



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
JULIANE KOKOTT  
od 30. siječnja 2014.<sup>1</sup>

**Predmet C-557/12**

**KONE AG i dr.**

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Oberster Gerichtshof (Austrija))

„Tržišno natjecanje – Pravo zabranjenih sporazuma – Privatno provođenje – Tužba za naknadu štete –  
Zahtjev za naknadu štete klijenta poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma protiv  
poduzetnika koji sudjeluju u zabranjenom sporazumu zbog previsokih cijena poduzetnika koji nije  
sudionik zabranjenog sporazuma, koji koristi učinke zabranjenog sporazuma – Učinak zaštitne cijene  
(„Umbrella pricing“) – Izravna uzročna veza – Načelo učinkovitosti“

### I – Uvod

1. Ovaj prethodni postupak daje Sudu mogućnost da proširi svoju sudske praksu u vezi s privatnom provedbom europskog prava tržišnog natjecanja. Riječ je o zasad na razini Unije nepojašnjenom odgovoru na pitanje proteže li se građanskopravna odgovornost članova zabranjenog sporazuma za naknadu štete i na takozvane *učinke zaštitne cijene* (na engleskom: „*umbrella effects*“ ili također „*umbrella pricing*“).

2. O učinku zaštitne cijene riječ je kada poduzetnici koji sami ne sudjeluju u zabranjenom sporazumu (poduzetnici koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma), koristeći učinke djelovanja zabranjenog sporazuma, takoreći „pod kišobranom zabranjenog sporazuma“, određuju – svjesno ili nesvjesno – svoje vlastite cijene u višem iznosu nego što bi im to inače pod uvjetima tržišnog natjecanja bilo moguće. Daje li pravo Unije klijentima poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma pravo pred nacionalnim sudovima tražiti naknadu štete od sudionika zabranjenog sporazuma zbog njegovih previsokih cijena? Ili je naprotiv takva obveza naknade štete isključena u okviru nacionalnoga građanskog prava jer se radi o previše udaljenim, odnosno posrednim štetama?

3. Ta pitanja postavljaju se u kontekstu zabranjenih sporazuma u području dizala, kojima se Sud već više puta bavio u drugim okolnostima<sup>2</sup>. ÖBB-Infrastruktur AG je kao kupac od jednog proizvođača koji *nije* sudjelovao u zabranjenom sporazumu u području dizala kupio dizala čija cijena je, prema njegovu mišljenju, korištenjem učinaka zabranjenog sporazuma u području dizala određena u višem iznosu nego što bi to u normalnim tržišnim uvjetima bilo za očekivati. ÖBB-Infrastruktur sada, od četiri poduzetnika sudionika u zabranjenom sporazumu u području dizala, pred austrijskim građanskim sudovima zahtijeva naknadu štete koja mu je s tim u vezi nastala.

<sup>1</sup> — Izvorni jezik: njemački

<sup>2</sup> — Vidjeti presude od 6. studenoga 2012., Otis i dr. („Otis“, C-199/11) i od 18. srpnja 2013., Schindler Holding i dr./Komisija (C-501/11 P), kao i moje mišljenje od 18. travnja 2013. u potonjem predmetu.

4. Kada bismo taj zahtjev za naknadu štete prosuđivali samo u odnosu na unutarnje austrijsko građansko pravo, tada bi prema navodima suda koji je uputio zahtjev taj zahtjev odmah trebalo odbiti jer se prema važećim načelima nacionalnog prava sudionicima zabranjenog sporazuma ne može pripisati učinak zaštitne cijene. Sud sada mora odlučiti protivi li se pravo Unije takvom kategoričkom isključenju odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene. Odluka Suda u ovom predmetu nedvojbeno će biti putokaz za daljnji razvoj europskog prava tržišnog natjecanja, a posebno za njegovu privatnu provedbu.

## II – Činjenice i glavni postupak

### A – Zabranjeni sporazum u području dizala

5. Dugi je niz godina u nekoliko država članica Europske unije postojao takozvani zabranjeni sporazum u području dizala, u čijim su okvirima veliki europski proizvođači dizala i pokretnih stepenica – poimence Kone, Otis, Schindler i ThyssenKrupp – sklapali sporazume protivne tržišnom natjecanju. Europska komisija otkrila je taj zabranjeni sporazum 2003. godine i izrekla 2007. godine novčane kazne za djelovanja zabranjenog sporazuma u području dizala na belgijskom, njemačkom, nizozemskom i luksemburškom tržištu<sup>3</sup>.

6. U Austriji su protiv tog zabranjenog sporazuma u području dizala Bundeswettbewerbsbehörde (državno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja) i Kartellgericht (sud nadležan za odlučivanje u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja) pokrenuli postupak. Novčane kazne koje je 2007. godine izrekao Kartellgericht<sup>4</sup> potvrdio je 2008. Oberster Gerichtshof kao sud nadležan za odlučivanje u drugom stupnju u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja<sup>5</sup>. ThyssenKrupp imao je ulogu krunskog svjedoka.

7. Sukladno utvrđenjima u austrijskom nacionalnom postupku u vezi sa zabranjenim sporazumima, među sudionicima zabranjenog sporazuma postojao je od 80-ih godina do početka 2004. uvijek iznova obnavljan sporazum o podjeli tržišta za dizala i pokretne stepenice, koji su oni provodili u velikom opsegu, iako ne dosljedno. Cilj zabranjenog sporazuma bio je da se poduzetniku kojem se daje prednost osigura viša cijena nego što bi to bilo moguće pod uvjetima tržišnog natjecanja. Pomoću zabranjenog sporazuma narušeno je tržišno natjecanje i očekivani razvoj cijena pod uvjetima tržišnog natjecanja.

8. Sudionici u zabranjenom sporazumu pokušali su postići dogovor u odnosu na znatno više od polovice tržišta u Austriji za nove uređaje. Osim toga, u više od polovine predmetnih projekata je među sudionicima zabranjenog sporazuma došlo do sporazumne dodjele posla jednome od njih. Sveukupno je na taj način najmanje trećina tržišta postala predmet konkretnih sporazuma među sudionicima zabranjenog sporazuma. Ostvareno je otprilike dvije trećine dogovorenih projekata. Kod ostale trećine slučajeva posao je dobio ili poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma ili jedan od poduzetnika sudionika zabranjenog sporazuma koji se nije pridržavao dogovora i podnoseći povoljniju ponudu od dogovorene.

9. Ponašanje sudionika zabranjenog sporazuma ukupno je dovelo do toga da se tržišne cijene gotovo nisu mijenjale i da su tržišni udjeli ostali približno jednaki.

3 — Vidjeti u tom smislu presude Otis (t. 18. i daljnje točke) i Schindler Holding i dr./Komisija (t. 10. i daljnje točke) navedene u bilješci 2.

4 — Odluka Oberlandesgerichta Wien kao suda nadležnog za odlučivanje u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja od 14. prosinca 2007. (Az. 25. Kt 12/07)

5 — Odluka Oberster Gerichtshofa kao suda nadležnog za odlučivanje u drugom stupnju u predmetima u vezi s pravom tržišnog natjecanja od 8. listopada 2008. (Az. 16 Ok 5/08)

## B – Tužba za naknadu štete ÖBB-Infrastruktura

10. ÖBB-Infrastruktur je društvo kći Österreichische Bundesbahnen (austrijske savezne željeznice) i kao takvo odgovorno je za gradnju i održavanje željezničkih kolodvora u cijeloj Austriji. Na austrijskom tržištu dizala i pokretnih stepenica ÖBB-Infrastruktur je važan klijent.

11. ÖBB-Infrastruktur je pred austrijskim građanskim sudovima zahtijevao naknadu štete od sudionika zabranjenog sporazuma Konea, Otisa, Schindlera i ThyssenKruppa u iznosu višem od 8 milijuna eura. Kao obrazloženje ÖBB-Infrastruktur u bitnome navodi da je, zbog djelovanja na temelju zabranjenog sporazuma u području dizala, dizala koja je nabavljao od sudionika zabranjenog sporazuma plaćao po previsokoj cijeni. Pritom se radi o dizalima koja je ÖBB-Infrastruktur stekao djelomično kao izravan i djelomično kao neizravan kupac sudionika zabranjenog sporazuma, a djelomično kao klijent poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma.

