



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 29. juli 2019¹

Sag C-435/18

**Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl.
mod
Land Oberösterreich m.fl.**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (Østrig))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – kartelret – privat håndhævelse – en statslig kreditgivers erstatningssøgsmål – lavtforrentede lån som støtte til boligbyggeri – elevatorkartel – forøgede byggeomkostninger som følge af kartel – erstatningskrav vedrørende det lidte rentetab«

Indhold

I. Indledning	2
II. Retsforskrifter	3
III. De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen	4
A. Elevatorkartellet	4
B. Delstaten Oberösterreichs erstatningssøgsmål	4
IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen	6
V. Bedømmelse	6
A. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse	6
1. Domstolens kompetence til at besvare det præjudicielle spørgsmål med hensyn til perioden for Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union	6
2. Det præjudicielle spørgsmåls relevans	8
B. Indholdsmæssig bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål	8

¹ – Originalsprog: tysk.

1. Statslige kreditgiveres ret til erstatning for skader som følge af karteller: et EU-retligt problem	9
a) Skillelinjen mellem EU-retten og medlemsstaternes ret på området for konkurrenceretlige erstatningssøgsmål	10
b) »Årsagsforbindelse« i spændingsfeltet mellem EU-retlig fastlæggelse og medlemsstatslig gennemførelse	10
2. Statslige kreditgiveres ret til erstatning for skader som følge af karteller	13
a) Beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF	14
1) Uforeneligheden af en kategorisk begrænsning af retten til erstatning med artikel 101 TEUF	15
2) Delstaten Oberösterreichs særlige egenskaber som statslig kreditgiver	17
3) Bestemmelserne i direktiv 2014/104	19
4) Foreløbig konklusion	19
b) Spørgsmålet om, hvorvidt delstaten Oberösterreich har lidt en faktisk, erstatningsberettiget skade	19
1) Spørgsmålet om, hvorvidt det rentetab, som delstaten Oberösterreich har påberåbt sig i hovedsagen, er erstatningsberettiget	20
2) Offentlighedens skade på grund af den utilstrækkelige gennemførelse af støtten til boligbyggeri som følge af kartellet	24
3) Foreløbig konklusion	24
c) Tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem retsbrud og skade	25
1) Den konkrete forbindelse mellem elevatorpris og lånebeløb	25
2) Hvorvidt delstaten Oberösterreichs skade kunne forudses af deltagerne af elevatorkartellet	26
3) Foreløbig konklusion	27
VI. Forslag til afgørelse	27

I. Indledning

1. Kræver EU-retten, at en statslig kreditgiver, der har lidt skade som følge af, at denne har ydet lavtforrentede støttelån i et større omfang, end det ville have været tilfældet uden en konkurrencebegrænsende aftale, kan kræve erstatning fra de virksomheder, der har deltaget i den pågældende aftale?

2. Med dette spørgsmål giver den foreliggende præjudicielle sag Domstolen lejlighed til yderligere at konkretisere de EU-retlige krav til den private håndhævelse af den europæiske konkurrenceret. Spørgsmålet er rejst på baggrund af elevatorkartellet, som Domstolen allerede har behandlet gentagne gange².

3. Delstaten Oberösterreich var berørt af dette kartel, for så vidt som den havde ydet karteldeltagernes aftagere lån til lav rente med henblik på realisering af socialt boligbyggeri – såkaldte støttelån. Lånebeløbet var på grund af den som følge af aftalen forhøjede pris på de elevatorer, der blev monteret i det støttede boligbyggeri, betydeligt højere, end det ville have været tilfældet, hvis prisdannelsen havde fundet sted i en situation med fri konkurrence. I hovedsagen har delstaten nedlagt påstand om erstatning for det derved opståede tab.

4. De instanser, der har behandlet hovedsagen, er uenige om, hvorvidt den østrigske lovgivning giver adgang til erstatning ved indirekte skader af denne karakter. Efter den forelæggende rets, Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig), opfattelse er dette ikke tilfældet, eftersom personer, der hverken har optrådt på det relevante marked som udbydere eller som efterspørger, ikke er omfattet af kartelforbuddets beskyttelsesformål.

5. Domstolen skal tage stilling til, om denne restriktive definition af kredsen af erstatningsberettigede er forenelig med principperne i den europæiske konkurrenceret. Forinden skal det imidlertid afklares, om spørgsmålet om delstaten Oberösterreichs erstatningskrav skal besvares under anvendelse af østrigsk ret – sammenholdt med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet – eller i stedet direkte på grundlag af EU-retten.

II. Retsforskrifter

6. Den forelæggende ret ønsker en fortolkning af EF-traktatens artikel 85, artikel 81 EF og artikel 101 TEUF. Eftersom disse bestemmelser i det væsentlige har samme indhold, vil der i det følgende alene blive henvist til artikel 101 TEUF, der nu er gældende³.

7. De omtvistede faktiske omstændigheder i den foreliggende sag forelå sted, før direktivet om konkurrenceretlige erstatningssøgsmål 2014/104/EU⁴ trådte i kraft, og delstaten Oberösterreichs søgsmål i første instans blev ligeledes anlagt, inden direktiv 2014/104 trådte i kraft⁵. Dermed finder direktiv 2014/104 tidsmæssigt ikke anvendelse i den foreliggende sag, uden at det er nødvendigt at afklare, om eventuelt berørte bestemmelser i den østrigske lovgivning er af materiel eller processuel karakter. I henhold til artikel 22 i direktiv 2014/104 gælder der et generelt forbud mod tilbagevirkende kraft for materielle bestemmelser, der vedtages med henblik på at gennemføre dette direktiv, mens alle andre nationale gennemførelsesbestemmelser – dvs. navnlig procedurebestemmelser – ganske vist finder anvendelse på faktiske omstændigheder fra tiden før direktivets ikrafttrædelse, men kun i forbindelse med sager, der anlægges efter direktivets ikrafttrædelse⁶.

2 – Jf. allerede dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684), af 18.7.2013, Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522), samt af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

3 – Jf. ligeledes dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 18); jf. også mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 17).

4 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26.11.2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT 2014, L 349, s. 1).

5 – Delstaten Oberösterreichs søgsmål i første instans blev anlagt den 2.2.2010 ved Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien, Østrig), direktiv 2014/104 trådte i henhold til direktivets artikel 23 i kraft på tyvendedagen efter offentliggørelsen i Den Europæiske Unions Tidende, dvs. den 25.12.2014.

6 – Jf. herom allerede mit forslag til afgørelse Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, punkt 60).

8. Som den italienske regering med rette har gjort gældende, kan direktiv 2014/104 inden for rammerne af den foreliggende sag derfor i givet fald kun anvendes i det omfang, hvori det gengiver de principper for konkurrenceretlige erstatningsøgsmål, der er fastlagt i retspraksis⁷.

III. De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

A. Elevatorkartellet

9. Det såkaldte elevatorkartel opererede i en lang årrække i flere medlemsstater i Den Europæiske Union, og store europæiske producenter af elevatorer og rullende trapper – nærmere betegnet Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp – indgik inden for rammerne af dette kartel konkurrencebegrænsende aftaler. Europa-Kommissionen afslørede dette kartel i 2003 og udstedte i 2007 bøder for kartellets ulovlige handlinger på det belgiske, tyske, nederlandske og luxembourgske marked⁸.

10. I Østrig greb den nationale konkurrencemyndighed og karteldomstolen ind over for elevatorkartellet. De bøder, som karteldomstolen udstedte i 2007⁹, blev i 2008 stadfæstet af Oberster Gerichtshof (retten i anden instans i konkurrenceretlige sager, Østrig) som øverste instans i konkurrenceretlige sager¹⁰. ThyssenKrupp optrådte i rollen som kronvidne.

11. Ifølge konklusionerne i den nationale østrigske kartelsag fandtes der fra 1980'erne til begyndelsen af 2004 en aftale mellem parterne om opdeling af markedet for elevatorer og rullende trapper, som gentagne gange blev bekræftet og i det store og hele gennemført, om end ikke fuldstændigt. Samordningen ophørte tidligst ultimo 2005. Kartellet havde til formål at sikre den konkret udvalgte virksomhed en højere pris end den, der kunne opnås under konkurrencevilkår. Kartellet, der mindst kontrollerede en tredjedel af markedsvolumenen, fordrejede konkurrencen og den prisudvikling, der kunne forventes under konkurrencevilkår¹¹.

B. Delstaten Oberösterreichs erstatningsøgsmål

12. Delstaten Oberösterreich ydede i den periode, der var berørt af elevatorkartellet, forskellige former for støtte til gennemførelse af byggeprojekter på grundlag af lovbestemmelser om støtte til boligbyggeri med henblik på at støtte socialt boligbyggeri. Denne støtte blev for det første ydet i form af *direkte tilskud*, hvor støttemodtageren modtager en del af opførelsesomkostningerne som tilskud, som ikke skal betales tilbage, for det andet i form af *tilskud til afdrag*, hvor delstaten refunderer støttemodtageren en del af låneafdragene, og for det tredje i form af *støttelån*, dvs. lavtforrentede kreditter, der giver støttemodtagerne mulighed for fremmedfinansiering til rentesatser, der er gunstigere end markedsrenten¹².

7 – Ifølge 12. betragtning til direktivet »bekræfter [direktiv 2014/104] den gældende fællesskabsret vedrørende retten til erstatning for skade som følge af overtrædelse af EU-konkurrenceretten, navnlig om søgsmålskompetence og definitionen af skade, som det fremgår af Domstolens retspraksis, og foregriber ikke en eventuel videreudvikling heraf«.

8 – Jf. herom også dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 18 ff.), af 18.7.2013, Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen (C-501/11 P, EU:C:2013:522, præmis 10 ff.), og af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 5 ff.), samt mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 5).

9 – Kendelse afsagt af Oberlandesgericht Wien (retten i første instans i konkurrenceretlige sager, Østrig) som domstol i konkurrenceretlige sager den 14.12.2007, sag nr. 25 Kt 12/07.

10 – Kendelse afsagt af Oberster Gerichtshof (retten i anden instans i konkurrenceretlige sager, Østrig) som øverste instans i konkurrenceretlige sager den 8.10.2008, sag nr. 16 Ok 5/08.

11 – Jf. herom også dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 7 ff.), og mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 6 ff.).

12 – Dette fremgår af delstaten Oberösterreichs oplysninger som gengivet i deldommen afsagt af Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien, Østrig, retten i første instans i hovedsagen) af 21.9.2016 (sag nr. 40 Cg 65/10z-66, s. 5 ff.) og i kendelsen afsagt af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien) som appeldomstol (retten i anden instans i hovedsagen) af 27.4.2017 (sag nr. 5 R 193/16p-73, s. 6 ff.).

13. Disse støtteformer udgjorde i hvert enkelt tilfælde en vis procentdel af de samlede byggeomkostninger. Eftersom disse byggeomkostninger på grund af de forhøjede priser på elevatorer var højere, end det havde været tilfældet uden elevatorkartellet, har delstaten Oberösterreich¹³ nu krævet erstatning af de elevatorproducenter, der deltog i dette kartel, Otis, Schindler, Kone og ThyssenKrupp.

14. Nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse omhandler kun delstaten Oberösterreichs fordringer vedrørende *støttelån*, der på grund af kartellet blev udbetalt med for store beløb.

15. Disse erstatningskrav, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, svarer til et rentetab, der fremkommer som følger: På grund af den som følge af kartellet forhøjede pris på de elevatorer, der blev monteret i det støttede boligbyggeri, blev de lavtforrentede støttelån højere, end det ville have været tilfældet uden kartellet. Hvis delstaten havde investeret forskellen mellem det beløb, som den udbetalte til støttemodtagerne, og det lavere beløb, som den ville have udbetalt til modtagerne uden de meromkostninger, som kartellet forårsagede, til den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer, havde delstaten indtjent et væsentligt højere rentebeløb end det beløb, den modtog i form af de lavere renter, som støttemodtagerne tilbagebetalte. Den skade, som delstaten kræver erstatning for i hovedsagen, svarer således til forskellen mellem det renteafkast, som støttemodtagerne tilbagebetalte, og det renteafkast, som ville være fremkommet ved en investering af det udbetalte støttebeløb, der var for højt som følge af kartellet, til den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer.

16. Retten i første instans afviste delstaten Oberösterreichs søgsmål med den begrundelse, at delstaten i sin egenskab af støtteydende organ ikke er deltager på markedet for elevatorer og rullende trapper. Delstaten har derfor kun gjort en indirekte skade gældende, der som sådan ikke er erstatningsberettiget¹⁴.

17. Appeldomstolen ophævede førsteinstansafgørelsen¹⁵. Efter appeldomstolens opfattelse beskytter forbuddet mod prisaftaler nemlig også de økonomiske interesser hos dem, der påføres en yderligere økonomisk byrde som følge af prisaftalen. Dertil kommer, at delstaten Oberösterreich ved at yde støttemidler medvirkede til at muliggøre gennemførelsen af byggeprojekter og dermed sørgede for, at der i det hele taget opstod en efterspørgsel efter kartelmedlemmernes tilbud. Derfor er delstaten ligeledes omfattet af beskyttelsen i medfør af de kartelretlige forbudsbestemmelser.

