurentów. W tym modelu ceny rosną wraz ze wzrostem zróżnicowania produktów. Model oligopolu Cournota będący modelem konkurencji opisuje rynek, na którym działa stosunkowo niewielka liczba przedsiębiorstw (i na którym obowiązują wysokie bariery wejścia) konkurujących ze sobą pod względem wytworzonej wielkości produkcji. Przed ustaleniem ceny przedsiębiorstwa jednocześnie ustalają swoje wielkości (lub moce) produkcyjne na podstawie własnych przewidywań co do wielkości produkcji uzyskanej przez pozostałe przedsiębiorstwa. Istnieją liczne rozszerzenia i wariacje modeli Cournota i Bertranda. Należą do nich w szczególności modele dynamiczne oligopolu oparte na teorii gier⁸⁸, w ramach których uwzględniane są powtarzające się interakcje między przedsiębiorstwami na rynku⁸⁹.
99. Prawdopodobieństwo najwyższych cen (i najniższych wielkości sprzedaży) występuje w przypadku monopolu, natomiast prawdopodobieństwo najniższych cen (i najwyższych wielkości sprzedaży) wiąże się z sytuacją konkurencji doskonałej. Oligopole Bertranda na rynkach zróżnicowanych pod względem towarów⁹⁰ oraz oligopole Cournota zazwyczaj będą prowadziły do osiągnięcia cen i wielkości o wartości znajdującej się pomiędzy poziomami osiąganymi w przypadku konkurencji doskonałej a poziomami monopolu; dokładny wynik zależy m.in. od liczby przedsiębiorstw na danym rynku i barier wejścia, od poziomu zróżnicowania między nimi i ich produktami, a także od innych dostępnych cech danego rynku, takich jak właściwości popytu (szczególnie wrażliwość klientów na zmiany cen) oraz mocy produkcyjnych i struktury kosztów producentów.
100. Na podstawie tego rodzaju spostrzeżeń teoretycznych łączących wynik rynkowy np. w zakresie cen z danym zestawem cech rynku można stworzyć modele symulacyjne w celu oszacowania cen (lub innych zmiennych), które prawdopodobnie obowiązywałyby na rynku, gdyby nie doszło do naruszenia art. 101 lub 102 TFUE. Model symulacyjny należy konstruować tak, aby odwzorowywał: a) najbardziej istotne czynniki wpływające na warunki podaży (w szczególności sposób działania konkurencji między przedsiębiorstwami („interakcje konkurencyjne”)⁹¹ i strukturę

⁸⁸ Teoria gier jest dziedziną zajmującą się badaniem zachowania ludzi i przedsiębiorstw w sytuacjach strategicznych, w których muszą przewidzieć reakcje innych na swoje działanie.

⁸⁹ Uwzględnianie powtarzających się interakcji między przedsiębiorstwami na danym rynku może być przydatne na przykład przy wyjaśnieniu skoordynowanego zachowania między przedsiębiorstwami lub wejścia na rynek nowego konkurenta.

⁹⁰ Na rynku towarów jednorodnych, na którym nie występują żadne ograniczenia mocy produkcyjnych, konkurencja cenowa według modelu Bertranda prowadzi z kolei do bardzo konkurencyjnych wyników. Towary jednorodne to towary jedynie nieznacznie różniące się pod względem jakości i właściwości.

⁹¹ Termin „interakcje konkurencyjne” stosuje się w celu wskazania sposobu przebiegu konkurencji między przedsiębiorstwami (konkurencja może na przykład – ale nie wyłącznie – przebiegać według modelu Bertranda lub Cournota), bądź w celu wskazania sytuacji, w których przedsiębiorstwa

kosztów przedsiębiorstw) oraz b) warunki popytu (szczególnie stopień reakcji konsumentów na zmiany cen). Czynniki te wyraża się za pomocą zestawu równań, które muszą uwzględniać szereg wartości parametrów. Wartości te mogą być znane, oszacowane ekonometrycznie lub zostać przyjęte tak, aby wynik modelu pasował do określonych odnotowanych zmiennych. Przy stosowaniu modeli symulacyjnych w celu stworzenia scenariusza braku naruszenia odpowiednią strukturą rynku i odpowiednimi innymi jego cechami muszą być te, które obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia; mogą one odpowiadać strukturze i innym cechom rynku odnotowanym w przypadku scenariusza naruszenia, jednak mogą również do pewnego stopnia się od nich różnić⁹².

101. Stosowanie modelowania symulacyjnego w celu oszacowania szkód można zilustrować na przykładzie kartelu działającego na rynku zróżnicowanym pod względem produktów (np. rynek wyrobów czekoladowych). W takiej sytuacji ceny ze scenariusza braku naruszenia można oszacować w opisany poniżej sposób, z wykorzystaniem danych z okresu bez naruszenia. Po pierwsze, należałoby oszacować zróżnicowanie popytu na każdy produkt czekoladowy w zależności od ceny tego produktu (elastyczność cenowa własna) oraz w zależności od ceny produktów konkurencyjnych (elastyczność cenowa wzajemna)⁹³. Po drugie, trzeba by zdecydować, który model właściwie oddaje interakcje konkurencyjne między przedsiębiorstwami w okresie bez naruszenia (np. w przykładzie wyrobów czekoladowych – model konkurencji Bertranda). Na tej podstawie można obliczyć, przy jakich cenach następuje maksymalizacja zysku dla przedsiębiorstw z uwzględnieniem parametrów kosztów (np. kosztów krańcowych) i parametrów popytu (np. poziomu popytu)⁹⁴. Wartości niektórych z tych parametrów można później dostosować w celu odzwierciedlenia odpowiednich warunków w okresie występowania naruszenia (np. zakładając, że koszt ziaren kakaowca wzrośnie o 10 %). Mając wszystkie te informacje w postaci równań (i zakładając, że przedsiębiorstwa dążą do osiągnięcia jak największych zysków), można przeprowadzić symulację tego, jakie ceny były najprawdopodobniej stosowane przez te przedsiębiorstwa w okresie naruszenia. Następnie na podstawie różnicy między zaobserwowanymi cenami a cenami z okresu bez naruszenia otrzymanymi w wyniku

rezygnują z konkurencji między sobą (w przypadku wystąpienia zachowań o znamionach zmywu naruszających reguły konkurencji). Rynki, na których kształtowanie się cen zachodzi poprzez aukcje lub inne procedury przetargowe, mogą również sprzyjać wykorzystaniu modeli, ponieważ interakcja między konkurentami często przebiega według ustalonych reguł (ceny lub wielkości produkcji, co do których istnieje duże prawdopodobieństwo, że zostaną ustalone na aukcji lub poprzez inną procedurę przetargową, na którą nie miało wpływu naruszenie, mogą być w szczególności szacowane przy pomocy modeli oligopolu, w ramach których wykorzystuje się założenia teorii gier w celu przeprowadzenia symulacji prawdopodobnych zachowań konkurentów w zakresie składania ofert w przypadku scenariusza braku naruszenia).

⁹² W związku z tym, że wystąpienie naruszenia mogło doprowadzić do zmiany w strukturze rynku lub mogło uniemożliwić zaistnienie zmian na rynku, które w przeciwnym wypadku nastąpiłyby (np. wyjście z rynku nieefektywnego konkurenta), (hipotetyczne) cechy rynku w scenariuszu braku naruszenia nie muszą być zawsze takie same, jak cechy, które można było zaobserwować w scenariuszu naruszenia. Ponadto w związku z tym, że członkowie kartelu mają możliwość podziału rynków między sobą, udziały w rynku odnotowane w czasie wystąpienia naruszenia mogą być inne niż udziały, które obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia.

⁹³ Z technicznego punktu widzenia wiązałyby się to z oszacowaniem systemu popytu, co stanowi przykład strukturalnej analizy ekonometrycznej wspomnianej w pkt 90.

⁹⁴ Wartość tych parametrów (np. wykorzystywaną w obliczeniach wartość kosztów krańcowych) w okresie bez naruszenia można określić tak, aby otrzymane ceny i wielkości odpowiadały zaobserwowanym danym.

przeprowadzonej symulacji można oszacować nadmierne obciążenie spowodowane przez kartel.

102. W tym przykładzie przeprowadzenie symulacji stanowiło szczególne wyzwanie pod względem wymogów dotyczących danych i pod względem założeń. Możliwe są też prostsze modele symulacyjne służące oszacowaniu szkód, jednak takie modele w jeszcze większym stopniu opierają się na trudnych do zweryfikowania kluczowych założeniach. Na przykład szkody powstałe w następstwie naruszenia popełnionego przez kartel można byłoby obliczyć, porównując ceny monopolowe (w celu odzwierciedlenia cen obowiązujących podczas działalności kartelu) z cenami oczekiwanymi w ramach modelu Cournota (w celu odzwierciedlenia cen w przypadku scenariusza braku naruszenia) z zastosowaniem takich danych jak udziały w rynku, koszty i elastyczność cen rynkowych. Tego rodzaju metoda w dużym stopniu zależy jednak od przyjętych interakcji konkurencyjnych zachodzących w scenariuszu braku naruszenia i w scenariuszu naruszenia oraz wiąże się z ryzykiem, że nie odzwierciedlą one wystarczająco dokładnie sposobu funkcjonowania kartelu w okresie występowania naruszenia i sposobu, w jaki funkcjonowałyby konkurencja na rynku, gdyby nie doszło do naruszenia.
103. Modele symulacyjne można wykorzystywać do szacowania wyników rynkowych nie tylko w sprawach dotyczących karteli (lub dotyczących innych naruszeń prowadzących do podwyżki cen), ale również w sprawach dotyczących zachowania wyłączającego. Na przykład model oligopolu można wykorzystać w celu przeprowadzenia symulacji wielkości sprzedaży i udziału w rynku, jakie osiągnąłby konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, gdyby nie doszło do naruszenia.
104. Każdy model symulujący wyniki rynkowe stanowi przybliżenie rzeczywistości oraz opiera się na teoretycznych, a często również na faktycznych założeniach dotyczących cech danego rynku i prawdopodobnego zachowania producentów i klientów. Mimo że ze względu na swój charakter modele upraszczają rzeczywistość, zastosowanie nawet prostych modeli może w określonych przypadkach dostarczyć przydatnych spostrzeżeń dotyczących prawdopodobnych szkód. W związku z tym stwierdzenie, że dany model opiera się na pozornie uproszczonych założeniach, nie powinno samo w sobie stanowić wystarczającej podstawy do jego odrzucenia; zamiast tego należy rozważyć, jaki będzie prawdopodobny wpływ niektórych z upraszczających założeń na wyniki uzyskane przy jego zastosowaniu. Skonstruowanie całościowego modelu, który odwzorowuje szereg szczegółowych cech danego rynku, jeżeli można go odpowiednio przeprowadzić i ocenić, może zwiększyć prawdopodobieństwo, że wynik symulacji będzie uzasadnionym oszacowaniem hipotetycznego scenariusza braku naruszenia. Nawet najbardziej całościowe modele w dalszym ciągu polegają jednak w dużym stopniu na dokonywaniu właściwych założeń, w szczególności w zakresie kluczowych kwestii dotyczących prawdopodobnego rodzaju konkurencji i prawdopodobnego popytu ze strony klientów w przypadku scenariusza braku naruszenia. Ponadto opracowanie modeli złożonej symulacji może sprawiać wiele problemów technicznych oraz wymagać dużych ilości danych, które nie zawsze są dostępne zainteresowanej stronie lub możliwe do oszacowania z wystarczającą wiarygodnością.
105. Zarówno proste, jak i bardziej złożone modele symulacyjne mogą być źródłem użytecznych informacji przy szacowaniu wyników rynkowych, które osiągnięto by, gdyby nie doszło do naruszenia postanowień art. 101 lub 102 TFUE. Kwestia, czy i w odniesieniu do których konkretnych spraw właściwe będzie zastosowanie symulacji ekonomicznych w świetle danych systemów prawnych, a wyniki tych

symulacji będą wystarczająco wiarygodne, zależęć będzie od konkretnych okoliczności sprawy oraz od wymogów obowiązujących przepisów prawa.

B. Metoda oparta na kosztach i metoda finansowa

106. Inne podejścia do szacowania prawdopodobnych cen, które ukształtowałyby się w przypadku braku naruszenia, zapewniają metoda oparta na kosztach⁹⁵ lub metody oparte o wyniki finansowe powodów lub pozwanych (metody finansowe).
107. Metoda oparta na kosztach polega na wykorzystaniu określonej miary kosztów produkcji na jednostkę i dodaniu marży zysku, która byłaby „rozsądna” w przypadku scenariusza braku naruszenia. Oszacowaną w ten sposób cenę jednostkową dla braku naruszenia można porównać z ceną jednostkową, jakiej faktycznie żądały przedsiębiorstwa popełniające naruszenie, w celu oszacowania wartości nadmiernego obciążenia⁹⁶.
108. Aby zastosować metodę opartą na kosztach, wykorzystać można różne rodzaje kosztów produkcji w zależności od cech danego sektora. Sprawą kluczową jest jednak zachowanie spójności w zakresie sposobu traktowania kosztów i marży. Na przykład, jeżeli za podstawę tej kalkulacji uznaje się koszty zmienne (tj. koszty zmieniające się w zależności od rozmiaru produkcji), w celu obliczenia ceny należy dodać marżę brutto (tj. marżę uzyskaną po odjęciu kosztów zmiennych). Należy również zauważyć, że kosztem odpowiednim do określenia cen nie musi być jedynie koszt ponoszony przez podmiot popełniający naruszenie, ale może to być również koszt ponoszony przez jednego z jego konkurentów (np. jeżeli cena na rynku ustalana jest przez najmniej efektywnego producenta).
109. Pierwszym krokiem w metodzie opartej na kosztach jest określenie kosztów produkcji na jednostkę. Wartość kosztów na jednostkę można oszacować poprzez podzielenie rzeczywistych danych kosztów produkcji poniesionych przez podmiot lub podmioty popełniające naruszenie w wyniku prowadzenia danej działalności gospodarczej przez całkowitą liczbę wytworzonych produktów. Zastosowanie tego podejścia może być stosunkowo proste w przypadku, gdy przedsiębiorstwa lub wydzielone jednostki przedsiębiorstw wytwarzają jedynie jeden główny produkt. Takie przedsiębiorstwa lub jednostki czasem publikują swoje najważniejsze dane dotyczące kosztów lub ujmują te informacje w swoich skontrolowanych sprawozdaniach finansowych, archiwizowanych w rejestrach publicznych. W pozostałych sytuacjach trudniej jest uzyskać dostęp do danych i alokować koszty związane z produktem będącym przedmiotem naruszenia. Jeżeli dostępne są dane księgowe, może okazać się niezbędne ich skorygowanie, biorąc pod uwagę fakt, że pojęcie kosztów w rachunkowości może różnić się od pojęcia kosztów w ekonomii.

⁹⁵ Metoda ta nazywana jest również „metodą koszt plus” lub „metodą oddolnego rachunku kosztów”. Jest ona wspomniana jako podejście uzupełniające w sprawach, w których zastosowanie metod porównawczych nie jest właściwe, w decyzji *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie nr KRB 12/07 (*Kartel dotyczący sprzedaży hurtowej papieru*).

⁹⁶ Zazwyczaj metodę opartą na kosztach bierze się pod uwagę przy ustalaniu wysokości zawyżenia cen. Powyższą metodę lub jej elementy można jednak stosować również w celu ustalenia innych rodzajów szkody, takich jak utrata zysków przez konkurentów, którym zamknięto dostęp do rynku. Na przykład w ramach decyzji *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 16 kwietnia 2008 r. w sprawie nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*) oszacowano wartość zysków utraconych przez konkurenta, któremu zamknięto dostęp do rynku, poprzez uwzględnienie kosztów poniesionych przez tego konkurenta i prawdopodobną marżę zysku wyrażoną jako część tych kosztów.

110. Możliwa jest sytuacja, w której koszty produkcji odnotowane w okresie występowania naruszenia nie są reprezentatywne dla kosztów produkcji, które prawdopodobnie poniesiono by w przypadku braku naruszenia. Zasadniczo występują dwie przyczyny takiej sytuacji: po pierwsze, w przypadku naruszenia postanowień art. 101, przedsiębiorstwa działające w zmonopolizowanej branży nie podlegają presji konkurencji, która istniałaby w scenariuszu braku naruszenia, i mogą funkcjonować mniej wydajnie, a w związku z tym ponosić większe koszty produkcji niż pod presją konkurencji. Po drugie, podmioty popełniające naruszenie mogą ograniczać produkcję i w związku z tym w okresie występowania naruszenia mogą zrezygnować z korzyści skali, które doprowadziłyby do zmniejszenia kosztów produkcji. Jeżeli istnieją wskazania wystąpienia tego rodzaju sytuacji, odpowiednie może okazać się skorygowanie odnotowanych danych dotyczących kosztów poniesionych przez podmiot popełniający naruszenie. Jeżeli nie wprowadzi się tego typu korekt, odnotowane koszty można wciąż wykorzystać jako podstawę oszacowania dolnego pułapu możliwego zawyżenia cen w ramach metody opartej na kosztach.
111. W drugim etapie metody opartej na kosztach konieczne jest oszacowanie „rozsądnej” marży zysku i dodanie jej wartości do kosztów produkcji na jednostkę. Istnieje wiele podejść do szacowania „rozsądnej” marży zysku. Takie podejścia bazują albo na porównaniu danych w czasie lub danych z różnych rynków, albo na modelach ekonomicznych, w związku z czym mają one cechy wspólne z metodami opisanymi w poprzedniej sekcji. Na przykład szacunek marży zysku, której można byłoby racjonalnie oczekiwać w scenariuszu braku naruszenia, można sporządzić przy wykorzystaniu marży zysku uzyskanej przez podobne przedsiębiorstwa na porównywalnym rynku geograficznym, na który nie miało wpływu naruszenie, lub na porównywalnych rynkach produktowych⁹⁷. Podobnie jako podstawę szacunku można wykorzystać marżę zysku przedsiębiorstwa popełniającego naruszenie (lub przedsiębiorstwa podobnego) w czasie przed okresem, w którym doszło do naruszenia, lub po nim. Obie te metody porównawcze opierają się na założeniu, że okres, rynek lub przedsiębiorstwo odniesienia są wystarczająco podobne⁹⁸, w szczególności w zakresie cech danego rynku mających znaczenie przy określaniu marży zysku, takich jak poziom konkurencji na rynku⁹⁹, struktura kosztów ponoszonych przez producentów (w tym kosztów innowacyjności), wykorzystanie mocy produkcyjnej i ograniczenia mocy produkcyjnej. Weryfikacja tych założeń nie zawsze jest zadaniem prostym, ponieważ istnieje duże prawdopodobieństwo, że określenie ceny i marży ustalonych przez dane przedsiębiorstwo będzie zależało od szeregu czynników i strategicznych decyzji.
112. Kolejnym podejściem do szacowania „rozsądnej” marży zysku jest rozważenie charakteru konkurencji i cech danego rynku w sytuacji braku naruszenia oraz wyciągnięcie wniosków na temat marży zysku ze spostrzeżeń dokonanych w ramach modeli organizacji rynku¹⁰⁰. Na przykład w sytuacji braku naruszenia ceny prawdopodobnie mogą wykazywać tendencję w kierunku kosztów ze względu na

⁹⁷ Decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie nr KRB 12/07 (*Kartel dotyczący sprzedaży hurtowej papieru*), w której odniesiono się do marży zysku występującej w „porównywalnych sektorach”.

⁹⁸ Istotne informacje na temat wystarczającego podobieństwa zamieszczono w części 2 sekcja II pkt 38-58 powyżej.

⁹⁹ Np. kwestia, czy konkurencja byłaby na tyle silna, żeby spowodować spadek cen w kierunku kosztów krańcowych (zgodnie z założeniami modelu konkurencji doskonałej) lub czy na skutek struktury oligopolistycznej marże zysku byłyby wyższe nawet w sytuacji, w której nie doszłoby do naruszenia.

