

# An Indirect Purchaser as an Eligible Person to Claim the Cartel Damages

## 1. Introduction

---

Considering the large scope of damages resulting from the violation of the competition rules, it is likely, that the number of private antitrust damage actions will keep increasing in the nearest future in Georgia. The key objective of this study was to investigate the legal status of the indirect purchaser of cartelized goods or services in the process of claiming the cartel damages. It is also to be mentioned that, there is not any perfect and complete substantive or procedural rules with respect to the cartel damages in Georgian Legislation. The article gives respective analysis of this issue and provides recommendations to solve these legislative problems.

The issue of private damage actions is of a higher importance in the reality of European Union. Hence, it is not a surprise that the case law of European Court of Justice and the practice of respective European Competition Authorities embrace the countless decisions that can serve as an example for the reformation of Georgian competition legislation in terms of private

---

\* Law student, New Vision University.

damage actions. This paper gives an appraisal of the recent developments of private damage actions of indirect purchaser in Europe. Based on these comparative analysis and argumentations the conclusion develops a set of proposals and recommendations in terms of amendments to the Georgian competition legislation that will be able to facilitate the individual damage actions of indirect purchasers in Georgia.

If an undertaking infringes competition rules, it shall traditionally assume the possibility of sanctions from the public law. The most important of these are fines that may be imposed by the competition authority. However, those, who conduct the anti-competitive activities, are not only faced with the probability of fines and other sanctions deriving from public law. Furthermore, they should also take into consideration the court actions brought by the private individuals, who have suffered losses as a result of an anti-competitive conduct. Victims of such infringements could be competing undertakings, direct and indirect purchasers, final consumers, etc. Following the purpose of the preceding article, only the peculiarities of the indirect purchasers' claim is considered as the main subject of this study. Noteworthy is also the fact that the role of indirect purchaser claims is also of a crucial significance to achieve the completely functioning private enforcement of competition law.

Following the objectives stated above the second part of the preceding article attempts to provide with the general overview of cartel damages. The third part investigates the difference between the damage claims of direct and indirect purchasers. The fourth part provides profound discussion to the peculiarities of the indirect purchasers' right to the compensation for the cartel damages.

## 2. General Overview of Cartel Damages

---

The right to claim the compensation for cartel damage is one of the basic and fundamental rights granted to the victims adversely affected by cartel. Victims of competition law infringements are usually entitled to claim the damages and it is of crucial importance to enable this right also under Georgian Competition Legislation in order to exercise and enforce the competition policy more effectively. In addition, the lack of special regulations in this

regard can lead to differences in treatment and to less foreseeability for the victims as well as the defendants, i.e. to a high degree of legal uncertainty.

With respect to this issue, it is to be mentioned that Georgian law on competition entails a very general provision, which provides the right of Undertakings, or other interested parties, to apply to a court, relevant authorities or officials and demand the elimination of a violation of the Georgian competition legislation and compensation for damage caused by such infringement, as well as appeal the decision of the Agency to a court (Art. 332 of Georgian Law on Competition). It appears that this rule has very wide and general character and does not give any special references to the legal ways of achieving the proper compensation of the damage. Furthermore, on the basis of this rule, it is also very hard to determine the possible persons that are able to bring such kind of private actions. Thus, this provision creates lots of problems and troubles in terms of its practical use.

It is clear that Georgian Competition Legislation does not entail any effective legal vehicles for the compensation of cartel damages. The absence of the proper regulation and legal framework does not guarantee full protection of the consumer interests. Noteworthy is also the fact that in Georgia this issue has not yet become the subject of any judgment of higher court as well.

The legal opportunity for individuals to claim the cartel-related damages is envisaged by the most of the EU member states. One of the most famous judgments of ECJ on the case “Courage and Crehan” was the main incentive for the most of these states to elaborate the significant amendments to the Competition legislation.

In “Courage and Crehan” the court noted that “any individual can rely on a breach of Article 85(1)<sup>1</sup> of the Treaty before a national court...”<sup>2</sup> Furthermore, the court also stated that „the full effectiveness of Article 85 of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contractor by conduct liable to restrict or distort competition.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Article 101 of current addition of TFEU.

<sup>2</sup> ECJ Case C-453/99, *Courage and Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Para. 24.

<sup>3</sup> ECJ Case C-453/99, *Courage and Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Para. 26.

### 3. Difference between the Damage Claims of Direct and Indirect Purchasers

---

It is beyond of the shadow of the doubt that an anti-competitive agreement causes damages to the interests of final consumers or other purchasers. In this regard, it is important to make distinction between the direct and indirect purchaser of particular goods or services. Direct purchasers are the persons that acquire particular goods and services directly from the cartel members. On the contrary, indirect purchasers acquire cartelized goods and services not from the cartel members, but they purchase them from direct purchasers or from other person on the downstream markets.

In principle, due to the cartel agreements, price competition is limited and reduced. Therefore, the prices obtained through the cartel are higher than the market prices that can be achieved under the competitive environment. Undertakings, that do not have to compete on the merits due to the cartel, will not use their Price reduction margins and the prices remain higher. It means that the direct consumer is forced by cartel to acquire particular goods and services with the higher prices that harms their interests and causes appreciable material damage to them.

But it is also to be taken into consideration that any overcharge deriving from the cartel agreements will be passed on further to the lower levels of the distribution chain and will end up at the final customer.<sup>4</sup> Passing on typically occurs through the price increase on the downstream markets by the direct purchasers. It means that the incremental costs will be compensated when the direct purchaser (2<sup>nd</sup> market level) sells the cartelized goods or services with higher prices to his own customers – indirect purchasers (3<sup>rd</sup> market level).

