

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND
Eraõiguse osakond

Liis Kikas

**KAHJU EDASIKANDMISE VASTUVÄIDE KONKURENTSIÕIGUSLIKE KAHJU
HÜVITAMISE NÕUETE PUHUL**

Magistritöö

Juhendajad

professor Janno Lahe, PhD

vandeadvokaat Elo Tamm

Tartu

2024

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. KAHJU EDASIKANDMISE VASTUVÄITE OLEMUS JA REGULATSIOON KONKURENTSIÕIGUSES.....	9
1.1. Kahju edasikandmise vastuväite olemus	9
1.1.1. Kahju edasikandmise vastuväite mõiste	9
1.1.2. Kahju edasikandmise vastuväitega seotud subjektid.....	12
1.1.3. Kahju edasikandmise tarneahelad	14
1.1.4. Konkurentsioiguse normide rikkuja deliktiline vastutus	17
1.1.5. Kahju edasikandmise vastuväide ja alusetu rikastumise õigus	18
1.2. Kahju edasikandmise vastuväite regulatsioon	23
1.2.1. Kahju hüvitamise direktiivi aluspõhimõtted.....	23
1.2.2. Kahju edasikandmise vastuväite regulatsioonide erisused siseriiklikus õiguses	25
2. KAHJU EDASIKANDMISE VASTUVÄITE ESITAMISE EELDUSED JA KAHJU EDASIKANDMISE KINDLAKSMÄÄRAMINE.....	37
2.1. Üldised tingimused kahju edasikandmise vastuväite esitamiseks	37
2.2. Kahju edasikandmise vastuväide massikahjude korral.....	39
2.3. Kahju edasikandmise ulatus.....	42
2.3.1. Hüvitatava kahju liigid	42
2.3.2. Ülemäärase ostuhinna kindlaksmääramine	44
2.3.3. Ülemäärase ostuhinna edasikandmise hinnamõju tuvastamine.....	46
2.3.4. Ülemäärase mahumõju suuruse tuvastamine.....	47
2.4. Tõendamiskoormise jaotus kahju edasikandmise vastuväite esitamisel.....	48
2.4.1. Kahju edasikandmise olemasolu tõendamine.....	48
2.4.1.1. Konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis	48
2.4.1.2. Kaudse ostja ja kaudse tarnija tõendamiskoormis.....	52
2.4.1.3. Otsese ostja tõendamiskoormis	52
2.4.2. Edasikantud kahju ulatuse tõendamine.....	54
2.5. Kahju edasikandmise vastuväite esitamise menetlusõiguslik lihtsustamine	55
2.5.1. Üldised tähelepanekud kahju edasikandmise vastuväite esitamise menetlusõigusliku lihtsustamise kohta	55
2.5.2. Õigusselgus kahju edasikandmisele tuginemise osas.....	56
2.5.3. Kaudsete ostjate kaasamine menetlusse iseseisva nõudega kolmandate isikutena	58
2.5.4. Tõendite kogumise võimalused	61

KOKKUVÕTE	64
EINWAND DER SCHADENSABWÄLZUNG IN KARTELLRECHTLICHEN SCHADENSERSATZKLAGEN	70
KASUTATUD LÜHENDID	77
KASUTATUD ALLIKATE LOETELU	78
Kasutatud kirjandus	78
Kasutatud õigusaktid	82
Kasutatud kohtupraktika.....	83
Kasutatud muud materjalid.....	86

SISSEJUHATUS

Euroopa Liidu toimimise lepingu (ELTL) art-d 101 ja 102 on Euroopa Liidu siseturu toimimise seisukohast keskse tähendusega liikmesriikidele otsekohalduvad konkurentsioiguse normid. Nimelt on ELTL art 101 (keelatud kokkulepped) ja ELTL art 102 (turgu valitseva seisundi kuritarvitamise keeld) eesmärk tagada, et Euroopa Liidu siseturul ei moonutataks konkurentsi.¹ Euroopa Liidu siseturu konkurentsi kaitseks, täpsemalt ELTL art-de 101 ja 102 tõhusaks jõustamiseks, on lubatud konkurentsioiguse normide rikkuja vastu esitada tsiviilõiguse alusel kahju hüvitamise nõudeid.²

Kohtupraktikas on konkurentsioiguse normide rikkujad esitanud vastusena konkurentsioiguslikele kahju hüvitamise nõuetele kahju edasikandmise vastuväite (inglise keeles *Passing-on defence*, saksa keeles *Einwand der Schadensabwälzung*, *Schadensweiterwälzung*, *Schadensverlagerung*³, *Einwand als Vorteilsausgleich*, eesti keeles ka kahju edasisuunamise vastuväide).⁴ Kahju edasikandmise vastuväide tähendab, et kui konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude esitaja on tekitanud konkurentsioigusliku kahju täielikult või osaliselt kandnud edasi järgmisele turutasandile, siis pole konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude esitaja kahju saanud ning konkurentsioiguse normide rikkuja ei pea edasikandnud kahju konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude esitajale hüvitama.⁵ Samas võib kahju edasikandmisele tugineda ka kaudne ostja, kes on otsese ostja kliendina konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju kinni maksnud. Kui kontekst ei nõua teisiti, käsitleb autor konkurentsioiguse normide rikkuja esitatavat kahju edasikandmise vastuväidet ning kaudse ostja kahju edasikandmisele tuginemist samaväärsena, nimetades mõlemat kahju edasikandmise vastuväiteks.

Näiteks lepivad autotootjad A ja B kokku, et müüvad autosid hinnaga X, mis on märksa kõrgem hind kui selline hind, mis vastaks turu tavatingimustele. Müügihinna kokkuleppimine on

¹ Komisjoni teatis „Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral” 2013/C 167/07, p 2.1. 4. Arvutivõrgus: https://publications.europa.eu/resource/cellar/e2b024ac-d421-11e2-bfa7-01aa75ed71a1.0008.03/DOC_1 (21.04.2024).

² EKo C-295/04, Vincenzo Manfredi versus Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, ECLI:EU:C:2006:461, p 95; Grabitz, E., Hilf, M., Nettesheim, M.. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, [79.] Aufl. München: C.H.Beck 2023, Schroeder, D., AEUV Art. 101/843; EKo C-421/05, City Motors Groep NV versus Citroën Belux NV, ECLI:EU:C:2007:38, p 33; Euroopa Liidu Toimimise Lepingu konsolideeritud versioon (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk-d 47–388; RKTko 30.10.2013, 3-2-1-106-13, p 28.

³ „Schadensverlagerung“ võiks olla tõlgitud kui kahju ümberpaigutamine.

⁴ Nt Seifert, K.. Passing-on-Defense: Untauglicher Standardeinwand in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren. NZKart 2020, lk 350.

⁵ von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A.. Europäisches Unionsrecht. Band 2. 7. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2015, Schröter, H., van der Hout, R., Art 101/244; von Dietze, P., Janssen, H.. Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis. 6. Aufl. München: C.H.Beck 2023, 5. Teil/812; Seifert, K., lk 350.

keelatud tegu ELTL art 101 lg 1 p a ning analoogselt konkurentsiseaduse (KonkS⁶) § 4 lg 1 p 1 mõttes. Hulгимüüja C ostab A-lt auto hinnaga X ning müüb selle auto edasi D-le. Kui C saab teada, et on ostnud A-lt auto kõrgema hinnaga, kui oleks olnud turu tavatingimustele vastav hind, siis nõuab ta A-lt tagasi ülemäära makstud hinda. A aga väidab, et C pole kahju saanud, sest müües auto edasi D-le, on D C-le tekkinud kahju juba hüvitatud. Teisisõnu esitab A C kahju hüvitamise nõude vastu kahju edasikandmise vastuväite.

Euroopa Liidus on kahju edasikandmise vastuväide reguleeritud Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivis 2014/104/EL, mis võeti vastu 26. novembril 2014 ja mis on teatavate eeskirjade kohta, millega reguleeritakse liikmesriikide õiguse kohaseid kahju hüvitamise hagsid liikmesriikide ja Euroopa Liidu konkurentsioiguse rikkumise korral (edaspidi kahju hüvitamise direktiiv)⁷. Täpsemalt on kahju edasikandmise vastuväide ning kahju edasikandmisega seonduv reguleeritud kahju hüvitamise direktiivi art-des 13 ja 14. Kahju hüvitamise direktiivi artiklit 13 Eesti siseriiklikku õiguskorda üle ei võetud, vaid leiti, et konkurentsioiguse normide rikkuja esitatav kahju edasikandmise vastuväide kajastub võlaõigusseaduse (VÕS⁸) § 127 lg-s 1. Küll aga võeti Eestisse siseriiklikult üle kahju hüvitamise direktiivi art 14, mis käsitleb kaudse ostja ja kaudse tarnija tuginemist kahju edasikandmisele. Kahju hüvitamise direktiivi art 14 ülevõtmisega täiendati KonkS-i vastavalt normidega KonkS § 78² ja KonkS § 78³. Saksa seadusandja võttis kahju edasikandmisega seonduva üle GWB⁹ §-i 33c.

Kuigi kahju edasikandmise vastuväide on sätestatud nii kahju hüvitamise direktiivis kui ka KonkS-is, siis pole teada, kas Eesti kohtupraktikas on kohus lugenud konkurentsioiguse normide rikkuja esitatud kahju edasikandmise vastuväite põhjendatuks või kas kaudne ostja on edukalt tuginenud kahju edasikandmisele. Eestis puudub Riigi Teatajast kättesaadav avalik kohtupraktika, mis kahju edasikandmisega seonduvat käsitleks, mh pole ainsatki avalikku lahendit, mis kasvõi mainiks KonkS §-i 78² või KonkS §-i 78³. Kuigi avalikud lahendid puuduvad, ei tähenda see seda, et kahju edasikandmisega seotud probleemid poleks Eesti õiguskorras tõusetunud. Isegi kui Eestis pole kahju edasikandmise küsimus tekkinud, siis muudes riikides on kahju edasikandmise vastuväidet korduvalt esitatud ja on üksnes aja küsimus, mil erinevad kahju edasikandmisega seonduvad probleemid tekivad Eestis.

⁶ Konkurentsiseadus. – RT I, 28.09.2023, 7.

⁷ 26. novembri 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/104/EL teatavate eeskirjade kohta, millega reguleeritakse liikmesriikide õiguse kohaseid kahju hüvitamise hagsid liikmesriikide ja Euroopa Liidu konkurentsioiguse rikkumise korral. – ELT L 349/1, 05.12.2014, lk-d 1–19.

⁸ Võlaõigusseadus. – RT I, 06.07.2023, 116.

⁹ Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 22.12.2023. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/GWB.pdf> (21.04.2024).

Saksa kohtupraktikast nähtub, et konkurentsioiguse normide rikkujad on korduvalt esitanud kahju hüvitamise nõuete vastu kahju edasikandmise vastuväite. Saksa kohtupraktikas oli juba enne kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmist välja töötatud tingimused, mille täitmisel saab väita, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud ning ühtlasi on Saksa kohtupraktikas selgitatud tõendamiskoormise jaotust ning kahju ulatuse kindlaksmääramist.¹⁰ Siiski pole Saksa kohtud konkurentsioiguse normide rikkuja esitatud kahju edasikandmise vastuväidet lugenud põhjendatuks. Üksikjuhtumite põhjused on erinevad, kuid läbiv põhjendus on, et kui tunnustada kahju edasikandmist järgmisele turutasandile, siis on kahju hüvitamise nõuded nii killustunud, et lõplikud kahjusaajad ei tuleks kahju nõudma.¹¹ Kui lõplikud kahjusaajad kahju hüvitamist ei nõua, siis pääseksid konkurentsioiguse normide rikkujad konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju hüvitamisest, mis oleks aga vastuolus ELTL art-de 101 ja 102 tõhusa jõustamise põhimõttega.¹² Eeltoodust nähtub, et kuigi kahju edasikandmisega seonduv on seaduse tasandil reguleeritud, siis praktikas on kahju edasikandmise vastuväite edukas esitamine keeruline.

Autor leiab, et kui Eesti ja Saksa seadusandjad on kahju edasikandmisele vastuväite esitamise ette näinud, siis on konkurentsioiguse normide rikkujal ka õiguspärane ootus, et teatud tingimuste täitmisel loeb kohus kahju edasikandmise vastuväite põhjendatuks. Kui kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud, siis saavad kaudsed ostjad vähemalt osaliselt esitada otsese ostja asemel kahju hüvitamise nõude konkurentsioiguse normide rikkuja vastu. Samas on otsesest ostjast hageja kahju hüvitamise nõude esitamisel ebakindlas positsioonis, sest nõudes konkurentsioiguse normide rikkujalt suuri summasid, ei tea ta kunagi, kas ja mis hetkel konkurentsioiguse normide rikkuja esitab kahju edasikandmise vastuväite või millal tuginevad kaudsed ostjad kahju edasikandmisele. Samuti võib konkurentsioiguse normide rikkuja kahju edasikandmisega seonduvat pahatahtlikult ära kasutada, lükates kahju hüvitamise nõude esitamise õiguse nii kaugemale turutasandile, et lõplikel kahjusaajatel ei tasu väga väikese killustunud kahjusumma tõttu kohtumenetlusega kaasnevad kulud end ära.

Lähtuvalt eeltoodust on magistritöö eesmärk analüüsida kahju edasikandmise vastuväite õiguslikku olemust ning kas kahju edasikandmise kontseptsiooni kaudu on kaudsetele ostjatele tagatud tõhus õiguskaitse. Täpsemalt on magistritöö eesmärk leida vastus küsimustele, kas ja

¹⁰ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 29, 64.

¹¹ Vt nt OLG München, Urteil vom 08.03.2018 – U 3497/16 Kart – Schienenkartell, p 86; 104. LG Dortmund, Urteil vom 27.06.2018 – 8 O 13/17 Kart.

¹² Bechtold, R., Bosch, W.. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB. 10. Aufl. München: C.H.Beck 2021, § 33/35; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 28, 74; Seifert, K., lk 350; Ulshöfer, M., § 25/94.

millistel eeldustel peaks konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete puhul arvestama kahju edasikandmisega ning kuidas hinnata edasikantud kahju ulatust.

Magistritöö õiguslikud küsimused on järgmised:

1. Milline on kahju edasikandmise vastuväite olemus?
2. Kuidas on kahju edasikandmise vastuväide reguleeritud?
3. Mis tingimustele peab vastama kahju edasikandmise vastuväide?
4. Kuidas tuvastada edasikantud kahju ulatust?
5. Kuidas on jagatud tõendamiskoormis kahju edasikandmise vastuväite esitamisel?
6. Kuidas kahju edasikandmise vastuväite esitamist menetlusõiguslikult lihtsustada?

Magistritöös on kasutatud erinevaid uurimismeetodeid. Kasutamisetstarbe järgi liigitatud uurimismeetoditest on kasutatud andmekogumismeetodit, andmetöötlusmeetodit, tulemuste tõlgendamise meetodit ja tulemuste esitamise meetodit. Andmekogumismeetodiga töötas autor läbi Eesti, Saksa ja Euroopa Liidu asjakohase kohtupraktika, õigusaktid ning Eesti ja Saksa õiguskirjanduse. Andmetöötlusmeetodiga on autor süstematiseerinud kogutud andmed vastavalt magistritöö peatükkides käsitletule. Tulemuste tõlgendamise ehk interpreteerimise meetodiga on autor võrrelnud ja analüüsinud magistritöö allikaid ning vastanud uurimisküsimustele. Tulemuste esitamise meetodiga on autor joonisel kirjeldanud kahju edasikandmist mööda tarneahelat.

Sisu järgi liigitatavatest uurimismeetoditest on autor kasutanud analüütilist, sünteetilist, kvalitatiivset ja võrdlevat meetodit. Analüütilise meetodiga on autor analüüsinud seaduses reguleeritud kahju edasikandmise vastuväite rakendamist kohtupraktikas. Sünteetilise meetodiga on autor analüüsinud, kuidas kohtupraktikas leitud põhimõtte viidi hiljem seadusesse sisse. Kvalitatiivse meetodiga on autor analüüsinud õiguspraktikas ja kohtupraktikas tehtud järeldusi. Võrdleva meetodi abil on autor võrrelnud Eesti ja Saksa kahju edasikandmise õiguslikku regulatsiooni ning kohtupraktikas ja õiguskirjanduses esitatud õiguslikke seisukohti.

Magistritöö koosneb kahest peatükist. Esimeses peatükis analüüsitakse kahju edasikandmise vastuväite olemust ja regulatsiooni konkurentsioiguses. Esimese peatüki esimene alapeatükk käsitleb kahju edasikandmise vastuväite olemust, hõlmates kahju edasikandmise mõistet, kahju edasikandmise vastuväitega seotud subjekte, kahju edasikandmise tarneahelaid, konkurentsioiguse normide rikkuja deliktulist vastutust ning kahju edasikandmise vastuväidet alusetu rikastumise õiguses. Esimese peatüki teises alapeatükis analüüsitakse kahju

edasikandmise vastuväite regulatsiooni kahju hüvitamise direktiivis ning kahju edasikandmise vastuväite regulatsioonide erinevusi siseriiklikus õiguses. Magistritöö teine peatükk jaguneb viieks alapeatükiks, mis analüüsivad üldisi tingimusi kahju edasikandmise vastuväite esitamiseks, kahju edasikandmise vastuväidet massikahjude korral, kahju edasikandmise ulatust, tõendamiskoormise jaotust ning kahju edasikandmise vastuväite menetlusõiguslikku lihtsustamist.

Magistritöös on kasutatud erinevaid saksa-, inglise- ja eestikeelseid allikaid. Põhirõhk on seaduste kommentaaridel, teadusartiklidel ja kohtupraktikal. Peamised võrreldavad õigusaktid on kahju hüvitamise direktiiv ning KonkS. Autor on magistritöö kirjutanud lähtuvalt Eesti õigusest. Kahju edasikandmise vastuväitega seonduvat on autor lisaks analüüsinud saksakeelsete materjalide alusel, mis põhinevad Saksa siseriiklikul õigusel. Saksa õigus on kahju edasikandmist puudutavas osas analoogne Eesti õigusega.

Varasemalt on kahju edasikandmise vastuväidet käsitlenud V. Murd oma 2016. aastal Tartu Ülikoolis kaitstud magistritöös „Konkurentsioiguse rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise regulatsiooni muudatused Eesti õiguses, tulenevalt Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/104/EL ülevõtmisest“¹³. Magistritöö valmimisest on möödunud kaheksa aastat, mille jooksul on KonkS-i tehtud kahju edasikandmist puudutavad muudatused. Viidatud magistritöö ei tegele süvitsi kahju edasikandmise küsimusega. Autorile pole teada, et varasemalt oleks ilmunud eestikeelseid materjale, nt õigusartikleid, seaduste kommentaare jne, mis tegeleksid süvitsi kahju edasikandmise vastuväite ja sellega seotud õiguslike probleemidega.

Töö autor on väga tänulik juhendajale professor Janno Lahele, PhD ja kaasjuhendajale vandeadvokaat Elo Tammele väärt nõuannete ja püsiva toetuse eest. Töö autor tänab Henn Jõksi Mälestusfondi ning AS Swedbanki, mille stipendiumite toel oli autoril võimalik pääseda ligi Saksamaa Mannheimi Ülikooli ning Göttingeni Ülikooli põhjalikele kirjandussalvedele ning koguda töö jaoks materjale.

¹³ Murd, V.. Konkurentsioiguse rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise regulatsiooni muudatused Eesti õiguses, tulenevalt Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/104/EL ülevõtmisest. Magistritöö. Juhendaja dr iur Karin Sein. Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2016. Arvutivõrgus: <https://dspace.ut.ee/server/api/core/bitstreams/3453a86a-8ab5-4b43-970a-60a6289ac728/content> (21.04.2024).

1. KAHJU EDASIKANDMISE VASTUVÄITE OLEMUS JA REGULATSIOON KONKURENTSIÕIGUSES

1.1. Kahju edasikandmise vastuväite olemus

1.1.1. Kahju edasikandmise vastuväite mõiste

Turu kaitsmise eesmärgil¹⁴ tulenevad ettevõtjatele KonkS-ist erinevat keelud (nt KonkS § 4 ja KonkS § 16), mille eiramise tagajärjel võib teistele turuosalistele tekkida kahju. Konkurentsioiguse normide rikkumise tagajärjel tekkinud kahju hüvitamist saavad teised turuosalised nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt KonkS-i vastavate normide kui kaitsenormide ja VÕS § 1043jj alusel. Samas on konkurentsioiguse normide rikkujal võimalik pääseda kahju hüvitamise nõude esitajale tekkinud kahju hüvitamisest seeläbi, et konkurentsioiguse normide rikkuja esitab kahju hüvitamise nõude vastu kahju edasikandmise vastuväite.¹⁵

Kahju edasikandmise vastuväitel puudub legaaldefiniitsioon nii Eesti, Saksa kui ka Euroopa Liidu õigusaktides. Küll aga on kahju edasikandmist sisustatud õigusaktide preambulas, õiguskirjanduses ja kohtupraktikas ning Eesti siseriiklikus õiguses KonkS § 78² lg-s 1 ja KonkS § 78³ lg-s 1.

Kahju edasikandmise vastuväide seisneb selles, et hageja (otsene ostja, õiguskirjanduses nimetatud ka kui kannatanu) on kostjapoolsest konkurentsioiguse normide rikkumisest tuleneva liiga kõrge ostuhinna (ülemäärane hind¹⁶) oma kliendile (kaudne ostja) edasi kandnud (kahju edasikandmine), mistõttu loetakse hagejale tekkinud kahju hüvitatuks ja hageja ei saa konkurentsioiguse normide rikkujalt (nt kartelliosaliselt) vähemalt osaliselt nõuda kahju hüvitamist.¹⁷ Otsesed ostjad on need kauba¹⁸ ostjad, keda konkurentsioiguse normide rikkumine otseselt mõjutab ehk need, kes on lepingulises suhtes konkurentsioiguse normide rikkujaga. Kaudsed ostjad on kõik ostjad, välja arvatud otsesed ostjad ehk need vahe- ja lõpptarbijad, kes ei ostnud kaupa otse konkurentsioiguse normide rikkujalt.¹⁹ Seejuures on

¹⁴ Täpsemad eesmärgid sätestab KonkS § 1.

¹⁵ Grützner, T., Jakob, A.. Compliance von A-Z. 2. Aufl. München: C.H.Beck 2015, P; Born, M. jt (koost.). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd.7, 6. Aufl. München: C.H.Beck 2020, Balke, M., § 106/37.

¹⁶ Ingl k. *cartel overcharge*. ja saksa keeles ka Kartellpreis, mistõttu võib eesti keeles ülemäärast hinda nimetada ka enamakstud hinnaks, kartelli ülekuluks või kartellihinnaks.

¹⁷ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812; Seifert, K., lk 350; Reich, M.. Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen. Wirtschaft und Wettbewerb 2008, lk 1046; § 33c/34 Bechtold, R., Bosch, W. § 33c/34; Grützner, T., Jakob, A., P; Balke, M., § 106/37.

¹⁸ Siin ja edaspidi kasutab autor sõna „kaup“ sõnade „tooted“ ja „teenused“ kohta, kui kontekst ei nõua teisiti. Ka KonkS §-s 1 on öeldud, et „kaup“ hõlmab nii „tooteid“ kui ka „teenuseid“.

¹⁹ Bulst, F. W.. Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in „Transportbeton“. Nomos 2010, lk 226.

konkurentsioiguse normide rikkujal võimalik esitada kahju edasikandmise vastuväide sõltumata sellest, kas kaudsed ostjad on konkreetsetel juhtumil menetlusosalised või mitte.²⁰ Hagejale tekkinud kahju on kostjalt ostetud kauba eest makstud ülemäärase hinna ja tavapärase (hüpoteetilise) hinna vahe.²¹

Õiguskirjandusest nähtub, et konkurentsioiguse normide rikkumisest tuleneva nõude korral käsitletakse kahju edasikandmise vastuväidet läbivalt just kartelliga kokkulepitud ülemääraste hindadega seonduvalt. Kartellikokkulepet nimetatakse ka kartellideliktiks. Kartellidelikte eristab teistest deliktidest see, et turuosalistel puudub eelkõige ELTL art 101, aga ka ELTL art 102 rikkumise puhul teadlikkus, et neile on tekkinud kahju.²² Näiteks olukorras, kus turuosaline on tasunud konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu kauba eest ülemäärast hinda, mitte õiguspärasest turu tavatingimustele vastavat hinda, võivad turuosalistes alles konkurentsioiguse normide rikkumise avastamise ja rikkumise meedias kajastamise järel teada ja aru saada, et neile on tekkinud kahju. Keelatud kokkulepetega tekkinud kahju ulatuse ja kahju saanud isikute tuvastamine võib niigi olla keeruline, kuid kahju edasikandmise vastuväite esitamine muudab edasikantud kahju ja lõplike kahjusaaajate tuvastamise veelgi keerulisemaks.²³

Kahju edasikandmise vastuväite olemust kirjeldavad kaks vastandlikku fundamentaalset põhimõtet. Ühe põhimõtte kohaselt ei tohi hageja ehk otsene ostja põhjendamatult rikastuda. Kui otsene ostja on tekkinud kahju järgmisele turutasandile edasi kandnud, siis pole otsene ostja kahju saanud, sest järgmine turutasand on otsesele ostjale tekkinud kahju juba hüvitanud. Seega ei pea konkurentsioiguse normide rikkuja otsesele ostjale tekkinud kahju enam (topelt) hüvitama. Nimelt peavad kohtud tulenevalt *compensatio lucri cum damno* põhimõttest hüvitise väljamõistmisel arvestama mis tahes kasu, mida otsene ostja võis olla kahju tõttu saanud. Eestis tuleneb nimetatud põhimõtte VÕS § 127 lg-st 5, mida autor järgmistes lõigus ka põhjalikumalt käsitleb. Teise põhimõtte kohaselt ei tohi konkurentsioiguse normide rikkuja vabaneda kahju hüvitamise kohustusest, kui tekkinud kahju on edasi kantud nii kaugemale turutasandile, et kaugemale turutasandi osalistel poleks mõistlik tulla oma väga väikese kahju hüvitamise nõudega kohtusse.²⁴ Õiguskirjanduses on kahju edasikandmise vastuväidet kirjeldatud kui “kilpi“, mida

²⁰ Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H.. Europäisches Wettbewerbsrecht. 3. Aufl. München: C.H.Beck 2014, § 23/56; Seifert, K., lk 350; Balke, M., § 106/37; Kaman, H.-G., Ohlhoff, S., Völcker, S.. Kartellverfahren und Kartellprozess. 1. Aufl. München: C.H.Beck 2017, Ulshöfer, M., § 25/85.

²¹ Ulshöfer, M., § 25/85.

²² Bulst, F. W., lk 226.

²³ *Ibidem*, lk 227.

²⁴ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 43. Arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a18be06b-fa5d-11e6-8a35-01aa75ed71a1/language-en> (21.04.2024); Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p-d 1 ja 2; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/55, 57; Balke,

konkurentsioiguse normide rikkuja saab kahju hüvitamist nõudvate hagejate vastu kasutada.²⁵ Kui kahju edasikandmisele tuginevad kaudsed ostjad, siis seda on nimetatud “mõõga” kasutamiseks, sest kahju edasikandmisele tuginemine võimaldab kaudsetel ostjatel nõuda kahju hüvitamist konkurentsioiguse normide rikkumiste eest, mis ei ole neid mõjutanud nii otseselt kui otseseid ostjaid.²⁶

Õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on läbivalt leitud, et oma olemuselt on kahju edasikandmise vastuväide VÕS § 127 lg 5 erijuht.²⁷ VÕS § 127 lg 5 käsitleb Saksa õigusmaastikul analoogset hüvede tasakaalustamise (saksa keeles „*Vorteilsausgleichung*“) põhimõtet.²⁸ VÕS § 127 lg 5 kohaselt tuleb kahjuhüvitisest maha arvata igasugune kasu, mida kahjustatud isik sai kahju tekitamise tagajärjel, eelkõige tema poolt säästetud kulud, välja arvatud juhul, kui kasu mahaarvamine oleks vastuolus kahju hüvitamise eesmärgiga. Kasu, mida kahjustanud isik on saanud ja mis tuleb hüvitisest maha arvata, on õiguskirjanduse ja kohtupraktika järgi kahjuhüvitis, mida konkurentsioiguse normide rikkuja peaks hagejale maksma olukorras, kus kaudsed ostjad on hagejale tekkinud kahju tegelikult juba hüvitanud.²⁹ Samas tuleb VÕS § 127 lg 5 rakendamisel jälgida, et hageja saadud hüve tuleneb piisava põhjusliku seosega kahju tekitanud sündmusest (konkurentsioiguse normide rikkumisest) ning hüvede tasakaalustamine vastab kahju hüvitamise eesmärgile.³⁰ Kahju edasikandmise vastuväide kui VÕS § 127 lg 5 erijuhtu kaudu välditakse mitmekordset nõuete esitamist konkurentsioiguse normide rikkuja vastu erinevate turutasandite liikmete poolt ning arenguid karistusliku kahju hüvitamise suunas. Seega aitab VÕS § 127 lg-st 5 tulenev hüvede tasakaalustamise põhimõte välistada või vähemalt vähendada hageja põhjendamatu rikastumist.³¹

M., § 106/37; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 63 jj; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208; Ulshöfer, M., § 25/87.

²⁵ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 14 ja analoogselt ka p 42.

²⁶ Mestmäcker, E.-J, Schweitzer, H., § 23/55; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 14 ja analoogselt ka p 42.

²⁷ Analoogne nt Ulshöfer, M., § 25/85; Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/35; Grützner, T., Jakob, A., P; Balke, M., § 106/37.

²⁸ Erinevalt VÕS § 127 lg-st 5 pole hüvede tasakaalustamise põhimõte Saksamaal seaduse tasandil reguleeritud. VÕS § 127 lg-ga 5 analoogne säte on kirjas PICC-i art 7.4.2 lg-s 1 II. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, UNIDROIT 2004. – Arvutivõrgus: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004> (21.04.2024); Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K.. Võlaõigusseadus I: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016, Sein, K., § 127/2; Bulst, F. W., lk 230 jj

²⁹ Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/35; Schröter, H., van der Hout, R., Art 101/247.

³⁰ Analoogne: Mestmäcker, E.-J, Schweitzer, H., § 23/52–54, 57; Balke, M., § 106/37; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208.

³¹ Varul, P. jt (koost.). Sein, K.. Võlaõigusseadus I, § 127/4.12; RKTko 21.12.2005, 3-2-1-137-05.

1.1.2. Kahju edasikandmise vastuväitega seotud subjektid

Kahju hüvitamise direktiiv nimetab seoses konkurentsioiguse normide rikkumisest tuleneva kahju hüvitamise nõude ning kahju edasikandmise vastuväitega erinevaid isikuid: õigusrikkumise toime pannud ettevõtja, otsene ostja, kaudne ostja, otsene tarbija, kaudne tarnija, klient, füüsiline isik, juriidiline isik, tarbijad, ametiasutused, kolmandad isikud.³² KonkS § 78² reguleerib keelatud teo toimepanemisega tekitatud otsese varalise kahju edasisuunamist kaudsele ostjale ja nimetab keelatud teo toime pannud ettevõtjat, otsest ostjat ning kaudset ostjat. KonkS § 78³ reguleerib keelatud teo toimepanemisega tekitatud otsese varalise kahju edasisuunamist kaudsele tarnijale ja nimetab samuti keelatud teo toime pannud ettevõtjat ning lisaks ka otsest tarnijat, kaudset tarnijat ja eelnevat tarnijat.

KonkS ei defineeri keelatud teo toime pannud ettevõtjat, keda autor nimetab magistritöös ka konkurentsioiguse normide rikkujaks. KonkS-i tõlgendades saab väita, et keelatud teo toime pannud ettevõtja on ettevõtja KonkS § 2 tähenduses, kes on rikkunud KonkS-i 2. või 4. peatükis sätestatud norme või ELTL art-d 101 või ELTL art-d 102. Autori hinnangul tuleb nii KonkS § 78² kui ka KonkS § 78³ puhul sisustada keelatud teo toime pannud ettevõtjat samamoodi. KonkS §-s 78² ja KonkS §-s 78³ puudub keelatud teo toime pannud ettevõtjate sisustamise osas erinevus, vaid nimetatud sätetes erineb kahju hüvitamise nõuet esitav isik. Kahju hüvitamise direktiivi art 2 p 2 sõnastab, et õigusrikkumise toime pannud ettevõtja on selline ettevõtja või ettevõtjate ühendus, kes on toime pannud konkurentsioiguse rikkumise. Lisaks, kuna kahju hüvitamise hagi esitatakse konkurentsioiguse normide rikkuja vastu, on kohtumenetluses kahju hüvitamise direktiivi art 13 kohaselt rikkuja kostja positsioonis.