¹⁰⁰ Zob. część 2 sekcja III pkt 97 i następane powyżej.

stosunkową jednorodność towarów i nadmierną moc produkcyjną na rynku; w takich przypadkach prawdopodobna marża zysku producentów byłaby stosunkowo niska¹⁰¹.

113. Z powyższych argumentów wyraźnie wynika, że zarówno oszacowanie kosztów, jakie prawdopodobnie poniesiono by w sytuacji braku naruszenia, jak i oszacowanie „rozsądnej” marży zysku może w praktyce wymagać rozważenia szeregu trudnych problemów. Ponadto metoda oparta na kosztach zakłada posiadanie dostępu do danych, które mogą znajdować się w posiadaniu strony przeciwnej lub osoby trzeciej. W zależności od okoliczności konkretnej sprawy i od wymogów zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, metoda oparta na kosztach może jednak dostarczyć przydatnych spostrzeżeń pomagających oszacować wysokość szkody poniesionej wskutek naruszenia prawa ochrony konkurencji.
114. W metodach opartych o analizę finansową punktem wyjścia do ocenienia, czy powód poniósł szkodę, i do oszacowania tej szkody, są wyniki finansowe powoda lub pozwanego.
115. Jeżeli powodem w powództwie o odszkodowanie jest przedsiębiorstwo, a naruszenie przyniosło temu przedsiębiorstwu szkodę, to istnieje możliwość, że przydatne informacje dotyczące szkody można uzyskać, analizując sytuację finansową tego przedsiębiorstwa (a w szczególności jego rentowność). Może być to szczególnie przydatne w przypadkach, w których powołano się na utratę zysków, np. w przypadku konkurenta, któremu nielegalnie zamknięto dostęp do rynku.
116. Na tej podstawie standardowe metody służące do oceny rentowności przedsiębiorstwa (takie jak np. metoda „wartości zaktualizowanej netto”, w której oblicza się bieżącą wartość przyszłych przepływów pieniężnych przedsiębiorstwa) mogą zostać wykorzystane do uzyskania informacji dotyczących wysokości szkody. Przydatne informacje można też uzyskać dzięki metodom wyceny biznesowej, w tym dzięki metodom księgowym.
117. W przypadku wszystkich tych metod należy określić właściwy scenariusz alternatywny: po obliczeniu rzeczywistej rentowności powoda należy ocenić, jak wyglądałaby ta rentowność, gdyby naruszenie nie miało miejsca. W opracowaniu tego scenariusza alternatywnego można wykorzystać dane dotyczące rentowności z rynku porównawczego – wówczas podejście to jest podobne do metod porównawczych omówionych powyżej¹⁰². Można na przykład wykorzystać rentowność powoda przed naruszeniem i po naruszeniu do ustalenia scenariusza braku naruszenia. Można też wykorzystać standard alternatywny do ustalenia scenariusza alternatywnego. Jedną z możliwości w tym względzie jest wykorzystanie kosztu kapitału jako wartości odniesienia: środek ten opisuje minimalną marżę zysku, niezbędną w danej branży do przyciągnięcia kapitału; można w związku z tym założyć, że w scenariuszu braku naruszenia przedmiotowe przedsiębiorstwo osiągnęłoby przynajmniej taki zysk.
118. Zaletą metod finansowych jest fakt, że w niektórych przypadkach informacje niezbędne do ich zastosowania mogą być przechowywane przez przedsiębiorstwa ze

¹⁰¹ W takich przypadkach koszt kapitału (tj. koszt uzyskania przez przedsiębiorstwo kapitału na rynku) jest czasami uznawany za przybliżoną wartość „rozsądnej” marży zysku. W przypadku braku naruszenia wartość marży może jednak znacząco różnić się od wartości kosztu kapitału, na przykład jeżeli nie występuje konkurencja doskonała lub jeżeli istnieją korzyści w zakresie kosztów, które są ukierunkowane na przedsiębiorstwa i które odczuwają określone przedsiębiorstwa, bądź w przypadku zaistnienia zaburzeń w popycie lub podaży.

¹⁰² Zob. więcej informacji na ten temat w pkt 32 i następujących.

względu na wymogi rachunkowości, lub wręcz mogą być publicznie dostępne, np. w przypadku spółek publicznych.

C. *Inne metody*

119. W niniejszym praktycznym przewodniku omówiono metody, którym do tej pory poświęcono najwięcej uwagi w praktyce prawnej i naukach akademickich. Nie należy ich jednak postrzegać jako wyczerpującej listy, po pierwsze dlatego, że opisane tu metody mogą być rozwijane, a w praktyce mogą zostać opracowane nowe metody.
120. Po drugie, istnieją również metody, które *nie* zostały omówione w niniejszym praktycznym przewodniku, a które mogą jednak okazać się przydatne, szczególnie w celu ustalenia górnego lub dolnego pułapu¹⁰³ poniesionej szkody lub jej przybliżonej szacowanej wartości¹⁰⁴. Do celów ustalenia kwoty odszkodowania, jaka ma być przyznana poszkodowanym stronom, sądy krajowe stosują raczej techniki pragmatyczne zamiast złożonych metod przedstawionych w sekcji A i B powyżej, szczególnie jeżeli w systemach prawnych przewidziano możliwość zastosowania przybliżonego oszacowania. Na przykład, jeżeli nowemu uczestnikowi rynku zamknięto dostęp do rynku, naruszając postanowienia art. 101 lub 102 TFUE, jako źródło informacji dotyczących prawdopodobnych zysków z prowadzonej działalności wykorzystuje się czasem plany operacyjne¹⁰⁵, chociaż w pewnych przypadkach wprowadza się do nich korekty w zależności od sytuacji rynkowej lub przy wykorzystaniu danych pochodzących z rynku lub od przedsiębiorstwa porównawczego.
121. Do obowiązków sądów krajowych należy ustalenie, czy zgodnie z obowiązującymi przepisami można zaakceptować zastosowanie w danej sprawie określonej metody w celu ustalenia wysokości szkody, pod warunkiem że przestrzegane są zasady skuteczności i równoważności prawa UE.

IV. WYBÓR METOD

122. Każda z metod opisanych w sekcjach II i III powyżej może zasadniczo zapewnić przydatne spostrzeżenia w zakresie wszystkich naruszeń postanowień art. 101 lub 102 TFUE i różnych rodzajów szkody wynikającej z takiego naruszenia. W szczególności metody te umożliwiają oszacowanie nie tylko wysokości uzyskanego w bezprawny sposób zawyżenia ceny w przypadku kartelu polegającego na ustalaniu cen, ale również na przykład wielkości sprzedaży lub utraty korzyści przez przedsiębiorstwo, które poniosło szkodę w wyniku popełnianego przez dominującego konkurenta nadużycia przez wyłączenie z rynku.
123. Należy również zaznaczyć, że nie można dokonać pewnego i dokładnego pomiaru tego, jak wedle wszelkiego prawdopodobieństwa wyglądałby scenariusz braku

¹⁰³ Na przykład można oszacować górny pułap poprzez dokonanie analizy straty stanowiącej punkt krytyczny. Za pomocą tej techniki ocenia się - w odniesieniu do wartości wzrostu ceny - jaka wartość ilościowa straty sprawiłaby, że dany wzrost cen doprowadziłby do braku zysków.

¹⁰⁴ Na przykład na pierwszy rzut oka alternatywne korzyści można byłoby określić poprzez potraktowanie kosztu kapitału jako punktu odniesienia przy założeniu, że gdyby nie doszło do naruszenia, przedsiębiorstwo osiągnęłoby dany koszt kapitału, który stanowi minimalną rentowność wymaganą przez dostarczycieli kapitału danego przedsiębiorstwa. Ograniczenia tego podejścia przedstawiono w przypisie 101.

¹⁰⁵ Zob. np. orzeczenie *Højesteret* (duński Sąd Najwyższy) z dnia 20 kwietnia 2005 r. w sprawie UFR 2005.217H (*GT Linien A/S przeciwko De Danske Statsbaner DSB i Scandlines A/S*).

naruszenia – można to jedynie oszacować. Nie jest możliwe wyodrębnienie jednej metody, która byłaby odpowiedniejsza niż inne metody w odniesieniu do wszystkich spraw. Każda z metod i technik opisanych powyżej ma określone właściwości, wady i zalety, dzięki którym może okazać się w mniejszym lub większym stopniu odpowiednia do oszacowania szkody poniesionej w danych okolicznościach. W szczególności różnią się one ze względu na poziom trudności w ich zastosowaniu, na stopień, w jakim polegają na danych wynikających z interakcji na rynku rzeczywistym lub na założeniach opartych na teorii ekonomicznej, oraz ze względu na stopień, w jakim uwzględnia się w ich ramach czynniki inne niż naruszenie, które mogły mieć wpływ na sytuację stron.

124. W konkretnych okolicznościach poszczególnych spraw konieczne jest określenie właściwego podejścia do ustalania wysokości szkody zgodnie z obowiązującym prawem. Oprócz standardu dowodu i ciężaru dowodu w ramach obowiązujących przepisów prawa, właściwe może być rozważenie takich kwestii, jak dostępność danych, powiązane koszty i czas przeprowadzenia i ich proporcjonalność w odniesieniu do wchodzącej w grę wartości roszczenia odszkodowawczego. Do kosztów, jakie należy uwzględnić w tym kontekście, mogą należeć nie tylko koszty ponoszone w związku z zastosowaniem metody przez stronę, na której spoczywa ciężar dowodu, ale również koszty ponoszone przez drugą stronę w celu obalenia przedstawionych okoliczności, oraz koszty na rzecz systemu sądowego, jeżeli sąd ocenia wyniki uzyskane dzięki danej metodzie, ewentualnie z pomocą wyznaczonego przez sąd eksperta. Szczególnie istotne w kontekście zasady skuteczności mogą stać się dla poszkodowanej strony kwestie kosztów i ciężaru dowodu oraz ich proporcjonalności¹⁰⁶. Ponadto podjęta zgodnie z obowiązującym prawem decyzja dotycząca kwestii, czy – i jeżeli tak, to które – metody i techniki opisane w niniejszym praktycznym przewodniku należy zastosować, może również zależeć od dostępności innych dowodów, na przykład dokumentacji dowodowej dotyczącej działalności gospodarczej przedstawionej przez przedsiębiorstwa, z której wynika, że faktycznie wprowadzono podwyżkę ceny o określonej wysokości uzgodnioną w sposób niezgodny z prawem.
125. Istnieje możliwość, że w danej sprawie przewidziano alternatywne albo łączne zastosowanie szeregu metod (np. porównania danych w czasie i porównania rynków geograficznych). Jeżeli w rezultacie zastosowania dwóch różnych metod uzyskano podobne wyniki, takie ustalenia mogą doprowadzić do przyznania im w oparciu o te metody większej wartości dowodowej w ramach danego systemu prawnego, na przykład niższego pułapu. Jeżeli jednak w wyniku zastosowania dwóch różnych metod otrzymano wyniki wyraźnie sprzeczne (szczególnie, jeżeli każda z dwóch przeciwnych stron opiera się na innej metodzie), zazwyczaj nie jest właściwe zwykłe wyciągnięcie średniej z tych dwóch wyników ani też uznanie, że takie sprzeczne wyniki nawzajem się anulują – a więc, że obie metody należałoby odrzucić. W takiej sytuacji należy raczej zbadać przyczyny otrzymania różnych wyników oraz rozważyć mocne i słabe strony każdej metody i sposób jej realizacji w danej sprawie.

¹⁰⁶ Zob. pkt 2 w części 1, sekcja 1 powyżej.

Część 3 — Ustalanie wysokości szkody spowodowanej podwyżką cen

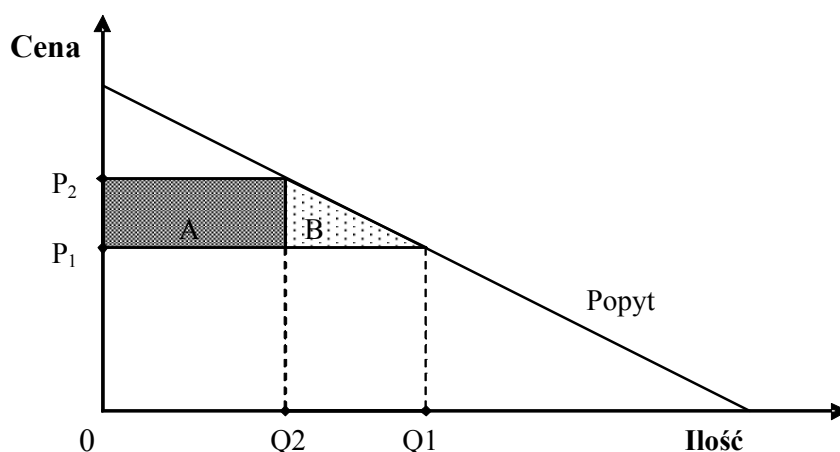
I. SKUTKI NARUSZEŃ PROWADZĄCYCH DO PODWYŻKI CEN

126. Skutkiem praktyk antykonkurencyjnych może być wzrost cen danego produktu płaconych przez bezpośrednich, a często również przez pośrednich klientów¹⁰⁷ przedsiębiorstw popełniających naruszenie. Bezpośrednimi klientami przedsiębiorstw popełniających naruszenie są klienci nabywający dany produkt bezpośrednio od jednego z przedsiębiorstw popełniających naruszenie; pośrednimi klientami są klienci nabywający produkt, na który naruszenie miało wpływ, od takich bezpośrednich klientów lub od innych klientów pośrednich.
127. Typowymi przykładami naruszeń prowadzących do takich wzrostów cen są kartele cenowe lub narzucanie wygórowanych cen przez przedsiębiorstwo dominujące. Klienci mogą odczuwać również skutki praktyk polegających na ograniczaniu produkcji bądź przydzielaniu klientów lub podziale rynków – zakłóceń konkurencji, które z kolei prowadzą zazwyczaj do podwyżki cen. Inny rodzaj szkody ma miejsce w przypadkach, w których naruszenia mają niekorzystny wpływ na pozycję rynkową konkurentów; ustalanie tego rodzaju szkody i konsekwencji, jakie z niej wynikają dla klientów, omówiono w części 4 poniżej.
128. W zakresie, w jakim naruszenia prowadzą do wzrostu cen danych produktów, wyróżnia się dwa główne rodzaje¹⁰⁸ szkody spowodowanej tego typu naruszeniem:
- szkoda wynikająca z faktu, że bezpośredni i pośredni klienci przedsiębiorstw popełniających naruszenie muszą za każdy zakupiony produkt płacić więcej, niż zapłaciliby, gdyby nie doszło do naruszenia („nadmierne obciążenie”). Ten rodzaj szkody omówiono dokładniej w sekcji II; oraz
 - szkoda będąca rezultatem spadku ilości sprzedaży wynikającego z faktu, że z powodu podwyżki cen nabywanych jest mniej produktów. Ten rodzaj szkody omówiono dokładniej w sekcji III.

¹⁰⁷ W niektórych przypadkach przedsiębiorstwa, które same nie naruszają reguł konkurencji, podwyższają ceny, ponieważ na skutek naruszenia wzrosły ceny rynkowe. Klientów dokonujących zakupu od takich przedsiębiorstw czasem określa się po angielsku „umbrella customers”. Stopień, w jakim tacy klienci mogą ubiegać się o wyrównanie szkody za poniesioną stratę od przedsiębiorstw popełniających naruszenie, zależy od przepisów prawa właściwego.

¹⁰⁸ Informacje na temat innych rodzajów szkody zawarto w części 1 sekcja III pkt 22.

Na poniższym wykresie w uproszczony sposób przedstawiono te dwa główne skutki:



129. P_1 stanowi cenę żądaną w sytuacji, w której na rynek nie wpływa żadne naruszenie postanowień art. 101 lub 102 TFUE. Na rynku doskonale konkurencyjnym cena ta jest równa poniesionemu przez dostawcę kosztowi produkcji dodatkowej jednostki („kosztowi krańcowemu”). W praktyce wiele rynków nie jest jednak doskonale konkurencyjnych i ceny w sytuacji, w której nie doszło do naruszenia, utrzymują się na wyższym poziomie niż koszty krańcowe. Q_1 stanowi ilość produktów nabytych przez klientów po cenie P_1 .
130. P_2 stanowi wyższą cenę wynikającą z naruszenia mającego wpływ na cenę. W wyniku wyższej ceny zmniejsza się z kolei popyt (Q_2), ponieważ niektórzy klienci uznają, że wartość podwyższonej ceny, którą muszą zapłacić, przewyższa korzyści płynące z posiadania danego produktu lub korzystania z danej usługi. Efekt ten zwany jest „spadkiem wielkości sprzedaży” lub „spadkiem ilości sprzedaży”. Stopień, w jakim podwyżka cen wpływa na popyt, zależy od elastyczności popytu. Elastyczność popytu mierzy wartość procentową, o jaką zmieni się ilość sprzedanego produktu na danym rynku na skutek jednoprocetowej zmiany ceny w odniesieniu do określonego poziomu popytu, oraz dostarcza przydatne wskazanie co do wartości spadku wielkości sprzedaży w przypadku niewielkich zmian cen.
131. Prostokąt A stanowi wartość przekazaną w wyniku naruszenia przez klientów na rzecz podmiotów popełniających naruszenie: klienci kupujący po wyższej cenie P_2 muszą przekazać więcej pieniędzy przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwu popełniającym naruszenie w celu uzyskania danego produktu. Mogą oni żądać odszkodowania za to, że musieli więcej zapłacić. W sekcji II poniżej wyjaśniono sposób ustalania wysokości takiej szkody.
132. Trójkąt B przedstawia spadek wielkości sprzedaży, a więc wartość utraconą za sprawą tych klientów, którzy nabyliby produkt po cenie P_1 , jednak zrezygnowali z kupna, gdy cena wzrosła do P_2 ¹⁰⁹.
133. Niektórzy klienci wykorzystują dany produkt do własnej działalności handlowej – na przykład w celu sprzedaży lub do produkcji innych towarów. Jeżeli nie dokonują

¹⁰⁹ W odniesieniu do gospodarki jako całości trójkąt ten przedstawia stratę wartości dla klientów z powodu obniżenia produkcji: chociaż nadmierne obciążenie oddziałuje na rozdział aktywów w gospodarce, trójkąt B oznacza poziom dobrobytu, którego nie osiągnięto wskutek naruszenia. W ekonomii zjawisko to nazywane jest „zbędną stratą społeczną”.

zakupu po cenie P_2 (lub kupują mniej), tracą korzyści, jakie uzyskaliby, gdyby mieli możliwość dokonania zakupu po cenie P_1 . Mogą oni ubiegać się o wyrównanie z tytułu takiej utraty korzyści. W sekcji III poniżej zilustrowano sposób ustalania wysokości takiej szkody. Pozostali klienci są konsumentami końcowymi. Jeżeli nie dokonają oni zakupu po cenie P_2 , oznacza to, że nie zadawała ich użyteczność danych produktów lub usług, za które byliby gotowi zapłacić cenę P_1 ¹¹⁰. Obowiązujące przepisy prawa mogą stanowić, że należy przyznać odszkodowanie za część lub całość takiej szkody wynikającej z niezadowolenia z przydatności danego produktu. Konsumenti końcowi, którzy muszą ponieść wyższe koszty (na przykład koszty zakupu towaru zastępczego), a zatem którzy ponieśli szkodę rzeczywistą¹¹¹, muszą przynajmniej mieć możliwość uzyskania odszkodowania z tego tytułu.