12. Predmet ovog prethodnog postupka samo je onaj dio tužbenog zahtjeva za naknadu štete koji se odnosi na tvrdnje ÖBB-Infrastruktura da mu je poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma, koristeći njegove učinke, naplatio očito veće cijene nego što bi to bilo moguće pod uobičajenim uvjetima tržišnog natjecanja. ÖBB-Infrastruktur procjenjuje tu štetu na 1,8 milijuna eura.

13. Prvostupanjsku presudu, kojom je taj dio tužbenog zahtjeva za naknadu štete odbijen kao neosnovan<sup>6</sup>, Oberlandesgericht Wien kao drugostupanjski sud ukinuo je u odlučujućim točkama<sup>7</sup>. Trenutačno je spor u tijeku pred austrijskim Oberster Gerichtshofom kao sudom nadležnim za reviziju.

14. Prema mišljenju Oberster Gerichtshofa sudionicima zabranjenog sporazuma se iz pravnih razloga ne može pripisati šteta koju ÖBB-Infrastruktur traži sudskim putem. S jedne strane, prema austrijskom pravu, nedostaje potrebna odgovarajuća uzročna veza, a s druge strane zaštitni cilj pravila tržišnog natjecanja ne obuhvaća navodnu štetu. S obzirom na polemiku vođenu u stručnoj literaturi o odgovarajućoj pravnoj analizi učinaka zaštitne cijene, Oberster Gerichtshof ima dvojbe u smislu je li rezultat, koji se poziva na nacionalno građansko pravo, spojiv s pravom Unije – posebice s načelom učinkovitosti.

## III – Zahtjev za prethodnu odluku i postupak pred Sudom

15. Odlukom od 17. listopada 2012. Oberster Gerichtshof<sup>8</sup> postavio je Sudu sljedeće prethodno pitanje:

Treba li članak 101. UFEU-a (članak 81. UEZ-a, članak 85. UEZ-a) tumačiti na način da svatko ima pravo od sudionika zabranjenog sporazuma zahtijevati čak i naknadu štete koju prouzroči osoba koja nije sudionik zabranjenog sporazuma, a koja, koristeći rast tržišnih cijena, poveća cijene svojih vlastitih proizvoda više nego što bi to učinila da ne postoji zabranjeni sporazum (*umbrella pricing*), zbog čega načelo učinkovitosti koje je propisao Sud zahtijeva donošenje potvrdne odluke u okviru nacionalnog prava?

16. U pisanom dijelu prethodnog postupka sudjelovali su, s jedne strane, ÖBB-Infrastruktur kao tužitelj u glavnom postupku i, s druge strane, Kone, Otis, Schindler i ThyssenKrupp kao tuženici u glavnom postupku te austrijska vlada, talijanska vlada i Europska Komisija. Osim tih dviju vlada, stranke su se očitovale i na usmenoj raspravi 12. prosinca 2013.

6 — Djelomična presuda Handelsgerichta Wien od 19. rujna 2011. (Az. 19 Cg 21/10z-57)

7 — Odluka Oberlandesgerichta Wien kao drugostupanjskog suda od 21. prosinca 2011. (Az. 1 R 272/11v-65)

8 — Az. 7 Ob 48/12b.

#### IV – Analiza

17. Sud koji je uputio zahtjev ponajprije preispituje tumačenje članka 101. UFEU-a, pri čemu izgleda da samo podredno upućuje na članak 81. UEZ-a i članak 85. UEZ-a. Budući da su se djelovanja na temelju zabranjenog sporazuma odvijala prije stupanja na snagu Lisabonskog ugovora, i to djelomično u vrijeme važenja članka 81. UEZ-a, a djelomično čak u vrijeme važenja članka 85. Ugovora o EEZ-u, za odgovor na zahtjev za prethodnu odluku mjerodavna su samo zadnja dva propisa. Međutim, moja izlaganja mogu se bez poteškoća prenijeti i na sadržajno jednak članak 101. UFEU-a.

18. Sukladno stalnoj sudskoj praksi, osobe kojima je prouzročena šteta zabranjenim sporazumom koji spada u područje primjene članka 81. UEZ-a odnosno članka 85. Ugovora o EEZ-u mogu od poduzetnika koji su sudjelovali u zabranjenom sporazumu zahtijevati naknadu štete<sup>9</sup>. Međutim još nije razjašnjeno uključuje li to pravo na naknadu štete štete koje poživaju na povišenju cijena poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma u višem iznosu od iznosa sukladno uvjetima tržišnog natjecanja, dakle štete na temelju učinka zaštitne cijene. U stručnoj literaturi postoje suprotstavljeni stavovi o toj temi<sup>10</sup>. Prema tome ne iznenađuje da i sudionici ovog spora o tome zastupaju najrazličitija mišljenja osobito s obzirom na znatne financijske posljedice.

19. Pravno promatrano, o postojanju *uzročne veze* ovisi činjenica mogu li sudionici zabranjenog sporazuma građanskopravno odgovarati za učinak zaštitne cijene. Postavlja se pitanje postoji li dovoljno uska veza između zabranjenog sporazuma i šteta koje su nastale uslijed učinka zaštitne cijene na temelju zabranjenog sporazuma ili se radi o previše udaljenim štetama čija se naknada ne može na razuman način staviti na teret sudionicima zabranjenog sporazuma.

20. Dalje u tekstu ću prvo pojasniti da se kod problema građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za učinak zaštitne cijene radi o pitanju prava Unije, a ne o pitanju nacionalnog prava (vidjeti A). U drugom ću se koraku posvetiti konkretnim pravnim zahtjevima koji se sa stajališta prava Unije mogu postaviti za utvrđivanje uzročne veze između zabranjenog sporazuma i mogućeg učinka zaštitne cijene (vidjeti u nastavku B).

#### A – Građanskopravna odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za učinak zaštitne cijene: pitanje prava Unije

21. Sud koji je uputio zahtjev i brojne stranke postupka mišljenja su da je građanskopravna odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za učinak zaštitne cijene ponajprije obuhvaćena nacionalnim pravom i da pritom, s gledišta prava Unije, načela ekvivalentnosti i djelotvornosti postavljaju granice diskrecijskom pravu država članica. Kone s tim u vezi kao argument navodi i načelo supsidijarnosti.

9 — Presude od 20. rujna 2001., *Courage i Crehan* (C-453/99, Zb., 2001., str. I 6297., t. 25. i 26.), od 13. srpnja 2006., *Manfredi* i dr. („Manfredi“, C-295/04 do C-298/04, Zb., 2006., str. I 6619., t. 60. i 61.), od 14. lipnja 2011., *Pfleiderer* (C-360/09, Zb., 2011., str. I 5161., t. 28.), *Otis* (navedena u bilješki 2., t. 41. i 43.) i od 6. lipnja 2013., *Donau Chemie* i dr. („Donau Chemie“, C-536/11, t. 21.)

10 — Za mišljenje s ove i s druge strane Atlantika vidjeti, među ostalim, R. D. Blair i V. G. Maurer, „Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis“, u *Utah Law Review* 1982., str. 763.; J. M. Lave, „Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims“, u *Antitrust Bulletin* 48 (2003.), str. 223.; F. W. Bulst, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden 2006., str. 255.; F. W. Bulst, u: W. Möschel i F. Bien (izdavač), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen*, Baden-Baden 2010., str. 225. (242. i daljnje str.); G. Meeßen, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts*, Tübingen 2011., str. 256. i daljnje str.; I. Hartung, „Umbrella claims: Schadensersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen?“, u *ecolex* 2012., str. 497.; H. Beth i C.-M. Pinter, „Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadensersatzverfahren“, u: *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2013., str. 228.; R. Inderst, F. Maier-Rigaud i U. Schwalbe, „Umbrella Effects“, u *IESEG Working Paper Series* 2013.-ECO-17.