18. Elevatorproducenterne har kærret denne kendelse til Oberster Gerichtshof (øverste domstol), som er den forelæggende ret. Denne ret deler førsteinstansrettens opfattelse med hensyn til anvendelsen af den nationale lovgivning. I henhold hertil er en erstatning for formueskader betinget af, at en beskyttelseslov, der beskytter medlemmerne af en bestemt personkreds mod krænkelse af retsgoder, er blevet overtrådt. Delstaten Oberösterreich har imidlertid ikke lidt skade som udbyder eller efterspørger på det marked, der var berørt af prisaftalen. Efter østrigsk ret er der således ikke tilstrækkelig sammenhæng mellem delstatens skade og formålet med forbuddet mod kartelaftaler, nemlig opretholdelsen af konkurrencen på det marked, der er berørt af kartellet.

19. På baggrund af Domstolens praksis vedrørende konkurrenceretlige erstatningssøgsmål, navnlig afgørelsen i Kone-sagen¹⁶ og mit forslag til afgørelse i den pågældende sag¹⁷, er Oberster Gerichtshof (øverste domstol) imidlertid i tvivl om, hvorvidt denne løsning er forenelig med EU-retten.

13 – Delstaten Oberösterreich deltager i hovedsagen som første sagsøger. De andre sagsøgere i denne sag er boligselskaber. Nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører ifølge deldommen afsagt af Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien, retten i første instans i hovedsagen) den 21.9.2016 (sag nr. 40 Cg 65/10z-66) kun delstaten Oberösterreichs søgsmål.

14 – Deldom afsagt af Handelsgericht Wien (handelsretten i Wien) den 21.9.2016 (sag nr. 40 Cg 65/10z-66).

15 – Kendelse afsagt af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien) som appelinstans den 27.4.2017 (sag nr. 5 R 193/16p-73).

16 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

17 – Forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 27 ff.).

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

20. Ved kendelse af 17. maj 2018¹⁸ har Oberster Gerichtshof (øverste domstol) forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Skal EF-traktatens artikel 85, artikel 81 EF henholdsvis artikel 101 TEUF fortolkes således, at det med henblik på opretholdelse af disse bestemmelsers fulde effektivitet og den praktiske effektivitet af det forbud, der følger af disse bestemmelser, er nødvendigt, at erstatningskrav over for karteldeltagere også kan gøres gældende af personer, der ikke er aktive som udbydere eller efterspørgere på det relevante produktmarked og geografiske marked, der er berørt af et kartel, men som inden for rammerne af lovbestemmelser i deres egenskab af støtteydere på favorable vilkår yder lån til aftagere af de produkter, der udbydes på det af kartellet berørte marked, idet disse personers skade består i, at det lånebeløb, der blev ydet som en procentdel af produktomkostningerne, var højere, end det ville have været uden kartelaftalen, hvorfor de ikke har kunnet opnå et afkast ved at investere disse beløb?«

21. I den skriftlige fase af den præjudicielle procedure har delstaten Oberösterreich og Otis, Schindler, Kone og ThyssenKrupp samt Den Italienske Republik og Europa-Kommissionen deltaget. Med undtagelse af Italien har de samme parter samt Republikken Østrig deltaget i retsmødet den 16. maj 2019.

V. Bedømmelse

A. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

1. Domstolens kompetence til at besvare det præjudicielle spørgsmål med hensyn til perioden før Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union

22. Oberster Gerichtshof (øverste domstol) har ikke rejst spørgsmål vedrørende den omstændighed, at en del af de omtvistede faktiske omstændigheder forelå før Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union den 1. januar 1995¹⁹. Delstaten Oberösterreich har derimod behandlet spørgsmålet om Domstolens kompetence med hensyn til fortolkningen af nationale retsregler, der regulerede kartelforbuddet før Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union, udførligt i sit skriftlige indlæg.

23. Ifølge delstaten Oberösterreich har Domstolen kompetence til at fortolke disse nationale retsregler, eftersom de var udformet på grundlag af forgængerbestemmelserne til artikel 101 TEUF og havde til formål at harmonisere den nationale konkurrenceret med De Europæiske Fællesskabers konkurrenceret. Dette gælder så meget desto mere for perioden efter EØS-aftalens ikrafttræden den 1. januar 1994, som Østrig havde tiltrådt, og som ligeledes i vidt omfang overtog EF-retten vedrørende kartelforbuddet.

24. I denne forbindelse har delstaten Oberösterreich henvist til den retspraksis, hvorefter Domstolen også i tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen ikke hører ind under EU-rettens direkte anvendelsesområde, har kompetence til at fortolke EU-retlige forskrifter, når det følger af national ret, at disse bestemmelser skal finde anvendelse på rent nationale forhold, eller den nationale lovgiver havde til hensigt at harmonisere den gældende nationale ret med EU-retten²⁰.

18 – Sag nr. 9 Ob 44/17m.

19 – Jf. punkt 11 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

20 – Dom af 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 17 ff.), af 26.11.2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, præmis 11 ff.), af 21.7.2016, VM Remonts m.fl. (C-542/14, EU:C:2016:578, præmis 16 ff.), samt af 31.5.2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, præmis 28 ff.).

25. I modsætning til, hvad delstaten Oberösterreich har gjort gældende, har Domstolen dog ikke fastslået, at den har kompetence til at fortolke *nationale* retsregler, der henviser til EU-retlige retsregler eller er udformet på grundlag af disse. Det er nemlig kun medlemsstaternes domstole, der har kompetence til at fortolke nationale retsregler²¹. Derimod har Domstolen i de domme, som delstaten har påberåbt sig, alene fastslået, at den har kompetence til at fortolke *EU-retlige* regler i tilfælde, hvor disse regler ganske vist ikke fandt direkte anvendelse, men den nationale lovgivning henviste til disse eller var udformet på grundlag af disse.

26. Denne kompetence foreligger imidlertid kun, hvis de pågældende faktiske omstændigheder, selv om de ikke direkte er reguleret af EU-retten, har foreligget på et tidspunkt, hvor den pågældende medlemsstat allerede var medlem af Den Europæiske Union. Domstolen har nemlig fastslået, at den ikke har kompetence til at besvare anmodninger om præjudiciel afgørelse, hvori de faktiske omstændigheder i hovedsagen forelå, inden en stat tiltrådte Den Europæiske Union. Domstolen har kun kompetence til at fortolke EU-retlige regler med hensyn til anvendelsen af disse regler i en ny medlemsstat fra tidspunktet for denne medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union²². Dette gælder også i tilfælde af, at de nationale regler, der fandt anvendelse på de pågældende faktiske omstændigheder før den pågældende medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union, allerede var afstemt efter de tilsvarende EU-retlige regler. For selv i et sådant tilfælde tilkom det alene de nationale myndigheder og domstole at anvende og fortolke de pågældende nationale regler før den pågældende medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union²³.

27. Eftersom materielretlige bestemmelser principielt ikke må anvendes med tilbagevirkende kraft, kan det EU-retlige kartelforbud med hensyn til et kartel, som i form af en vedvarende overtrædelse opererede både før og efter datoen for en stats tiltrædelse af Den Europæiske Union, kun finde anvendelse med henblik på at sanktionere kartellets eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger i perioden fra den relevante tiltrædelsesdato. Derimod finder det EU-retlige kartelforbud ingen anvendelse på et sådant kartel, for så vidt som dette kartel kun påvirkede eller kunne påvirke på en medlemsstats område i perioder forud for den pågældende medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union²⁴.

28. Som anført ovenfor fandt de ulovlige handlinger i det østrigske elevatorkartel, som hovedsagen omhandler, både sted før og efter Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union²⁵. Med hensyn til Domstolens kompetence til at besvare den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse kan det dog lades ubesvaret, om delstatens Oberösterreichs erstatningskrav, som hovedsagen vedrører, er baseret på følger af elevatorkartellet, der er indtrådt før eller efter Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union²⁶.

29. Eftersom nemlig i det mindste en del af de omtvistede faktiske omstændigheder forelå efter Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union og dermed, mens EU-retten var gældende, er det ubestridt, at Domstolen inden for rammerne af den foreliggende præjudicielle sag har kompetence til at besvare den forelæggende rets spørgsmål om fortolkningen af artikel 101 TEUF og dens forgængerbestemmelser.

21 – Jf. f.eks. kendelse af 21.12.1995, Max Mara (C-307/95, EU:C:1995:465, præmis 5), samt dom af 13.12.2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, præmis 35 og 36), og af 10.1.2019, ET (C-97/18, EU:C:2019:7, præmis 24).

22 – Dom af 15.6.1999, Andersson og Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, præmis 31 ff.), af 10.1.2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, præmis 30 og 34 ff.), samt af 27.6.2018, Varna Holideis (C-364/17, EU:C:2018:500, præmis 17).

23 – Jf. dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 61 ff.), samt mit forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 49 ff.).

24 – Jf. dom af 14.2.2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, præmis 44 ff.), samt mit forslag til afgørelse Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2011:552, punkt 37 ff.).

25 – Jf. punkt 11 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

26 – Jf. om vurderingen af de fremtidige følger af faktiske omstændigheder, der har foreligget før en medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union, på grundlag af den senere gældende retsstilling, dom af 3.9.2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, præmis 21 ff.), samt mit forslag til afgørelse X (C-318/13, EU:C:2014:333, punkt 18 ff.).

30. Såfremt Domstolen i forbindelse med denne fortolkning konkluderer, at artikel 101 TEUF og dennes forgængerbestemmelser kræver, at delstaten Oberösterreich gives adgang til at gøre erstatningskrav gældende over for deltagerne i elevatorkartellet, tilkommer det den forelæggende ret at afgøre, om de nationale retsregler, der var gældende før Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union, skal fortolkes i overensstemmelse med Domstolens praksis og dermed skal fortolkes således, at de ligeledes kan danne grundlag for, at delstaten kan kræve erstatning for de i denne periode opståede skader for så vidt angår perioden før Østrigs tiltrædelse af Den Europæiske Union.

2. Det præjudicielle spørgsmåls relevans

31. Elevatorproducenterne og Kommissionen har i deres skriftlige indlæg rejst tvivl om, hvorvidt et rentetab som det, delstaten Oberösterreich har gjort gældende, er erstatningsberettiget. På Domstolens skriftlige forespørgsel om, hvorvidt delstaten ikke også kunne gøre en skade gældende, der er opstået ved, at den med henblik på at opfylde sine lovmæssige forpligtelser måtte skaffe flere penge på det finansielle marked, end hvis der ikke havde eksisteret et kartel, har forskellige parter på retsmødet gjort gældende, at en sådan begrundelse for den opståede skade ikke er blevet fremført rettidigt i hovedsagen og på nuværende processtade ikke længere kan gøres gældende.

32. Derfor foreligger der slet ingen skade i hovedsagen, hvorom det skal afgøres, om den kan kræves erstattet. Det præjudicielle spørgsmål, som Oberster Gerichtshof (øverste domstol) har stillet, er således ikke relevant for afgørelsen og dermed hypotetisk, hvorfor anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke bør antages til realitetsbehandling.

33. Denne argumentation kan ikke tages til følge. Den tager nemlig ikke hensyn til skillelinjen mellem formaliteten vedrørende den foreliggende præjudicielle anmodning og den indholdsmæssige bedømmelse af denne.

34. Således giver Oberster Gerichtshof (øverste domstol), for hvis spørgsmål der i henhold til retspraksis gælder en formodning om dets relevans²⁷, i sin anmodning om præjudiciel afgørelse hverken udtryk for tvivl om, at delstaten Oberösterreich har lidt skade, eller om, at denne skade skyldes elevatorkartellet. Derimod er Oberster Gerichtshof (øverste domstol) i tvivl om, hvorvidt der er tilstrækkelig forbindelse mellem denne skade og formålet med kartelforbuddet, og om skaden derfor kan kræves erstattet på dette grundlag.

35. Dette spørgsmål spiller – i lighed med det spørgsmål, som elevatorproducenterne og Kommissionen har rejst, om, hvorvidt den skade, som delstaten Oberösterreich har lidt som følge af elevatorkartellet, er en faktisk, erstatningsberettiget skade – en rolle i forbindelse med undersøgelsen af, om betingelserne for, at karteldeltagerne kan drages til ansvar, er opfyldt. Derfor skal disse spørgsmål behandles inden for rammerne af den materielle prøvelse af det rejste præjudicielle spørgsmål og ikke inden for rammerne af prøvelsen af relevansen for afgørelsen og dermed formaliteten vedrørende dette præjudicielle spørgsmål.

B. Indholdsmæssig bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål

36. Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 101 TEUF og dennes forgængerbestemmelser kræver, at en statslig kreditgiver, der hverken er aktiv på det marked, der er berørt af et kartel, som udbyder eller efterspørger, kan kræve erstatning for den skade, som den pågældende har lidt som følge af, at denne ikke har kunnet opnå et afkast ved at investere et lavt forrentet lånebeløb, der er ydet med for højt et beløb, på anden måde.