134. Powyżej podsumowano podstawowe skutki wywierane na rynek przez naruszenia prowadzące do obowiązywania *wyższej* ceny sprzedaży. Naruszenia postanowień art. 101 lub 102 TFUE mogą również mieć wpływ na popyt i prowadzić do niższych cen zakupu płaconych przez przedsiębiorstwa popełniające naruszenie w kontekście ich zaopatrywania się w produkty, na przykład w przypadku kartelu nabywców lub w przypadku nadużycia władzy rynkowej, którego dopuszcza się dominujący nabywca wobec swoich dostawców. W takim przypadku do skutków cenowych zaliczałoby się zbyt niskie obciążanie dostawców podmiotu popełniającego naruszenie, a często również występowanie nadmiernego obciążenia na rynkach niższego szczebla, tj. w odniesieniu do bezpośrednich i pośrednich klientów podmiotu popełniającego naruszenie¹¹². Metody stosowane w celu ustalenia nadmiernego obciążenia zasadniczo mogą być również wykorzystywane do ustalenia zbyt niskiego obciążenia, np. niższych cen stosowanych przez członków kartelu nabywców wobec swoich dostawców.
135. Te same metody można zasadniczo stosować również wtedy¹¹³, gdy na pierwszy rzut oka nie widać nadmiernego obciążenia, ponieważ naruszenie służyło sztucznej stabilizacji cen w pewnym okresie, w którym w normalnych warunkach rynkowych (tj. bez naruszenia) nastąpiłby spadek cen. W dalszej części tekstu termin „nadmierne obciążenie” dotyczy również takich sytuacji.

II. USTALANIE WARTOŚCI NADMIERNEGO OBCIĄŻENIA

136. Różne rodzaje naruszeń prowadzą bezpośrednio lub pośrednio do wystąpienia nadmiernych obciążeń. Powództwo o odszkodowanie wynikające z naruszenia prawa ochrony konkurencji często dotyczy nadmiernych obciążeń spowodowanych przez kartele. Taką sytuację omówiono w sekcji A poniżej. Ustalanie wartości nadmiernych obciążeń spowodowanych innego rodzaju naruszeniami omówiono w sekcji B poniżej.

¹¹⁰ Istnieje również możliwość, że klienci byliby gotowi zapłacić cenę wyższą niż P_1 , ale niższą niż P_2 .

¹¹¹ Termin prawniczy: zob. wyrok z 2006 w. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 95.

¹¹² W celu obniżenia cen nakładów członkowie kartelu/dominujący nabywcy posiadający władzę rynkową na rynku niższego szczebla prawdopodobnie ograniczą własną wielkość zakupów, a co za tym idzie zmniejszą również sprzedaż i zwiększą ceny na rynku niższego szczebla.

¹¹³ Z oczywistych względów niewłaściwa byłaby jedynie metoda oparta na porównaniu danych w czasie w wariancie „przed i w trakcie” (tj. porównywanie cen w okresie naruszenia z cenami w okresie sprzed naruszenia), chyba że zastosowano by analizę regresji lub proste korekty w celu uwzględnienia czynników, które w normalnych warunkach rynkowych doprowadziłyby do spadku cen (np. niższe koszty surowców).

A. *Ustalanie wartości nadmiernych obciążeń spowodowanych przez kartele*

137. W przypadku powództwa o odszkodowanie konieczne jest – w ramach obowiązujących przepisów prawa – ustalenie nadmiernego obciążenia zapłaconego przez powoda lub powodów. W badaniach ekonomicznych i prawnych przeprowadzono analizę skutków karteli; niektóre spostrzeżenia dokonane w wyniku tych badań przedstawiono poniżej w sekcji 1.
138. W przypadku powództwa o odszkodowanie warto dokonać rozróżnienia między początkowym nadmiernym obciążeniem płaconym przez bezpośredniego klienta przedsiębiorstwa popełniającego naruszenie (zob. sekcja 2 poniżej) a możliwą szkodą poniesioną wskutek takiego nadmiernego obciążenia przez pośrednich klientów na różnych poziomach łańcucha dostaw (sekcja 3).

(1) **Wpływy karteli**

139. Kartele to porozumienia i uzgodnione praktyki co najmniej dwóch przedsiębiorstw zmierzające do wpływania na czynniki konkurencji poprzez praktyki takie jak: ustalanie cen nabycia lub sprzedaży bądź innych warunków transakcji, podział poziomu produkcji lub sprzedaży lub podział rynków (w tym zмова przetargowa). Do celów ustalenia, czy tego rodzaju praktyki naruszają postanowienia art. 101 TFUE, nie ma potrzeby ustalenia konkretnych skutków takich praktyk, ponieważ celem porozumienia kartelowego jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji¹¹⁴.
140. Naruszanie reguł konkurencji naraża członków kartelu na ryzyko zdemaskowania, z czym wiąże się nałożenie na nich decyzji w sprawie stwierdzenia naruszenia i obciążenie grzywnami. Sam fakt, że mimo wszystko przedsiębiorstwa angażują się w tego rodzaju niezgodną z prawem działalność sugeruje, że w wyniku podejmowanych działań spodziewają się odnieść znaczące korzyści, tj. spodziewają się, że kartel wywrze wpływ na rynek oraz, co za tym idzie, na ich klientów¹¹⁵.
141. W ramach badania przeprowadzonego dla Komisji przeanalizowano dowody empiryczne dotyczące istnienia efektu nadmiernego obciążenia oraz jego wielkości¹¹⁶. W ramach tego badania korzystano z szeregu istniejących badań empirycznych dotyczących wpływów karteli. W szczególności udoskonalono próbkę karteli zbadanych w najbardziej kompleksowym istniejącym badaniu, uwzględniając jedynie kartele: a) które powstały po roku 1960 (a zatem biorąc pod uwagę jedynie najnowsze kartele); b) w odniesieniu do których dostępne było oszacowanie średniego nadmiernego obciążenia (a nie jedynie oszacowanie wartości najwyższego albo najniższego nadmiernego obciążenia); c) w odniesieniu do których w ramach odpowiednich prac przygotowawczych wyraźnie wyjaśniono metodę obliczania szacunku średniego nadmiernego obciążenia; oraz d) które omówiono w recenzjach naukowych w artykułach lub rozdziałach w publikacjach¹¹⁷. Chociaż wyniki

¹¹⁴ Wyrok Sądu z 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95 itp. *Cimenteries CBR SA przeciwko Komisji*, Rec. s. II-491, pkt 837, 1531, 2589; wyrok z 2001 r. w sprawie T-202/98 *Tate & Lyle przeciwko Komisji*, Rec. s. II-2035, pkt 72–74; komunikat Komisji: Wytyczne w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu, Dz.U. C 101 z 27.4.2004, s. 97, pkt 20–23.

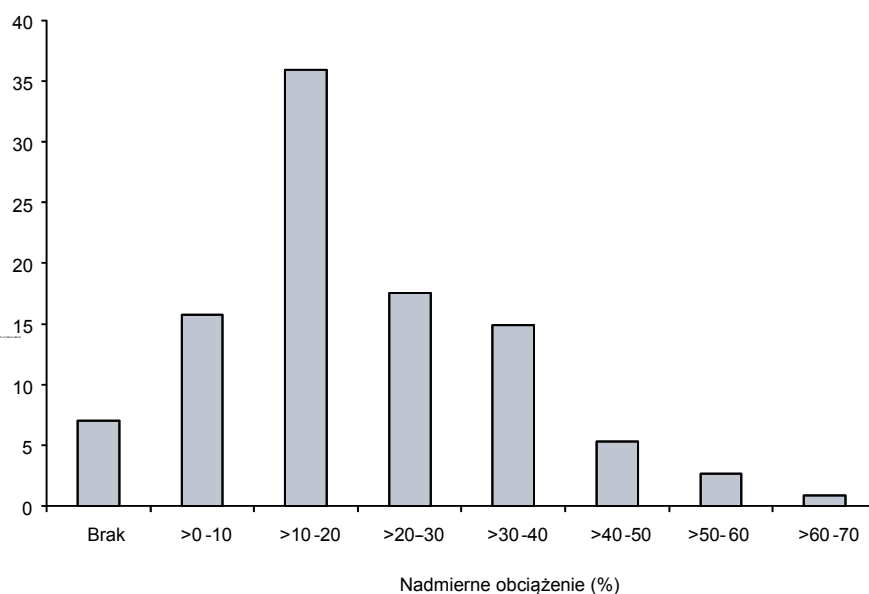
¹¹⁵ Zob. również decyzja *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r. w sprawie nr 2 U 10/03, w której sąd przytoczył podobny argument.

¹¹⁶ Badanie zewnętrzne przygotowane dla Komisji „Quantifying antitrust damages” (2009), s. 88 i następane, dostępne pod adresem: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html>.

¹¹⁷ Ogółem w badaniach wzięto pod uwagę 114 karteli opartych na różnych rodzajach zmowy, w tym na zmovie przetargowej. Próbkę obejmuje międzynarodowe i krajowe kartele oddziałujące na wiele

przedmiotowego badania przeprowadzonego dla Komisji należy interpretować ostrożnie¹¹⁸, zawiera ono pewne przydatne informacje na temat wpływów karteli.

142. Na podstawie odnotowanych danych w ramach przedmiotowego badania ustalono, że w przypadku 93 % wszystkich rozpatrzonych przypadków karteli prowadziły one do nadmiernego obciążenia. Jeżeli chodzi o wielkość nadmiernego obciążenia powodowanego przez kartel, w ramach przedmiotowego badania dokonano następujących ustaleń¹¹⁹:



143. Zgodnie z wynikami przedmiotowego badania rozpiętość odnotowanych nadmiernych obciążeń jest zatem znacząca (w przypadku niektórych karteli nadmierne obciążenie wynosiło nawet ponad 50 %). W przypadku około 70 % wszystkich karteli uwzględnionych w przedmiotowym badaniu nadmierne obciążenie wyniosło od 10 % do 40 %. Średnie nadmierne obciążenie odnotowane w przypadku tych karteli wyniosło około 20 %.
144. Spostrzeżenia dokonane w ramach przedmiotowego badania zgadzają się ze spostrzeżeniami dokonanymi w ramach innych dostępnych badań empirycznych, tj.: a) przeważająca większość karteli rzeczywiście prowadzi do wystąpienia nadmiernego obciążenia oraz b) odnotowano poważne różnice w wielkości nadmiernych obciążeń. Ponadto we wszystkich tych innych badaniach empirycznych

różnych sektorów. Jeżeli chodzi o zakres geograficzny, w próbie uwzględniono kartele występujące w Stanach Zjednoczonych i Kanadzie oraz kartele z Europy i innych regionów.

¹¹⁸ W szczególności wydaje się prawdopodobne, że w ramach badań empirycznych poświęca się większą uwagę kartelom wpływającym na rynek niż kartelom, które takiego wpływu nie wywierają, co może prowadzić do powstania pewnego rodzaju błędu niezwiązanego z próbą w ramach ustaleń; w celu uzyskania bardziej szczegółowych informacji na temat interpretacji danych wykorzystanych w badaniu zob. badanie „Quantifying antitrust damages” s. 89 (odniesienie w przypisie 116).

¹¹⁹ Badanie „Quantifying antitrust damages” s. 91 (odniesienie w przypisie 116). Wielkość ta jest wyrażona jako odsetek ceny rzeczywistej. Oznacza to, że jeżeli cena rzeczywista (czyli cena zapłacona, na którą miało wpływ naruszenie) wynosi 100 EUR, a przyjęte nadmierne obciążenie wynosi 10 %, to uznaje się, że cena w przypadku braku naruszenia wyniosłaby 90 EUR.

zasadniczo otrzymano podobny szacunek wartości średnich nadmiernych obciążeń, jak opisano powyżej¹²⁰.

145. Powyższe spostrzeżenia na temat wpływów karteli nie zastępują ustalenia określonej szkody poniesionej przez powoda w konkretnym przypadku. Sądy krajowe zakładają jednak na podstawie tego rodzaju wiedzy empirycznej, iż istnieje duże prawdopodobieństwo, że kartele zazwyczaj prowadzą do wystąpienia nadmiernego obciążenia oraz że im dłużej funkcjonuje kartel i im jest trwalszy, tym trudniej jest pozwanemu udowodnić, że w konkretnej sprawie nie doszło do wywarcia niekorzystnego wpływu na cenę¹²¹. Tego rodzaju wnioski zależą jednak od obowiązujących przepisów prawnych.

(2) Początkowe nadmierne obciążenie ponoszone przez bezpośredniego klienta

146. Wszystkie metody i techniki opisane powyżej w części 2 można zasadniczo stosować w celu ustalenia początkowego nadmiernego obciążenia ponoszonego przez bezpośrednich klientów przedsiębiorstw popełniających naruszenie. Innego rodzaju dowody (takie jak na przykład szczególne porozumienia dotyczące podwyżki cen wykazane w dokumentach wewnętrznych) mogą również dostarczać wartościowych informacji na temat zakresu nadmiernego obciążenia. W związku z tym, że początkowe nadmierne obciążenie polega na przekazaniu pieniędzy przez bezpośredniego klienta przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwom popełniającym naruszenie, wszelkie informacje, jakie mogą istnieć na temat zysku czerpanego nielegalnie przez podmioty popełniające naruszenie, mogą również służyć ustaleniu tego nadmiernego obciążenia – chociaż doprowadzi to prawdopodobnie do niedoszacowania wysokości nadmiernego obciążenia¹²².
147. Aby zilustrować możliwy sposób zastosowania metod i technik w celu oszacowania cen, które obowiązywałyby w scenariuszu braku naruszenia, oraz aby w oparciu o ten szacunek określić wysokość nadmiernego obciążenia uiszczanego przez klientów przedsiębiorstw popełniających naruszenie, warto rozważyć stylizowany przykład wspomnianego już w części 2 kartelu producentów mąki¹²³.

Kartel producentów mąki

W omawianym przypadku cała wyprodukowana mąka w danym państwie członkowskim pochodzi z czterech przedsiębiorstw młynarskich (Młyn A, Młyn B, Młyn C i Młyn D). Młyny te nabywają zboża od wielu rolników, miela je, a następnie poddają odpowiedniej obróbce, pakują mąkę i sprzedają ją piekarzom. Piekarze wykorzystują mąkę do wypieku pieczywa, które następnie sprzedają konsumentom oraz supermarketom.

Krajowy organ ds. konkurencji prowadzi dochodzenie na rynku na skutek zaistnienia podejrzenia o ustalanie cen i w styczniu 2008 r. przeprowadza niezapowiedziane kontrole w

¹²⁰ W celu uzyskania szczegółowych informacji i dalszych odniesień zob. badanie „Quantifying antitrust damages” s. 89 i następne (odniesienie w przypisie 116).

¹²¹ Zob. na przykład decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawie nr KRB 2/05 (*Beton transportowy*) (w kontekście oceny zysku czerpanego przez członków kartelu w sposób niezgodny z prawem, dokonywanej w celu obliczenia grzywny).

¹²² Zob. również § 33 ust. 3 zd. 3 niemieckiej ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), zgodnie z którą przy szacowaniu odszkodowania można brać pod uwagę część zysku, którą przedsiębiorstwo popełniające naruszenie uzyskało wskutek naruszenia.

¹²³ Wszelkie podobieństwo niniejszego fikcyjnego przykładu do zdarzeń, które wydarzyły się naprawdę, byłoby dziełem przypadku; przykładu tego nie należy postrzegać jako odzwierciedlenia opinii Komisji na temat jakiegokolwiek określonego przedsiębiorstwa lub sektora bądź definicji rynku w takim sektorze.

pomieszczeniach przedsiębiorstw młynarskich. W lipcu 2010 r. organ ds. konkurencji przyjmuje decyzję określającą, że wszystkie cztery przedsiębiorstwa młynarskie naruszyły postanowienia art. 101 TFUE poprzez uczestnictwo, w okresie od 1 stycznia 2005 r. do 31 grudnia 2007 r., w pojedynczym i ciągłym naruszeniu w zakresie produkcji mąki, polegającym na ustalaniu cen i obejmującym swoim zakresem teren całego państwa członkowskiego.

Przedsiębiorstwo piekarnicze, które nabyło mąkę od jednego z wymienionych przedsiębiorstw młynarskich (Młyn A), dochodzi odszkodowania od tego przedsiębiorstwa z tytułu poniesienia szkody w wyniku naruszenia postanowień art. 101 TFUE¹²⁴. Piekarnia twierdzi, że naruszenie doprowadziło do wzrostu cen mąki, i domaga się odszkodowania z tytułu opłacenia tego nadmiernego obciążenia w odniesieniu do wszystkich zakupów dokonanych w 2005, 2006 i 2007 r.

148. Dana piekarnia jest bezpośrednim klientem jednego z przedsiębiorstw popełniających naruszenie. Jeżeli omawiane naruszenie spowodowało wzrost cen, piekarnia poniosła nadmierne obciążenie w odniesieniu do każdej jednostki mąki zakupionej w czasie, w którym naruszenie miało wpływ na cenę. Dzięki zastosowaniu opisanych metod i technik zostanie oszacowana cena, jaką piekarnia zapłaciłaby za mąkę, gdyby nie doszło do naruszenia. Odejmując cenę, która obowiązywałaby, gdyby nie doszło do naruszenia, od ceny rzeczywiście zapłaconej przez piekarnię, można określić wysokość powstałego na skutek kartelu nadmiernego obciążenia w przeliczeniu na zakupioną jednostkę. Wynik ten należy pomnożyć przez liczbę zakupionych przez piekarnię jednostek w celu określenia rzeczywistej bezpośredniej straty wynikającej z nadmiernego obciążenia (zakładając, że nie doszło do żadnych znaczących zmian w wysokości nadmiernego obciążenia w trakcie okresu występowania naruszenia). W omawianym przypadku w celu oszacowania nadmiernego obciążenia poniesionego przez piekarnię zostanie przedstawione zastosowanie metody porównawczej, ponieważ jest to metoda najczęściej wykorzystywana w praktyce, a uzyskane dzięki niej wyniki są często pomocne przy ustalaniu początkowego nadmiernego obciążenia.

a. Porównanie danych w czasie

149. W omawianym przykładzie przedsiębiorstwo piekarnicze występujące w charakterze powoda nabywało mąkę z Młyna A przed, w trakcie i po okresie, w odniesieniu do którego krajowy organ ds. konkurencji stwierdził istnienie naruszenia. Jak opisano powyżej, wykorzystywanie cen rzeczywiście zapłaconych przed okresem, w którym doszło do naruszenia, lub po nim tym okresie w celu odtworzenia cen, jakie obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia, wymaga ustalenia w pierwszej kolejności, na które ceny miało wpływ naruszenie. Oznacza to ustalenie momentu, w którym naruszenie powodowane przez kartel zaczęło oddziaływać na rynek mąki, i momentu, w którym oddziaływać skończyło.

150. W omawianym przykładzie krajowy organ ds. konkurencji ustalił czas trwania naruszenia. W decyzji szczegółowo wymieniono dowody posiadane przez organ, z których wynika, że przedsiębiorstwa młynarskie spotkały się w styczniu 2005 r. w celu omówienia cen i od tej pory spotykały się co miesiąc, aby dostosowywać swoje uzgodnienia dotyczące cen. Ostatnie spotkanie odbyło się w grudniu 2007 r. Organ

¹²⁴ Prawo krajowe może stanowić również, że wszyscy członkowie kartelu ponoszą odpowiedzialność solidarną za całą szkodę wyrządzoną przez kartel. W omawianym przykładzie nie było wskazań ku zastosowaniu tych zasad.

nie znalazł żadnych dowodów wskazujących na organizację spotkań po przeprowadzonej przez niego kontroli w styczniu 2008 r. W ramach pierwszego etapu wydaje się zatem, że ceny sprzed stycznia 2005 r. i po grudniu 2007 r. stanowią odpowiedni materiał do przeprowadzenia porównania opartego na przedziałach czasowych. Jak opisano w części 2, należy jednak dokonać dalszego rozważenia, w jakim stopniu liczby te są przydatne jako wskaźniki porównawcze.