22. Na prvi pogled izgleda da je to mišljenje potkrijepljeno u presudi Manfredi, u kojoj Sud „određivanje detaljnih pravila za izvršavanje“ prava na naknadu štete, uključujući i pravila u vezi s primjenom pojma „uzročna veza“, opisuje kao „zadatak nacionalnog prava“, pri čemu upozorava na poštovanje načela ekvivalentnosti i djelotvornosti<sup>11</sup>.

23. Detaljnijim pregledom presude Manfredi, kao i novijih presuda Suda, proizlazi međutim da *postojanje* prava na naknadu štete (odnosno pitanje treba li dodijeliti naknadu štete) trenutačno manje ovisi o nacionalnom pravu, a više o *detaljnim pravilima* primjene i *modalitetima* konkretne provedbe takvih prava (odnosno pitanju *kako* dodijeliti naknadu štete), dakle posebice o nadležnosti, postupcima, rokovima i iznošenju dokaza<sup>12</sup>.

24. Načelo u skladu s kojim svatko ima pravo zahtijevati naknadu štete koja mu je prouzročena kada između te štete i povrede pravila o zaštiti tržišnog natjecanja postoji uzročna veza potječe iz samog prava Unije, točnije iz zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja iz članka 81. UEZ-a odnosno članka 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a)<sup>13</sup>. To izravno priznanje u pravu Unije zajedničko je građanskopravnoj odgovornosti poduzetnika za njihove povrede zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja i odgovornosti država članica za njihove povrede prava Unije<sup>14</sup> – unatoč svim razlikama koje bi konceptualno mogle postojati među tim instrumentima<sup>15</sup>.

25. Kako je talijanska vlada s pravom istaknula, činjenica da je obveza naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma pravo načelo prava Unije, ne može se konačno svesti na pravnu prirodu i značenje spomenute zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja: ta zabrana sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja neposredno vrijedi u odnosima među pojedincima, ona je osnova, na temelju primarnog prava, svih obveza poduzetnika koji posluju na unutarnjem tržištu i svatko se na nju može pozivati<sup>16</sup>. Potpuna, praktična učinkovitost – *effet utile* – zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja bila bi povrijeđena kada ne bi svatko mogao zatražiti naknadu štete koja mu je prouzročena povredom od strane poduzetnika članka 81. UEZ-a odnosno članka 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a)<sup>17</sup>.

26. Zbog toga Sud u presudi Manfredi utvrđuje „pravo svake osobe na naknadu štete koja joj je prouzročena ugovorom ili postupanjem koji mogu ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje“, a da postojanje tog prava ni na koji način nije uvjetovao nacionalnim pravom<sup>18</sup>.

27. Ali to nije kraj: Iz presude Manfredi proizlazi da su i krug osoba koje od sudionika zabranjenog sporazuma mogu zahtijevati naknadu štete zbog povrede navedene zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja („svatko“) kao i vrste šteta koje sudionici zabranjenog sporazuma eventualno moraju nadoknaditi prethodno određeni pravom Unije. Kako je već objašnjeno, oštećenik može zahtijevati naknadu imovinske štete (*damnum emergens*) uključujući izgublenu dobit (*lucrum cessans*) i isplatu kamata<sup>19</sup>.

11 — Presuda Manfredi (navedena u bilješki 9., t. 64. i 92.)

12 — Presude Courage i Crehan (t. 29.), Manfredi (t. 62., 64. i 77.), Pfeleiderer (t. 30.) i Donau Chemie (t. 25.), navedene u bilješki 9.

13 — Vidjeti u tom smislu presude navedene u bilješki 9., Courage i Crehan (t. 25. i 26.) i Manfredi (t. 60. i 61.). Komisija to također prihvaća u Prijedlogu direktive Europskog Parlamenta i Vijeća o određenim propisima za tužbe za naknadu štete prema pravu pojedine države zbog povreda odredaba o zaštiti tržišnog natjecanja država članica i Europske unije od 11. lipnja 2013. (COM (2013) 404 *final*) (u daljnjem tekstu: Prijedlog direktive), u kojem govori o „pravu Unije na naknadu štete prouzročene povredom prava tržišnog natjecanja Unije (vidjeti jedanaestu uvodnu izjavu u preambuli predložene direktive).

14 — Za odgovornost država članica usp. temeljne presude od 19. studenoga 1991., Francovich i dr. (C-6/90 i C-9/90, Zb., 1991., str. I 5357., t. 35. do 37.) i od 5. ožujka 1996., Brasserie du pêcheur i Factortame (C-46/93 i C-48/93, Zb., 1996., str. I 1029., t. 31.).

15 — Vidjeti u istom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika Van Gervena od 27. listopada 1993. u predmetu Banks (C-128/92, Zb., 1994., str. I 1209., t. 36. do 45.).

16 — Vidjeti presude navedene u bilješki 9., Courage i Crehan (t. 19. i 23.) i Manfredi (t. 39. i 57.).

17 — Presude Courage i Crehan (t. 26.) i Manfredi (t. 60., 89. i 90.), svaka citirana u bilješki 9.

18 — Presuda Manfredi (navedena u bilješki 9., t. 95.)

19 — Presuda Manfredi (navedena u bilješki 9., t. 95. i 96.)

28. Prethodno navedeno primijenjeno u ovom slučaju vodi do zaključka da je u slučaju problematike građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene riječ o pitanju prava Unije. Ako ocjenjujemo moraju li sudionici zabranjenog sporazuma naknaditi štetu koja je nastala na temelju učinaka zaštitne cijene, onda se to ne odnosi samo na modalitete provedbe i izračun prava na naknadu štete kao i izvođenje dokaza nacionalnih sudova (odnosno „kako“ naknade štete). U središtu je interesa daleko važnije pitanje mogu li sudionici zabranjenog sporazuma uopće građanskopravno odgovarati za takvu vrstu šteta i smiju li ih tužiti osobe koje nisu njihovi izravni ili neizravni kupci (odnosno „je li“ naknade štete). To pitanje ne može biti prepušteno samo pravnim sustavima država članica.

29. Ako bi se pravni kriteriji, prema kojima nacionalni sudovi ocjenjuju građanskopravnu odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma u smislu članka 81. UEZ-a ili članka 85. Ugovora o EEZ-u za određene vrste šteta i prema određenim osobama, u osnovi razlikovali od države članice do države članice, postojala bi opasnost nejednakog postupanja prema gospodarskim subjektima. To ne bi samo bilo protivno osnovnom cilju europskog prava tržišnog natjecanja, uspostaviti što je moguće jedinstvenije okvirne uvjete („*level playing field*“<sup>20</sup>) za sve poduzetnike koji posluju na unutarnjem tržištu, nego bi pozivalo i na „*forum shopping*“.

30. Sve u svemu cilj jedinstvene i djelotvorne provedbe pravila tržišnog natjecanja unutarnjeg europskog tržišta nalaže jedinstveno davanje odgovora na razini Unije u odnosu na načelno pitanje moraju li ili ne moraju sudionici zabranjenog sporazuma nadoknaditi štete koje počinjavaju na učincima zaštitne cijene.

#### B – Zahtjevi prava Unije za utvrđivanje uzročne veze

31. Još je potrebno razjasniti koji konkretni zahtjevi s gledišta prava Unije smiju biti postavljeni za utvrđivanje uzročne veze između zabranjenog sporazuma i eventualnih učinaka zaštitne cijene.

32. Kako već pokazuje i termin „svatko“ koji koristi Sud, obveza naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma ne smije se usko tumačiti. Zabranjeni sporazumi mogu prouzrokovati velike gospodarske štete i to ne samo u bližem okruženju sudionika zabranjenog sporazuma nego i mnogo šire. Zbog toga bi bilo neprimjereno suziti krug osoba ovlaštenih za podnošenje zahtjeva na način koji bi odmah samo određenim sudionicima tržišta – poput ugovornih partnera sudionika zabranjenog sporazuma ili njihovih izravnih ili neizravnih kupaca robe ili usluga – dopustio podnošenje zahtjeva za naknadu štete. U suprotnome ne bi bila zajamčena potpuna učinkovitost zabrane sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja u pravu Unije.

