



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremsat den 30. januar 2014¹

Sag C-557/12

KONE AG m.fl.,

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

»Konkurrence — kartelret — privat håndhævelse — erstatningssøgsmål — erstatningskrav fremsat af en ikke-karteldeltagers kunde over for de karteldeltagende virksomheder på grund af ikke-karteldeltagerens forhøjede priser i ly af kartellet — umbrella pricing — direkte årsagsforbindelse — effektivitetsprincippet«

I – Indledning

1. Den foreliggende præjudicielle sag giver Domstolen mulighed for at lægge endnu en brik i puslespillet om dens praksis vedrørende den private håndhævelse af den europæiske konkurrenceret. Det drejer sig om spørgsmålet om, hvorvidt kartelmedlemmers civilretlige ansvar også omfatter »umbrella effects«, også kaldet »umbrella pricing«, der endnu ikke er blevet besvaret på EU-plan.

2. Der tales om umbrella pricing, når virksomheder, der ikke selv deltager i et kartel (såkaldte *ikke-karteldeltagere*), i ly af dette kartels ulovlige handlinger, så at sige »under kartellets paraply«, bevidst eller ubevidst, fastsætter deres egne priser højere, end de ellers ville have haft mulighed for under konkurrencevilkår. Kræver EU-retten, at ikke-karteldeltagernes kunder over for kartellets medlemmer skal kunne rejse krav om erstatning for disses forhøjede priser ved de nationale domstole? Eller er det tværtimod tilladt at udelukke en sådan erstatningspligt inden for rammerne af den nationale civilret, fordi der er tale om fjerne, ja endog indirekte skader?

3. Disse spørgsmål er opstået i forbindelse med et elevatorkartel, som Domstolen allerede har behandlet flere gange i anden sammenhæng². ÖBB-Infrastruktur AG havde i sin egenskab af køber købt elevatorer hos en producent, der *ikke* var indblandet i elevatorkartellet, og prisen for disse blev efter selskabets opfattelse fastsat højere i ly af elevatorkartellet, end det ellers havde kunnet forventes under konkurrencevilkår. ÖBB-Infrastruktur har nu anlagt sag ved de civile domstole i Østrig mod de fire virksomheder, der deltog i elevatorkartellet, med påstand om erstatning for den skade, som selskabet led som følge heraf.

¹ — Originalsprog: tysk.

² — Jf. f.eks. dom af 6.11.2012, sag C-199/11, Otis m.fl., »Otis«, EU:C:2012:684, og af 18.7.2013, sag C-501/11 P, Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen, EU:C:2013:522, samt endvidere mit forslag til afgørelse af 18.4.2013 i sidstnævnte sag.

4. Såfremt denne erstatningspåstand alene bedømmes på grundlag af østrigsk civilret, skal søgsmålet ifølge det af den forelæggende rets oplyste forkastes, fordi følgevirkningerne af umbrella pricing ifølge de i den nationale ret gældende principper ikke skal tilregnes karteldeltagerne. Domstolen skal nu tage stilling til, om EU-retten er til hinder for en så kategorisk udelukkelse af karteldeltagernes hæftelse for følgevirkningerne af umbrella pricing. Domstolens dom i denne sag vil uden tvivl blive retningsgivende for videreudviklingen af den europæiske konkurrenceret og navnlig for den private håndhævelse af denne.

II – De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

A – Elevatorkartellet

5. 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 marked³.

6. I Østrig greb den nationale konkurrencemyndighed og karteldomstolen ind over for elevatorkartellet. De bøder, som karteldomstolen udstedte i 2007⁴, blev i 2008 stadfæstet af Oberster Gerichtshof som øverste instans i kartelsager⁵. ThyssenKrupp optrådte i rollen som kronvidne.

7. 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. Kartellet havde til formål at sikre den konkret udvalgte virksomhed en højere pris end den, der kunne opnås under konkurrencevilkår. Kartellet fordrejede konkurrencen og den prisudvikling, der kunne forventes under konkurrencevilkår.

8. Karteldeltagerne forsøgte at opnå en koordinering for betydeligt mere end halvdelen af markedet for nye anlæg i Østrig. I mere end halvdelen af de pågældende projekter skete der desuden efter fælles aftale mellem karteldeltagerne en tildeling til en af disse. I alt var således mindst en tredjedel af markedsvolumenen genstand for konkrete aftaler mellem karteldeltagerne. Ca. to tredjedele af de koordinerede projekter blev gennemført som planlagt. I den resterende tredjedel af tilfældene var det enten en ikke-karteldeltager, der fik tildelt projektet, eller en karteldeltagende virksomhed, der ikke holdt sig til aftalen og afgav et lavere bud end aftalt.

9. Karteldeltagernes adfærd førte alt i alt til, at markedspriserne næppe ændrede sig, og at deres markedsandele i det store og hele forblev konstante.

B – ÖBB-Infrastrukturs erstatningssøgsmål

10. ÖBB-Infrastruktur er et datterselskab af Österreichische Bundesbahnen (de østrigske forbundsbaner) og har i denne egenskab til opgave at opføre og vedligeholde banegårde i hele Østrig. ÖBB-Infrastruktur er en vigtig kunde på det østrigske marked for elevatorer og rullende trapper.

3 — Jf. herom også de i fodnote 2 nævnte domme i sagen Otis m.fl., præmis 18 ff., og i sagen Schindler Holding m.fl. mod Kommissionen, præmis 10 ff.

4 — Kendelse afsagt af Oberlandesgericht Wien som karteldomstol den 14.12.2007, j.nr. 25 Kt 12/07.

5 — Kendelse afsagt af Oberster Gerichtshof som øverste instans i kartelsager den 8.10.2008, j.nr. 16 Ok 5/08.

11. ÖBB-Infrastruktur har ved de civile domstole i Østrig anlagt sag mod karteldeltagerne Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp med krav om erstatning på mere end 8 mio. EUR. Til støtte herfor har ÖBB-Infrastruktur i det væsentlige gjort gældende, at selskabet som følge af elevatorkartellets ulovlige handlinger har betalt for høje priser for de af selskabet indkøbte elevatorer. Der er her tale om elevatorer, som ÖBB-Infrastruktur dels har købt som karteldeltagerens direkte eller indirekte aftager, og dels som ikke-karteldeltageres kunde.

12. Genstanden for den foreliggende præjudicielle sag er alene den del af erstatningssøgsmålet, hvorved ÖBB-Infrastruktur har gjort gældende, at en ikke-karteldeltager i ly af kartellets ulovlige handlinger har faktureret betydeligt højere priser, end det havde været muligt at gøre under normale konkurrencevilkår. Denne skade har ÖBB-Infrastruktur ansat til godt 1,8 mio. EUR.

13. Førsteinstansens afgørelse, hvorved denne del af erstatningssøgsmålet blev forkastet som ubegrundet⁶, blev af Oberlandesgericht Wien som appelinstans ophævet på de afgørende punkter⁷. Nu verserer retssagen for Oberster Gerichtshof i Østrig som revisionsinstans.

14. Efter Oberster Gerichtshofs opfattelse er karteldeltagerne af retlige grunde ikke ansvarlige for den skade, som ÖBB-Infrastruktur har gjort gældende. Ifølge det af retten oplyste foreligger der dels ikke den efter østrigsk ret krævede adækvate årsagsforbindelse, dels er den skade, der er gjort gældende, ikke omfattet af konkurrencereglernes beskyttelsesformål. På baggrund af de forskellige synspunkter i debatten i faglitteraturen om den korrekte retlige behandling af følgevirkningerne af umbrella pricing er Oberster Gerichtshof dog i tvivl om, hvorvidt et sådant resultat, der alene er baseret på den nationale civilret, er foreneligt med EU-retten – navnlig effektivitetsprincippet.

III – Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

15. Ved kendelse af 17. oktober 2012 har Oberster Gerichtshof⁸, den forelæggende ret, forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Skal artikel 101 TEUF (artikel 81 EF, [EF-traktatens] artikel 85) fortolkes således, at enhver kan forlange erstatning af karteldeltagere for den skade, som er blevet ham påført af en ikke-karteldeltager, som i ly af de forhøjede markedspriser hæver prisen på sine produkter mere, end han havde gjort uden kartellet (umbrella pricing), således at det af Den Europæiske Unions Domstol hævdede effektivitetsprincip kræver, at dette tiltrædes i henhold til national ret?«

16. I den skriftlige fase af den præjudicielle procedure har deltaget ÖBB-Infrastruktur som sagsøger i hovedsagen og Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp som sagsøgte i hovedsagen samt den østrigske regering, den italienske regering og Europa-Kommissionen. Med undtagelse af de to regeringer har disse parter også afgivet indlæg på retsmødet den 12. december 2013.

6 — Deldom afsagt af Handelsgericht Wien den 19.9.2011, j.nr. 19 Cg 21/10z-57.

7 — Kendelse afsagt af Oberlandesgericht Wien som appelinstans den 21.12.2011, j.nr. 1 R 272/11v-65.

8 — J.nr. 7 Ob 48/12b.

IV – Retlig vurdering

17. Den forelæggende ret ønsker først og fremmest en fortolkning af artikel 101 TEUF, hvorimod den kun synes at henvise subsidiært til artikel 81 EF og til EF-traktatens artikel 85. Da elevatorkartellets ulovlige handlinger imidlertid fandt sted før Lissabontraktatens ikrafttræden, nærmere betegnet dels mens artikel 81 EF var gældende, dels endog mens E(Ø)F-traktatens artikel 85 var gældende, er kun de to sidstnævnte bestemmelser relevante for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål. Mine betragtninger kan dog uden videre også overføres på artikel 101 TEUF, der i det væsentlige har samme indhold.

18. I henhold til fast retspraksis kan parter, der har lidt skade på grund af et kartel, der er omfattet af henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85, rejse krav om erstatning over for de virksomheder, der har deltaget i kartellet⁹. Det er imidlertid endnu uafklaret, om sådanne erstatningskrav også omfatter de skader, som beror på ikke-karteldeltageres prisforhøjelser ud over det niveau, der kan forventes under konkurrencevilkår, og som således skyldes umbrella pricing. I faglitteraturen er dette emne stærkt omdiskuteret¹⁰. Det er derfor ikke synderligt overraskende, at også parterne i den foreliggende sag er meget uenige om dette spørgsmål, ikke mindst i betragtning af, at de økonomiske konsekvenser er betragtelige.

19. Juridisk set er det et spørgsmål om *årsagsforbindelse*, hvorvidt karteldeltagere også civilretligt kan drages til ansvar for umbrella pricing. Spørgsmålet er, om der er en tilstrækkelig tæt sammenhæng mellem kartellet og de skader, der skyldes umbrella pricing som følge af kartellet, eller om der er tale om så fjerne skader, at det ikke med rimelighed kan pålægges karteldeltagerne at erstatte disse.

20. I det følgende vil jeg først redegøre for, hvorfor problematikken om karteldeltageres civilretlige ansvar for umbrella pricing er et EU-retligt spørgsmål og ikke et spørgsmål, der henhører under national ret (jf. umiddelbart nedenfor, afsnit A). Dernæst vil jeg behandle de konkrete retlige krav, der ud fra et EU-retligt synspunkt kan stilles til årsagsforbindelsen mellem et kartel og eventuelle tilfælde af umbrella pricing (jf. herom nedenfor, afsnit B).

A – Karteldeltageres civilretlige ansvar for følgevirkningerne af umbrella pricing – en EU-retlig problemstilling

21. Den forelæggende ret og adskillige parter i sagen er af den opfattelse, at karteldeltageres civilretlige ansvar for umbrella pricing først og fremmest reguleres af national ret, og at det i denne forbindelse ud fra et EU-retligt synspunkt højst er ækvivalens- og effektivitetsprincippet, der sætter grænser for medlemsstaternes skønsmålinger. Kone argumenterer i denne forbindelse også med subsidiaritetsprincippet.

9 — Dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 25 og 26, af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., »Manfredi«, Sml. I, s. 6619, præmis 60 og 61, af 14.6.2011, sag C-360/09, Pfeiderer, Sml. I, s. 5161, præmis 28, Otis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 41 og 43, og dom af 6.6.2013, sag C-536/11, Donau Chemie m.fl., »Donau Chemie«, EU:C:2013:366, præmis 21.

10 — Om opfattelserne på begge sider af Atlanten jf. bl.a. R.D. Blair og V.G. Maurer, »Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis«, i *Utah Law Review* 1982, s. 763, J.M. Lave, »Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims«, i *Antitrust Bulletin* 48 (2003), s. 223, F.W. Bulst, »Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht«, Baden-Baden, 2006, s. 255, F.W. Bulst, i W. Möschel og F. Bien (udg.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, 2010, s. 225 (242 ff.), G. Meeßen, »Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts«, Tübingen, 2011, s. 256 ff., I. Hartung, »»Umbrella claims«: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?«, i *ecolex* 2012, s. 497, H. Beth og C.-M. Pinter, »Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren«, i *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2013, s. 228, R. Inderst, F. Maier-Rigaud og U. Schwalbe, »Umbrella Effects«, i *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17.

22. Umiddelbart synes denne opfattelse rent faktisk at finde støtte i Manfredi-dommen, hvori Domstolen anfører, at det »tilkommer [...] hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte regler for udøvelsen« af retten til erstatning, herunder regler om anvendelse af begrebet »årsagsforbindelse«, og i den forbindelse understreger, at ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet skal overholdes¹¹.

23. Ved en nærmere betragtning af Manfredi-dommen samt nogle nyere afgørelser fra Domstolen viser det sig dog, at det på det nuværende udviklingstrin i mindre grad er *eksistensen* af erstatningskrav (dvs. spørgsmålet om, *hvorvidt* der skal ydes erstatning), der afhænger af national ret, end det er *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 bevisførelse¹².

24. Princippet om, at enhver kan kræve erstatning for den lidte skade, såfremt der foreligger en årsagsforbindelse mellem denne skade og en overtrædelse af konkurrencereglerne, følger imidlertid af selve EU-retten, nærmere bestemt af kartelforbuddet i henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF)¹³. Denne direkte forankring i EU-retten er et fællestræk ved virksomheders civilretlige ansvar for deres overtrædelser af kartelforbuddet og medlemsstaternes ansvar for deres overtrædelser af EU-retten¹⁴ – på trods af alle forskelle, der i øvrigt måtte være indholdsmæssigt mellem disse instrumenter¹⁵.

25. Den omstændighed, at der navnlig for så vidt angår karteldeltageres erstatningspligt er tale om et oprindeligt EU-retligt princip, kan, som den italienske regering med rette har fremhævet, ikke mindst udledes af det nævnte kartelforbuds juridiske karakter og betydning: Dette kartelforbud gælder umiddelbart mellem private, det indebærer i kraft af den primære ret forpligtelser for alle virksomheder, der opererer på det indre marked, og kan påberåbes af enhver¹⁶. Kartelforbuddets fulde effektive virkning – *effet utile* – ville forringes, hvis ikke enhver kunne kræve erstatning for den skade, som vedkommende er blevet påført som følge af virksomheders overtrædelser af henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF)¹⁷.