151. Jak wspomniano powyżej, decyzja organu ds. konkurencji może ograniczać czas trwania naruszenia do okresu, w odniesieniu do którego organ jest w posiadaniu mocnych dowodów, ale jednocześnie może wskazywać, że czas trwania naruszenia mógł być dłuższy¹²⁵. W takim przypadku odpowiednie może być nieuwzględnienie stosownych danych dotyczących cen obowiązujących w okresie, w którym naruszenie mogło wywierać wpływ (a więc obejmujących nadmierne obciążenie), chociaż mimo wszystko takie dane mogą zostać wykorzystane w celu określenia dolnego pułapu oszacowanej szkody, tj. bezpiecznego oszacowania najmniejszej poniesionej szkody.
152. Ponadto do naruszenia spowodowanego kartelem mogło dojść w innym czasie niż okres, w którym zaistniały jego skutki: przedsiębiorstwa młynarskie dopuściły się naruszenia postanowień art. 101 TFUE poprzez zawarcie porozumienia antykonkurencyjnego. W celu określenia, w odniesieniu do których odnotowanych cen można uważać, że naruszenie nie miało na nie wpływu, konieczne jest uwzględnienie czasu, w którym zaistniały skutki porozumienia, a nie czasu jego zawarcia. Jeżeli można wykazać, że przedsiębiorstwa pierwszy raz spotkały się w styczniu 2005 r., jednak realizację porozumienia zaczęto w marcu 2005 r., naruszenie nie miałooby wpływu na ceny obowiązujące przez marcem 2005 r.
153. Jeżeli chodzi o stosowność wykorzystywania obserwacji dotyczących cen obowiązujących w okresie po naruszeniu, istnieje możliwość, że kartel miał wpływ na rynek nawet po tym, jak jego członkowie przestali angażować się w rodzaj współpracy zabroniony postanowieniami art. 101 TFUE¹²⁶. Może to mieć miejsce w szczególności na rynkach oligopolistycznych, na których informacje zgromadzone ze względu na istnienie kartelu mogą pozwolić jego członkom na podejmowanie stałych działań – po zaprzestaniu dopuszczania się naruszenia powstałego wskutek kartelu – ukierunkowanych na sprzedaż po wyższych cenach niż ceny, które wedle wszelkiego prawdopodobieństwa obowiązywałyby w sytuacji braku naruszenia w postaci kartelu, bez angażowania się w praktyki zabronione postanowieniami art. 101 TFUE¹²⁷. Istnieje również możliwość, że po zakończeniu istnienia kartelu jego byli członkowie dopuszczają się innego rodzaju naruszenia reguł konkurencji powodującego wzrost cen płaconych przez ich klientów. W takich przypadkach wszelkie porównanie danych w czasie oparte na cenach odnotowanych po zakończeniu naruszenia może prowadzić do zaniżenia szacunkowej wartości nadmiernego obciążenia ponoszonego przez klientów podmiotów popełniających naruszenie, ponieważ naruszenie to może w dalszym ciągu wywierać wpływ na ceny obowiązujące po zaprzestaniu tego naruszenia. Ponieważ w omawianym przykładzie piekarnia występująca w charakterze powoda z pewnych względów sądzi, że taka

¹²⁵ Zob. pkt 43 w części 2 sekcja II powyżej.

¹²⁶ Zob. również pkt 44 w części 2 sekcja II.

¹²⁷ W celu uzyskania dalszego wglądu w sposób funkcjonowania takich „skoordynowanych skutków” zob. wytyczne Komisji w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.U. C 31 z 5.2.2004, s. 5, pkt 39.

sytuacja miała miejsce w odniesieniu do cen płaconych w 2008 r. i później, przedsiębiorstwo to może wykorzystać te ceny w ramach przedstawionych przez siebie przed sądem informacji jedynie w celu oszacowania dolnego pułapu poniesionej straty.

154. W omawianym przykładzie piekarnia występująca w charakterze powoda stwierdza, że ceny zapłacone przed wystąpieniem naruszenia są odpowiednie do celów oszacowania prawdopodobnej ceny hipotetycznej. Jeżeli piekarnia porównuje ceny z okresu występowania naruszenia i okresu, w którym nie występowało naruszenie, z założenia przyjmuje ona, że różnica między cenami zapłaconymi w latach 2003 i 2004, w których naruszenie nie występowało, i w latach 2005, 2006 i 2007, w których naruszenie występowało, jest w całości spowodowana naruszeniem. Możliwe jest jednak, że oprócz naruszenia istnieją inne czynniki, które miały znaczący wpływ na zmiany cen podczas okresu występowania naruszenia. Przykładowo alternatywną przyczyną wpływającą na zmiany cen mąki mogą być zmiany cen zbóż, które można uwzględnić, wykorzystując techniki przedstawione w części 2 sekcja II B powyżej. Jeżeli możliwe jest określenie innych istotnych czynników wpływających na ceny i skorygowanie danych dotyczących cen o wpływ tych czynników, wzmocniona zostaje opinia, że pozostała różnica między cenami w okresie braku naruszenia i cenami w okresie występowania naruszenia jest spowodowana przedmiotowym naruszeniem¹²⁸. Okoliczności, w których od powodów lub pozwanych wymaga się dokonania tego rodzaju korekt, będą zależeć od przepisów obowiązującego prawa.

b. Inne metody porównawcze

155. Oprócz dokonywania porównań danych w czasie w celu ustalenia kwoty początkowego nadmiernego obciążenia poniesionego przez klienta bezpośredniego możliwe jest również zastosowanie innych metod porównawczych, jak opisano w części 2 powyżej. W przypadku omawianego kartelu producentów mąki piekarnia występująca w charakterze powoda mogła zastosować alternatywną metodę polegającą na porównaniu cen obowiązujących na innym rynku geograficznym lub na innym rynku produktowym w celu wykazania, jakie ceny prawdopodobnie obowiązywałyby na jej własnym rynku, gdyby nie doszło do naruszenia.
156. Jednym z możliwych rozwiązań byłoby dokonanie porównania z odnotowanymi danymi dotyczącymi cen obowiązujących na innym rynku geograficznym mąki. Zakładając, że opisany powyżej kartel producentów mąki obejmował swoim zasięgiem rynek krajowy, w celu ustalenia ceny w przypadku braku naruszenia można byłoby zastosować dane dotyczące cen obowiązujących w innym państwie członkowskim. W przypadku rynków geograficznych obejmujących swoim zasięgiem tylko pewien region w danym państwie, ceny sprzedaży mąki obowiązujące na innym rynku regionalnym mogłyby stanowić odpowiedni punkt odniesienia.

¹²⁸ Nie ma to wpływu na stosowanie przepisów krajowych, zgodnie z którymi powód może zastosować podstawowe, nieskorygowane porównania między cenami żądanymi w okresie występowania naruszenia i w okresie braku naruszenia w celu złożenia wstępnego pisma procesowego lub w celu spełnienia swoich obowiązków nałożonych na niego zgodnie z przepisami prawa krajowego w odniesieniu do przedstawiania twierdzeń ograniczających się do faktów (w szczególności, jeżeli zgodnie z prawem krajowym sądy mogą ustalać wysokość przyznawanego odszkodowania na podstawie przybliżonego oszacowania lub określenia *ex aequo et bono*). Ponadto nie ma to również wpływu na przepisy dotyczące standardu dowodu i ciężaru dowodu.

157. Aby porównywane ceny stanowiły odpowiedni wskaźnik dla cen, które obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia, nie powinny one być podlegać wpływowi tego samego lub podobnego naruszenia reguł konkurencji. Jeżeli w przypadku kartelu na rynku mąki wykorzystuje się dane dotyczące cen obowiązujących na sąsiadującym rynku geograficznym i istnieją dowody na to, że porozumienie antykonkurencyjne objęło swoim zasięgiem dany rynek sąsiadujący, uwzględnienie cen obowiązujących na tym rynku doprowadziłoby do zaniżenia wysokości nadmiernego obciążenia. Ponadto w przypadku rynków sąsiadujących wystąpienie naruszenia na jednym rynku może oddziaływać na dany rynek sąsiadujący (na przykład poprzez wzrost popytu na rynku, na którym nie doszło do naruszenia), przez co również w takiej sytuacji nie będzie możliwe odzwierciedlenie cen, które obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia.
158. Jeżeli porównywany rynek charakteryzuje się innymi cechami, dane dotyczące cen obowiązujących na tym rynku również mogą nie stanowić wystarczającego wskaźnika cen, jakie obowiązywałyby, gdyby nie doszło do naruszenia. W omawianym przypadku dostawcami na rynku objętym naruszeniem są cztery przedsiębiorstwa młynarskie. Przykładowo, jeżeli można wykazać, że zanim zaczęto stosować praktyki polegające na naruszeniu, istniała intensywna konkurencja, dane dotyczące cen obowiązujących na rynku sąsiadującym charakteryzującym się występowaniem dominującego przedsiębiorstwa młynarskiego mogą nie odzwierciedlać w wystarczającym stopniu cen, które obowiązywałyby, gdyby nie istniał kartel, i mogą służyć jedynie jako podstawa do oszacowania dolnego pułapu.
159. Jeżeli piekarnia występująca w charakterze powoda wykorzystuje dane dotyczące cen obowiązujących na innym rynku geograficznym w formie, w jakiej zostały odnotowane, z założenia przyjmuje ona, że pozostałe różnice między cenami rzeczywiście płaconymi a cenami obowiązującymi na rynku porównywanym są spowodowane naruszeniem. W zależności od okoliczności danej sprawy i wymogów zgodnych z obowiązującym prawem można zastosować techniki opisane w części 2 sekcja II B powyżej w celu określenia i uwzględnienia ewentualnych alternatywnych czynników oddziaływania na ceny.
160. Kolejnym sposobem oszacowania ceny w przypadku braku naruszenia jest dokonanie porównania z danymi dotyczącymi cen obowiązujących na innych rynkach produktowych. W przypadku mąki trudne może być jednak znalezienie wystarczająco podobnego rynku produktowego, który nie byłby objęty wpływem tego samego lub podobnego naruszenia.

(3) Przerzucanie nadmiernych obciążeń

161. Istnieje możliwość, że klienci bezpośredni przedsiębiorstw popełniających naruszenie, którzy ponieśli nadmierne obciążenie na skutek istnienia kartelu, sami sprzedają dalej produkty, na które naruszenie wywiera wpływ (lub wykorzystują je jako nakład we własnej produkcji innych towarów lub do świadczenia usług). W omawianym powyżej przykładzie kartelu producentów mąki, klientami bezpośrednimi przedsiębiorstw popełniających naruszenie są piekarnie nabywające mąkę w celu wypiekania pieczywa, które następnie sprzedają bezpośrednio klientom końcowym lub zaopatrują w nie supermarkety. Możliwe, że w reakcji na wzrost ceny powyżsi klienci bezpośredni (piekarnie) podwyższają ceny własnych towarów lub usług (sprzedawanego przez nie pieczywa), przerzucając w ten sposób część lub całość wartości początkowego nadmiernego obciążenia na własnych klientów (czyli na konsumentów lub na supermarkety). Taka sama sytuacja zachodzi, jeżeli to

klienci *pośredni* (w omawianej sprawie są nimi supermarkety) sami podnoszą własne ceny sprzedaży w ramach transakcji dokonywanych z ich klientami, w ten sposób przerzucając nadmierne obciążenie, które w pierwszej kolejności zostało przerzucone na nich.

162. Z tego rodzaju przerzucaniem nadmiernych obciążeń zazwyczaj wiąże się wystąpienie spadku wielkości sprzedaży: jak opisano powyżej w pkt 128 i następnym, wzrost ceny prowadzi zazwyczaj do zmniejszenia popytu. W przypadku omawianego kartelu producentów mąki, jeżeli piekarnia przerzuca nadmierne obciążenie na supermarkety i klientów końcowych, podnosząc ceny pieczywa, może ona w ten sposób ograniczyć niekorzystne dla siebie skutki finansowe nadmiernego obciążenia, ale dotknie ją problem zmniejszonego popytu¹²⁹. Dla danej piekarni zmniejszenie popytu oznacza mniejszą wielkość sprzedaży i utratę korzyści – czyli szkodę, która również powstaje wskutek naruszenia i powinna zostać wyrównana (zob. sekcja III poniżej).
163. Wzrost cen powstały na skutek przerzucenia nadmiernych obciążeń wiąże się zatem nieodłącznie ze zmniejszeniem wielkości sprzedaży. W praktyce zarówno przerzucanie nadmiernych obciążeń, jak i spadek wielkości sprzedaży zależą do tych samych czynników, a szczególnie od elastyczności popytu ze strony klientów na rynku niższego szczebla. Wynika to z faktu, że warunki rynkowe dotyczące popytu na rynku niższego szczebla wpływają zarówno na cenę sprzedaży, jak i na odpowiadające wielkości sprzedaży, przy jakich piekarnia zmaksymalizowałaby swoje zyski.
164. W kontekście roszczenia odszkodowawczego z tytułu nadmiernego obciążenia w ramach powództwa o odszkodowanie wynikłego z naruszenia prawa ochrony konkurencji, przerzucanie nadmiernego obciążenia może mieć znaczenie w dwóch różnych sytuacjach:
- a) w przypadku wystąpienia z powództwem przez klienta bezpośredniego ubiegającego się o wyrównanie zapłaconego przez niego początkowego nadmiernego obciążenia (w omawianym przykładzie: roszczenie piekarni wobec Młyna A), pozwany uczestnik kartelu, który dopuścił się naruszenia, może argumentować, że klientowi bezpośredniemu nie należy się wyrównanie szkody poniesionej wskutek nadmiernego obciążenia o kwotę, o którą podniósł własne ceny, a więc przerzucił nadmierne obciążenie. Takie działanie jest powszechnie zwane „zarzutem przerzucenia obciążeń”. Jak już wspomniano, przerzucenie obciążeń przez nabywcę może spowodować, że odniesie on straty w wielkości sprzedaży i w konsekwencji utraci korzyści;
 - b) wystąpienie z powództwem przez klienta pośredniego wobec podmiotu popełniającego naruszenie (na przykład supermarket lub konsumenta, którzy nabyli pieczywo od piekarni i którzy występują z roszczeniem wobec przedsiębiorstw młynarskich) będzie również zależeć od argumentu dotyczącego przerzucania obciążeń. W praktyce nabywca pośredni może ubiegać się o odszkodowanie z tytułu nadmiernego obciążenia jedynie w przypadku, w którym początkowe nadmierne obciążenie zostało częściowo lub

¹²⁹ Tego rodzaju związek między przerzucaniem nadmiernego obciążenia przez dane przedsiębiorstwo i jego własną wielkością sprzedaży zostało również podkreślone w innym kontekście przez Trybunał Sprawiedliwości wyroku z 2003 r. w sprawie C-147/01 *Weber's Wine World*, Rec. s. I-11365, pkt 98–99: „nawet jeżeli ustalono, że (...) obciążenie (...) zostało w całości lub częściowo przerzucone na osoby trzecie (...), dana osoba może ponosić stratę w wyniku spadku wielkości jej sprzedaży”.

w całości przerzucone na niego. Może to mieć znaczenie dla powodów znajdujących się na różnych poziomach łańcucha dostaw, w tym dla klientów końcowych.

165. Istnieją różne przepisy prawa dotyczące dostępności zarzutu przerwienia obciążeń i ciężaru dowodu w tym kontekście¹³⁰. Przedstawione w pkt 168 i następnym aspekty gospodarcze dotyczące ustalania przerwienia obciążeń mogą okazać się przydatne niezależnie od konstrukcji tych przepisów.
166. W obu przedstawionych powyżej sytuacjach powód i pozwani mogą oprzeć się na dwóch różnych podejściach, aby uzasadnić zarzut, że nadmierne obciążenie przerzucono na klienta pośredniego – mają oni możliwość albo:
- a) ustalenia kwoty początkowego nadmiernego obciążenia i określenia wartości obciążenia przerzuconego na klienta pośredniego, ewentualnie również z uwzględnieniem kilku poziomów łańcucha dostaw i przy zastosowaniu technik ekonometrycznych przedstawionych powyżej, albo
 - b) zastosowania metod i technik przedstawionych powyżej w celu określenia, czy zainteresowany klient pośredni został nadmiernie obciążony. To drugie podejście jest często łatwiejsze do zastosowania.
167. Na przykład, jeżeli klient pośredni występuje z roszczeniem odszkodowawczym z tytułu nadmiernego obciążenia spowodowanego zaistnieniem kartelu, może on albo wykazać, że wystąpiło początkowe nadmierne obciążenie, które zostało przerzucone na niego¹³¹, albo ustalić wartość nadmiernego obciążenia przerzuconą na jego poziom w taki sam sposób, w jaki bezpośredni klient ustaliłby wartość początkowego nadmiernego obciążenia, tj. poprzez porównanie ceny, którą rzeczywiście zapłacił, z prawdopodobną ceną, która obowiązywałaby w przypadku scenariusza braku naruszenia: dzięki zastosowaniu metod porównawczych można uzyskać przydatne spostrzeżenia dotyczące wysokości nadmiernego obciążenia poniesionego przez klientów pośrednich, bez konieczności określenia, w jakim stopniu obciążenie to zostało przerzucone. Na przykład dzięki zastosowaniu porównania danych w czasie w odniesieniu do cen zapłaconych przez klienta pośredniego przed wystąpieniem naruszenia i w jego trakcie, może być możliwe ustalenie, o jaką wartość wzrosły te ceny w wyniku naruszenia, bez konieczności ustalania kwoty przerzuconego obciążenia.
168. Ustalenie typowej kwoty przerzucanego obciążenia, która miałaby zastosowanie w większości przypadków, jest niemożliwe. W celu oszacowania kwot przerzuconych obciążeń należy raczej dokładnie zbadać wszystkie cechy danego rynku. Istnienie i wartość przerzuconego obciążenia w konkretnej sprawie określa się na podstawie szeregu różnych kryteriów i w związku z tym mogą być one ocenione jedynie przy uwzględnieniu warunków panujących na danym rynku.
169. Jeżeli klient bezpośredni przedsiębiorstw popełniających naruszenie wykorzystuje towary będące przedmiotem kartelu, aby konkurować na rynku niższego szczebla,

¹³⁰ Wnioski dotyczące polityki w zakresie traktowania przerwiania nadmiernych obciążeń w ramach powództwa o odszkodowanie wynikającego z naruszenia prawa ochrony konkurencji przedstawiono w białej księdze Komisji w sprawie roszczeń o naprawienie szkody wynikłej z naruszenia wspólnotowego prawa ochrony konkurencji (COM(2008) 165 final z 2.4.2008).

¹³¹ Jeżeli klient pośredni uzasadnia swoje roszczenie odnosząc się do kwoty przeniesionej, a naruszenie dotyczy czynnika produkcji, którego wartość jest niewielka w porównaniu z całkowitą ceną produktu, przydatnym wskaźnikiem mogą okazać się łatwiejsze do oszacowania kwoty przeniesione w ramach innych ważniejszych czynników produkcji.

istnieje prawdopodobieństwo, że taki klient bezpośredni nie będzie miał możliwości przerzucenia tej nadwyżki ceny (lub będzie mógł to uczynić jedynie w ograniczonym stopniu), jeżeli jego konkurenci na danym rynku niższego szczebla nie musieli ponosić tego samego lub podobnego nadmiernego obciążenia (na przykład w sytuacji, w której uzyskują swoje nakłady z rynku nieobjętego wpływem kartelu). W omawianym przypadku kartelu producentów mąki piekarnia występująca w charakterze powoda konkuruje z innymi piekarniami w zakresie produkcji i dostawy pieczywa. Jeżeli te pozostałe piekarnie nie nabyły mąki od członków kartelu, tylko miały możliwość uzyskania jej po niższej cenie z innego źródła, piekarnia, która nabyła mąkę od kartelu, znajduje się w sytuacji niekorzystnej z punktu widzenia konkurencyjności w porównaniu z własnymi konkurentami, przez co nie decyduje się na przerzucenie dodatkowego kosztu wynikającego z nadmiernego obciążenia.