33. S druge je strane kod provjere uzročne veze potpuno legitimno postaviti kriterije koji osiguravaju da ne dođe do beskrajne obveze naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma za sve moguće i previše udaljene štete nastale njihovim ponašanjem koje je protivno tržišnom natjecanju u smislu „*conditio sine qua non*“ (također *ekvivalentna uzročna veza* ili *But-for*-kauzalnost).

20 — U odnosu na koncept „*level playing field*“ moje mišljenje od 29. travnja 2010. u predmetu Akzo Nobel Chemicals i Akros Chemicals/Komisija (C-550/07 P, Zb., 2010., str. I 8301., t. 169.), od 8. rujna 2011. u predmetu Toshiba Corporation i dr. (C-17/10, t. 118.), od 6. rujna 2012. u predmetu Expedia (C-226/11, t. 37.) i od 28. veljače 2013. u predmetu Schenker i dr. (C-681/11, t. 48.)

34. Prema stalnoj sudskoj praksi se u okviru izvanugovorne odgovornosti institucija Unije prema članku 340. stavku 2. UFEU-a zahtijeva *dovoljna izravna uzročna veza* između štetnog ponašanja i navodne štete<sup>21</sup>. Zbog koherentnosti je potrebno baš taj kriterij prenijeti na sve ostale slučajeve u kojima postoje zahtjevi za naknadu štete zbog povrede prava Unije, neovisno o tome jesu li takvi zahtjevi podneseni od strane pojedinaca protiv države članice<sup>22</sup> ili – kao ovdje – između pojedinaca radi pozivanja na građanskopravnu odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za štetu koju su prouzrokovali na tržištu<sup>23</sup>.

35. Dakako naznačeni kriterij izravnosti treba precizirati. Kako bi se pobliže odredilo što podrazumijeva „dovoljna izravna uzročna veza“, mora se pokrenuti normativno razmatranje kako ga se upotrebljava i u nacionalnim građanskopravnim sustavima u vezi s dotičnim pravilima o izvanugovornoj odgovornosti<sup>24</sup>. Pojmovi koji se u tom smislu upotrebljavaju („*legal causation*“, „odgovarajuća uzročna veza“ među ostalim) mogu se razlikovati ovisno o pravnoj odredbi. Sadržajno se međutim radi o u bitnome istim razmatranjima na kojima se temelji koncept dovoljno izravne uzročne veze.

36. Najprije valja istaknuti da izravna uzročna veza ne smije biti izjednačena s jedinom uzročnom vezom. Okolnost da formiranje cijena od strane poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma, koju ističu sud koji je uputio zahtjev i stranke u postupku, počiva na njihovoj slobodnoj poslovnoj odluci, ne može stoga sama po sebi biti mjerodavna za nijekanje pripisivanja sudionicima zabranjenog sporazuma eventualnih šteta na temelju učinaka zaštitne cijene. Za prihvaćanje izravne uzročne veze dostatno je da je zabranjeni sporazum učincima zaštitne cijene barem *doprinio*<sup>25</sup>.

37. Sudska praksa sudova Unije nikako ne prihvaća uvijek i paušalno prekid uzročnog lanca kada je djelo treće osobe pridonijelo nastaloj šteti. Naprotiv to uvijek ovisi o konkretnim okolnostima dotičnog pojedinog slučaja<sup>26</sup>. Čini mi se da u slučajevima kao što je ovaj uzročni lanac koji vodi do zabranjenog sporazuma nije prekinut priključivanjem poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma, nego se čak i nastavlja kada se poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma pri formiranju svoje cijene (također) orijentira na okolnosti tržišta i pri tome – na posve predvidiv način<sup>27</sup> – prihvati cjenovne impulse koji proizlaze iz zabranjenog sporazuma.

38. Koliko je pritom neznatna sloboda poslovne odluke poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma pokazuje uostalom i kratak pregled slične problematike: građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za štete koje nastanu njihovim posrednim kupcima (odnosno klijentima njihovih klijenata). U toj vezi nastanak štete kod posrednoga kupca također ovisi o slobodnoj poslovnoj odluci treće osobe (međukupca) jer tek kada on prevali previše visoke cijene

21 — Temelj je za navedeno presuda od 4. listopada 1979., Dumortier i dr./Vijeće (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 i 45/79, Zb., 1979., str. 3091., t. 21.): „s dovoljnom neposrednošću“; vidjeti osim toga presude od 30. travnja 2009., CAS Succhi di Frutta/Komisija (C-497/06 P, t. 67.) i od 18. ožujka 2010., Trubowest Handel i Makarov/Vijeće i Komisija (C-419/08 P, Zb., 2010., str. I 2259., t. 53.).

22 — Presude Brasserie du pêcheur i Factortame (navedena u bilješki 14., t. 51.) i Leth od 14. ožujka 2013. (C-420/11, t. 41.)

23 — Nakon što se nezavisni odvjetnik Van Gerven izjasnio u svojem mišljenju u predmetu Banks (navedenom u bilješki 15., t. 49. do 54.) kriterij izravne uzročne veze je u presudi Otis (navedena u bilješki 2., t. 65.) izričito ušao u sudsku praksu o obvezi naknade štete od strane sudionika zabranjenog sporazuma.

24 — Slična su razmišljanja studijske grupe za Europski građanski zakonik, prema kojima šteta koju treba naknaditi u okviru izvanugovorne odgovornosti mora biti „pravno relevantna šteta“: „... 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 ...“; vidjeti C. von Bar i E. Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, München 2009., svezak 4., knjiga VI., poglavlje 2., VI.-2:101.

25 — Drukčije tvrdi nezavisni odvjetnik Ruiz-Jarabo Colomer, koji je u svojem mišljenju od 3. veljače 2009. u predmetu Komisija/Schneider Electric (C-440/07 P, Zb., 2009., str. I-6413., t. 140.) zahtijevao da šteta koju treba naknaditi bude „izravna, neposredna i *isključiva* posljedica protupravnog djela“ (moje isticanje). Ta posebno stroga formulacija nije nikada našla svoje mjesto u sudskoj praksi sudova Unije.

26 — Vidjeti s jedne strane presude od 16. srpnja 2009., Komisija/Schneider Electric (C-440/07 P, Zb., 2009., str. I 6413., t. 222.), CAS Succhi di Frutta/Komisija (navedenu u bilješki 20., t. 61. i 62.), od 28. veljače 2013., Inalca i Cremonini/Komisija (C-460/09 P, t. 120.) i od 10. srpnja 2012., Interspeed/Komisija (T-587/10, t. 40.), u kojima se uvijek polazi od prekida uzročnog lanca, a s druge strane presudu Općeg suda (veliko vijeće) od 14. prosinca 2005., CD Cartondruck/Vijeće i Komisija (T-320/00, posebice t. 177.), u kojoj se niječe prekid uzročnog lanca.

27 — Predvidivost ponašanja autsajdera kartela usp. opširnije u nastavku, t. 41. do 52. ovog mišljenja.

sudionika zabranjenog sporazuma protivne tržišnom natjecanju na svoje vlastite kupce, oni postaju oštećeni. Dakle djelovanje sudionika zabranjenog sporazuma nije samo po sebi uzrok nastanka šteta njihovim posrednim kupcima. Ipak se u novije vrijeme uspostavilo mišljenje da su takve štete koje pretrpe posredni kupci nadoknadive<sup>28</sup>.

39. Čak bi i u odnosu na predmetne štete na temelju učinka zaštitne cijene bilo neprimjereno uvjetovati monokauzalnim uzrokom građanskopravnu odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma. Cijene rijetko imaju samo jedan uzrok. To međutim ne isključuje odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za štete nastale, kao u ovom slučaju, djelovanjem protivnim tržišnom natjecanju koje je pridonijelo iskrivljavanju normalnih mehanizama formiranja cijena na tržištu.

40. S obzirom na navedeno, kriterij dovoljne izravne uzročne veze sadržajno treba osigurati da osoba zbog svojeg protupravnog ponašanja mora odgovarati samo za one štete čije je nastupanje mogla razumno predvidjeti (vidjeti u tom smislu odjeljak 1. dolje). S druge strane osoba mora odgovarati samo za štete čija je nadoknada u skladu s postavljenim ciljevima povrijeđene pravne norme (vidjeti u tom smislu odjeljak 2.).