27 – Dom af 7.9.1999, Beck og Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, præmis 22), af 23.1.2018, F. Hoffmann-La Roche m.fl. (C-179/16, EU:C:2018:25, præmis 45), af 29.5.2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen m.fl. (C-426/16, EU:C:2018:335, præmis 31), og af 25.7.2018, Confédération paysanne m.fl. (C-528/16, EU:C:2018:583, præmis 73).

37. Parterne i nærværende sag er uenige om, hvilket kriterium der skal anvendes med henblik på at besvare dette spørgsmål. Mens delstaten Oberösterreich er af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares direkte på grundlag af EU-retten, mener elevatorproducenterne og Kommissionen, at besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål alene skal besvares på grundlag af national ret, der herefter alene skal prøves på grundlag af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.

38. Som generaladvokat Wahl anførte i sit forslag til afgørelse i Skanska-sagen, er forskellen mellem en vurdering på grundlag af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet på den ene side og en direkte vurdering på grundlag af artikel 101 TEUF grundlæggende for at fastsætte skillelinjen mellem spørgsmål henholdsvis omfattet af EU-retten og medlemsstaternes interne retsordener²⁸.

39. Nedenfor skal det derfor først afklares, hvilket kriterium – direkte fortolkning af EU-retten eller i stedet kravene til den nationale ret, henset til ækvivalens og effektivitet – der skal anvendes med henblik på besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål (jf. nedenfor under 1.). Dernæst skal det præjudicielle spørgsmål behandles på grundlag af det fastlagte kriterium (jf. efterfølgende under 2.)

1. Statslige kreditgiveres ret til erstatning for skader som følge af karteller: et EU-retligt problem

40. Den private håndhævelse af det EU-retlige kartelforbud gennem erstatningssøgsmål ved medlemsstaternes domstole er en supplerende mulighed i den europæiske kartelret ved siden af kartelmyndighedernes offentlige håndhævelse. I overensstemmelse hermed har Domstolen allerede fastslået, at enhver borgers ret til at kræve erstatning for skader, der er opstået som følge af overtrædelser af det EU-retlige kartelforbud, hidrører direkte fra artikel 101 TEUF. Dette indebærer, at enhver kan kræve erstatning for den lidte skade, såfremt der foreligger en årsagsforbindelse mellem denne skade og en overtrædelse af konkurrencereglerne, uden at denne rettighed på nogen måde gøres betinget af medlemsstaternes nationale ret²⁹.

41. Når der ikke findes EU-retlige bestemmelser, tilkommer det imidlertid de enkelte medlemsstater i deres interne retsordener at fastsætte regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning ved de nationale domstole, for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes³⁰. Direktiv 2014/104 bekræfter denne kompetenceretlige fordeling³¹.

42. Alligevel opstår i hvert enkelt tilfælde på ny spørgsmålet om, hvilke elementer i et kartelretligt erstatningssøgsmål der så konkret er omfattet af EU-retten, og hvilke elementer i et sådant søgsmål der er omfattet af medlemsstaternes nationale ret³².

43. Domstolen har i sin hidtidige praksis allerede fastlagt, hvor skillelinjen mellem EU-retten og medlemsstaternes ret går på området for konkurrenceretlige erstatningssøgsmål (a). I det foreliggende tilfælde drejer det sig om at placere lovgivningskompetencen for de forskellige elementer i begrebet »årsagsforbindelse« på grundlag af denne skillelinje (b).

28 – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 39).

29 – Jf. i denne retning dom af 20.9.2001, Courage og Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 23-26), af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 58-61 og 63), af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 20-22), og af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 24-26), samt mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 26).

30 – Jf. dom af 20.9.2001, Courage og Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 29), af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 62 og 64), af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 24-26), og af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 27).

31 – Jf. navnlig 3., 4., 11., 12., og 13. betragtning til direktiv 2014/104 samt dette direktivs artikel 1, 3 og 4.

32 – Således generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 33): »Hvilke spørgsmål vedrørende erstatningskrav er så omfattet af EU-retten, og hvilke er i stedet omfattet af medlemsstaternes nationale lovgivning?«

a) Skillelinjen mellem EU-retten og medlemsstaternes ret på området for konkurrenceretlige erstatningssøgsmål

44. Som jeg allerede redegjorde for i mit forslag til afgørelse i Kone-sagen, fremgår det af Domstolens praksis, at skillelinjen med hensyn til kompetencefordelingen mellem Unionen og medlemsstaterne på området for konkurrenceretlige erstatningssøgsmål går mellem det materielle krav og den processuelle gennemførelse. Spørgsmålet om *eksistensen* af erstatningskrav (dvs. spørgsmålet om, *hvorvidt* der skal ydes erstatning), skal besvares på grundlag af EU-retten. *Enkelthederne vedrørende anvendelsen og reglerne for den konkrete gennemførelse* af sådanne krav (dvs. spørgsmålet om, *hvordan* erstatningen skal ydes), herunder navnlig beføjelser, procedurer, frister og bevisførelse, skal derimod fastsættes på grundlag af national ret³³.

45. Som generaladvokat Wahl bemærkede i sit forslag til afgørelse i Skanska-sagen, er det således alene reglerne vedrørende *anvendelsen* af retten til at kræve erstatning, der er omfattet af national ret, mens de *grundlæggende betingelser* og dermed det egentlige grundlag for denne ret bestemmes direkte af artikel 101 TEUF³⁴.

46. Domstolen bekræftede dette i sin dom i Skanska-sagen, idet den fastslog, at spørgsmålet om fastlæggelsen af den enhed, der er forpligtet til at yde erstatning for en skade, der er forvoldt ved en overtrædelse af artikel 101 TEUF, er direkte reguleret af EU-retten³⁵. Dette er i overensstemmelse med tidligere domme, hvori Domstolen har fastslået, at ikke blot kredsen af personer, der kan kræve erstatning af karteldeltagerne (»enhver«)³⁶, men også de former for skader, som karteldeltagerne i givet fald skal erstatte (både formueskader (damnum emergens) og tabt fortjeneste (lucrum cessans) samt renter), er fastlagt i EU-retten³⁷.

b) »Årsagsforbindelse« i spændingsfeltet mellem EU-retlig fastlæggelse og medlemsstatslig gennemførelse

47. Det i sagen omhandlede spørgsmål om, hvorvidt den skade, som delstaten Oberösterreich har lidt, er erstatningsberettiget, og spørgsmålet i Kone-sagen om, hvorvidt skader, der er forårsaget af umbrella pricing, er erstatningsberettigede, er retligt set et spørgsmål om årsagsforbindelse³⁸. Spørgsmålet er, om der er en tilstrækkeligt tæt forbindelse mellem elevatorkartellet og den skade, som delstaten har lidt som følge af at have ydet for høje støttelån på grund af de forhøjede elevatorpriser, eller om der er tale om en så fjern skade, at det ikke med rimelighed kan pålægges karteldeltagerne at erstatte disse.

48. Elevatorproducenterne og Kommissionen er af den opfattelse, at spørgsmålet om eksistensen af en »årsagsforbindelse« mellem retsbrud og skade ikke skal besvares direkte på grundlag af EU-retten, men på grundlag af den nationale ret, sammenholdt med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.

33 – Jf. mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 23) samt, som eksempel på sådanne regler for udøvelsen af retten til erstatning, dom af 28.3.2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, præmis 42 ff. og 56 ff.), og mit forslag til afgørelse Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, punkt 75 ff. og 87 ff.).

34 – Generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 40 og 41).

35 – Dom af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 28, med henvisning til punkt 60-62 i generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i denne sag (EU:C:2019:100)).

36 – Jf. punkt 40 og fodnote 29 i nærværende forslag til afgørelse og den deri nævnte retspraksis.

37 – Jf. dom af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 95-97), samt mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 27).

38 – Om omstændighederne i Kone-sagen, jf. mit forslag til afgørelse i sagen (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 19). I denne sag var spørgsmålet, om der var en tilstrækkeligt tæt forbindelse mellem kartellet og de skader, der skyldtes umbrella pricing som følge af kartellet. Umbrella pricing er kendetegnet ved, at en tredjemand, der ikke deltager i et kartel, på grund af de forhøjede markedspriser som følge af kartellet sætter sine priser højere, end det ville have været muligt under normale konkurrencevilkår.

49. De berørte parter har støttet denne opfattelse på Domstolens udtalelse i Manfredi-dommen, hvorefter det »tilkommer [...] hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte regler for udøvelsen af [...] rett[en] [til erstatning], herunder regler om anvendelse af begrebet »årsagsforbindelse«³⁹. Denne udtalelse er i mellemtiden blevet gentaget i 11. betragtning til direktiv 2014/104, der i øvrigt heller ikke behandler begrebet om årsagsforbindelse mellem overtrædelse og skade yderligere. Derimod opfordres der i 11. betragtning til direktivet til, at medlemsstaterne skal kunne opretholde eventuelt eksisterende andre betingelser for erstatning i henhold til national ret, f.eks. tilregnelighed, adækvans eller skyld, såfremt disse betingelser er i overensstemmelse med Domstolens retspraksis, effektivitetsprincippet og ækvivalensprincippet samt dette direktiv.

50. Ved en nærmere betragtning viser det sig imidlertid, at det erstatningsretlige begreb »årsagsforbindelse« mellem skadevoldende begivenhed og skade er et retsinstitut bestående af flere lag: Ved undersøgelsen af årsagsforbindelsen skal det således ikke blot fastslås, om en bestemt skade rent faktisk skyldes en bestemt begivenhed. Snarere kan undersøgelsen af årsagsforbindelsen også indeholde normative undersøgelselementer, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der er en tilstrækkelig forbindelse mellem den påberåbte skade, der gøres gældende, og formålet med den overtrådte retsregel⁴⁰.

51. Dette normative aspekt af årsagsforbindelsen anskueliggøres i den foreliggende sag af parternes diskussion om, hvorvidt der i tilfældet med delstaten Oberösterreich foreligger den »retsstridighedssammenhæng« mellem retsbruddet og den lidte skade, som i henhold til østrigsk ret er en forudsætning for en ret til erstatning. Denne sammenhæng foreligger i henhold til østrigsk ret kun, såfremt den retsregel, som skadevolderen har tilsidesat, også specifikt har til formål at beskytte skadelidte. Ifølge den forelæggende ret er dette i henhold til østrigsk ret ikke tilfældet i den foreliggende sag. I henhold hertil omfatter kartelforbuddets personelle anvendelsesområde nemlig ganske vist personer, der er aktive på det marked, der er berørt af et kartel, som udbydere eller efterspørgere, men ikke offentlige kreditgivere, der gennem finansiel støtte giver visse grupper af aftagere lettere adgang til at købe det produkt, der er berørt af kartellet. Dermed har sådanne kreditgivere efter østrigsk ret ikke ret til erstatning, idet der ikke er tilstrækkelig sammenhæng mellem deres skade og formålet med forbuddet mod kartelaftaler, som består i at opretholde konkurrencen på det marked, der er berørt af kartellet.

52. Alene denne diskussion viser, at det i sagen omhandlede spørgsmål drejer sig om et aspekt af undersøgelsen af årsagsforbindelsen, der ikke vedrører de processuelle regler for gennemførelsen, men derimod de materielle betingelser for adgangen til erstatning for skader forårsaget af karteller. Det drejer sig nemlig om spørgsmålet om, hvorvidt artikel 101 TEUF også giver en person, der ikke var aktiv på det marked, der var berørt af et kartel, som udbyder eller efterspørger, ret til erstatning af den skade, som vedkommende har lidt som følge af dette kartel. Dette er et spørgsmål om artikel 101 TEUF's beskyttelsesområde og dermed om fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, der alene skal besvares på grundlag af EU-retten.

53. Det ville ikke være hensigtsmæssigt at overlade besvarelsen af dette spørgsmål om fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse til medlemsstaternes retsorden, sådan som Kommissionen har foreslået, for derefter at vurdere disses svar på grundlag af det EU-retlige effektivitetsprincip.

54. I henhold til Domstolens faste praksis følger det nemlig af såvel kravene om en ensartet anvendelse af fællesskabsretten som af lighedsprincippet, at ordlyden af en fællesskabsretlig bestemmelse, som ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med hensyn til fastlæggelsen af dens betydning og rækkevidde, normalt i hele Den Europæiske Union skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning, som skal søges under hensyntagen til bestemmelsens kontekst og formålet

39 – Dom af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 64) (min fremhævelse).

40 – Jf. herom allerede mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 35 og 53 ff.).

med den pågældende ordning⁴¹. I den foreliggende sammenhæng betyder det, at dogmatiske elementer i national ret, der skal begrænse et uendeligt erstatningsansvar, såsom læren om reglens beskyttelsesformål eller den tilstrækkelige årsagsforbindelse mellem retsbrud og skade, ikke kan være udslagsgivende for fastlæggelsen af rækkevidden af artikel 101 TEUF.