Otsene ostja on KonkS § 78² lg 2 kohaselt isik, kes omandab keelatud teo toime pannud ettevõtjalt keelatud teo esemeks olevaid kaupu. Kahju hüvitamise direktiivi art 2 p 23 kohaselt on otsene ostja füüsiline või juriidiline isik, kes omandas õigusrikkumise toime pannud ettevõtjalt otse tooteid või teenuseid, mille puhul oli rikutud konkurentsioigust. Saksa õiguskirjanduse kohaselt on otsesed ostjad need kauba ostjad, keda konkurentsioiguse normide rikkumine otseselt mõjutab ehk kes on lepingulises suhtes konkurentsioiguse normide rikkumise toime pannud ettevõtjaga.³³

Kaudne ostja on KonkS § 78² lg 3 kohaselt isik, kes omandab keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid või neist saadud kaupu otseselt või järgmiselt ostjalt. Kahju hüvitamise direktiivi art 2 p 24 kohaselt on kaudne ostja füüsiline või juriidiline isik, kes

³² Vt nt kahju hüvitamise direktiivi preambula p-d 13, 41, 43; art 12 lg 1.

³³ Bulst, F. W., lk 226.

omandas tooteid või teenuseid, mille puhul oli rikutud konkurentsioigust, või omandas selliseid tooteid või teenuseid sisaldavaid või neist saadud tooteid või teenuseid mitte otse õigusrikkumise toime pannud ettevõtjalt, vaid otseselt ostjalt või järgmiselt ostjalt. Kahju hüvitamise direktiivi art 2 p 24 ja KonkS § 78² lg 3 võtab autori hinnangul väga hästi kokku Saksa õiguskirjanduses esitatud tõlgendus, mille kohaselt on kaudsed ostjad kõik ostjad, välja arvatud otsesed ostjad. Kaudsed ostjad on vahe- ja lõpptarbijad, kes ei ostnud kaupa otse konkurentsioiguse normide rikkujalt.³⁴

Otsene tarnija on KonkS § 78³ lg 2 kohaselt isik, kes võõrandab keelatud teo toime pannud ettevõtjale keelatud teo esemeks olevaid kaupu. Kahju hüvitamise direktiivi art-s 2 defineeritud mõisted otsest tarnijat ei nimeta. Küll aga nimetab kahju hüvitamise direktiivi preambula p 38 otseseid tarnijaid võimalike konkurentsioiguslike keelatud kokkulepete tulemusel kahju saanud isikutena.

Kaudne tarnija on KonkS § 78³ lg 2 kohaselt isik, kes võõrandab keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid kaupu otsesele või eelnevale tarnijale. Kahju hüvitamise direktiivi art-s 2 defineeritud mõisted kaudset tarnijat ei nimeta. Küll aga nimetab kahju hüvitamise direktiivi preambula p 38, analoogselt otseste tarnijatega, kaudseid tarnijaid võimalike kartelli tulemusel kahju saanud isikutena. Eelnev tarnija on tarnija, kes jääb tarneahelas otsese tarnija ja kaudse tarnija vahele.³⁵

KonkS § 78³ on peegelpildis KonkS §-ga 78². KonkS § 78² reguleerib kahju edasikandmist olukordades, kus kahju saanud isik ostab kauba konkurentsioiguse normide rikkujalt ehk kahju kantakse tarneahelas allapoole. KonkS § 78³ on mõeldud olukordadeks, kus kahju saanud isik müüb kaupa konkurentsioiguse normide rikkujale ehk kahju kantakse tarneahelas ülespoole.³⁶ Kahju hüvitamise direktiiv nimetatud erisust ei tee, vaid otseste ostjatena tuleb mõista nii otseseid ostjaid kui ka otseseid tarnijaid ning kaudsete ostjatena tuleb mõista nii kaudseid ostjaid kui ka kaudseid tarnijaid.³⁷ Ka autor nimetab magistritöös otseste ostjatena nii otseseid ostjaid kui ka otseseid tarnijaid ning kaudsete ostjatena nii kaudseid ostjaid kui ka kaudseid tarnijaid, kui kontekst ei nõua teisiti.

³⁴ *Ibidem*, lk 226.

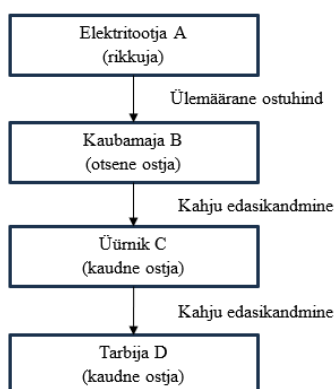
³⁵ Seletuskiri konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde, lk 7. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024).

³⁶ *Ibidem*, lk 7.

³⁷ *Ibidem*, lk 6.

1.1.3. Kahju edasikandmise tarneahelad

Kahju edasikandmise vastuväitega seotud subjektid – rikkuja, otsene ostja ja kaudne ostja moodustavad tarneahela.³⁸ Rikkuja, otseste ostjate ja kaudsete ostjate vahelist seost illustreerib järgmine näide (vt joonis 1). Näiteks nõuab elektritootja A oma teenuste eest konkurentsioiguse normide rikkumise tulemusel ülemäärast hinda. Kaubamaja B on A klient. Kaubamajas B on üürnik C, kelle igakuine üürisumma hõlmab ka kommunaalkulusid, sh tasu elektriteenuse eest. Tarbija D ostab C-lt toote. D ostetud toote hind on kõrgem kui turu tavatingimustele vastav hind, sest D-le toote müünud C on pidanud maksma B-le kõrgemat üüri. B on pidanud küsima C-lt kõrgemat üüri, sest B on ise pidanud maksma A teenuste eest ülemäärast hinda.



Joonis 1.³⁹ Kahju edasikandmine tarneahela eri tasanditel.

Joonisel 1 võivad kahju hüvitamist konkurentsioiguse normide rikkujalt A nõuda nii otsene ostja B kui ka kaudsed ostjad C ja D. Kui B esitab A vastu kahju hüvitamise nõude, võib A “kilbina” esitada kahju edasikandmise vastuväite, et A on vähemalt osaliselt kandnud kahju üle C-le. Kui C esitab A vastu kahju hüvitamise nõude, siis võib A “kilbina” esitada kahju edasikandmise vastuväite, et C on vähemalt osaliselt kandnud kahju üle D-le. Kui D esitab A vastu kahju hüvitamise nõude ja D on tarneahela viimane lüli, siis ei saa A esitada D vastu kahju edasikandmise vastuväidet.

Kui joonisel 1 esitab B kahju hüvitamise nõude A vastu, siis võib C astuda menetlusse iseseisva nõudega kolmanda isikuna (vt täpsemalt ptk 2.5.3.) ning tugineda “mõõgana” kahju edasikandmisele, et B-le tekkinud kahju on vähemalt osaliselt C-le üle kandunud. Kui C esitab kahju hüvitamise nõude A vastu, võib D kui tarneahela viimane lüli astuda menetlusse iseseisva

³⁸ Autori hinnangul on nii õiguskirjanduses, kahju hüvitamise direktiivis, KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas kui ka Komisjoni teatises nr 2019/C 267/07 kasutatud sõna „tarneahel“ ka tootmisahela puhul. Vt nt Komisjoni teatis „Suunised liikmesriikide kohtutele kaudsele ostjale edasi suunatud ülemäärase ostuhinna osa hindamise kohta“ 2019/C 267/07, allmärkus 14 ja p-d 8, 193. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2019:267:FULL&from=IT> (21.04.2024); European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 15; Mestmäcker, E.-J, Schweitzer, H., § 23/59.

³⁹ Joonise idee: Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 9 lähedal.

nõudega kolmanda isikuna ning samuti tugineda “mõõgana“ kahju edasikandmisele, et C-le tekkinud kahju on vähemalt osaliselt D-le üle kantud. Kui kohus loeb kahju edasikandmise vastuväite põhjendatuks, siis ei vabane konkurentsioiguse normide rikkuja kahju hüvitamise kohustusest, vaid muutub võlausaldaja isik, kellele konkurentsioiguse normide rikkuja peab tekkinud kahju hüvitama ning muutuda võib nõude suurus.⁴⁰

Kahju edasikandmise vastuväite esitamise perspektiivikus sõltub õiguskirjanduse kohaselt kauba liikumisest ja kauba võimalikust töötlemisest tarneahelas.

Õiguskirjanduses on leitud, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine on perspektiivikas, kui otsesed ostjad müüvad ülemäärase hinnaga ostetud kauba muutmata kujul edasi või kui otsene ostja kasutab kaupa muutmata kujul ühe komponendina oma kaubas.⁴¹ Samuti leitakse, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine on perspektiivikas, kui otsene ostja kannab kogu konkurentsioiguse normide rikkumisega saadud kahju niimoodi edasi, et sellega ei kaasne otsesele ostjale müügi vähenemist ega liigseid jõupingutusi.⁴² Näiteks kui banaanitootja müüb banaanid ülemäärase hinnaga eksportijale, kes müüb banaanid importijale, kes omakorda müüb banaanid edasi jaemüüjale. Samuti juhul, kui autotootjast otsene ostja müüb edasi auto, mille tootmisel on ta kasutanud ülemäärase hinnaga soetatud rehve. Kuigi õiguskirjandusest nähtub, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine ei välista, et hagejal kui otsesel kahju saajal puuduks konkurentsioiguse normide rikkuja vastu igasugune kahju hüvitamise nõue⁴³, on kahju võimaliku edasikandmise puhul oluline jälgida, et sama kahju osas võib kahju hüvitamise nõue konkurentsioiguse normide rikkuja vastu tekkida kas otsesel ostjal või kaudsel ostjal, aga mitte mõlemal samaaegselt⁴⁴.

Õiguskirjanduse kohaselt on kahju edasikandmise vastuväite esitamine perspektiivitu või on kahju edasikandmisele tuginemine välistatud⁴⁵ sellistes olukordades, kus ülemäärase hinnaga ostetud kaubad on sisendiks tootmisahela järgmise tasandi kaupadele.⁴⁶ Samuti sellistes olukordades, kus kaubad töödeldakse ümber⁴⁷ või kui otsese ostja müügipingutustest, arvutustest ja äriedust sõltub, et kas ja mil määral suudetakse kompenseerida ülemäärast hinda⁴⁸. Näiteks kui teraviljakasvataja müüb enda kasvatatud nisu ülemäärase hinnaga veskile,

⁴⁰ Seifert, K., lk 350.

⁴¹ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 15. Seifert, K., lk 350.

⁴² Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/34.

⁴³ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812.

⁴⁴ Seifert, K., lk 350.

⁴⁵ *Ibidem.*, lk 350.

⁴⁶ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 15; Seifert, K., lk 350; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/59.

⁴⁷ Nt Fuchs, A., Weitbrecht, A.. Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. München: C.H.Beck 2019, § 6/123.

⁴⁸ Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/34.

kes töötleb nisu ja muudab selle jahuks. Veski müüb jahu pagaritööstusele, kes teeb jahust saiapätsi. Pagaritööstus müüb saiapätsi jaemüüjale. Ka joonise 1 puhul on vaieldav, kas kahju edasikandmine saab B tasandist kaugemale kanduda, sest ülemäärase hinnaga ostetud elektriteenus on sisendiks tootmisahela järgmise tasandi kaupadele⁴⁹. Praktikas võivad aga olukorrad olla veelgi keerulisemad. Näiteks juhul, kui tegu on keerukamate tarneahelatega või olukorras, kus kaudsest ostjast tarbija D ostab kauba, mille lõplik hind koosneb eelnevatel turutasanditel mitmest ülemäärase hinnaga ostetud kauba komponendist.⁵⁰

Õiguskirjanduses on leitud, et kui tegu on keerulisema juhtumiga, kus ülemäärase hinnaga ostetud toode on järgmisel turutasandil töödeldud ümber uueks tooteks, või kus kahju edasikandmist on väga keeruline tuvastada, siis tuleb ühelt poolt kaaluda otsese ostja võimalikku rikastumist ning teiselt poolt kahju tekitanud konkurentsioiguse normide rikkujate ebamõistlikku leevendust. Valitseva õiguskirjanduse seisukoha järgi tuleks eelistada pigem otsese ostja rikastumist. Kui aga eelistada konkurentsioiguse normide rikkujate ebamõistlikku leevendust, siis vabaneks konkurentsioiguse normide rikkujate põhjendamatu kahjuhüvitise maksmise kohustusest, sest kaudsetele ostjatele tekkinud kahju ulatust on erakordselt keeruline kindlaks teha.⁵¹ Täiendavalt ei peaks olukorras, kus eelistatakse otsese ostja rikastumist, tellima kohtumenetluses (mitmeid) liiga keerukaid ja kulukaid eksperthinnanguid ning kohtuotsus muutuks poolte jaoks etteaimatavamaks, sest oleks selge, et kahju edasikandmine järgmisele turutasandile ei ole lubatud või tõendatud.⁵²

Autor nõustub, et ümbertöödeldud toodete puhul on kahju edasikandmise kindlaksmääramine keeruline. Samas, üksnes subjektiivne hinnang, et teatud olukordades on kahju edasikandmise kindlaksmääramine keeruline, ei peaks autori hinnangul looma n-õ kirjutamata eeldust, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine on perspektiivitu või isegi välistatud. Nimelt ei näe ei Eesti ega Saksa seadusandja ette, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine sõltuks sellest, kas kahju edasikandmist on lihtne kindlaks määrata, vaid sellest, kas kahju on teatud tingimuste täitmisel edasi kantud või mitte. Nii rikkujal kui ka kaudsel ostjal peab säilima õigus esitada kahju edasikandmise vastuväide ilma eelhoiakuta, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine on põhjendamatu. Selleks, et ka praktikas kahju edasikandmist tõsiseltvõetavalt kaalutaks⁵³,

⁴⁹ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 15; Seifert, K., lk 350; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/59.

⁵⁰ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 8.

⁵¹ Seifert, K., lk 350; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/52–54, 57; Balke, M., § 106/37; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208.

⁵² Seifert, K., lk 350; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz in Deutschland – Quo Vadis?. NZKart 2021.

⁵³ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 78.

tuleb lähtuda konkreetsetest tingimustest, mille täitmise tõendamisel loetakse kahju edasikantuks (vt täpsemalt ptk-d 2.1. ja 2.4.).

1.1.4. Konkurentsioiguse normide rikkumise deliktiline vastutus

Kahju edasikandmise vastuväidet käsitletakse läbivalt deliktiõiguse kontekstis.⁵⁴ Ometi võib poolte vahel olla lepinguline suhe, mistõttu on küsitav, kuidas lepinguvälise deliktiõigusliku nõudeni üldse jõutakse. Nimelt, kui poolte vahel on lepinguline suhe, siis VÕS § 1044 lg 2 I alusel ei saa pooled nõuda lepingulise kohustuse rikkumisest tuleneva kahju hüvitamist deliktiõiguse sätete järgi, kui seadusest ei tulene teisiti.

Kahju hüvitamise direktiivi art 2 lg 23 defineerib otsese ostja (vt täpsemalt ptk 1.1.2.). Otsese ostja definitsioonis nimetatud „toodete omandamine“ viitab, et otsese ostja ja konkurentsioiguse normide rikkujast müüja vahel on müügileping VÕS § 208 vastava lõike alusel. Otsese ostja definitsioonis viidatud „teenuste omandamine“ viitab, et otsese ostja puhul võib tegu olla töövõtjaga ning konkurentsioiguse normide rikkumise puhul võib tegu olla tellijaga, kelle vahel on sõlmitud töövõtuleping VÕS § 635 vastava lõike alusel. Poolte vahel võib olla sõlmitud ka käsundusleping VÕS § 619 mõttes või mõni muu VÕS-i 8. ptk-s sätestatud teenuse osutamise leping. Sõltumata sellest, kas konkurentsioiguse normide rikkumise ja otsese ostja vahel on müügileping või hoopis mõni VÕS-i 8. ptk-s sätestatud teenuse osutamise leping, on poolte vahel lepinguline suhe.

Kuigi VÕS § 1044 lg 2 I järgi lepingulise suhte korral deliktiõiguslik kahjuhüvitamine eelduslikult võimalik pole, on VÕS § 1044 lg 2 II kohaselt erandid siiski võimalikud. VÕS § 1044 lg 2 II järgi kohalduvad lepingulise kohustuse rikkumisele deliktiõiguse sätted, kui lepingulise kohustuse eesmärk oli muu, kui sellise kahju ärahoidmine, mille hüvitamist nõutakse. Teisisõnu kohalduvad deliktiõiguse sätted, kui tekkinud varaline kahju pole hõlmatud väidetult rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärgiga VÕS § 127 lg 2 mõttes.⁵⁵ Autori hinnangul on vaieldav, kas õiglase hinna nõudmine (mitte konkurentsioiguse normide rikkumisega nõutud ülemäärase hinna nõudmine) on kõrvalkohustusena hõlmatud lepingulise kaitsekohustusega⁵⁶ või ülemäärase hinna nõudmisest tekkinud kahju ärahoidmine pole väidetavalt rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärgiks. Autor leiab, et kui kokku pole

⁵⁴ Vt nt Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja juurde lisa 2. Kooskõlastamise ja avaliku konsultatsiooni käigus esitatud märkuste ja ettepanekute kooskõlastustabel, lk 20. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024); BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, p 48 cc); BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 71; Bulst, F. W., lk 226.

⁵⁵ Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K.. Võlaõigusseadus IV: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2020, Tampuu, T., Käerdi, M. § 1044/3.3.

⁵⁶ Varul, P. jt (koost.). Kull, I. Võlaõigusseadus I, § 2/4.1.1.

lepitud teisiti, siis ülemäärase hinna nõudmisest tekkinud kahju pole väidetavalt rikutud lepingulise kohustuse kaitse-eesmärgiga hõlmatud, mis tähendab, et kahju hüvitamise nõude saab esitada deliktiõiguse sätete alusel. Pooled võivad ise kokku leppida hinna, millega kaupa ostetakse. Küll aga näevad eriseadused, nt ELTS⁵⁷ § 73 lg 1 või ÜVVKS⁵⁸ § 57 lg 1 ette olukorrad, mil teenuste hind tuleb kooskõlastada Konkurentsiametiga. Kui teenuste hinda Konkurentsiametiga ei kooskõlastata, siis rikutakse seadust, mis omakorda annab otsesele ostjale muude eelduste täitmisel õiguse nõuda kahju hüvitamist VÕS § 1043 ja VÕS § 1045 lg 1 p 7 alusel. Kuigi viidatud eriseadustes on käsitletud üksnes teenuseid, kohalduvad autori hinnangul VÕS § 1043 ja VÕS § 1045 lg 1 p 7 ka toodete puhul, mille eest on makstud ülemäärast hinda. Seadusest tulenev rikutud kaitsenorm võib olla näiteks KonkS § 16 p 1, mis keelab otseste või kaudsete ebaõiglaste ostu- või müügihindade või muude ebaõiglaste äritingimuste kehtestamise või rakendamise.

Kahju hüvitamise direktiivi art 2 lg 24 defineerib kaudse ostja (vt täpsemalt ptk 1.1.2.). Kaudse ostja definitsioonist nähtub, et kaudsel ostjal on lepinguline suhe otsese ostja või järgmise ostjaga, kuid mitte konkurentsioiguse normide rikkujaga. Kuivõrd kaudse ostja ja konkurentsioiguse normide rikkuja vahel lepinguline suhe puudub, reguleerivad kaudse ostja ja konkurentsioiguse normide rikkuja vahelist õigussuhet lepinguvälised võlasuhted. Täpsemalt reguleerib kaudse ostja ja konkurentsioiguse normide rikkuja vahelist õigussuhet deliktiõigus, mille alusel saab kaudne ostja nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt tagasi kahju nt VÕS § 1043, VÕS § 1045 lg 1 p 7 ja KonkS § 16 p 1 alusel.

1.1.5. Kahju edasikandmise vastuväide ja alusetu rikastumise õigus

Kohtupraktikas on tunnustatud konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevate nõuete esitamist alusetu rikastumise sätete alusel.⁵⁹ Kuigi kahju edasikandmise vastuväide on konkurentsioiguslik vastuväide, on õiguskirjanduses arutletud, kas kahju edasikandmise vastuväide või kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide võiks kohalduda alusetu rikastumise õiguses, täpsemalt soorituskondiktsiooni puhul.⁶⁰ Ka kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel Eesti õiguskorda märkis Eesti Advokatuuri konkurentsioiguse komisjon, et „võiks kaaluda KonkS § 78 täiendamist lisaks kahju hüvitamisele ka alusetust rikastumisest tulenevate nõuete rahuldamisega“⁶¹. KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisast 2 nähtub, et

⁵⁷ Elektriturseadus. – RT I, 30.06.2023, 6.

⁵⁸ Ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seadus. – RT I, 27.09.2023, 4.

⁵⁹ RKTko 13.11.2020, 2-15-505/180, p 20.2.2.; TrtRnKo 21.05.2021, 2-15-505, p 52.

⁶⁰ Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B.. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München: C.H.Beck 2024, Schwab, D., § 812/5; Woeste, K.. Bereicherungsrecht als Alternative zum Kartellschadensersatz: Passing-on defense im Bereicherungsausgleich? ZWeR 2018.

⁶¹ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2, lk 21.

Eesti Advokatuuri konkurentsioiguse komisjoni järgi on erinevates menetlustes nii kohus kui ka pooled viidanud võimalusele, et konkurentsioiguse normide rikkumine on oma olemuselt hoopis alusetu rikastumine. Näiteks olukorras, kus monopoolses seisundis ettevõtja on alusetult rikastunud, sest õiglast hinda ületav keelatud kokkuleppega kokkulepitud hind on tühine.⁶²

Ei Euroopa Liidu õiguses ega Eesti ja Saksamaa siseriiklikes õigustes pole sätet, mille alusel kohalduks alusetu rikastumise õiguses kahju edasikandmise vastuväide või kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide. Kui konkurentsioiguslike kahjunõuete puhul on kahju edasikandmise vastuväide VÕS § 127 lg 5 erijuht, siis alusetu rikastumise õiguses VÕS § 127 – VÕS § 140 (sh VÕS § 127 lg 5) ei kohaldu. Ka KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2 järgi kohaldub kahju hüvitamise direktiiv üksnes kahju õigusvastasest tekitamisest tulenevatele nõuetele ehk ainult deliktiõiguslikele nõuetele.⁶³ Õiguskirjanduseski on leitud, et tulenevalt KonkS-i eelnõust pole alusetu rikastumise nõuete puhul võimalik kohaldada kahju hüvitamise direktiivist tulenevaid põhimõtteid, sh konkurentsioiguslikke vastuväiteid.⁶⁴

VÕS §-s 1028 sätestatud soorituskondiktsiooni (*conditio indebiti*) eesmärk on tagastada õigusliku aluseta tehtud soorituse tulemusel saadu.⁶⁵ Soorituskondiktsioon võib kohalduda konkurentsioiguse normide rikkumiste puhul. Näiteks sõlmivad ettevõtjad keelatud kokkuleppe, millega määravad kindlaks müügihinna, mis on kõrgem hind, kui turu tavatingimustel küsitav hind. Tulenevalt KonkS §-s 8 ja KonkS § 4 lg 1 p-s 1 sätestatust on müügihinna kokkuleppimine keelatud ja selline keelatud kokkulepe on tühine, mistõttu puudub kartelliliikmete kokkulepitud ülemäärasel hinnal õiguslik alus. Kui ostja tasub kartelliliikmest müüjale ülemäärase hinna, siis on tegu soorituskondiktsiooniga VÕS § 1028 mõttes. Soorituskondiktsioon võib kohalduda ka Konkurentsiametiga kooskõlastamata hindade osas. Õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on selgitatud, et kui võrguteenuse pakkuja, kellel on kohustus kooskõlastada Konkurentsiametiga oma teenuste hinnad ja tasud, osutab isikule teenust ning nõuab Konkurentsiametiga kooskõlastamata võrgutasude maksmist, siis võib tegu olla deliktiõigusliku nõudega VÕS § 1045 lg 1 p 7 ja nt ELTS § 73 lg 1 või ÜVVKS § 57 lg 1 alusel, aga tegu võib olla ka soorituskondiktsiooniga VÕS § 1028 mõttes.⁶⁶

⁶² *Ibidem*, lk-d 20-21.

⁶³ *Ibidem*, lk 20.

⁶⁴ Autori täiendus, et konkurentsioiguslikud põhimõtted hõlmavad ka konkurentsioiguslikke vastuväiteid; Tamm, E.. The Damages Directive in Estonia. International Competition Law Series 2022, p 2.1; KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2, lk-d 20-21.

⁶⁵ Varul, P. jt (koost.). Tampuu, T., Käerdi, M.. Võlaõigusseadus IV, § 1028/1.

⁶⁶ Tamm, E., p 2.1.; Varul, P. jt (koost.). Tampuu, T., Käerdi, M.. Võlaõigusseadus IV, § 1028/3.1.3.1.; RKTko 29.04.2015, 3-2-1-41-15, p 16.

Valitseva arvamuse kohaselt pole kahju edasikandmise vastuväide alusetust rikastumisest tulenevate nõuete puhul lubatud. Eestis on KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2 märkinud justiitsministeerium, et kahju edasikandmise vastuväide pole alusetu rikastumise õiguses kohaldatav. Justiitsministeerium selgitab, et VÕS § 1027 järgi tähendab alusetu rikastumine, et üks isik saab varalist kasu, mis õiguse järgi peaks kuuluma teisele isikule. Tegu pole seega kahju saamisega. Kui pole kahju, siis ei saa olla ka saamata jäänud tulu.⁶⁷ Autor nõustub, et kahjunõue ja rikastumisnõue oma olemuselt täiesti erinevad nõuded, mistõttu pole kahju edasikandmise vastuväide asjakohane. Saksa õiguskirjanduse ja kohtupraktika⁶⁸ kohaselt pole erinevalt konkurentsioiguslikest deliktinõuetest soorituskondiktsiooni puhul kahju edasikandmise vastuväite esitamine lubatud. Võrdluseks, ka *common law* kohtupraktikast nähtub, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine alusetu rikastumise õiguses on välistanud.⁶⁹

BGH 22.07.2014 elektrivõrgu kasutustasude lahendis välistas Saksa ülemkohus kahju edasikandmise vastuväite esitamise alusetust rikastumisest tulenevate nõuete puhul.⁷⁰ Elektrivõrgu kasutustasude lahendis küsis elektrivõrku haldav ettevõtja (võrguettevõtja) oma tarbijatelt elektrivõrgu kasutamise eest liiga kõrget hinda (BGB⁷¹ § 315 III⁷²). Kui võrguettevõtja otsene klient ülemäära makstud summat võrguettevõtjalt alusetu rikastumise sätete alusel tagasi nõudis, esitas võrguettevõtja otsese kliendi kahju hüvitamise nõude vastu kahju edasikandmise vastuväite. BGH võrguettevõtjaga ei nõustunud ning selgitas, et alusetust rikastumisest tulenevate nõuete puhul (iseegi kui alusetu rikastumise sätete alusel esitatakse konkurentsioiguslik nõue) ei kohaldu kahju edasikandmise vastuväide kui deliktiõiguslik hüvede tasakaalustamise põhimõte.⁷³

BGH hinnangul on kahju edasikandmise vastuväite esitamine vastuolus soorituskondiktsiooni olemusega. Erinevalt konkurentsioigusest, mis on avaliku õiguse haru, on alusetust rikastumisest tulenev õigussuhe eraõiguslik õigussuhe, täpsemalt võlaõigusest tulenev võlasuhe. Võlaõigusest tulenevale õigussuhtele on iseloomulik, et nõuded tekivad võlaõigussuhte poolte vahel. Iga nõuet tuleb hinnata iseseisvalt vastavalt selle nõude eeldustele,

⁶⁷ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2.

⁶⁸ Schwab, D. § 812/5, 43; BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, p 54.

⁶⁹ Kleinwort Benson v Birmingham 1996 CC 4 All ER 733 (CA).

⁷⁰ BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, juhtlause (saksa keeles *Leitsatz*) 2.

⁷¹ Saksamaa tsiviilseadustik (*Bürgerliches Gesetzbuch*), 18.08.1896 – 22.12.2023. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (21.04.2024).

⁷² Eesti õiguses vastavad BGB §-le 315 III VÕS § 26 ja VÕS § 28.

⁷³ BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, p-d 51–54.

sisule ja täitmisele, arvestades asjakohaseid norme.⁷⁴ Alusetust rikastumisest tuleneva nõude saab esitada sooritussuhte raames. Kaudsetel ostjatel puudub konkurentsioiguse normide rikkujaga õigussuhe.⁷⁵ Kui tunnustada konkurentsioiguse normide rikkuja vastuväidet, et otsene ostja on tekkinud kahju järgmisele turutasandile edasi kandnud, siis jääb ülemäärasest ostuhinnast tulenev kasu konkurentsioiguse normide rikkujale. Kui tekkinud kasu jääb konkurentsioiguse normide rikkujale, siis rikastub konkurentsioiguse normide rikkuja alusetult. Konkurentsioiguse normide rikkuja alusetu rikastumine on vastuolus BGB § 812 lg 1 variandiga 1 (soorituskondiktiooniga), mistõttu pole kahju edasikandmise vastuväide alusetu rikastumise õiguses lubatud.⁷⁶

Ka on BGH hinnangul kahju edasikandmise vastuväite esitamine vastuolus eesmärgiga edendada konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevate kahju hüvitamise nõuete täitmist. BGH selgitas, et kui otsene ostja peaks arvestama, et ta on ülemäärase hinna täielikult või osaliselt järgmisele turutasandile edasi kandnud, siis jääksid konkurentsioiguse normide rikkujale ainuüksi õiguslikel põhjustel tühise hinna määramise eelised. See ei ole kooskõlas BGB § 812 lg 1 variandi 1 eesmärgiga ja raskendaks ELTL art 101 ja ELTL art 102 tõhusat jõustamist.⁷⁷

Saksa õiguskirjanduses esindatud vähemuse arvamuse kohaselt on kahju hüvitamise direktiivist tulenev kahju edasikandmise vastuväide siiski ülekantav ka alusetu rikastumise õigusesse, kui alusetu rikastumise sätete alusel esitatakse konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenev nõue.⁷⁸ Vähemus selgitab, et kahju edasikandmise vastuväide kohaldub olukordades, kus esiteks on poolte vahel sõlmitud tehing tühine või tühistatav ja teiseks on otsene klient maksnud ülemäärast hinda.⁷⁹ Tehing on tühine, kui leping on tühine seadusega vastuolus oleva tehingu tõttu (BGB § 134; Eestis on analoogne norm TsÜS § 87). Tehing on tühistatav, kui isik on teinud tehingu pettuse või ähvarduse tõttu (BGB § 123 lg 1, BGB § 142 lg 1; Eestis on analoogsed normid TsÜS § 94, TsÜS § 90). Seejuures on ebaselge, millal on tegu pettusega, kuid pettust tuleks eeldada, kui kartellis osaleja varjas asjaolu, et ta osales kartellis hindade kindlaksmääramisel.⁸⁰ Ülemäärane hind on ainult see osa hinnast, mille rikkuja sai ilma õigusliku aluseta. Ülemäärase hinna puhul toimub vastastikuse tagasitäitmise asemel ühepoolne

⁷⁴ Ebenroth, L., Boujong, K., Koost, D., Strohn, L.. *Handelsgesetzbuch*. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020, Achilles, W.-A. § 377/229F.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, p 51; Hau, W., Poseck, R.. BeckOK BGB. 68. Aufl. München: C.H.Beck 2023, Gehrlein, M. § 315/21.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI, p 51.

⁷⁷ *Ibidem*, p 51.

⁷⁸ Woeste, K., lk-d 393, 403.

⁷⁹ *Ibidem*, lk 393.