It corresponds to the interests of the cartel members to show that the plaintiff (direct purchaser) did not absorb the overcharge and instead passed on his higher costs to his customers by charging them higher prices.<sup>5</sup> It means that they can invoke as a defense that the loss of the direct purchaser has

---

<sup>4</sup> *Whish Richard*, Bailey David, Competition Law, 7<sup>th</sup> edition, Pg. 300.

<sup>5</sup> *Pollock Earl*, Automatic Treble Damages and the Passing-on Defense: The Hanover Shoe Decision, 13 Antitrust Bull. 1183 Pg. 1186.

been passed on to the downstream markets and thereby the direct purchaser has not suffered any loss or harm. In the legal literature, this approach is known as the “passing-on defense.” The milestone of this approach is the finding that the undertakings that increase their prices through cartel agreement cause damage to purchasers or to final consumers who were obliged to buy the cartelized goods and services at a higher price.<sup>6</sup>

In this case, the burden of proof is transmitted from the direct purchaser to the defendant (cartel member). In other words, with respect to the excessive price damage, direct purchaser is only obliged to prove that the fixed price (the cost which was necessary to purchase the cartelized goods or services) exceeds the competitive price of that goods and services. In contrary, the perpetrators of the competition law infringements, that are subject to compensation claims are committed to prove that the overcharged prices were passed on to the downstream markets, to indirect purchasers (passing-on defense) and that they have not suffered the damage due to the cartel.

The passing on defense may have the two-fold effect on the sequence of events: First of all, if the defendant (cartel member) is capable of to prove, that the amount of the overcharge had been passed on, then the plaintiff did not suffer the loss due to the overcharge and his claim should be dismissed. Secondly, even if the defendant shows that the part of the overcharge had been passed on, the plaintiff’s damages should be reduced proportionally to the extent that his customers absorbed the overcharge.<sup>7</sup>

Furthermore, the German federal court has also stated that the benefits to the injured party arising from a passing-on of the cartel-related overcharge prices on its customers should be taken into consideration in order to define the actual loss suffered by him. The burden of proof of the existence of all the necessary prerequisites for the passing-on lies with the infringer.<sup>8</sup> Noteworthy is also the fact that, the judgment entails the finding that the passing on

---

<sup>6</sup> *Erdem Ecuement*, Passing-on defense and indirect purchaser rule in compensation claims arising from competition law. <http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/passingon-defense-and-indirect-purchaser-rule-in-compensation-claims-arising-from-competition-law/> (27.07.2018)

<sup>7</sup> *Pollock Earl*, Automatic Treble Damages and the Passing-on Defense: The Hanover Shoe Decision, 13 Antitrust Bull. 1183 Pg. 1186.

<sup>8</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „*ORWI*“,“ Para. 64.

defense is excluded, when the decrease of the amount of the harm is caused only by the special commercial skills or achievements of the direct purchaser and has nothing to do with the cartel agreement.<sup>9</sup> For such cases applies the principle – favorable resale due to the own performance is not to be considered as decrease of the harm.<sup>10</sup>

#### 4. Particular Aspects of Indirect Purchasers' Claim

---

As we have mentioned in the previous subchapter, cartel members can argue that the overcharge has passed on from the direct purchaser to the downstream markets. It means that, the plaintiff did not absorb the illegal overcharge, but rather passed it on to his own customers (indirect purchasers) in the form of higher prices.<sup>11</sup> In this case, it is considerable, that indirect purchasers should be able to enjoy the right to bring an action for compensation against the cartel members as well, for the damage that has been passed on to them. This broad concept of the damage actions with respect to the preceding issue derives also from the case law of the European Court of Justice too. The latter stated that the full effectiveness of the Article 101 (1) TFEU would be adversely affected if not everyone could claim the compensation for the damage caused by an anti-competitive agreement, or may have arisen through other conduct.<sup>12</sup>

For the purposes of the preceding article, it is to be determined, what kind of damage can suffer indirect purchaser due to the cartel. It is clear that the restriction of supply of goods and services, market sharing or price fixing by means of cartel agreement has a regular effect in the form of higher prices and a lower diversity of goods and services for direct purchaser.<sup>13</sup> The latter (2<sup>nd</sup> market level) in turn, usually tries to transmit the increased costs to its customers (3<sup>rd</sup> market level). If he manages to do so, the conditions on the

---

<sup>9</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „ORWI“, Para. 60.

<sup>10</sup> Oetker, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 249 BGB Para. 263.

<sup>11</sup> *Howat Bruce* the Passing on Defense in Treble Damage Antitrust Suits, 1969 U. Ill. L.F. 377 Pg. 377.

<sup>12</sup> ECJ Case C-453/99, “*Courage and Crehan*,” ECLI:EU:C:2001:465, Para. 26; EuGH Urteil vom 13.07.2006, C-295/04 – C-298/04, Rz. 60 – *Manfredi*, EuZW 2006, 529.

<sup>13</sup> ECJ Case C-204/00, “*Aalborg Portland A/S*,” ECLI:EU:C:2001:465 Para. 53.

lower levels of the markets will also be affected by the price level deriving from the cartel and the cartel damage will emerge on the lower market levels of the distribution chain (3<sup>rd</sup> market level) for the indirect purchasers as well.

It is also to be born in mind that a lot of obstacles and legal problems will step out if the indirect purchasers are granted the right to claim the cartel damages. The potential problem is, for example, that the number of the claimants will increase significantly. Another trouble is to determine precisely whether and in what extent the damage was passed on.