170. Jeżeli wszystkie przedsiębiorstwa działające na danym rynku niższego szczebla padają ofiarą kartelu, a co za tym idzie są w podobnym stopniu narażone na płacenie bezpośredniego nadmiernego obciążenia, istnieje prawdopodobieństwo, że klient bezpośredni będzie w stanie przerzucić przynajmniej część tego nadmiernego obciążenia. Stopień takiego przerzucenia nadmiernych obciążeń zależy od intensywności konkurencji na rynku niższego szczebla: jeżeli rynek niższego szczebla jest doskonale konkurencyjny, kwota przerzuconego nadmiernego obciążenia wyniesie praktycznie 100 %. Odzwierciedla to fakt, że na rynkach doskonale konkurencyjnych cena jest równa kosztom krańcowym, a w związku z tym wzrost ceny nakładów prowadzi bezpośrednio do takiego samego wzrostu kosztu/ceny produkcji. W przypadku rynków, które nie są doskonale konkurencyjne, istnieje prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa dotknięte skutkami naruszenia przerzucą przynajmniej część nadmiernego obciążenia, chociaż niekoniecznie musi to być 100 %. Przykładowo, jeżeli klient bezpośredni ma monopol na określonym rynku niższego szczebla, zdecyduje się on na przerzucenie kwoty nadmiernego obciążenia, która z jego perspektywy będzie odzwierciedlać cenę ustaloną w celu maksymalizacji zysku w świetle spadku popytu, jaki prawdopodobnie nastąpi wskutek przerzucenia nadmiernego obciążenia¹³².
171. Do pozostałych cech, które również mogą mieć wpływ na wysokość przerzuconych obciążeń w takich sytuacjach (jeżeli wszystkie inne czynniki pozostają stałe), należą:
- cenowa elastyczność popytu i kwestia, czy klienci stają się w mniejszym lub większym stopniu wrażliwi na ceny w momencie, w którym następuje ich wzrost. W szczególności wystąpienie przerzucenia obciążeń jest na ogół bardziej prawdopodobne, jeżeli klienci niechętnie przechodzą na nabywanie innych produktów w następstwie wzrostu cen (popyt nieelastyczny) oraz jeżeli wrażliwość klientów na wzrost cen maleje, kiedy ceny są wyższe;
 - zmienność kosztów krańcowych przy zmianach w wielkości produkcji. Na przykład, wystąpienie znacznego przerzucenia obciążeń jest mniej prawdopodobne, jeżeli koszt krańcowy ulegnie znaczącemu obniżeniu w następstwie zmniejszenia wielkości produkcji, ponieważ wyprodukowanie mniejszej ilości towaru byłoby mniej kosztowne (np. w przypadku ograniczenia mocy produkcyjnych); i odwrotnie, wystąpienie znacznego

¹³² Dokładny zakres przeniesienia będzie zależeć od popytu na działalność klienta bezpośredniego i od jego struktury kosztów. Na przykład w prostym przypadku monopolisty, którego dotyczy liniowa krzywa popytu (co oznacza, że stosunek ilości do ceny można przedstawić jako linię prostą) i stałe koszty krańcowe, wartość przeniesienia wyniesie 50 % bezpośredniego nadmiernego obciążenia.

przerzucenia obciążeń jest bardziej prawdopodobne, jeżeli koszt krańcowy nie ulegnie znaczącemu obniżeniu w następstwie zmniejszenia wielkości produkcji (np. wskutek braku ograniczeń mocy produkcyjnych);

- wpływ naruszenia na różne rodzaje kosztów. Jeżeli naruszenie ma wpływ na koszty zmienne, wystąpienie przerzucenia obciążeń jest bardziej prawdopodobne niż w sytuacji, w której naruszenie wpływa na koszty stałe;
- czas trwania naruszenia i częstotliwość dokonywania wymian handlowych. Jeżeli naruszenie występuje przez długi okres, bardziej prawdopodobne jest wystąpienie przerzucenia pewnej kwoty nadmiernego obciążenia; odnosi się to również do sektorów, w których często dochodzi do wymian handlowych i zmian cen.

B. Ustalanie wysokości nadmiernych obciążeń powodowanych innymi rodzajami naruszeń prowadzących do szkody w postaci nadmiernego obciążenia

172. Występowanie karteli jest tylko jednym z naruszeń prowadzących do wzrostu cen płaconych przez klientów przedsiębiorstw popełniających naruszenie, a co za tym idzie do szkody w postaci nadmiernego obciążenia (lub do „zbyt niskiego obciążenia” w przypadku naruszeń dotyczących zaopatrywania przedsiębiorstw popełniających naruszenie). Do innych przykładów zachowań, które mogą prowadzić do powstawania szkody w postaci nadmiernego obciążenia, należą naruszenia postanowień art. 101 TFUE polegające na określonych antykonkurencyjnych wspólnych przedsięwzięciach oraz nadużycie polegające na narzucaniu zawyżonych cen przez przedsiębiorstwo dominujące w rozumieniu art. 102 TFUE.
173. Cechą wspólną tych naruszeń jest fakt, że mogą one bezpośrednio lub pośrednio umożliwić przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwom popełniającym naruszenie podniesienie cen płaconych przez ich klientów¹³³. Jak opisano powyżej, płacenie takich nadmiernych obciążeń prowadzi z kolei do zmniejszenia popytu, a co za tym idzie do spadku wielkości sprzedaży.
174. Metody i techniki, których zastosowanie w przypadku nadmiernego obciążenia spowodowanego kartelem opisano powyżej¹³⁴, można zasadniczo wykorzystać do ustalenia wysokości szkody w postaci nadmiernego obciążenia spowodowanej innymi rodzajami naruszeń. Punktem wyjścia jest pytanie, jak wyglądałaby sytuacja powoda, gdyby nie doszło do przedmiotowego naruszenia.

III. USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY SPOWODOWANEJ SPADKIEM WIELKOŚCI SPRZEDAŻY

175. Wzrost cen określonego produktu prowadzi do zmniejszenia popytu. Ponieważ poziomy wzrostu cen i zmniejszenia wielkości sprzedaży w następstwie naruszenia zależą od tych samych parametrów kosztów i popytu, określone są one wspólnie. W związku z tym nadmierne obciążenie wiąże się nieodłącznie ze spadkiem wielkości sprzedaży.
176. W przypadku nadmiernego obciążenia klienta pośredniego (jak opisano powyżej w pkt 161 i następnym) spadek wielkości sprzedaży wiąże się również ściśle z

¹³³ Lub obniżenie cen płaconych dostawcom przez ich klientów, jeżeli naruszenie dotyczy zaopatrywania przedsiębiorstw popełniających naruszenie.

¹³⁴ Zob. pkt 149 i następane oraz pkt 155 i następane.

przerzucaniem nadmiernego obciążenia na inne poziomy łańcucha dostaw aż do klienta końcowego: jeżeli klient przedsiębiorstwa popełniającego naruszenie nie przerzuca nadmiernego obciążenia, a więc przejmuje je w całości, wielkość jego własnej sprzedaży nie maleje wskutek naruszenia, ponieważ jego klienci nie doświadczają wzrostu cen spowodowanego naruszeniem. Jeżeli jednak nadmierne obciążenie zostanie częściowo lub w całości przerzucone na klienta końcowego, wzrost cen opisany w pkt 128 będzie tego klienta dotyczył i ograniczy on swój popyt. To z kolei spowoduje zmniejszenie popytu na wyższych poziomach łańcucha dostaw.

177. Jak wyjaśniono powyżej, dla bezpośrednich lub pośrednich klientów przedsiębiorstw popełniających naruszenie, którzy wykorzystują dany produkt do celów własnej działalności handlowej, takie zmniejszenie popytu („spadek wielkości sprzedaży”) oznacza, że sprzedają oni mniej w wyniku wystąpienia naruszenia i w związku z tym tracą zysk, który osiągnęliby ze sprzedaży jednostek, których nie sprzedali ze względu na wystąpienie tego spadku. Taka utrata zysku stanowi szkodę, za którą można przyznać odszkodowanie¹³⁵, i zasadniczo do ustalenia jej wysokości¹³⁶ można zastosować metody i techniki opisane powyżej w części 2.
178. W szczególności metody i techniki porównawcze, których zastosowanie w zakresie ustalania początkowego nadmiernego obciążenia poniesionego przez klienta bezpośredniego opisano powyżej, mogą dostarczyć powodowi przydatnych wskazówek przy określaniu kwoty, o jaką zmniejszyły się jego obrót i zyski. Można na przykład zastosować porównanie danych w czasie lub porównanie rynków w celu rekonstrukcji wielkości sprzedaży w scenariuszu braku naruszenia, tj. liczby jednostek, jaką powód byłby w stanie sprzedać, gdyby nie doszło do naruszenia. Podobnie zastosowanie tych metod i technik można wykorzystać w celu ustalenia hipotetycznej marży zysku w scenariuszu braku naruszenia. W niektórych przypadkach sąd może dopuścić zastosowanie tych metod w uproszczonej formie, na przykład określenie średniej wartości marży zysku na każdą transakcję, a następnie pomnożenie jej przez liczbę jednostek, których nie sprzedano wskutek wystąpienia naruszenia¹³⁷.
179. Utrata korzyści jest rodzajem szkody często powiązaniem z naruszeniem, które prowadzi do wyłączenia konkurentów z danego rynku. W części 4 niniejszego praktycznego przewodnika przedstawiono więcej szczegółowych informacji na temat ustalania tego rodzaju szkody. Spostrzeżenia przedstawione w tej części mogą mieć również znaczenie przy ustalaniu utraty korzyści spowodowanej wzrostem cen.

¹³⁵ Wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – C-298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 95.

¹³⁶ Z wyjątkiem metody opartej na kosztach.

¹³⁷ Zob. również pkt 191 poniżej.

Część 4 — ustalanie wysokości szkody spowodowanej praktykami wyłączającymi

I. SKUTKI PRAKTYK WYŁĄCZAJĄCYCH

180. Skutkiem wystąpienia naruszeń postanowień art. 101 lub 102 TFUE może być całkowite wyłączenie konkurentów z rynku lub ograniczenie ich udziałów w rynku. Tego rodzaju skutki naruszeń dla konkurentów są powszechnie znane jako „zamknięcie dostępu”. Przykładami takich praktyk są nadużycia pozycji dominującej zakazane postanowieniami art. 102 TFUE polegające na przykład na stosowaniu cen drapieżnych, stosowaniu systemów wyłączności, odmowie dostaw, sprzedaży związanej, sprzedaży pakietowej lub zawężeniu marży¹³⁸. Tego rodzaju nadużycia nazywane są „nadużyciami wyłączającymi”. Zamknięcie konkurentom dostępu do rynku może również być przedmiotem lub skutkiem praktyk zakazanych postanowieniami art. 101 TFUE. „Praktyki wyłączające” mogą zatem obejmować zarówno naruszenia postanowień art. 101, jak i 102 TFUE.
181. Za sprawą stosowania praktyk wyłączających zakazanych regułami konkurencji zawartymi w Traktacie podmioty popełniające naruszenie zakłócają konkurencję w celu polepszenia lub sztucznego utrzymania swojej pozycji na rynku. Ma to bezpośredni wpływ na ich konkurentów poprzez pogorszenie ich pozycji na rynku, wyłączenie ich z rynku lub uniemożliwienie im wejścia na rynek. Praktyki wyłączające mogą wywierać wpływ na koszty ponoszone przez danego konkurenta, na cenę, jakiej jest w stanie zażądać za swoje produkty, lub wielkość produkcji i sprzedaży, jaką jest w stanie osiągnąć. Zazwyczaj przedmiotowe praktyki prowadzą do utraty korzyści przez konkurentów, na których mają wpływ.
182. Ponadto tego rodzaju praktyki poprzez wpływanie w sposób niezgodny z prawem na pozycję rynkową konkurentów, a więc na poziom konkurencji na rynku, powodują szkodę dla klientów w postaci wyższych cen lub ograniczonego wyboru, pogorszonej jakości lub mniejszej innowacyjności. Szkodliwe skutki praktyk wyłączających dla klientów nie zawsze są jednak natychmiast odczuwalne, ponieważ w pierwszej kolejności praktyki te ukierunkowane są na konkurentów, zmniejszając w ten sposób presję konkurencyjną wywieraną przez nich na podmioty popełniające naruszenie. Rodzaje naruszeń opisane w części 3 zazwyczaj prowadzą do odniesienia przez podmioty popełniające naruszenie natychmiastowych nielegalnych zysków i do poniesienia natychmiastowej szkody przez klientów, natomiast praktyki wyłączające mogą początkowo prowadzić do wystąpienia niekorzystnej sytuacji dla podmiotów popełniających naruszenie i, w krótkiej perspektywie, lepszych cen dla klientów. Zazwyczaj ma to miejsce w przypadku praktyki stosowania cen drapieżnych. W poniższych sekcjach omówiono oddzielnie kwestie ustalania wysokości szkody poniesionej przez konkurentów (sekcja II) i szkody poniesionej przez klientów (sekcja III).
183. W Traktacie zagwarantowano konsumentom i przedsiębiorstwom, które poniosły szkodę na skutek praktyki wyłączającej, prawo do odszkodowania niezależnie od tego, czy są klientami, czy konkurentami podmiotów popełniających naruszenie. Jak już wcześniej wspomniano, Trybunał Sprawiedliwości dokładnie określił, że tego

¹³⁸ Opis tych praktyk zawarto również w komunikacie Komisji – wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące, Dz.U. C 45 z 24.2.2009, s. 7.

rodzaju odszkodowanie obejmuje szkodę faktyczną (*damnum emergens*), odszkodowanie za korzyści utracone wskutek naruszenia (*lucrum cessans*) oraz płatność odsetek¹³⁹. Do celów ustalania wysokości szkody powstałej na skutek praktyk wyłączających, poniższe sekcje będą dotyczyły przede wszystkim pojęcia „utruty korzyści”, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości. Pojęcie „utruty korzyści” będzie stosowane w szerokim znaczeniu i będzie oznaczało każdą różnicę między rzeczywistymi korzyściami odniesionymi przez dane przedsiębiorstwo i korzyściami, jakie osiągnęłoby, gdyby nie doszło do naruszenia. Podejścia do ustalania tego rodzaju utraty korzyści opisane poniżej pozostają bez uszczerbku dla możliwości dochodzenia przez poszkodowane strony odszkodowania z tytułu innych rodzajów szkody na mocy prawa krajowego. Niektóre elementy szeroko pojętej utraty korzyści mogą rzeczywiście zawierać się w różnych pojęciach prawnych zgodnych z prawem państw członkowskich (takich jak utrata szansy¹⁴⁰ lub utrata reputacji), a ponadto mogą występować również rodzaje szkody spowodowanej zachowaniami wyłączającymi wykraczające poza pojęcie utraty korzyści.

II. USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY PONOSZONEJ PRZEZ KONKURENTÓW

184. Utrata korzyści przez konkurentów może być spowodowana zmniejszeniem przychodów (np. poprzez ograniczenie ilości produktów, jaką konkurenci są w stanie sprzedać) lub wzrostem kosztów (np. w sytuacji, w której naruszenie wpływa na cenę nakładu). Ogólna sytuacja znajduje odzwierciedlenie w zmniejszeniu udziału w rynku danego konkurenta. W poniższych sekcjach po krótkim opisie sposobu oddziaływania praktyk wyłączających na konkurentów na przestrzeni czasu (A) i przedstawienia w skrócie ogólnego podejścia do ustalania utraty korzyści (B), omówione zostaną niektóre typowe sytuacje występujące w kontekście praktyk wyłączających, a mianowicie sytuacje, w których praktyki te wpływają na istniejących konkurentów (C) i nowych uczestników rynku (D) oraz przypadki, w których wynikająca z nich szkoda będzie ponoszona również w przyszłości (E).

A. Wymiar czasowy praktyk wyłączających

185. W zależności od okresu występowania praktyki wyłączające mogą wpływać na konkurentów na różne sposoby. Na początku występowania praktyki wyłączającej, konkurenci zazwyczaj mają trudności ze sprzedażą swoich produktów lub (jeśli praktyka występuje na rynku wyższego szczebla) uzyskaniem dostaw. Taka sytuacja przekłada się na spadek zysku spowodowany wyższymi kosztami lub mniejszymi przychodami. Zazwyczaj konkurenci doświadczają spadku udziałów w rynku lub mają mniejszy udział w rynku niż w przypadku braku naruszenia (na przykład, jeżeli zapobiega się ich rozwojowi). Faza ta może zbiec się ze wzrostem zysku przedsiębiorstw popełniających naruszenie. Może się tak jednak nie zdarzyć, ponieważ podmioty te mogą być zmuszone ponieść koszty związane z realizacją praktyk wyłączających (np. z obniżeniem swoich cen, zmniejszaniem własnej sprzedaży wskutek rezygnacji z zaopatrywania danego konkurenta, oferowaniem rabatów lub innych korzyści klientom, na skutek których występuje krótkotrwałe obniżenie zysków odnoszonych przez podmiot popełniający naruszenie). W końcowym rozrachunku konkurenci mogą zostać wyparci z rynku.

¹³⁹ Wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – 298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619, pkt 95.

¹⁴⁰ Utrata szansy określa możliwości w zakresie działalności gospodarczej utracone za sprawą wystąpienia niezgodnej z prawem praktyki wyłączającej.

186. Po skutecznym uniemożliwieniu konkurentom wejścia na rynek lub zmniejszeniu bądź wyeliminowaniu ich obecności na rynku, podmioty popełniające naruszenie zazwyczaj odzyskują poniesione straty i zwiększają się ich zyski, co odbywa się ze szkodą dla klientów i konkurentów, którym zamknięto dostęp do rynku. W czasie, w którym następuje taka sytuacja (tuż po rozpoczęciu naruszenia lub po pewnym czasie), klienci mogą być zmuszeni do płacenia wyższej ceny oraz mogą doświadczyć obniżenia jakości lub utraty wyboru. Zaistnienie takich skutków w odniesieniu do klientów wcale nie musi być uwarunkowane całkowitym wyłączeniem danego konkurenta z rynku. Takie skutki mogą również istnieć od samego początku stosowania praktyki wyłączającej, nawet jeżeli konkurenci nadal funkcjonują na rynku, pod warunkiem że wywierana przez nich presja konkurencyjna jest mniejsza.
187. Jeżeli praktyka wyłączająca zostanie wykryta przez publiczne organy egzekwowania prawa lub zakończona w wyniku powództwa prywatnego, możliwe jest stopniowe przywrócenie warunków konkurencyjnych. Należy podkreślić, że w wielu przypadkach przywrócenie warunków rynkowych, które występowałyby, gdyby nie doszło do naruszenia, jest praktycznie niemożliwe. Zależy to głównie od skutków naruszenia w odniesieniu do struktury rynku, które mogą być trudne do odwrócenia lub w przypadku których odwrócenie może okazać się dość długim procesem (istniejące zobowiązania wynikające z umowy, efekty sieciowe lub innego rodzaju bariery w zakresie ponownego wejścia na rynek konkurenta, któremu zamknięto dostęp). W związku z tym w niektórych przypadkach zaistnienie całkowitej zbieżności między scenariuszem braku naruszenia i rzeczywistym rozwojem rynku nie jest możliwe.