⁸⁰ *Ibidem*, lk 394.

tagasitaitmine, kus konkurentsioiguse normide rikkuja saab nõude ulatust puudutavas osas kaitsta end kahju edasikandmise vastuväitega (BGB § 818, Eestis on analoogne norm VÕS § 1032).⁸¹

Vähemus põhjendab kahju edasikandmise vastuväidet alusetu rikastumise õiguses sellega, et kahju hüvitamise direktiivi art 13 lihtsalt unustati kujundada nii, et nähtuks selle kohaldumine alusetu rikastumise õiguses.⁸² Ühtlasi leiab vähemus, et kui Saksa seadusandja oleks teadlikult otsustanud, et kahju edasikandmise vastuväide alusetu rikastumise õiguses ei kohaldu, siis oleks see selgelt välja öeldud.⁸³ Vähemuse hinnangul toob kahju edasikandmise vastuväite mittetunnustamine alusetu rikastumise õiguses vastuolu kahju hüvitamise direktiiviga, mille eesmärgiks on ühtlustada liikmesriikides konkurentsitingimusi. Seega tuleb alusetust rikastumisest tulenevaid nõudeid sünkroniseerida deliktiõiguslike nõuetega, et tagada kahju hüvitamise direktiivi art 13 praktiline tõhusus. Alusetu rikastumise ja deliktiõiguslike nõuete sünkroniseerimine on kooskõlas ka Euroopa Liidu pädevusega, kuna ELTL art 103 ei piira konkurentsioiguse valdkonnaspetsiifilisi õigusakte kahju hüvitamise nõuete valdkonnaga.⁸⁴

Autori hinnangul oleks teoreetiliselt mõeldav esitada alusetu rikastumise kontekstis mitte kahju edasikandmise vastuväide, vaid kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide. Analoogne vastuväide saaks esitada tulenevalt hea usu põhimõttest VÕS § 6 lg 2 alusel. Kui kahju edasikandmise vastuväite eduka esitamise tulemusel peab konkurentsioiguse normide rikkuja maksma otsesele ostjale vähem kahjuhüvitist, siis lähtuvalt VÕS § 6 lg 2 kommentaaridest oleks ka VÕS § 6 lg 2 alusel võimalik vähendada kahjuhüvitist⁸⁵. Kahjuhüvitise vähendamist VÕS § 6 lg 2 alusel on tunnustatud ka kohtupraktikas⁸⁶. Kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide võiks olla soorituse edasikandmise vastuväide, mis seisneks selleks, et kuigi üleandja on teinud õigusliku aluseta soorituse, ei saa ta sooritust (osaliselt) tagasi, sest kolmas isik on teinud üleandjale analoogne soorituse. Eeltoodu tähendab, et soorituse saaja kui konkurentsioiguse normide rikkuja väidab, et üleandja kui ostja poolt on hea usu põhimõttega vastuolus nõuda alusetut sooritust tagasi, sest ostjale on see sooritus kompenseeritud. Alusetu rikastumise sätete kohaldamisel on oluline, et alusetu rikastumise sätete alusel ei nõuta tagasi mitte kahju, vaid õigusliku aluseta tehtud sooritust. Tekkinud kahju ning kahju edasikandmist ei saa samastada õigusliku aluseta tehtud sooritusega ning kolmandate isikute poolt tehtud analoogne sooritusega üleandjale, mistõttu on autori

⁸¹ *Ibidem*, lk 396.

⁸² *Ibidem*, lk 404.

⁸³ *Ibidem*, lk 399.

⁸⁴ *Ibidem*, lk 404.

⁸⁵ Varul, P. jt (koost.). Kull, I. Võlaõigusseadus I, § 6/4.5.2.

⁸⁶ RKTKo 08.04.2015, 3-2-1-1-15, p-d 18, 19; RKTKo 10.04.2014, 3-2-1-194-13.

hinnangul kahju edasikandmise vastuväitega analoogse vastuväite esitamine alusetu rikastumise õiguses välistatud.

1.2. Kahju edasikandmise vastuväite regulatsioon

1.2.1. Kahju hüvitamise direktiivi aluspõhimõtted

Euroopa Liidu õiguses on kahju edasikandmise vastuväide reguleeritud kahju hüvitamise direktiivis. Enne kahju hüvitamise direktiivi vastuvõtmist oli Euroopa Komisjonis mitmeid arutelusid teemal, kas lubada kahju edasikandmise vastuväite esitamist. Juba 2004. aastal tellis Euroopa Komisjon raporti, milles analüüsiti enne poliitiliste valikute langetamist erinevaid kahju edasikandmisega seonduvaid aspekte (edaspidi „Ashurst-i raport“).⁸⁷ Täpsemalt analüüsiti Ashurst-i raportis siseriiklike õiguste näitel, kas kahju edasikandmise vastuväidet üldse lubada ning kui lubada, siis kas ja kellelt saavad otsesed ja kaudsed ostjad konkurentsioiguse normide rikkumise tagajärjel tekkinud kahju nõuda.⁸⁸ Alates 2005. aastast töötas Euroopa Komisjon ettepanekutega ühtlustada konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise menetluste raamistikku. Euroopa Komisjoni eesmärgiks oli tugevdada kartellide- ja monopoolse seisundi rikkumise vastast võitlust tsiviilõiguslike kahjuhüvitistega. Esimesed kahju edasikandmise vastuväitega seonduvad põhimõtted pandi kirja mittesiduvalt *soft law*-na Euroopa Komisjoni 2005. aasta roheline raamatusse⁸⁹ ja Euroopa Komisjoni 2008. aasta valgesse raamatusse⁹⁰.

26. novembril 2014 võtsid Euroopa Parlament ja Nõukogu vastu direktiivi 2014/104/EL teatavate eeskirjade kohta, millega reguleeritakse liikmesriikide õiguse kohaseid kahju hüvitamise hagisid liikmesriikide ja Euroopa Liidu konkurentsioiguse rikkumise korral (kahju hüvitamise direktiiv). Kahju hüvitamise direktiivi vastuvõtmisega polnud kahju edasikandmise vastuväide Euroopa Liidus mitte enam *soft law*, vaid kuivõrd direktiivid pole otsekohalduvad, siis tuli kahju hüvitamise direktiiv võtta üle siseriiklikku õiguskorda, kehtestades mh kahju edasikandmist puudutava regulatsiooni. Seega, kuigi autor viitab kahju hüvitamise direktiivis

⁸⁷ Waelbroeck, D., Slater, D., Even-Shoshan, G.. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 31.08.2004. Arvutivõrgus: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/damages_actions_claims_for_damages_infringements_study_comparative_report.pdf (21.04.2024).

⁸⁸ *Ibidem*, lk-d 30 jj.

⁸⁹ Commission of the European Communities. GREEN PAPER. Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 19.12.2005. Arvutivõrgus: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0672_/com_com\(2005\)0672_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672_/com_com(2005)0672_en.pdf) (21.04.2024).

⁹⁰ Commission of the European Communities. COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 02.04.2008. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF> (21.04.2024).

sätetatud normidele, siis praktikas otse kahju hüvitamise direktiivile tugineda ei saa, vaid tugineda tuleb siiski vastavale siseriiklikule normile.

Kahju hüvitamise direktiivi eesmärk on kahju hüvitamise direktiivi art 4 kaudu kindlustada konkurentsieeskirjade maksimaalne tõhusus ning siseriiklike õigusnormide võrdväarsus.⁹¹ Tõhususe põhimõte („*effet utile*“) tähendab, et liikmesriik peab siseriiklikke õigusnorme kohaldama nii, et õigus konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju täielikule hüvitamisele ei muutuks praktikas võimatuks ega liiga keerukaks.⁹² Tõhususega seotud võrdväarsuse põhimõte tähendab, et siseriiklikult sätestatud nõuded konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju ulatuse määratlemisel ega kahju hüvitamise nõuete suhtes ei tohi olla rangemad kui teiste siseriiklike samalaadsete hagide suhtes kohaldatavad nõuded.⁹³ Tõhususe ja võrdväarsuse põhimõtted on seotud kahju hüvitamise direktiivi aluspõhimõtetega.

Kahju hüvitamise direktiiv sätestab kaks aluspõhimõtet.⁹⁴ Esiteks, totaalreparatsiooni põhimõte, mille järgi on igal konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu kahju saanud füüsilisel või juriidilisel isikul õigus nõuda ja saada konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu tekkinud kahju täielikku hüvitamist. Teiseks, isiku asetamine sellisesse olukorda, kus ta oleks olnud, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toimunud.

Esimene aluspõhimõte – totaalreparatsioon – tuleneb kahju hüvitamise direktiivi preambula p-st 11, art 1 lg-st 1, art 3 lg-test 1 ja 2 ning art-st 12. Totaalreparatsioon tähendab, et kõik isikud, sh tarneahelate eri tasanditel asuvad isikud, kes on konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu kahju saanud, võivad nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju hüvitamist.⁹⁵ Teisisõnu, konkurentsioiguse normide rikkuja kompenseerib kogu tekkinud kahju, isegi kui kahju ei tekkinud mitte otsesel ostjal, vaid kaudsel ostjal. Ka Euroopa Kohus on lahendis C-557/12, p-des 32 jj kinnitanud, et ka kaudsetel ostjatel võiks olla õigus nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju hüvitamist.⁹⁶ Siiski on kahju hüvitamise direktiivi

⁹¹ Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 1 jj; Seifert, K., lk 350.

⁹² Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p 5.

⁹³ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 6; Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p-d 5, 7 ja 8; samad põhimõtted tulenevad nt EKo C-453/99, *Courage Ltd versus Bernard Crehan ning Bernard Crehan versus Courage Ltd jt*, ECLI:EU:C:2001:465, p 29; C-295/04, *Manfredi*, p 62; EKo C-360/09, *Pfleiderer AG versus Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389, p 24; EKo C-536/11, *Bundswettbewerbbehörden versus Donau Chemie AG, Donauchem GmbH, DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, Brenntag Austria Holding GmbH, Brenntag CEE GmbH, ASK Chemicals GmbH, ASK Chemicals Austria GmbH*, ECLI:EU:C:2013:366, p 27. Samuti Schroeder, D., AEUV Art. 101/843.

⁹⁴ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 12.

⁹⁵ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p-d 44, 45; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/56.

⁹⁶ EKo C-557/12, *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH versus ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, p 32 jj.

art 3 lg-s 3 rõhutatud, et kuigi hüvitada tuleb kogu tekkinud kahju, ei tohi kahju hüvitamise direktiivi järgne täielik kahju hüvitamine põhjustada ülemäärast hüvitamist karistuslike, mitmekordsete või muud liiki kahjuhüvitiste näol.⁹⁷

Teine kahju hüvitamise direktiivi aluspõhimõte – isiku asetamine sellisesse olukorda, kus rikkumist poleks toimunud – on sätestatud kahju hüvitamise direktiivi art 3 lg-s 2. Eeltoodud aluspõhimõte tähendab võrdlust hüpoteetilise olukorraga, mis siiski ei saa kunagi olla täiesti täpne.⁹⁸ Isiku asetamine olukorda, kus konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toimunud, on tihedalt seotud kahju hüvitamise direktiivi IV peatükis reguleeritud kahju edasikandmise vastuväitega.⁹⁹ Kahju edasikandmise vastuväide, nagu varasemalt selgitatud, tähendab, et kui kahjunõude esitaja on tekkinud kahju täielikult või osaliselt kandnud edasi järgmisele turutasandile, siis pole nõude esitaja kahju saanud ning edasikantud kahju ei pea nõude esitajale hüvitama. Kahju edasikandmise vastuväitest tuleneb, et nõude esitaja on juba olukorras, kus ta oleks olnud, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud.

1.2.2. Kahju edasikandmise vastuväite regulatsioonide erisused siseriiklikus õiguses

Kahju hüvitamise direktiiv jõustus 25. detsembril 2014 ning tuli liikmesriikidel siseriiklikku õiguskorda üle võtta 27. detsembriks 2016.¹⁰⁰ Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õiguskorda tuli lähtuda sellest, et kui Euroopa Liidus vastavad juhised puuduvad, siis peavad liikmesriigid ise kehtestama siseriiklikud normid, mille alusel saab nõuda sellise kahju täielikku hüvitamist, mis on tekkinud ELTL art 101 rikkumise tõttu. Siseriiklike normide kehtestamisel tuli arvestada ka tõhususe ja võrdväarsuse põhimõtteid. Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õiguskorda pidid liikmesriigid kehtestama regulatsiooni tekkinud kahju ja konkurentsioiguse normide rikkumise vahelise põhjusliku seose määratlemiseks, kahju ulatuse kindlakstegemiseks, kahju ulatuse tõendamiseks ning reguleerima tagajärjed, kui hageja tekkinud kahju ulatust nõuetekohaselt ei tõenda. Siseriikliku regulatsiooni kehtestamisel tuli arvestada võimalikku kahju saaja ja konkurentsioiguse normide rikkuja vahelist ebavõrdsust andmete valdamisel ning asjaolu, et kahju suuruse määramine

⁹⁷ Sama on rõhutanud ka nt Fuchs, A., § 2/98, 100, 101

⁹⁸ Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 46.

⁹⁹ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 12; C-557/12, Kone, p 24; C-295/04, Manfredi, p 64.

¹⁰⁰ Ascheberg, L.. Kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU - Neuerungen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung in deutsches Recht. Jura 2016, lk 1101; Auer-Reinsdorff, A., Conrad, I.. Handbuch IT- und Datenschutzrecht. 3. Aufl. München: C.H.Beck 2019, Conrad, I., Licht, S., § 39/291.

eeldab asjaomase turu arengu hindamist olukorras, kus konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud.¹⁰¹

Eesti võttis eelkõige¹⁰² KonkS-i muutmisega kahju hüvitamise direktiivi õiguskorda üle 2017. aasta kevadeks.¹⁰³ Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisega muudeti ja täiendati KonkS-i 1. ptk-i, mis nimetab üldsätteid, KonkS-i 8. ptk-i, mis reguleerib riiklikku ja haldusjärelvalvet ja KonkS-i 9. ptk-i, mis reguleerib vastutust. KonkS-i täiendati ptk-ga 9¹, mis käsitleb menetlusnorme.

Enne kahju hüvitamise direktiivi vastuvõtmist sätestas KonkS § 78¹⁰⁴, et KonkS-i mõttes keelatud tegevusega toime pandud varaline või muu kahju kuulub hüvitamisele tsiviilkorras. Tegu polnud iseseisva kahju hüvitamise nõude alusnormiga, vaid, nagu märkis ka Riigikohus, varasem KonkS § 78 kordas üldist kahju hüvitamise põhimõtet.¹⁰⁵ Kohtupraktikast nähtub, et kuigi kohtud KonkS §-ile 78 põhjendavas osas ei viidanud, siis menetlusosalised viitasid KonkS §-le 78 kui nõude alusnormile¹⁰⁶, nt koos VÕS §-de 127 lg 1 ja § 128 lg-tega 1 ja 2¹⁰⁷.

Kahju edasikandmisega seonduvat KonkS-i varasem versioon ei sisaldanud. Autori hinnangul võib põhjus olla selles, et erinevalt Saksa kohtupraktikast polnud Eesti kohtupraktikas kahju edasikandmise küsimus tõusetunud. Riigi Teatajast ei nähtu ühtegi (avalikku) lahendit, mis käsitleks kahju edasikandmisega seonduvat enne kahju hüvitamise direktiivi vastuvõtmist. Ka märksa varasemast perioodist pärit Ashursti raportist nähtub, et Eestis (vähemalt 2004. aasta seisuga) pole vastavaid (avalikke) vaidluseid olnud.¹⁰⁸

Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisega muudeti täielikult KonkS §-i 78. Varem reguleeris KonkS § 78 kahjude hüvitamist, sätestades „Käesoleva seadusega keelatud tegude toimepanemisega tekitatud varaline või muu kahju kuulub hüvitamisele tsiviilkorras“¹⁰⁹. Peale kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmist reguleerib KonkS § 78 keelatud teo toimepanemisega tekitatud kahju hüvitamist, sätestades KonkS § 78 lg-s 1 „Igaühel on õigus talle keelatud teo

¹⁰¹ Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 46; Bulst, F. W., lk 89; Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 12; C-557/12, Kone, p 24; C-295/04, Manfredi, p 64.

¹⁰² Lisaks muudeti KrMS-i, KrMSRS-i, TsMS-i ja TsMSRS-i. Vt KonkS-i muutmise seletuskiri, lk 1; Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 4; Kriminaalmenetluse seadustiku rakendamise seadus. – RT I, 05.12.2017, 9; Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 7; Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja täitemenetluse seadustiku rakendamise seadus. – RT I, 10.02.2023, 5.

¹⁰³ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 7.

¹⁰⁴ Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2014, 15.

¹⁰⁵ RKTko 30.10.2013, 3-2-1-106-13, p 28; KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 5. Samas on menetlusosalised tõlgendanud KonkS §-i 78 ka nõude alusnormina, vt nt TlnRnKo 29.06.2007, 2-03-772, p-d 3 ja 11.

¹⁰⁶ TlnHK 29.11.2011, 3-11-2471, p 4 3).

¹⁰⁷ RKTko 21.03.2007, 3-2-1-22-07, p 1.

¹⁰⁸ Waelbroeck, D., Slater, D., Even-Shoshan, G., lk 100.

¹⁰⁹ Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2014, 15.

toimepanemisega tekitatud varalise kahju hüvitamisele“ ning KonkS § 78 lg-s 2 „Eeldatakse, et konkurentidevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus, mille eesmärk on koordineerida turul oma konkureerivat käitumist või mõjutada asjakohaseid konkurentsiparameetreid, või konkurentsivastane tegevus teiste konkurentide suhtes tekitab kahju.“. KonkS § 78 ei ole jätkuvalt iseseisev kahju hüvitamise nõude alusnorm, vaid konstateerib totaalreparatsiooni võimalust.¹¹⁰

KonkS § 78 lg 1 kaudu võeti Eesti siseriiklikku õiguskorda üle kahju hüvitamise direktiivi art-s 3 sätestatud totaalreparatsiooni põhimõte ning ühtlasi toodi sõnaselgelt välja, et kahju hüvitamise nõude võib esitada „igaüks“, kellele on tekkinud varaline kahju. KonkS § 78 lg 1 kohaselt kuulub hüvitamisele varaline kahju. Varaline kahju on tulenevalt VÕS § 128 lg-st 2 otsene varaline kahju ja saamata jäänud tulu. Seoses kahju hüvitamise nõude esitamiseks õigustatud isikuga on oluline märkida, et Riigikohus on lahendites 3-2-1-60-14 ja 3-2-1-19-11 sedastanud, et kahju hüvitamise nõuet ei välista ainuüksi see, et kahju saanud isikuks ei ole isik, kelle suhtes kohustust rikuti.¹¹¹ Eesti seadusandja otsustas siiski ka seaduse tasandil ehk KonkS §-s 78 lg-s 1 sõnaselgelt sätestada, et igapähele, kellele on konkurentsioiguse normide rikkumisega kahju tekkinud, on õigus nõuda kahju hüvitamist.¹¹²

KonkS § 78 lg 2 kaudu võeti Eesti siseriiklikku õiguskorda üle kahju hüvitamise direktiivi art 17 lg 2, mis sätestab eelduse, et konkurentidevaheline kokkulepe või kooskõlastatud tegevus, mille eesmärk on koordineerida turul oma konkureerivat käitumist või mõjutada asjakohaseid konkurentsiparameetreid, või konkurentsivastane tegevus teiste konkurentide suhtes, tekitab kahju. Kahju tekkimise eeldus tähendab tõendamiskoormise ümberpöörämist. Tõendamiskoormise ümberpööramisest tuleneb, et nii kaua, kui ei ole tõendatud, et eelpool kirjeldatud konkurentsioiguse normide rikkumine ei tekitanud kahju, mille hüvitamist nõutakse, siis eeldatakse, et kahju on tekkinud.

Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õiguskorda pidi Eesti seadusandja kehtestama teatud siseriiklikud normid, mille alusel saab tuvastada tekkinud kahju ulatust ning põhjuslikku seost konkurentsioiguse normide vahelise rikkumise ja tekkinud kahju vahel.¹¹³ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja kohaselt ei hõlma KonkS §-s 78 sätestatud kahju tekkimise eeldus siiski kahju ulatust ega „loo põhjuslikku seost konkreetse keelatud teo toimepanija ja kahju kannatanu vahel“. ¹¹⁴ Autori hinnangul pidas justiitsministeerium silmas,

¹¹⁰ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 5.

¹¹¹ RKTkm 10.06.2014, 3-2-1-60-14, p 26 ja kordusena RKTko 20.04.2011, 3-2-1-19-11, p-s 18.

¹¹² KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 5.

¹¹³ Kahju hüvitamise direktiivi preambula, p 11.

¹¹⁴ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 6.

et ei eeldata põhjuslikku seost toimepanija teo ja kannatanu (otsese või kaudse ostja) kahju vahel.¹¹⁵ KonkS-ist ei nähtu norme, mille põhjal määrata kindlaks konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju ulatus ning põhjusliku seose tuvastamine konkurentsioiguse normide rikkumise ja tekkinud kahju vahel. Seega tuleb autori hinnangul kahju ulatuse ja põhjusliku seose kindlakstegemisel eeldatavasti kohaldada VÕS §-e 127 jj¹¹⁶ (põhjusliku seose osas vt täpsemalt ptk 2.1. ja kahju ulatuse osas vt täpsemalt ptk 2.3.).

KonkS § 78² ja KonkS § 78³ sätestavad kahju edasikandmise (kahju edasisuunamise). KonkS § 78² lg 1 kohaselt eeldatakse, et kaudne ostja on tõendanud otsese ostja poolt keelatud teo toimepanemisega talle tekitatud otsese varalise kahju edasisuunamist kaudsele ostjale, kui kaudne ostja on tõendanud, et ta on omandanud keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid või neist saadud kaupu. KonkS § 78³ lg 1 kohaselt eeldatakse, et kaudne tarnija on tõendanud otsese tarnija poolt keelatud teo toimepanemisega talle tekitatud otsese varalise kahju edasisuunamist kaudsele tarnijale, kui kaudne tarnija on tõendanud, et ta on võõrandanud keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid kaupu. KonkS § 78² kaudu võeti osaliselt üle kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2, KonkS § 78³ kaudu võeti täielikult üle kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2. KonkS § 78² lg 1 ja KonkS § 78³ lg 1 kinnitavad, et vastavalt kaudne ostja ja kaudne tarnija saavad kahju edasikandmisele tugineda siis, kui nad ei olnud omandatud või võõrandatud kaupade puhul tarneahela viimane lüli.¹¹⁷

KonkS § 78² lg-st 1 ja KonkS § 78³ lg-st 1 tulenev kahju edasikandmise eeldus on märkimisväärne, sest kahju hüvitamise direktiivi art-s 14 kahju edasikandmist tegelikult (sõnaselgelt) ei eeldata. Ka kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 on kahju edasikandmise vastuväidet käsitletud kui kaitseargumenti, millest ei nähtu kahju edasikandmise eeldust. KonkS-i muutmisel juhtis Eesti Advokatuur justiitsministeeriumi tähelepanu sellele, et KonkS § 78² lg 1 ja KonkS § 78³ lg 1 panevad hageja juba eos raskemasse olukorda, kui ta kahju hüvitamise direktiivi järgselt oleks (kahju edasikandmine kui eeldus, mille kohaselt pole otsene ostja kahju saanud *versus* kahju edasikandmine kui kaitseargument).¹¹⁸ Nimelt sätestas KonkS-i muutmise eelnõu algtekst KonkS § 78² lg 1 keelatud teo toimepanemisega tekitatud kahju edasisuunamine kaudsele ostjale järgmiselt „Kui keelatud teo toimepanemisega tekitatud

¹¹⁵ *Ibidem*, lk 6.

¹¹⁶ Iseenesest nõustub VÕS § 127 jj kohaldamisega kahju hüvitamise direktiivi art 13 puhul ka justiitsministeerium (KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa, lk 11), kuid kahju hüvitamise direktiivi art 11 lg 1 osas on justiitsministeerium märkinud, et KonkS § 4 rikkumisel tulenebki põhjuslik seos juba KonkS §-st 4 endast (KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa, lk-d 7 ja 8).

¹¹⁷ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 6.

¹¹⁸ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2, lk 26.

kahju hüvitamise nõude esitab kaudne ostja, siis eeldatakse, et otsene ostja /.../¹¹⁹ ning KonkS § 78³ lg 1 sätestas keelatud teo toimepanemisega tekitatud kahju edasisuunamine kaudsele tarnijale järgmiselt „Kui keelatud teo toimepanemisega tekitatud kahju hüvitamise nõude esitab kaudne tarnija, siis eeldatakse, et otsene tarnija /.../¹²⁰. Täpsemalt erines Eesti Advokatuuri hinnangul siseriiklikult kehtestatud tõendamiskoormis kahju hüvitamise direktiivis ettenähtud tõendamiskoormisest.¹²¹ Kahju hüvitamise direktiiv näeb ette kaks tõendamisstandardit: kui hagejaks on otsene ostja, siis kahju hüvitamise direktiivi art 13 kohaselt lasub kahju edasikandmise tõendamiskoormis konkurentsioiguse normide rikkujast kostjal. Kui aga kahju edasikandmisele tugineb hageja kui kaudne ostja, siis tuleb kahju hüvitamise direktiivi art 14 kohaselt eeldada, et kaudne ostja on kandnud kahju ning konkurentsioiguse normide rikkuja peab tõendama, et tegelikult pole kaudne ostja kahju kandnud. Eesti Advokatuuri hinnangul reguleerisid KonkS-i muutmise eelnõu algtekstis nii KonkS § 78² lg 1 kui ka KonkS § 78³ lg 1 üksnes kahju hüvitamise direktiivi art-s 14 nimetatud juhtumit. Justiitsministeerium arvestas osaliselt Eesti Advokatuuri tähelepanekut ning muutis KonkS § 78² lg 1 ja KonkS § 78³ lg 1 sõnastust.¹²² Kehtivad KonkS § 78² lg 1 ning KonkS § 78³ lg 1 vastavad autori hinnangul paremini kahju hüvitamise direktiivi art-s 14 nimetatud tingimustele, sest pehmemdavad tingimusi, mille täitmisel loetakse kahju järgmisele turutasandile edasi kantuks.

KonkS § 78² kontekstis mõeldakse otsese varalise kahju all VÕS § 128 lg-s 3 sätestatud, mille kohaselt hõlmab otsene varaline kahju eelkõige kaotsiläinud või hävinud vara väärtuse või vara halvenemisest tekkinud väärtuse vähenemise, isegi kui see tekib tulevikus, ning kahju tekitamisega seoses kantud või tulevikus kantavad mõistlikud kulud, sealhulgas mõistlikud kulud kahju ärahoidmiseks või vähendamiseks ja hüvitise saamiseks, muu hulgas kahju kindlaks tegemiseks ja kahju hüvitamisega seotud nõuete esitamiseks. Kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-s 2 ja art 2 p-s 20 ette nähtud ülemäärane ostuhind hõlmab aga üksnes erinevust tegelikult tasutud hinna ja hinna vahel, mis oleks tasutud juhul, kui konkurentsioiguse normide rikkumist ei oleks toime pandud. Nii sätetest endist kui ka KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjast ja õiguskirjandusest nähtub, et VÕS § 128 lg 3 on laiemal ulatusega kui kahju

¹¹⁹ Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu algtekst, lk 2. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (22.04.2024).

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2, lk 26.

¹²² *Ibidem*.

hüvitamise direktiivis ette nähtud otsene varaline kahju.¹²³ Samas on intressidega seonduv jäetud nii seaduses kui ka KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas mainimata.

Kuigi KonkS §-s 78² ja KonkS §-s 78³ on reguleeritud kahju edasikandmine (kahju hüvitamise direktiivi art 14), siis kahju hüvitamise direktiivis nimetatud kahju edasikandmise vastuväide KonkS-ist sõnaselgelt ei nähtu. Ka KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas pole kahju hüvitamise direktiivi art-le 13 isegi mitte viidatud.¹²⁴ Küll aga nähtub KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisast 2, et kahju edasikandmise vastuväidet KonkS-iga üle ei võetudki. Kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 sätestatud kahju edasikandmise vastuväide on justiitsministeeriumi hinnangul olemas VÕS § 127 lg-s 1, mistõttu pole kahju hüvitamise direktiivi art-d 13 eraldi vaja üle võtta.¹²⁵ Täpsemalt saab konkurentsioiguse normide rikkuja VÕS § 127 lg 1 alusel öelda, et hagejale pole kahju üldse tekkinud. Justiitsministeeriumi hinnangul toetab kahju edasikandmise vastuväidet kui VÕS § 127 lg-l 1 tuginevat vastuväidet ka Riigikohtu seisukoht, mille järgi peab hageja tulenevalt TsMS § 230 lg-st 1 tõendama oma kahju hüvitamise nõuet ning kostja võib vaielda sellele vastu.¹²⁶ Autori hinnangul võib justiitsministeeriumi seisukoht tugineda sellel, et ülemäärane hind ei too otseselt mingit kasu kaasa, mistõttu oleks VÕS § 127 lg 1 asjakohasem. Samas pole autori hinnangul kahju edasikandmisega seonduv mitte aga diferentsihüpoteesi¹²⁷ küsimus, vaid, nagu läbivalt leiab ka Saksa õiguskirjandus, hoopis hüvede tasakaalustamise küsimus VÕS § 127 lg 5 mõttes (vt täpsemalt ptk 1.1.1.).

Autori hinnangul on vastava õiguskirjanduse ja kohtupraktika puudumise tõttu mõnevõrra keeruline tõlgendada ja sisustada KonkS §-i 78² ja KonkS §-i 78³. KonkS §-i 78² ja KonkS §-i 78³ tõlgendamisel saab tugineda KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjale ja selle lisadele. KonkS-i kommentaarid puuduvad ning Riigi Teataja kohtulahendite andmebaasis pole ainsatki lahendit, mis kasvõi mainiks KonkS §-i 78² või KonkS §-i 78³. Põhjuseid võib autori hinnangul olla mitmeid. Esiteks võib loota, et pole tekkinud vajadust kahju edasikandmisega seonduvat käsitleda, sest tarneahel ongi koosnenud üksnes ostjast ja müüjast. Siiski arvab autor, et ka pikemates kui kahe elemendiga tarneahelates on kahju edasikandmine tõusetunud või vähemalt oleks pidanud tõusetuma. Seega teine põhjus, miks kahju edasikandmist puudutav kohtupraktika sisuliselt puudub, on autori hinnangul see, et kahju edasikandmisega seonduv

¹²³ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 6; Tamm, E., p 7.2.

¹²⁴ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri.

¹²⁵ Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja juurde Lisa Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/104/EL ja Eesti õigusaktide vastavustabel, lk-d 11 ja 12. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024); KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa 2, lk-d 26 ja 27.

¹²⁶ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa, lk 11.

¹²⁷ Varul, P. jt (koost.). Sein, K.. Võlaõiguseseadus I, § 127/1.

pole Eesti õiguskorras juurdunud. Menetlusosalised ei pruugi ära tunda, et on võimalus, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud. Seaduse tasandil on kahju edasikandmise vastuväide reguleeritud alles alates 2017. aastast ning puudub õiguskirjandus, mis oleks (põhjalikult) käsitletud kahju edasikandmise vastuväidet. Kolmas põhjus on autori hinnangul see, et isegi kui kohtumenetluse vältel esitas pool kahju edasikandmise vastuväidet sisaldava seisukoha, siis ei pruukinud vastuväide olla kohtu silmis piisavalt veenev ning avalikku lõpplahendisse kahju edasikandmist puudutav osa ei jõudnud. Neljas põhjus võib olla autori hinnangul see, et kahju edasikandmise küsimus on kohtumenetluses tõusetunud ning on tehtud ka vastav lahend, kuid kuna tegu oli nt ärisaladuse kaitseks kinnise menetlusega, siis pole kohtulahend Riigi Teataja kohtulahendite andmebaasist leitav. Samas Saksamaal on mitmeid avalikult kättesaadavaid lahendeid, kus kahju edasikandmisega seonduv on tõusetunud.¹²⁸

Saksamaal võeti kahju hüvitamise direktiiv konkurentsiseadusesse (GWB) 9. muudatusega üle 09.06.2017¹²⁹. GWB-d muudeti ning täiendati sätetega GWB §-d 33-33h, 89b-89e. GWB 9. muudatuste eesmärk oli sama, mis kahju hüvitamise direktiivil ehk kindlustada konkurentsieeskirjade maksimaalne tõhusus.¹³⁰

Kahju edasikandmise vastuväide toodi aga esmakordselt Saksa õiguskorda juba 2005. aastal GWB 7. muudatusega. GWB (2005) § 33 lg 3 sätestas „Kes paneb konkurentsirikkumise toime [...] tahtlikult või ettevaatamatusest, on kohustatud hüvitama sellest tuleneva kahju. Kui toote või teenuse eest on makstud liiga kõrget hinda, ei ole kahju välistatud seetõttu, et toode või teenus on edasi müüdud [...]“.¹³¹ GWB 7. muudatused tingis ühelt poolt asjaolu, et kahju võimaliku edasikandmise küsimus oli tõusetunud nii erinevate Euroopa Liidu riikide siseriiklikes vaidlustes¹³² kui ka maailma suurimate vitamiinide hulgitootjate ja hulgimüüjate kartellis¹³³. Teiselt poolt olid GWB 7. muudatused tingitud lahendist EKo C-453/99, kus

¹²⁸ Vt nt BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI; BGH, Urteil vom 19.05.2020 – KZR 8/18 – Schienenkartell IV; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI; OLG Stuttgart, Urteil vom 04.04.2019 – 2 U 101/18 – LKW-Kartell; BGH, Urteil vom 28.01.2020 – KZR 24/17 – Schienenkartell II.

¹²⁹ Varasem redaktsioon: Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 09.06.2017. Arvutivõrgus: <https://www.buzer.de/gesetz/4400/v205960-2017-06-09.htm> (21.04.2024).