However, the German Federal Court has stated in its very popular “ORWI” judgment, that the obstacles mentioned above do not justify the limiting of the circle of claimants to direct purchasers. BGH justified the eligibility of indirect purchasers to claim the compensation, by stating, that the harmful effects of a cartel or other anti-competitive conduct prohibited by Article 101 TFEU are not often limited to the directly connected after market, but it is also to be taken into consideration that the consumers on the other downstream market levels are also economically affected and restricted in their selection and decision options.<sup>14</sup>

Another key challenge is also the risk of multiple liabilities for the same damage. The latter means that if in the first litigation, initiated by the direct purchaser, the cartel member is not able to prove the passing-on of the damage to the downstream market, the direct purchaser will be awarded full compensation. In contrary, in the second litigation, commenced by the indirect purchaser, if the latter shows that the overcharge was passed on, he will be awarded full compensation as well. Thus the defendant will face the twofold liability for the same overcharge.<sup>15</sup> On the other hand, if the price overcharge or extra costs are passed on to the downstream markets, the direct purchaser is already compensated and a reward of damages will lead to the double compensation. In other words there will be the case of unjustified enrichment in favor of the direct purchaser while if the latter did not absorb the illegal overcharge, but rather passed it on to his own customers in the form of higher prices it means that he has suffered no harm.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „ORWI,“ Para. 26.

<sup>15</sup> *Berggren Malin* the implementation of passing-on defense into EU Competition Law, Faculty of Law, Lund University. Pg. 41.

<sup>16</sup> *Howat Bruce* the Passing on Defense in Treble Damage Antitrust Suits, 1969 U. Ill. L.F. 377 Pg. 377.

Noteworthy is also the fact that the main challenge for indirect purchasers and final consumers in terms of the litigation proceeding is to prove the causal link between the cartel agreement and the actual harm they've suffered, since the causality is the key precondition to achieve the compensation. In the other words, the price overcharge deriving from cartel agreement is to be adequate for the increasing prices on the downstream markets.<sup>17</sup>

## 5. Conclusion

---

As we have seen above the case law of the European Court of Justice pays a high tribute to the rights of the indirect purchasers and final consumers to bring the private actions against the perpetrators of the competition law in order to reach the respective compensation and to protect the interests of indirect purchasers. In this regard, it is also to be mentioned that Georgia is the EU associated country. The association agreement highlights the necessity of adequate enforcement procedures for competition law, which in itself could mean the development of effective tools for private individuals to claim the cartel damages. Due to that very reason, it is of crucial significance to carry out the substantial and fundamental reforms with respect to the indirect purchaser rights in this regard. Furthermore, the right of individuals to compensate the cartel damages is of great importance not only for the protection of the victims' interests, but it also serves to the better and more comprehensive enforcement of competition legislation.

It is also important to include the special rule in the Georgian Competition legislations with respect to the principle of passing-on defense. In particular, the burden of proof of the passing-on should be born with the cartel member. As it was mentioned above, the principle, in itself, means that the price overcharge deriving from the cartel is passed-on the downstream markets.

Such kind of transfer of burden of proof is able to make significant difference to the legal position of consumers and indirect purchasers. It will enable

---

<sup>17</sup> *Füller/Enchelmaier/Kersting/Walzel*, in *Kölner Kommentar zum Kartellrecht*, Band 3 (Europäisches Kartellrecht, Art. 101-106 AEUV, Gruppenfreistellungs-verordnungen), 1. Auflage 2013. § 101, Para. 503.

them to claim the cartel damages easier. Furthermore, this will make the private antitrust litigation more predictable. Without any doubt, this measure will facilitate the private enforcement of competition law and provide a significant guarantee for proper competitive environment.



# არაპირდაპირი მყიდველი როგორც კარტელური გარიგებისგან მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნაზე უფლებამოსილი პირი

## 1. შესავალი

კონკურენციის წესების დარღვევით გამოწვეული ზიანის დიდი მოცულობის გათვალისწინებით, სავარაუდოა, რომ კერძო ანტიმონოპოლიური საზიანო ქმედებების რაოდენობა საქართველოში უახლოეს მომავალში გაიზრდება. ამ კვლევის ძირითადი მიზანია კარტელიზებული საქონლის ან მომსახურების არაპირდაპირი მყიდველის იურიდიული სტატუსის განსაზღვრა კარტელისგან მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის პროცესში. აღსანიშნავია ისიც, რომ საქართველოს კანონმდებლობაში კარტელურ ზიანთან დაკავშირებით არ არსებობს სრულყოფილი და დასრულებული არსებითი ან პროცედურული წესები. წინამდებარე სტატია ახდენს ამ საკითხის შესაბამის ანალიზს და გთავაზობთ რეკომენდაციებს ამ საკანონმდებლო პრობლემების მოსაგვარებლად.

კერძო ხასიათის საზიანო ქმედებების საკითხი ევროკავშირის რეალობაში უმაღლესი მნიშვნელობის მქონეა. აქედან გამომდინარე, გასაკვირი

\* ნიუ ვიუენის უნივერსიტეტის სკოლის სტუდენტი.

არ არის, რომ ევროპული მართლმსაჯულების სასამართლოს პრაქტიკა და ასევე შესაბამისი ევროპული კონკურენციის ორგანოების პრაქტიკა მოიცავს იმ უთვალავ გადაწყვეტილებას, რომლებიც შეიძლება მაგალითს წამოადგენდეს საქართველოს კანონმდებლობის რეფორმირებისთვის კერძო ხასიათის საზიანო ქმედებების კუთხით.