26. Derfor anerkender Domstolen i Manfredi-dommen »princippet om, at enhver har ret til at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen«, uden på nogen måde at gøre eksistensen af denne rettighed betinget af medlemsstaternes nationale ret¹⁸.

11 — Manfredi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 64 og 92.

12 — Courage og Crehan-dommen, præmis 29, Manfredi-dommen, præmis 62, 64 og 77, Pfeiderer-dommen, præmis 30, og Donau Chemie-dommen, præmis 25, alle nævnt ovenfor i fodnote 9.

13 — Jf. herom Courage og Crehan-dommen, præmis 25 og 26, og Manfredi-dommen, præmis 60 og 61, nævnt ovenfor i fodnote 9. Kommissionen anerkender også dette i sit forslag af 11.6.2013 til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler, COM(2013), 404 final (herefter »direktivforslaget«), hvor den taler om »retten efter de EU-retlige regler til erstatning for skade forvoldt ved overtrædelse af EU's konkurrenceregler«; jf. 11. betragtning i præamblen til direktivforslaget.

14 — Om medlemsstaternes erstatningsansvar, jf. grundlæggende dom af 19.11.1991, forenede sager C-6/90 og C-9/90, Francovich m.fl., Sml. I, s. 5357, præmis 35-37, og af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, præmis 31.

15 — Således også generaladvokat Van Gerven i dennes forslag til afgørelse af 27.10.1993 i sag C-128/92, Banks, Sml. I, s. 1209, punkt 36-45.

16 — Jf. Courage og Crehan-dommen, præmis 19 og 23, og Manfredi-dommen, præmis 39 og 57, nævnt ovenfor i fodnote 9, begge med yderligere henvisninger.

17 — Courage og Crehan-dommen, præmis 26, Manfredi-dommen, præmis 60, 89 og 90, begge nævnt ovenfor i fodnote 9.

18 — Manfredi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 95.

27. Hvad mere er: Det fremgår af Manfredi-dommen, at både kredsen af personer, der kan kræve erstatning af karteldeltagerne for overtrædelse af det omtalte kartelforbud (»enhver«), og de former for skader, som karteldeltagerne i givet fald skal erstatte, på forhånd er fastlagt i EU-retten. Det er således allerede fastslået, at de skadelidte skal kunne kræve en egentlig erstatning (damnum emergens), herunder erstatning for tabt fortjeneste (lucrum cessans) samt renter¹⁹.

28. Overført på det foreliggende tilfælde kan det på baggrund af ovenstående konkluderes, at spørgsmålet om karteldeltageres civilretlige ansvar for umbrella pricing er et EU-retligt spørgsmål. Hvis der skal tages stilling til, om medlemmerne af et kartel skal erstatte den skade, der er forvoldt som følge af umbrella pricing, vedrører dette nemlig ikke alene reglerne for gennemførelsen og beregningen af erstatningskrav samt bevisførelsen for nationale domstole (dvs. spørgsmålet om, »hvordan« erstatningen skal ydes). Interessen samler sig derimod om det langt mere principielle spørgsmål om, hvorvidt karteldeltagerne i det hele taget civilretligt kan drages til ansvar for denne form for skade, og hvorvidt de kan sagsøges af personer, der ikke er deres direkte eller indirekte aftagere (dvs. spørgsmålet om, »hvorvidt« erstatningen skal ydes). Dette spørgsmål kan ikke alene overlades til medlemsstaternes retsordener.

29. Såfremt de retlige kriterier, hvorefter nationale domstole bedømmer karteldeltageres civilretlige ansvar som omhandlet i artikel 81 EF eller E(Ø)F-traktatens artikel 85 for så vidt angår visse former for skader og over for visse personer, er grundlæggende forskellige fra medlemsstat til medlemsstat, ville der være risiko for forskelsbehandling af de erhvervsdrivende. Dette ville ikke blot gå imod grundtanken i den europæiske konkurrenceret om så vidt muligt at skabe ensartede rammebetingelser for alle virksomheder, der opererer på det indre marked (»level playing field«²⁰), men ville også tilskynde til »forum shopping«.

30. Sammenfattende kræver målsætningen om en ensartet og effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne i det europæiske indre marked en ensartet besvarelse på EU-plan af det principielle spørgsmål om, hvorvidt skader som følge af umbrella pricing, skal erstattes af karteldeltagerne eller ej.

B – De EU-retlige krav til konstatering af årsagsforbindelse

31. Tilbage er at undersøge, hvilke konkrete krav der ud fra et EU-retligt synspunkt kan stilles til årsagsforbindelsen mellem et kartel og eventuelle tilfælde af umbrella pricing.

32. Som det allerede fremgår af den af Domstolen anvendte formulering »enhver«, må karteldeltageres erstatningspligt ikke fortolkes indskrænkende. Karteller kan forvolde betydelige økonomiske skader, ikke blot inden for karteldeltageres umiddelbare aktionsradius, men også langt ud over denne. Det ville derfor ikke være formålstjenligt at indskrænke kredsen af personer, der kan rejse krav, på en sådan måde, at det som udgangspunkt kun er visse markedsdeltagere – f.eks. karteldeltageres medkontraahenter eller de direkte eller indirekte købere af disses varer og tjenesteydelser – der kan kræve erstatning. I så fald ville den fulde virkning af det EU-retlige kartelforbud ikke være sikret.

19 — Manfredi-dommen, nævnt i fodnote 9, præmis 95 og 96.

20 — Om begrebet »level playing field«, henvises f.eks. til mit forslag til afgørelse af 29.4.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 8301, punkt 169, af 8.9.2011, sag C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., EU:C:2012:72, punkt 118, af 6.9.2012, sag C-226/11, Expedia, EU:C:2012:795, punkt 37, og af 28.2.2013, sag C-681/11, Schenker m.fl., EU:C:2013:404, punkt 48.

33. På den anden side er det fuldstændig legitimt, at der ved undersøgelsen af årsagsforbindelsen anlægges kriterier, der sikrer, at karteldeltagerne ikke pålægges en ubegrænset erstatningspligt 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).

34. Således kræves der inden for rammerne af EU-institutionernes erstatningsansvar uden for kontraktforhold i henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF ifølge fast retspraksis en *tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse* mellem den skadevoldende adfærd og den påberåbte skade²¹. Netop dette kriterium bør af hensyn til sammenhængen også anvendes på alle andre tilfælde, hvor der er tale om erstatningskrav som følge af overtrædelse af EU-retten, uanset om sådanne krav gøres gældende af borgere over for medlemsstater²² eller – som i det foreliggende tilfælde – mellem privatpersoner med henblik på påberåbelse af karteldeltageres civilretlige ansvar for skader, som de har forvoldt på markedet²³.

35. Det nævnte kriterium om direkte årsagsforbindelse skal dog præciseres yderligere. En sådan præcisering af, hvorledes »tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse« konkret skal fortolkes, kræver i sidste ende en normativ betragtning, som også er gængs praksis i de nationale civilretlige ordninger i forbindelse med de respektive regler vedrørende erstatningsansvar uden for kontraktforhold²⁴. De begreber, der anvendes i denne forbindelse (»*legal causation*«, »adækvat årsagsforbindelse« mv.), kan variere fra retsorden til retsorden. Indholdsmæssigt er der imidlertid i det væsentlige tale om de samme overvejelser, som også ligger til grund for tanken om den tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse.