B. *Ogólne podejście do ustalania utraconych korzyści*

188. Aby ustalić, czy i w jakim stopniu konkurenci ponieśli utratę korzyści, należy porównać zyski odniesione przez konkurentów w trakcie występowania naruszenia na rynku, na który dane naruszenie miało wpływ, z zyskami, które odnieśli by z danych produktów w scenariuszu braku naruszenia (tj. w scenariuszu alternatywnym)¹⁴¹. W każdej sytuacji, w której można wykazać, że konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, odniósłby większe zyski w przypadku scenariusza braku naruszenia oraz że owa różnica powstała w wyniku naruszenia, ponosi on szkodę nawet jeżeli jego udział w rynku pozostaje niezmienny lub zyski wzrosły na skutek wystąpienia innych czynników¹⁴².
189. Zazwyczaj rzeczywiste zyski osiągnięte przez dane przedsiębiorstwo określa się poprzez odjęcie rzeczywiście poniesionych kosztów od rzeczywiście osiągniętych przychodów. Analogicznie zyski, które osiągnięto by w scenariuszu braku naruszenia (zyski alternatywne), można określić, odejmując oszacowane koszty, które poniesiono by w przypadku braku naruszenia (koszty alternatywne)¹⁴³, od

¹⁴¹ Nie dotyczy to roszczeń, których celem jest odzyskanie jedynie części tej straty, np. jedynie poniesionych kosztów dodatkowych. W praktyce występowanie z tego rodzaju roszczeniami wynika również z dostępności prostszych podejść do ustalania poniesionej szkody. Zob. pkt 192 poniżej.

¹⁴² Na przykład nowy uczestnik rynku posiadający duży potencjał wzrostu może utrzymać swoje zyski na tym samym poziomie, jednak zwiększyłyby je, gdyby nie doszło do naruszenia.

¹⁴³ Przy szacowaniu wartości utraconego zysku przez dane przedsiębiorstwo konieczne jest uwzględnienie kosztów dodatkowych, jakie w naturalny sposób musiałoby ponieść, aby zwiększyć produkcję. W takim wypadku koszt na jednostkę poniesiony przez przedsiębiorstwo niekoniecznie odpowiada jego kosztowi na jednostkę w scenariuszu alternatywnym. Na przykład w przypadku większych korzyści skali, koszt na jednostkę w scenariuszu alternatywnym byłby niższy niż koszt zaobserwowany, ponieważ produkcja

przychodów, jakich można byłoby oczekiwać w przypadku braku naruszenia (przychody alternatywne)¹⁴⁴. Kwota utraconych korzyści stanowi różnicę między zyskami alternatywnymi i rzeczywistymi. W przypadku uniemożliwienia wejścia na rynek, rzeczywiste zyski zazwyczaj są równe zero lub mogą nawet wynieść wartość ujemną, jeżeli konkurent, któremu zamknięto dostęp, poniósł koszty (np. inwestycje w celu wejścia na rynek), które nie zwróciły się w formie jakiegokolwiek przychodu.

190. W praktyce istnieją dwa sposoby realizacji tego podstawowego podejścia do obliczania utraconych korzyści. Możliwe jest na przykład porównanie przychodów, jakie konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, osiągnąłby w przypadku braku naruszenia, z rzeczywistymi przychodami osiągniętymi na danym rynku w sytuacji, w której na ten rynek miało wpływ naruszenie. Po ustaleniu utraconych przychodów możliwe jest odjęcie kosztów, których dane przedsiębiorstwo uniknęło na skutek wytworzenia mniejszych wielkości produkcji, w celu uzyskania wartości utraconych korzyści. W ramach tego podejścia do oszacowania utraconych korzyści nie jest konieczne ustalanie całkowitej wartości kosztów, jakie poniosłoby dane przedsiębiorstwo; wystarczy jedynie oszacować te koszty, których nie poniesiono wskutek naruszenia.
191. Istnieją również inne podejścia pragmatyczne do szacowania utraconych korzyści, które w szczególnych przypadkach mogą okazać się właściwe. Możliwe jest na przykład oszacowanie średniej marży zysku na jednostkę produktu, podlegającego wymianie handlowej w scenariuszu braku naruszenia, a następnie pomnożenie jej przez liczbę jednostek, które nie zostały sprzedane na skutek wystąpienia naruszenia¹⁴⁵. Tego rodzaju oszacowania średniego zysku na jednostkę można dokonać w oparciu o co najmniej jedną transakcję, którą można uznać za wystarczająco reprezentatywną dla działalności powoda w zakresie danego produktu. Warto zauważyć, że przy takim obliczaniu domyślnie uwzględnia się koszty, których uniknięto¹⁴⁶.
192. Z praktyki w zakresie powództwa o odszkodowanie wynikającego z naruszenia prawa ochrony konkurencji wynika, że czasami konkurenci, którym zamknięto dostęp do rynku, wolą wystąpić z roszczeniem odszkodowawczym jedynie w odniesieniu do części poniesionej szkody, na przykład do kosztów poniesionych w celu zareagowania na praktykę wyłączającą¹⁴⁷, do kosztów niemożliwych do odzyskania (kosztów utopionych) poniesionych z myślą o wejściu na rynek, do

przedsiębiorstwa byłaby wyższa w scenariuszu alternatywnym (tj. gdyby nie miało na nią wpływu naruszenie).

¹⁴⁴ Np. wyrok *Stockholms tingsrätt* (Sąd Rejonowy w Sztokholmie) z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawach połączonych T 32799-05 i T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB i in. przeciwko VPC Aktiebolag*), apelacja w toku.

¹⁴⁵ Przykład podejścia pragmatycznego opartego na rzeczywistych danych dotyczących kosztów i dochodów, zrealizowanego z wykorzystaniem technik regresji: zob. decyzja sądu *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Sąd Handlowy w Barcelonie) z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie nr 45/2010 (*Céntrica Energia S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

¹⁴⁶ W celu oszacowania wartości średniej marży zysku nadal odpowiednio mogłoby być rozważenie, jak rozwinęłaby się sytuacja w zakresie kosztów i przychodów w scenariuszu alternatywnym w przypadku braku naruszenia. Na przykład marże zysku odnotowane w okresie przed wystąpieniem naruszenia mogły ulec zmniejszeniu w okresie występowania naruszenia z powodów niezwiązanych z naruszeniem, w wyniku zmniejszenia popytu lub w wyniku wzrostu kosztów nakładów wynikającego z innych czynników. Ponadto spadek produkcji wyłączonego konkurenta mógł wpłynąć na jego koszt jednostki, w ten sposób wpływając również na wysokość marży naliczanej w odniesieniu do jednostek, które dany konkurent nadal sprzedaje.

¹⁴⁷ Np. dodatkowe koszty marketingu, które trzeba ponieść, aby utrzymać pozycję rynkową.

którego zamknięto im dostęp¹⁴⁸, lub do kwoty, którą oceniono jako zawyżoną w przypadkach zawężenia marży lub stosowania cen dyskryminujących¹⁴⁹, które to praktyki stanowią naruszenie prawa konkurencji UE. Dokonanie takiego wyboru jest często podyktowane stwierdzeniem, że ustalanie tego rodzaju szkód jest prostsze lub może wymagać mniejszej liczby danych, oraz uznaniem, że dowody przy tego rodzaju szkodach są łatwiej dostępne. Ponadto, jeżeli powód ubiega się o odszkodowanie z tytułu utraty korzyści, ustalenie wysokości szkody na podstawie poniesionych kosztów dodatkowych (utopionych i nieutopionych) będzie na ogół stanowić dolny pułap przy szacowaniu całkowitej wielkości utraconych korzyści.

193. Niezależnie od wybranej metody lub techniki ustalanie utraconych korzyści może wiązać się z ocenianiem złożonych danych dotyczących hipotetycznej sytuacji braku naruszenia, w odniesieniu do której należy ocenić rzeczywistą sytuację konkurenta, któremu zamknięto dostęp do rynku, często z uwzględnieniem możliwych zmian w przyszłości. Ocena zysków, jakie osiągnęłoby przedsiębiorstwo, w tym przyszłych zysków, może zależeć od takiej liczby czynników, że właściwe mogłoby być zapewnienie mniej wymagających warunków ustalania wysokości szkody. W związku z tym w ramach systemów prawnych można zezwolić sądom na pewną dowolność w zakresie wyboru danych liczbowych i metody statystycznej oraz sposobu, w jaki należy je wykorzystać w celu oszacowania szkody¹⁵⁰.

C. *Istniejący konkurenci*

194. W celu ustalenia wysokości szkody poniesionej przez konkurentów na skutek praktyki wyłączającej mają oni możliwość wyboru metod lub technik opisanych w części 2, na których chcą się oprzeć. Odtworzenia scenariusza braku naruszenia można dokonać poprzez porównanie z wynikami działalności osiągniętymi przez to samo przedsiębiorstwo w okresie, na który nie miało wpływu naruszenie, z wynikami podobnego przedsiębiorstwa na tym samym rynku, ze skumulowanymi zyskami danego sektora¹⁵¹ lub wynikami działalności tego samego lub podobnego przedsiębiorstwa na rynku innym niż rynek, na którym doszło do stosowania praktyki wyłączającej. Innym rozwiązaniem jest zastosowanie metod opartych na symulacjach, w wyniku których można uzyskać oszacowanie scenariusza braku naruszenia, tj. opierając symulację na szeregu założeń (dotyczących np. rodzaju interakcji konkurencyjnych zachodzących między przedsiębiorstwami), ustala się, jak prawdopodobnie przedstawiałaby się sytuacja, gdyby wyłączony konkurent miał możliwość aktywnego uczestnictwa w rynku i gdyby nie wpływała na niego praktyka wyłączająca. Możliwe jest również wykorzystanie innych metod, np. dane finansowe uzyskane od zainteresowanych przedsiębiorstw mogą dostarczyć przydatnych spostrzeżeń dotyczących prawdopodobnych dochodów przedsiębiorstw, które zostałyby osiągnięte, gdyby dane przedsiębiorstwa nie doświadczyły skutków naruszenia.

Odmowa dostawy kluczowego nakładu w odniesieniu do rozpuszczalników przemysłowych

¹⁴⁸ Np. koszty związane z budową nowej fabryki na danym rynku.

¹⁴⁹ Zob. np. decyzja *Lietuvos apeliacinis teismas* (Sąd Apelacyjny Litwy) z dnia 26 maja 2006 r. w sprawie nr 2A-41/2006 (*Stumbras*); decyzja *Højesteret* (duński Sąd Najwyższy) z dnia 20 kwietnia 2005 r. w sprawie nr 387/2002 (*GT Linien A/S przeciwko DSB*).

¹⁵⁰ Zob. np. wyrok z 2000 r. w sprawach połączonych C-104/89 oraz C-37/90 *Mulder i in. przeciwko Komisji i Radzie*, Rec. s. I-203, pkt 79.

¹⁵¹ Zob. pkt 35, 48 i 66 powyżej.

Przedsiębiorstwo Worldco jest wiodącym międzynarodowym producentem surowców stanowiących kluczowy element produkcji rozpuszczalników przemysłowych. Eusolv jest przedsiębiorstwem działającym na rynku rozpuszczalników przemysłowych od 1995 r., a przeważająca część jego obrotu pochodzi ze sprzedaży betanolu. Aby wyprodukować betanol, przedsiębiorstwo Eusolv nabywa surowiec rawbeta od przedsiębiorstwa Worldco. Worldco ma dominującą pozycję w zakresie produkcji surowca rawbeta, który stanowi jedyny surowiec nadający się do produkcji betanolu na skalę przemysłową i którego cena umożliwia wprowadzenie betanolu do obrotu. W surowiec rawbeta przedsiębiorstwo Worldco zaopatruje również swoją jednostkę zależną Subco, która od 2004 r. produkuje betanol i konkuruje z przedsiębiorstwem Eusolv.

W 2006 r. przedsiębiorstwo Worldco postanowiło zaprzestać zaopatrywania w surowiec rawbeta przedsiębiorstw sprzedających betanol w Unii Europejskiej, z wyjątkiem Subco, jej własnej jednostki zależnej. Początkowo przedsiębiorstwo Eusolv próbuje pozyskać wystarczającą ilość surowca rawbeta od alternatywnych dostawców lub zastąpić nakład surowca rawbeta innymi surowcami wytwarzanymi w procesach eksperymentalnych, które są znacznie droższe i powodują gwałtowne podwyżki ceny sprzedaży betanolu oraz obniżenie jego jakości i przydatności do celów przemysłowych. W rezultacie przedsiębiorstwo Eusolv doświadcza stopniowego zmniejszania swojej wielkości sprzedaży i ostatecznie w 2010 r. zaprzestaje produkcji betanolu. W tym samym roku Eusolv występuje z powództwem o odszkodowanie przeciwko przedsiębiorstwu Worldco i jej jednostce zależnej Subco w celu odzyskania korzyści utraconych wskutek odmowy dostaw. Sąd stwierdza, że praktyka stosowana przez przedsiębiorstwo Worldco stanowiła nadużycie pozycji dominującej zabronione postanowieniami art. 102 TFUE.

(1) Porównanie danych w czasie

195. Jeżeli w ramach praktyki wyłączającej wywiera się wpływ na istniejących konkurentów, prawdopodobnie dostępne są dane pochodzące od tego samego przedsiębiorstwa dotyczące okresu, w którym takiego wpływu nie wywierano. W takich przypadkach korzyści utracone przez poszkodowanego konkurenta można oszacować poprzez dokonanie porównania danych w czasie. Scenariusz braku naruszenia można byłoby ustalić na przykład poprzez odniesienie się do danych dotyczących przychodów i kosztów poszkodowanego przedsiębiorstwa odnotowanych przed wystąpieniem skutków naruszenia prowadzącego do wyłączenia¹⁵². W wielu sprawach dotyczących praktyk wyłączających dane pochodzące z okresu po naruszeniu mogą być niedostępne lub mogą nie być równie odpowiednie, szczególnie jeżeli istnieje możliwość, że skutki naruszenia spowodują zmiany w strukturze danego rynku i prawdopodobnie nie będą krótkotrwałe, na przykład w sytuacjach, w których dany konkurent został wyłączony z rynku i istnieją bariery w zakresie ponownego wejścia na rynek w krótkim czasie lub jeżeli dany konkurent utracił udziały w rynku, które na skutek wystąpienia efektów sieciowych¹⁵³ mogą okazać się trudne do odzyskania.

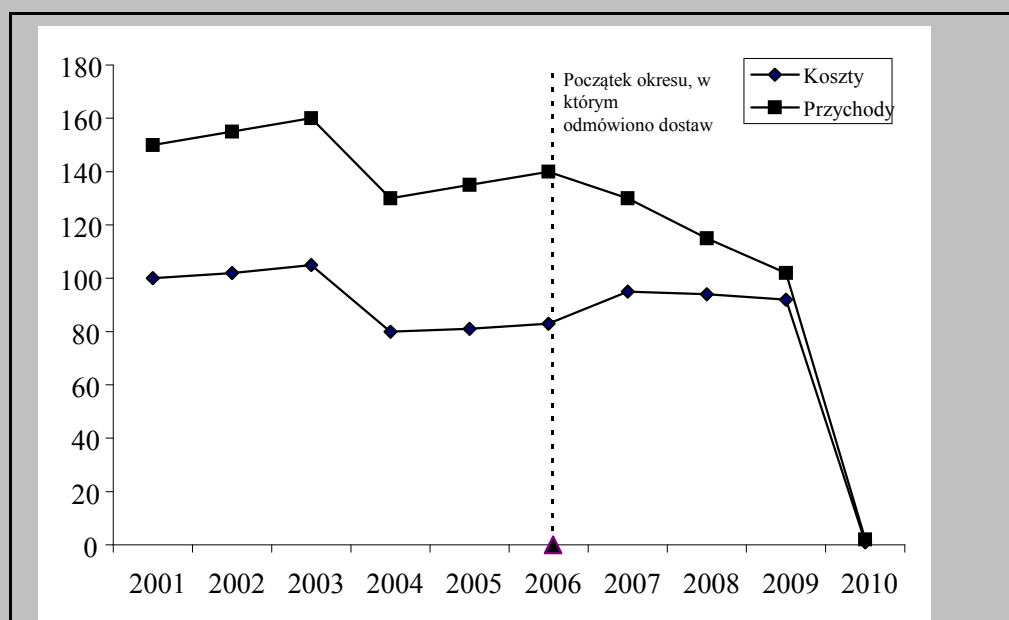
¹⁵² Przykład zastosowania porównania z danymi odnotowanymi przed wystąpieniem naruszenia i w trakcie jego występowania w celu oszacowania szkody poniesionej wskutek praktyki wyłączającej zabronionej postanowieniami art. 101 TFUE zawarto w decyzji *Corte d'Appello di Milano* (Sąd Apelacyjny w Mediolanie) z dnia 3 lutego 2000 r. w sprawie nr I, 308 (*Inaz Paghe* przeciwko *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

¹⁵³ Produkt jest przedmiotem efektów sieciowych, jeżeli jego wartość dla każdego użytkownika rośnie w miarę przybywania innych użytkowników.

W przykładzie dotyczącym betanolu wiarygodne dane pochodzące z okresu po naruszeniu nie są dostępne, ponieważ Eusolv, czyli przedsiębiorstwo poszkodowane, nie jest już aktywne na danym rynku a jego skuteczne ponowne wejście na rynek natychmiast po zaprzestaniu naruszenia może nie być możliwe. Przedsiębiorstwo Eusolv postanawia zatem ustalić prawdopodobny scenariusz braku naruszenia, wykorzystując dane sprzed 2006 r., w którym rozpoczęto stosowanie praktyki wyłączającej.

196. W niektórych okolicznościach istnieje możliwość dopracowania danych wykorzystywanych w celu dokonania porównania, dotyczących przychodów i kosztów, które odnotowano przed wystąpieniem naruszenia. Przykładowo – i w zależności od obowiązujących przepisów krajowych w sprawie dowodów i ciężaru dowodu – pozwany może zakwestionować kwotę oszacowaną przez powoda poprzez wskazanie innych czynników, które mogły mieć negatywny wpływ na wyniki działalności danego przedsiębiorstwa i które nie mają związku z naruszeniem, takich jak spadek inwestycji we wprowadzanie na rynek, utrata konkurencyjności danego produktu lub wzrost kosztu nakładów właściwy dla konkurenta występującego z roszczeniem odszkodowawczym. Z drugiej strony można wykazać, że sytuacja poszkodowanego konkurenta byłaby w scenariuszu braku naruszenia korzystniejsza niż przed wystąpieniem naruszenia, na przykład ponieważ wykazywał on potencjał wzrostu. Zasadniczo im dłużej dany konkurent był obecny na określonym rynku i im stabilniejsza była jego pozycja na tym rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że odniesienie do okresu, w którym naruszenie nie wpływało na przedmiotowy rynek, będzie bardziej wiarygodne. Innymi słowy, dla odniesienia się do sytuacji sprzed naruszenia zmiany będą bardziej korzystne¹⁵⁴, jeżeli poszkodowany konkurent był nowym uczestnikiem rynku, ponieważ było bardziej prawdopodobne, że jego udział w rynku podlegałby wahaniom.