წინამდებარე ნაშრომი ახდენს ევროპაში არაპირდაპირი მყიდველის კერძო ხასიათის საზიანო ქმედების თვალსაზრისით ბოლოდროინდელი განვითარებების შეფასებას. შედარებითი ანალიზისა და არგუმენტაციის საფუძველზე, დასკვნაში მოცემულია წინადადებები და რეკომენდაციები საქართველოს კონკურენციის კანონმდებლობაში ცვლილებების შეტანის კუთხით, რაც შესაძლებელს გახდის გაუიოლოს საქართველოში არაპირდაპირ მყიდველს კერძო ხასიათის საზიანო ქმედებისგან მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნა.

თუ ეკონომიკური აგენტი არღვევს კონკურენციის ნორმებს, როგორც წესი უნდა დაუშვას შესაძლებლობა, რომ საჯარო სამართლიდან გამომდინარე სანქციები დაეკისრება. აქედან ყველაზე მნიშვნელოვანია ჯარიმები, რომელიც შეიძლება კონკურენციის ორგანომ დააკისროს. მიუხედავად ამისა, ისინი, რომლებიც კონკურენციის შემზღუდველ ქმედებას ახორციელებენ, დგებიან არა მხოლოდ საჯარო სამართლიდან გამომდინარე ჯარიმებისა და სხვა სანქციების დაკისრების შესაძლებლობის რეალობის წინაშე, არამედ, ამასთანავე, მათ უნდა გაითვალისწინონ ანტიკონკურენტული ქცევის შედეგად დანაკარგ განცდილი კერძო პირების მიერ სასამართლოში საქმეების წარდგენის შესაძლებლობა. ასეთი დარღვევების მსხვერპლნი შეიძლება იყვნენ კონკურენტი საწარმოები, პირდაპირი და არაპირდაპირი მყიდველები, საბოლოო მომხმარებლები და ა.შ. წინამდებარე სტატიის მიზნების გათვალისწინებით, ამ კვლევის ძირითად სუბიექტად ითვლება მხოლოდ არაპირდაპირი მყიდველის მოთხოვნის თავისებურება. აღსანიშნავია ისიც, რომ არაპირდაპირი მყიდველის მოთხოვნის როლი ასევე მნიშვნელოვანია კონკურენციის შესახებ კანონის სრულფასოვანი აღსრულებისთვის.

წინამდებარე სტატიის მეორე ნაწილი შეეცდება უზრუნველყოს კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის ზოგადი მიმოხილვა. მესამე ნაწილი გამოიკვლევს განსხვავებას პირდაპირი და არაპირდაპირი მყიდველის მოთხოვნებს შორის, რომელიც გამოწვეულია მისთვის მიყენებული

ზიანით. მეოთხე ნაწილი უზრუნველყოფს ღრმა დისკუსიას არაპირდაპირი მყიდველის კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის კომპენსაციის უფლების თაობაზე.

## 2. კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის ზოგადი მიმოხილვა

კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის კომპენსაციის მოთხოვნის უფლება არის ერთ-ერთი ძირითადი და ფუნდამენტური უფლება, რომელიც მიეკუთვნება კარტელური გარიგებით დაზარალებულებს. კონკურენციის სამართალდარღვევის მსხვერპლნი ჩვეულებრივ უფლებამოსილი არიან მოითხოვონ ზიანის ანაზღაურება და უმნიშვნელოვანესია საქართველოს კონკურენციის კანონმდებლობამაც მისცეს დაზარალებულებს ამის შესაძლებლობა, რათა გამოსცადონ და აღასრულონ კონკურენციის პოლიტიკა უფრო ეფექტურად. გარდა ამისა, ამასთან დაკავშირებით სპეციალური რეგულაციების არარსებობამ შეიძლება გამოიწვიოს განსხვავებული მოპყრობა და მსხვერპლთათვის, ისევე როგორც დამცველებისათვის ნაკლები განჭვრეტადობა, მაგალითად, სამართლებრივი გაურკვევლობის მაღალი ხარისხი.

ამ საკითხთან დაკავშირებით, უნდა აღინიშნოს, რომ კონკურენციის შესახებ საქართველოს კანონი შეიცავს ზოგად მითითებას, რომელის თანახმადაც, ეკონომიკურ აგენტს, სხვა დაინტერესებულ პირს უფლება აქვს, პირდაპირ მიმართოს სასამართლოს, შესაბამის ორგანოს ან თანამდებობის პირს კონკურენციის შესახებ საქართველოს კანონმდებლობის დარღვევის აღკვეთისა და დარღვევის შედეგად მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნით, აგრეთვე სასამართლოში გაასაჩივროს სააგენტოს გადაწყვეტილება (კონკურენციის შესახებ საქართველოს კანონის 33<sup>2</sup> მუხლი). ჩანს, რომ ეს წესი ძალიან ფართო და ზოგადი ხასიათისაა და არ იძლევა კონკრეტულ მითითებას სამართლებრივი გზების შესახებ ზიანის სათანადო კომპენსაციის მისაღებად. უფრო მეტიც, ამ წესის საფუძველზე, ძალზე ძნელია იმის განსაზღვრა, თუ ვის შეუძლია ასეთი სახის კერძო ქმედებების განხორციელება. ამდენად, ეს დებულება ქმნის უამრავ პრობლემას და სირთულეებს მისი პრაქტიკული გამოყენების თვალსაზრისით.