55. Tværtimod er en ensartet fortolkning på EU-plan af forbuddet mod prisaftaler som regel for anerkendelse af skader nødvendig for at give artikel 101 TEUF fuld virkning. Denne bestemmelse skal nemlig sikre grundtanken i den europæiske konkurrenceret om så vidt muligt at skabe ensartede rammebetingelser på det indre marked for alle virksomheder, der opererer dér («level playing field»). Denne grundtanke ville blive undermineret, såfremt de retlige kriterier, hvorefter nationale domstole bedømmer karteldeltageres civilretlige ansvar som omhandlet i artikel 101 TEUF for så vidt angår visse former for skader og over for visse personer, er grundlæggende forskellige fra medlemsstat til medlemsstat⁴².

56. Ifølge skillelinjen mellem materielt krav og processuel gennemførelse kan »regler om anvendelse af begrebet »årsagsforbindelse««, som det ifølge Domstolens udsagn i Manfredi-dommen og 11. betragtning til direktiv 2014/104 tilkommer medlemsstaterne at fastsætte i deres interne retsorden, kun være regler for den faktiske konstatering af en årsagsforbindelse mellem den skadevoldende begivenhed og skaden i det konkrete tilfælde. Dette er i overensstemmelse med, at Domstolen i Manfredi-dommen nævnte »regler[ne] om anvendelse af begrebet »årsagsforbindelse«« under »regler[ne] for *udøvelsen* af [...] rett[en] [til erstatning]«. Det drejer sig om håndhævelsen af erstatningskrav, og ikke om *eksistensen* af sådanne krav.

57. Reglerne for den faktiske konstatering af en årsagsforbindelse mellem en skadevoldende begivenhed og skaden i det konkrete tilfælde vedrører eksempelvis spørgsmålet om, hvor mange responsa af hvilken art eller hvilket niveau af videnskabelig bevisstyrke der kræves som bevis for, at et ulykkesoffers smerter eller en lidelse som følge af visse arbejdsvilkår (f.eks. udsættelse for skadelige stoffer) også rent faktisk skyldes denne ulykke eller disse arbejdsvilkår og ikke f.eks. tidligere lidelser. Tilsvarende vedrører det de konkrete regler for håndhævelsen af erstatningskrav, hvilken form for beviser der f.eks. kræves af en bygherre, der vil godtgøre, at en skade på en bygning rent faktisk er opstået på grund af en mangel ved byggeriet og ikke f.eks. på grund af klimatiske forhold, som byggefirmaet ikke har indflydelse på.

58. Overført på hovedsagen kan reglerne for den faktiske konstatering af en årsagsforbindelse mellem elevatorkartellet og den økonomiske skade, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, eksempelvis være den form for bevisførelse, der kræves for at godtgøre, at den økonomiske støtte faktisk blev ydet med det påståede beløb, at de påberåbte meromkostninger faktisk skyldes omkostningerne til elevatorerne, der blev monteret i de bygninger, der ydedes støtte til, eller at den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer i den relevante periode faktisk svarede til den, hvorpå delstaten har støttet sine beregninger af den skade, den har lidt.

59. Disse aspekter vedrører faktisk reglerne for den processuelle gennemførelse af retten i henhold til EU-lovgivningen til erstatning for skade som følge af et kartel, og disse regler skal fastsættes i national ret, der herefter skal bedømmes på grundlag af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet. Spørgsmålet, om der er tilstrækkelig forbindelse mellem en skade som den, delstaten Oberösterreich har lidt, og beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF og dennes forgængerbestemmelser, vedrører derimod som anført ovenfor de materielle betingelser for den EU-retlige adgang til erstatning for skade som følge af et kartel og skal derfor besvares direkte på grundlag af EU-retten.

41 – Dom af 18.1.1984, Ekro (327/82, EU:C:1984:11, præmis 11), af 11.7.2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, præmis 40), og af 21.12.2016, Associazione Italia Nostra Onlus (C-444/15, EU:C:2016:978, præmis 66).

42 – Jf. i denne retning allerede mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 29). Den særlige betydning af ensartede erstatningsregler inden for kartelretten er nu underbygget af ottende og niende betragtning til direktiv 2014/104.

60. I sidste ende drejer det sig nemlig her om spørgsmålene, *hvem* der på grundlag af artikel 101 TEUF har *ret til* at kræve erstatning for *hvilke* skader, og dermed om betingelserne for den EU-retlige adgang til erstatning for skade som følge af et kartel. I lighed med det omtvistede spørgsmål i Skanska-sagen om, *hvem* der på grundlag af artikel 101 TEUF er *forpligtet til* at yde erstatning for skader som følge af et kartel, er der her tale om EU-retlige spørgsmål⁴³.

61. I modsætning til, hvad Kone har gjort gældende i nærværende sag, følger noget andet ikke af Domstolens dom i den tidligere Kone-sag. I denne dom erindrede Domstolen ganske vist indledningsvis om det generelle princip, hvorefter det tilkommer hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning for skade, der følger af et kartel, herunder regler om anvendelse af begrebet »årsagsforbindelse«, for så vidt som ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet overholdes⁴⁴. Som generaladvokat Wahl anførte i sit forslag til afgørelse i Skanska-sagen, foretog Domstolen dog udelukkende sin efterfølgende vurdering af spørgsmålet om, hvorvidt kartelmedlemmers civilretlige ansvar også omfatter umbrella pricing, med henvisning til den fulde effektive virkning af artikel 101 TEUF⁴⁵.

62. I overensstemmelse med ovenstående bemærkninger skal den efterfølgende undersøgelse af det præjudicielle spørgsmål i nærværende sag derfor foretages direkte på grundlag af artikel 101 TEUF og ikke på grundlag af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet.

2. Statslige kreditgiveres ret til erstatning for skader som følge af karteller

63. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om en statslig kreditgiver, der hverken er aktiv på det marked, der er berørt af et kartel, som udbyder eller efterspørger, i henhold til artikel 101 TEUF og dennes forgængerbestemmelser kan kræve erstatning for den skade, som den pågældende har lidt som følge af, at denne ikke har kunnet opnå et afkast ved at investere et lavt forrentet lånebeløb, der er ydet med for højt et beløb, på anden måde⁴⁶.

64. Delstaten Oberösterreich har i så henseende gjort gældende, at det allerede følger af Domstolens dom i Kone-sagen⁴⁷, at det ikke er foreneligt med artikel 101 TEUF at udelukke karteldeltageres erstatningsansvar for en bestemt form for skader kategorisk og uanset omstændighederne i det enkelte tilfælde.

65. Elevatorproducenterne og Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF er konkurrencen, og at det derfor kun er personer, der deltager i konkurrencen, som kan kræve erstatning for skader, der er opstået inden for rammerne af en deltagelse i konkurrencen, på grundlag af denne bestemmelse. Det var kun sådanne skader, der var genstand for dommen i Kone-sagen. Der er derimod ingen forbindelse mellem den skade, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, og beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, og denne skade er således ikke erstatningsberettiget.

43 – Jf. dom af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 28, med henvisning til punkt 60-62 i generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i denne sag (EU:C:2019:100)).

44 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 24 og 32).

45 – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 37 og fodnote 20) samt dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 27 ff. og navnlig præmis 34 og 37). Til sammenligning anfører generaladvokat Wahl som eksempler på en prøvelse på grundlag af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet dom af 14.6.2011, Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, præmis 30-32), samt af 6.6.2013, Donau Chemie m.fl. (C-536/11, EU:C:2013:366, præmis 32-34), hvortil man nu kan føje dom af 28.3.2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, præmis 43-55).

46 – Jf. ovenfor, punkt 1 og 36 i dette forslag til afgørelse.

47 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

66. I sin dom i Kone-sagen undersøgte Domstolen ikke kun, om beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF er til hinder for en kategorisk udelukkelse af karteldeltageres erstatningsansvar for visse skader, men også, om der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem en skade, der er forårsaget af umbrella pricing, og et kartel, der har held til at holde prisen for visse produkter kunstigt høje⁴⁸.

67. Det følger heraf, at der for karteldeltageres erstatningsansvar for skader forårsaget af kartellet reelt gælder lignende betingelser som for EU-institutioners erstatningsansvar uden for kontraktforhold og medlemsstaters erstatningsansvar over for borgere for overtrædelser af EU-retten⁴⁹. Disse betingelser kræver i det væsentlige, at den overtrådte retsregel giver den skadelidte rettigheder, at der er opstået en faktisk skade, og at der er en tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse mellem den skadevoldende adfærd og den påberåbte skade⁵⁰.

68. Det følger af Kone-dommen, at det under den præjudicielle sag påhviler Domstolen at undersøge, abstrakt og generelt, om disse betingelser er opfyldt for så vidt angår den i hovedsagen omtvistede skade. Er dette tilfældet, er det derefter den forelæggende nationale rets opgave at efterprøve, om disse betingelser også rent faktisk foreligger i det konkrete tilfælde⁵¹. Denne kompetencefordeling er i overensstemmelse med, at det ganske vist i sidste ende tilkommer den nationale ret at fastslå, om betingelserne for erstatning er opfyldt i det konkrete tilfælde, men at Domstolen er kompetent til på grundlag af sagsakterne i hovedsagen samt de for Domstolen afgivne skriftlige og mundtlige indlæg at vejlede den nationale ret på en sådan måde, at denne kan træffe afgørelse i den konkrete tvist, der er indbragt for den⁵².

69. Overført på den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse betyder dette, at det først skal undersøges, om beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, som Kommissionen og elevatorproducenterne har påstået, er til hinder for en erstatning af støtteskader som dem, delstaten har gjort gældende i hovedsagen (a). Dernæst skal disse parter anbringer om, at den skade, for hvilken delstaten har krævet erstatning, ikke er en faktisk, erstatningsberettiget skade, behandles (b). Endelig er det nødvendigt at undersøge, om der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem delstatens skade og overtrædelser af artikel 101 TEUF og dens forgængerbestemmelser begået af deltagerne i elevatorkartellet (c).

a) Beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF

70. Elevatorproducenterne og Kommissionen er af den opfattelse, at delstaten Oberösterreich i sin egenskab af statslig kreditgiver ikke er omfattet af beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, eftersom den i denne egenskab ikke har ageret som markedsdeltager.

71. Det er således ganske vist for restriktivt at gå ud fra, at kun deltagere på det produktmarked, der er direkte berørt af et kartel – i den foreliggende sag altså markedet for elevatorer – kan kræve erstatning for den skade, der er opstået som følge af elevatorkartellet. Derimod er også direkte og indirekte udbydere og efterspørgere på markeder, der ligger før eller efter dette marked – f.eks. personer, der har leveret komponenter til det omhandlede produkt eller har købt dette som del af et andet produkt – omfattet af beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF.

48 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 27 ff.).

49 – Jf. i denne retning også allerede dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 65).

50 – Jf. om betingelserne for EU-institutionernes erstatningsansvar uden for kontraktforhold dom af 29.9.1982, *Oleifici Mediterranei mod EØS* (26/81, EU:C:1982:318, præmis 16), og af 18.3.2010, *Trubowest Handel og Makarov mod Rådet og Kommissionen* (C-419/08 P, EU:C:2010:147, præmis 40); om borgeres erstatningskrav over for medlemsstater på grund af overtrædelse af EU-retten, jf. dom af 19.11.1991, *Francovich m.fl.* (C-6/90 og C-9/90, EU:C:1991:428, præmis 40), af 5.3.1996, *Brasserie du pêcheur og Factortame* (C-46/93 og C-48/93, EU:C:1996:79, præmis 51), og af 14.3.2013, *Leth* (C-420/11, EU:C:2013:166, præmis 41).

51 – Jf. dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 34). Jf. i denne retning også allerede dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 66).

52 – Jf. i denne henseende dom af 11.9.2018, *IR* (C-68/17, EU:C:2018:696, præmis 56).

72. For at en skade kan erstattes på grundlag af artikel 101 TEUF, skal den dog være opstået ved deltagelse i markedsfunktionen, dvs. ved udbud eller efterspørgsel af produkter eller tjenesteydelser. Dette er imidlertid ikke tilfældet i forbindelse med delstaten Oberösterreichs skade, eftersom delstaten handlede som statslig kreditgiver inden for rammerne af sine politiske beføjelser til at støtte socialt boligbyggeri og ikke med afkast for øje. EU-lovgiver havde ganske enkelt ikke sådanne statslige kreditgivere i tankerne som berettigede til erstatning af tab som følge af karteller på grundlag af artikel 101 TEUF.

73. Således er offentlige myndigheder ganske vist ikke per se udelukket fra beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, som direktiv 2014/104, der også nævner myndigheder som erstatningsberettigede⁵³, og dommen i Otis-sagen, der drejede sig om Den Europæiske Unions egne erstatningskrav⁵⁴, viser. I de faktiske omstændigheder, der lå til grund for denne dom, optrådte Kommissionen imidlertid netop ikke som udøver af sin myndighed, men som efterspørger på markedet, hvorfor de omtvistede økonomiske tab i det pågældende tilfælde var opstået ved deltagelse i markedsfunktionen.