36. I denne sammenhæng skal det indledningsvis fremhæves, at direkte årsagsforbindelse ikke må sidestilles med udelukkende årsagsforbindelse. Den af den forelæggende ret og nogle af parterne fremhævede omstændighed, at en ikke-karteldeltagers prisdannelse beror på dennes frie forretningsmæssige beslutning, kan således ikke isoleret set være afgørende for en afvisning af, at eventuelle skader som følge af umbrella pricing skal tilregnes karteldeltagerne. Det kan derimod lægges til grund, at der foreligger en direkte årsagsforbindelse, såfremt kartellet i det mindste har været *medvirkende årsag* til den pågældende umbrella pricing²⁵.

21 — Grundlæggende herom dom af 4.10.1979, forenede sager 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 og 45/79, Dumortier m.fl. mod Rådet, Sml. s. 3091, præmis 21: »en så direkte følge«. Jf. endvidere dom af 30.4.2009, sag C-497/06 P, CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, EU:C:2009:273, præmis 67, og af 18.3.2010, sag C-419/08 P, Trubowest Handel og Makarov mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 2259, præmis 53.

22 — Dommen i sagen Brasserie du pêcheur og Factortame, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 51, og dom af 14.3.2013, sag C-420/11, Leth, EU:C:2013:166, præmis 41.

23 — Efter at generaladvokat Van Gerven allerede i sit forslag til afgørelse i Banks-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 15, punkt 49-54, foreslog anvendelsen af kriteriet om direkte årsagsforbindelse, er dette kriterium senest udtrykkeligt blevet anvendt i retspraksis vedrørende karteldeltageres erstatningspligt i Otis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 65.

24 — I samme retning går overvejelserne fra Arbejdsgruppen for en Europæisk Civilret, hvorefter den skade, for hvilken der skal ydes erstatning inden for rammerne af et erstatningsansvar uden for kontraktforhold, skal være en »retligt relevant skade«: »[...] loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention [...]«. Jf. C. von Bar og E. Clive, »Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference«, München, 2009, bind 4, bog VI, kapitel 2, VI.-2:101.

25 — For den modsatte opfattelse henvises til generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, der i sit forslag til afgørelse af 3.2.2009, sag C-440/07 P, Kommissionen mod Schneider Electric, Sml. I, s. 6413, punkt 140, krævede, at den erstatningsberettigede skade skal »skyldes den ulovlige retsakt direkte, umiddelbart og udelukkende« (min fremhævelse). Det ser dog ikke ud til, at denne særligt strenge betingelse på noget tidspunkt er blevet anvendt i retspraksis ved Unionens retsinstanser.

37. Ifølge retspraksis ved Unionens retsinstanser lægges det på ingen måde altid og ubetinget til grund, at der foreligger en afbrydelse af årsagsforbindelsen, såfremt en tredjemands handling har været medvirkende årsag til den opståede skade. Det afhænger derimod altid af de konkrete forhold i det enkelte tilfælde²⁶. I tilfælde som det foreliggende forekommer det mig, at den årsagsforbindelse, der udgår fra kartellet, ikke afbrydes, men tværtimod ligefrem fortsættes, når ikke-karteldeltageren ved sin prisfastsættelse (også) tager udgangspunkt i forhåndenværende markedsforhold og i denne forbindelse – på ganske forudsigelig vis²⁷ – reagerer på kartellets prissignaler.

38. Et kort blik på en beslægtet problemstilling, karteldeltageres civilretlige erstatningsansvar for skader, der er påført deres indirekte aftagere (dvs. kundernes kunder), viser i øvrigt også, hvor uvæsentlig ikke-karteldeltagerens frie forretningsmæssige beslutning er i denne forbindelse. Hvorvidt den indirekte aftager også i denne sammenhæng påføres skade, afhænger i sidste ende af en tredjemands (mellemhandlerens) frie forretningsmæssige beslutning. Mellemhandlerens egne kunder lider nemlig kun skade, såfremt denne vælter karteldeltageres konkurrencebegrænsende forhøjede priser over på disse kunder. Karteldeltageres ulovlige handlinger er således ikke den eneste årsag til de skader, der påføres deres indirekte aftagere. Ikke desto mindre er det i de senere år blevet en udbredt opfattelse, at sådanne skader, der påføres indirekte aftagere, berettiger til erstatning²⁸.

39. For så vidt angår de her omhandlede skader som følge af umbrella pricing ville det ligeledes være urimeligt at gøre karteldeltageres civilretlige ansvar betinget af, at deres adfærd har været den eneste udløsende årsag. Priser beror sjældent på én enkelt årsag. Dette udelukker imidlertid ikke, at karteldeltagere, hvis konkurrencebegrænsende handlinger – som i det foreliggende tilfælde – har bidraget til at fordreje de normale mekanismer for prisdannelse på markedet, kan drages til ansvar for de deraf følgende skader.

40. På denne baggrund skal det indholdsmæssigt ved hjælp af kriteriet om den tilstrækkeligt direkte årsagsforbindelse for det første sikres, at en person som følge af dennes ulovlige adfærd kun ifalder ansvar for skader, hvis opståen den pågældende med rimelighed kunne forudse (jf. herom umiddelbart nedenfor, afsnit 1). For det andet bør en person kun være forpligtet til at erstatte skader, når dette er i overensstemmelse med målsætningen med den retsregel, som den pågældende har overtrådt (jf. herom nedenfor, afsnit 2).

1. Muligheden for at forudse skaderne som følge af umbrella pricing

41. Først skal det afklares, under hvilke omstændigheder skader som følge af umbrella pricing kan forudses af deltagerne i et kartel. Spørgsmålet er med andre ord, om der kan foreligge en *adækvat årsagsforbindelse* mellem den pågældende skade og kartellets ulovlige handlinger.

42. Forudsigelige (eller forvoldt med en adækvat årsagsforbindelse) er alle skader, hvis opståen karteldeltagerne efter almindelig erfaring med rimelighed måtte påregne, i modsætning til skader, der beror på en helt usædvanlig sammenkædning af omstændigheder og dermed på et atypisk årsagsforløb.

26 — Jf. på den ene side dom af 16.7.2009, sag C-440/07 P, Kommissionen mod Schneider Electric, Sml. I, s. 6413, præmis 222, dommen i sagen CAS Succhi di Frutta mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 61 og 62, dom af 28.2.2013, sag C-460/09 P, Inalca og Cremonini mod Kommissionen, EU:C:2013:111, præmis 120, og af 10.7.2012, sag T-587/10, Interspeed mod Kommissionen, EU:T:2012:355, præmis 40, hvori der i alle tilfælde lægges til grund, at der foreligger en afbrydelse af årsagsforbindelsen, samt på den anden side Rettens dom (Store Afdeling) af 14.12.2005, sag T-320/00, CD Cartondruck mod Rådet og Kommissionen, EU:T:2005:452, navnlig præmis 177, hvor der antages ikke at foreligge en afbrydelse af årsagsforbindelsen.

27 — Muligheden for at forudse, hvilken adfærd ikke-karteldeltageren vil udvise, behandles mere udførligt nedenfor i punkt 41-52 i dette forslag til afgørelse.

28 — Jf. herom på nationalt niveau navnlig dommen fra den tyske Bundesgerichtshof af 28.6.2011, »ORWI«, KZR 75/10, BGHZ 190, 145. Den østrigske Oberster Gerichtshof har i det foreliggende tilfælde indtaget et tilsvarende standpunkt i kendelse af 17.10.2012, j.nr. 7 Ob 48/12b. Det samme gælder for Kommissionens direktivforslag; jf. heri navnlig 11. og 33. betragtning i præambelen til direktivforslaget samt dets artikel 12 og 13.