W omawianym przykładzie przedsiębiorstwo Eusolv dostarcza dane dotyczące całkowitej wartości swoich rzeczywistych przychodów i kosztów wiążących się z produkcją i sprzedażą betanolu, jak przedstawiono na poniższym wykresie:

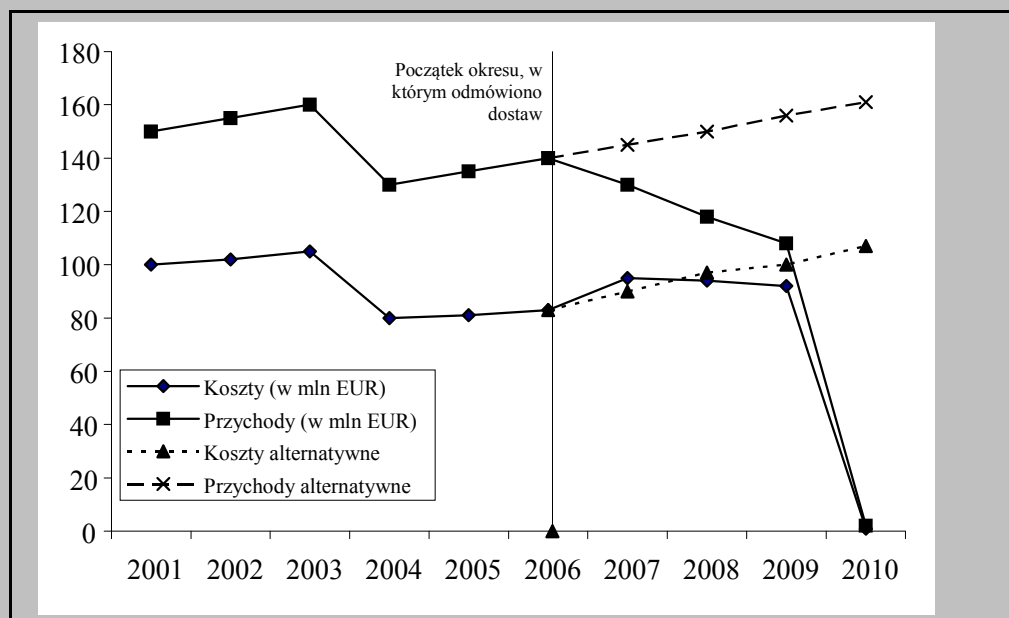


¹⁵⁴ Tego rodzaju zmiany można wykonać przy wykorzystaniu technik opisanych w pkt 59 i następnych powyżej.

W celu ustalenia wiarygodnego scenariusza braku naruszenia nie uwzględniono danych pochodzących sprzed 2004 r., ponieważ w tym okresie przedsiębiorstwo Subco, będące najpoważniejszym konkurentem przedsiębiorstwa Eusolv, nie prowadziło jeszcze działalności na danym rynku, natomiast po 2004 r. i przed 2006 r. Eusolv miało stabilny udział w rynku.

Zgodnie z przepisami krajowymi dotyczącymi ciężaru dowodu i standardu dowodu Eusolv dostarcza dane liczbowe dotyczące alternatywnych ilości, przychodów oraz kosztów, które odnotowano by w przypadku braku naruszenia.

Odnotowano, że z powodu rosnącej liczby zastosowań przemysłowych betanolu całkowity popyt na ten produkt (a więc wielkość danego rynku) ulegał stałemu wzrostowi. Eusolv wykorzystuje fakt stabilności swego udziału w rynku po wejściu na rynek betanolu przedsiębiorstwa Subco jako argument na poparcie założenia, że gdyby nie doszło do naruszenia, utrzymałoby swój udział w rynku na podobnym poziomie. Bazując na tym założeniu, Eusolv przedstawia dane liczbowe dotyczące swoich przychodów alternatywnych, jakie osiągnęłyby w latach 2006–2010, które obliczono w oparciu o całkowitą wartość rynkową i udział w tym rynku przedsiębiorstwa Eusolv. Opierając się na wewnętrznych sprawozdaniach finansowych, Eusolv przedstawia dane liczbowe dotyczące swoich kosztów jednostkowych w latach 2004–2006¹⁵⁵. Wykazano, że koszty ściśle wiązały się z cenami nakładów potrzebnych do produkcji betanolu, tj. na przykład, że wzrost ceny nakładów prowadzi bezpośrednio do odpowiadającego mu wzrostu kosztów. Wykorzystując dostępne dane z sektora dotyczące cen nakładów, eksperci przedsiębiorstwa Eusolv dokonują oszacowania alternatywnych kosztów jednostkowych i, np. poprzez analizę regresji, uwzględniają rozwój cen nakładów i wydajności związanych z produkcją większych ilości produktu. Następnie poprzez pomnożenie alternatywnego kosztu jednostkowego przez liczbę jednostek, które sprzedano by, gdyby nie doszło do naruszenia, uzyskuje się dane liczbowe dotyczące całkowitej wartości kosztów alternatywnych, które poniesiono by w latach 2006–2010.



Uzyskane dane liczbowe porównuje się z rzeczywistymi przychodami i kosztami przedsiębiorstwa Eusolv w następujący sposób: rzeczywiste zyski (rzeczywiste przychody minus rzeczywiste koszty) odejmuje się od zysków alternatywnych (alternatywne przychody

¹⁵⁵ Obejmują one rozłożone w czasie koszty utopione.

minus alternatywne koszty). Wynik stanowi ostateczne oszacowanie szkody, w odniesieniu do której przedsiębiorstwo Eusolv wystąpiło z roszczeniem.

Według przedsiębiorstw Worldco i Subco, aby przedsiębiorstwo Eusolv było w stanie dostarczyć oczekiwaną rosnącą liczbę jednostek w latach 2006–2010, musiałoby jednak zwiększyć swoją moc produkcyjną, co wiązałoby się z dodatkowymi kosztami utopionymi, których nie uwzględniono w obliczeniach. Sąd uznaje argument obrony i wartość odszkodowania za utracone korzyści zostaje odpowiednio pomniejszona (poprzez odjęcie oczekiwanych dodatkowych kosztów utopionych, jakie proporcjonalnie poniesiono by w danych latach, od kwoty przedstawionej przez przedsiębiorstwo Eusolv).

197. W sprawach dotyczących praktyk wyłączających udziały w rynku mogą odgrywać ważną rolę jako wskaźnik w przypadku obliczania utraconych korzyści przy zastosowaniu metod porównawczych, takich jak porównania danych w czasie. Na przykład można zastosować metodę porównawczą w celu obliczenia udziału w rynku, jaki prawdopodobnie posiadałby konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, gdyby nie doszło do naruszenia. Następnie można obliczyć utracone korzyści poprzez pomnożenie odnotowanych danych dotyczących rzeczywistych kosztów i przychodów na jednostkę (lub rzeczywistą średnią marżę zysku) przez dodatkowe ilości odpowiadające wyższemu alternatywnemu udziałowi w rynku oczekiwanemu w sytuacji, w której nie doszłoby do naruszenia. Takie podejście opiera się na założeniu, że koszty i przychody na jednostkę nie uległyby znaczącej zmianie w scenariuszu braku naruszenia i z punktu widzenia danego systemu prawnego można byłoby je uznać za oszacowanie poniesionej szkody, na przykład jako dowód *prima facie* lub jako wystarczające do przeniesienia ciężaru dowodu¹⁵⁶. Bardziej udoskonalone oszacowanie umożliwiłoby ocenę rozwoju kosztów i przychodów w scenariuszu braku naruszenia, pod warunkiem dostępności wystarczających danych.
198. Jeżeli udział w rynku traktuje się jako wskaźnik w oszacowaniu utraconych korzyści, należy uwzględnić fakt, że udział ten może być przedmiotem wahań spowodowanych innymi czynnikami niż naruszenie, takimi jak spadek udziałów w rynku przedsiębiorstwa Eusolv w 2004 r. w przykładzie dotyczącym betanolu na skutek wejścia na rynek w charakterze konkurenta przedsiębiorstwa Subco¹⁵⁷. Istnieje też możliwość, że jeżeli naruszenie doprowadziło do zmniejszenia całkowitej wielkości rynku, przychody konkurenta obliczone w oparciu o rzeczywiste udziały w rynku byłyby niedoszacowanie.

(2) Inne metody porównawcze

199. W celu ustalenia scenariusza braku naruszenia jako wskaźnik porównawczy można wykorzystać inne rynki geograficzne lub produktowe¹⁵⁸. Koszty i przychody tego samego lub innego przedsiębiorstwa odnotowane na innym rynku można zatem potraktować jako odniesienie do celów oszacowania kosztów i przychodów, które

¹⁵⁶ Przykład oszacowania sądu polegającego na pomnożeniu całkowitej liczby zamówień zrealizowanych przez podmiot popełniający naruszenie przez udział w rynku posiadany przez powodów przed wystąpieniem praktyki wyłączającej można znaleźć w decyzji *Corte d'Appello di Roma* (Sąd Apelacyjny w Rzymie) z dnia 20 stycznia 2003 r. w sprawie nr I, 2474 (*Albacom S.p.A.* przeciwko *Telecom Italia S.p.A.*).

¹⁵⁷ Z tego powodu w przytoczonym przykładzie udział w rynku wykorzystywany do ustalania wielkości szkody jest stabilnym udziałem, jaki Eusolv miał w rynku po 2004 r.

¹⁵⁸ Decyzja *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Sąd Handlowy w Madrycie) z dnia 11 listopada 2005 r. w sprawie nr 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A.* przeciwko *Telefónica de España S.A.*), potwierdzoną decyzją *Audiencia Provincial de Madrid* (Sąd Apelacyjny w Madrycie) z dnia 25 maja 2006 r. w sprawie nr 73/2006.

odnotowałyby poszkodowany konkurent, gdyby nie wystąpiło naruszenie. Metody te można również wykorzystać jako narzędzie służące ocenie wiarygodności oszacowania uzyskanego poprzez dokonanie porównania danych w czasie lub poprzez wykorzystanie innych metod. Na przykład, jeżeli pochodzące z okresu sprzed wystąpienia naruszenia wyniki działalności jedyne konkurenta przedsiębiorstwa będącego historycznie monopolistą wskazują, że konkurent ten posiadałby określony udział w rynku w przypadku braku naruszenia, takie oszacowanie można poprzeć ustaleniem, że to samo lub podobne przedsiębiorstwo konkurujące z przedsiębiorstwem zasiedziałym będącym wcześniej monopolistą na podobnym rynku geograficznym, rzeczywiście posiada podobny udział w rynku, przy uwzględnieniu ewentualnych różnic między danymi przedsiębiorstwami lub rynkami.

D. *Uniemożliwienie wejścia konkurentów na rynek*

200. Stosując praktyki wyłączające, można nie tylko doprowadzić do pogorszenia pozycji rynkowej istniejących konkurentów, ale również uniemożliwić wejście na rynek potencjalnego konkurenta, który nie zaczął jeszcze prowadzić na nim działalności. Zamknięcie dostępu nowym uczestnikom rynku może wyrządzić im niezwykle znaczącą szkodę, z którego to tytułu mają prawo do otrzymania odszkodowania. W systemach prawnych należy wziąć pod uwagę trudności, jakie nieodłącznie wiążą się z ustalaniem tego rodzaju szkody, i należy dopilnować, aby występowanie z powództwem o odszkodowanie przez podmioty, którym uniemożliwiono wejście na rynek, nie było praktycznie niemożliwe lub nadmiernie trudne¹⁵⁹.
201. Z sytuacją, w której uniemożliwiono wejście na rynek, wiążą się pewne szczególne okoliczności, które można uwzględnić przy ustalaniu wysokości szkody. W szczególności, jeśli poszkodowane przedsiębiorstwo chciało wejść na rynek, na którym wcześniej nie działało, mamy do czynienia z oczywistym brakiem możliwych do odnotowania danych dotyczących wyników jego działalności na tym rynku.
202. Ogólne podejście do ustalania utraconych korzyści przez konkurentów w takich sytuacjach zasadniczo nie różni się od ustalania w przypadku sytuacji utrudnienia dostępu konkurentom, którzy doświadczyają pogorszenia się ich pozycji rynkowej, ponieważ ono również wiąże się z oszacowaniem zysków, które osiągnęłyby wyłączony konkurent, gdyby nie doszło do naruszenia. Można je porównać z rzeczywistą sytuacją. W sprawach dotyczących uniemożliwionego wejścia na rynek wyłączony konkurent prawdopodobnie nie odnotował żadnych zysków lub nawet poniósł straty (na przykład jeżeli dany konkurent musiał ponieść koszty, których nie odzyskał, ponieważ nie był w stanie wejść na rynek).
203. Jak wspomniano powyżej, konkurenci, którym zamknięto dostęp, mogą postanowić ubiegać się o odszkodowanie jedynie w odniesieniu do kosztów poniesionych w celu wejścia na rynek, a nie całkowitych utraconych zysków. Takie rozwiązanie może być

¹⁵⁹

W niektórych przypadkach na mocy obowiązujących przepisów prawa możliwe jest ustalenie tej szkody przy zastosowaniu podejść pragmatycznych, takich jak obliczanie całkowitej wartości utraconego udziału w rynku pod względem zysków, pomnożonej przez wyrażony w procentach udział w rynku, jaki prawdopodobnie uzyskałoby przedsiębiorstwo, któremu zamknięto dostęp. Na przykład jeśli całkowity zysk wygenerowany przez przedsiębiorstwa działające na rynku właściwym po wystąpieniu naruszenia wynosi 200 mln EUR i szacuje się, że w przypadku niewystąpienia naruszenia konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, miałby udział w rynku w wysokości 30 %, utracony zysk można przy zastosowaniu takiego podejścia oszacować na 60 mln EUR.

łatwiejsze niż ubieganie się o odszkodowanie za utratę korzyści, ponieważ wiąże się z nim jedynie ustalenie kosztów utopionych poniesionych przez powoda.

Sprawa dotycząca sprzętu medycznego

Przedsiębiorstwo Newco miało za cel wejście na rynek określonego rodzaju urządzenia medycznego w państwie członkowskim, w którym pozycję dominującą zajmuje przedsiębiorstwo Medco. Aby przedsiębiorstwo Newco było rentowne, musiałoby osiągnąć minimalny rozmiar produkcji na rynku w celu wykorzystania korzyści skali.

Obawiając się znacznej utraty wielkości sprzedaży na rzecz Newco, przedsiębiorstwo Medco zawarło z wieloma klientami porozumienia o wyłączności zakupu w celu uniemożliwienia przedsiębiorstwu Newco osiągnięcia tej minimalnej skali. W rezultacie Newco nie mogło konkurować z Medco o takich klientów i nie mogło wejść na rynek z zyskiem, co doprowadziło do wzrostu średniej cen płaconych przez klientów w porównaniu do kwot, które płaciliby, gdyby Newco weszło na rynek. Ponieważ praktykę stosowaną przez Medco uznano za naruszenie postanowień art. 102 TFUE, Newco zyskało prawo do ubiegania się o odszkodowanie z tytułu korzyści utraconych w wyniku naruszenia. W celu uniknięcia przeprowadzania pełnej analizy w zakresie utraconych korzyści, Newco wystąpiło jednak z roszczeniem odszkodowawczym jedynie z tytułu kosztów utopionych, które już poniosło w celu wybudowania nowego zakładu i wejścia na rynek (w tym np. koszty finansowe i niemożliwe do odzyskania straty związane z nabytymi komponentami).

204. W przypadkach uniemożliwienia konkurentom wejścia na rynek nie istnieją dane dotyczące przychodów i kosztów odnotowane na danym rynku przed wystąpieniem naruszenia, natomiast dane odnotowane w okresie po naruszeniu mogą być równie mało przydatne jako odniesienie przy dokonywaniu porównania danych w czasie ze względu na wystąpienie skutków naruszenia. W takich przypadkach odniesienie do porównywalnego rynku geograficznego lub produktowego, na którym działalność prowadzi to samo lub podobne przedsiębiorstwo, może okazać się lepszym narzędziem do celów ustalenia scenariusza braku naruszenia. Dane rynki produktowe lub geograficzne powinny być w wystarczającym stopniu podobne, chociaż istnieje możliwość skorygowania niektórych różnic między rynkami¹⁶⁰.
205. W niektórych przypadkach wystarczające może okazać się oszacowanie finansowych wyników działalności danego konkurenta, dzięki którym można ustalić dane służące oszacowaniu zysków w przypadku scenariusza braku naruszenia¹⁶¹.

W omówionej w powyższym przykładzie sytuacji założmy, Newco jest gotowe zaopatrywać trzy największe prywatne zakłady opieki zdrowotnej w danym państwie członkowskim w innowacyjny rodzaj błon rentgenowskich do aparatury rentgenowskiej. Założmy, że zazwyczaj rynek tego rodzaju sprzętu medycznego dla prywatnych zakładów opieki zdrowotnej jest rynkiem ofertowym. Dzięki udoskonaleniom technicznym Newco może

¹⁶⁰ Korekt można dokonać na przykład na podstawie analizy regresji, pod warunkiem że dostępne są wystarczające dane. W tym zakresie zob. pkt 69 i następne powyżej. Przykład dotyczący praktyk wyłączających, w stosunku do których zasadniczo zaakceptowano zastosowanie innego rynku geograficznego jako wskaźnika porównawczego, można znaleźć w decyzji *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Sąd Handlowy w Madrycie) z dnia 11 listopada 2005 r. w sprawie nr 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A.* przeciwko *Telefónica de España S.A.*), potwierdzonej decyzją *Audiencia Provincial de Madrid* (Sąd Apelacyjny w Madrycie) z dnia 25 maja 2006 r. w sprawie nr 73/2006.

¹⁶¹ Ustalanie szkody poniesionej przez nowego uczestnika rynku, któremu zamknięto dostęp do rynku ofertowego, zilustrowano w decyzji *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 16 kwietnia 2008 r. w sprawie nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

oferować swoje produkty po niższej cenie niż Medco. Przedsiębiorstwo Medco, które ma pozycję dominującą na rynku aparatów rentgenowskich, stosuje jednak sprzedaż związaną produktów poprzez ustalanie wyższych cen aparatów rentgenowskich w odniesieniu do zakładów, które nie nabywają od niej błon rentgenowskich. W rezultacie Newco nie otrzymuje żadnych zamówień. W takich okolicznościach Newco wykazało, że w praktyce było w stanie dostarczyć żądane przez zakłady ilości po oferowanej cenie, oraz przedstawiło szczegółowe dane dotyczące jego własnych kosztów. W oparciu o powyższe dane i o założenie, że Newco zostałoby wybrane na wykonawcę w sytuacjach, w których zaoferowało niższą cenę, można byłoby oszacować oczekiwane marże zysku bez stosowania porównania danych w czasie lub porównania z innymi rynkami geograficznymi lub produktowymi.

E. Odszkodowanie za przyszłą stratę

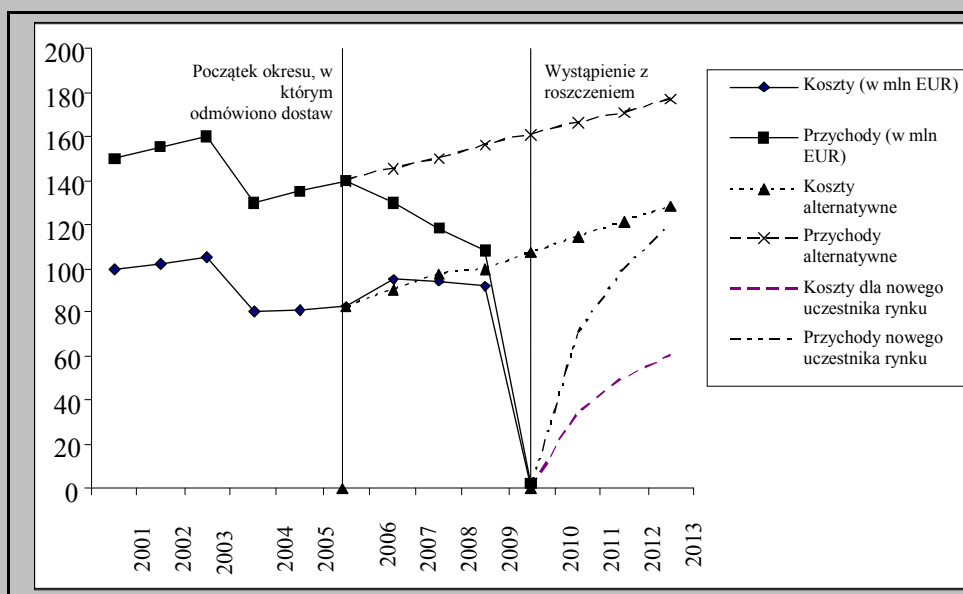
206. Jeżeli o odszkodowanie ubiegają się konkurenci, którym zamknięto dostęp do rynku, mogą oni ubiegać się o odszkodowanie nie tylko z tytułu korzyści utraconych w okresie występowania naruszenia, ale również z tytułu tych korzyści, które utracili po jego zakończeniu¹⁶². Ma to znaczenie szczególnie wówczas, gdy nie mogli oni ponownie wejść na rynek lub całkowicie odzyskać swojego udziału w rynku ze względu na trwałe skutki zaprzestanego naruszenia. W takiej sytuacji ubiegają się oni o odszkodowanie za utracone przyszłe korzyści, tj. korzyści, które prawdopodobnie zostaną utracone po wystąpieniu z roszczeniem odszkodowawczym i po wydaniu orzeczenia w jego sprawie.
207. Trudności w ustaleniu takiej straty dotyczą nie tylko technik, które mają być zastosowane, ale również okresu, w ramach którego można w dalszym ciągu określić i wyrównać utracone korzyści. W tym kontekście ważną rolę odgrywa prawo krajowe, które na przykład określa, w jakich okolicznościach można odzyskać przyszłą stratę, lub ustanawia pragmatyczne reguły służące rozwiązaniu tej kwestii w poszczególnych przypadkach¹⁶³.
208. Do czynników, które prawdopodobnie wpływają na wybór odpowiedniego ograniczenia czasowego w odniesieniu do roszczeń dotyczących utraty przyszłych korzyści, może należeć na przykład okres, jaki prawdopodobnie byłby potrzebny do ponownego wejścia na dany rynek. W innych przypadkach takie oszacowanie może być łatwiejsze do przeprowadzenia ze względu na okoliczności danej sprawy. Przykładowo w przedstawionej powyżej sytuacji dotyczącej aparatów rentgenowskich rozsądnym przedziałem czasu, za który należy udzielić odszkodowania z tytułu utraconych korzyści zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi, może być okres realizacji zamówień, w odniesieniu do których przedsiębiorstwo Newco złożyło ofertę. W innych przypadkach należy również rozważyć okres, w którym dane przedsiębiorstwo mogło racjonalnie produkować towary lub świadczyć usługi przy braku nowych inwestycji.