#### 1. Predvidljivost šteta na temelju učinaka zaštitne cijene

41. Kao prvo treba razjasniti pod kojim uvjetima sudionici zabranjenog sporazuma mogu predvidjeti štete na temelju učinaka zaštitne cijene. Drugim riječima, radi se o pitanju može li između navedenih šteta i ilegalnog djelovanja zabranjenog sporazuma postojati *odgovarajuća uzročna veza*.

42. Predvidljive (ili nastale na temelju odgovarajuće uzročne veze) su sve štete čijim nastupanjem sudionici zabranjenog sporazuma razumno moraju računati prema općem životnom iskustvu, za razliku od šteta koje počivaju na posve iznimnom spletu okolnosti, dakle na atipičnoj uzročnoj vezi.

43. Sud koji je uputio zahtjev smatra – isto kao i Kone, Otis, Schindler i ThyssenKrupp te austrijska vlada – da štete na temelju učinaka zaštitne cijene nisu mogle biti dovoljno predvidljive za sudionike zabranjenog sporazuma i stoga nisu niti mogle nastati na temelju odgovarajuće uzročne veze. Kod učinaka zaštitne cijene riječ je samo o „nuspojavi“ zabranjenog sporazuma.

44. Taj argument valja odbiti.

45. Istina je da za formiranje cijena od strane poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma, u okviru njihove slobodne poslovne odluke, može biti mjerodavan velik broj čimbenika<sup>29</sup>. Međutim sama ta okolnost za sudionike zabranjenog sporazuma ne isključuje predvidljivost šteta koje počivaju na učincima zaštitne cijene.

46. Kod donošenja vlastitih komercijalnih odluka, uobičajenim obrascima ponašanja poduzetnika u tržišnom gospodarstvu pripada intenzivno promatranje događanja na tržištu i njihovo uzimanje u obzir. U tom kontekstu nije nimalo nepredvidljivo ni iznenađujuće kada poduzetnici koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma svoje cijene utvrđuju u odnosu na tržišno ponašanje poduzetnika sudionika zabranjenog sporazuma, neovisno o tome je li im njihovo djelovanje, protivno tržišnom natjecanju, poznato ili ne. Više se radi upravo o normalnom tijeku stvari.

28 — Vidjeti u tom smislu osobito na nacionalnoj razini presudu njemačkog Bundesgerichtshofa od 28. lipnja 2011., „ORWI“ (KZR 75/10, BGHZ 190, 145). U jednakom smislu odlučio je austrijski Oberster Gerichtshof u ovom slučaju (odluka od 17. listopada 2012., Az. 7 Ob 48/12b). Isto vrijedi i za Prijedlog direktive Komisije (vidjeti posebice uvodne izjave 11. i 33. preambule predložene Direktive kao i njezine članke 12. i 13.).

29 — Tome na primjer pripadaju poslovna strategija (isticanje imidža robne marke, strategija premijskih cijena itd.) i osobnost poduzetnika, ali i moć potražnje klijenata.



47. To još više vrijedi kada sudionici zabranjenog sporazuma – kao u predmetnom slučaju – sukladno svojim visokim ukupnim tržišnim udjelima pokrivaju važan dio relevantnog tržišta<sup>30</sup> i kada se njihovo djelovanje protivno tržišnom natjecanju odnosi na značajan dio tržišta<sup>31</sup>, što ni u kojem slučaju ne pretpostavlja da upravljaju daleko najvećim udjelom u tržištu. Što je položaj zabranjenog sporazuma na dotičnom tržištu važniji, to je vjerojatnije da će on značajno utjecati na ukupnu razinu cijena na tom tržištu, a za poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma manje je vjerojatno da će sam moći znatno utjecati na tržišne cijene.

48. Što je stvarno relevantno tržište homogenije i transparentnije, to je zasigurno poduzetniku koji nije sudionik zabranjenog sporazuma jednostavnije orijentirati se prilikom vlastitog formiranja cijena na poslovanje sudionika zabranjenog sporazuma. Iz navedenoga međutim nikako ne proizlazi suprotan zaključak, da se u slučaju nehomogenih i manje transparentnih tržišta proizvoda po mjeri – kao na primjer ovdje navedenih dizala i pokretnih stepenica – nikada ne mogu očekivati učinci zaštitne cijene na temelju zabranjenog sporazuma<sup>32</sup>. Ipak je pažljivim sudionicima tržišta i na takvim tržištima poznato koja razina cijena prevladava i kako se ponašaju pojedini ponuđači na tržištu.

49. To utvrđenje ne mijenja niti okolnost da se, prije svega kod većih nabava javnih tijela, dizala i pokretne stepenice često pribavljaju u postupku javne nabave. Rezultati takvih provedbi postupaka javne nabave, kako je ÖBB-Infrastruktur sam iznio, a što nije osporavano, nikako nisu tajni u odnosu na druge sudionike na tržištu<sup>33</sup>, tako da kod budućih nabava mogu služiti kao uporište za prevladavajuću razinu cijena.

50. Moguće je i da će poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma slobodnih kapaciteta pokušati utvrditi svoje vlastite cijene ispod razine cijena zabranjenog sporazuma kako bi na taj način na račun sudionika zabranjenog sporazuma pridobio tržišne udjele. Međutim čak i tada poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma ima znatan poticaj od svojih klijenata da traži višu cijenu nego što bi to inače bilo moguće pod normalnim uvjetima tržišnog natjecanja. Ako pretpostavimo da cijena zabranjenog sporazuma iznosi 120, a da bi inače pod uvjetima tržišnog natjecanja iznosila 100, poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma svoju cijenu mogao bi na primjer slobodno postaviti na 110. Takvo ponašanje nikako ne bi bilo neobično, nego gospodarski racionalno, a za sudionike zabranjenog sporazuma sve samo ne nepredvidljivo.

51. Obrnuto je vrlo važno za uspjeh sporazuma protivnih pravilima tržišnog natjecanja poduzetnika koji u njemu sudjeluju, da i cijene poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma rastu i budu što bliže njihovima. Naime, što se više ukupno podiže razina cijena, to će se na tržištu trajno više provoditi cijene koje prakticiraju sudionici zabranjenog sporazuma. Iz tog se razloga također može zaključiti da sudionici zabranjenog sporazuma svojim racionalnim djelovanjem, planirajući logiku svojeg djelovanja protivnog pravilima tržišnog natjecanja, nisu iznenađeni učincima zaštitne cijene, nego naprotiv, moraju čak i računati na pojavu takvih učinaka. Na to je s pravom uputio i ÖBB-Infrastruktur.

52. U tom kontekstu ukupno proizlazi da se kod šteta koje se temelje na učincima zaštitne cijene ne radi o onim štetama čiji bi nastanak bio uvijek atipičan ili nepredvidljiv za sudionike zabranjenog sporazuma. Bilo bi nespojivo s praktičnim djelovanjem članka 81. UEZ-a odnosno članka 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a) odmah isključiti naknadu takvih šteta na temelju relativno strogo razumijevanja kriterija odgovarajuće uzročne veze.

30 — Prema neproturječnim izlaganjima tvrtke ÖBB-Infrastruktur najveći proizvođači te branše u Austriji bili su sudionici kartela dizala te su zajedno obuhvaćali 80% tržišnog udjela.

31 — Sukladno utvrđenjima u glavnom postupku, najmanje jedna trećina tržišta bila je predmet konkretnih dogovora sudionika zabranjenog sporazuma te se čak u odnosu na znatno više od polovice austrijskog tržišta za nove uređaje pokušalo postići usklađeno djelovanje (vidjeti t. 8. ovog mišljenja).

32 — U istom smislu H. Beth i C.-M. Pinter, WuW 2013., str. 228. (232.): „Ni kod takvih razlika među proizvodima pojava učinaka zaštitne cijene nije nevjerovatna, međutim oni će biti manji nego u slučaju većeg stupnja homogenosti.“

33 — ÖBB-Infrastruktur je s tim u vezi uputio na važeće austrijske propise u odnosu na otvaranje postupka u okviru javne nabave.