¹³⁰ Seifert, K., lk 350; Conrad, I., Licht, S., § 39/326, 290, 289; Schroeder, D., AEUV Art. 101/844; Kühne, A., Woitz, S.. Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: "Follow-on"-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher. Der Betrieb 2015.

¹³¹ Originaal: „Wer einen Wettbewerbsverstoß [...] vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen, so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde [...]“. Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 01.07.2005. Arvutivõrgus: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/DACore/ShowAllVersions?vpath=bibdata%2Fges%2FGWB%2Fcont%2FGWB.P33.htm> (21.04.2024).

¹³² Waelbroeck, D., Slater, D., Even-Shoshan, G., lk 100.

¹³³ Maailma suurimad vitamiinide hulgitootjad ja hulgimüüjad sõlmisid keelatud kokkuleppeid perioodil september 1989 – veebruar 1999. Kokku määrati trahv kaheksale (13-st) vitamiinikartellis osalenud ettevõtjale.

Euroopa Kohus ütles, et kahju hüvitamise nõue peab olema kõigil, kes on saanud kahju Euroopa konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu.¹³⁴ Senini Saksa õigus igapäev konkurentsioiguse normide rikkumisest tekkinud kahju hüvitamist nõuda ei võimaldanud.¹³⁵ Kui kahju edasikandmise vastuväide 2005. aastal seaduse tasandil GWB-s reguleeriti, suurenes märkimisväärselt konkurentsioiguse normide rikkumise tagajärjel kahju saanud isikute esitatud kahju hüvitamise nõuete hulk.¹³⁶

Kuigi kahju edasikandmise vastuväide oli GWB-s alates 2005. aastast reguleeritud, jääb õiguskirjandusest mulje, et praktikas oli kahju edasikandmise vastuväite esitamine perspektiivitu. Nimelt nähtub õiguskirjandusest, et kuigi GWB (2005) sätestas § 33 lg-s 3 II kahju edasikandmise vastuväite, siis tegelikult jättis Saksa seadusandja kahju edasikandmise lubatavuse teadlikult kohtupraktika kujundada.¹³⁷ Ka tolleaegne õiguskirjandus eitas tugevalt kahju edasikandmise kontseptsiooni.¹³⁸ Õiguskirjandusest nähtub, et kahju edasikandmise vastuväidet hakati tunnustama peale BGH 2011. aasta ORWI lahendit, kus BGH tunnustas kahju edasikandmise vastuväidet konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevate kahjunõuete puhul.¹³⁹ Kuigi ORWI lahendist nähtuv konkurentsioiguse normide rikkumine pandi toime tükk aega enne GWB 7. muudatuste jõustumist, s.o perioodil jaanuar 1992 – september 1995¹⁴⁰, kohalduvad ORWI lahendist nähtuvad põhimõtted ka nüüd, sest kahju edasikandmine on seaduse tasandil reguleeritud.¹⁴¹

Kostja ORWI oli isekopeeruva koopiapaberi (SD-paberi) tootja. ORWI müüs hulгимüüjana isekopeeruvat paberit ka oma 100%-lise tütarettevõtte R. GmbH kaudu. Euroopa Komisjon määras 2001. aastal kümnele ettevõtjale üle Euroopa, sh ORWI-le hinnakartellis osalemise eest trahvi. Kui hageja esitas ORWI vastu makstud ülemäärase hinna tagasinõudmiseks kahju hüvitamise nõude, väitis ORWI, et hageja on kahju järgmisele turutasandile edasi kandnud.¹⁴²

Nendest ettevõtjatest neli tükki kuulusid Euroopa Liitu. 2003/2/EC, Commission Decision of 21 November 2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/E-1/37.512 — Vitamins).

¹³⁴ C-453/99, *Courage Ltd*, p 24.

¹³⁵ Fuchs, A., § 4/4; Immenga, F., Mestmäcker, E.-J., *Wettbewerbsrecht*. 7. Aufl. München: C.H.Beck 2024. Fuchs, A., § 19/446.

¹³⁶ Conrad, I., Licht, S., § 39/290; Bulst, F. W., lk 229.

¹³⁷ Ulshöfer, M., § 25/85.

¹³⁸ Vt nt Dittrich, J., *Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009; Loewenheim, U., Meessen, K., Riesenkauff, A., *Kartellrecht*. 2. Aufl. München: C.H.Beck 2009, Rehlinger, E., § 33/39, 40.

¹³⁹ Woeste, K., lk 393; Gsell, B., Krüger, W., Lorenz, C., Reymann, C., *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB*. [26.] Aufl. München: C.H.Beck 2022, Brand, O., § 249/311.1.; Balke, M., § 106/37.

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, zum Sachverhalt.

¹⁴¹ Mes, P., *Beck'sches Prozessformularbuch*. 15. Aufl. München: C.H.Beck 2022, Karl, M., 24. Schadensersatzklage gem. § 33a Abs. 1 GWB bei der Kartellkammer des Landgerichts (§§ 87, 89 GWB)/4.

¹⁴² BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 11–17.

ORWI lahendis selgitas BGH, et kahju edasikandmise vastuväide on seotud hüvede tasakaalustamise põhimõttega ning vastuväite esitamisel on oluline roll menetlusosaliste selgitus- ja tõendamiskohustusel.¹⁴³ Keelatud kokkuleppe osaline, kes esitab kahju edasikandmise vastuväite, peab esmalt üldistest turutingimustest lähtuvalt "usutavalt esitama", et kartellist tuleneva ülemäärase hinna edasikandmine on "vähemalt tõsiseltvõetavalt võimalik". Lisaks tuleb näidata ja vajadusel tõestada, et kauba edasimüümisel ei teki otsesele ostjale mingeid ebasoodsaid tagajärgi. Eelkõige ei toimu nõudluse langust, mis oleks muidu põhjustanud hinnatõusu osalise või täieliku kompenseerimise (hinnamõju).¹⁴⁴ Samas on konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormist kergendatud n-ö teisele tõendamiskoormisega, mille kohaselt saab tõendamiskoormise vähemalt osaliselt panna kahju saanud isikule.¹⁴⁵ ORWI lahendis tühistas BGH apellatsioonikohtu otsuse ja saatis kohtuasja tagasi apellatsioonikohtusse, sest apellatsioonikohus polnud algusest peale kahju edasikandmise vastuväitesse tõsiselt suhtunud. Peale BGH lahendit tekkis menetlusosalistel apellatsioonikohtus võimalus esitada oma seisukoht BGH nimetatud kahju edasikandmist puudutavate tingimuste täitmise osas.¹⁴⁶

Saksa õiguskirjanduses on leitud, et just ORWI lahendist tulenevatest põhimõtetest lähtubki kahju hüvitamise direktiiv.¹⁴⁷ Üks suuremaid sisulisi erinevusi ORWI lahendi ja kahju hüvitamise direktiivi vahel on vaid see, et erinevalt ORWI lahendist võib kahju hüvitamise direktiivi kohaselt nõuda kolmandatelt isikutelt teabe avaldamist.¹⁴⁸

Kahju hüvitamise direktiivis on kahju edasikandmise kolm konkreetset tingimust sätestatud art 14 lg-s 2 (vt täpsemalt ptk 2.1.). Võib oletada, et kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-s 2 sätestatud tingimused ongi need tingimused, mis ORWI lahendi mõttes on "vähemalt tõsiseltvõetavalt võimalikud"¹⁴⁹, et eeldada kahju edasikandmist. Kuigi kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-s 2 nimetatud tingimuste esinemise peab tõendama kaudne ostja, võib autori

¹⁴³ *Ibidem*, juhtlause 1.

¹⁴⁴ Bechtold, R., Bosch, W., § 33c/2; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69.

¹⁴⁵ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 71 jj.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p 78.

¹⁴⁷ Gussone, P., Schreiber, M.. Private Kartelldurchsetzung. *Wirtschaft und Wettbewerb* 2013, lk 1055; Vollrath, C.. Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht. *NZKart* 2013, lk 442; Makatsch, T., Mir, A. S.. Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadenersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2015, lk 12; Schaper, H., Stauber, P.. Die Kartellschadenersatzrichtlinie - Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber? *NZKart* 2014, lk 351; Lettl, T.. Kartellschadenersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht. *Wettbewerb in Recht und Praxis* 2015, lk 544.

¹⁴⁸ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 70 jj; Kersting, C.. Behandlung des unvermeidbaren Verbotssirrtums im europäischen Kartellrecht. *Wirtschaft und Wettbewerb* 2014, lk 569; Makatsch, T., Mir, A. S., lk 12; Schaper, H., Stauber, P., lk 352; Ulshöfer, M., § 25/109.

¹⁴⁹ Originaal: „/.../ zumindest ernsthaft in Betracht kommt“. BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69.

hinnangul tingimustele tugineda iga isik, sh konkurentsioiguse normide rikkuja, kes kahju edasikandmise vastuväitele tugineb. Samas ei nähtu kahju hüvitamise direktiivist, et kahju edasikandmise vastuväite esitaja peaks tõendama ORWI lahendis sätestatud põhimõtet, et otsesele ostjale pole tekkinud mingeid ebasoodsaid tagajärgi.

Küll aga on kahju hüvitamise direktiivi preambula p-s 41 jäetud liikmesriikidele võimalus mitte lugeda põhjendatuks kaudse ostja tuginemine kahju edasikandmise vastuväitele, kui konkurentsioiguse normide rikkumise toime pannud ettevõtja (aga autori hinnangul ka otsene ostja või tarneahelas otsese ostja ja kaudse ostja vahele jääv isik, kes konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju hüvitamist nõuab) suudab veenvalt ja kohtu nõudeid rahuldavalt tõendada, et ülemäärast ostuhinda ei suunatud või ei suunatud täielikult edasi kaudsele ostjale.

Kahju edasikandmisega seonduv on reguleeritud GWB § 33c lg-s 1 I. Nimelt sätestab GWB § 33c lg 1 I „Kui toode või teenus ostetakse liiga kõrge hinnaga (ülemäärane hind), ei ole kahju välistatud seetõttu, et toode või teenus on edasi müüdnud“.¹⁵⁰ Sätte sõnastusest nähtub, et kahju edasikandmise osa on identne 2005. aastal seaduse tasandil reguleeritud kahju edasikandmise sõnastusega.

GWB § 33c lg-st 1 II tuleneb eeldus, et konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju on kaudsetele ostjatele edasi kantud. Nimelt sätestab GWB § 33c lg 1 II „Otsesele ostjale tekitatud kahju loetakse hüvitatuks osas, milles otsene ostja on GWB § 33 lg 1 rikkumisest tuleneva ülemäärase hinna edasi kandnud oma klientidele (kaudsed ostjad)“¹⁵¹. Kaudsetele ostjatele kahju edasikandmine koosneb õiguskirjanduse¹⁵² ja GWB § 33c lg 2 kohaselt kolmest kumulatiivsest eeldusest. Esimene eeldus on, et kahju tekitaja on rikkunud GWB §-i 1, GWB §-i 19, ELTL art-d 101 või ELTL art-d 102. Teine eeldus on, et rikkumise tagajärjel on otsene ostja ostnud kaupa ülemäärase hinnaga. Kolmas eeldus on, et kaudne ostja on ostnud otseselt ostjalt nimetatud rikkumise objektiks olevat kaupa, mis oli rikkumise objektiks või oli osa rikkumise objektiks olnud kaupadest või sisaldas kaupu, mis olid rikkumise objektiks. GWB § 33c lg-s 1 II nimetatud eeldustest tuleneb, et eeldatakse kahju edasikandmist, aga mitte edasikantud kahju ulatust.

Kaudsetele ostjatele kahju edasikandmise eeldus ei kohaldu GWB § 33c lg-s 3 sätestatud juhul ehk olukorras, kus ülemäärast hinda ei kantud üldse või ei kantud täies mahus edasi. Seejuures

¹⁵⁰ Originaal: „Wird eine Ware oder Dienstleistung zu einem übersteuerten Preis bezogen (Preisaufschlag), so ist der Schaden nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Ware oder Dienstleistung weiterveräußert wurde.“

¹⁵¹ Originaal: „Der Schaden des Abnehmers ist ausgeglichen, soweit der Abnehmer einen Preisaufschlag, der durch einen Verstoß nach § 33 Absatz 1 verursacht worden ist, an seine Abnehmer (mittelbare Abnehmer) weitergegeben hat (Schadensabwälzung).“

¹⁵² Conrad, I., Licht, S., § 39/300.

on piisav, kui näidatakse, et hinnalisa edasikandmine ei olnud tõenäoline.¹⁵³ GWB § 33c lg-st 3 tulenev “usutav tõendamine“, et kahju pole osaliselt või täielikult edasi kantud, on kooskõlas üldise tõendamisstandardiga, mis on sätestatud ZPO §-s 292.

GWB § 186 lg 3 I kohaselt on GWB § 33c, välja arvatud GWB § 33c lg 5, kohaldatav ainult sellistele konkurentsioiguslikele kahju hüvitamise nõuetele, mis tekkisid peale 26. detsembrist 2016, s.o peale rakendusperioodi lõppu vastavalt kahju hüvitamise direktiivi art-le. 21. Varasemate konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete osas kohaldatakse GWB § 33 lg 3 II vana redaktsiooni.¹⁵⁴

GWB § 33g sätestab nii nõude esitaja kui ka konkurentsioiguse normide rikkuja õiguse nõuda kolmandatelt isikutelt kahju hüvitamise nõudega seotud tõendeid ja teavet. Kahju hüvitamise nõude esitajatest otseste ostjate ja kaudsete ostjate teabe nõudmise õigus on sätestatud GWB § 33g lg-s 1, konkurentsioiguse normide rikkuja õigus nõuda teavet on sätestatud GWB § 33c lg-s 2. GWB § 33g on oluline just kahju edasikandmise kontekstis. Õiguskirjanduses on välja toodud, et GWB §-st 33c, eelkõige GWB § 33 lg-st 2 nähtub Saksa seadusandja soov kergendada konkurentsioiguse normide rikkuja tõendite kogumist, luues tõendite ja teabe kogumiseks mitte menetlusliku, vaid sisulise võimaluse.¹⁵⁵

Kui võrrelda Eesti ja Saksa siseriiklikku õigust kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel, siis nähtub, et nii Eesti seadusandja kui ka Saksa seadusandja on sätestanud kahju kaudsele ostjale edasikandmise eelduse. Samas on Saksa seadusandja GWB § 33c lg-s 3 selgelt välja toonud, millal kahju edasikandmise eeldus ei kohaldu. Eesti seadusandja sarnast sätet õiguskorda loonud ei ole. Eesti ja Saksa regulatsioonide vahel on veel teisigi erinevusi.

Esiteks, KonkS § 78² ja KonkS § 78³ ning GWB § 33c süstemaatilise liigituse osas jääb silma, et Eesti seadusandja on kahju edasikandmist puudutavad sätted liigitanud vastutuse peatükki, Saksa seadusandja aga kahju hüvitamise peatükki.

Teine erinevus on see, et Eesti seadusandja eristab kahju edasikandmist tarneahelas allapoole (KonkS § 78², kaudsed ostjad) ning ülespoole (KonkS § 78³, kaudsed tarnijad). Samas Saksa seadusandja eraldi sätet tarnijate osas teinud pole, vaid märgib GWB § 33c lg-s 4, et eelnevad sätted (kahju edasikandmine kaudsele ostjale) kohalduvad ka tarnijate osas.

Kolmas erinevus on see, et Eesti seadusandja reguleerib KonkS-is üksnes kaudse ostja ja kaudse tarnija võimaluse tugineda kahju edasikandmisele. Samas on Saksa seadusandja reguleerinud

¹⁵³ Balke, M., § 106/40; Conrad, I., Licht, S., § 39/291, 327.

¹⁵⁴ Bechtold, R., Bosch, W., § 33c/1.

¹⁵⁵ Conrad, I., Licht, S., § 39/291; Balke, M., § 106/38; Seifert, K., lk 350; Fuchs, A., § 6/111.

konkurentsioiguse normide rikkujate esitatud kahju edasikandmise vastuväitele GWB § 33c lg-s 1. Autori hinnangul ei tulene GWB § 33c lg-st 1 selgesõnaliselt, et tegu on just konkurentsioiguse normide rikkujate esitatava kahju edasikandmise vastuväitega, kuid õiguskirjandusest nähtub, et GWB § 33c lg 1 võimaldabki just konkurentsioiguse normide rikkujal esitada kahju edasikandmise vastuväide.¹⁵⁶

Neljas erinevus on see, et Eesti seadusandja ei lisanud kahju ulatuse kindlaksmääramise osas KonkS-i vastavat sätet või blanketset normi. KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas ega KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisades pole samuti kahju ulatuse kindlaksmääramisega seonduvat käsitletud (kui jätta välja KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas tehtud viide VÕS §-le 128¹⁵⁷). Saksa seadusandja teeb aga GWB § 33c lg-s 5 kahju ulatuse kindlaksmääramiseks viite ZPO §-le 287. Kui KonkS teeks konkurentsioiguse normide rikkumisest tuleneva kahju ulatuse kindlaksmääramisel viite VÕS §-le 127, siis see lihtsustaks autori hinnangul erinevate seaduste vahel orienteerumist, kuid samas pole autori hinnangul vastava viite puudumise tõttu Eesti seadusandja kahju hüvitamise direktiivi Eesti siseriiklikku õiguskorda valesi üle võtnud.

Kokkuvõttes leiab autor, et Saksa seadusandja on võrreldes Eesti seadusandjaga kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õiguskorda rohkem lähtunud kahju hüvitamise direktiivi algtekstist ning olnud detailsem. Samas on mõlemad riigid võtnud kahju edasikandmist puudutava osa siseriiklikku õiguskorda korrektselt üle.

¹⁵⁶ Wiedemann, G.. Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020, Topel, J., § 50/86; Balke, M., § 106/37.

¹⁵⁷ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk-d 5 ja 6.

2. KAHJU EDASIKANDMISE VASTUVÄITE ESITAMISE EELDUSED JA KAHJU EDASIKANDMISE KINDLAKSMÄÄRAMINE

2.1. Üldised tingimused kahju edasikandmise vastuväite esitamiseks

Kahju edasikandmine järgmisele turutasandile toimub konkreetsete tingimuste (eelduste) täitmisel. Esmakordselt nimetati kahju edasikandmise tingimused ORWI lahendis. ORWI lahendis on tingimuste sõnastamise lähtepunkt see, et kahju edasikandmisele tugineb konkurentsioiguse normide rikkuja, mitte kaudne ostja. ORWI lahendi kohaselt on kahju kantud edasi järgmisele turutasandile, kui on täidetud kolm kumulatiivset materiaalselt tingimust ning üks menetluslik tingimus. Esiteks peab otsene ostja olema ülemäärase hinnaga ostetud toote müünud edasi järgmisele turutasandile. Teiseks peab olema piisav põhjuslik seos konkurentsioiguse normide rikkumise ja järgmise turutasandi hinnatõusu vahel. Kolmandaks peab puuduma nõudluse vähenemisest tingitud tasakaalustav mahumõju.¹⁵⁸ Menetluslik tingimus on see, et kui kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkuja, siis lasub just konkurentsioiguse normide rikkujal tõendamiskoormis, et kõik kahju edasikandmise eeldused on täidetud.¹⁵⁹ Seejuures peab arvestama, et konkurentsioiguse normide rikkuja olukorda ei tohi põhjendamatult kergendada. ORWI lahendis nimetatud tingimuste eeskujul on kahju edasikandmise tingimused sätestatud ka kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2 p-des a) – c).

Kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2 p-de a) – c), millel põhinevad KonkS § 78² lg 1 ning KonkS § 78³ lg 1, kohaselt eeldatakse, et konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju on kantud edasi kaudsele ostjale kolme kumulatiivse tingimuse täitmisel. Seejuures lähtub kahju edasikandmise eeldus sellest, et kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja, mitte konkurentsioiguse normide rikkuja; teiseks sellest, et konkurentsioiguse normide rikkuja on kostja positsioonis.

Esiteks peab kostja olema toime pannud konkurentsioiguse normide rikkumise. Kahju hüvitamise direktiivi art 2 p-st 1 tuleneb, et konkurentsioiguse normide rikkumise all mõeldakse ELTL art 101 või ELTL art 102 rikkumist või liikmesriigi konkurentsioiguse normide rikkumist. Eestis on konkurentsioiguse normide rikkumised sätestatud vastavalt KonkS §-s 4 ja KonkS §-s 16.¹⁶⁰ Saksa õiguskirjanduses on aga välja toodud, et Konkurentsiameti

¹⁵⁸ Lihtsustatud näide tasakaalustatud mahumõju kohta: varasemalt sai ettevõtja 100€ga 80 saelauda, peale konkurentsioiguse normide rikkumist sai ta 100€ga 60 saelauda. Samas ei tahagi ettevõtja enam 80 saelauda osta, vaid talle piisabki 60 saelaust. Ettevõtja soov osta vähem saelaudu tasakaalustab mahumõju.

¹⁵⁹ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 58, 69, 75.

¹⁶⁰ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 2.

ettekirjutuste eiramine ei tähenda konkurentsioiguse normide rikkumist kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2 mõttes.¹⁶¹

Teiseks peab konkurentsioiguse normide rikkumine olema kaasa toonud ülemäärase ostuhinna kostja otsesele ostjale. Teine eeldus puudutab üksnes ülemäärase ostuhinna edasikandmisest otsesele ostjale/otsesele tarnijale tekkinud otsest varalist kahju, mitte aga saamata jäänud tulu.¹⁶² Otsese ostja ja otsese tarnija osas vt ptk 1.1.2.. Eeldatakse, et konkurentsioiguse normide rikkumine põhjustaski ülemäärase ostuhinna, mis omakorda tekitas otsesele ostjale kahju.¹⁶³

Kolmandaks peab kaudne ostja olema ostanud kaupu, mille suhtes konkurentsioiguse normide rikkumine toime pandi, või ostis kaupu, mis olid neist saadud või sisaldasid neid. Teisisõnu tähendab kolmas eeldus, et sõltuvalt sellest, kuidas konkurentsioiguse normide rikkumine kaudse ostja omandatud kaupa mõjutab, on kolm varianti, mil kaudne ostja on konkurentsioiguse normide rikkumisest mõjutatud. Seejuures piisab selleks, et olla nt keelatud kokkuleppest mõjutatud, keelatud kokkuleppe abstraktsest osalusest. Keelatud kokkuleppe abstraktne osalus tähendab, et kaup oli keelatud kokkuleppest mõjutatud nii esemeliselt (materiaalne sarnasus või kokkulangevus), territoriaalselt kui ka ajaliselt. Keelatud kokkuleppest mõjutatud olemiseks ei ole vaja, et kauba oleks tootnud keelatud kokkuleppes osalejalt, vaid kaup võib olla omandatud ka keelatud kokkuleppe väliselt isikult. Samuti ei välista kolmandat eeldust see, kui ostetud toode muutub järgmisel turutasandil teenuseks või vastupidi. Ostetud toode võib muutuda järgmisel turutasandil teenuseks nt olukorras, kus ostetakse ülemäärase hinnaga buss, mida järgmisel turutasandil kasutatakse veoteenuse osutamiseks.¹⁶⁴ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja kohaselt ei pea samuti kaudne ostja olema nimetatud kaupu omandanud otse otseselt ostjalt.¹⁶⁵ Õiguskirjanduses on eeltoodud paindlikku lähenemist tunnustatud, sest kahju edasikandmise ning kahju ulatuse kindlaksmääramine on seda keerulisem, mida rohkem on ülemäärase hinnaga ostetud kaupa kasutatud järgmiste turutasandite kaupades.¹⁶⁶

Erinevalt GWB § 33c lg-st 2 pole küll KonkS-i tekstis, kuid on siiski KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirjas rõhutatud, et kui konkurentsioiguse normide rikkumise toime pannud ettevõtja

¹⁶¹ Loewenheim, U., Meessen, K., Riesenkauff, A., Kersting, C., Meyer-Lindemann, H. J.. Kartellrecht. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020, § 33c/9.

¹⁶² KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk-d 6 ja 7; Loewenheim, U. jt (koost.). Kersting, C., § 33c/54.

¹⁶³ *Ibidem*, lk 55.

¹⁶⁴ Loewenheim, U. jt (koost.). Kersting, C., § 33c/57, 58.

¹⁶⁵ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 6.

¹⁶⁶ Loewenheim, U. jt (koost.). Kersting, C., § 33c/58.

suudab tõendada, et vähemalt üks eelpool nimetatud kolmest eeldusest täidetud pole, siis pole kahju järgmisele turutasandile edasi kantud.¹⁶⁷

Kui konkurentsioiguse normide rikkuja esitab kahju edasikandmise vastuväite, siis ei tulene ei kahju hüvitamise direktiivi art-st 13 ega KonkS-ist konkreetseid tingimusi, mille täitmisel eeldatakse, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud. Kahju hüvitamise direktiivi art-st 13 nähtub, et konkurentsioiguse normide rikkujal lasub kahju edasikandmise tõendamiskoormis, mistõttu analüüsib autor ptk-s 2.4.1.1., mida peab õiguskirjanduse kohaselt konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju loetakse järgmisele turutasandile edasi kantuks.

2.2. Kahju edasikandmise vastuväide massikahjude korral

Massikahju (saksa keeles „*Streuschaden*“/„*Streuschäden*“/„*Preisschirmschäden*“) on kahju, mis vastab järgmistele kumulatiivsetele tingimustele. Esiteks tekib kahju suurele hulgale inimestele. Teiseks on kahju tekkinud samadel või võrreldavatel põhjustel. Kolmandaks on kahju suurus on nii väike, et kahju kannatanud isikul puudub huvi esitada konkurentsioiguse normide rikkuja vastu oma nõue, sest nõude maksmapanek põhjustab tekkinud kahjust oluliselt suuremaid kulusid.¹⁶⁸

Õiguskirjanduses leitakse, et massikahju puhul on kahju edasikandmise vastuväite esitamine ebaõiglane ja seega lubamatu.¹⁶⁹ Põhjus tuleneb massikahju olemusest. Isegi kui otsene ostja kandis kahju edasi, siis ei kaeba kaudsed ostjad konkurentsioiguse normide rikkujat kohtusse, sest kahjunõue on väga killustunud.¹⁷⁰ Ka Saksa alamaste astmete kohtute praktikast nähtub, et üksikjuhtumitel kahju edasikandmist järgmisele turutasandile ei tunnustata, kui järgmisel turutasandil puuduvad hagejad.¹⁷¹ Nimelt on kaudsetele ostjatele konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju liiga keeruliselt tuvastatav, liiga väike ja liiga raskesti täpselt mõõdetav, et õigustada kulukat ja töömahukat kohtuprotsessi.¹⁷² Teisalt on massikahjude puhul oht, et kahjunõude esitab otsene ostja, kellele on turuahelate järgmiste tasandite kaudu kahju väikestes osades, kuid siiski vähemalt osaliselt hüvitatud. Kui otsese ostja kahju hüvitamise

¹⁶⁷ KonkS-i muutmise eelnõue seletuskiri, lk 6.

¹⁶⁸ Kruß, A.. Kartellschaden und Verbraucherschutz – Rechtliche und faktische Rechtsdurchsetzungshürden für die Kompensation kartellbedingter Streuschäden unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Hamburg: Dr. Kovač 2010, lk 344.

¹⁶⁹ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812.

¹⁷⁰ Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/35; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p-d 28, 74; Seifert, K., lk 350; Ulshöfer, M., § 25/94.

¹⁷¹ OLG München, Urteil vom 08.03.2018 – U 3497/16 Kart – Schienenkartell, p 86; OLG Stuttgart, Urteil vom 04.04.2019 – 2 U 101/18 – LKW-Kartell, p 193; LG Frankfurt am Main, Urteil vom 30.03.2016 – 2-06 O 464/14 – Schienenkartell.

¹⁷² von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812.

nõue rahuldataks, siis toimuks otsesele ostjale ülehüvitamine. BGH lahendas olukorra tulenevalt hea usu põhimõttest nii, et kui esitatud asjaoludest ei nähtu, et kaudsed ostjad päriselt tuleksid konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju nõudma, siis ei saa konkurentsioiguse normide rikkuja esitada kahju edasikandmise vastuväidet. BGH lahendist ja seda kinnitavast õiguskirjandusest tuleneb, et massikahjude puhul tuleks eelistada otsese ostja ülehüvitamist (rikastumist) konkurentsioiguse normide rikkuja hüvitamisest vabastamise kohustuse asemel.¹⁷³

Otsese ostja rikastumise eelistamine konkurentsioiguse normide rikkuja hüvitamiskohustusest vabastamise asemel on pälvinud õiguskirjanduses kriitikat kahel põhjusel. Esiteks on üksnes otsestele ostjatele kahju hüvitamine vastuolus kahju hüvitamise direktiivi põhimõtetega, mille kohaselt peaks vältima nii üle- kui ka alahüvitamist.¹⁷⁴ Teiseks peaks ka massikahjude puhul lõpptarbijatel (ja seega lõplikel kahjusaaajatel) olema siiski võimalus esitada konkurentsioiguse normide rikkuja vastu kahju hüvitamise nõue. Nimelt, kui kokkuvõttes on kahju saanud lõpptarbijad ning lõpptarbijatel puudub võimalus nõuda kahju hüvitamist, siis jääb lõpptarbijate jaoks kahju hüvitamata ka juhul, kui kahju hüvitatakse otsesele ostjale. Õiguskirjanduses on leitud, et kahju edasikandmise vastuväite tõhusa jõustamise suurim puudujääk on kollektiivse õiguskaitse puudumine, sest alternatiivsed lahendused on liiga kõrgete kulude tõttu massikahju saajatele ebaatraktiivsed.¹⁷⁵

Läbiva lahendusena nähakse lõpptarbijate kollektiivhagi esitamist¹⁷⁶ (vt täpsemalt ptk 2.5.2.), mis Eesti õiguskorras töö valmimise ajal võimalik ei ole. Kui siiski kaaluda kollektiivhagi esitamise lubatavust Eesti õiguskorras, siis võiks nõuete kokkukogumisel kaaluda avaliku teavitamise süsteemi. Avaliku teavitamise süsteem tähendab, et kahju saajad saavad registreerida oma nõuded, sh kahju suuruse, konkurentsioiguse normide rikkuja vastu. Kohus määrab nõuete rahuldamisel kindlaks hüvitise jaotuse otseste ja kaudsete ostjate vahel.¹⁷⁷ Alternatiivselt võib tõlgendada VÕS § 127 lg-s 5 sätestatud hüvede tasakaalustamise põhimõtet, nii et pigem tuleks otsest ostjat ülehüvitada, kui tunnustada olukorda, kus

¹⁷³ Bechtold, R., Bosch, W., § 33/35; BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V, p 51; Weitbrecht, A., Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208; Weitbrecht, A., Die Passing-on Defense nach Schienenkartell V. Wirtschaft und Wettbewerb 2021; Weitbrecht, A., Kartellschadensersatz 2019. NZKart 2020; Topel, J., § 50/87.

¹⁷⁴ Weitbrecht, A., Kartellschadensersatz 2021. NZKart 2022, lk 174; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 45.

¹⁷⁵ Kibler, C., Zechmann, S., Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019, lk 73.

¹⁷⁶ Schwalm, J., § 37/26; Bergmann, J., Fiedler, W., Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland. Betriebs-Berater 2012, lk 206; Weitbrecht, A., Die Passing-on Defense nach Schienenkartell V. Wirtschaft und Wettbewerb 2021, lk 86; Fuchs, A., § 6/136.

¹⁷⁷ Kirchhoff, W., Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachinanspruchnahme. Wirtschaft und Wettbewerb 2015, lk 956.

konkurentsioiguse normide rikkuja rikkuja alahüvitab tekitatud kahju. Selline tõlgendus oleks ühest küljest kooskõlas kahju hüvitamise direktiiviga, mille üheks eesmärgiks on konkurentsieeskirjade maksimaalne tõhusus. Teisalt oleks seesugune tõlgendus kahju hüvitamise direktiiviga vastuolus, sest toimuks otsese ostja ülehüvitamine. Kahe variandi vahel oleks võimalik niiviisi laveerida, et nii kaua, kui ülemäärase hüvitamise puhul pole tegu karistuslike, mitmekordsete või muud liiki kahjuhüvitistega (ehk konkurentsioiguse normide rikkuja kompenseerib kogu tekkinud kahju, isegi kui otsesel ostjal kahju ei tekkinud), siis prevaleerib kahju hüvitamise direktiivi eesmärk – kahju hüvitamise nõuete tõhus maksmapanek.