ნათელია, რომ საქართველოს კონკურენციის კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის კომპენსაციისთვის რაიმე ეფექტურ სამართლებრივ საშუალებას. სათანადო რეგულაციების და სამართლებრივი ჩარჩოს არარსებობა არ იძლევა მომხმარებელთა ინტერესების სრულყოფილი დაცვის გარანტიას. აღსანიშნავია ისიც, რომ საქართველოში ასევე ეს საკითხი ჯერ კიდევ არ გამხდარა უმაღლესი სასამართლოს განსჯისა და გადაწყვეტილების საგანი.

ევროკავშირის წევრი ქვეყნების უმრავლესობა ითვალისწინებს ინდივიდებისთვის კარტელთან დაკავშირებული ზიანის ანაზღაურების სამართლებრივ შესაძლებლობას. ევროკავშირის მართლმსაჯულების სასამართლოს ყველაზე ცნობილი გადაწყვეტილება საქმეზე “Caurage and Crehan” წარმოადგენდა მთავარ სტიმულს ამ ქვეყნების უმრავლესობისთვის შეემუშავებინათ კონკურენციის კანონმდებლობის მნიშვნელოვანი ცვლილებები.

საქმეში “Caurage and Crehan” სასამართლომ აღნიშნა, რომ „ნებისმიერ ინდივიდს შეუძლია ეროვნული სასამართლოს წინაშე დაეყრდნოს ხელშეკრულების 85(1)<sup>1</sup> მუხლის დარღვევას...“<sup>2</sup>. გარდა ამისა, სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ „ხელშეკრულების 85-ე მუხლის სრული ეფექტურობა, კერძოდ, 85(1)-ე მუხლში მოცემული აკრძალვის პრაქტიკული ეფექტი დადგებოდა რისკის ქვეშ, თუ მისი გამოყენება არ შეეძლებოდა ინდივიდს კონტრაქტორისაგან მიყენებული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნისთვის, რათა დაეკისრებინა მისთვის პასუხისმგებლობა კონკურენციის შეზღუდვის ან გაყალბებისთვის.“<sup>3</sup>

### 3. განსხვავება პირდაპირ და არაპირდაპირ მყიდველის ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნებს შორის

---

ეჭვგარეშეა, რომ კონკურენციის შემზღუდველი შეთანხმება ზიანს აყენებს საბოლოო მომხმარებლების ან სხვა მყიდველის ინტერესებს. ამ თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია, განსხვავება გაკეთდეს კონკრეტული საქონლის ან მომსახურების პირდაპირ და არაპირდაპირ მყიდველს

---

<sup>1</sup> Article 101, TFEU (კონსოლიდირებული ვერსია).

<sup>2</sup> ECJ Case C-453/99, Courage and Crehan, ECLI:EU:C:2001:465, Para. 24.

<sup>3</sup> ECJ Case C-453/99, Courage and Crehan, ECLI:EU:C:2001:465, Para. 26.

შორის. პირდაპირი მყიდველები არიან პირები, რომლებიც იღებენ კონკრეტულ საქონელსა და მომსახურებას პირდაპირ კარტელური გარიგების წევრებიდან. არაპირდაპირი მყიდველი კი პირიქით, მოიპოვებს კარტელიზებულ საქონელს ან მომსახურებას არა კარტელური გარიგების წევრებიდან, არამედ შეისყიდის მათ პირდაპირი მყიდველისგან ან სხვა პირისგან სადისტრიბუციო ჯაჭვის ქვედა დონეზე.

პრინციპში, კარტელური შეთანხმებების გამო, ფასების კონკურენცია შეზღუდული და შემცირებულია. აქედან გამომდინარე, კარტელის მეშვეობით მიღებული ფასები უფრო მაღალია, ვიდრე საბაზრო ფასები, რაც კონკურენციულ გარემოში მიიღწევა. ეკონომიკური აგენტები, რომლებსაც კარტელის გამო არ უწევთ შეჯიბრი, რათა დამსახურებულად მოიპოვონ უპირატესობა, არ გამოიყენებენ ფასების შემცირების ზღვარს და შენარჩუნდება უფრო მაღალი ფასები. ეს ნიშნავს, რომ პირდაპირი მომხმარებელი კარტელიდან გამომდინარე იძულებულია მოიპოვოს კონკრეტული საქონელი და მომსახურება მაღალი ფასებით, რაც ზიანს აყენებს მათ ინტერესებს და იწვევს მატერიალურ ზიანს.

გასათვალისწინებელია, რომ კარტელური შეთანხმებებისგან მიღებული ნებისმიერი გადამეტებული ფასი გადაეცემა სადისტრიბუციო ჯაჭვის ქვედა დონეს და სრულდება საბოლოო მომხმარებელთან.<sup>4</sup> გადაცემა ჩვეულებრივ ხდება არაპირდაპირი მყიდველის მიერ ქვედა დონის ბაზარზე ფასების ზრდით. ეს ნიშნავს, რომ ნამატი ფასები კომპენსირდება, როცა პირდაპირი მყიდველი (ბაზრის მეორე დონე) მიყიდის კარტელიზებულ საქონელს ან მომსახურებას მაღალი ფასებით თავის მომხმარებელს – არაპირდაპირ მყიდველს (ბაზრის მესამე დონე).

ეს შედის კარტელური გარიგების წევრების ინტერესებში, რათა აჩვენოს, რომ მოსარჩელე (პირდაპირი მყიდველი) არ ახდენს ნამატი ხარჯის გადახდას, და ამის ნაცვლად მაღალი ფასები გადადის მის მომხმარებელზე, მათთვის უფრო მაღალი ფასების დაწესებით.<sup>5</sup> ეს ნიშნავს, რომ მათ შეუძლიათ გასამართლებლად მოიხმონ არგუმენტი, რომლის თანახმადაც ვინაიდან პირდაპირი მყიდველის დანაკარგი გადავიდა ქვედა დონის ბაზარზე, შესაბამისად პირდაპირ მყიდველს არ განუცდია არანაირი

<sup>4</sup> Whish Richard, Bailey David, Competition Law, 7<sup>th</sup> edition, Pg. 300.