2. Spojivost naknade šteta na temelju učinaka zaštitne cijene s postavljenim ciljevima povrijeđenih pravila tržišnog natjecanja

53. Na drugome mjestu, potrebno je još razmotriti je li naknada šteta na temelju učinaka zaštitne cijene sukladna postavljenim ciljevima iz članka 81. UEZ-a odnosno 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a).

54. Sud koji je uputio zahtjev – kao i Kone, Otis, Schindler i ThyssenKrupp te austrijska vlada – smatraju da se štete koje se temelje na učincima zaštitne cijene nalaze izvan zaštitne svrhe pravila tržišnog natjecanja prava Unije. Sudionici zabranjenog sporazuma ne mogu građanskopravno odgovarati za takve štete, s obzirom na to da nedostaje „veza protupravnosti“.

55. Ni taj argument nije uvjerljiv.

56. Cilj pravila tržišnog natjecanja sadržanih u člancima 81. i 82. UEZ-a odnosno članku 85. i 86. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a i 102. UFEU-a) stvaranje je i održavanje jednog sustava nenarušenog tržišnog natjecanja na europskom unutarnjem tržištu. Toj za europsko jedinstvo osnovnoj želji<sup>34</sup> potpomažu privatni i javni provedbeni mehanizmi prava tržišnog natjecanja.

57. Teško se može tvrditi da upravo priznavanje građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za štete koje počivaju na učincima zaštitne cijene nije spojivo s navedenim ciljem. Kako ću dalje izložiti, takva obveza naknade štete bez problema se uklapa u sustav u kojem se provode europska pravila tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu odjeljak a) dolje), a osim toga prikladna je i za ispravljanje negativnih posljedica nastalih drugim sudionicima tržišta povredom tržišnog natjecanja od strane sudionika zabranjenog sporazuma – posebice potrošačima (vidjeti u tom smislu odjeljak b)).

a) Uklapanje u sustav provedbe pravila tržišnog natjecanja

58. Prvo treba razjasniti pitanje je li građanskopravna odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za naknadu štete na temelju učinaka zaštitne cijene općenito u skladu sa sustavom u kojem se u Europskoj uniji provode ugovorna pravila tržišnog natjecanja.

59. Priznata je činjenica da provedba europskih pravila tržišnog natjecanja ima dva stupa. S jedne strane riječ je o javnoj provedbi tijela za zaštitu tržišnog natjecanja represivnim sredstvima (također „*public enforcement*“), a s druge strane o privatnoj provedbi sredstvima građanskog prava koja se temelji na inicijativi pojedinca (također opisana kao „*private enforcement*“)<sup>35</sup>.

60. Za osiguranje praktične učinkovitosti pravila tržišnog natjecanja nužno je razvijanje i sustava javne i sustava privatne provedbe na najbolji mogući način<sup>36</sup>. Snaga pravila tržišnog natjecanja poprilično bi oslabjela ako bi se u pogledu određenih fenomena poput učinaka zaštitne cijene odmah odustajalo od sredstava privatne provedbe i u tom pogledu oslanjalo samo na javnu provedbu, kako to neki članovi zabranjenog sporazuma u području dizala zamišljaju.

34 — Presuda Courage i Crehan (navedeno u bilješki 9., t. 20. i 21.). U odnosu na značenje pravila tržišnog natjecanja za funkcioniranje unutarnjeg tržišta vidjeti raniju presudu od 1. lipnja 1999., Eco Swiss (C-126/97, Zb., 1999., str. I 3055., t. 36.) kao i – u odnosu na pravno stanje nakon stupanja na snagu Lisabonskog ugovora – presude od 17. veljače 2011., TeliaSonera (C-52/09, Zb., 2011., str. I 527., t. 20.) i od 17. studenoga 2011., Komisija/Italija (C-496/09, Zb., 2011., str. I 11483., t. 60.).

35 — Presude Courage i Crehan (navedene u bilješki 9., t. 27.), Pfeleiderer (navedena u bilješki 9., t. 29.), Otis (navedena u bilješki 2., t. 42.) i Donau Chemie (navedena u bilješki 9., t. 23.)

36 — U tom smislu vidjeti presude Courage i Crehan (navedenu u bilješki 9., t. 26.), Manfredi (navedenu u bilješki 9., t. 60., 89. i 90.) i Otis (navedenu u bilješki 2., t. 41.). O značenju privatne provedbe vidjeti također bijelu knjigu Europske komisije „Tužbe za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja EZ-a“ od 2. travnja 2008. (COM(2008) 165 *final*). U svojoj bijeloj knjizi Komisija predlaže mjere kojima je cilj „uspostavljanje djelotvornog sustava privatne provedbe [prava tržišnog natjecanja] pomoću tužbi za naknadu štete, koji dopunjava, ali ne nadomješta ili ugrožava, provedbu javnih tijela“ (str. 4., poglavlje 1.2.). Sud EFTA-e nedavno je također imao priliku uputiti na značenje privatne provedbe prava tržišnog natjecanja te naglasiti da je ona u javnom interesu (presuda od 21. prosinca 2012., DB Schenker/EFTA-nadzorni ured, E-14/11, t. 132.).

61. Samorazumljivo je da instrumenti privatne provedbe – kao i oni javne provedbe – moraju biti tako oblikovani i primjenjivani da njihovo korištenje ne bude kontraproduktivno. Međutim, za razliku od ThyssenKrupp, nemam dojam da bi uzimanje u obzir učinaka zaštitne cijene kod građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma moglo stvoriti načelno pogrešne poticaje, koji bi konačno provedbom pravila tržišnog natjecanja više štetili nego koristili.

62. Predmet pisane i usmene rasprave u postupku pred Sudom bio je osobito moguć uzajamni odnos između građanskopravne odgovornosti s jedne strane i pokajničkih programa Europske komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja s druge strane.

63. Može se dogoditi da mogućnost korištenja građanskopravnog zahtjeva od strane oštećenih sudionika na tržištu spriječi neke sudionike zabranjenog sporazuma da stave sve karte na stol i surađuju s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja. Može li to međutim biti razlog da se potpuno zanemare opravdani interesi oštećenika u vezi s financijskom odštetom? Zasigurno je razumno sudionicima zabranjenih sporazuma pomoću pokajničkih programa omogućiti povratak u zakonitost i pomoći kod otkrivanja prijestupa, međutim to se ne smije događati na račun legitimnih interesa drugih sudionika na tržištu.

64. Može biti opravdano, u mogućem postupku za naknadu štete, prikladno uzeti u obzir pokajničku poziciju poduzetnika i primarno obvezati druge sudionike zabranjenog sporazuma na ispunjenje zahtjeva za naknadu štete onako kako to predlaže i Komisija<sup>37</sup>. Prema mojem mišljenju bilo bi promašeno navodni „*chilling effect*“ za pokajničke programe, koji proizlazi iz naknade štete – ako je on uopće mjerljiv – uzeti kao razlog za kategoričko isključivanje bilo kakve građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene.

65. Navedeno vrijedi tim više jer bi restriktivna praksa kod dodjele naknade štete u velikoj mjeri pogodovala onima koji sudjeluju u postupcima protivnima tržišnom natjecanju ili to misle učiniti. Njima će biti lakše izračunati financijske rizike koji su povezani sa sudjelovanjem u zabranjenom sporazumu što su manje izloženi zahtjevima za naknadu štete u slučaju njihova otkrivanja. Kada bismo sudionike zabranjenog sporazuma uvjerali da nikada neće morati odgovarati za učinke zaštitne cijene, dali bismo im dodatni poticaj za nastavak djelovanja protivnog tržišnom natjecanju. Odvrćući učinak povezan s mehanizmima privatne provedbe, koji je izričito poželjan, kod poduzetnika<sup>38</sup> koji razmišljaju o povredi pravila igre na europskom unutarnjem tržištu djelovao bi suprotno.

66. Suprotno mišljenju Konea, postavljeni ciljevi europskog prava tržišnog natjecanja ne mogu se svesti na činjenicu da poduzetnicima koji djeluju na unutarnjem tržištu bude omogućeno troškovno što učinkovitije poslovanje. U Uniji prava, koja si je za cilj postavila ostvariti visokokonkurentno socijalno tržišno gospodarstvo (članak 3. stavak 3. UEU-a), od velike su vrijednosti, izvan svih razmatranja troškova i koristi, funkcionalna tržišta s nenarušenim tržišnim natjecanjem.