43. Den forelæggende ret har – i lighed med Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp samt den østrigske regering – indtaget det standpunkt, at skader som følge af umbrella pricing, ikke er tilstrækkeligt forudsigelige for karteldeltagerne og dermed ikke kan være forvoldt af disse med adækvat årsagsforbindelse. Umbrella pricing er blot en »sideindvirkning« af kartellet.

44. Denne argumentation må forkastes.

45. Det er ganske vist korrekt, at en lang række faktorer kan være bestemmende for ikke-karteldeltageres prisfastsættelse inden for rammerne af deres frie forretningsmæssige beslutning²⁹. Denne omstændighed udelukker imidlertid ikke i sig selv, at karteldeltagerne må påregne de skader, der skyldes umbrella pricing.

46. I en markedsøkonomi er det nemlig en del af virksomheders sædvanlige adfærdsmønstre, at de nøje iagttager udviklingen på markedet og ikke undlader at tage hensyn hertil, når de træffer deres egne forretningsmæssige beslutninger. På denne baggrund er det alt andet end uforudsigeligt og overraskende, såfremt ikke-karteldeltagere fastsætter deres priser under hensyn til den markedsadfærd, som virksomhederne, der deltager i kartellet, udviser, uanset om de har kendskab til virksomhedernes konkurrencebegrænsende handlinger eller ej. Der er tværtimod netop tale om det sædvanlige forløb.

47. Dette gælder så meget desto mere, når karteldeltagerne – som i det foreliggende tilfælde – på grundlag af deres høje samlede markedsandel dækker en væsentlig del af det relevante marked³⁰, og deres konkurrencebegrænsende handlinger også vedrører en betydelig del af dette marked³¹, hvilket på ingen måde er betinget af, at de manipulerer hovedparten af markedet. Jo mere betydelig kartellets stilling på det berørte marked er, desto mere sandsynligt er det, at kartellet vil have afgørende indvirkning på prisniveauet på dette marked som helhed, og desto mindre sandsynligt er det for en ikke-karteldeltager, at denne med sine egne initiativer kan påvirke markedsprisen i nævneværdig grad.

48. Naturligvis er det lettere for ikke-karteldeltageren at foretage sin egen prisfastsættelse på grundlag af karteldeltageres forretningsadfærd, jo mere homogent og gennemsigtigt det fagligt relevante marked er. Heraf kan dog på ingen måde modsætningsvist sluttes, at der aldrig bør forventes nogen form for umbrella pricing som følge af et kartel på uhomogene og lidet gennemsigtige markeder med specielt tilpassede produkter – såsom nogle af de her omtalte elevatorer og rullende trapper³². Generelt er opmærksomme markedsdeltagere også på sådanne markeder udmærket klar over, hvor prisniveauet ligger, og hvilken adfærd de enkelte udbydere, der opererer på markedet, udviser.

49. Selv den omstændighed, at elevatorer og rullende trapper, navnlig i forbindelse med store offentlige kontrakter, ofte indkøbes på grundlag af en udbudsprocedure, ændrer ikke meget ved denne konstatering. Resultaterne af sådanne udbudsprocedurer forbliver nemlig, som ÖBB-Infrastruktur har anført uden at blive modsagt, på ingen måde skjult for de andre markedsdeltagere³³, således at de kan anvendes som indikation af det fremherskende prisniveau i forbindelse med fremtidige kontrakter.

29 — Der kan eksempelvis være tale om virksomhedsstrategien (fremhævelse af et brand image, særprisstrategi osv.) og ledelsestilen, men også om kunders købekraft.

30 — Ifølge ÖBB-Infrastrukturens ubestridte oplysninger deltog de største producenter i branchen, der tilsammen havde en markedsandel på ca. 80%, i elevatorkartellet i Østrig.

31 — Ifølge de i hovedsagen fastslåede faktiske omstændigheder var mindst en tredjedel af markedsvolumenen genstand for konkrete aftaler mellem karteldeltagerne, og det blev endog forsøgt at opnå en koordinering for betydeligt mere end halvdelen af markedet for nye anlæg i Østrig, jf. ovenfor, punkt 8 i dette forslag til afgørelse.

32 — I samme retning H. Beth og C.-M. Pinter, WuW 2013, s. 228 (232): »Heller ikke i tilfælde af sådanne produktforskelle er umbrella pricing usandsynlig, men tendensen vil være mindre udpræget end ved en høj grad af homogenitet.«

33 — ÖBB-Infrastruktur har i denne forbindelse henvist til de i Østrig gældende regler vedrørende åbningen af bud inden for rammerne af en udbudsprocedure.

50. Det er muligt, at en ikke-karteldeltager med ledig kapacitet kan være fristet til at fastsætte sine egne priser lavere end kartelpriserne for derved at vinde markedsandele på karteldeltagernes bekostning. Selv i et sådant tilfælde foreligger der dog et betydeligt incitament for ikke-karteldeltageren til at forlange en højere pris af sine kunder, end det ellers ville være muligt under konkurrencevilkår. Såfremt det eksempelvis antages, at kartelprisen ligger på 120, og den pris, der ellers ville kunne opnås under konkurrencevilkår, ville være 100, kan ikke-karteldeltageren f.eks. fastsætte sin pris til 110. En sådan adfærd ville på ingen måde være usædvanlig, men derimod fornuftig økonomisk set og alt andet end uforudsigelig for karteldeltagerne.

51. Omvendt er det af stor betydning for resultatet af de konkurrencebegrænsende aftaler, som virksomhederne, der deltager i kartellet, har indgået, at ikke-karteldeltagernes priser også stiger og nærmer sig karteldeltagernes. Jo mere prisniveauet som helhed stiger, desto større er nemlig sandsynligheden for, at karteldeltagernes egne priser på sigt kan opretholdes på markedet. Det er også af denne grund nærliggende at konkludere, at rationelt handlende karteldeltagere, der gennemtænker logikken i deres konkurrencebegrænsende handlinger, ikke overraskes af umbrella pricing, men tværtimod ligefrem må påregne, at en sådan virkning indtræder. ÖBB-Infrastruktur har med rette henvist hertil.

52. På denne baggrund må det alt i alt konkluderes, at skader som følge af umbrella pricing ikke er skader, hvis indtræden altid er atypisk eller uforudsigelig for karteldeltagerne. Det ville være uforeneligt med den effektive virkning af henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF) på forhånd at udelukke muligheden for erstatning for sådanne skader under henvisning til en forholdsvis streng fortolkning af kriteriet om den adækvate årsagsforbindelse.

2. Spørgsmålet om, hvorvidt en erstatning for skader som følge af umbrella pricing er forenelig med målsætningen med de overtrådte konkurrenceregler

53. For det andet skal det undersøges, om en erstatning for skader som følge af umbrella pricing er forenelig med målsætningen med henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF).

54. Den forelæggende ret har – i lighed med Kone, Otis, Schindler og ThyssenKrupp samt den østrigske regering – givet udtryk for den opfattelse, at skader som følge af umbrella pricing, ligger uden for de EU-retlige konkurrenceregler beskyttelsesformål. Karteldeltagerne kan ikke civilretligt ikke drages til ansvar for sådanne skader, fordi der ikke foreligger »retsstridighedssammenhæng«.

55. Dette argument kan heller ikke tiltrædes.

56. Formålet med konkurrencereglerne i artikel 81 EF og 82 EF, henholdsvis i E(Ø)F-traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF), er at indføre og bevare en ordening med ufordrejet konkurrence på det europæiske indre marked. Både de private og de offentlige håndhævelsesmekanismer i konkurrenceretten tager sigte på at tjene dette formål, som er fundamentalt for det europæiske projekt³⁴.