W przykładzie dotyczącym produkcji betanolu przedsiębiorstwo Eusolv może ubiegać się o odszkodowanie również w odniesieniu do korzyści, jakie odniosłoby po roku 2010, w którym zostało wyłączone z rynku i w którym wystąpiło z powództwem o odszkodowanie. W takim przypadku możliwe byłoby zastosowanie tych samych technik, które wykorzystano do odtworzenia scenariusza braku naruszenia w odniesieniu do lat 2006–2010, i ustalenie go

¹⁶² Przykład przyznania odszkodowania również za okres następujący po zakończeniu występowania naruszenia: zob. decyzję *Østre landsrets* (Sąd Najwyższy dla Wschodniej Danii) z dnia 20 maja 2009 r. w sprawie nr B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s* przeciwko *Post Danmark A/S*).

¹⁶³ Jeżeli dokonuje się oszacowania przyszłych zysków, zazwyczaj właściwe jest zdyskontowanie ich wartości, aby odzwierciedlić stratę wartości pieniądza z czasem.

również w odniesieniu do przyszłości. Oczywiście nie można występować z roszczeniem z tytułu utraty korzyści w przyszłości w odniesieniu do czasu nieokreślonego. Przedsiębiorstwo Eusolv postanowiło przyjąć za punkt odniesienia prawdopodobny przedział czasu, jakiego potrzebowaloby do ponownego wejścia na rynek po zaprzestaniu naruszenia.



III. USTALANIE WYSOKOŚCI SZKODY PONIESIONEJ PRZEZ KLIENTÓW

209. Aby zrealizować naruszenie, przedsiębiorstwa działające w zмовie lub nadużywające swojej pozycji dominującej w celu zamknięcia dostępu do rynku konkurentom mogą być zmuszone do poniesienia kosztów lub mogą odnotować tymczasowe zmniejszenie zysków. Takie poświęcenie ma prowadzić do osiągnięcia zakłócenia prawidłowego działania konkurencji, które ostatecznie doprowadzi do uzyskania przez podmioty popełniające naruszenie pozycji, w której odnotują większe zyski dzięki stworzeniu zakłóconych warunków rynkowych, przez co mogą odzyskać – ze szkodą dla klientów – tymczasową stratę lub zmniejszenie zysków poniesione w celu uzyskania tej pozycji. W poniższych sekcjach omówione zostaną dwie typowe sytuacje, w których szkoda poniesiona przez klientów jest spowodowana praktykami wyłączającymi. Do celów ustalenia wysokości szkody poniesiona przez klientów szkoda spowodowana praktykami wyłączającymi może być analogiczna do szkody spowodowanej naruszeniami prowadzącymi do wzrostu cen, którą szczegółowo omówiono w części 3 niniejszego praktycznego przewodnika.

A. *Odzyskiwanie strat*

210. Najprostszym przykładem szkody poniesionej przez klientów na etapie odzyskiwania strat w ramach praktyk wyłączających jest szkoda poniesiona na skutek ustalania cen drapieżnych, czyli na nadużyciu przez dane przedsiębiorstwo jego pozycji dominującej poprzez ustalanie swoich cen na sztucznie niskim poziomie niemożliwym do osiągnięcia przez konkurentów danego przedsiębiorstwa, którzy ostatecznie wycofują się z rynku lub doświadczają zmniejszenia ich udziału w rynku. Po wyłączeniu danego konkurenta z rynku lub po osiągnięciu większego udziału w rynku podmioty popełniające naruszenie osiągają większe zyski wskutek osłabienia presji konkurencyjnej.

211. Odzyskiwanie strat można postrzegać jako dodatkowy etap naruszenia prowadzący do wystąpienia skutków nadmiernego obciążenia ponoszonego przez klientów podmiotów popełniających naruszenie. Skutki nadmiernego obciążenia stanowią szkodę wynikającą z praktyki wyłączającej i klienci mogą ubiegać się o odszkodowanie z tego tytułu.

Odzyskiwanie strat w sprawie dotyczącej praktyki stosowania cen drapieżnych

Można rozważyć przykład rynku lotów odbywających się na konkretnej trasie między dwoma miastami. Działalność na tym rynku prowadzą linie lotnicze Titan Airlines, przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą, oferujące wysokiej jakości usługi pokładowe po standardowej taryfie wynoszącej 1 000 EUR. Innym uczestnikiem tego szczególnego rynku są mniejsze linie lotnicze Bluesky Airlines, które od niedawna prowadzą działalność na tej samej trasie, stosując ceny w wysokości 800 EUR.

Linie Titan Airlines wprowadzają praktykę stosowania cen drapieżnych poprzez strategiczne obniżanie swoich taryf do ceny standardowej wynoszącej 500 EUR. Linie Bluesky Airlines mają trudności ze sprostaniem tym drapieżnym taryfom, w wyniku czego nie są w stanie utrzymać swojej rentowności i ostatecznie zostają wyłączone z rynku. W takiej sytuacji przedsiębiorstwo dominujące Titan Airlines wykorzysta fakt ograniczenia konkurencji i zwiększy swój zysk poprzez podniesienie taryf do poziomu wyższego niż poziom obowiązujący przed wprowadzeniem taryf drapieżnych, tj. poprzez ustalenie taryf wyższych niż początkowa cena standardowa wynosząca 1 000 EUR. Jeżeli do czasu ponownego wejścia na rynek konkurenta linie Titan Airlines żądałyby ceny w wysokości 1 100 EUR, w wyniku naruszenia ich klienci ponieśliby nadmierne obciążenie w wysokości 100 EUR.

212. Przy ustalaniu nadmiernego obciążenia wynikającego z odzyskiwania strat obowiązujące ramy koncepcyjne nie różnią się zasadniczo od koncepcyjnych ram omówionych w części 3, tj. od ram dotyczących naruszeń prowadzących w bardziej bezpośredni sposób do wzrostu cen. W związku z tym, że szkoda, która powstała na skutek zaistnienia praktyki wyłączającej, nie dotyczy wyłącznie konkurentów podmiotu popełniającego naruszenie, ale obejmuje również wszystkich klientów na określonym rynku, kwestie omawiane w ramach szkody spowodowanej nadmiernym obciążeniem mają zatem znaczenie również w tej sytuacji.
213. Pozycja na rynku osiągnięta przez dane przedsiębiorstwo w wyniku dopuszczenia się naruszenia w postaci wyłączenia nie zawsze prowadzi do wzrostu cen płaconych przez klientów przedsiębiorstwa popełniającego naruszenie. Mimo to również w takich sytuacjach w dalszym ciągu istnieje możliwość odniesienia przez klientów szkody wynikającej z naruszenia, na przykład jeżeli naruszenie prowadzi do obniżenia jakości. W omawianym przykładzie możliwe było wystąpienie sytuacji, w której przedsiębiorstwo dominujące Titan Airlines przywraca tę samą cenę standardową wynoszącą 1 000 EUR, nie przekraczając taryf, które pobierało przed wyłączeniem linii Bluesky Airlines. Pasażerowie podróżujący na tej konkretnej trasie doświadczają jednak niekorzystnych skutków, na przykład jeżeli linie Titan Airlines wykorzystają okazję stworzoną przez mniejszą presję konkurencyjną do obniżenia standardu swoich usług pokładowych.
214. Klienci konkurenta, któremu zamknięto dostęp do rynku, mogą znajdować się w innej sytuacji niż klienci podmiotów popełniających naruszenie, ponieważ mogą oni być zmuszeni do przejścia na stosowanie produktów sprzedawanych przez przedsiębiorstwo popełniające naruszenie w związku z tym, że dany konkurent został wyłączony z rynku. Oprócz możliwego obniżenia jakości klientom grozi również konieczność płacenia na rzecz popełniającego naruszenie przedsiębiorstwa cen

wyższych niż ceny płacone za produkty sprzedawane przez przedsiębiorstwo, któremu zamknięto dostęp. W zależności od obowiązujących przepisów prawa tacy klienci mogą mieć możliwość wykazania, że gdyby nie doszło do naruszenia, dokonywaliby zakupów u konkurenta, któremu zamknięto dostęp do rynku, po niższej cenie. W takim przypadku skutek, jaki należy rozważyć, zasadniczo jest podobny do nadmiernego obciążenia. Nadmierne obciążenie można obliczyć poprzez porównanie cen produktu sprzedanego przez przedsiębiorstwo popełniające naruszenie w scenariuszu rzeczywistym z cenami, których żądałoby przedsiębiorstwo, któremu zamknięto dostęp, w scenariuszu braku naruszenia.

Na przykład pasażerom podróżującym liniami Bluesky Airlines zanim temu przedsiębiorstwu zamknięto dostęp do rynku może grozić nadmierne obciążenie, jeżeli wskutek wyłączenia z rynku linii Bluesky Airlines, zmuszeni są do korzystania z droższych taryf linii Titan Airlines. Nadmierne obciążenie można oszacować jako różnicę między wynoszącą 1 000 EUR rzeczywistą ceną płaconą liniom Titan Airlines, a ceną wynoszącą 800 EUR, której zażądałyby linie Bluesky Airlines, gdyby nie zostały wyłączone z rynku. W takiej sytuacji nadmierne obciążenie ponoszone przez pasażerów zmuszonych do zmiany linii z Bluesky Airlines na Titan Airlines oszacowano by na kwotę 200 EUR.

B. *Szkoda poniesiona przez konkurentów jako klientów podmiotów popełniających naruszenie*

215. W przypadkach, w których dany konkurent podmiotu popełniającego naruszenie jest również jego klientem, stosowanie praktyki wyłączającej może zniszczyć danego konkurenta, jeżeli dokonuje on zakupów od podmiotu popełniającego naruszenie. W takich sytuacjach konkurent, któremu zamknięto dostęp do rynku, może nie tylko ubiegać się o odszkodowanie z tytułu wzrostu kosztów spowodowanego naruszeniem, ale może również zdecydować się na dochodzenie odszkodowania w odniesieniu do utraconych korzyści, ponieważ w efekcie wyprodukowane lub sprzedane wielkości są mniejsze niż w sytuacji, w której nie doszło by do naruszenia¹⁶⁴.
216. W kontekście ustalania wysokości szkody można zauważyć, że konkurenci ponoszący nadmierne obciążenie znajdują się w sytuacji analogicznej do sytuacji klientów członków kartelu lub przedsiębiorstw popełniających innego rodzaju naruszenie prowadzące do nadmiernego obciążenia. Można to wyjaśnić, posługując się przykładem dotyczącym betanolu i zakładając, że zamiast odmówić zaopatrywania przedsiębiorstwa Eusolv w surowiec rawbeta, przedsiębiorstwo dominujące Worldco decyduje się podnieść cenę surowca rawbeta, której zapłaceniami żąda od przedsiębiorstwa Eusolv, aby zawęzić jej marżę zysku. W takiej sytuacji należy rozważyć podobne kwestie, jak w przypadku wzrostu ceny wynikającego z innych rodzajów naruszeń. W omawianym przykładzie przedsiębiorstwo Eusolv ubiegałoby się o odszkodowanie z tytułu nadmiernego obciążenia przedstawionego jako różnica między ceną, jaką zapłaciło na skutek wystąpienia praktyki wyłączającej, a ceną, którą zapłaciłoby w przypadku braku naruszenia. Jeżeli doszło do przerzucenia nadmiernego obciążenia, dochodzić odszkodowania mogliby również klienci przedsiębiorstwa Eusolv, a samo przedsiębiorstwo Eusolv mogłoby

¹⁶⁴ W celu zapoznania się z przykładem oszacowania szkód spowodowanych stosowaniem cen dyskryminujących mających wpływ na konkurenta jako klienta podmiotu popełniającego naruszenie zob. decyzja Højesteret (duński Sąd Najwyższy) z dnia 20 kwietnia 2005 r. w sprawie nr 387/2002 (*GT Linien A/S przeciwko DSB*).

wystąpić o odszkodowanie z tytułu wielkości sprzedaży utraconych wskutek podwyżki cen.

Cytowane sprawy

Trybunał Sprawiedliwości UE

Wyrok z 1979 r. w sprawie 238/78 *Ireks-Arkady GmbH* przeciwko *Radzie i Komisji*, Rec. s. 2955.

Wyrok z 1993 r. w sprawie C-271/91 *Marshall*, Rec. s. I-4367.

Wyrok z 1994 r. w sprawie C-308/87 *Grifoni II*, Rec. s. I-341.

Wyrok z 2000 r. w sprawach połączonych C-104/89 i C-37/90 *Mulder i in.* przeciwko *Radzie i Komisji*, Rec. s. I-203.

Wyrok z 2001 r. w sprawie C-453/99 *Courage*, Rec. s. I-6297.

Wyrok z 2003 r. w sprawie C-147/01 *Weber's Wine World*, Rec. s. I-11365.

Wyrok z 2006 r. w sprawach połączonych C-295/04 – 298/04 *Manfredi*, Zb.Orz. s. I-6619.

Wyrok z 2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer*, Zb.Orz. I-5161.

Wyrok z 2012 r. w sprawie C-199/11 *Wspólnota Europejska* przeciwko *Otis NV i in.*, dotychczas niepublikowany.

Sąd

Wyrok z 2001 r. w sprawie T-202/98 *Tate & Lyle* przeciwko *Komisji*, Rec. s. II-2035.

Wyrok z 2000 r. w sprawach połączonych T-25/95 itp. *Cimenteries CBR SA* przeciwko *Komisji*, Rec. s. II-491.

Sądy państw członkowskich

Decyzja *Corte d'Appello di Milano* (Sąd Apelacyjny w Mediolanie) z dnia 3 lutego 2000 r. w sprawie nr I, 308 (*Inaz Paghe* przeciwko *Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro*).

Decyzja *Corte d'Appello di Roma* (Sąd Apelacyjny w Rzymie) z dnia 20 stycznia 2003 r. w sprawie nr I, 2474 (*Albacom S.p.A.* przeciwko *Telecom Italia S.p.A.*).

Decyzja *Corte d'Appello di Milano* (Sąd Apelacyjny w Mediolanie) z dnia 11 lipca 2003 r. (*Bluvacanze*).

Decyzja *Cour d'Appel de Paris* (Sąd Apelacyjny w Paryżu) z dnia 23 czerwca 2003 r. (*Lescarcelle-De Memoris* przeciwko *OGF*).

Decyzja *Landgericht Dortmund* (Sąd Okręgowy w Dortmundzie) z dnia 1 kwietnia 2004 r. w sprawie nr 13 O 55/02 Kart (*Vitaminpreise*).

Decyzja *Højesteret* (duński Sąd Najwyższy) z dnia 20 kwietnia 2005 r. w sprawie nr 387/2002 (*GT Linien A/S* przeciwko *DSB*).

Decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 28 czerwca 2005 r. w sprawie nr KRB 2/05 (*Beton transportowy*).

Decyzja *Juzgado Mercantil numero 5 de Madrid* (Sąd Handlowy w Madrycie) z dnia 11 listopada 2005 r. w sprawie nr 85/2005 (*Conduit-Europe, S.A.* przeciwko *Telefónica de España S.A.*).

Decyzja *Audiencia Provincial de Madrid* (Sąd Apelacyjny w Madrycie) z dnia 25 maja 2006 r. w sprawie nr 73/2006).

Decyzja *Lietuvos apeliacinis teismas* (Sąd Apelacyjny Litwy) z dnia 26 maja 2006 r. w sprawie nr 2A-41/2006 (*Stumbras*).

Decyzja *Corte Suprema di Cassazione* (Najwyższy Sąd Kasacyjny we Włoszech) z dnia 2 lutego 2007 r. w sprawie nr 2305 (*Fondiarria SAI SpA* przeciwko *Nigriello*).

Decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 19 czerwca 2007 r. w sprawie nr KBR 12/07 (*Kartel sprzedaży hurtowej papieru*).

Decyzja *Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz* (Regionalny Sąd Cywilny w Grazu) z dnia 17 sierpnia 2007 r. w sprawie nr 17 R 91/07 p (*Szkoła jazdy*).

Decyzja *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Wyższy Sąd Krajowy w Düsseldorfie) z dnia 16 kwietnia 2008 r. w sprawie nr VI-2 U (kart) 8/06, 2 U 8/06 (*Stadtwerke Düsseldorf*).

Wyrok *Stockholms tingsrätt* (Sąd Rejonowy w Sztokholmie) z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawach połączonych T 32799-05 i T 34227-05 (*Europe Investor Direct AB i in.* przeciwko *VPC Aktiebolag*), apelacja w toku.

Decyzja *Tribunal Administratif de Paris* (Sąd Administracyjny w Paryżu) z dnia 27 marca 2009 r. (*SNCF* przeciwko *Bouygues*).

Decyzja *Østre landsrets* (Sąd Najwyższy dla Wschodniej Danii) z dnia 20 maja 2009 r. w sprawie nr B-3355-06 (*Forbruger-Kontakt a-s* przeciwko *Post Danmark A/S*).

Decyzja *Kammergericht Berlin* (Wyższy Sąd Regionalny w Berlinie) z dnia 1 października 2009 r. w sprawie nr 2 U 10/03 Kart.

Decyzja *Oberlandesgericht Karlsruhe* (Wyższy Sąd Regionalny w Karlsruhe) z dnia 11 czerwca 2010 r. w sprawie nr 6 U 118/05; apelacja do Trybunału Federalnego (zob. niżej).

Decyzja *Juzgado Mercantil numero 2 de Barcelona* (Sąd Handlowy w Barcelonie) z dnia 20 stycznia 2011 r. w sprawie nr 45/2010 (*Céntrica Energia S.L.U./Endesa Distribución Eléctrica S.A.*).

Decyzja *Bundesgerichtshof* (Trybunał Federalny w Niemczech) z dnia 28 czerwca 2011 r. w sprawie nr KRB 75/10.

Decyzja *Competition Appeal Tribunal* (Sąd Apelacyjny ds. Konkurencji) z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie nr 1166/5/7/10 (*Albion Water Limited* przeciwko *Dŵr Cymru Cyfyngedig*).