Saksa õiguskirjanduses¹⁷⁸ illustreeritakse massikahju raudteerööbaste kartelli kaasuse abil („*Schienenkartell V*“)¹⁷⁹. BGH 23.09.2020 lahendis vastutas hageja kohaliku ühistranspordi eest. Kostjad tootsid ja müüsid rööpaid, pööranguid ja liipreid, mida hageja neilt hanke korras ostis. Mõnda aega hiljem tegi *Bundeskartellamt* (Saksa Konkurentsiamet) kostjatele trahvi, sest kostjad olid nii liiprite kui ka rööbaste hindade osas hinnad kooskõlastanud. Hageja nõudis kostjatelt kui solidaarvõlgnikelt kartelliga seotud kahju hüvitamist. Kostjad väitsid, et hageja pole kahju saanud, sest rongisõitjad on hagejale tekkinud kahju hüvitanud. BGH aga leidis, et kuigi ei saa välistada, et rööbaste eest makstud ülemäärane hind kandub ostetud rongipiletiga edasi rongisõitjatele ehk hageja klientidele, siis oleks kahju edasikandmise vastuväite esitamine raudteerööbaste kartelli liikmete jaoks ebaõiglane kergendus. Tekkinud kahju on hajutunud üksikutele rongisõitjatest klientidele vahel (massikahju) ning tekkinud massikahju on raske kindlaks teha. Ühtlasi ei ole mõistlik oodata, et rongisõitjad esitaksid ise kartelliliikmete vastu kahju hüvitamise nõudeid, mistõttu pole karta, et kostjate vastu esitatakse mitmekordseid nõudeid. Seega tähendaks kartelliliikmete esitatud kahju edasikandmise vastuväite aktsepteerimine seda, et kartelliliikmetest rikkujad ei peakski tekkinud kahju hüvitama, sest killustunud kahju ei tuldagi nõudma.¹⁸⁰ Sama põhimõtet, et konkurentsioiguse normide rikkuja pääseb vastutusest, sest järgmiste turutasandite kliendid ei tule kahju hüvitamist nõudma, märkisid iseenesest ka juba ringkonnakohus¹⁸¹ ja ka maakohus¹⁸²

Massikahjude puhul kahju edasikandmise vastuväite esitamise keelamine on autori hinnangul eriti relevantne olukorras, kus kahju ei tekita mitte lihtsalt kartelliliikmest ettevõtja, vaid kahju tekitab monopoolses seisundis ettevõtja. Monopoolses seisundis ettevõtja kontrollib turgu,

¹⁷⁸ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; Seifert, K., lk 350.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V.

¹⁸⁰ *Ibidem*, zum Sachverhalt, p 51.

¹⁸¹ OLG München, Urteil vom 08.03.2018 – U 3497/16 Kart – Schienenkartell, p 86.

¹⁸² LG Frankfurt am Main, Urteil vom 30.03.2016 – 2-06 O 464/14 – Schienenkartell..

mistõttu võib tarbijatel olla väike või lausa olematu võimalus valida teine toote- või teenusepakkuja, eriti kui tegu on elutähtsa toote või teenusega. Kuigi monopoolne seisund kui selline rikkumine ei ole, siis on rikkumine monopoolse seisundi kuritarvitamine. Monopoolses seisundis ettevõtjate üle teostavad kontrolli Euroopa Komisjon ja liikmesriigid ning, nagu õiguskirjanduses sõnastatud, ka oma õiguste austamisest ja jõustamisest huvitatud eraisikud.¹⁸³

Eraisikud saavad teostada monopoolses seisundis ettevõtjate üle kontrolli näiteks monopoolse seisundi rikkumise korral esitatavate kahju hüvitamise nõuete kaudu. Siiski tuleb kahju edasikandmise kontekstis välja üks erisus monopoolses seisundis ettevõtjate ja üksnes keelatud kokkulepete osaliste vahel. Keelatud kokkuleppe osaliselt omandab tavaliselt kauba otsene ostja, kes võib selle edasi müüa kaudsetele ostjatele. Monopoolses seisundis ettevõtja kliendid on aga sagedamini lõpptarbijad. Kui monopoolses seisundis ettevõtjalt omandab kauba lõpptarbijaga, siis kahju edasikandmise küsimus ei tõusetugi.

2.3. Kahju edasikandmise ulatus

2.3.1. Hüvitatava kahju liigid

Konkurentsioiguse normide rikkumisest tekkinud kahju ulatus määratakse kindlaks diferentsihüpoteesiga.¹⁸⁴ Diferentsihüpotees tähendab, et kahju saaja tegelikku olukorda võrreldakse olukorraga, milles kahju saaja oleks olnud, kui konkurentsioiguse normide rikkumine poleks aset leidnud. Kahju edasikandmise kontekstis tuleb diferentsihüpoteesi kaudu võrrelda tegelikult makstud ülemäärast hinda ja õiguspärase (hüpoteetilise) hinna vahe.¹⁸⁵ Õiguskirjanduses on leitud, et kahju ulatus on hüpoteetiliselt teenitud kasumi ja tegelikult teenitud kasumi vahe, võttes seejuures arvesse eelkõige püsikulude osakaalu, mis on seotud ostmata jäänud ühikutega, ning mastaabisäästu, millest ostja oleks saanud kasu, kui ostetud kogus oleks olnud suurem.¹⁸⁶ Kohtupraktikas ja Euroopa Komisjoni teatises on hüpoteetilist olukorda nimetatud ka vastupidiseks stsenaariumiks, mille eesmärk on mh eristada konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevat mõju muudest kauba hinda mõjutavatest aspektidest, mis oleksid kauba hinda mõjutanud isegi siis, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud.¹⁸⁷

¹⁸³ Conrad, I., Licht, S., § 39/289.

¹⁸⁴ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa, lk 11.

¹⁸⁵ Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p 3; Bulst, F. W., lk 227; Ulshöfer, M., § 25/85.

¹⁸⁶ Bulst, F. W., lk 228.

¹⁸⁷ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p-d 65 ja 66; EKO C-238/78, Ireks-Arkady GmbH *versus* Council and Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1979:226, p 14; EKO C-441/98, Kapniki Michaïlidis AE *versus* Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA), ECLI:EU:C:2000:479, p-d 33 jj.

Kohtuasjas nr C-295/04 p-s 95¹⁸⁸ rõhutas Euroopa Kohus, et lähtuvalt tõhususe põhimõttest ja iga isiku õigusest nõuda ELTL art 101 ja ELTL art 102 rikkumisega tekitatud kahju hüvitamist, peab isikutel, kellele on kahju tekitatud, olema õigus nõuda lisaks otsesele varalisele kahjule ka saamata jäänud tulu ja intresse. Teisisõnu on igal isikul õigus saada hüvitist kahju eest, mis on kahjustada saanud isikule tekitatud konkurentsi kahjustava kokkuleppe või tegevusega, mis võib piirata või moonutada konkurentsi (vt ptk 1.2.1.).¹⁸⁹ Eeltoodud põhimõtte kajastub kahju hüvitamise direktiivi preambula p-s 12 ning art 3 lg-s 2 II, mille kohaselt hõlmab konkurentsiõiguse normide rikkumisega tekitatud kahju hüvitamine õigust nõuda otsest varalist kahju, saamata jäänud tulu ning õigust nõuda intresse sõltumata sellest, kas siseriiklikult on nimetatud kahjude kategooriaid käsitletud koos või eraldi.¹⁹⁰

Otsene varaline kahju (*damnum emergens*) on isiku varade vähenemine. Kahju hüvitamise direktiivi preambula p-st 39 nähtub, et otsene varaline kahju on erinevus tegelikult makstud hinna ja selle hinna vahel, mis oleks makstud, kui konkurentsiõiguse normide rikkumist poleks toimunud. Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 43 järgi tähendab tarnete puhul otsene varaline kahju sellist kahju, mis tekkis, kui konkurentsiõiguse normide rikkumise toime pannud ettevõtja maksis oma tarnijatele madalamat hinda. Autor on KonkS-is nimetatud otsese varalise kahju ulatust analüüsinud alapeatükis 1.2.2..

Saamata jäänud tulu (*lucrum cessans*) tekib kahju hüvitamise direktiivi preambula p 40 järgi sellisel juhul, kui kahju edasikandmine on vähendanud müüki. Saamata jäänud tuluna käsitletakse varade suurenemist, mis oleks toimunud, kui konkurentsiõiguse normide rikkumist poleks toime pandud¹⁹¹ ning allahindlust, mida otsene või kaudne ostja tegi ülemäärase hinnaga ostetud kaubale, enne kui ta kauba edasi müüs.¹⁹² Saamata jäänud tulu käsitletakse kahju edasikandmise mahumõjuna.¹⁹³

Otsesele ostjale võib tekkida saamata jäänud tulu, juhul kui otsene ostja kannab ülemäärase ostuhinna kasvõi osaliselt edasi kaudsele ostjale, sest siis võib otsene ostja väiksema nõudluse tõttu vähem müüa.¹⁹⁴

¹⁸⁸ C-295/04, Manfredi, p 62.

¹⁸⁹ Schroeder, D., AEUV Art. 101/843.

¹⁹⁰ Sama põhimõtte tuleneb nt kohtuasjast C-295/04, Manfredi, p 62; Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p-st 15; Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p-st 6.

¹⁹¹ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 15; EKo C-238/78, Ireks-Arkady GmbH, kohtujurist F. Capotorti ettepanek, p 9.

¹⁹² Fuchs, A., § 6/125.

¹⁹³ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 10.

¹⁹⁴ Simovart, M., Tamm, E.. Estonia(National Report). Arvutivõrgus: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/publications_en (21.04.2024), lk 13; Balke, M., § 106/39; Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 10.

Kaudsetel ostjatel tekivad õiguskirjanduse kohaselt nõuded siis, kui otsesed ostjad, tulenevalt konkurentsioiguse normide rikkumisest, reageerivad potentsiaalse kartelli ülekulule. Näiteks tõstab otsene ostja oma kauba hinda, sest otsene ostja ise on pidanud rikkujale tasuma liiga kõrget hinda. Sellisel juhul kandub osa otsesele ostjale tekkinud kahjust edasi kaudsetele ostjatele. Kuivõrd otsene ostja on osa oma kahjust üle kandnud kaudsele ostjale, siis väheneb otsese ostja kahju hüvitamise nõude suurus. Samas toob eeltoodud olukord üldjuhul kaasa otsese ostja enda müügitulu vähenemise (saamata jäänud tulu), sest otsese ostja kauba müügihind tõuseb, mistõttu ta müüb vähem ja ta kasum väheneb.¹⁹⁵

Intresside osas täpsustab kahju hüvitamise direktiivi preambula p 12, et siseriiklikult tuleb intressidega seonduv reguleerida nii, et intresse tuleks maksta alates kahju tekkimise hetkest kuni kahju hüvitamiseni.

2.3.2. Ülemäärase ostuhinna kindlaksmääramine

Kahju edasikandmisele tuginedes eeldatakse, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud, kuid edasikantud kahju ulatust ei eeldata, mistõttu tuleb edasikantud kahju suurust hinnata. Õiguskirjanduses on rõhutatud, et kui kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja, siis ei saa kohus edasikantud kahju ulatust hinnata nulliga.¹⁹⁶

Kuigi kahju ulatuse kindlaksmääramiseks võivad suuniseid anda siseriiklikud konkurentsiasutused¹⁹⁷, on ka Euroopa Komisjon välja töötanud mitmeid õiguslikult mittesiduvad suuniseid kahju ulatuse kindlaksmääramiseks.

2013. aastal väljastas Euroopa Komisjoni teatise „Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral”¹⁹⁸ (edaspidi Komisjoni teatis nr 2013/C 167/07). Komisjoni teatisest nr 2013/C 167/07 tuleneb, et kui kahju ulatuse kindlaksmääramine pole reguleeritud Euroopa Liidu õigusega, siis tuleb siseriiklikult anda juhised kahju ulatuse kindlakstegemiseks. Siseriiklik regulatsioon tuleb

¹⁹⁵ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 8; EKo C-398/09, Lady & Kid A/S, Direct Nyt ApS, A/S Harald Nyborg Isenkram- og Sportsforretning, KID-Holding A/S versus Skatteministeriet, ECLI:EU:C:2011:540, p 21.

¹⁹⁶ Dausés, M., Ludwigs, M.. Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts. 59. Aufl. München: C.H.Beck 2023, Hoffmann, J., § 1/117.

¹⁹⁷ Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 46.

¹⁹⁸ Komisjoni teatis „Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral” 2013/C 167/07. Arvutivõrgus: https://publications.europa.eu/resource/cellar/e2b024ac-d421-11e2-bfa7-01aa75ed71a1.0008.03/DOC_1 (21.04.2024).

kehtestada nii, et kahju saajale oleks võimalik eproportsionaalsete raskusteta täielikult hüvitada Euroopa Liidu konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju.¹⁹⁹

2019. aastal väljastas Euroopa Komisjon teatise nr 2019/C 267/07, millega andis Komisjon liikmesriikide kohtutele suunised kaudsele ostjale edasi suunatud ülemäärase ostuhinna osa hindamise kohta (edaspidi Komisjoni teatis nr 2019/C 267/07)²⁰⁰. Komisjoni teatise nr 2019/C 267/07 õiguslik alus on kahju hüvitamise direktiivi art 16 lg 1²⁰¹.

Kuivõrd Komisjoni teatises nr 2019/C 267/07 antud suunised aitavad määrata kindlaks tekkinud kahju ulatuse, siis on need suunised rakendatavad nii siis, kui kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkuja esitab kahju edasikandmise vastuväite, kui ka siis, mil kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja.²⁰² Komisjoni teatis nr 2019/C 267/07 kordab kahju hüvitamise direktiivi üldpõhimõtet. Kahju hüvitamist saab nõuda iga kahju saanud isik, sõltumata sellest, mitmendal positsioonil ta tarneahelas asub.²⁰³ Siiski tuleb arvestada, et kahju saanud isikud saavad kahju hüvitamist nõuda üksnes siis, kui konkurentsioiguse normide rikkumise ja tekkinud kahju vahel on põhjuslik seos.²⁰⁴

Ülemäärase ostuhinna kindlaksmääramise meetodeid ei käsitle siiski mitte Komisjoni teatis nr 2019/C 267/07, vaid Euroopa Komisjoni talituse töödokument „Praktilised suunised kahju suuruse kindlakstegemise kohta Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral“²⁰⁵ (edaspidi „Praktilised suunised“). Praktilised suunised pole samuti õiguslikult siduvad. Praktilistes suunistes on teave meetodite ja tehnikate kohta, millega määratakse kindlaks konkurentsioiguse normide rikkumisega põhjustatud kahju ulatus.²⁰⁶

¹⁹⁹ Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p 8.

²⁰⁰ Komisjoni teatis „Suunised liikmesriikide kohtutele kaudsele ostjale edasi suunatud ülemäärase ostuhinna osa hindamise kohta“ 2019/C 267/07. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2019:267:FULL&from=IT> (21.04.2024).

²⁰¹ *Ibidem*, p 2.

²⁰² *Ibidem*, p 4.

²⁰³ *Ibidem*, p 13.

²⁰⁴ *Ibidem*, p 14.

²⁰⁵ European Commission. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. PRACTICAL GUIDE QUANTIFYING HARM IN ACTIONS FOR DAMAGES BASED ON BREACHES OF ARTICLE 101 OR 102 OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION. Accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 11.06.2013. Arvutivõrgus: https://www.ee-mc.com/fileadmin/user_upload/PRACTICAL_GUIDE_QUANTIFYING_HARM_IN_ACTIONS_FOR_DAMAGES.pdf (21.04.2024).

²⁰⁶ Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p-d 11 ja 12.

Ülemäärane ostuhind määratakse kindlaks võrdluspõhise meetodiga ehk diferentsihüpooteesiga. Ülemäärase ostuhinna kindlaksmääramisel tuleb tuvastada, et mis olukorras oleks hageja²⁰⁷ olnud, kui konkreetset konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud.²⁰⁸ Hageja olukorra tuvastamiseks tuleb esmalt määratleda, mis ajal konkreetne konkurentsioiguse normide rikkumine mõjutas hageja pakutava kauba hinda.²⁰⁹ Tuleb arvestada, et keelatud kokkuleppe sõlmimise aeg võib erineda ajast, mil kartelli tagajärjel tekkis hagejale kahju. Kahju ulatuse kindlakstegemisel ei tule arvestada mitte neid hageja kaupade hindu, mis kehtisid kartelli sõlmimise ajal, vaid hoopis neid hageja kaupade hindu, mis kehtisid ajal, mil kartell omas hageja kaupade hindadele mõju.²¹⁰ Teiseks tuleb võrrelda hageja pakutavate kaupade kartellist mõjutatud hinda kaupade sellise hüpooteetilise hinnaga, kui rikkumist poleks toime pandud.²¹¹

Edasi kantud ülemäärane ostuhind määratakse kindlaks kahe etapi kaudu. Esimene etapp on ülemäärase ostuhinna edasikandmise hinnamõju tuvastamine ning teine etapp on ülemäärase mahumõju suuruse tuvastamine, mida autor analüüsib järgmistes alapeatükkides.

2.3.3. Ülemäärase ostuhinna edasikandmise hinnamõju tuvastamine

Hinnamõju tähendab, et kaupa müüakse liiga kõrge ehk ülemäärase hinnaga. Nimelt, kuigi kaupa ostetakse sama palju nagu varem, siis makstakse kauba eest kõrgemat hinda. Komisjoni teatisest nr 2019/C 267/07 tuleneb, et hinnamõju võib peegelduda otsese või kaudse ostja otsese varalise kahju hüvitamise nõudes, mida on võimalik järgmisele turutasandile edasi suunata. Liikmesriikide kohtud peavad tuvastama ülemäärase ostuhinna tõttu kantud kahju konkreetset tarneahela tasandil.²¹²

Komisjoni teatise nr 2019/C 267/07 kohaselt puudub ühtne meetod hinnamõju tuvastamiseks. Komisjon eelistab võrdluspõhiseid meetodeid²¹³, kuid märgib, et hinnamõju saab tuvastada ka edasisuunamise määra meetodi ja simulatsioonimeetodi²¹⁴ abil. Võrdluspõhiste meetodite puhul tuleks võrrelda ostuhinda või kasumimarginaali konkurentsioiguse normide rikkumise

²⁰⁷ Praktiliste suuniste p-s 174 nimetatud hageja („claimant“) all tuleb mõista kahju hüvitamise nõude esitajat. Hageja võib käesolevas kontekstis olla nii otsene ostja kui ka kaudne ostja.

²⁰⁸ Praktilised suunised, p 174.

²⁰⁹ *Ibidem*, p 151. Sama põhimõtte tuleneb ka Topel, J., § 50/88; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 45; Fuchs, A., § 6/121.

²¹⁰ *Ibidem*, p-d 152, 153. Nt on Saksamaa kohtupraktikas leitud, et ka viis kuud peale konkurentsioiguse normide rikkumise lõppemist mõjutas kartell ikka veel kaupade hindu, vt OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.06.2010 – 6 U 118/05.

²¹¹ *Ibidem*, p-d 153, 154.

²¹² Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p 15.

²¹³ Võrdluspõhiseid meetodeid on eelistatud ka Saksa kohtupraktikas, vt nt OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2009 – 2a Kart 2 – 06/08, p 469 jj.

²¹⁴ *Ibidem*, p 84.

mõju perioodil täpselt sama turuga, kui konkurentsioiguse normide rikkumist ei oleks toime pandud. Samas on märgitud, et on võimatu täpselt teada, milline oleks turg, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud.²¹⁵

Võrdluspõhistest meetoditest eelistab Komisjon erinevuste erinevuse meetodit, mis on majanduslikust seisukohast kõige täpsem. Erinevuste erinevuse meetodi puhul „keskendutakse asjaomase majandusliku muutuja arengule ülemäärase ostuhinna edasisuunamisest mõjutatud turul teatava aja jooksul (erinevus edasisuunamise turul aja jooksul) ning võrreldakse seda sama muutuja arenguga sama aja jooksul võrdlusturul, mida rikkumine ei mõjuta (näiteks muul geograafilisel turul)“²¹⁶. Erinevuste erinevuse meetod näitab kahe erinevuse vahelist erinevust ajas, mille põhjal saab hinnata nt hinna muutumist, jättes samal ajal välja turge ühtmoodi mõjutanud tegurid. Seega saab erinevuste erinevuse meetodiga kõrvale jätta kahju edasikandmisega samal ajal aset leidnud muutused, mis pole seotud edasikandmise hinnamõjuga.²¹⁷

Kõik väljapakutud meetodid põhinevad kvantitatiivsetel andmetel, nt asjaomase toote või teenuse ning võrreldavate toodete või teenuste müügi-, jae- ja tarbijahindadel, õigusaktidega kehtestatud hindadel, müügimahtudel, regressioon- ja korrelatsioonanalüüsidel.²¹⁸ Samas võib töendamiskoormise täitmiseks olla vajadus tuvastada hinnamõju kvalitatiivsete tõendite põhjal, nt lepingute, finants- ja raamatupidamisaruannete, ekspertarvamuste, tegevusharu aruannete ja turu-uuringute, tunnistajate ütluste või äriühingusiseseks kasutamiseks mõeldud dokumentide põhjal.²¹⁹ Äriühingusisesete dokumentide hindamisel tuleb arvestada, et isegi samas valdkonnas tegutsevate ettevõtjate hinnakujunduspõhimõtted võivad erineda.²²⁰

2.3.4. Ülemäärase mahumõju suuruse tuvastamine

Mahumõju tähendab, et kui kaupa müüakse liiga kõrge hinnaga, siis kaupa ostetakse vähem. Kui muidu illustreerib mahumõju müüdü koguse mahtu, siis Komisjoni teatises nr 2019/C 267/07 on mahumõju rõhuasetus vähenenud müügi tõttu saamata jäänud tulul²²¹. Mahumõju arvestamine on oluline, sest kui hinnamõju hinnatakse mahumõjuta, siis alahinnatakse kahju tegelikku ulatust. Samas analüüsitakse mahumõju üksnes siis, kui kahju saaja on esitanud nõude

²¹⁵ *Ibidem*, p 88.

²¹⁶ *Ibidem*, p 95.

²¹⁷ *Ibidem*, p-d 97, 99.

²¹⁸ Kohtupraktikas on kasutatud korrelatsioonanalüüsi nt lahendis LG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2015 – 14d O 4/14, p-d 26, 154, 167, 236; BGH, Beschluss vom 09.10.2018 – KRB 51/16 – Flüssiggas I; Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p-d 50, 37.

²¹⁹ Komisjoni teatis 2019/C 267/07, p-d 50, 37.

²²⁰ *Ibidem*, p 108.

²²¹ *Ibidem*, p 15.

saamata jäänud tulu hüvitamiseks.²²² Mahumõju kindlaksmääramisel tuleb esiteks hinnata hinnatõusust tingitud koguse muutust ja teiseks vastupidise stsenaariumi ehk hüpoteetilise olukorra kasumimarginaali. Euroopa Komisjoni analüüsi järgi liikmesriigid mahumõju eriti ei hinda.²²³ Samas on liikmesriikide käitumine mõistetav, sest nõue hinnata mahumõju on üksnes soovitusliku iseloomuga.

Kahju edasikandmist käsitlevad tuntuimad BGH lahendid (nt ORWI, raudteerööbaste kartell V²²⁴), edasikantud kahju ulatuse kindlaksmääramiseni ei jõudnud või eitasid kahju edasikandmist, mistõttu pole viidatud lahendites käsitletud edasikantud kahju ulatuse kindlaksmääramise meetodeid.

2.4. Tõendamiskoormise jaotus kahju edasikandmise vastuväite esitamisel

2.4.1. Kahju edasikandmise olemasolu tõendamine

2.4.1.1. Konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis

Kahju edasikandmise vastuväite kahe fundamentaalse põhimõtte (vt täpsemalt ptk 1.1.1.) vahel aitab laveerida tõendamiskoormise jaotus. Siiski peab tõendamiskoormis olema jaotatud nii, et kõikidel osapooltel oleks võimalus Euroopa Liidu õigusest tulenevaid õigusi siseriiklikult tõhusalt jõustada.²²⁵ Lähtuvalt kahju hüvitamise direktiivi art-st 13 peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud. Kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 sätestatud KonkS-i üle ei võetud (vt täpsemalt ptk 1.2.2.).

Kuivõrd kahju hüvitamise direktiivist ei tulene konkreetseid tingimusi, mida kahju edasikandmise vastuväite esitamisel tuleb tõendada, et kahju loetak järgmisele turutasandile edasi kantuks, on Saksa õiguskirjandus ja kohtupraktika välja töötanud kaks tingimust. Esiteks peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama põhjuslikku seost konkurentsioiguse normide rikkumise ning järgmise turutasandi hinnatõusu vahel. Teiseks, kui kahju hüvitamise nõude on konkurentsioiguse normide rikkuja vastu esitanud otsene ostja, siis peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju edasikandmise tõttu pole otsesele ostjale tekkinud saamata jäänud tulu.

Esimene eeldus, põhjuslik seos, põhineb ORWI lahendis esitatud kaalutlusel: konkurentsioiguse normide rikkuja peab põhjendama, miks saab eeldada asjaomasel turul

²²² *Ibidem*, p 134.

²²³ *Ibidem*, p-d 137, 138.

²²⁴ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI; BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V.

²²⁵ Ulshöfer, M., § 25/89; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 68.

konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju edasikandmist järgmisele turutasandile. Põhjusliku seose tuvastamine aitab kaasa ka kahju hüvitamise direktiivi põhimõtete täitmisele. Nimelt tuleb lähtuvalt totaalreparatsiooni põhimõttest hüvitada konkurentsioiguse normide rikkumise tagajärjel kahju saajate tegelikult kantud kahju (otsene kahju, saamata jäänud tulu ja intressid). Lähtuvalt põhimõttest, mille kohaselt tuleb isik asetada olukorda, kus ta oleks olnud, kui rikkumist poleks toimunud, ei tohiks kannatanutele maksta ülemäärast hüvitist või liiga väikest hüvitist. Ülemäärane hüvitamine võib toimuda nt juhul, kui osa konkurentsioiguse normide rikkumise tulemusel tekkinud kahjust on edasi kantud kolmandatele isikutele. Liiga väikese hüvitisega võib olla aga nt tegu juhul, kui kahju saajatele tekkis saamata jäänud tulu, sest konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevate liiga kõrgete hindade tõttu müüs kahju saaja vähem kaupa.²²⁶ Isegi kui põhjusliku seose tuvastamine on keeruline²²⁷, võimaldab põhjuslik seos kohtutel tuvastada konkurentsioiguse normide rikkumisest tekkinud kahju tarneahela eri tasandite vahel, mida konkurentsioiguse normide rikkumine on mõjutanud.²²⁸

Täpsemalt on Saksa õiguskirjanduses selgitatud, et põhjuslikku seost saab kindlaks teha järgmise kolme aspekti kaudu. Esiteks tuleb põhjusliku seose kindlakstegemisel lähtuda asjaomasel müügiturul valitsevatest üldistest turutingimustest, eelkõige pakkumuse ja nõudluse elastsusest²²⁹, rikkumise kestusest, hinna arengust, konkurentsi intensiivsusest ja toote omadustest. Teiseks tuleb näidata, et kahju edasikandmine pole hagejale ebasoodne, eelkõige, et pole vähenenud nõudlus hageja kauba järele.²³⁰ Kolmandaks peab konkurentsioiguse normide rikkuja selgitama, et ülemäärane edasimüügihind pole täielikult ega osaliselt mõjutatud müüja enda heast äristrateegiast, turundusest, väärtuse kasvust vms, vaid on kas täielikult või osaliselt ülemäärane üksnes konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu.²³¹ Euroopa Komisjoni raportist nähtub, et valdavalt ei ole liikmesriikide kohtupraktikas kahju edasikandmist hinnatud majanduseksperptide abiga. Juhul kui majanduseksperdid on olnud kohtuvaidlustesse kaasatud, siis on majanduseksperdid tuginenud majandusteooria seisukohtadele, et argumenteerida kahju edasikandmise olemasolu ja edasikantud kahju ulatuse poolt või vastu ning on püüdnud oma väiteid tõendada avalikult kättesaadavate materjalidega, nt turu-uuringute aruannete või kõnealuse turu eripäraga.²³²

²²⁶ European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 45.

²²⁷ *Ibidem*, p 21.

²²⁸ *Ibidem*, p 45.

²²⁹ Nt kaasneb nõudluse suurenemisega hinnatõus isegi siis, kui kartelli pole.

²³⁰ Topel, J., § 50/88; Mestmäcker, E.-J, Schweitzer, H., § 23/58; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208; Ulshöfer, M., § 25/90, 97.

²³¹ Ulshöfer, M., § 25/90; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69.

²³² European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 66.

Teine eeldus – otsesele ostjale²³³ pole tekkinud saamata jäänud tulu – põhineb samuti ORWI lahendil. Konkurentsioiguse normide rikkuja peab tõendama, et otsene ostja pole seoses konkurentsioiguse normide rikkumisega kannatanud mingit muud liiki kahju. Näiteks pole konkurentsioiguse normide rikkumine vähendanud nõudlust otsese ostja kauba osas, s.o otsesele ostjale pole tekkinud saamata jäänud tulu.²³⁴ Ühtlasi peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et asjaolu, et konkurentsioiguse normide rikkuja otsesed kliendid oma hindu tõstsid, tekkis kahju edasikandmisest, mitte otseste klientide ettevõtlusega seotud saavutustest, nt kauba edasise töötlemise või läbiraakimisoskuste tõttu tekkinud lisandväärtusest.²³⁵ Ainult juhul, kui edasikantud kahju oli suurem kui saamata jäänud tulu, võib edasikantud kahju vastavas ulatuses tekkinud kahju ulatuse vähendamisel arvesse võtta.²³⁶ Õiguskirjanduses on leitud, et selleks, et näidata otsese või kaudse ostja enda osa lisandväärtuse loomises, peaks konkurentsioiguse normide rikkuja saama regulaarse ülevaate otsese või kaudse ostja kalkulatsioonidest.²³⁷ Samas on õiguskirjanduses asutud seisukohale, et otsese või kaudse ostja kalkulatsioonidest teadasaamine on tegelikult võimatu, sest otsestel ja kaudsetel ostjatel on kõrge huvi sedasorti andmete konfidentsiaalsena hoidmiseks.²³⁸

Autori hinnangul tekib konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormise puhul märkimisväärne probleem. Kuigi õiguskirjanduses on öeldud, mida peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, siis praktikas on konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormise täitmine siiski väga keeruline. Teise isiku äritegevusest, sh äristrateegiast ülevaate saamiseks, ei pruugi avalikult kättesaadavad materjalid olla usaldusväärsete andmete saamiseks piisavad. Seega ei piisa üksnes avalikest andmetest, et saada õige ettekujutus järgmisele turutasandile edasi kantud kahju ulatusest. Ka õiguskirjanduses on selgitatud, et konkurentsioiguse normide rikkujal puudub üldjuhul teave (eelkõige otseste ja kaudsete ostjate hinnakujunduse kohta), et kahju edasikandmise vastuväidet veenvalt esitada.²³⁹ Väga kõrge tõendamiskoormis, mida on praktikas keeruline täita, võib endaga kaasa tuua selle, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine muutub võimatuks.

²³³ Erinevalt õiguskirjanduses kasutatud „otsese ostja“ terminist, ei peaks autori hinnangul eeldust rangelt piiritlema üksnes otsese ostjaga, vaid tegu võib olla ka otsese ostja ja kaudse ostja vahele jääva ostjaga.

²³⁴ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 540; Bechtold, R., Bosch, W., § 33/35; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69; Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H., § 23/59.

²³⁵ Ulshöfer, M., § 25/103; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69.

²³⁶ Morell, A.. Kartellschadensersatz nach "ORWI". Wirtschaft und Wettbewerb 2013, p 963; Thomas, S. Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 2016, lk 67.

²³⁷ Buntscheck, M. "Private Enforcement" in Deutschland: Einen Schritt vor und zwei Schritte zurück. Wirtschaft und Wettbewerb 2013; Ulshöfer, M., § 25/103; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69.

²³⁸ Ulshöfer, M., § 25/103.

²³⁹ Seifert, K., lk 350.

Küll aga on kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 II konkurentsioiguse normide rikkujale ette nähtud võimalus mõistlikul viisil nõuda hagejalt või kolmandatelt isikutelt teabe avaldamist. Konkurentsioiguse normide rikkuja vastavat õigust on tunnustatud õiguskirjanduses²⁴⁰ ning ka KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisast nähtub, et vajadusel saab konkurentsioiguse normide rikkuja taotleda tõendite kogumist TsMS § 236 alusel²⁴¹. Konkurentsioiguse normide rikkuja tõendite kogumise võimaluse kohta vt täpsemalt ptk 2.5.4..