³⁴ — Courage og Crehan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 20 og 21. Om betydningen af konkurrencereglerne for det indre markeds funktion henvises endvidere til dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 36, samt – for så vidt angår retsstillingen efter Lissabontraktatens ikrafttræden – dom af 17.2.2011, sag C-52/09, TeliaSonera, Sml. I, s. 527, præmis 20, og af 17.11.2011, sag C-496/09, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11483, præmis 60.

57. Det kan vanskeligt gøres gældende, at lige netop anerkendelsen af karteldeltagernes civilretlige ansvar for skader som følge af umbrella pricing skulle være uforenelig med den nævnte målsætning. Som jeg vil redegøre for i det følgende, passer en sådan erstatningspligt uden videre ind i den ordning, hvori de europæiske konkurrenceregler håndhæves [jf. herom umiddelbart nedenfor, afsnit a)], og kan desuden korrigere negative følgevirkninger af karteldeltagernes overtrædelser af konkurrencereglerne, som påføres de andre markedsdeltagere, navnlig forbrugerne [jf. herom nedenfor, afsnit b)].

a) Inkludering i ordningen til håndhævelse af konkurrencereglerne

58. Indledningsvis skal jeg behandle spørgsmålet om, hvorvidt en civilretlig forpligtelse for karteldeltagerne til at erstatte skader som følge af umbrella pricing helt generelt er forenelig med den ordning, inden for hvilken traktaternes konkurrenceregler håndhæves i Den Europæiske Union.

59. Det er anerkendt, at håndhævelsen af de europæiske konkurrenceregler hviler på to søjler. Det drejer sig dels om den offentlige håndhævelse med repressive midler, der påhviler konkurrencemyndighederne (også kaldet »*public enforcement*«), dels om den af enkeltpersoner iværksatte private håndhævelse med civilretlige midler (også kaldet »*private enforcement*«)³⁵.

60. Med henblik på at sikre konkurrencereglernes effektive virkning er det absolut nødvendigt, at både ordningen til offentlig håndhævelse og ordningen til privat håndhævelse fungerer bedst muligt³⁶. Konkurrencereglernes gennemslagskraft ville blive svækket markant, såfremt der for så vidt angår visse fænomener, såsom umbrella pricing, på forhånd ses bort fra midlerne til privat håndhævelse og i så henseende alene baserer sig på den offentlige håndhævelse, sådan som nogle medlemmer af elevatorkartellet synes at forestille sig.

61. Redskaberne til privat håndhævelse skal naturligvis – i lighed med dem til offentlig håndhævelse – udformes og anvendes således, at anvendelsen af disse ikke virker kontraproduktiv med hensyn til konkurrencereglernes effektivitet. I modsætning til ThyssenKrupp har jeg dog ikke indtryk af, at inddragelsen af umbrella pricing i karteldeltagernes civilretlige ansvar grundlæggende kan give forkerte incitamenter, der i sidste ende kan gøre mere skade end gavn i forbindelse med håndhævelsen af konkurrencereglerne.

62. De skriftlige og mundtlige drøftelser under proceduren ved Domstolen har navnlig drejet sig om den mulige indbyrdes sammenhæng mellem det civilretlige ansvar på den ene side og Europa-Kommissionens og de nationale konkurrencemyndigheders bødenedsættelsesordninger på den anden side.

63. Det er givet muligt, at udsigten til, at skadelidte markedsdeltagere anlægger civilretlige søgsmål måske kan afholde nogle karteldeltagere fra at lægge kortene på bordet og samarbejde med konkurrencemyndighederne. Kan det imidlertid tjene som begrundelse for at se bort fra de skadelidtes berettigede interesse i økonomisk kompensation? Det er afgjort hensigtsmæssigt at lette karteldeltagernes tilbagevenden til lovlig adfærd og at medvirke til at afsløre overtrædelser ved hjælp af bødenedsættelsesordninger, men dette må ikke ske på bekostning af andre markedsdeltageres legitime interesser.

35 — Courage og Crehan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 27, Pfeiderer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 29, Otis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 42, og Donau Chemie-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 23.

36 — I denne retning Courage og Crehan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 26, Manfredi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 60, 89 og 90, og Otis-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 41. Om betydningen af den private håndhævelse henvises også til hvidbogen »om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler«, fremlagt af Europa-Kommissionen den 2.4.2008, KOM(2008) 165 endelig. I sin hvidbog foreslår Kommissionen foranstaltninger, der tager sigte på, »[at] skabe[...] et effektivt system for privat håndhævelse [af konkurrenceretten] ved hjælp af erstatningssøgsmål, der supplerer, men ikke erstatter eller underminerer den offentlige retshåndhævelse« (s. 4, afsnit 1.2). For nylig havde EFTA-Domstolen ligeledes lejlighed til at gøre opmærksom på betydningen af den private håndhævelse af konkurrenceretten og at understrege, at denne er i samfundets interesse, dom af 21.12.2012, sag E-14/11, DB Schenker mod EFTA-Tilsynsmyndigheden, præmis 132.

64. I en eventuel erstatningssag kan det være begrundet at tage rimeligt hensyn til en virksomheds stilling som kronvidne og i første række at lade andre karteldeltagere betale erstatningskrav, således som Kommissionen også har foreslået³⁷. Efter min opfattelse ville det imidlertid være forkert at lade en formodet »*chilling effect*« i forbindelse med bødenedsættelsesordninger som følge af erstatningen – såfremt en sådan virkning i det hele taget er målbar – give anledning til kategorisk at udelukke ethvert civilretligt ansvar for umbrella pricing for karteldeltagernes vedkommende.

65. Dette gælder så meget desto mere, som en restriktiv praksis i forbindelse med tilkendelse af erstatning i betydelig grad vil tilgodese dem, der deltager i konkurrencebegrænsende praksis eller overvejer at gøre det. For dem er det nemlig lettere at kalkulere de økonomiske risici, der er forbundet med deltagelsen i et kartel, jo færre erstatningskrav de er udsat for i tilfælde af, at de bliver afsløret. Hvis man gav karteldeltagere vished for, at de aldrig pålægges erstatningsansvar for umbrella pricing, ville det give dem et yderligere incitament til at fortsætte deres konkurrencebegrænsende handlinger. Den med de private håndhævelsesmekanismer forbundne og udtrykkeligt tilsigtede afskrækkende effekt over for virksomheder³⁸, der overvejer at overtræde de spilleregler, der gælder på det europæiske indre marked, ville få den modsatte virkning.

66. I modsætning til hvad der synes at være Kones opfattelse, kan målsætningen med den europæiske konkurrenceret ikke reduceres til, at de virksomheder, der opererer på det indre marked, gives mulighed for at drive deres virksomhed så omkostningseffektivt som muligt. I en retsunion, der har sat sig som mål at etablere en social markedsøkonomi med høj konkurrenceevne (artikel 3, stk. 3, TEU), udgør fungerende markeder uden foredrejede konkurrencevilkår en værdi i sig selv, der er helt uafhængig af alle cost-benefit-overvejelser.

67. Det er i øvrigt ikke særlig troværdigt, når lige netop virksomheder, der har manipuleret markedsfunktionen og holdt priser kunstigt høje, advarer mod for høje omkostninger for erhvervsdrivende og fremmaner en trussel mod effektiviteten på markederne, såfremt man ikke friholder karteldeltagerne for visse erstatningskrav. Det er karteldeltagerne, der mest effektivt kan beskytte sig selv mod de omkostninger, der er forbundet med eventuelle erstatningskrav, ved i det hele taget at afstå fra at overtræde konkurrencereglerne. Hvis karteldeltagerne blev fritaget for erstatningskrav, ville det derimod blot medføre, at andre erhvervsdrivende, navnlig de skadelidte kunder, skulle bære de økonomiske byrder som følge af kartellets ulovlige handlinger.