67. Osim toga, nije osobito uvjerljivo kada baš poduzetnici koji su manipulirali tržištem i umjetno održavali visoke cijene upozoravaju na previsoke troškove za gospodarske subjekte i ističu postojanje opasnosti za učinkovitost tržišta ako ne dođe do oslobađanja sudionika zabranjenog sporazuma od obveze naknade određenih šteta. Sudionici zabranjenog sporazuma bi se najdjelotvornije sami mogli

37 — U članku 11. njezinog Prijedloga direktive i u pripadajućoj 28. uvodnoj izjavi preambule Komisija predlaže da se poduzetnika, kojem je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru pokajničkog programa dodijelilo oslobađanje od novčane kazne, u određenom opsegu privilegira i kod građanskopravne odgovornosti.

38 — Iako je Komisija na usmenoj raspravi pokušala umanjiti relevantnost odvrćućeg učinka, Sud mu ipak u stalnoj sudskoj praksi pridaje veliku važnost; vidjeti presude Courage i Crehan (t. 27.), Manfredi (t. 91.), Pfeleiderer (t. 28.) i Donau Chemie (t. 23.), navedene u bilješci 9.

zaštititi od troškova povezanih s mogućim zahtjevima za naknadu štete kada bi na prvom mjestu propustili djelovati protivno pravilima tržišnog natjecanja. Poštedom sudionika zabranjenog sporazuma od zahtjeva za naknadu štete bi ostali gospodarski subjekti, a posebice oštećeni klijenti, morali snositi financijski teret djelovanja zabranjenog sporazuma.

68. Čini se prilično neobičnim s tim u vezi iznesen argument ThyssenKrupp da bi građanskopravna odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene dovela „do smanjenja tržišnog natjecanja“ jer bi poduzetnici, u odnosu na rizik odgovornosti koji im prijete, mogli odustati od svojeg sudjelovanja na dotičnom tržištu<sup>39</sup>. Za to je dovoljna sljedeća napomena: uzor djelovanja na unutarnjem tržištu trebali bi biti poduzetnici koji se pridržavaju pravila tržišnog natjecanja, a ne oni koji žele nezakonito djelovati na tuđi trošak. Ako bi priznanje zahtjeva za naknadu štete sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene značilo uklanjanje crnih ovaca s tržišta, to za tržišno natjecanje ne bio nedostatak.

69. Konačno, nije uvjerljivo upozorenje nekih o preopterećenju građanskih sudova država članica, ako Sud prizna obvezu sudionika zabranjenog sporazuma naknade šteta koje počivaju na učincima zaštitne cijene. S obzirom na relativno visoke prepreke koje ga očekuju u pogledu tereta dokaza pred građanskim sudovima<sup>40</sup>, bilo bi dobro da svaki potencijalni tužitelj („*umbrella plaintiff*“) pažljivo odvagne vjerojatnosti i rizike koje nosi građanskopravna tužba protiv sudionika zabranjenog sporazuma.

70. Ako pak klijent poduzetnika koji nije sudionik zabranjenog sporazuma odluči sudskim putem od sudionika zabranjenog sporazuma potraživati naknadu za prouzročenu mu štetu koja počiva na učincima zaštitne cijene, ne može mu se odbiti provođenje sudskog postupka pod izgovorom navodno previsokih troškova. Naprotiv, države članice sukladno članku 19. stavku 1. podstavku 2. UEU-a i članku 47. stavku 1. Povelje o temeljnim pravima, u području primjene europskog prava tržišnog natjecanja, dužne su omogućiti potrebne pravne lijekove, kako bi se osigurala djelotvorna pravna zaštita<sup>41</sup>.

#### b) Sposobnost ispravljanja negativnih posljedica počinjenih povreda tržišnog natjecanja

71. Na kraju preostaje razmotriti je li uključivanje učinaka zaštitne cijene u građanskopravnu odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma spojivo s funkcijom naknade štete. Općenito se ta funkcija sastoji u ispravljanju negativnih posljedica počinjenih povreda prava, a toj svrsi služi i obveza sudionika zabranjenog sporazuma naknade šteta koje su bilo kome prouzročene njihovim djelovanjima protivnim tržišnom natjecanju<sup>42</sup>. Mogućnost potraživanja naknade štete u isto vrijeme osnažuje povjerenje u pravila tržišnog natjecanja Europske unije i daje važan doprinos njihovoj djelotvornoj provedbi<sup>43</sup>.

39 — U odgovoru na moje pitanje, zastupnik ThyssenKrupp to je iznošenje na usmenoj raspravi relativizirao kao „retoričko pretjerivanje“.

40 — Prijedlog direktive Komisije predviđa međutim neka olakšanja od iznošenja dokaza.

41 — U jednakom smislu vidjeti presude Courage i Crehan (t. 25.), Manfredi (t. 89.) i Donau Chemie (t. 22.), navedene u bilješci 9.; vidjeti osim toga, posebno u odnosu na relevantnost članka 47. Povelje o temeljnim pravima u okviru građanskopravnog spora između pojedinaca, presudu od 18. ožujka 2010., Alassini i dr. (C-317/08 do C-320/08, Zb., 2010., str. I 2213., posebice t. 61.).

42 — Presuda Donau Chemie (navedena u bilješci 9., t. 24.)

43 — Presuda Donau Chemie (t. 23.); slično presude Courage i Crehan (t. 26. i 27.), Manfredi (t. 91.) i Pfeleiderer (t. 28.), navedene u bilješci 9.

i) Prigovor da štete na temelju učinaka zaštitne cijene nisu namjerne

72. Određene stranke u postupku ističu da su poduzetnici sudionici zabranjenog sporazuma u području dizala doduše namjeravali povećati svoje vlastite cijene svojim vlastitim klijentima, ali nisu namjeravali povećati cijene poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma njihovim klijentima na temelju učinaka zaštitne cijene. Zbog toga je nepošteno sudionicima zabranjenog sporazuma staviti na teret naknadu šteta s obzirom na navedeni učinak.

73. Taj prigovor je neosnovan.

74. Utvrđivanje uzročne veze između zabranjenog sporazuma i određene vrste šteta koje bi mogle nastati sudionicima tržišta počiva na posve objektivnim kriterijima. U subjektivnom pogledu građanskopravna odgovornost mogla bi ovisiti o namjernoj ili nehajnoj povredi od strane sudionika zabranjenog sporazuma ugovornih odredbi tržišnog natjecanja. Međutim ne radi se o tome jesu li sudionici zabranjenog sporazuma osim toga namjerno ili nehajno prouzrokovali i konkretno nastale štete. Takav zahtjev u vezi s krivnjom ne bi bio spojiv s općim načelima građanskog prava te bi pretjerano otežavao praktičnu provedbu pravila tržišnog natjecanja.

75. Neovisno o tome, u slučaju poput ovog, kako je već navedeno<sup>44</sup>, nastanak učinaka zaštitne cijene za poduzetnike sudionike zabranjenog sporazuma nikako nije nepredvidljiv. Stoga proizlazi da članovi zabranjenog sporazuma prilikom svojeg djelovanja protivnog tržišnom natjecanju pristaju na eventualne učinke zaštitne cijene, tako da im se, u odnosu na nastale štete, može pripisati barem nehaj, a možda čak i neizravna namjera (*dolus eventualis*).

ii) Prigovor da naknada štete povezane s učincima zaštitne cijene ne omogućuje smanjenje nezakonite dobiti

76. Protivno mišljenju nekih stranaka u postupku, nevažno je može li se pomoću naknade štete koja se temelji na učincima zaštitne cijene smanjiti nezakonita dobit sudionika zabranjenog sporazuma.

77. Činjenica da postoji mogućnost takvog smanjenja dobiti u većini slučajeva može biti dobrodošla posljedica naknade štete povezane s povredom propisa o zabranjenim sporazumima. Smanjenje dobiti međutim nije nužna pretpostavka za podnošenje zahtjeva za naknadu štete protiv sudionika zabranjenog sporazuma.