Lisaks puudub õiguskirjanduses ühtne seisukoht, kui kõrge on konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis, kui ta esitab kahju edasikandmise vastuväite. On leitud, et konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis on väga kõrge.²⁴² Konkurentsioiguse normide rikkuja peab tõendama, et otsene ostja on kahju ka tegelikult järgmise turutasandi kliendile üle kandnud.²⁴³ Alternatiivse arvamuse kohaselt peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju edasikandmine „on vähemalt tõsiseltvõetavalt võimalik“²⁴⁴ ehk usutav. Kahju edasikandmine tundub usutav eelkõige siis, kui ülemäärased hinnad koormavad ka otsese ostja konkurente, kaudsetel ostjatel ei ole alternatiivseid võimalusi ülemäärase hinnaga müüdavat toodet asendada ning ülemäärase hinnaga müüdav toode on lõpptarbija jaoks hädavajalik.²⁴⁵ Igal juhul on kindel, et kahju edasikandmise vastuväidet saab usutavalt esitada vaid siis, kui eksisteerivad järgmise turutasandi kliendid.²⁴⁶ Nt on Saksa kohtupraktikas juhtum, kus metroojaama eskalaatorid osteti ülemäärase hinnaga. Konkurentsioiguse normide rikkuja väitis, et ülemäärane ostuhind on kantud edasi metroojaama rentnikele. LG Berlin kahju edasikandmist ei tunnustanud, sest maa-aluste metroojaama äripindade rentimise puhul pole olemas majanduspiirkonda, mida iseloomustab konkurents, ja seega ka järeלטurgu, mida iseloomustab turutegevus. Lisaks puudus otsene seos rendisumma ja eskalaatorite eest makstud ostuhinna vahel.²⁴⁷

²⁴⁰ Stein, F., Jonas, M.. Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. [Tübingen]: Mohr Siebeck 2018, Thole, C., § 286/179; Grützner, T., Jakob, A., P; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/815; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 540.

²⁴¹ Kuivõrd kahju hüvitamise direktiiv pole otsekohalduv, siis Eesti õiguse järgi peaks konkurentsioiguse normide rikkuja tuginema mitte kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 II sätestatule, vaid kasutama TsMS § 236 jj nimetatud võimalust vajaliku teabe kogumiseks; KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk 11.

²⁴² Ulshöfer, M., § 25/96.

²⁴³ von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, 540; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 64; BGH, Urteil vom 24.04.1985 – VIII ZR 95/84 – NJW 1985, 1539, lk 217; Immenga, F., Mestmäcker, E.-J.. Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2007, § 33/65.

²⁴⁴ Bechtold, R., Bosch, W.. § 33/35; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 69; Topel, J., § 50/88.

²⁴⁵ Ulshöfer, M., § 25/98.

²⁴⁶ Ulshöfer, M., § 25/101; LG Dortmund, Urteil vom 28.06.2017 – 8 O 25/16 – Preisschirmeffekte bei Oberbaumaterialien, p-d 114 jj; LG Hannover, 18.12.2017 – 18 O 8/17 – LKW-Kartell, p 99; Petrasincu, A.. Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell. Wirtschaft und Wettbewerb 2018, lk 128; Fuchs, A., § 6/121a.

²⁴⁷ LG Berlin, Teilurteil vom 06.08.2013 – 16 O 193/11 Kart – Fahrtreppen, p 60.

2.4.1.2. Kaudse ostja ja kaudse tarnija tõendamiskoormis

Kui kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja, siis peab kahju edasikandmist tõendama kaudne ostja²⁴⁸. KonkS eristab kaudse ostja (KonkS § 78² lg 1) ja kaudse tarnija (KonkS § 78³ lg 1) tõendamiskoormist, mis mõlemad põhinevad kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-1 2.

KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja ja seaduse tekstide koosmõjust lähtuvalt loetakse kahju edasikandmine tõendatuks, kui kaudne ostja või kaudne tarnija on tõendanud järgmised kolm aspekti. Esiteks peab olema toime pandud keelatud tegu KonkS II või IV peatüki või ELTL art 101 või ELTL art 102 mõttes. Teiseks peab keelatud teo toimepanemise tagajärjena tekkima vastavalt otsesele ostjale või otsesele tarnijale otsene varaline kahju. Kolmandaks peab KonkS § 78² lg 1 kohaldamisel kaudne ostja olema omandanud „otsese ostja poolt omandatavaid kaupu või neist saadud kaupu või neid sisaldavaid kaupu“. Kaudne tarnija seevastu peab olema võõrandanud „otsese tarnija poolt tarnitavaid kaupu või neist saadud kaupu“.²⁴⁹

Erinevus konkurentsioiguse normide rikkuja ja kaudse ostja ning kaudse tarnija tõendamiskoormiste vahel on see, et kui kahju edasikandmise vastuväite esitab kaudne ostja või kaudne tarnija, siis on kahju edasikandmise eeldamiseks tõendamist vajavad asjaolud seaduse tasandil (KonkS-is) välja toodud. Konkurentsioiguse normide rikkuja puhul pole tõendamist vajavaid asjaolusid määratletud ei kahju hüvitamise direktiivis ega ka Eesti siseriiklikus õiguses. Kaudse ostja tõendite kogumise võimaluse kohta vt täpsemalt pkt 2.5.4..

2.4.1.3. Otsese ostja tõendamiskoormis

Ei direktiiv ega KonkS näe ette, et kui otsene ostja on esitanud konkurentsioiguse normide rikkuja vastu kahju hüvitamise nõude, et siis peaks otsesel ostjal lasuma tõendamiskoormis kahju edasikandmist puudutavate asjaolude suhtes. Siiski tuleneb Saksa kohtupraktikast, et teatud juhtudel võib konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis olla ümberpööratud ja lasuda hagejal kui otsesel ostjal.

Saksa kohtupraktikas on jaatatud otsesest ostjast hageja tõendamiskoormist ehk n-ö teisest tõendamiskoormist.²⁵⁰ Otsesest ostjast hageja tõendamiskoormis põhineb kaalutlusel, et konkurentsioiguse normide rikkujal, kellel reeglina tõendamiskoormis lasub, on raske esitada

²⁴⁸ Kui kontekst ei nõua kaudse ostja ja kaudse tarnija eraldi käsitlemist, siis käsitleb autor kaudset ostjat ja kaudset tarnijat koos.

²⁴⁹ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskiri, lk-d 6 ja 7.

²⁵⁰ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, juhtlause 3, p-d 70 jj; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; Balke, M., § 106/38; Weitbrecht, A., Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208.

negatiivseid tõendeid. Konkurentsioiguse normide rikkuja asub väljaspool tõendamist vajavate sündmuste käiku ega tea asjassepuutuvaid asjaolusid, samas kui otsesel ostjal on vastav informatsioon olemas ja tal on võimalik esitada üksikasjalik teave.²⁵¹ Näiteks ei tea konkurentsioiguse normide rikkuja hinda, millega otsene ostja on toote või teenuse järgmisele turutasandile edasi müünud.²⁵² Samuti on oht, et otsene ostja hakkab hävitama materjale, millega oleks võimalik tõendada kahju edasikandmist järgmisele turutasandile.²⁵³

Kui tõendamiskoormis lasub otsesest ostjast hagejal, siis tuleb kaaluda, millises ulatuses võib temalt nõuda tõendamiskoormise täitmiseks vajaminevate selliste oluliste asjaolude avalikustamist, mille konfidentsiaalsena hoidmise suhtes on otsesest ostjast hagejal tegelikult õigustatud huvi, arvestades mh otsese ostja ärisaladuse kaitsega. Lisaks ei tohi otsesest ostjast hageja tõendamiskoormis tuua kaasa kahju tekitaja ebamõistlikku ja ebaõiglast tõendamiskoormisest vabastamist.²⁵⁴ Õiguskirjanduses on rõhutatud, et otsesest ostjast hagejale tõendamiskoormise panemine peaks olema väga erandlik ja kohalduma eelkõige juhtudel, kus konkurentsioiguse normide rikkumisest mõjutatud kaubad on kontsernisiseselt edasi müüdnud.²⁵⁵ Ka on õiguskirjanduses ja kohtupraktikas leitud, et mida suurem on kahju edasikandmise tõenäosus ja mida suurem on konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis, seda enam võib eeldada, et kahjustatud pool teeb teatud määral koostööd asjakohaste faktiliste asjaolude selgitamisel.²⁵⁶

Otsesele ostjale ei saa panna tõendamiskoormist, et lihtsustada konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormist, kui konkurentsioiguse normide rikkuja vastu on tulenevalt kahju edasikandmisest esitanud nõudeid kaudsed ostjad. Nimelt lasub kaudsetel ostjatel kohustus tõendada, et konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenev ülemäärane hind on neile edasi kantud. Seega saab konkurentsioiguse normide rikkuja teabe, mida on vaja kahju edasikandmise vastuväite esitamiseks otsese kliendi vastu hoopis järgmise turutasandi kaudsetelt ostjatelt.²⁵⁷

²⁵¹ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 71; BGH, Urteil vom 13.06.2002 – VII ZR 30/01 – NJW-RR 2002, 1309, lk 1310; BGH, Urteil vom 19.04.1999 – II ZR 331/07 – NJW-RR 1999, 1152.

²⁵² Fuchs, A., § 6/101.

²⁵³ Säcker, F. J., Meier-Beck, P. Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Band. 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 185, 186. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2022, Lübbig, T., § 33c/8.

²⁵⁴ BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, juhtlause 3, p-d 70 jj; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; Weitbrecht, A.. Kartellschadensersatz 2020. NZKart 2021, lk 208.

²⁵⁵ Bulst, F. W., lk 228; Seifert, K., lk 350; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, juhtlause 3, p-d 70 jj; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812, 813; Balke, M., § 106/38; Ulshöfer, M., § 25/96.

²⁵⁶ Ulshöfer, M., § 25/91; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 77.

²⁵⁷ *Ibidem*, p 72.

2.4.2. Edasikantud kahju ulatuse tõendamine

Kahju hüvitamise direktiivi preambula p-s 39 tuleneb, et kahju edasikandmise olemasolu tõendamisest tuleb eristada edasikantud kahju ulatuse tõendamist.²⁵⁸ Edasikantud kahju ulatust aitavad kindlaks määrata praktilised suunised, mille p 19 kohaselt tuleb mh kindlaks määrata kauba hüpoteetiline hind, mis oleks olnud, kui rikkumist poleks toimunud.

Praktilistest suunistest aga ei selgu, kes peaks hüpoteetilist hinda tõendama. Üldpõhimõtte järgi peab kahju edasikandmise vastuväitega seotud asjaolusid tõendama kahju edasikandmisele tugineja. Seega, kui kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja, peaks autori hinnangul lasuma just kaudsel ostjal hüpoteetilise hinna tõendamiskoormis. Kaudse ostja tõendamiskoormist lihtsustab nt see, et kuna kaudne ostja on sõlminud eelneva turutasandiga lepingud, siis on kaudsel ostjal vähemalt osaliselt olemas tõendamiskoormise täitmiseks vajaminev teave.

Kui aga kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkuja, siis on konkurentsioiguse normide rikkujal tõendamiskoormist keerulisem täita kui kaudsel ostjal. Konkurentsioiguse normide rikkujal puudub eeldatavasti informatsioon, et mis hinnaga ja kui suure koguse kaupa otsene ostja järgmisele turutasandile edasi müüs. Konkurentsioiguse normide rikkuja võib teha tõendite kogumise taotluse või taotleda eeltõendamismenetluse algatamist, millega kaasneb taas oht, et niigi konkurentsioiguse norme eiranud rikkujale saab teatavaks otsese ostja ärisaladusega kaetud informatsioon (vt täpsemalt ptk 2.5.4.).

Otsese ostja ärisaladuse kaitseks võib autori hinnangul kaaluda varianti, et kui kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkuja, siis lasub hüpoteetilise hinna tõendamise-/põhjendamiskohustus erandkorras otsesel ostjal. Erinevalt tõendite kogumise taotlusest oleks sellisel juhul otsesel ostjal endal võimalik valida, mis tõenditega ta hüpoteetilist hinda kohtule näitab. Samuti võib konkurentsioiguse normide rikkuja esitada talle teadaolevate materjalide põhjal seisukoha, et mis oleks konkurentsioiguse normide rikkuja hinnangul olnud hüpoteetiline hind, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud. Otsese ostja huvi on iseenesest näidata, et kahju pole järgmisele turutasandile edasi kantud, mistõttu esitab otsene ostja eeldatavasti tõendid, kust nähtub, et konkurentsioiguse normide rikkumise ajal kehtinud edasimüügihind on sarnane edasimüügihinnaga, mis kehtis ajal, mil konkurentsioiguse normide rikkumine edasimüügihinnale mõju ei avaldanud. Isegi kui otsese ostja esitatud tõenditest ei nähtu, et konkurentsioiguse normide rikkumine oleks järgmisele

²⁵⁸ Kahju hüvitamise direktiivi preambula p 39 täheldab seda küll olukorras, kus kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkumise toime pannud ettevõtja, kuid autori hinnangul tuleb tõendada kahju edasikandmist ning kahju ulatust sõltumata sellest, kes kahju edasikandmise vastuväite esitab.

turutasandile mõju avaldanud, siis ei tähenda eeltoodu, et otsene ostja ise poleks ostnud konkurentsioiguse normide rikkujalt ülemäärase hinnaga kaupa.

Õiguskirjanduses on läbivalt rõhutatud, et otsese ostja²⁵⁹ esitatud kahju hüvitamise nõudest ei tohi kahju edasikandmise vastuväite esitamisel hüvede tasakaalustamise teel maha arvestada mitte kõiki tekkinud hüvesid, vaid üksnes neid hüvesid, mis on põhjuslikus seoses konkurentsioiguse normide rikkumise ja tekkinud kahju vahel.²⁶⁰ Teisisõnu, ülemäärane hind, mida kahju saaja saab oma klientidele edasi kanda, peab olema piisavas põhjuslikus seoses keelatud kokkuleppes tuleneva ülemäärase hinnaga.²⁶¹ Põhjusliku seose tuvastamisel tuleb mh hinnata ajalist seost kartelliga ehk kas praegune hinnatõus järgmisel turutasandil on ajalises perspektiivis mõistlikult võttes põhjustatud konkurentsioiguse normide rikkumisest.²⁶² Põhjuslikku seost aitavad tuvastada järgmiste turgude majandustulemused.²⁶³ Küll aga ei saa põhjuslikku seost jaatada üksnes seepärast, et kahju saaja on huvitatud hinna vastavusse viimisest tootmiskuludega (omahinnaga) või oma kauba kasumiga müümisest.²⁶⁴ Kokkuvõttes tähendab põhjusliku seose tuvastamine lihtsustatult seda, et esmalt tuleb tuvastada, et mis ulatuses on ülemäärane hind turu tavatingimustele vastavast hinnast kõrgem ning seejärel, et kuidas vastav ülemäärane hind jaguneb otseste ja kaudsete ostjate vahel.

2.5. Kahju edasikandmise vastuväite esitamise menetlusõiguslik lihtsustamine

2.5.1. Üldised tähelepanekud kahju edasikandmise vastuväite esitamise menetlusõigusliku lihtsustamise kohta

Eesti seadusandja on KonkS §-s 78² ja KonkS §-s 78³ näinud ette, et konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete puhul saavad vastavalt kaudne ostja ja kaudne tarnija tugineda kahju edasikandmisele. KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja kohaselt saab konkurentsioiguse normide rikkuja esitada VÕS § 127 lg 1 alusel kahju edasikandmise vastuväite. Analoogsed võimalused on olemas ka Saksa siseriiklikus õiguses. Siiski nähtub õiguskirjandusest ja kohtupraktikast, et praktikas on kahju edasikandmisele tuginemine keeruline.²⁶⁵ Autori

²⁵⁹ Otsese ostja asemel võib kahju hüvitamise nõude esitada ka otsese ostja ja kaudse ostja vahele jääv ostja.

²⁶⁰ Ulshöfer, M., § 25/87; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 44; Schroeder, D., AEUV Art. 101/843; C-295/04, Manfredi, p 61; EKo C-199/11, Europese Gemeenschap versus Otis NV, ECLI:EU: C:2012:684, p 43; Komisjoni teatis 2013/C 167/07, p-d 5 ja 6; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 45; Topel, J., § 50/88.

²⁶¹ Fuchs, A., § 6/93; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 59.

²⁶² BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 45 jj; Topel, J., § 50/88; Fuchs, A., § 6/121.

²⁶³ Ulshöfer, M., § 25/88; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 59.

²⁶⁴ BGH Urt. v. 28. 6. 2011 – KZR 75/10, WuW/E DE-R 3431 – ORWI, p 59.

²⁶⁵ Loewenheim, U. jt (koost.). Kersting, C., § 33c/58; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 21; BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V; BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 –Stromnetznutzungsentgelt VI.

hinnangul peab aga menetlusosalistel mitte üksnes teoorias, vaid ka praktikas olema tõhus võimalus tugineda kahju edasikandmisele. Eriti kehtib see kaudsete ostjate puhul, kellel peab olema tõhus võimalus oma õigusi kaitsta ning nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju hüvitamist.

Menetlusosaliste ja iseenesest ka menetlusväliste isikute (nt kolmandatest isikutest kaudsete ostjate) olukorda võivad leevendada menetlusõiguslikud abinõud. Käesolevas alapeatükis toob autor välja enda hinnangul olulisimad praktikas esineda võivad kahju edasikandmise vastuväitega seonduvad probleemid ning pakub välja menetlusõiguslikud lahendused. Autori hinnangul on olulisimad praktikas tekkivad probleemid esiteks see, et menetlusosalistel puudub õigusselgus, kas kohus loeb kahju edasikandmise vastuväite kui sellise üldse põhjendatuks. Teine probleem on, et kuigi kaudsetel ostjatel on seadusest tulenev õigus ja võimalus tugineda kahju edasikandmisele, siis praktikas on eriti massikahju puhul kahju edasikandmisel põhineva konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõude esitamine keeruline. Kolmas probleem on, et sõltumata sellest, kas kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja või konkurentsioiguse normide rikkuja, on kahju edasikandmisele tuginejal väga keeruline täita oma tõendamiskoormist.

2.5.2. Õigusselgus kahju edasikandmisele tuginemise osas

Kuigi kahju edasikandmisele tuginemine on nii Eestis kui ka Saksamaal siseriiklikult reguleeritud, nähtub kohtupraktikast, et tegelikult pole teada, kas kohus kahju edasikandmist kui sellist üldse tunnustab.

Lahendis OLG Stuttgart (2 U 101/18) ehk veoautode kartelli kaasuses kohus kahju edasikandmist ei tunnustanud. Veoautode kartelli kaasuses ostsid hageja ja tema tütarettevõtjad kostjalt erinevaid sõidukeid, mille hindade osas – nagu ühel hetkel selgus – oli veoautotootjatest kostja toime pannud konkurentsioiguse normide rikkumise. Hageja esitas kostja vastu konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude.²⁶⁶ Kostja vaidles erinevatel põhjustel hageja kahju hüvitamise nõudele vastu ja mh esitas kahju edasikandmise vastuväite. OLG Stuttgart leidis, et kostja ei saa kahju edasikandmisele tugineda, sest „Kostja ei väida, et hageja kliendid esitasid tema vastu nõudeid.“²⁶⁷ Kohtu põhjendusest nähtub, et kohus ei tunnustanud kahju edasikandmist mitte seepärast, et kostja poleks tõendanud nt põhjuslikku seost, vaid hoopis

²⁶⁶ OLG Stuttgart, Urteil vom 04.04.2019 – 2 U 101/18 – LKW-Kartell, zum Sachverhalt.

²⁶⁷ *Ibidem*, p 165. Originaal: „Dass die Bekl. von Abnehmern der Kl. in Anspruch genommen worden wäre, trägt sie nicht vor.“

seepärast, et järgmine turutasand ei ole kostja vastu konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevaid nõudeid esitanud.

Lahendis LG Dortmund (8 O 13/17 Kart) ehk samuti ühes mitmest veoauto kartelli menetlustest ei tunnustanud kohus samuti kahju edasikandmist. Kaasuse asjaolud on analoogsed lahendiga OLG Stuttgart (2 U 101/18). LG Dortmund ei leidnud, et kahju edasikandmise vastuväide oleks põhjendatud juba ainuüksi seepärast, et „Isegi ühe ja sama turu tarneahela raames – kui ülemäärane hind on üldse edasi kantud – tekivad reeglina hiljemalt lõpptarbijatele väga väikesed kahjud, kuid sõltuvalt tarneahela pikkusest ka eelnevatel turutasanditel, et neid ei hageta ja kartellid on seega *de facto* vabastatud oma kahju hüvitamise kohustusest /.../“²⁶⁸ Ühes teises analoogses veoauto kartelli menetluses leidis ka LG Kiel, et kahju edasikandmise vastuväide ei ole põhjendatud, tuginedes täpselt samale eeltoodud põhjendusele.²⁶⁹ Kohtute põhjendustest nähtub, et kahju edasikandmisele ei lubatud tugineda mitte põhjusel, et täitmata oleks mõni seadusest tulenev kahju edasikandmise eeldus, vaid seepärast, et kui lubada kahju edasikandmisele tuginemist, on tegu massikahjuga.

Ka raudteerööbaste kartelli vaidluses ei tunnustanud kohus kahju edasikandmist kui sellist, sest tegu oli massikahjuga²⁷⁰ (vt täpsemalt ptk 2.2.).

Kuigi eeltoodud näited Saksa kohtupraktikast on olukordadest, kus kahju edasikandmise vastuväite on esitanud konkurentsioiguse normide rikkuja, mitte kaudne ostja, leiab siiski kinnitust Saksa õiguskirjanduse valitsev seisukoht, et praktikas on väga keeruline edukalt tugineda kahju edasikandmisele²⁷¹. Autori hinnangul ei ole menetlusosaliste õiguspärase ootusega kooskõlas, kui kahju edasikandmine on küll reguleeritud, kuid kohtupraktikas pole eriti konkurentsioiguse normide rikkujana sellele võimalik edukalt tugineda.

Menetlusosaliste jaoks peab aga olema selge, kas kohus kahju edasikandmist kui sellist üldse tunnustab. Ühtlasi, mis eelduste täitmist peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et edukalt tugineda kahju edasikandmisele. Seega tuleks menetlusosaliste jaoks luua õigusselgus, kas kahju edasikandmise vastuväitele on üldse võimalik tugineda. Õigusselgus on vajalik, sest otsesest ostjast hagejal ei ole mõttekas minna kohtusse nõudma kahju hüvitamist ning teha

²⁶⁸ LG Dortmund, Urteil vom 27.06.2018 – 8 O 13/17 Kart., p 170. Original: „Schon im Rahmen einer Lieferkette auf ein und demselben Markt werden – so denn eine Weitergabe eines overcharge überhaupt stattfand - regelmäßig spätestens beim Endverbraucher, je nach Länge der Lieferkette aber auch schon auf vorherigen Marktstufen, derartig geringe Schäden ankommen, dass diese nicht eingeklagt werden und der Kartellant somit faktisch von seiner Schadensersatzverpflichtung frei würde /.../“.

²⁶⁹ LG Kiel, Urteil vom 18.04.2019 – 6 O 108/18 – LKW-Kartell, p 79.

²⁷⁰ BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V, p 51.

²⁷¹ Bulst, F. W., lk 227; European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016, p 21; von Dietze, P., Janssen, H., 5. Teil/812.

kulutusi nt õigusabile, kui ta ei tea, kas menetluse kestel konkurentsioiguse normide rikkujast kostja esitatud kahju edasikandmise vastuväide võib tähendada, et hageja ei saa kostjalt nõuda kahju hüvitamist. Konkurentsioiguse normide rikkujast kostjal ei ole aga mõttekas panna ressursi kahju edasikandmise vastuväite esitamiseks vajaliku tõendamiskoormise täitmiseks, nt andmete kogumisele ja analüüsimisele, et saada teada, mis osas on kahju järgmisele turutasandile edasi kantud, kui kohus niikuinii kahju edasikandmise vastuväidet kui sellist ei tunnusta. Kaudsetele ostjatele kui järgmise turutasandi klientidele annaks õiguskindlus teadmise, kas vähemalt teoreetiliselt oleks neil võimalus nõuda kahju edasikandmisele tuginedes kahju hüvitamist.

Kahju edasikandmise vastuväide on oma olemuselt materiaalsoiguse vastuväide, mida võib esitada kuni eelmenetluse lõpuni. Peale eelmenetluse lõppemist võib TsMS § 329 lg 1 kohaselt esitada vastuväiteid, sh kahju edasikandmise vastuväite, üksnes juhul, kui neid polnud mõjuval põhjusel võimalik varem esitada. Kahju edasikandmisele tugineja, eriti kui kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkujast kostja, ei tohi käituda pahatahtlikult. Kui isikul on soov väita, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud, siis tuleb seda teha võimalikult vara, mitte tekitada teisele poolele menetluskulusid ja seejärel korrigeerida kahju edasikandmisele. Ühtlasi, kui kohtul tekib materjalide põhjal küsimus, kas kahju võib olla järgmisele turutasandile edasi kantud, peaks kohus võimalikult vara küsima pooltelt vastava seisukoha. Kui kohus leiab, et kahju edasikandmise vastuväite esitamine lubatud ei ole või pole asjakohane, siis tuleks ka sellest menetlusosalisi võimalikult varakult teavitada.

2.5.3. Kaudsete ostjate kaasamine menetlusse iseseisva nõudega kolmandate isikutena

Erinevalt konkurentsioiguse normide rikkujatest, on kaudsete ostjate võimalus tugineda kahju edasikandmisele sõnaselgelt KonkS-is reguleeritud. Sellest hoolimata ei pruugi kaudsed ostjad erinevatel põhjustel kahju edasikandmisele tugineda, mistõttu jääbki kaudsetele ostjatele konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju hüvitamata.

Esiteks ei pruugi kaudsed ostjad teada, et neil üldse on võimalik kahju edasikandmisele tugineda, sest nad pole teadlikud konkurentsioiguse normide rikkumisest ega ka pooleliolevast kohtuvaidlusest konkurentsioiguse normide rikkuja ja otsese ostja vahel. Seda eriti juhul, kui menetlus on näiteks TsMS § 38 lg 1 p 6 alusel ärisaladuse hoidmise kaitse tõttu kuulutatud kinniseks.

Teiseks, isegi kui kaudsed ostjad teavad, et neile võib konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu olla kahju tekkinud, võib üksikul kaudsel ostjal olla nii väike kahjunõue, et kohtumenetlus ja eriti kohtumenetlusega kaasnevad kulud ei tasu ennast ära.²⁷² Teisisõnu võib tegu olla massikahjuga (vt täpsemalt ptk 2.2.).

Menetlusõiguslik lahendus võiks olla kaudsete ostjate kaasamine menetlusse iseseisva nõudega kolmandate isikutena TsMS § 212 mõttes. TsMS § 212 eesmärk on, et kolmandad isikud, kellel on iseseisev nõue, saavad sekkuda kahe teise isiku vahelisse vaidlusesse, sest kahe teise isiku vaidluse ese puudutab õiguslikult oluliselt ka kolmandaid isikuid.²⁷³ Nimelt leiab kolmas isik, et just temal on senise menetlusosalise (nt hageja) asemel õigus, mida ta saab menetluse eseme suhtes esitada.²⁷⁴ Kolmandate isikute hagid saab liita kahe teise isiku vahelisse menetlusse ja kolmandad isikud saavad taotleda, et vaidlus ka nende suhtes siduvalt lahendataks.

Kaudsete ostjate kaasamine menetlusse iseseisva nõudega kolmandate isikutena sobib ka konkurentsioiguse normide rikkumiste puhul. Kolmandatest isikutest kaudsetel ostjatel on iseseisev nõue hageja ja kostja vahelise vaidluse eseme ehk konkurentsioiguse normide rikkumisest tuleneva kahju suhtes. Võib olla on otsene ostja kandnud kahju edasi kaudsetest ostjatest kolmandatele isikutele, mistõttu on just kaudsed ostjad õigustatud kahju nõudma. Ekspertiisid, mis kahju edasikandmist kinnitavad, puudutavad nii otseseid ostjaid, konkurentsioiguse normide rikkujaid kui ka kaudseid ostjaid, mistõttu on optimaalne teha kahju võimalikku edasikandmist näitavad ekspertiisid siis, kui oma majandustulemused saavad ekspertiisiks anda lisaks konkurentsioiguse normide rikkujatele ja otsestele ostjatele ka iseseisva nõudega kolmandatest isikutest kaudsed ostjad. Seega saaksid võimalikud konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude omajad ehk nii otsesed ostjad kui ka kaudsed ostjad esitada oma nõuded ühes menetluses ning vajadusel tugineda ka kahju edasikandmisele.

Massikahjude osas on välisriikides, nt Saksamaal tunnustatud kollektiivhagide esitamist.²⁷⁵ Kollektiivhagi on üldmõiste hagide kohta, mille esitavad pädevad isikud või pädev üksus sarnaste huvidega grupi huvides. Kollektiivhagi vormid on nt esindushagi ja näidistuvastushagi.²⁷⁶ Eestis kollektiivhagide esitamine võimalik ei ole. TsMS § 207 lg 1 sätestab ühise hagi esitamist mitme isiku poolt. Õiguskirjanduses on leitud, et kollektiivhagisid võiks reguleerida TsMS § 207 lg 1 p 3, mille kohaselt võivad mitu isikut esitada ühise hagi, kui

²⁷² Bechtold, R., Bosch, W., § 33/35; Seifert, K., lk 350; Ulshöfer, M., § 25/94; BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI, p 74.

²⁷³ Kõve, V., Järvekül, I., Ots, J., Torga, M., Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017, Volens, U., Püümann, H., § 212/1.

²⁷⁴ *Ibidem*, § 212/3.1. b).

²⁷⁵ Schwalm, J., § 37/26; Fiedler, L., Bergmann, L., lk 206.

²⁷⁶ Martson, K. Esindushagid Eestis – kas midagi täiesti võimatut?. *Juridica* 2019, nr 8, lk-d 603 ja 610.

menetluse esemeks on samalaadsed ja olemuslikult samalaadsest alusest tekkinud nõuded või kohustused. Samas on TsMS § 207 lg 2 kommentaarides selgitatud, et isegi kui mitu isikut esitavad ühiselt hagi, siis teostab iga isik oma õigusi iseseisvalt, mistõttu ei too ühe kaashageja toimingud teise kaashageja jaoks kaasa mingeid õiguslikke tagajärgi.²⁷⁷ Seega võib ka menetluse tulemus olla kaashagejate jaoks erinev, nt ühe kaashageja nõue rahuldatakse ja teise oma mitte; samuti võib olla erinev hagi rahuldamise ulatus.²⁷⁸ Alternatiivne võimalus ühiseks menetlemiseks, sh koguda ja hinnata tõendeid ühe korraga, on TsMS §-st 374 tulenev hagide liitmine.²⁷⁹ Eeltoodud variandid ei ole aga kooskõlas kollektiivhagi olemusega. Õiguskirjanduses on leitud, et TsMS § 207 ja TsMS § 374 erinevad esindushagidest selle poolest, et TsMS § 207 ja TsMS § 374 puhul säilib tarbijatel menetluse käsutamise õigus. Kui aga tarbijad otsustavad esindushagiga mitte liituda, siis nad loobuvad oma menetluse käsutamise õigusest.²⁸⁰

Euroopa Liidu tasandil reguleeris tarbijate kollektiivseid huve 23. aprilli 2009 Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv 2009/22/EÜ tarbijate huve kaitsvate ettekirjutuste kohta (edaspidi ettekirjutuse direktiiv).²⁸¹ Ettekirjutuse direktiivi eesmärk oli ettekirjutuse direktiivi art 1 lg 1 kohaselt kaitsta tarbijate ühishuve. Alates 25. novembrist 2020 reguleerib tarbijate kollektiivseid huve Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv (EL) 2020/1828, mis käsitleb tarbijate kollektiivsete huvide kaitsmise esindushagisid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2009/22/EÜ (edaspidi esindushagide direktiiv).²⁸² Esindushagide direktiivi, millega tunnistati kehtetuks ettekirjutuse direktiiv, eesmärk on esindushagide direktiivi art 1 lg 1 kohaselt kaitsta tarbijate kollektiivseid huve. Ühtlasi on esindushagide direktiivi eesmärkideks mh sätestada asjakohased kaitsemeetmed, et hoida ära kohtuvaidluse kuritarvitamist; parandada tarbijate juurdepääsu õiguskaitsele.

Kuigi esindushagide direktiivi art 24 lg 1 kohaselt tuli esindushagide direktiiv võtta õiguskorda üle hiljemalt 25. detsember 2022 ning esindushagide direktiivis sätestatud meetmeid tuli hakata kohaldama alates 25. juunist 2023, pole töö kirjutamise seisuga esindushagide direktiivi Eesti õiguskorda jätkuvalt üle võetud. Kui Eesti aga võtab esindushagide direktiivi siseriiklikku

²⁷⁷ Kõve, V. jt (koost.). Kõve, V., Järvekülg, I.. Tsiviilkohtumenetlus I, § 207/3.3. a).

²⁷⁸ *Ibidem*, § 207/3.3. c).

²⁷⁹ Kõve, V., Järvekülg, I., Ots, J., Torga, M.. Tsiviilkohtumenetluse seadustik II. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017, Kõve, V., Järvekülg, I., § 374/3.1. a).