<sup>5</sup> Pollock Earl, Automatic Treble Damages and the Passing-on Defense: The Hanover Shoe Decision, 13 Antitrust Bull. 1183 Pg. 1186.

დანაკარგი ან ზიანი. იურიდიულ ლიტერატურაში, ეს მიდგომა ცნობილია როგორც „გადაცემითი თავდაცვა“. ამ მიდგომის მთავარი არსი მდგომარეობს იმაში, რომ ეკონომიკური აგენტები, რომლებიც ზრდიან ფასებს კარტელური გარიგების საფუძველზე აყენებენ ზიანს მყიდველს ან ბოლო მომხმარებელს, რომელიც იძულებული იყო შეეძინა კარტელიზებული საქონელი ან მომსახურება მაღალი ფასით.<sup>6</sup>

ამ შემთხვევაში, მტკიცების ტვირთი პირდაპირი მყიდველიდან გადადის მოპასუხეზე (კარტელური გარიგების წევრზე). სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ზედმეტი ფასებით გამოწვეულ ზიანთან დაკავშირებით, პირდაპირი მყიდველი ვალდებულია დაამტკიცოს, რომ ფიქსირებული ფასი (ღირებულება, რომელიც აუცილებელია კარტელიზებული საქონლის ან მომსახურების შესაძენად) აღემატება ამ საქონლისა და მომსახურების კონკურენტულ ფასს. კონკურენციის კანონის დამრღვევები, რომლებიც ექვემდებარებიან კომპენსაციის მოთხოვნებს, პირიქით, ცდილობენ დაამტკიცონ, რომ ზედმეტად გადახდილი ფასები გადაეცა ქვედა დონის ბაზარს, არაპირდაპირ მყიდველს (გადაცემითი თავდაცვა) და რომ პირდაპირ მყიდველებს არ განუცდიათ ზიანი კარტელის გამო.

გადაცემითმა თავდაცვამ შესაძლოა ორმაგი გავლენა იქონიოს მოვლენების თანმიმდევრობაზე: უპირველეს ყოვლისა, თუ მოპასუხეს (კარტელური გარიგების წევრს) შეუძლია დაამტკიცოს, რომ განხორციელდა ზედმეტად მაღალი ხარჯის რაოდენობის გადაცემა, მაშინ მოსარჩელეს არ განუცდია ზიანი და შესაბამისად მისი მოთხოვნა არ უნდა იქნას დაკმაყოფილებული. მეორეც, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ მოპასუხემ გვიჩვენა, რომ ზედმეტად მაღალი ხარჯი გადაცემულ იქნა, მოსარჩელის ზიანი უნდა შემცირდეს იმის პროპორციულად სადამდეც მისმა მომხმარებელმა აითვისა ზედმეტად მაღალი ხარჯი.<sup>7</sup>

უფრო მეტიც, გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ გასათვალისწინებელია დაზარალებული მხარის სარგებელიც, რომელიც მის მომხმარებელზე კარტელთან დაკავშირებული ზედმეტად მაღალი

<sup>6</sup> Erdem Ecuement, Passing-on defense and indirect purchaser rule in compensation claims arising from competition law. <http://www.erdem-erdem.av.tr/publications/newsletter/passingon-defense-and-indirect-purchaser-rule-in-compensation-claims-arising-from-competition-law/> (27.07.2018)

<sup>7</sup> Pollock Earl, Automatic Treble Damages and the Passing-on Defense: The Hanover Shoe Decision, 13 Antitrust Bull. 1183 Pg. 1186.

ფასის დაკისრებით იქნა მიღებული, რათა განსაზღვრულ იქნას მისთვის მიყენებული რეალური ზარალი. მტკიცების ტვირთი გადაცემასთან დაკავშირებით ყველა საჭირო პრერეკვიზიტის არსებობის შესახებ ეკისრება დამრღვევს.<sup>8</sup> აღსანიშნავია ასევე, რომ სასამართლოს გადაწყვეტილების თანახმად, გადაცემითი თავდაცვა გამოირიცხება, როცა ზიანის ოდენობის შემცირება გამოწვეულია პირდაპირი მყიდველის სპეციფიური კომერციული უნარებით ან მიღწევებით და არაფერი აქვს საერთო კარტელურ გარიგებასთან.<sup>9</sup> ამ შემთხვევებზე ვრცელდება პრინციპი, რომლის თანახმადაც სარგებლიანი გადაყიდვა საკუთარი შრომის გამო არ ჩაითლება ზიანის შემცირებად.<sup>10</sup>