74. Med dette anbringende skal delstaten Oberösterreich fratages retten til erstatning af den skade, der er gjort gældende i hovedsagen, hovedsageligt på grundlag af den omstændighed, at delstaten har lidt denne skade i forbindelse med udøvelsen af en aktivitet, der tog sigte på gennemførelsen af dens politiske beføjelser og ikke havde gevinst for øje. Anbringendet er således reelt baseret på den antagelse, at det følger af den omstændighed, at målet med artikel 101 TEUF er at opretholde konkurrencen, at det også kun er personer, der deltager i konkurrencen som udbydere eller efterspørgere, der er beskyttet af artikel 101 TEUF, og at det dermed også kun er skader, der er opstået i forbindelse med en deltagelse i konkurrencen, der kan erstattes på grundlag af denne bestemmelse.

75. Denne konklusion må dog afvises, uden at det med henblik herpå er nødvendigt at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt delstaten Oberösterreichs aktivitet som omhandlet i hovedsagen skal kvalificeres som deltagelse i markedsfunktionen. Som delstaten med rette har gjort gældende, fremgår det nemlig allerede af Domstolens hidtidige retspraksis, at en kategorisk begrænsning af retten til erstatning for skader, der følger af et kartel, netop ikke er forenelig med beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF (1). Hverken delstatens særlige egenskaber som statslig kreditgiver (2) eller bestemmelserne i direktiv 2014/104 (3) kan rejse tvivl om denne konstatering.

1) Uforeneligheden af en kategorisk begrænsning af retten til erstatning med artikel 101 TEUF

76. Det er korrekt, at formålet med artikel 101 TEUF er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes⁵⁵. Dette betyder imidlertid ikke omvendt, at retten til at kræve erstatning for den skade, der er opstået som følge af et kartel, kun tilkommer personer, der lider denne skade inden for rammerne af deres deltagelse på det marked, der er berørt af et kartel, eller på markeder i et tidligere eller efterfølgende led eller på tilstødende markeder i forhold til dette marked eller generelt i forbindelse med en deltagelse i markedsfunktionen.

53 – Jf. 3. og 13. betragtning til direktiv 2014/104.

54 – Dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 43 og 44).

55 – Jf. i denne retning dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 32), og af 22.10.2015, AC-Treuhand mod Kommissionen (C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 36).

77. Ifølge Domstolens praksis skal muligheden for at kræve erstatning for skade forårsaget af et kartel for det første sikre den fulde og effektive virkning af artikel 101 TEUF og det heri fastsatte kartelforbud⁵⁶. Retten til at kræve erstatning for en sådan skade er nemlig egnet til at hindre aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen⁵⁷. For det andet udgør denne ret en effektiv beskyttelse mod de skadelige følger, som enhver overtrædelse af artikel 101, stk. 1, TEUF vil kunne have for borgerne, for så vidt som den giver enhver, der har lidt skade som følge af denne overtrædelse, ret til at kræve en samlet erstatning⁵⁸.

78. Både sikringen af den fulde og effektive virkning af artikel 101 TEUF og beskyttelsen mod de ugunstige følger af en overtrædelse af konkurrencereglerne ville i høj grad lide skade, hvis muligheden for at kræve erstatning for skade forårsaget af et kartel var begrænset til markedsdeltagere. Derigennem ville et stort antal potentielle sagsøgere på forhånd under ét blive udelukket fra muligheden for at kræve erstatning af karteldeltagerne, uanset om der foreligger en tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse mellem kartellet og den lidte skade.

79. Det er således ganske vist korrekt, at en hindring, begrænsning eller fordrejning af konkurrencen som følge af et kartel, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, i reglen finder sted på markedet. Dette betyder imidlertid hverken, at skader forårsaget af et kartel kun kan indtræde på det marked, der er berørt af kartellet, eller på markeder i et tidligere eller efterfølgende led eller på tilstødende markeder i forhold til dette marked⁵⁹, eller, at skader forårsaget af et kartel i det hele taget kun kan opstå i forbindelse med udbud og efterspørgsel af produkter eller tjenesteydelser på markedet. Den foreliggende sag illustrerer tværtimod de mange former for skader, der kan forårsages af konkurrencebegrænsende adfærd, og som hverken er begrænset til skader, der opstår hos de direkte eller indirekte underleverandører eller aftagere på det marked, der er berørt af kartellet, eller et tilstødende marked, eller til skader, der optræder i forbindelse med udøvelsen af en aktivitet med gevinst for øje.

80. Domstolen har netop taget denne mangfoldighed i betragtning, idet den helt generelt har defineret retten til erstatning af skader forårsaget af et kartel med en formulering, hvorefter »enhver« har adgang til at kræve erstatning for den lidte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og kartellet⁶⁰, og idet den har fastslået, at det er uforeneligt med artikel 101 TEUF at udelukke denne ret til erstatning for visse skader som følge af et kartel af retlige grunde og kategorisk uanset omstændighederne i det konkrete tilfælde⁶¹. En begrænsning af retten til erstatning til markedsdeltagere ville imidlertid netop føre til, at erstatningsansvaret for de virksomheder, der har deltaget i et kartel, for så vidt angår visse former for skader af retlige grunde uafhængigt af de specifikke omstændigheder i det konkrete tilfælde udelukkes kategorisk og generelt.

81. Det følger dermed i sidste ende af Domstolens praksis, at formålet med artikel 101 TEUF, nemlig opretholdelsen af en ufordrejet konkurrence inden for fællesmarkedet, netop ikke indeholder nogen begrænsning af retten til erstatning for skader som følge af et kartel. Tværtimod giver artikel 101 TEUF enhver adgang til at kræve erstatning for enhver skade forårsaget af et kartel.

56 – Jf. i denne retning dom af 20.9.2001, *Courage og Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, præmis 26), af 13.7.2006, *Manfredi m.fl.* (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 60), og af 5.6.2014, *Kone m.fl.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 21).

57 – Jf. dom af 5.6.2014, *Kone m.fl.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

58 – Dom af 6.6.2013, *Donau Chemie m.fl.* (C-536/11, EU:C:2013:366, præmis 24). Om de to funktioner af retten til erstatning for skade som følge af et kartel, jf. også mit forslag til afgørelse *Kone m.fl.* (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 59, 60 og 71) samt generaladvokat Wahls forslag til afgørelse *Skanska Industrial Solutions m.fl.* (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 28).

59 – Tilsvarende kan også en virksomhed, der ikke selv er aktiv som udbyder eller efterspørger på et marked, der er berørt af et kartel, medvirke til at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på dette marked og dermed overtræde artikel 101 TEUF; jf. dom af 22.10.2015, *AC-Treuhand mod Kommissionen* (C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 26, 33 ff.).

60 – Jf. punkt 40 ovenfor i dette forslag til afgørelse og den retspraksis, der er nævnt i fodnote 29 til dette punkt.

61 – Dom af 5.6.2014, *Kone m.fl.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 19, 33 og 37).

82. Dette kan imidlertid ikke, som elevatorproducenterne frygter, sidestilles med en ubegrænset udvidelse af retten til erstatning, der ville føre til, at karteldeltagerne uanset omstændighederne i det konkrete tilfælde pålægges et ubegrænset erstatningsansvar for alle mulige nok så fjerne skader, som deres konkurrencebegrænsende adfærd måtte have forvoldt efter princippet »*conditio sine qua non*« (også kaldet *ækvivalent årsagsforbindelse* eller *but for-årsagsforbindelse*)⁶².

83. Tværtimod tages der hensyn til karteldeltageres ret til retssikkerhed og nødvendigheden af at dæmme op for et ubegrænset ansvar, idet karteldeltagerne kun skal erstatte skader, hvor der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem disse og deres konkurrencebegrænsende adfærd og karteldeltagerne derfor kunne forudse disse⁶³.

84. Det afgørende spørgsmål med henblik på, om delstaten Oberösterreichs skade i det foreliggende tilfælde er erstatningsberettiget, er således ikke, som Kommissionen og elevatorproducenterne har anført, om der er tilstrækkelig forbindelse mellem denne skade og beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF. Som anført ovenfor er det netop i overensstemmelse med beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, at enhver skade, hvor der foreligger en årsagsforbindelse med overtrædelsen af denne bestemmelse, er erstatningsberettiget. I den foreliggende sag er det afgørende spørgsmål derfor i stedet, om der foreligger en tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse mellem elevatorkartellet og den skade, som delstaten har krævet erstatning for.

2) Delstaten Oberösterreichs særlige egenskaber som statslig kreditgiver

85. Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionens og elevatorproducenteres argumentation, hvorefter navnlig delstaten Oberösterreichs skade ikke er omfattet af beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, idet den er opstået inden for rammerne af denne lokale myndigheds udførelse af dennes politiske opgaver, heller ikke kan tiltrædes.

86. At nægte delstaten Oberösterreich erstatning for dens skade med den begrundelse, at den ved tildelingen af støttelånene handlede inden for rammerne af udførelsen af dennes politiske opgaver og ikke med henblik på at indkøbe midlerne til at opfylde disse opgaver, som f.eks. ved købet af elevatorer til dens bygninger, ville føre til, at statslige myndigheder altid skal udelukkes fra beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, når de ikke handler inden for rammerne af deres indkøbsvirksomhed og dermed som efterspørger på markedet.

87. Dette ville reelt resultere i, at erstatning af bestemt former for skader af retlige grunde uafhængigt af de specifikke omstændigheder i det konkrete tilfælde udelukkes kategorisk og generelt. Ifølge Kone-dommen er en sådan generel udelukkelse imidlertid netop ikke forenelig med artikel 101 TEUF⁶⁴. En effektiv håndhævelse af artikel 101 TEUF kræver netop, at enhver har adgang til at kræve erstatning for den skade, vedkommende har lidt som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne.

88. I denne forbindelse tegner statslige kreditgiveres erstatningsret sig for et særligt vigtigt bidrag til håndhævelse af kartelforbuddet. Til forskel fra den offentlige håndhævelse af kartelretten afhænger den civilretlige håndhævelse nemlig af de skadelidtes initiativ. Dette initiativ udebliver, hvis de skadelidte ikke har noget økonomisk incitament til at gøre deres skader gældende, eksempelvis fordi den enkelte kun har lidt en beskedent skade. Dette vil ofte være tilfældet, når private endelige forbrugere køber et produkt, der er en smule for dyrt, og kun er berørt af en prisaftale i form af en mindre skade, der påføres mange personer. For sådanne private endelige forbrugere kan et erstatningssøgsmål for det meste ikke betale sig.

62 – Jf. herom allerede mit forslag til afgørelse Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:45, punkt 33).

63 – Jf. herom ovenfor punkt 66 og 67 samt nedenfor punkt 132 ff. i nærværende forslag til afgørelse.

64 – Jf. punkt 80 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

89. Statslige kreditgivere, der udbetaler betydelige støttemidler, har derimod en interesse i at anlægge søgsmål for at gøre deres skade gældende og er derfor pålidelige aktører, når det drejer sig en effektiv håndhævelse af den europæiske konkurrenceret.

90. I øvrigt har hverken Kommissionen eller elevatorproducenterne fremført holdbare begrundelser for, at skader, som offentlige myndigheder har lidt inden for rammerne af udførelsen af deres politiske opgaver uden gevinst for øje, generelt skal udelukkes fra erstatning. En sådan udelukkelse kan heller ikke retfærdiggøres. Der ses navnlig ikke at være nogen grund til, at retten til at kræve erstatning for skader opstået som følge af et kartel, kun skulle tillægges private aktører, der handler med henblik på opfyldelse af deres erhvervsaktiviteter og i kommercielt øjemed, men ikke statslige aktører, der opfylder deres opgaver i offentlighedens interesse og handler uden gevinst for øje.

91. Som anført ovenfor tager begrænsningen af muligheden for erstatning til skader, der opstår inden for rammerne af en kommerciel deltagelse i konkurrencen, ikke højde for markedsfunktionens kompleksitet og interventioner fra statslige aktører, der er knyttet til markedsfunktionen⁶⁵. Denne kompleksitet af forbindelserne mellem faktiske økonomiske omstændigheder og årsagsforbindelser illustreres i det foreliggende tilfælde ved, at delstaten Oberösterreich som långiver skabte en finansieringsmulighed for aftagerne af elevatorer og dermed i det hele taget muliggjorde en stor del af efterspørgslen på det marked, der var berørt af elevatorkartellet. Jeg ser ingen grund til, at en sådan aktør, der er et bærende element for det afsætningsmarked, der skades af et kartel, som udgangspunkt ikke skulle være omfattet af beskyttelsesområdet for artikel 101 TEUF.