²⁸⁰ Martson, K., lk 610.

²⁸¹ 23. aprilli 2009. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/22/EÜ tarbijate huve kaitsvate ettekirjutuste kohta. – ELT L 110, 1.5.2009, lk 30–36.

²⁸² 25. novembri 2020. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2020/1828, mis käsitleb tarbijate kollektiivsete huvide kaitsmise esindushagisid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2009/22/EÜ. – ELT L 409, 4.12.2020, lk 1–27.

õiguskorda üle, siis oleks autori hinnangul massikahju saajatel lihtsam esitada konkurentsioiguse normide rikkuja vastu kahju hüvitamise nõue. Massikahju saajad saaksid pöörduda pädeva isiku (nt TTJA) poole, kes esindaks massikahju saajatest tarbijate huve. Ühtlasi ei peaks kohtud lugema konkurentsioiguse normide rikkuja esitatud kahju edasikandmise vastuväidet põhjendamatuks seepärast, et kahju edasikandmise tunnustamisel oleks tegu massikahjuga, mida ei tuldagi nõudma (vt ptk 2.5.1.).

2.5.4. Tõendite kogumise võimalused

Sõltumata sellest, kas tõendamiskoormis lasub konkurentsioiguse normide rikkujal või kaudsel ostjal²⁸³, on autori hinnangul problemaatiline, et kuidas tõendada, et kahju on edasi kantud. Ühelt poolt on keeruline tõendada, et kahju üldse on järgmisele turutasandile edasi kantud. Teisalt on keeruline tõendada, et mis ulatuses on kahju järgmisele turutasandile edasi kantud. Eriti keeruline on kahju ulatuse tõendamine aga siis, kui nt otsene ostja on ülemäärase hinnaga ostetud toodet töödeldud ning alles seejärel on otsene ostja töödeldud toote kaudsele ostjale edasi müüinud.²⁸⁴

Ka kahju hüvitamise direktiivi preambula p-s 15 on välja toodud, et menetlusosalised on ebavõrdses positsioonis konkurentsioiguse rikkumist käsitlevate andmete valdamise osas. Seega peab hagejatel (autori hinnangul eelkõige kaudsetel ostjatel) olema õigus nõuda nende jaoks olulisi tõendeid, ilma üksikuid tõendeid täpsustamata. Ühtlasi nähtub kahju hüvitamise direktiivi preambula p-st 15, et ka konkurentsioiguse normide rikkujast kostjatel peab olema õigus nõuda hagejatele (autori hinnangul nii otsestelt kui ka kaudsetelt ostjatele) tõendite avaldamist.

Konkurentsioiguse normide rikkuja õigus nõuda teabe avaldamist on sätestatud kahju hüvitamise direktiivi art-s 13. Kaudse ostja õigus nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt või kolmandatelt isikutelt teabe avaldamist tuleneb kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-st 1. Eesti õigusesse polnud justiitsministeeriumi hinnangul kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg-s 1 sätestatu ülevõtmine vajalik, sest „TsMS § 230 lg-st 1 tuleneva üldise tõendamiskoormise järgi peab hagimenetluses kumbki pool tõendama neid asjaolusid, millele tuginevad tema nõuded“²⁸⁵. Autori hinnangul ei tulene TsMS § 230 lg 1 sõnastusest kaudse ostja positsioonis olevale isikule õigust nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt või kolmandatelt isikutelt

²⁸³ Lübbig, T., Mallmann, R.. Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen "Passing-on-Defence". Wettbewerb in Recht und Praxis 2012, lk 171; Fiedler, L., Bergmann, L.. Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland. Betriebs-Berater 2012, lk 209.

²⁸⁴ Nt Fuchs, A., § 6/123.

²⁸⁵ KonkS-i muutmise eelnõu seletuskirja lisa, lk 12.

teabe avaldamist. Ka TsMS § 230 kommentaaridest ja kohtupraktikast nähtub, et kohtu abiga saab tõendeid koguda hagita menetluses ja perekonnaasjades.²⁸⁶ Ühtlasi on tõendite kogumist võimaldava TsMS § 236 lg 2 kommentaarides rõhutatud „Tavapärasel hagimenetluses ei ole kohtul omal algatusel tõendite kogumise kohustust ega ka mitte õigust, kui õigusekspertiis § 293 lg 1 mõttes välja arvata.“²⁸⁷

Siiski leiab autor, et TsMS § 236 lg-s 2 sätestatu on üheks võimalikuks lahenduseks, millega menetlusosaline saab täita oma tõendamiskoormist. TsMS § 236 lg 2 võimaldab kohtul poole vastava taotluse rahuldamisel koguda erinevaid tõendeid, sh dokumentaalseid tõendeid, mille abil võib olla võimalik hinnata kahju edasikandmist.²⁸⁸ Teine võimalus, mis võimaldab menetlusosalisel nõuda teabe avaldamist, on eeltõendamismenetlus TsMS § 244 jj mõttes. TsMS § 244 lg 1 järgi võib kohus kohtumenetluse ajal või mõjuval põhjusel enne menetluse algatamist määrusega korraldada eeltõendamismenetluse, kui vastaspool sellega nõustub või kui võib eeldada, et tõendid võivad kaduma minna või nende kasutamine võib raskeneda. TsMS-i 26 ptk-i kommentaarides on selgitatud, et eeltõendamismenetluses kogutud tõendid võivad olla vajalikud selleks, et kiiresti otsustada, kas hagi esitamine on põhjendatud või koguda tõendeid, mis võivad minna kaduma.²⁸⁹

Tõendite kogumine võib autori hinnangul vajalik olla nii konkurentsioiguse normide rikkuja kui ka kaudse ostja jaoks. Eeltõendamismenetlus võib aga praktikas olla vajalik just sellistes olukordades, kus konkurentsioiguse normide rikkuja vastu soovib kahju hüvitamise nõude esitada kaudne ostja. Enne hagi esitamist võib kaudne ostja eeltõendamismenetluse kaudu koguda tõendeid nt otsese ostja ja konkurentsioiguse normide rikkuja vaheliste lepingute vms kohta, et hinnata võimalikku edasi kantud kahju ulatust.

Nii tõendite kogumise kui ka eeltõendamismenetluse puhul tuleb arvestada, mõlemad tõendite kogumise võimalused võivad tugevalt riivata isikute ärisaladust, mistõttu tuleb kaaluda, kas nt konkurentsioiguse normide rikkuja õigus koguda teavet hüpoteetilise võimaluse kohta, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud, on olulisem kui otsese ja kaudse ostja ärisaladuse kaitse. Kahju edasikandmise kindlakstegemisel võib autori hinnangul vaja olla koguda konfidentsiaalset teavet sisaldavaid dokumente, nt erinevad lepingud klientidega ja arveid. Samas pole sugugi kindel, kas andmetest nähtub kahju edasikandmine või mitte ning tõendite kogumiseks ettenähtud abinõud võivad osutada sellisteks abinõudeks, millega näiliselt

²⁸⁶ Kõve, V. jt (koost.). Kangur, A., Järvekülg, I. Tsiviilkohtumenetluse seadustik I, § 230/3.2.2., 3.4.1.; vt nt RKTkm 30.04.2019, 2-18-3628, p 18; RKTko 27.10.2021, 2-19-18082, p 12.

²⁸⁷ Kõve, V. jt (koost.). Kangur, A., Järvekülg, I. Tsiviilkohtumenetluse seadustik I, § 236/3.2. a).

²⁸⁸ *Ibidem*, § 236/3.2..

²⁸⁹ TsMS 26. ptk-i kommentaar, p 1 d).

üritatakse tõestada kahju edasikandmist, kuid tegelikult kogutakse informatsiooni ka muul otstarbel.

Kolmanda lahendusena kahju edasikandmist puudutava tõendamiskoormise täitmiseks näeb autor menetlusosaliste vahelist kokkulepet. Nimelt võivad menetlusosalised leppida kokku, mis tingimuste täitmist peab kahju edasikandmisele tugineja tõendama, et pooled nõustuksid, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud. Selline lahendus on kooskõlas ka TsMS § 230 lg-ga 1 II, mille kohaselt võivad pooled kokku leppida tõendamiskoormise jaotuse erinevalt seaduses sätestatust ja selle, millised on tõendid, millega mingit asjaolu võib tõendada.

KOKKUVÕTE

Kohtupraktikas on konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete puhul korduvalt tõusetunud küsimus kahju võimalikust edasikandmisest järgmisele turutasandile. Kahju edasikandmise vastuväide on konkurentsioiguse normide rikkuja vastuväide otsesest või kaudselt ostjast kannatanu kahju hüvitamise nõudele. Konkurentsioiguse normide rikkujast väidab, et konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude esitaja on ülemäärase ostuhinna täielikult või osaliselt kandnud edasi järgmisele turutasandile. Seega, kuigi kahju hüvitamise nõude esitaja maksis konkurentsioiguse normide rikkujale kauba eest ülemäära kõrget hinda, siis ei ole kahju hüvitamise nõude esitaja kahju saanud. Kahju hüvitamise nõude võib konkurentsioiguse normide rikkuja vastu esitada alles järgmise turutasandi klient. Seejuures ei pea olema tegu vahetult järgmise turutasandi kliendiga, sest ka hagejale vahetult järgmise turutasandi klient võib kahju olla edasikandnud omakorda järgmisele turutasandile. Kahju edasikandmisele võib analoogselt konkurentsioiguse normide rikkujaga tugineda kaudne ostja, kes väidab, et kuna konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju on talle üle kantud, siis on just kaudsel ostjal õigus nõuda konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju hüvitamist.

Kuigi kahju hüvitamise direktiivist tulenev kahju edasikandmise regulatsioon on võetud üle liikmesriikide siseriiklikku õiguskorda, nähtub kohtupraktikast, et praktikas kahju edasikandmisele tuginemist erinevatel põhjustel põhjendatuks ei peeta.

Magistritöö eesmärk oli analüüsida kahju edasikandmise vastuväite õiguslikku olemust ning kas kahju edasikandmise kontseptsiooni kaudu on kaudsetele ostjatele tagatud tõhus õiguskaitse. Täpsemalt oli magistritöö eesmärk leida vastus küsimustele, kas ja millistel eeldustel peaks konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete puhul arvestama kahju edasikandmisega ning kuidas hinnata edasikantud kahju ulatust. Magistritöö eesmärgi täitmiseks sõnastas autor õiguslikud küsimused.

Esiteks uuris autor, milline on kahju edasikandmise vastuväite olemus. Selgus, et kahju edasikandmise vastuväite olemust kirjeldavad kaks vastandlikku fundamentaalset põhimõtet. Ühe põhimõtte kohaselt ei tohi otsene ostja kahju hüvitamise nõude kaudu põhjendamatult rikastuda. Nimelt, kui otsene ostja on tekkinud kahju järgmisele turutasandile edasi kandnud, siis pole otsene ostja kahju saanud, sest järgmine turutasand on otsesele ostjale tekkinud kahju juba hüvitanud. Teise põhimõtte kohaselt ei tohi konkurentsioiguse normide rikkujast vabaneda kahju hüvitamise kohustusest, kui tekkinud kahju on edasi kantud nii kaugele turutasandile, et kaugel turutasandi osalistel poleks mõistlik tulla oma väga väikese kahju hüvitamise nõudega kohtusse.

On vaieldav, kas olemuslikult on kahju edasikandmise vastuväide VÕS § 127 lg-s 5 sätestatud hüvede tasakaalustamise küsimus või on tegu VÕS § 127 lg-s 1 sätestatud üldise vastuväitega kahju hüvitamise nõudele. Saksa õiguses on läbivaldt leitud ja sõnaselgelt välja öeldud, et kahju edasikandmise vastuväide on hüvede tasakaalustamise küsimus, mitte kahju tekkimise küsimus. Seejuures on kasu, mida kahjustanud isik on saanud ja mis tuleb hüvitisest maha arvata, kahjuhüvitis, mida konkurentsioiguse normide rikkuja peaks hagejale maksma olukorras, kus kaudsed ostjad on hagejale tekkinud kahju tegelikult juba hüvitanud. Justiitsministeeriumi hinnangul saab VÕS § 127 lg 1 alusel öelda, et hagejale pole kahju üldse tekkinud.

Kahju edasikandmisega seotud subjektid on konkurentsioiguse normide rikkuja, otsene ostja ja kaudne ostja ning otsene tarnija ja kaudne tarnija. Konkurentsioiguse normide rikkuja on keelatud teo toime pannud ettevõtja KonkS § 2 tähenduses, kes on rikkunud KonkS-i 2. või 4. peatükis sätestatud norme või ELTL art-d 101 või ELTL art-d 102. Otsene ostja on KonkS § 78² lg 2 kohaselt isik, kes omandab keelatud teo toime pannud ettevõtjalt keelatud teo esemeks olevaid kaupu. Kaudne ostja on KonkS § 78² lg 3 kohaselt isik, kes omandab keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid või neist saadud kaupu otseselt või järgmiselt ostjalt. Otsene tarnija on KonkS § 78³ lg 2 kohaselt isik, kes võõrandab keelatud teo toime pannud ettevõtjale keelatud teo esemeks olevaid kaupu. Kaudne tarnija on KonkS § 78³ lg 2 kohaselt isik, kes võõrandab keelatud teo esemeks olevaid kaupu või selliseid kaupu sisaldavaid kaupu otsesele või eelnevale tarnijale. Kahju edasikandmisega seotud subjektid moodustavad omavahel tarneahela, mida mööda kandub konkurentsioiguse normide rikkumisega tekitatud kahju edasi järgmisele turutasandile.

Kahju edasikandmise vastuväidet käsitletakse läbivaldt deliktiõiguse kontekstis. Samas on õiguskirjanduses ja kohtupraktikas tõusetunud küsimus, kas kahju edasikandmise vastuväide või kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide võiks kohalduda alusetu rikastumise õiguses. Valitsev arvamus leiab, et ei kahju edasikandmise vastuväide ega kahju edasikandmise vastuväitega analoogne vastuväide alusetu rikastumise õiguses ei eksisteeri. Nimelt ei kohaldu VÕS § 127 – VÕS § 140 (sh VÕS § 127 lg 5) alusetu rikastumise. Samuti esineb juba olemuslik probleem: VÕS § 1027 järgi tähendab alusetu rikastumine, et üks isik saab varalist kasu, mis õiguse järgi peaks kuuluma teisele isikule. Isikule tehakse sooritus, mitte ei tekitata kahju. Kui pole kahju, siis ei saa tugineda ka kahju edasikandmisele.

Teiseks uuris autor, kuidas on kahju edasikandmise vastuväide reguleeritud. Euroopa Liidu tasandil on kahju edasikandmisega seonduv reguleeritud kahju hüvitamise direktiivis, eelkõige art-des 13 ja 14. Kahju hüvitamise direktiiv sätestab kaks aluspõhimõtet. Esiteks, tonaalreparatsiooni põhimõte, mille järgi on igal konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu

kahju saanud füüsilisel või juriidilisel isikul õigus nõuda ja saada konkurentsioiguse normide rikkumise tõttu tekkinud kahju täielikku hüvitamist. Teiseks, isiku asetamine sellisesse olukorda, kus ta oleks olnud, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toimunud.

Eesti võttis kahju hüvitamise direktiivi õiguskorda üle eelkõige KonkS-i muutmisega. Näiteks võeti KonkS § 78 lg 1 kaudu Eesti siseriiklikku õiguskorda üle kahju hüvitamise direktiivi art-s 3 sätestatud totaalreparatsiooni põhimõte ning ühtlasi toodi sõnaselgelt välja, et kahju hüvitamise nõude võib esitada „igaüks“, kellele on tekkinud varaline kahju. KonkS-i täiendati normidega KonkS § 78² ja KonkS § 78³, mis sätestavad kahju edasikandmise (kahju edasisuunamise) vastavalt kaudsele ostjale ja kaudsele tarnijale. Kahju hüvitamise direktiivi art-s 13 sätestatud konkurentsioiguse normide rikkuja esitatavat kahju edasikandmise vastuväidet KonkS-i üle ei võetud, sest kahju edasikandmise vastuväide on justiitsministeeriumi hinnangul olemas VÕS § 127 lg-s 1.

Saksa konkurentsiseaduses (GWB) reguleeriti kahju edasikandmise vastuväide esmakordselt juba 2005. aastal. Kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisega täiendati olemasolevat regulatsiooni, mh sätestades GWB § 33c lg-s 2 kaudse ostja võimaluse tugineda kahju edasikandmisele. Võrreldes Eesti seadusandjaga on Saksa seadusandja kahju hüvitamise direktiivi ülevõtmisel siseriiklikku õiguskorda rohkem lähtunud kahju hüvitamise direktiivi algtekstist ning olnud detailsem. Samas on autori hinnangul mõlemad riigid võtnud kahju edasikandmist puudutava osa siseriiklikku õiguskorda korrektselt üle.

Kolmandaks uuris autor, mis tingimustele peab vastama kahju edasikandmise vastuväide. Tingimuste all pidas autor silmas eelduseid, mille täitmisel loetakse, et kahju on edasi kantud järgmisele turutasandile.

Kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2 p-dest a) – c) tulenevad kolm kumulatiivset tingimust, mis on üle võetud KonkS § 78² lg-s 1 ning analoogselt KonkS § 78³ lg-s 1, mille täitmisel loetakse konkurentsioiguse normide rikkumisega tekkinud kahju kaudsele ostjale. Esiteks peab kostja olema toime pannud konkurentsioiguse normide rikkumise. Teiseks peab konkurentsioiguse normide rikkumine olema kaasa toonud ülemäärase ostuhinna kostja otsesele ostjale. Kolmandaks peab kaudne ostja olema ostnud kaupu, mille suhtes konkurentsioiguse normide rikkumine toime pandi, või ostis kaupu, mis olid neist saadud või sisaldasid neid. Kui eeltoodud tingimustele täitmisele tugineb kaudne ostja või kaudne tarnija, siis KonkS § 78² lg 1 ja KonkS § 78³ lg 1 alusel eeldatakse kahju edasikandmist vastavalt kaudsele ostjale või kaudsele tarnijale. Kui eeltoodud eelduste täitmisele tugineb konkurentsioiguse normide rikkuja, siis kahju edasikandmise eeldust ei teki. Seda eriti juhul,

kui kahju edasikandmise vastuväite põhjendatuks lugemine tooks kaasa massikahju tekkimise. Massikahju on kahju, mis on tekkinud suurele hulgale inimestele; kahju on tekkinud samadel või võrreldavatel põhjustel; kahju suurus on nii väike, et kahju kannatanud isikul puudub huvi esitada konkurentsioiguse normide rikkuja vastu oma nõue, sest nõude makspanek põhjustab tekkinud kahjust oluliselt suuremaid kulusid.

Neljandaks uuris autor, et kuidas tuvastada edasikantud kahju ulatust. Konkurentsioiguse normide rikkumisest tekkinud kahju ulatus määratakse kindlaks diferentsihüpoteesiga. Kahju edasikandmise kontekstis tuleb diferentsihüpoteesi kaudu võrrelda tegelikult makstud ülemäärast hinda ja õiguspärase (hüpoteetilise) hinna vahe. Kohtupraktikas ja Euroopa Komisjoni teatises on hüpoteetilist olukorda nimetatud ka vastupidiseks stsenaariumiks, mille eesmärk on mh eristada konkurentsioiguse normide rikkumisest tulenevat mõju muudest kauba hinda mõjutavatest aspektidest, mis oleksid kauba hinda mõjutanud isegi siis, kui konkurentsioiguse normide rikkumist poleks toime pandud. Konkurentsioigusliku kahju hüvitamise nõude esitamisel on õigus nõuda otsest varalist kahju, saamata jäänud tulu ning intresse. Euroopa Komisjon on andnud *soft law*-na juhised, et edasikantud kahju ulatuse kindlakstegemisel tuleb tuvastada ülemäärase ostuhinna edasikandmise hinnamõju ning ülemäärase mahumõju suurus.

Viiendaks uuris autor, et kuidas on jagatud tõendamiskoormis kahju edasikandmise vastuväite esitamisel. Kahju edasikandmisele tuginedes tuleb eristada konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormist, kaudse ostja ja kaudse tarnija tõendamiskoormist ning otsese ostja tõendamiskoormist.

Konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormise osas ühtne seisukoht puudub. On leitud, et konkurentsioiguse normide rikkuja peab tõendama, et otsene ostja on kahju ka tegelikult järgmise tasandi kliendile üle kandnud. Alternatiivse arvamuse kohaselt peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju edasikandmine „on vähemalt tõsiseltvõetavalt võimalik“ ehk usutav. Tulenevalt Saksa õiguskirjandusest ja kohtupraktikast peab konkurentsioiguse normide rikkuja esiteks tõendama põhjuslikku seost konkurentsioiguse normide rikkumise ning järgmise tasandi hinnatõusu vahel. Teiseks, kui kahju hüvitamise nõude on konkurentsioiguse normide rikkuja vastu esitanud otsene ostja, siis peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et kahju edasikandmise tõttu pole otsesele ostjale tekkinud saamata jäänud tulu.

Kaudne ostja ja kaudne tarnija peavad tõendama, et toime on pandud keelatud tegu KonkS II või IV peatüki või ELTL art 101 või ELTL art 102 mõttes. Teiseks peab keelatud teo

toimepanemise tagajärjena tekkima vastavalt otsesele ostjale või otsesele tarnijale otsene varaline kahju. Kolmandaks peab KonkS § 78² lg 1 kohaldamisel kaudne ostja olema omandanud „otsese ostja poolt omandatavaid kaupu või neist saadud kaupu või neid sisaldavaid kaupu“. Kaudne tarnija seevastu peab olema võõrandanud „otsese tarnija poolt tarnitavaid kaupu või neist saadud kaupu“.

Ei direktiiv ega KonkS näe ette, et kui otsene ostja on esitanud konkurentsioiguse normide rikkuja vastu kahju hüvitamise nõude, et siis peaks otsesel ostjal lasuma tõendamiskoormis kahju edasikandmist puudutavate asjaolude suhtes. Siiski tuleneb Saksa kohtupraktikast, et teatud juhtudel võib konkurentsioiguse normide rikkuja tõendamiskoormis olla ümberpööratud ja lasuda hagejal kui otsesel ostjal. Otsesest ostjast hageja tõendamiskoormis põhineb kaalutlusel, et konkurentsioiguse normide rikkujal, kellel reeglina tõendamiskoormis lasub, on raske esitada negatiivseid tõendeid. Konkurentsioiguse normide rikkuja asub väljaspool tõendamist vajavate sündmuste käiku ega tea asjassepuutuvaid asjaolusid, samas kui otsesel ostjal on vastav informatsioon olemas ja tal on võimalik esitada üksikasjalik teave. Õiguskirjanduses on rõhutatud, et otsesest ostjast hagejale tõendamiskoormise panemine peaks olema väga erandlik.

Kuuendaks uuris autor, kuidas kahju edasikandmise vastuväite esitamist menetlusõiguslikult lihtsustada. Autori hinnangul on olulisimad praktikas tekkivad probleemid esiteks see, et menetlusosalistel puudub õigusselgus, kas kohus kahju edasikandmise vastuväidet kui sellist üldse tunnustab. Autori hinnangul ei ole menetlusosaliste õiguspärase ootusega kooskõlas, kui kahju edasikandmine on küll reguleeritud, kuid kohtupraktikas pole eriti konkurentsioiguse normide rikkujana sellele võimalik edukalt tugineda. Lahenduseks on menetluse võimalikult varajases staadiumis luua menetlusosalistele õigusselgus võimaliku kahju edasikandmise osas.

Teine probleem on, et kuigi kaudsetel ostjatel on seadusest tulenev õigus ja võimalus tugineda kahju edasikandmisele, siis praktikas on eriti massikahju puhul kahju edasikandmisel põhineva konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõude esitamine keeruline. Kulukas kohtumenetlus ei tasu ära väga väikese kahjuhüvitise nõudmist. Teisisõnu pole kaudsetele ostjatele tagatud tõhusat õiguskaitset. Lahenduseks võiks olla kaudsete ostjate kaasamine menetlusse iseseisva nõudega kolmandate isikutena TsMS § 212 mõttes. Kuivõrd Euroopa Liit on vastu võtnud esindushagide direktiivi, võiks esindushagide direktiivi ülevõtmisel Eesti õiguskorda olla lahenduseks ka kollektiivhagi/esindushagi esitamine.

Kolmas probleem on, et sõltumata sellest, kas kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja või konkurentsioiguse normide rikkuja, on kahju edasikandmisele tuginejal väga keeruline täita

oma tõendamiskoormist. Lahenduseks võiks olla tõendite kogumine TsMS § 236 lg 2 mõttes või eeltõendamismenetlus TsMS § 244 jj mõttes. Alternatiivne lahendus tuleneb TsMS § 230 lg-st 1 II, millest lähtuvalt võivad menetlusosalised leppida kokku, mis tingimuste täitmist peab kahju edasikandmisele tugineja tõendama, et pooled nõustuksid, et kahju on järgmisele turutasandile edasi kantud.

Eeltoodud uurimisküsimuste vastustest nähtub, et autori hinnangul tuleb konkurentsioiguslike kahju hüvitamise nõuete puhul arvestada kahju edasikandmise vastuväitega ning kahju edasikandmisega, sest seadusandja on need ette näinud. Kui kahju edasikandmisele tugineb kaudne ostja, siis selleks, et eeldataks kahju edasikandmist kaudsele ostjale, peab kaudne ostja tõendama kahju hüvitamise direktiivi art 14 lg 2 p-des a) – c) nimetatud eeldusi, mis nähtuvad ka KonkS § 78² lg-st 1 ja KonkS § 78³ lg-st 1. Kui kahju edasikandmise vastuväite esitab konkurentsioiguse normide rikkuja, siis seadus ei sätesta konkreetseid eelduseid, mille täitmisel saaks kahju edasikandmise vastuväite lugeda põhjendatuks. Küll aga nähtub Saksa õiguskirjandusest ja kohtupraktikast, et kahju edasikandmise vastuväite esitamisel tuleb tõendada põhjuslikku seost konkurentsioiguse rikkumise ning tekkinud kahju vahel. Ühtlasi peab konkurentsioiguse normide rikkuja tõendama, et otsesele ostjale pole tekkinud saamata jäänud tulu. Edasikantud kahju ulatuse osas on *soft law*-na antud erinevaid suuniseid, kuid lähtuda tuleks siiski diferentsihüpoteesist.

Magistritöö tulemusel lisandus autori hinnangul Eesti õiguskorda esmakordselt põhjalik analüüs seoses kahju edasikandmise vastuväite ning kahju edasikandmisele tuginemisega. Autor on analüüsinud erinevaid kahju edasikandmist puudutavaid probleemkohti ning pakkunud välja praktilised lahendused. Autori hinnangul on praktikas peamine probleem see, et isegi kui kahju edasikandmise tingimused on täidetud, ei pruugi kohus lugeda kahju edasikandmise vastuväidet põhjendatuks. Saksa kohtupraktikast nähtub, et kohtute hinnangul võib kahju jääda hüvitamata, sest järgmiste turutasandite kliendid ei tule konkurentsioiguse normide rikkujalt kahju nõudma. Kuivõrd Eesti kohtupraktikas võib tõusetuda analoogne probleem, on lahenduseks esindushagide direktiivi ülevõtmine Eesti õiguskorda, mille alusel tekiks kaudsetele ostjatele tõhus võimalus esitada konkurentsioiguse normide rikkuja vastu kollektiivhagi/esindushagi.

EINWAND DER SCHADENSABWÄLZUNG IN KARTELLRECHTLICHEN SCHADENSERSATZKLAGEN

Zusammenfassung

Das Thema der Masterarbeit lautet „Einwand der Schadensabwälzung in kartellrechtlichen Schadensersatzklagen“. Das Thema der Masterarbeit ist von verschiedenen Rechtsstreitigkeiten inspiriert, in denen ein Verletzer kartellrechtlicher Normen einen Einwand der Schadensabwälzung erhoben hat. Nach Ansicht der Autorin sind die wichtigsten Fälle ORWI, Schienenkartell V, Stromnetznutzungsentgelt VI. Allen genannten Entscheidungen ist gemeinsam, dass der Einwand der Schadensabwälzung zwar gesetzlich geregelt ist, das Gericht in der Praxis die Schadensabwälzung aber aus verschiedenen Gründen nicht anerkannt hat, besonders im Falle von Streuschäden.

Unter der Einwand der Schadensabwälzung („Passing-On Defense“) versteht man im Schadensersatzprozess das Argument des Verletzer kartellrechtlicher Normen, dass sein klagender Abnehmer (oder ggf. auch unmittelbarer Abnehmer) keinen Schaden erlitten habe, da er die überhöhten Preise einfach an seine Folgeabnehmer (oder ggf. auch mittelbarer Abnehmer) abgewälzt hat. Gleichzeitig kann sich auch ein mittelbarer Abnehmer, der als Kunde eines unmittelbaren Abnehmers für den durch einen Wettbewerbsverstoß verursachten Schaden aufgekommen ist, auf der Einwand der Schadensabwälzung berufen.

Vor diesem Hintergrund ist es das Ziel der Masterarbeit, der rechtliche Charakter der Einwand der Schadensabwälzung zu analysieren und zu prüfen, ob das Konzept der Schadensabwälzung einen wirksamen Rechtsschutz für mittelbare Abnehmer gewährleistet. Im Einzelnen geht es in dieser Masterarbeit darum, Antworten auf die Frage zu finden, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Schadensabwälzung bei wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzklagen zu berücksichtigen ist. Um das Ziel der Masterarbeit zu erreichen, hat die Autorin Forschungsfragen formuliert. Auf die Forschungsfragen und die Ergebnisse geht die Autorin im Folgenden näher ein.

Die Masterarbeit verwendet verschiedene Forschungsmethoden. Von den nach Verwendungszweck klassifizierten Forschungsmethoden wurden die Datenerhebungsmethode, die Datenverarbeitungsmethode, die Methode zur Interpretation der Ergebnisse und die Methode zur Darstellung der Ergebnisse verwendet. Die Autorin arbeitete mit der Datenerhebungsmethode relevante Rechtsprechung, Rechtsvorschriften und Fachliteratur aus Estland, Deutschland und der Europäischen Union durch. Mit der Datenverarbeitungsmethode hat die Autorin die gesammelten Daten gemäß den behandelten Kapiteln der Masterarbeit

systematisiert. Mit der Methode zur Interpretation der Ergebnisse hat die Autorin die Quellen der Masterarbeit verglichen und analysiert und Forschungsfragen beantwortet. Mit der Methode zur Darstellung der Ergebnisse beschrieb die Autorin in einer Abbildung die Abwälzung von Schäden entlang der Lieferkette.

Von den nach Inhalt klassifizierten Forschungsmethoden hat die Autorin analytische, synthetische, qualitative und vergleichende Methoden verwendet. Mit der analytischen Methode hat die Autorin die Anwendung des gesetzlich geregelten Einwands der Schadensabwälzung in der Rechtsprechung analysiert. Mit der synthetischen Methode hat die Autorin untersucht, wie ein in der Rechtsprechung gefundenes Prinzip später gesetzlich umgesetzt wurde. Mit der qualitativen Methode hat die Autorin Schlussfolgerungen aus der Rechtspraxis und der Rechtsprechung analysiert. Durch die vergleichende Methode hat die Autorin die rechtliche Regelung der Schadensabwälzung in Estland und Deutschland sowie die in Rechtsprechung und Fachliteratur vertretenen rechtlichen Standpunkte verglichen.

Um die Forschungsfragen zu beantworten, untersuchte die Autorin zunächst die Natur des Einwands der Schadensabwälzung, weil der Einwand der Schadensabwälzung keine Legaldefinition hat. Es stellte sich heraus, dass zwei gegensätzliche grundlegende Prinzipien die Natur des Einwands der Schadensabwälzung beschreiben. Nach einem Prinzip darf der unmittelbare Käufer nicht ungerechtfertigt durch einen Schadensersatzanspruch bereichert werden (das schadensersatzrechtliche Bereicherungsverbot). Wenn der unmittelbare Käufer den Schaden auf die nächste Marktstufe übertragen hat, hat der unmittelbare Käufer keinen Schaden erlitten, da die nächste Marktstufe den Schaden bereits ausgeglichen hat. Nach dem anderen Prinzip darf sich der Verletzer von der Schadensersatzpflicht nicht befreien, wenn der entstandene Schaden so weit auf die Marktstufe übertragen wurde, dass es für die Teilnehmer der entfernten Marktstufe unvernünftig wäre, mit ihrer sehr geringen Schadensersatzforderung vor Gericht zu kommen (das Risiko einer unbilligen Entlastung des Schädigers).

Obwohl es debattiert wird, ist der Einwand der Schadensabwälzung nicht als Frage der Schadensentstehung (VÕS § 127 lg 1), sondern als Frage der Vorteilsausgleichung behandelt (VÕS § 127 lg 5). Der Schädiger hat daher darzulegen und zu beweisen, dass der eingetretene Schaden durch anzurechnende Vorteile reduziert wurde.