68. Noget mærkværdigt forekommer i denne forbindelse også ThyssenKrupps argument om, at et civilretligt ansvar for karteldeltagere for så vidt angår umbrella pricing kunne »føre til en forringelse af konkurrencen på markedet«, fordi virksomheder set i lyset af det erstatningsansvar, de risikerer at blive pålagt, kunne afskrækkes fra at gå ind på det pågældende marked³⁹. Hertil er følgende bemærkning tilstrækkelig: Forbilledet for aktiviteter på det indre marked bør være virksomheder, der overholder konkurrencereglerne, ikke virksomheder, der vil udøve ulovlig praksis på andres bekostning. Såfremt en anerkendelse af karteldeltageres erstatningspligt i forbindelse med umbrella pricing fører til, at sorte får holder sig væk fra markedet, er dette næppe til ulempe for konkurrencen.

37 — I artikel 11 i Kommissionens direktivforslag og i 28. betragtning i præambelen hertil foreslår Kommissionen, at en virksomhed, som en konkurrencemyndighed har indrømmet bødefritagelse efter en bødenedsættelsesordning, i et vist omfang også indrømmes en fortrinsstilling i forbindelse med det civilretlige ansvar.

38 — Selv om Kommissionen på retsmødet forsøgte at nedtone relevansen af denne afskrækkende effekt, tillægger Domstolen den dog stor betydning i sin faste praksis. Jf. *Courage og Crehan-dommen*, præmis 27, *Manfredi-dommen*, præmis 91, *Pfleiderer-dommen*, præmis 28, og *Donau Chemie-dommen*, præmis 23, alle nævnt ovenfor i fodnote 9.

39 — På mit spørgsmål nedtonede ThyssenKrupps repræsentant på retsmødet dette argument som »retorisk overdrivelse«.

69. Endelig er den af enkelte parter fremsatte advarsel mod en overbelastning af medlemsstaternes civile domstole, såfremt Domstolen konkluderer, at karteldeltagere har pligt til at erstatte skader som følge af *umbrella pricing*, lidet overbevisende. Henset til de forholdsvis høje krav⁴⁰, som enhver sagsøger, der påtænker at rejse sag vedrørende *umbrella pricing* (*»umbrella plaintiff«*), stilles over for med hensyn til bevisbyrden ved de civile domstole, må det antages, at en sådan sagsøger gør klogt i at foretage en nøje afvejning af chancer og risici ved et civilretligt søgsmål mod karteldeltagerne.

70. Såfremt en ikke-karteldeltagers kunde imidlertid beslutter sig for at gøre sin skade som følge af *umbrella pricing* gældende over for karteldeltagerne ad rettens vej, bør denne ikke nægtes mulighed for en retslig procedure med henvisning til, at en sådan procedure kan være for ressourcekrævende. Tværtimod er medlemsstaterne i henhold til artikel 19, stk. 1, andet afsnit, TEU og artikel 47, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder forpligtet til på anvendelsesområdet for den europæiske konkurrenceret at tilvejebringe den nødvendige adgang til domstolsprøvelse for at sikre en effektiv retsbeskyttelse⁴¹.

b) Egnethed med henblik på at korrigere negative følger af overtrædelser af konkurrencereglerne

71. Afslutningsvis skal det undersøges, om en inddragelse af *umbrella pricing* i karteldeltageres civilretlige ansvar er forenelig med skadeserstatningens funktion. Helt generelt består denne funktion i at korrigere de negative følger af retsovertrædelser, og det er netop også formålet med karteldeltagernes pligt til over for enhver at erstatte de skader, som deres konkurrencebegrænsende handlinger har forvoldt⁴². Samtidig styrker muligheden for at opnå erstatning tilliden til EU's konkurrenceregler og yder et vigtigt bidrag til håndhævelsen heraf⁴³.

i) Indvendingen om, at skaderne som følge af *umbrella pricing* ikke var tilsigtede

72. Nogle parter i sagen har gjort gældende, at de virksomheder, der deltog i elevatorkartellet, ganske vist havde til hensigt at forhøje deres egne priser over for deres egne kunder, men ikke at forhøje ikke-karteldeltageres priser over for disses kunder som følge af *umbrella pricing*. Derfor er det uberettiget at gøre karteldeltagerne erstatningsansvarlige for sådanne virkninger.

73. Denne indvending kan ikke tiltrædes.

74. Konstateringen af årsagsforbindelsen mellem et kartel og visse former for skader, som markedsdeltagerne kan have lidt, beror på rent objektive kriterier. Ud fra en subjektiv betragtning kan det civilretlige ansvar ganske vist være betinget af, at karteldeltagerne forsætligt eller uagtsomt har overtrådt traktaternes konkurrenceregler. Det er imidlertid ikke afgørende, om karteldeltagerne derudover også har forvoldt de konkrete opståede skader forsætligt eller uagtsomt. Et sådant krav om påvisning af skyld ville ikke være foreneligt med de almindelige civilretlige principper og ville gøre den private håndhævelse af konkurrencereglerne uforholdsmæssigt vanskelig.

40 — Kommissionens direktivforslag indeholder dog visse lettelser med hensyn til bevisbyrden.

41 — I samme retning allerede *Courage og Crehan-dommen*, præmis 25, *Manfredi-dommen*, præmis 89, og *Donau Chemie-dommen*, præmis 22, alle nævnt ovenfor i fodnote 9. Jf. endvidere, specielt om relevansen af artikel 47 i chartret om grundlæggende rettigheder inden for rammerne af en civilretlig sag mellem private, dom af 18.3.2010, forenede sager C-317/08 - C-320/08, *Alassini m.fl.*, Sml. I, s. 2213, navnlig præmis 61.

42 — *Donau Chemie-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 24.

43 — *Donau Chemie-dommen*, præmis 23. Tilsvarende *Courage og Crehan-dommen*, præmis 26 og 27, *Manfredi-dommen*, præmis 91, og *Pfleiderer-dommen*, præmis 28, alle nævnt ovenfor i fodnote 9.

75. Rent bortset herfra er det i et tilfælde som det foreliggende, som allerede nævnt⁴⁴, på ingen måde uforudsigeligt for de virksomheder, der deltager i et kartel, at der kan forekomme umbrella pricing. Det er derfor nærliggende at antage, at medlemmerne af et kartel i forbindelse med deres konkurrencebegrænsende handlinger accepterer umbrella pricing, hvorfor de i det mindste har handlet uagtsomt, og muligvis endog hypotetisk forsætligt (*dolus eventualis*), med hensyn til de påførte skader.

ii) Indvendingen om, at erstatningen i forbindelse med umbrella pricing ikke giver mulighed for at absorbere ulovlige fortjenester

76. Modsat nogle parters opfattelse er det endvidere irrelevant, om erstatningen for skader som følge af umbrella pricing kan anvendes til absorbere karteldeltagernes ulovlige fortjenester.

77. Den omstændighed, at en sådan absorbering af fortjenester kan forekomme, kan i mange tilfælde være en velkommen bivirkning af skadeserstatningen i forbindelse med ulovlig kartelvirksomhed. Denne absorbering af fortjenester er dog ikke nogen ufravigelig betingelse for at gøre erstatningskrav gældende over for karteldeltagerne.