#### 4. არაპირდაპირი მყიდველის მოთხოვნის ცალკეული ასპექტები

როგორც უკვე წინა ქვეთავებში აღინიშნა, კარტელის წევრებს შეუძლიათ ამტკიცონ, რომ ზედმეტად მაღალი ფასი გადაეცა პირდაპირი მყიდველიდან ქვედა ბაზარზე. ეს ნიშნავს, რომ მოსარჩელეს თავად არ აუთვისებია უკანონო ზედმეტად მაღალი ხარჯები, არამედ გადასცა იგი მის მომხმარებელს (არაპირდაპირ მყიდველს) ასევე მაღალი ფასების დაწესების ფორმით.<sup>11</sup> ამ შემთხვევაში, მნიშვნელოვანია, რომ არაპირდაპირი მყიდველებს ასევე შეეძლოთ ისარგებლონ კომპენსაციის მოთხოვნის უფლებით კარტელური გარიგების წევრებისგან იმ ზიანისთვის, რომელიც მათზე გადავიდა. ზიანის ანაზღაურების აღნიშნული ფართო კონცეფცია ზემოხსენებულ საკითხთან დაკავშირებით გამომდინარეობს ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლო პრაქტიკიდანაც. ამ უკანასკნელმა აღნიშნა, რომ ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 101 (1) მუხლის სრულ ეფექტურობაზე უარყოფითი გავლენა ექნებოდა თუ ყველა არ იქნებოდა უფლებამოსილი მოეთხოვა კომპენსაცია ზიანისთვის, რომელიც გამოწვეულ იქნა კონკურენციის შემზღვეველი შეთანხმებით, ან აღმოცენდა სხვაგვარი ქმედებით.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „ORWI“, Para. 64.  
<sup>9</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „ORWI“, Para. 60.  
<sup>10</sup> Oetker, Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage, § 249 BGB Para. 263.  
<sup>11</sup> Howat Bruce the Passing on Defense in Treble Damage Antitrust Suits, 1969 U. Ill. L.F. 377 Pg. 377.  
<sup>12</sup> ECJ Case C-453/99, “Courage and Crehan,” ECLI:EU:C:2001:465, Para. 26; EuGH Urteil vom 13.07.2006, C-295/04 – C-298/04, Rz. 60 – Manfredi, EuZW 2006, 529.

წინამდებარე სტატიის მიზნებისთვის, უნდა განისაზღვროს რა სახის ზიანს განიცდის არაპირდაპირი მყიდველი კარტელის გამო. ნათელია, რომ კარტელური შეთანხმების საშუალებით საქონლისა და მომსახურების მიწოდების შეზღუდვა, ბაზრის გაზიარება ან ფასების ფიქსირება ახდენს რეგულარულ გავლენას, რაც გამოიხატება პირდაპირი მყიდველისთვის მაღალი ფასების სახით და საქონლისა და მომსახურების დაბალი მრავალფეროვნებით.<sup>13</sup> ეს უკანასკნელი (მე-2 ბაზრის დონე), თავის მხრივ, ჩვეულებრივ ცდილობს გადასცეს გაზრდილი ხარჯები თავის მომხმარებელს (მე-3 ბაზრის დონე). თუ იგი ახერხებს ამის გაკეთებას, ქვედა დონის საბაზრო პირობებზე ასევე გავლენას მოახდენს კარტელიდან მიღებული ფასების დონე და კარტელური ზარალი გამოჩნდება განაწილების ჯაჭვის ქვედა ბაზარზე (მე-3 ბაზრის დონე) არაპირდაპირი მყიდველებისთვისაც. მხედველობაშია მისაღები ის ფაქტიც, რომ მრავალი დაბრკოლება და სამართლებრივი პრობლემა წარმოიშობა თუ არაპირდაპირ მყიდველს ექნება კარტელურ ზიანთან დაკავშირებით მოთხოვნის წაყენების უფლება. პრობლემა იქნება მაგალითად ის, რომ მოსარჩელეთა რაოდენობა საგრძნობლად გაიზრდება. მეორე სირთულეს წარმოადგენს იმის ზუსტი განსაზღვრა თუ რა მოცულობით გადაეცა ზიანი მას.

მიუხედავად ამისა გერმანიის ფედერალურმა სასამართლომ თავის ყველაზე პოპულარულ გადაწყვეტილებაში “ORWI”, დაადგინა რომ ზემოხსენებული დაბრკოლებები არ ამართლებს მოსარჩელეთა წრის შეზღუდვას პირდაპირ მყიდველებამდე. BGH-მ გაამართლა არაპირდაპირი მყიდველის უფლებამოსილება კომპენსაციის მოთხოვნის შესახებ და აღნიშნა, რომ კარტელის ან კონკურენციის შემზღუდველი ქცევის მავნე ზემოქმედება, რაც აკრძალულია ევროკავშირის ფუნქციონირების შესახებ ხელშეკრულების 101 მუხლით, ხშირად არ არის ლიმიტირებული მხოლოდ პირდაპირ დაკავშირებული ბაზრით, არამედ ასევე გათვალისწინებულ უნდა იქნას, რომ ეს ყველაფერი ეკონომიკურ გავლენას ახდენს მომხმარებლებზე სადისტრიბუციო ჯაჭვის ქვედა დონეებზე და ისინი შეზღუდულნი არიან არჩევანში და გადაწყვეტილების მიღებაში.<sup>14</sup>

კიდევ ერთ მნიშვნელოვან გამოწვევას წარმოადგენს მრავალჯერადი პასუხისმგებლობის რისკი ერთი და იგივე ზიანისთვის. ეს ნიშნავს, რომ

<sup>13</sup> ECJ Case C-204/00, “Aalborg Portland A/S,” ECLI:EU:C:2001:465 Para. 53.

<sup>14</sup> BGH Urteil v. 28.06.2011, Kartellsenat\_KZR\_75-10\_KORE304172011 – „ORWI“, Para. 26.