92. Dette gælder så meget desto mere, som delstaten Oberösterreich i forbindelse med tildelingen af støttemidler ganske vist ikke optrådte kommercielt og som konkurrent, men alligevel deltog i det økonomiske liv som selvstændig enhed og i denne egenskab har lidt den skade, der gøres gældende i hovedsagen.

93. Dermed er den opfattelse, som anføres i den tyske litteratur på baggrund af de tyske lovbestemmelser⁶⁶, og som er blevet fremført af den forelæggende ret og nogle parter, hvorefter det principielt kun er markedsdeltagere, som er berettiget til erstatning for skade, der er opstået som følge af et kartel, men ikke selskabsdeltagere, direktører, arbejdstagere eller investorer i en berørt virksomhed⁶⁷, heller ikke til hinder for, at delstaten Oberösterreich har ret til erstatning.

94. Uden at det i det foreliggende tilfælde er nødvendigt at tage stilling til denne diskussion, er det tilstrækkeligt at konstatere, at delstaten Oberösterreichs situation som statslig kreditgiver i al fald ikke er sammenlignelig med situationen for selskabsdeltagere, direktører, arbejdstagere eller investorer i en virksomhed, der har lidt skade som følge af et kartel. Direktører, selskabsdeltagere og arbejdstagere, men også investorer i kapitalselskaber udgør nemlig i denne funktion ikke nogen selvstændig enhed i det økonomiske liv, og deres skade består som regel i, at en virksomhed, der deltager i det økonomiske liv, mister værdi eller lider en anden skade. Statslige kreditgivere som delstaten optræder derimod indiskutabelt som selvstændig enhed i det økonomiske liv, og deres skade består ikke i, at en anden virksomhed som følge af en prisaftale har tabt værdi eller lidt skade. Derimod har delstaten i det foreliggende tilfælde selv lidt egen skade i sin egenskab af statslig kreditgiver.

65 – Jf. punkt 79 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

66 – § 33, stk. 3, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (lov om konkurrencebegrænsninger, GWB) bestemmer, at »den som i sin egenskab af konkurrent eller anden *markedsdeltager* påføres ulempe som følge af overtrædelsen« (min fremhævelse) er berørt af en overtrædelse af konkurrencereglerne og dermed berettiget til erstatning.

67 – Jf. H. P. Logemann, *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, s. 243 ff.; V. Emmerich, i U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, 5. oplag, bind 2, Beck, München, 2014, § 33 GWB punkt 14; C. Heinze, *Schadensersatz im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, s. 191 ff. Med henvisning til Domstolens praksis taler P. Engelhoven/B. Müller, »Kartellschadensersatz für Aktionäre einer kartellgeschädigten AG?«, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2018, s. 602 ff., derimod for, at aktionærer, som kan gøre deres egen skade gældende, der ikke er identisk med selskabets, har søgsmålskompetence.

3) Bestemmelserne i direktiv 2014/104

95. Afslutningsvis følger det, i modsætning til, hvad ThyssenKrupp har gjort gældende, heller ikke af de specifikke bestemmelser i direktiv 2014/104 om retten til erstatning for karteldeltageres leverandører og indirekte aftagere⁶⁸, at statslige kreditgivere som delstaten Oberösterreich er undtaget fra retten til erstatning for skade som følge af et kartel. Baggrunden for disse bestemmelser er derimod, at de skader, som leverandører og indirekte aftagere i et kartels forsynings- og afsætningskæde påføres, er et særligt almindeligt fænomen, der derfor kan reguleres ved almindelige bestemmelser.

96. Det kan imidlertid ikke modsætningsvis udledes af disse særskilte bestemmelser, at lovgiver havde til hensigt at begrænse kredsen af berettigede til erstatning for skader som følge af et kartel til direkte og indirekte deltagere på det marked, der er berørt af et kartel, eller generelt til markedsdeltagere og udelukke andre skadelidte fra deres ret til erstatning, der hidrører direkte fra artikel 101 TEUF og dermed er forankret i den primære ret. Tværtimod har lovgiver i artikel 3 i direktiv 2014/104 udtrykkeligt og uden nogen form for begrænsning bestemt, at medlemsstaterne er forpligtet til at sikre, at enhver fysisk eller juridisk person, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af konkurrenceretten, kan kræve og opnå fuld erstatning for denne skade⁶⁹.

4) Foreløbig konklusion

97. Det følger heraf, at statslige kreditgivere som delstaten Oberösterreich er omfattet af beskyttelsesformålet med forbuddet mod prisaftaler i artikel 101 TEUF. Sådanne kreditgivere kan derfor kræve erstatning, når de har lidt en faktisk skade som følge af en prisaftale, og der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem denne skade og den pågældende prisaftale.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt delstaten Oberösterreich har lidt en faktisk, erstatningsberettiget skade

98. Elevatorproducenterne og Kommissionen er af den opfattelse, at selv hvis statslige kreditgivere som delstaten Oberösterreich er omfattet af beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, er den skade, som delstaten har gjort gældende, under alle omstændigheder ikke erstatningsberettiget.

99. De midler, som delstaten Oberösterreich anvendte til den favorable långivning, var nemlig øremærket til støtte til boligbyggeri og havde slet ikke kunnet anvendes til andre formål. Derudover var det samlede årlige støttebeløb, der stod til rådighed, fastlagt på forhånd og dermed uafhængigt af omkostningerne til de enkelte støttede byggeprojekter, herunder omkostningerne til de deri monterede elevatorer, der angiveligt var for høje som følge af kartellet. Endelig viser delstatens hidtidige praksis, at de støttemidler, der forefindes, hvert år er blevet anvendt fuldt ud. Selv hvis dette ikke havde været tilfældet, ville de overskydende støttemidler under alle omstændigheder ligeledes være blevet anvendt til støtte til boligbyggeri i det følgende år.

100. Dermed kan den skade, der er opstået ved, at de enkelte lån, der er koblet til størrelsen af byggeomkostningerne i hvert enkelt tilfælde, angiveligt er blevet højere end uden elevatorkartellet⁷⁰ på grund af, at elevatorerne har været for dyre som følge af kartellet, højst bestå i, at delstaten Oberösterreich kunne tildele færre lavtforrentede lån, end det havde været tilfældet uden kartellet. Hvis hvert enkelt lån havde været lavere, havde der samlet set kunnet tildeles flere lån, og dermed havde der kunnet ydes støtte til flere boligbyggeriprojekter.

68 – Jf. 38.-44. betragtning til direktiv 2014/104 samt direktivets kapitel IV med overskriften »Overvæltning af overpriser« (artikel 12 ff.).

69 – Jf. i denne retning også 11., 12. og 13. betragtning til direktiv 2014/104 samt direktivets artikel 2, nr. 6).

70 – Jf. om beregningen af størrelsen af støttelånene og delstaten Oberösterreichs skade punkt 13-15 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

101. På grundlag af denne argumentation er elevatorproducenterne for det første af den opfattelse, at delstaten Oberösterreich enten slet ikke har lidt nogen skade som følge af elevatorkartellet eller i al fald ingen økonomisk skade, der kan beregnes, men højst en skade af politisk karakter. Denne består i, at delstaten på grund af elevatorkartellet kun kunne gennemføre sin politik vedrørende støtte til boligbyggeri i mindre omfang end under normale omstændigheder. Herved er der imidlertid ikke tale om en skade, som delstaten selv har lidt, men i givet fald om en skade, der er påført offentligheden.

102. For det andet har Kommissionen og elevatorproducenterne anført, at det rentetab, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, er rent spekulativt og hypotetisk. Det var slet ikke muligt at investere de støttemidler, der var øremærket til boligstøtte, på anden måde med afkast for øje.

103. Indledningsvis skal det fastslås, at elevatorproducenterne åbenbart indirekte forsøger at så tvivl om den omstændighed, at de støttelån, som delstaten Oberösterreich tildelte, rent faktisk blev højere på grund af de forhøjede elevatorpriser som følge af kartellet, end det ville have været tilfældet uden elevatorkartellet. En sådan argumentation må imidlertid forkastes. Både den omstændighed, at priserne på elevatorer på det østrigske marked i den relevante periode var højere på grund af elevatorkartellet, end det ville have været tilfældet under normale konkurrencevilkår, og den omstændighed, at støttelånene var koblet til størrelsen af omkostningerne til byggeriet og dermed også elevatorerne, anses af den forelæggende ret for godtgjort og bestrides ikke for alvor af nogen af parterne. Dermed skal disse kendsgerninger også lægges til grund for besvarelsen af nærværende præjudicielle forelæggelse.

104. På denne baggrund kan hverken argumentet om, at det påberåbte rentetab er hypotetisk (1), eller argumentet om, at den i sagen omhandlede skade er af rent politisk karakter (2), anvendes til støtte for elevatorproducenternes og Kommissionens argumentation.

1) Spørgsmålet om, hvorvidt det rentetab, som delstaten Oberösterreich har påberåbt sig i hovedsagen, er erstatningsberettiget

105. Elevatorproducenterne har ret, når de medgiver, at offentligheden i det foreliggende tilfælde har lidt skade, som består i, at der på grund af de forhøjede elevatorpriser kunne tildeles færre støttelån, end det havde været tilfældet uden kartellet. Derved kunne der reelt finansieres færre byggeprojekter og delstaten Oberösterreichs politik vedrørende støtte til boligbyggeri kunne derfor kun gennemføres i ringere omfang end uden kartellet. Når elevatorproducenterne under retsmødet anførte, at der aldrig var penge nok i støttepuljerne, og at der altid var ventetid for støttemodtagerne, illustrerer det, at den derved opståede skade er en realitet.

106. Den argumentation, som elevatorproducenterne fremfører på grundlag af denne kendsgerning, er imidlertid fejlagtig i to henseender: For det første, fordi de synes at sætte lighedstegn mellem den ovenfor fastslåede skade, der blev påført offentligheden, og den skade, for hvilken delstaten Oberösterreich har krævet erstatning i hovedsagen. For det andet, fordi de synes at lægge til grund, at en sådan skade, der er påført offentligheden, per se ikke er erstatningsberettiget.

107. I første omgang skal det præciseres, at den skade, som offentligheden er blevet påført, idet der kunne gives støtte til færre sociale byggerier end uden kartellet, ikke svarer til det rentetab, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende i hovedsagen.

108. Disse to skader skyldes ganske vist samme omstændighed, nemlig den at delstaten Oberösterreich på grund af de forhøjede elevatorpriser har udbetalt højere lån, end det havde været tilfældet uden kartellet. Den omstændighed, at delstaten uden kartellet – forenklet udtrykt – havde haft flere penge til rådighed, kan imidlertid opgøres som skade på forskellig vis.

109. Der kan således for det første tages udgangspunkt i, at der med disse midler ville være blevet givet støtte til flere boligprojekter, og at skaden dermed består i den manglende eksistens af disse boliger – det er den politiske skade for offentligheden, hvis eksistens elevatorproducenterne erkender.

110. For det andet kan man argumentere for, at delstaten slet ikke havde kunnet fremskaffe de for meget betalte midler på finansmarkedet eller anvende dem til afdrag på løbende lån.

111. Endelig kan skaden for det tredje gengives ved, at de for meget udbetalte midler, som støttemodtagerne betalte tilbage til delstaten med tillæg af en lav rentesats, havde kunnet investeres til en højere rentesats.

112. Det er kun de sidste to skadesaspekter, der svarer til den skade, som delstaten Oberösterreich har påberåbt sig i hovedsagen. Herefter opgøres den påførte skade ud fra disse aspekter som et rentetab, der er opstået ved, at de for høje beløb, som delstaten udbetalte som følge af kartellet, kun blev tilbagebetalt af støttemodtagerne med en lavere rentesats.

113. Dermed består skaden i begge tilfælde i forskellen mellem summen af de renter, der blev tilbagebetalt af støttemodtagerne, og summen af de renter, som ville være påløbet for det for meget udbetalte beløb med anvendelse af den sædvanlige rentesats – i delstaten Oberösterreichs tilfælde den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer. Hvorvidt man fortolker denne forskel som tabt fortjeneste, fordi delstaten havde kunnet investere de for meget udbetalte midler til den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer, eller som et tab, der blev lidt, fordi delstaten selv måtte fremskaffe disse midler til den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer, kan i sidste ende komme ud på ét. En mistet renteindtægt og et lidt rentetab som følge af, at et vist beløb mangler i en bestemt periode, er nemlig i sidste ende to sider af samme sag, som består i, at man hverken kunne investere eller disponere over dette beløb.

114. Både den påførte ulempe som følge af, at et vist beløb mangler i en bestemt periode, og den fordel, der drages af, at et vist beløb står til rådighed i en bestemt periode, udlignes sædvanligvis ved, at beløb, der skal tilbagebetales, skal tilbagebetales med tillæg af de siden deres forfald påløbne rentebeløb med anvendelse af den sædvanlige rentesats. Eksempelvis er det bestemt, at beløb, der skal tilbagebetales som følge af en dom afsagt af Den Europæiske Unions Domstol eller som følge af en mindelig tvistbilæggelse, skal tilbagebetales med renter⁷¹. Tilsvarende skal støtte, der skal tilbagebetales i medfør af en afgørelse om tilbagebetaling truffet af Kommissionen, tilbagebetales med tillæg af renter⁷².