78. I så henseende adskiller retten til erstatning sig grundlæggende fra retten til tilbagebetaling af en ulovlig berigelse. I forbindelse med erstatningen drejer det sig ikke i første række om at fratage skadevolderen det, som han har for meget, men derimod om at tilkende den skadelidte en godtgørelse for den ulempe, som den pågældende er blevet påført som følge af skadevolderens ulovlige adfærd⁴⁵. Det er helt i overensstemmelse med denne funktion at inddrage skader som følge af umbrella pricing i karteldeltagernes civilretlige ansvar.

iii) Indvendingen om, at der indføres erstatning med karakter af straf

79. Endelig kan den af flere parter fremsatte indvending om, at den erstatning, som karteldeltagerne skal betale, med en anerkendelse af et civilretligt erstatningsansvar for umbrella pricing degenererer til en erstatning med karakter af straf, heller ikke tiltrædes.

80. Bortset fra, at EU-retten ikke principielt forbyder tilkendelse af eksemplarisk erstatning eller erstatning med karakter af straf⁴⁶, tyder intet på, at karteldeltagernes civilretlige ansvar for umbrella pricing skulle kunne få en sådan virkning.

81. I modsætning til, hvad der sædvanligvis gør sig gældende i forbindelse med erstatning med karakter af straf, afkræves karteldeltagerne som følge af den her omtalte inddragelse af umbrella pricing i deres erstatningspligt alene en compensation for den skade, som de med deres konkurrencebegrænsende handlinger har forvoldt (har været med til at forvolde) på det pågældende marked. Der sker ikke en overkompensering af denne skade.

82. På baggrund af det ovenstående skal det følgelig lægges til grund, at en erstatning for skader som følge af umbrella pricing er forenelig med målsætningen med henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF).

44 — Jf. ovenfor, punkt 41-52 i dette forslag til afgørelse.

45 — På mit spørgsmål bekræftede Otis' repræsentant på retsmødet ved Domstolen denne forskel.

46 — Manfredi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 92 og 93.

3. Sammenfatning

83. Sammenfattende skal skaderne som følge af umbrella pricing ikke generelt anses for uforudsigelige for deltagerne i et kartel, og kompensationen herfor er i overensstemmelse med målsætningen med henholdsvis artikel 81 EF og E(Ø)F-traktatens artikel 85 (nu artikel 101 TEUF). Det ville være til hinder for disse konkurrencereglers effektive virkning, hvis en erstatning af sådanne skader på forhånd kategorisk udelukkes inden for rammerne af den nationale civilret.

C – Afsluttende bemærkning

84. Den løsning, som jeg foreslår, medfører ikke automatisk og i hvert eneste tilfælde, at karteldeltagerne bliver erstatningspligtige over for ikke-karteldeltageres kunder, men den udelukker heller ikke en sådan erstatningspligt på forhånd. Det skal derimod altid på baggrund af en omfattende bedømmelse af alle relevante omstændigheder undersøges, om der i den konkrete sag har været tale om umbrella pricing som følge af kartellet.

85. Jeg mener, at en overflyttelse af umbrella pricing-problematikken fra et rent teoretisk niveau til et bevisteknisk niveau er den bedste metode til at bidrage til en effektiv håndhævelse af de europæiske konkurrenceregler under behørig hensyntagen til alle markedsdeltageres interesser.

86. Der vil naturligvis ikke altid kunne findes relevante studier eller andre bevismidler, der med rimelighed gør det muligt at konkludere, at der har forekommet umbrella pricing som følge af et kartel på det pågældende marked. På den anden side er en sådan virkning alt andet end udelukket, og de dermed forbundne skader er på ingen måde så »spekulative« og »usikre«⁴⁷, som det til tider fremføres. I den foreliggende sag har Østrigs Oberster Gerichtshof eksempelvis anført i sin forelæggelseskendelse, at den prisudvikling, der kunne forventes, blev fordrejet på grund af elevatorkartellet⁴⁸, og ÖBB-Infrastruktur har henvist til et studie, der angiveligt dokumenterer, at der har været tale om umbrella pricing⁴⁹.

87. I parentes bemærkes, at en bekræftelse af karteldeltageres civilretlige ansvar i forbindelse med umbrella pricing i modsætning til en del kritikeres opfattelse ikke er mere og ikke mindre »erhvervsvenlig« end den kategoriske udelukkelse af enhver erstatningspligt, således som den forelæggende ret synes at mene. De erhvervsdrivende er nemlig ikke kun karteldeltagerne, men også de kunder, der er blevet afkrævet for høje priser, uanset om de havde kontraktforhold med karteldeltagerne selv eller med ikke-karteldeltagere. Det ville være direkte urimeligt ensidigt at begunstige de karteldeltagere, der har begået en alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne, ved kategorisk at udelukke umbrella pricing fra deres civilretlige ansvar, ikke mindst fordi dette – som allerede nævnt⁵⁰ – ville give forkerte incitamenter med henblik på den effektive håndhævelse af konkurrencereglerne.

47 — I denne retning navnlig – fra retspraksis fra USA's domstole – afgørelserne fra United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), og United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

48 — Jf. herom ovenfor, punkt 7 i dette forslag til afgørelse.

49 — Det påhviler de nationale domstole at undersøge denne påstand og bedømme bevisværdien af dette studie.

50 — Jf. ovenfor, punkt 65 og 68 i dette forslag til afgørelse.

88. Den løsning, som jeg foreslår, er heller ikke uforenelig med det lovgivningsinitiativ til delvis harmonisering af erstatningssøgsmål i henhold til national ret, som Europa-Kommissionen lancerede for nylig. Som det blev drøftet med parterne på retsmødet, er Kommissionens direktivforslag ikke til hinder for, at der ydes erstatning for skader som følge af umbrella pricing⁵¹.

89. Den omstændighed, at USA's retspraksis vedrørende såkaldte »*umbrella claims*« er uensartet⁵², og at USA's højesteret endnu ikke har taget stilling hertil, bør ikke forhindre vores domstol i at forholde sig til umbrella pricing-problematikken.

V – Forslag til afgørelse

90. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål fra Oberster Gerichtshof på følgende måde:

»E(Ø)F-traktatens artikel 85 og artikel 81 EF er til hinder for en fortolkning og anvendelse af en medlemsstats nationale ret, hvorefter det af retlige grunde kategorisk er udelukket, at de virksomheder, der deltager i et kartel, civilretligt er erstatningsansvarlige for skader, der er en følge af, at en virksomhed, der ikke deltager i dette kartel, i ly af kartellets ulovlige handlinger har fastsat sine priser højere, end det ellers havde kunnet forventes under konkurrencevilkår.«

51 — Det pågældende direktivforslag, nævnt ovenfor i fodnote 13, tager ikke sigte på en udtømmende harmonisering af emnet, men vedrører, som det allerede fremgår af dets titel, kun vedtagelsen af »visse bestemmelser om søgsmål [...] angående erstatning« og anerkender udtrykkeligt, at der findes andre »forhold, der ikke er omhandlet i dette direktiv«; jf. 10. betragtning til direktivforslaget. Desuden er bestemmelserne i direktivforslaget formuleret tilstrækkeligt åbent til også at kunne omfatte erstatning af skader som følge af umbrella pricing og i al fald ikke at udelukke en sådan (jf. navnlig artikel 11, stk. 2 og 4, i direktivforslaget, hvor der er tale om »andre skadelidte end [de overtrædende virksomheders] direkte eller indirekte aftagere eller leverandører«).

52 — For et erstatningsansvar: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co.*, 350 F.3d 623, 627 (2003), United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166 (1979). Imod et sådant erstatningsansvar derimod bl.a.: United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).