78. Pritom se u osnovi razlikuje pravo na naknadu štete od prava na vraćanje stečenog bez osnove. Kod naknade štete se u prvoj liniji ne radi o uzimanju štetniku onoga čega ima previše, nego o dodjeljivanju zadovoljštine oštećeniku za pretrpljeno zbog protupravnih radnji štetnika<sup>45</sup>. Toj funkciji u potpunosti odgovara proširenje građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma na štete na temelju učinaka zaštitne cijene.

iii) Prigovor o uvođenju kaznene odštete

79. Konačno, nema smisla prigovor nekolicine stranaka u postupku da bi se priznavanjem građanskopravne odgovornosti za učinke zaštitne cijene obveza naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma pretvorila u kaznenu odštetu.

44 — Vidjeti prethodne t. 41. do 52. ovog mišljenja.

45 — Tu je razliku, u odgovoru na moje pitanje, razjasnio i zastupnik Otis na usmenoj raspravi pred Sudom.

80. Osim što pravo Unije u osnovi ne zabranjuje dodjelu kaznene odštete<sup>46</sup>, ne postoje nikakvi znakovi da bi građanskopravna odgovornost sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene mogla imati takav učinak.

81. Za razliku od onog što je uobičajeno kod kaznene odštete, predmetnim uključivanjem učinaka zaštitne cijene u obvezu naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma samo se nalaže nadoknađivanje one štete koju su uzrokovali na nekom tržištu svojim djelovanjem protivnom tržišnom natjecanju. Ne dolazi do prekomjerne kompenzacije te štete.

82. Stoga iz svega navedenoga proizlazi da je naknada šteta koje se temelje na učincima zaštitne cijene u skladu s ciljevima postavljenima u članku 81. UEZ-a odnosno članku 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a).

### 3. Sažetak

83. Sve u svemu, dakle štete koje počivaju na učincima zaštitne cijene općenito nisu nepredvidljive za sudionike zabranjenog sporazuma, a njihovo nadoknađivanje odgovara ciljevima postavljenima u članku 81. UEZ-a odnosno članku 85. Ugovora o EEZ-u (danas članak 101. UFEU-a). Bilo bi protivno praktičnoj učinkovitosti tih pravila tržišnog natjecanja da se naknada takvih šteta u okviru nacionalnoga građanskog prava unaprijed kategorički isključi.

### C – Završna napomena

84. Rješenje koje predlažem ne vodi automatski i u svakom pojedinom slučaju do obveze naknade štete sudionika zabranjenog sporazuma klijentima poduzetnika koji nisu sudionici zabranjenog sporazuma, međutim ono niti ne isključuje unaprijed takvu obvezu naknade štete. Umjesto toga je na temelju sveobuhvatne ocjene svih relevantnih okolnosti potrebno provjeriti jesu li u konkretnom pojedinom slučaju nastupili učinci zaštitne cijene uzrokovani zabranjenim sporazumom.

85. Premještanje problematike zaštitne cijene sa samo teoretske razine na razinu izvođenja dokaza čini mi se najprikladnijim za učinkovitu provedbu europskih pravila tržišnog natjecanja uzimajući na odgovarajući način u obzir interese svih sudionika na tržištu.

86. Vjerojatno neće uvijek biti informativnih analiza ili drugih dokaznih sredstava koji na razuman način vode do zaključka da su na dotičnom tržištu nastupili učinci zaštitne cijene uzrokovani zabranjenim sporazumom. S druge strane ne može se isključiti takav učinak, a s njim povezane štete nikako nisu „sumnjive“ ili „nesigurne“<sup>47</sup> kako je to ponekad argumentirano. U ovom je slučaju na primjer austrijski Oberster Gerichtshof u odluci kojom se upućuje prethodno pitanje naveo da je zabranjenim sporazumom u području dizala došlo do iskrivljavanja očekivanog razvoja cijena<sup>48</sup>, a ÖBB-Infrastruktur je uputio na jedno istraživanje koje bi trebalo potvrditi nastanak učinaka zaštitne cijene<sup>49</sup>.

87. Usput treba napomenuti da potvrđivanje građanskopravne odgovornosti sudionika zabranjenog sporazuma za učinke zaštitne cijene usprkos nekim kritikama ni manje ni više ne „koristi gospodarstvu“ od kategoričkog isključivanja bilo kakve obveze naknade štete, što izgleda da smatra sud koji je uputio zahtjev. U gospodarske subjekte ne ubrajaju se samo sudionici zabranjenog sporazuma,

46 — Presuda Manfredi (navedena u bilješki 9., t. 92. i 93.)

47 — Vidjeti u tom smislu osobito – iz sudske prakse sudova Sjedinjenih Američkih Država – odluke United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979.) i United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999.).

48 — Vidjeti s tim u vezi t. 7. ovog mišljenja.

49 — Nacionalni sudovi imaju obvezu provjeriti te navode i ocijeniti dokaznu vrijednost tog istraživanja.

nego i klijenti od kojih je traženo plaćanje previsokih cijena, neovisno o tome jesu li bili ugovorno vezani sa samim sudionicima zabranjenog sporazuma ili poduzetnicima koji u njemu nisu sudjelovali. Bilo bi jednostavno nepravedno upravo sudionike zabranjenog sporazuma koji su krivi za tešku povredu pravila tržišnog natjecanja jednostrano štiti kategoričkim isključivanjem učinaka zaštitne cijene iz njihove građanskopravne odgovornosti jer bi to – kako je već napomenuto<sup>50</sup> – postavilo pogrešne poticaje u pogledu učinkovite provedbe pravila tržišnog natjecanja.

88. Rješenje koje predlažem nije nespojivo ni sa zakonodavnim projektom djelomične harmonizacije tužbi za naknadu štete prema nacionalnom pravu koji je Europska komisija nedavno pokrenula. Kako se sa strankama u postupku zaključilo na usmenoj raspravi, Prijedlog direktive Komisije ne proturječi dodjeljivanju naknade za štete koje se temelje na učincima zaštitne cijene<sup>51</sup>.

89. Okolnost da je sudska praksa Sjedinjenih Američkih Država nejedinstvena u pogledu takozvanih „*umbrella claims*“<sup>52</sup> i da još uvijek nedostaje pojašnjenje na najvišoj razini, ono Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država, ne bi trebala omesti naš Sud da zauzme stajalište o učincima zaštitne cijene.

## V – Zaključak

90. Na temelju prethodno navedenoga predlažem Sudu da na zahtjev za prethodnu odluku austrijskog Oberster Gerichtshofa odgovori kako slijedi:

Članak 85. Ugovora o EEZ-u i članak 81. UEZ-a protivni su tumačenju i primjeni nacionalnog prava države članice u skladu s kojim je iz pravnih razloga kategorički isključena građanskopravna odgovornost poduzetnika koji sudjeluju u zabranjenom sporazumu za štete koje proizlaze iz činjenice da je poduzetnik koji nije sudionik zabranjenog sporazuma, koristeći učinke zabranjenog sporazuma, odredio svoje cijene u višem iznosu nego što je to očekivano u uvjetima tržišnog natjecanja.

50 — Vidjeti t. 64. i 65. ovog mišljenja.

51 — Cilj Prijedloga direktive (navedenog u bilješci 13.) nije konačna harmonizacija materije, već ima za predmet, što pokazuje i njegov naslov, samo donošenje „određenih propisa za tužbe za naknadu štete“ i jasno priznaje da postoje i drugi „aspekti koji nisu obrađeni u ovoj direktivi“ (vidjeti desetu uvodnu izjavu Prijedloga direktive). Štoviše, odredbe sadržane u Prijedlogu direktive formulirane su dovoljno široko kako bi obuhvatile naknadu štete zbog učinka zaštitne cijene, i u svakom slučaju, kako ju ne bi isključile (vidjeti članak 11. stavke 2. i 4. Prijedloga direktive, u kojem je riječ o „drugim oštećenima od [onih] neposrednih ili posrednih kupaca ili dobavljača“ poduzetnika koji čine prijestup).

52 — U korist odgovornosti govore: 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.). Protiv jedne takve odgovornosti govore među ostalim: 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.).