პირდაპირი მყიდველის მიერ ინიცირებულ პირველ სასამართლო პროცესში, თუ კარტელური გარიგების წევრი ვერ შეძლებს დაამტკიცოს ზიანის გადაცემა ქვედა დონის ბაზარზე, პირდაპირ მყიდველს მიენიჭება სრული კომპენსაცია. პირიქით, არაპირდაპირი მყიდველის მიერ ინიცირებულ მეორე სასამართლო პროცესში, თუ ეს უკანასკნელი დაამტკიცებს, რომ ზედმეტად მაღალი ხარჯი გადაცემულ იქნა მასზე, მას ასევე მიენიჭება სრული კომპენსაცია. შესაბამისად, მოპასუხეს დაეკისრება ორმაგი პასუხისმგებლობა ერთი და იგივე ზედმეტად მაღალი ხარჯისთვის.<sup>15</sup> მეორეს მხრივ, თუ ზედმეტად მაღალი ფასები და ზედმეტი ხარჯები გადაეცა ქვედა დონის ბაზარს, პირდაპირი მყიდველი უკვე კომპენსირებულია და სასამართლოს მიერ კომპენსაციის უფლების მინიჭება გამოიწვევს ორმაგ კომპენსაციას. სხვა სიტყვებით, ადგილი ექნება პირდაპირი მყიდველის უსამართლო გამდიდრებას, მაშინ როცა ამ უკანასკნელს არ განუცდია უკანონო ზედმეტად მაღალი ხარჯი, ვინაიდან გადასცა იგი თავის მომხმარებელს მაღალი ფასების დაწესების გზით და შესაბამისად არ განუცდია რაიმე ზიანი.<sup>16</sup>

აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ არაპირდაპირი მყიდველისა და საბოლოო მომხმარებლების მთავარი გამოწვევა სასამართლოში საქმის წარმოების თვალსაზრისით წარმოადგენს კარტელური შეთანხმებისა და მათ მიერ განცდილ ზარალს შორის მიზეზ-შედეგობრივი კავშირის დამტკიცება, ვინაიდან მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი არის მთავარი წინაპირობა კომპენსაციის მისაღებად. სხვა სიტყვებით, კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზედმეტად მაღალი ფასები ადეკვატური უნდა იყოს ქვედა დონის ბაზარზე ფასების ზრდისთვის.<sup>17</sup>

## 5. დასკვნა

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლო დიდ მნიშვნელობას ანიჭებს კონკურენციის სამართლის დამრღვე-

<sup>15</sup> Berggren Malin the implementation of passing-on defense into EU Competition Law, Faculty of Law, Lund University. Pg. 41.

<sup>16</sup> Howat Bruce the Passing on Defense in Treble Damage Antitrust Suits, 1969 U. Ill. L.F. 377 Pg. 377

<sup>17</sup> Füller/Enchelmaier/Kersting/Walzel, in Kölner Kommentar zum Kartellrecht, Band 3 (Europäisches Kartellrecht, Art. 101-106 AEUV, Gruppenfreistellungs-verordnungen), 1. Auflage 2013. § 101, Para. 503

ვების წინააღმდეგ არაპირდაპირი მყიდველისა და საბოლოო მომხმარებლის მიერ სარჩელის აღძვრის უფლებებს, შესაბამისი კომპენსაციის მიღებისა და არაპირდაპირი მყიდველების უფლებების დაცვის მიზნით. ამ თვალსაზრისით, აღსანიშნავია, რომ საქართველო წარმოადგენს ევროკავშირის ასოცირებულ ქვეყანას. ასოცირების შეთანხმება ხაზს უსვამს კონკურენციის სამართლის ადეკვატური აღსრულების პროცედურის მნიშვნელობას, რაც თავის მხრივ გულისხმობს კარტელური გარიგებით გამოწვეული ზიანის გამო კერძო ინდივიდებისთვის სარჩელის აღძვრის ეფექტური მექანიზმების განვითარებას. ამ მიზეზის გამო, მნიშვნელოვანია ამ მიმართულებით არსებითი და ფუნდამენტური რეფორმების განხორციელება არაპირდაპირი მყიდველის უფლებებთან დაკავშირებით. გარდა ამისა, კარტელური ზიანისთვის ინდივიდების კომპენსაციის უფლება მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ დაზარალებულის ინტერესების დაცვისთვის, არამედ ის ემსახურება კონკურენციის კანონმდებლობის უკეთ და სრულყოფილ აღსრულებას.

ამასთანავე, მნიშვნელოვანია, ქართულ კონკურენციის კანონმდებლობაში არსებობდეს სპეციალური ნორმა გადაცემითი თავდაცვის პრინციპთან დაკავშირებით. კერძოდ გადაცემის შესახებ მტკიცების ტვირთი უნდა დაეკისროს კარტელის წევრს. როგორც ზემოთ აღინიშნა, პრინციპი თავისთავად ნიშნავს, რომ კარტელიდან გამომდინარე ზედმეტად გადახდილი მაღალი ფასი გადაეცემა ქვედა დონის ბაზარს.

მტკიცების ტვირთის ამგვარი გადაცემა მოგვცემს მნიშვნელოვან სხვაობას მომხმარებლისა და არაპირდაპირი მყიდველის სამართლებრივი პოზიციაში ყოფნის თვალსაზრისით. მათ მიეცემა შესაძლებლობა უფრო მარტივად აღძრან სარჩელი კარტელური გარიგების გამო. გარდა ამისა, კერძო ანტიმონოპოლიური სამართალწარმოება გახდება უფრო პროგნოზირებადი. ეჭვგარეშეა, რომ ეს ღონისძიება ხელს შეუწყობს კონკურენციის კანონმდებლობის კერძო აღსრულებას და უზრუნველყოფს შესაბამის გარანტიას სათანადო კონკურენტული გარემოსთვის. ■