115. Såfremt Kommissionen efterfølgende erklærer ulovlig støtte forenelig med fællesmarkedet, bliver den uberettigede fordel, som støttemodtageren har fået som følge af, at denne har kunnet råde over støtten allerede før Kommissionens beslutning om forenelighed med fællesmarkedet, inddraget, idet støttemodtageren ganske vist ikke skal tilbagebetale selve støtten, men skal betale de renter, der havde skullet betales, såfremt den pågældende havde finansieret beløbet ved lån, indtil Kommissionens beslutning blev truffet⁷³. Hvis en ulovlig støtte bestod i et rentefrit lån eller et lån ydet med en lav rentesats, svarer det beløb, der skal tilbagesøges, til forskellen mellem de påløbne renter på grundlag af markedsrenten og de reelt betalte renter⁷⁴.

71 – Jf. artikel 108, stk. 4, og artikel 109 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU, Euratom) 2018/1046 af 18.7.2018 om de finansielle regler vedrørende Unionens almindelige budget, om ændring af forordning (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 og afgørelse nr. 541/2014/EU og om ophævelse af forordning (EU, Euratom) nr. 966/2012 (EUT 2018, L 193, s. 1).

72 – Jf. 25. betragtning såvel som artikel 16, stk. 2, til Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13.7.2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2015, L 248, s. 9).

73 – Jf. dom af 12.2.2008, CELF og Ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79, præmis 51 ff.).

74 – Jf. Rettens dom af 30.4.1998, Cityflyer Express mod Kommissionen (T-16/96, EU:T:1998:78, præmis 8, 43 og 50 ff.), af 27.9.2012, Italien mod Kommissionen (T-257/10, ikke offentliggjort, EU:T:2012:504, præmis 3, 4 og 146 ff.), og af 27.9.2012, Wam Industriale mod Kommissionen (T-303/10, ikke offentliggjort, EU:T:2012:505, præmis 3, 4 og 154 ff.).

116. Sidstnævnte situation ligner det foreliggende tilfælde, idet den skade, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, ikke omfatter en tilbagebetaling af et for meget udbetalt beløb, men kun de renter, der efter den sædvanlige rentesats ville være påløbet for det beløb, som støttemodtagerne som følge af kartellet har betalt for meget, med fradrag af de lavere renter, som støttemodtagerne selv allerede har betalt til delstaten. Selve det beløb, der er betalt for meget som følge af kartellet, har delstaten derimod ikke krævet tilbagebetalt, eftersom merprisen som følge af kartellet netop ikke blev betalt af delstaten, men af de enkelte støttemodtagere ved hjælp af de lavtforrentede lån, som delstaten ydede.

117. Det foreliggende tilfælde adskiller sig i så henseende fra et tilfælde, hvor byggeprojekterne finansieres på markedsvilkår. I et sådant tilfælde ville kreditgiveren ikke have et tab, eftersom denne ville få tilbagebetalt de ydede lån forrentet med markedsrenten, mens bygherrens rentetab til gengæld ville være tilsvarende større og uden tvivl skulle erstattes af karteldeltagerne. Den omstændighed, at en offentlig kreditgiver i stedet har ydet et støttelån på mere fordelagtige vilkår, kan ikke begrunde en reduktion af karteldeltagernes ansvar.

118. I den foreliggende sag er der nemlig opstået to forskellige skader med samme årsag – overprisen som følge af kartellet. Dels støttemodtagernes skade, som består af overprisen som følge af kartellet med tillæg af de lave renter, der er betalt til delstaten Oberösterreich for at stille dette beløb til rådighed, dels delstatens tab, som består af det renteaflast, der ville være opnået ved anvendelse af den sædvanlige rentesats for den del af de favorable lån, der blev forhøjet som følge af kartellet, med fradrag af det rentebeløb, som støttemodtagerne har betalt herfor, og som er nedsat som følge af anvendelsen af en favorabel rentesats⁷⁵.

119. Heraf følger for det første, at elevatorproducenternes argument om, at skaden egentlig ligger hos støttemodtagerne og ikke hos delstaten Oberösterreich, må forkastes. Det samme gælder for Kommissionens argument om, at det rentetab, der er opstået i det foreliggende tilfælde, udlignes ved, at det beløb, der svarer til støttemodtagernes skade (overpris plus den betalte lave rentesats herfor), på sin side skal tilbagebetales med renter. Begge argumenter hviler nemlig på den fejlagtige sidestilling af støttemodtagernes og delstatens skade. Derudover er Kommissionens argument baseret på en forveksling af den omstændighed, at selve den skade, som delstaten har gjort gældende, er et rentetab, og den omstændighed, at alle beløb til erstatning for skader som følge af et kartel uanset af hvilken art – dvs. uanset om det drejer sig om rentetab, skader som følge af for høje priser eller andre skader – skal betales tilbage med tillæg af de renter af selve disse beløb, der er påløbet siden beløbenes forfald⁷⁶.

120. For det andet følger det af karakteren af den skade, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, at elevatorproducenternes og Kommissionens argumentation om, at denne skade er en ren hypotetisk skade, eftersom delstaten under alle omstændigheder ikke havde kunnet investere de lånebeløb, der som følge af kartellet blev udbetalt med for store beløb, med et bedre afkast, er fejlagtig. Som anført ovenfor i punkt 114 og 115 i dette forslag til afgørelse, er det i overensstemmelse med den almindelige retsstilling og -praksis at fortolke det blotte ulovlige fravær af et vist beløb i en

75 – De ydede lavtforrentede *stöttelån* adskiller sig dermed fra de *mistede tilskud*, hvormed delstaten Oberösterreich dækker en del af støttemodtagernes opførelsesomkostninger eller afdrag på lån i form af direkte tilskud eller tilskud til afdrag, og som ikke er genstand for nærværende præjudicielle forelæggelse (jf. ovenfor punkt 12-14 i dette forslag til afgørelse). For så vidt angår disse mistede tilskud er der sammenfald mellem delstatens og støttemodtagernes skader på grund af overprisen som følge af kartellet, for så vidt som delstatens skade svarende til den del af de mistede tilskud, der modsvarer forhøjelsen af elevatoromkostningerne som følge af kartellet, er indeholdt i den overpris, som støttemodtagerne har betalt af samme årsag. Derfor har modtagerne af de direkte tilskud i hovedsagen overdraget den del af deres krav over for karteldeltagerne, der vedrører den betalte overpris, som svarer til delstatens mistede tilskud, til sidstnævnte, som har gjort disse krav gældende over for karteldeltagerne; jf. henvisningerne i dommene fra første og anden instans i hovedsagen ovenfor i fodnote 12 i dette forslag til afgørelse.

76 – Dom af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 97).

bestemt periode som en konkret økonomisk skade, uden at dette kræver yderligere begrundelser. Tilsvarende er det i overensstemmelse med den almindelige retsstilling og -praksis at afspejle denne skade i det rentebeløb, der ville være påløbet for de pågældende beløb i den pågældende periode med anvendelse af den relevante rentesats.

121. Dermed skal Kommissionens og elevatorproducenternes argument om, at den skade, som delstaten Oberösterreich har gjort gældende, er en yderligere renteindtægt og dermed en *lucrum cessans*, som delstaten kun kunne have realiseret, hvis den ulovligt og i strid med deres formål ikke havde anvendt de pågældende beløb til tildeling af lavtforrentede lån til støtte af boligbyggeri, men til spekulationsforretninger på finansmarkedet. Den skade, som delstaten har krævet erstatning for, er snarere en formueskade og dermed en *damnum emergens*, der – som anført i punkt 114, 115 og 120 i dette forslag til afgørelse – består i, at delstaten i den relevante periode ikke kunne disponere over de for meget udbetalte lånebeløb.

122. Heraf følger, at argumentationen om, at delstaten Oberösterreich enten ikke har godtgjort i tilstrækkelig grad, at den havde kunnet investere de pågældende beløb til den gennemsnitlige rentesats for statsobligationer, eller ikke i tilstrækkeligt omfang henholdsvis rettidigt har gjort gældende, at den selv skulle skaffe disse beløb ved låntagning til denne rentesats eller anvende dem til afdrag på løbende lån, også er forfejlet. Formålet med en lovbestemt ret til renter er jo netop at overflødiggøre en bevisførelse vedrørende konkret fortjeneste gennem en investeringsmulighed.

123. Som delstaten Oberösterreich har anført under retsmødet, indeholder østrigsk retspraksis selv et princip om, at midler, som statslige myndigheder råder over, skal investeres i fastforrentede statsobligationer, og den relevante rentesats herfor tjener som rettesnor for beregningen af tab, der opstår som følge af, at sådanne midler mangler i perioder. Ifølge delstaten blev denne retspraksis udtrykkeligt også anvendt på dens skade, som sagen vedrører.

124. Dette indebærer, at en statslig kreditgiver som delstaten Oberösterreich i en situation som den foreliggende ikke skal godtgøre og bevise, at denne havde kunnet investere det pågældende beløb med bedre afkast eller havde kunnet anvende det til afdrag på løbende lån. Det er derimod tilstrækkeligt, at en sådan kreditgiver ved den nationale ret godtgør, hvilket beløb kreditgiveren måtte undvære og hvor længe, og eventuelt hvad den relevante rentesats havde været. Som delstaten med rette har anført, ville en mere vidtgående forpligtelse specifikt for offentlige kreditgivere til at bevise, at de har kompetence til at investere omhandlede beløb på den pågældende måde eller at anvende dem til at afdrage på egne lån, udgøre en ubegrundet ringere behandling af statslige aktører set i forhold til private aktører, for hvem der ikke gælder en sådan bevispligt.

125. Blot for fuldstændighedens skal det derfor fastslås, at delstaten Oberösterreich under den foreliggende sag i al fald på overbevisende måde har godtgjort, at delstaten ikke blot rådede over kompetencen til for så vidt angår midler, der var til rådighed i kort tid, og som var øremærket til støtte til boligbyggeri, indtil deres videre formålsbundne anvendelse (udbetaling til støttemodtagere) enten at investere disse fastforrentet i statsobligationer eller anvende dem til at afdrage på løbende lån, men at delstaten endog havde en forpligtelse hertil inden for rammerne af dennes forvaltning af aktiver. Tilsvarende har delstaten forklaret, at den allerede i sin indledende fremstilling i hovedsagen støttede sin skade både på muligheden for at investere de omhandlede beløb på markedsvilkår og på muligheden for at anvende disse beløb til afdrag på egne lån. Dette synes også at blive bekræftet af kendelsen afsagt af retten i anden instans i hovedsagen⁷⁷.

⁷⁷ – Dette fremgår af gengivelsen af parternes indlæg, selv om retten i anden instans alene har noteret, at delstaten Oberösterreich har støttet beregningen af sin skade på tabet af investeringsmuligheder; jf. kendelse truffet af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien, Østrig) som appeldomstol (ret i anden instans i hovedsagen) af 27.4.2017 (sag nr. 5 R 193/16p-73, s. 10, 13, 48).

126. Følgelig skal en skade som den, delstaten Oberösterreich har gjort gældende i hovedsagen, erstattes på grundlag af artikel 101 TEUF, hvoraf det direkte følger, at enhver har ret til erstatning af den skade, som vedkommende er blevet påført som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne. I henhold til opgavedelingen mellem Domstolen og de nationale retter påhviler det nu den forelæggende ret at fastslå det nøjagtige omfang af den skade, der skal erstattes⁷⁸.

2) Offentlighedens skade på grund af den utilstrækkelige gennemførelse af støtten til boligbyggeri som følge af kartellet

127. Som anført ovenfor, vedrører argumentet om, at den rent politiske skade, der i det foreliggende tilfælde er påført offentligheden som følge af elevatorkartellet, ikke er erstatningsberettiget, slet ikke den i hovedsagen omhandlede skade, og det er således irrelevant⁷⁹. Blot for fuldstændighedens skyld skal det derfor fastslås, at dette argument i øvrigt også er forfejlet i materiel henseende.

128. Uafhængigt af spørgsmålet om den konkrete beregning af den opståede skade, der skal besvares i anden omgang, ville det nemlig være en uacceptabel udformning af princippet »privatisering af overskud, nationalisering af tab«, såfremt en skade, som er blevet påført offentligheden på grund af en utilstrækkeligt gennemført forpligtelse til offentlig tjeneste som følge af et kartel, per se ikke skulle anses for erstatningsberettiget eller endog for ikke-eksisterende.

129. Hvad angår det materielle aspekt og den konkrete gengivelse samt den økonomiske karakter og beregnelighed af en skade, der er påført »offentligheden«, kan det ganske vist vise sig at være vanskeligt at opgøre en sådan skade konkret. I sådanne tilfælde kunne der imidlertid anvendes økonomiske modelberegninger, eller det kunne overvejes at opgøre den pågældende skade som immateriel skade.