Die Subjekte der Einwand der Schadensabwälzung sind der Verletzer kartellrechtlicher Normen (Artt. 101, 102 AEUV), der unmittelbare Käufer (KonkS § 78² lg 2) und der mittelbare Käufer (KonkS § 78² lg 3). Das estnische Recht unterscheidet zwischen dem unmittelbaren Lieferanten (KonkS § 78³ lg 2) und dem mittelbaren Lieferanten (KonkS § 78³ lg 3). Die Käufer

tragen den entstandenen Schaden entlang der Lieferkette nach unten, die Lieferanten tragen den entstandenen Schaden entlang der Lieferkette nach oben. Die mit der Schadensabwälzung verbundenen Personen bilden eine Lieferkette, entlang derer der durch die Verletzung der kartellrechtlichen Normen entstandene Schaden auf die nächste Marktstufe übertragen wird.

Der Einwand der Schadensabwälzung wird durchweg im Kontext des Deliktsrechts behandelt. Es wurde jedoch in der Literatur und Rechtsprechung die Frage aufgeworfen, ob der Einwand der Schadensabwälzung auch im ungerechtfertigten Bereicherungsrecht gelten könnte. Die herrschende Meinung besagt, dass der Einwand der Schadensabwälzung im ungerechtfertigten Bereicherungsrecht nicht existiert. Denn der Einwand der Schadensabwälzung findet keine Anwendung auf die Vorschriften des § 127 VÖS – § 140 VÖS (einschließlich § 127 Abs. 5 VÖS) zur ungerechtfertigten Bereicherungsrecht. Außerdem, im ungerechtfertigte Bereicherungsrecht geht es über „Leistungen“ im Deliktsrecht geht es über „Schaden“. Als im ungerechtfertigte Bereicherungsrecht kein Schaden vorliegt, kann auch keinen Einwand der Schadensabwälzung geltend gemacht werden.

Zweitens untersuchte die Autorin, wie der Einwand der Schadensabwälzung geregelt ist. Am 25.12.2014 trat die Richtlinie 2014/104/EU vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union in Kraft („Schadensersatzrichtlinie“, „SE-RL“), die bis 27.12.2016 (soweit noch nicht geschehen) umzusetzen war. Abwälzung des Preisaufschlags ist in Kapitel IV geregelt, insbesondere Art. 13 und 14. Die Schadensersatzrichtlinie legt zwei Grundprinzipien fest. Erstens das Prinzip der vollständigen Totalreparation (Art. 3 SE-RL, KonkS § 78 Abs. 1), wonach jede natürliche oder juristische Person, die aufgrund eines Verstoßes gegen die kartellrechtlichen Normen einen Schaden erlitten hat, das Recht hat, den durch den Verstoß entstandenen Schaden vollständig ersetzt zu verlangen und zu erhalten. Zweitens die Wiederherstellung der Situation, die bestanden hätte, wenn der Verstoß gegen die kartellrechtlichen Normen nicht stattgefunden hätte.

KonkS wurde durch die Bestimmungen von § 78² KonkS und § 78³ KonkS ergänzt, die die Schadensabwälzung an den mittelbaren Käufer bzw. den mittelbaren Lieferanten regeln. Der Einwand der Schadensabwälzung gemäß Art. 13 der SE-RL wurde nicht in das estnische Recht übernommen, da das Justizministerium der Ansicht ist, dass der Einwand der Schadensabwälzung gemäß § 127 Abs. 1 VÖS schon existiert.

GWB regelte den Einwand der Schadensabwälzung erstmals bereits im Jahr 2005. Durch die Umsetzung der SE-RL wurde die bestehende Regelung ergänzt, unter anderem durch die Bestimmung in § 33c Abs. 2 GWB, wonach der mittelbare Käufer die Möglichkeit hat, sich auf die Schadensabwälzung zu berufen. Im Vergleich zum estnischen Gesetzgeber hat der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der SE-RL in das nationale Recht stärker auf den Wortlaut der SE-RL geachtet und war detaillierter. Dennoch hat nach Ansicht der Autorin jeder Staat den Teil des nationalen Rechts, der sich mit der Schadensabwälzung befasst, korrekt umgesetzt.

Drittens untersuchte die Autorin, unter welchen Bedingungen ein Einwand der Schadensabwälzung zulässig ist. Unter Bedingungen verstand die Autorin die Voraussetzungen, deren Erfüllung als Schadensabwälzung an die nächste Marktebene angesehen wird. Die drei kumulativen Bedingungen gemäß Art. 14 Abs. 2 a) – c) SE-RL, die auch in § 78² KonkS und § 78³ KonkS übernommen wurden, sind: Erstens, der Beklagte eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat, Zweitens, die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht einen Preisaufschlag für den unmittelbaren Abnehmer des Beklagten zur Folge hatte und drittens, der mittelbare Abnehmer Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die Gegenstand der Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht waren oder Waren oder Dienstleistungen erworben hat, die aus solchen hervorgingen oder sie enthielten. Wenn sich der mittelbare Käufer oder Lieferant auf die Erfüllung der oben genannten Bedingungen stützt, wird gemäß § 78² Abs. 1 KonkS und § 78³ Abs. 1 KonkS angenommen, dass der Schaden entsprechend an den mittelbaren Käufer oder Lieferanten abgewälzt wird. Wenn sich der Verletzer der Wettbewerbsnormen auf die Erfüllung der oben genannten Voraussetzungen stützt, entsteht keine Voraussetzung für die Schadensabwälzung. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Anerkennung des Einwands der Schadensabwälzung zur Entstehung von Streuschäden führen würde. Streuschäden handelt es sich um Fallkonstellationen, in denen – selbst wenn der unmittelbare Abnehmer den Schaden hat abgewälzt können – die mittelbaren Abnehmer nie selbst den Verletzers kartellrechtlichen Normen in Anspruch nehmen würden, weil der jeweils bei ihnen eingetretene Schaden viel zu klein und viel zu schwer zu quantifizieren ist, um einen aufwändigen Prozess zu rechtfertigen.

Viertens untersuchte die Autorin, wie der Umfang des abgewälzten Schadens festgestellt werden kann. Der Umfang des durch die Verletzung der kartellrechtlichen Normen entstandenen Schadens wird durch die Differenzhypothese bestimmt. Im Kontext der Schadensabwälzung muss die Differenzhypothese verwendet werden, um die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten überhöhten Preis und dem legitimen (hypothetischen) Preis zu vergleichen. In der Rechtsprechung und in Mitteilungen der Europäischen Kommission wird

diese hypothetische Situation auch als umgekehrtes Szenario bezeichnet, das unter anderem darauf abzielt, die Auswirkungen der Verletzung der kartellrechtlichen Normen von anderen Aspekten zu unterscheiden, die den Preis des Produkts beeinflusst hätten, selbst wenn die Verletzung der kartellrechtlichen Normen nicht begangen worden wäre. Bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus kartellrechtlichem Schaden besteht das Recht auf Vermögensschaden (*damnum emergens*) und des ihm entgangenen Gewinns (*lucrum cessans*) zuzüglich der Zahlung von Zinsen verlangen. Die Europäische Kommission hat einen Praktischen Leitfaden zur Ermittlung des Schadensumfangs bei Schadensersatzklagen im Zusammenhang mit Zuwiderhandlungen gegen Artikel 101 oder 102 AEUV („Praktischer Leitfaden“) herausgegeben, nach denen bei der Bestimmung des Umfangs des abgewälzten Schadens die Auswirkungen des Preisniveaus und des Volumens des überhöhten Kaufpreises festgestellt werden müssen.

Fünftens untersuchte die Autorin, wie die Beweislast bei der Geltendmachung von Einwand der Schadensabwälzung aufgeteilt ist. Bei dem Einwand der Schadensabwälzung müssen die Beweislasten des Verletzers kartellrechtlicher Normen, des mittelbaren Käufers und Lieferanten sowie des unmittelbaren Käufers unterschieden werden.

Es gibt keine einheitliche Position zur Beweislast des Verletzers kartellrechtlicher Normen. Es wurde festgestellt, dass der Verletzer kartellrechtlicher Normen nachweisen muss, dass der unmittelbare Käufer den Schaden tatsächlich auf den nächsten Marktstufe übertragen hat. Nach einer alternativen Meinung muss der Verletzer kartellrechtlicher Normen nachweisen, dass die Schadensabwälzung "zumindest ernsthaft in Betracht kommt" ist. Gemäß der deutschen Rechtsliteratur und Rechtsprechung muss der Verletzer kartellrechtlicher Normen erstens einen adäquat-kausalen Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen kartellrechtliche Normen und dem Preisaufschlag auf der nächsten Marktstufe nachweisen. Zweitens, wenn der unmittelbare Käufer einen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer kartellrechtlicher Normen geltend gemacht hat, muss er auch nachweisen, dass dem unmittelbaren Käufer kein entgangener Gewinn entstanden ist aufgrund der Schadensabwälzung.

Der mittelbare Käufer und Lieferant müssen nachweisen, dass eine verbotene Handlung gemäß Kapitel II oder IV KonkS oder Artt. 101 oder 102 AEUV begangen wurde. Zweitens muss als Folge der verbotenen Handlung ein direkter finanzieller Schaden beim unmittelbaren Käufer oder Lieferanten entstanden sein. Drittens muss im Rahmen von § 78² Abs. 1 KonkS der mittelbare Käufer Waren erworben haben, die vom unmittelbaren Käufer erworben wurden oder aus diesen stammen oder diese enthalten. Der mittelbare Lieferant muss hingegen Waren

veräußert haben, die vom unmittelbaren Lieferanten geliefert wurden oder aus diesen stammen oder diese enthalten.

Weder die SE-RL noch das KonkS sehen vor, dass wenn der unmittelbare Käufer einen Schadensersatzanspruch gegen den Verletzer kartellrechtlicher Normen geltend gemacht hat, die Beweislast für die Schadensabwälzung beim unmittelbaren Käufer liegen sollte. Aus der deutschen Rechtsprechung ergibt sich jedoch, dass in bestimmten Fällen die Beweislast umgekehrt ist und beim Kläger als unmittelbarem Käufer liegen kann. Die Beweislast des unmittelbaren Käufers basiert darauf, dass es für den Verletzer kartellrechtlicher Normen, der normalerweise die Beweislast trägt, schwierig ist, negative Beweise vorzulegen. Der Verletzer kartellrechtlicher Normen befindet sich außerhalb des Ereignisablaufs, der bewiesen werden muss, und hat keine relevanten Informationen, während der unmittelbare Käufer über entsprechende Informationen verfügt und detaillierte Informationen vorlegen kann. In der Rechtsliteratur wird betont, dass die Übertragung der Beweislast auf den unmittelbaren Käufer als Kläger eine sehr Ausnahme sein sollte.

Sechstens untersuchte die Autorin, wie man das Vorbringen von Einwand der Schadensabwälzung prozessual vereinfachen kann. Ihrer Einschätzung nach sind die wichtigsten in der Praxis auftretenden Probleme erstens, dass den Verfahrensbeteiligten unklar ist, ob das Gericht Einwand der Schadensabwälzung überhaupt anerkennt. Nach Ansicht der Autorin steht es im Widerspruch zu den rechtmäßigen Erwartungen der Verfahrensbeteiligten, wenn die Schadensabwälzung zwar geregelt ist, aber in der Rechtsprechung insbesondere als Verletzer kartellrechtlicher Normen darauf kaum erfolgreich verwiesen werden kann. Als Lösung schlägt sie vor, bereits in einem möglichst frühen Stadium des Verfahrens Klarheit für die Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der möglichen Schadensabwälzung zu schaffen.

Das zweite Problem ist, dass obwohl mittelbaren Käufern durch das Gesetz das Recht und die Möglichkeit gegeben ist, sich auf die Schadensabwälzung zu berufen, die Geltendmachung von Einwand der Schadensabwälzung in der Praxis insbesondere bei Streuschäden schwierig ist. Als Lösung könnte die Einbeziehung der mittelbaren Käufer in das Verfahren mit einer eigenen Klage als Dritte gemäß § 212 TsMS in Betracht gezogen werden. Da die Europäische Union die Richtlinie 2009/22/EG über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung verabschiedet hat, könnte die Einreichung einer Verbandsklage bei der Umsetzung der Richtlinie 2009/22/EG in das estnische Recht eine Lösung sein.

Das dritte Problem besteht darin, dass es für denjenigen, der sich auf die Schadensabwälzung stützt, unabhängig davon, ob es sich um einen mittelbaren Käufer oder einen Verletzer kartellrechtlicher Normen handelt, sehr schwierig ist, seine Beweislast zu erfüllen. Als Lösung könnte die Sammlung von Beweisen im Sinne von § 236 Abs. 2 TsMS oder ein Vorverfahren zur Beweisaufnahme im Sinne von § 244 ff. TsMS in Betracht gezogen werden. Als alternative Lösung könnte auf § 230 Abs. 1 II TsMS zurückgegriffen werden, wonach die Verfahrensbeteiligten vereinbaren können, welche Bedingungen derjenige, der sich auf die Schadensabwälzung stützt, nachweisen muss, damit die Parteien übereinstimmen, dass der Schaden auf die nächste Marktstufe übertragen wurde.

KASUTATUD LÜHENDID

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Saksamaa tsiviilseadustik)
BGH	Bundesgerichtshof (Saksamaa ülemkohus)
EK	Euroopa Kohus
ELTL	Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon
ELTS	Elektrituruseadus
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Saksamaa osäühing)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Saksamaa konkurentsiseadus)
HMK	Harju Maakohus
KonkS	Konkurentsiseadus
KrmS	Kriminaalmenetluse seadustik
KrMSRS	Kriminaalmenetluse seadustiku rakendamise seadus
LG	Landgericht
m	määrus
o	otsus
OLG	Oberlandesgericht
RKTK	Riigikohtu tsiviilkolleegium
TlnHK	Tallinna Halduskohus
TlnRnK	Tallinna Ringkonnakohus
TrtRnK	Tartu Ringkonnakohus
TsMS	Tsiviilkohtumenetluse seadustik
TsMSRS	Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja täitemenetluse seadustiku rakendamise seadus
VÕS	Võlaõigusseadus
ÜVVKS	Ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seadus

KASUTATUD ALLIKATE LOETELU

Kasutatud kirjandus

1. Ascheberg, L.. Kartellrechtliche Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU - Neuerungen und Schwierigkeiten bei der Umsetzung in deutsches Recht. Jura 2016.
2. Auer-Reinsdorff, A., Conrad, I.. Handbuch IT- und Datenschutzrecht. 3. Aufl. München: C.H.Beck 2019.
3. Bechtold, R., Bosch, W.. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB. 10. Aufl. München: C.H.Beck 2021.
4. Bergmann, J., Fiedler, W.. Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland. Betriebs-Berater 2012.
5. Born, M. jt (koost.). Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd.7, 6. Aufl. München: C.H.Beck 2020.
6. Bulst, F. W.. Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in „Transportbeton“. Nomos 2010.
7. Buntscheck, M. "Private Enforcement" in Deutschland: Einen Schritt vor und zwei Schritte zurück. Wirtschaft und Wettbewerb 2013.
8. Dauses, M., Ludwigs, M.. Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts. 59. Aufl. München: C.H.Beck 2023.
9. Dittrich, J.. Der passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2009.
10. Ebenroth, L., Boujong, K., Koost, D., Strohn, L.. Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020.
11. Fiedler, L., Bergmann, L.. Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on defense: Private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland. Betriebs-Berater 2012.
12. Franck, J.-U.. Weitergabe von Kartellschaden und Vorteilsausgleich. Wettbewerb in Recht und Praxis 2011.
13. Fuchs, A., Weitbrecht, A.. Handbuch Private Kartellrechtsdurchsetzung, 1. Aufl. München: C.H.Beck 2019.
14. Grabitz, E., Hilf, M., Nettesheim, M.. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, [79.] Aufl. München: C.H.Beck 2023.

15. Grützner, T., Jakob, A.. Compliance von A-Z. 2. Aufl. München: C.H.Beck 2015.
16. Gsell, B., Krüger, W., Lorenz., Reymann, C.. beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB. [26.] Aufl. München: C.H.Beck 2022.
17. Gussone, P., Schreiber, M.. Private Kartell durchsetzung. Wirtschaft und Wettbewerb 2013.
18. Hau, W., Poseck, R.. BeckOK BGB. 68. Aufl. München: C.H.Beck 2023.
19. Immenga, F., Mestmäcker, E.-J.. Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2007.
20. Immenga, F., Mestmäcker, E.-J.. Wettbewerbsrecht. 7. Aufl. München: C.H.Beck 2024.
21. Kaman, H.-G., Ohlhoff, S., Völcker, S.. Kartellverfahren und Kartellprozess. 1. Aufl. München: C.H.Beck 2017.
22. Kersting, C.. Behandlung des unvermeidbaren Verbotsirrtums im europäischen Kartellrecht. Wirtschaft und Wettbewerb 2014.
23. Kibler, C., Zechmann, S.. Private Enforcement of European Competition and State Aid Law: Current Challenges and the Way Forward. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2019.
24. Kirchhoff, W.. Offenlegung von Dokumenten und Mehrfachinanspruchnahme. Wirtschaft und Wettbewerb 2015.
25. Kruß, A.. Kartellschaden und Verbraucherschutz – Rechtliche und faktische Rechtsdurchsetzungshürden für die Kompensation kartellbedingter Streuschäden unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben. Hamburg: Dr. Kovač 2010.
26. Köve, V., Järvekülg, I., Ots, J., Torga, M.. Tsiviilkohtumenetluse seadustik I. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017.
27. Köve, V., Järvekülg, I., Ots, J., Torga, M.. Tsiviilkohtumenetluse seadustik II. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2017.
28. Kühne, A., Woitz, S.. Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: "Follow-on"-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher. Der Betrieb 2015.
29. Lettl, T.. Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht. Wettbewerb in Recht und Praxis 2015.
30. Loewenheim, U., Meessen, K., Riesenkampff, A., Kersting, C., Meyer-Lindemann, H. J.. Kartellrecht. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020.

31. Loewenheim, U., Meessen, K., Riesenkampff, A.. Kartellrecht. 2. Aufl. München: C.H.Beck 2009.
32. Lübbig, T., Mallmann, R.. Zivilprozessuale Folgen des ORWI-Urteils des BGH zur kartellrechtlichen "Passing-on-Defence". Wettbewerb in Recht und Praxis 2012.
33. Makatsch, T., Mir, A. S.. Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen – Angst vor der eigenen „Courage“? Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2015.
34. Martson, K. Esindushagid Eestis – kas midagi täiesti võimatut?. Juridica 2019, nr 8.
35. Mes, P.. Beck'sches Prozessformularbuch. 15. Aufl. München: C.H.Beck 2022.
36. Mestmäcker, E.-J., Schweitzer, H.. Europäisches Wettbewerbsrecht. 3. Aufl. München: C.H.Beck 2014.
37. Morell, A.. Kartellschadensersatz nach "ORWI". Wirtschaft und Wettbewerb 2013.
38. Murd, V.. Konkurentsioõiguse rikkumisest tekkinud kahju hüvitamise regulatsiooni muudatused Eesti õiguses, tulenevalt Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiivi 2014/104/EL ülevõtmisest. Magistritöö. Juhendaja *dr iur* Karin Sein. Tartu Ülikooli õigusteaduskond 2016. Arvutivõrgus: <https://dspace.ut.ee/server/api/core/bitstreams/3453a86a-8ab5-4b43-970a-60a6289ac728/content> (21.04.2024).
39. Petrasincu, A.. Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell. Wirtschaft und Wettbewerb 2018.
40. Reich, M.. Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen. Wirtschaft und Wettbewerb 2008.
41. Schaper, H., Stauber, P.. Die Kartellschadensersatzrichtlinie - Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber? NZKart 2014.
42. Seifert, K.. Passing-on-Defense: Untauglicher Standardeinwand in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren. NZKart 2020.
43. Simovart, M., Tamm, E.. Estonia(National Report). Arvutivõrgus: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/publications_en (21.04.2024).
44. Stein, F., Jonas, M.. Kommentar zur Zivilprozessordnung. 23. Aufl. [Tübingen]: Mohr Siebeck 2018.
45. Säcker, F. J., Meier-Beck, P.. Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht Band. 2: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 1-96, 185, 186. 4. Aufl. München: C.H.Beck 2022.

46. Säcker, F. J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B.. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. München: C.H.Beck 2024.
47. Tamm, E.. The Damages Directive in Estonia. International Competition Law Series 2022.
48. Thomas, S. Schadensverteilung im Rahmen von Vertriebsketten bei Verstoß gegen europäisches und deutsches Kartellrecht. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 2016.
49. Waelbroeck, D., Slater, D., Even-Shoshan, G.. Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, 31.08.2004. Arvutivõrgus: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/damages_actions_claims_for_damages_infringements_study_comparative_report.pdf (21.04.2024).
50. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K.. Võlaõigusseadus I: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2016.
51. Varul, P., Kull, I., Kõve, V., Käerdi, M., Sein, K.. Võlaõigusseadus IV: kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2020.
52. Weitbrecht, A. Die Passing-on Defense nach Schienenkartell V. Wirtschaft und Wettbewerb 2021.
53. Weitbrecht, A.. Kartellschadenersatz 2019. NZKart 2020.
54. Weitbrecht, A.. Kartellschadenersatz 2020. NZKart 2021.
55. Weitbrecht, A.. Kartellschadenersatz 2021. NZKart 2022.
56. Weitbrecht, A.. Kartellschadenersatz in Deutschland – Quo Vadis?. NZKart 2021.
57. Wiedemann, G.. Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. München: C.H.Beck 2020.
58. Woeste, K.. Bereicherungsrecht als Alternative zum Kartellschadenersatz: Passing-on defense im Bereicherungsausgleich? ZWeR 2018.
59. Vollrath, C.. Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadenersatzrecht. NZKart 2013.
60. von der Groeben, H., Schwarze, J., Hatje, A.. Europäisches Unionsrecht. Band 2. 7. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2015.
61. von Dietze, P., Janssen, H.. Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis. 6. Aufl. München: C.H.Beck 2023.

Kasutatud õigusaktid

62. 23. aprilli 2009. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2009/22/EÜ tarbijate huve kaitsvate ettekirjutuste kohta. – ELT L 110, 1.5.2009, lk 30–36.
63. 26. novembri 2014. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2014/104/EL teatavate eeskirjade kohta, millega reguleeritakse liikmesriikide õiguse kohaseid kahju hüvitamise hagnosisid liikmesriikide ja Euroopa Liidu konkurentsioiguse rikkumise korral. – ELT L 349/1, 05.12.2014, lk-d 1–19.
64. 25. novembri 2020. aasta Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv (EL) 2020/1828, mis käsitleb tarbijate kollektiivsete huvide kaitsmise esindushagnosisid ja millega tunnistatakse kehtetuks direktiiv 2009/22/EÜ. – ELT L 409, 4.12.2020, lk 1–27.
65. Elektriturseadus. – RT I, 30.06.2023, 6.
66. Euroopa Liidu toimimise lepingu konsolideeritud versioon (2016/C 202/01). – ELT C 202, 07.06.2016, lk-d 47–388.
67. Konkurentsiseadus. – RT I, 28.09.2023, 7.
68. Konkurentsiseadus. – RT I, 30.12.2014, 15.
69. Kriminaalmenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 4.
70. Kriminaalmenetluse seadustiku rakendamise seadus. – RT I, 05.12.2017, 9.
71. Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 22.12.2023. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/GWB.pdf> (21.04.2024).
72. Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 01.07.2005. Arvutivõrgus: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/DACore/ShowAllVersions?vpath=bibdata%2Fges%2FGWB%2Fcontent%2FGWB.P33.htm> (21.04.2024).
73. Saksamaa konkurentsiseadus (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), 26.08.1998 – 09.06.2017. Arvutivõrgus: <https://www.buzer.de/gesetz/4400/v205960-2017-06-09.htm> (21.04.2024).
74. Saksamaa tsiviilseadustik (*Bürgerliches Gesetzbuch*), 18.08.1896 – 22.12.2023. Arvutivõrgus: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf> (21.04.2024).
75. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I, 22.03.2024, 7.

76. Tsiviilkohtumenetluse seadustiku ja täitemenetluse seadustiku rakendamise seadus. – RT I, 10.02.2023, 5.

77. Võlaõigusseadus. – RT I, 06.07.2023, 116.

78. Ühisveevärgi ja -kanalisatsiooni seadus. – RT I, 27.09.2023, 4.

Kasutatud kohtupraktika

Eesti Vabariigi kohtute praktika

79. RKTKm 30.04.2019, 2-18-3628.

80. RKTKm 10.06.2014, 3-2-1-60-14.

81. RKTKo 27.10.2021, 2-19-18082.

82. RKTKo 13.11.2020, 2-15-505/180.

83. RKTKo 29.04.2015, 3-2-1-41-15.

84. RKTKo 08.04.2015, 3-2-1-1-15.

85. RKTKo 10.04.2014, 3-2-1-194-13.

86. RKTKo 30.10.2013, 3-2-1-106-13.

87. RKTKo 20.04.2011, 3-2-1-19-11.

88. RKTKo 21.03.2007, 3-2-1-22-07.

89. RKTKo 21.12.2005, 3-2-1-137-05.

90. TlnRnKo 29.06.2007, 2-03-772.

91. TrtRnKo 21.05.2021, 2-15-505.

92. TlnHK 29.11.2011, 3-11-2471.

Saksamaa Liitvabariigi kohtute praktika

93. BGH, Urteil vom 23.09.2020 – KZR 4/19 – Schienenkartell V. Arvutivõrgus: <https://beck-online-beck.de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjoz%2F2021%2Fcont%2Fnjoz.2021.292.1.htm&pos=3&hlwords=on> (21.04.2024).

94. BGH, Urteil vom 19.05.2020 – KZR 8/18 – Schienenkartell IV.

95. BGH, Urteil vom 28.01.2020 – KZR 24/17 – Schienenkartell II.
96. BGH, Beschluss vom 09.10.2018 – KRB 51/16 – Flüssiggas I.
97. BGH, Urteil vom 22.07.2014 – KZR 27/13 – Stromnetznutzungsentgelt VI.
98. BGH, Urteil vom 28.06.2011 – KZR 75/10 – ORWI. Arvutivörgus: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F2012%2Fcont%2Fnjw.2012.928.1.htm&pos=1&hlwords=on> (21.04.2024).
99. BGH, Urteil vom 13.06.2002 – VII ZR 30/01 – NJW-RR 2002, 1309.
100. BGH, Urteil vom 19.04.1999 – II ZR 331/07 – NJW-RR 1999, 1152.
101. BGH, Urteil vom 24.04.1985 – VIII ZR 95/84 – NJW 1985, 1539.
102. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2009 – 2a Kart 2 – 06/08.
103. OLG Karlsruhe, Urteil vom 11.06.2010 – 6 U 118/05.
104. OLG München, Urteil vom 08.03.2018 – U 3497/16 Kart – Schienenkartell.
105. OLG Stuttgart, Urteil vom 04.04.2019 – 2 U 101/18 – LKW-Kartell. Arvutivörgus: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjoz%2F2020%2Fcont%2Fnjoz.2020.241.1.htm&pos=1&hlwords=on> (26.04.2024).
106. LG Berlin, Teilurteil vom 06.08.2013 – 16 O 193/11 Kart – Fahrtreppen.
107. LG Dortmund, Urteil vom 27.06.2018 – 8 O 13/17 Kart. Arvutivörgus: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/dortmund/lg_dortmund/j2018/8_O_13_17_Kart_Urteil_20180627.html (26.04.2024).
108. LG Dortmund, Urteil vom 28.06.2017 – 8 O 25/16 – Preisschirmeffekte bei Oberbaumaterialien.
109. LG Düsseldorf, Urteil vom 19.11.2015 – 14d O 4/14.
110. LG Frankfurt am Main, Urteil vom 30.03.2016 – 2-06 O 464/14 – Schienenkartell. Arvutivörgus: <https://beck-online-beck-de.ezproxy.utlib.ut.ee/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2016%2Fcont%2Fbeckrs.2016.117375.htm&anchor=Y-300-Z-BECKRS-B-2016-N-117375> (26.04.2024).
111. LG Hannover, 18.12.2017 – 18 O 8/17 – LKW-Kartell.

112. LG Kiel, Urteil vom 18.04.2019 – 6 O 108/18 – LKW-Kartell. Arvutivõrgus: <https://openjur.de/u/2203828.html> (26.04.2024).

Euroopa Kohtu praktika

113. EKo C-199/11, Europese Gemeenschap *versus* Otis NV, ECLI:EU: C:2012:684.
114. EKo C-238/78, Ireks-Arkady GmbH *versus* Council and Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1979:226.
115. EKo C-295/04, Vincenzo Manfredi *versus* Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, ECLI:EU:C:2006:461.
116. EKo C-360/09, Pfeleiderer AG *versus* Bundeskartellamt, ECLI:EU:C:2011:389.
117. EKo C-398/09, Lady & Kid A/S, Direct Nyt ApS, A/S Harald Nyborg Isenkram- og Sportsforretning, KID-Holding A/S *versus* Skatteministeriet, ECLI:EU:C:2011:540.
118. EKo C-421/05, City Motors Groep NV *versus* Citroën Belux NV, ECLI:EU:C:2007:38.
119. EKo C-441/98, Kapniki Michailidis AE *versus* Idryma Koinonikon Asfaliseon (IKA), ECLI:EU:C:2000:479.
120. EKo C-453/99, Courage Ltd *versus* Bernard Crehan ning Bernard Crehan *versus* Courage Ltd jt, ECLI:EU:C:2001:465.
121. EKo C-536/11, Bundeswettbewerbsbehörde *versus* Donau Chemie AG, Donauchem GmbH, DC Druck-Chemie Süd GmbH & Co KG, Brenntag Austria Holding GmbH, Brenntag CEE GmbH, ASK Chemicals GmbH, ASK Chemicals Austria GmbH, ECLI:EU:C:2013:366.
122. EKo C-557/12, Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH *versus* ÖBB-Infrastruktur AG, ECLI:EU:C:2014:1317.

Muu kohtupraktika

123. 2003/2/EC, Commission Decision of 21 November 2001 relating to a proceeding pursuant to Article 81 of the EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/E-1/37.512 — Vitamins).
124. Kleinwort Benson v Birmingham 1996 CC 4 All ER 733 (CA).

Kasutatud muud materjalid

125. Commission of the European Communities. COMMISSION STAFF WORKING PAPER accompanying the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 02.04.2008. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2008:0404:FIN:EN:PDF> (21.04.2024).
126. Commission of the European Communities. GREEN PAPER. Damages actions for breach of the EC antitrust rules, 19.12.2005. Arvutivõrgus: [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2005\)0672_/com_com\(2005\)0672_en.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2005)0672_/com_com(2005)0672_en.pdf) (21.04.2024).
127. European Commission. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT. PRACTICAL GUIDE QUANTIFYING HARM IN ACTIONS FOR DAMAGES BASED ON BREACHES OF ARTICLE 101 OR 102 OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION. Accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, 11.06.2013. Arvutivõrgus: https://www.ee-mc.com/fileadmin/user_upload/PRACTICAL_GUIDE_QUANTIFYING_HARM_IN_ACTIONS_FOR DAMAGES.pdf (21.04.2024).
128. European Commission. Study on the Passing-on of Overcharges Final report, 2016. Arvutivõrgus: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a18be06b-fa5d-11e6-8a35-01aa75ed71a1/language-en> (21.04.2024).
129. Komisjoni teatis „Suunised liikmesriikide kohtutele kaudsele ostjale edasi suunatud ülemäärase ostuhinna osa hindamise kohta“ 2019/C 267/07. Arvutivõrgus: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ET/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2019:267:FULL&from=IT> (21.04.2024).
130. Komisjoni teatis „Kahju suuruse kindlakstegemine Euroopa Liidu toimimise lepingu artikli 101 või 102 rikkumisel põhinevate kahju hüvitamise hagide korral“ 2013/C 167/07. Arvutivõrgus: https://publications.europa.eu/resource/cellar/e2b024ac-d421-11e2-bfa7-01aa75ed71a1.0008.03/DOC_1 (21.04.2024).
131. Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu algtekst. Arvutivõrgus:

<https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (22.04.2024).

132. Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja juurde Lisa Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/104/EL ja Eesti õigusaktide vastavustabel. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024).
133. Konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu seletuskirja juurde Lisa 2. Kooskõlastamise ja avaliku konsultatsiooni käigus esitatud märkuste ja ettepanekute kooskõlastustabel. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024).
134. Seletuskiri konkurentsiseaduse muutmise ja sellega seonduvalt teiste seaduste muutmise seaduse eelnõu juurde. Arvutivõrgus: <https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/7355c673-7b94-4538-a1f5-baf20e7bbbce> (21.04.2024).
135. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, UNIDROIT 2004.
– Arvutivõrgus: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2004> (21.04.2024).