130. Tilsvarende kan man nok forestille sig tilfælde, hvor det er vanskeligt at identificere den juridiske person, som konkret skal have erstatning for en skade, der er påført »offentligheden«. I sådanne tilfælde kunne det dog overvejes, at en repræsentant for den offentlige interesse på offentlighedens vegne kræver erstatning for den påførte skade, og at den erstatning, som skadevolderne betaler, indbetales til en fond, hvis indtægter kommer offentligheden til gode⁸⁰.

3) Foreløbig konklusion

131. Det følger af det ovenstående, at delstaten Oberösterreichs skade, der består i, at det lånebeløb, der blev ydet som en procentdel af produktomkostningerne, var højere, end det ville have været uden kartelaftalen, hvorfor delstaten ikke kunne investere disse beløb til markedsrenten eller anvende dem til afdrag på løbende lån, er en skade, der skal erstattes på grundlag af artikel 101 TEUF, for så vidt der foreligger en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem denne skade og den pågældende prisaf tale.

78 – Jf. i denne retning punkt 46 ovenfor i dette forslag til afgørelse samt dom af 13.7.2006, Manfredi m.fl. (C-295/04 – C-298/04, EU:C:2006:461, præmis 95-98).

79 – Jf. punkt 105-112 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

80 – En lignende konstruktion ligger f.eks. til grund for de »parens patriae antitrust actions«, der findes i amerikansk ret, og som gør det muligt for state Attorneys General at kræve erstatning kollektivt på vegne af deres borgere for mange små skader, som er blevet påført deres befolkning gennem forhøjede priser på forbrugsvarer som følge af et kartel, og at lade provenuet fra disse søgsmål tilfalde almennyttige projekter; jf. herom S. B. Farmer, »More lessons from the laboratories: Cy pres distributions in parens patriae antitrust actions brought by state Attorneys General«, 68 *Fordham L. Rev.* 1999, s. 361 ff.

c) Tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem retsbrud og skade

132. Det fremgår af ovenstående betragtninger, at to af de tre betingelser for en erstatning for delstaten Oberösterreichs skade, nemlig at den skadelidte og skaden er omfattet af beskyttelsesformålet med artikel 101 TEUF, og at der foreligger en faktisk, erstatningsberettiget skade, er opfyldt. Det afgørende er herefter, om der er en tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse mellem elevatorkartellet og delstatens skade.

133. Elevatorproducenterne og Kommissionen har bestridt dette. De har anført, at der for det første ikke er nogen tilstrækkelig konkret forbindelse mellem de forhøjede elevatorpriser som følge af kartellet og delstaten Oberösterreichs støtteforanstaltninger (1). For det andet kunne de elevatorproducenter, der deltog i kartellet, absolut ikke forudse delstatens skade (2).

1) Den konkrete forbindelse mellem elevatorpris og lånebeløb

134. Elevatorproducenterne stiller ikke for alvor spørgsmålstegn ved, at en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem de forhøjede elevatorpriser som følge af kartellet og den skade, delstaten Oberösterreich led, ikke kan bestrides på grundlag af den omstændighed, at delstaten selv ikke havde direkte kontraktforhold med de elevatorproducenter, der deltog i kartellet. En sådan argumentation ville i øvrigt også være dømt til at blive forkastet, eftersom det senest siden dommen i Kone-sagen er fastslået, at dette ikke kan være afgørende⁸¹.

135. Elevatorproducenterne har dog gjort gældende, at en anerkendelse af en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem elevatorkartellet og delstaten Oberösterreichs støtteskade vil føre til en ubegrænset udvidelse af karteldeltageres erstatningsansvar for alle følgeskader af de direkte kartelskader, der på ingen måde længere har noget at gøre med det marked, der er relevant for kartellet.

136. Det er ganske vist korrekt, at offentlig støtte principielt kan have indflydelse på byggeaktiviteter. Men det samme gælder f.eks. også for bankers rentepolitik, udformningen af skattesystemet eller andre regeludstedende aktiviteter fra statens side. Hvis det i det foreliggende tilfælde lægges til grund, at der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem elevatorkartellet og delstaten Oberösterreichs skade, ville det indebære, at enhver form for skader, som det offentlige lider i forbindelse med gennemførelsen af også helt generelle skattemæssige, regulerende eller andre foranstaltninger, skal anses for erstatningsberettigede, alene af den grund, at disse kan have en eller anden form for virkninger på det marked, der er berørt af et kartel.

137. Denne argumentation må forkastes.

138. Den i hovedsagen omhandlede foranstaltning fra delstaten Oberösterreichs side er ikke en generel foranstaltning, der kan sammenlignes med en skattemæssig eller anden ordning. Delstatens politik vedrørende støtte til boligbyggeri er således ganske vist en generel socialpolitisk foranstaltning, der ikke blot støtter de enkelte støttemodtagere, men også delstatens generelle almene interesser. Ved tildelingen af støttelånene, der finder sted inden for rammerne af denne generelle politik til støtte af boligbyggeri, og ved hvis gennemførelse den omtvistede skade er opstået, er der imidlertid tale om en række helt konkrete enkeltforanstaltninger, der er iværksat over for de enkelte støttemodtagere.

139. Som delstaten Oberösterreich har redegjort for, svarer størrelsen af de enkelte lån ikke blot til en bestemt procentdel af opførelsesomkostningerne, men den nøjagtige sammensætning af disse omkostninger er detaljeret angivet i lånedokumenterne, hvorfor de nøjagtige omkostninger til de elevatorer, der er blevet monteret i de enkelte tilfælde, også fremgår heraf.

81 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 33).

140. Hvorvidt delstaten Oberösterreich havde indflydelse på sammensætningen af disse omkostninger og navnlig på valget af de elevatorer, der blev valgt i de enkelte tilfælde – hvilket elevatorproducenterne bestrider – kan lades ubesvaret. Det er tilstrækkeligt, at det står fast, at de enkelte støttede projekter samt de monterede elevatorer og de afholdte omkostninger hertil var opført detaljeret i støttedokumenterne. Delstaten støttede sig i øvrigt også hertil i hovedsagen med henblik på at beregne den nøjagtige samlede skade⁸².

141. Den påberåbte skade drejer sig derfor på ingen måde om vage følger af en generel regulerende foranstaltning, som tilfældigvis havde indvirkning på et marked, der var berørt af et kartel. Tværtimod kan forbindelsen mellem den forhøjede pris for de monterede elevatorer og størrelsen af det enkelt støttelån, der er beregnet som en procentdel heraf, konkret dokumenteres i hvert enkelt tilfælde. Dermed er der en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem delstaten Oberösterreichs skade og de forhøjede priser på det østrigske elevatormarked som følge af kartellet, og en anerkendelse af denne forbindelse i det foreliggende tilfælde kan på ingen måde sidestilles med en ubegrænset udvidelse af karteldeltageres erstatningsansvar.

2) Hvorvidt delstaten Oberösterreichs skade kunne forudses af deltagerne af elevatorkartellet

142. Som allerede anført ovenfor, har undersøgelsen af, om der foreligger en tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse mellem retsbrud og skade også til formål at sikre, at en person som følge af dennes ulovlige adfærd kun ifalder ansvar for skader, hvis opståen den pågældende med rimelighed kunne forudse⁸³.

143. I modsætning til det af Kommissionen anførte er spørgsmålet om forudsigeligheden af en bestemt form for skader for deltagerne i en overtrædelse af konkurrencereglerne ikke et rent spørgsmål om sagens faktiske omstændigheder, som det ene og alene tilkommer den forelæggende ret at undersøge. Som forklaret ovenfor, følger det derimod af Domstolens dom i Kone-sagen, at Domstolen under den præjudicielle sag abstrakt og generelt undersøger, om de EU-retlige betingelser for en erstatning for den i hovedsagen omtvistede skade er opfyldt, mens det derefter tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om disse betingelser også rent faktisk foreligger i det konkrete tilfælde⁸⁴.

144. Således undersøgte Domstolen udtrykkeligt i Kone-dommen, om umbrella pricing, hvor en tredjemand, der ikke deltager i et kartel, på grund af de forhøjede markedspriser som følge af kartellet sætter sine priser højere, end det ville have været muligt på normale konkurrencevilkår, abstrakt set er en forudsigelig mulig følge af karteller, som medlemmerne af kartellet ikke kan ignorere. Eftersom dette var tilfældet, tilkom det efterfølgende den forelæggende ret at efterprøve på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag og de særlige forhold på det berørte marked, om det pågældende kartel også reelt kunne have den konsekvens, at selvstændigt handlende tredjeparter havde anvendt umbrella pricing, og at dette ikke kunne ignoreres af karteldeltagerne⁸⁵.

145. I det foreliggende tilfælde skal det derfor undersøges, om en støtteskade som den, som delstaten Oberösterreich har krævet erstatning for i hovedsagen, abstrakt og generelt betragtet udgør en mulig forudsigelig konsekvens af et kartel, der har til formål at sikre karteldeltagerne højere priser end dem, der kan opnås under almindelige markedsvilkår.

82 – Kendelse afsagt af Oberlandesgericht Wien (øverste regionale domstol i Wien) som appelinstant (ret i anden instans i hovedsagen) den 27.4.2017 (sag nr. 5 R 193/16p-73, s. 30 og 31).

83 – Jf. punkt 83 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

84 – Jf. punkt 66-68 ovenfor i dette forslag til afgørelse.

85 – Dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 30 og 34).

146. Elevatorproducenterne og Kommissionen har anført, at dette på ingen måde kan lægges til grund. Tværtimod viser allerede forsøget på at fremstille delstaten Oberösterreichs skadespåstande kort og forståeligt, hvor konstruerede og »langt ude« disse er. Ingen forudseende elevatorproducent kan og skal påregne, at en offentlig regional myndighed, der ikke handler med gevinst for øje, i stedet for at anvende offentlige midler til gennemførelse af sine politiske almennyttige opgaver ulovligt og i strid med deres formål anvender dem til spekulation på finansmarkedet og dermed i sidste instans ukorrekt. En sådan fremgangsmåde er i strid med enhver almindelig erfaring, og dermed er en skade, der opstår som følge af tabet af en sådan spekulationsmulighed, fuldstændig uforudsigelig for erhvervsdrivende som elevatorproducenterne.

147. Denne argumentation er fuldstændig ugrundet.

148. For det første er det helt almindeligt i byggebranchen, at bygherrer gennemfører deres projekter med lånefinansiering. For deltagerne i et kartel, der har til formål at opnå højere priser end dem, der kan opnås under normale markedsvilkår, er det derfor forudsigeligt, at en skade, der opstår som følge af forhøjede priser, videregives til dem, der finansierer bygherrerne.

149. Herefter fandt de i sagen omhandlede støtteforanstaltninger, som elevatorproducenterne selv har anført under retsmødet, sted inden for en fastlagt lovramme, som erhvervsdrivende, der driver virksomhed inden for byggebranchen eller producerer bygningselementer såsom elevatorer, må antages at kende. Elevatorproducenterne måtte således påregne, at deres forhøjede priser i det mindste delvist blev finansieret af lavtforrentede støttekreditter.

150. Endelig skal en erhvervsdrivende for at kunne forudse, at en statslig kreditgiver som delstaten Oberösterreich kan blive påført et rentetab på grund af for høj udbetaling af støttemidler som følge af kartellet, ikke lægge til grund, at denne statslige aktør handler i strid med formål, lovgivning og kompetence, idet den pågældende i stedet for deres oprindelige formål anvender de midler, der er beregnet til almene formål, til at spekulere og være aktiv på finansmarkederne med gevinst for øje. Derimod er det, som anført ovenfor i punkt 114, 115 og 120 i dette forslag til afgørelse, i overensstemmelse med den almindelige retsstilling og -praksis at opgøre det ulovlige fravær af et vist beløb i en bestemt periode som rentetab.

3) Foreløbig konklusion

151. Det følger af det ovenstående, at der er en tilstrækkeligt direkte forbindelse mellem en skade som delstaten Oberösterreichs, der er opstået ved, at det lånebeløb, der blev ydet som en procentdel af produktomkostningerne, var højere, end det ville have været uden kartelaftalen, hvorfor delstaten ikke kunne investere disse beløb til markedsrenten eller anvende dem til afdrag på løbende lån, og den pågældende prisaftale.

VI. Forslag til afgørelse

152. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) på følgende måde:

»Artikel 101 TEUF skal fortolkes således, at erstatningskrav over for karteldeltagere også kan gøres gældende af personer, der ikke er aktive som udbydere eller efterspørgere på det marked, der er berørt af et kartel. Dette omfatter statslige kreditgivere, der yder lån til karteldeltagernes aftagere på favorable vilkår, idet disse personers skade består i, at det lånebeløb, der blev ydet som en procentdel af produktomkostningerne, var højere, end det ville have været uden kartelaftalen, hvorfor de ikke kunne investere disse beløb til markedsrenten eller anvende dem til afdrag på løbende lån.«