



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
J. KOKOTT  
van 30 januari 2014<sup>1</sup>

**Zaak C-557/12**

**KONE AG e.a.**

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Kartelrecht — Privaatrechtelijke handhaving — Vordering tot schadevergoeding — Schadevordering van afnemer van kartelbuitenstaander tegen karteldeelnemers vanwege te hoge prijzen van kartelbuitenstaander in het zog van het kartel — Prijsopdrijvende effecten op producten van kartelbuitenstaanders („umbrella pricing”) — Rechtstreeks causaal verband — Doeltreffendheidsbeginsel”

## I – Inleiding

1. De onderhavige prejudiciële procedure stelt het Hof in staat aan zijn rechtspraak inzake de private handhaving van het Europese mededingingsrecht weer een puzzelstukje toe te voegen. Het gaat om de op Unieniveau nog niet beantwoorde vraag of de leden van een kartel ook wettelijk aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door de prijsopdrijvende werking op producten van ondernemingen die niet aan het kartel deelnemen (in het Engels: „umbrella effects” of „umbrella pricing”).

2. Van een dergelijke prijsopdrijvende werking (hierna: „umbrella pricing”) wordt gesproken wanneer ondernemingen die zelf niet aan een kartel deelnemen (zogenoemde *kartelbuitenstaanders*) in het zog van de praktijken van het desbetreffende kartel, als het ware „onder de paraplu van het kartel”, voor hun eigen producten – bewust of onbewust – een hogere prijs berekenen dan zij onder mededingingsvoorwaarden hadden kunnen doen. Kunnen de afnemers van de kartelbuitenstaanders op grond van het Unierecht bij de nationale rechter schadevergoeding eisen van de leden van het kartel voor de te hoge prijzen van de kartelbuitenstaanders? Of mag het nationale burgerlijke recht een dergelijke verplichting tot schadevergoeding uitsluiten, omdat het om een te ver verwijderde, zelfs indirecte schade gaat?

3. Deze vragen rijzen in het kader van het liftenkartel waarmee het Hof zich in ander verband al herhaaldelijk heeft beziggehouden.<sup>2</sup> ÖBB-Infrastruktur AG had als afnemer van een *niet* bij het liftenkartel betrokken producent liften gekocht waarvoor naar haar oordeel in het zog van het liftenkartel een hogere prijs was berekend dan onder mededingingsvoorwaarden verwacht had mogen worden. ÖBB-Infrastruktur heeft thans tegen de vier ondernemingen die bij het liftenkartel betrokken waren, bij de Oostenrijkse civiele rechter een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die zij daardoor heeft geleden.

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

<sup>2</sup> — Zie onder meer arresten van 6 november 2012, *Otis e.a.* („*Otis*”, C-199/11), en 18 juli 2013, *Schindler Holding e.a./Commissie* (C-501/11 P), en, bij wijze van aanvulling, mijn conclusie van 18 april 2013 in laatstgenoemde zaak.

4. Zou men deze schadevordering alleen naar intern Oostenrijks recht beoordelen, dan zou deze volgens de verwijzende rechter van meet af aan niet kunnen slagen, omdat het prijsopdrijvende effect volgens de in het nationale recht geldende beginselen niet aan de karteldeelnemers kan worden toegerekend. Het Hof moet nu beoordelen of het Unierecht in de weg staat aan een dergelijke categorische uitsluiting van de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor umbrella pricing. Het staat buiten kijf dat het arrest van het Hof in deze zaak richtinggevend zal zijn voor de verdere ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht en de private handhaving ervan.

## II – Feiten en hoofdgeding

### A – Het liftenkartel

5. In verscheidene lidstaten van de Europese Unie was jarenlang het zogenoemde liftenkartel actief, in het kader waarvan grote Europese producenten van liften en roltrappen – met name Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp – mededingingsbeperkende afspraken maakten. De Europese Commissie heeft dit kartel in 2003 aan het licht gebracht en in 2007 geldboeten opgelegd wegens de praktijken van het liftenkartel op de Belgische, de Duitse, de Nederlandse en de Luxemburgse markt.<sup>3</sup>

6. In Oostenrijk hebben de federale mededingingsautoriteit en het Kartellgericht stappen tegen het liftenkartel ondernomen. De door het Kartellgericht in 2007 opgelegde geldboeten<sup>4</sup> zijn in 2008 door het Oberste Gerichtshof als hoogste rechter in kartelzaken bevestigd.<sup>5</sup> ThyssenKrupp heeft zich als kroongetuige opgeworpen.

7. Volgens de feiten zoals vastgesteld in de nationale Oostenrijkse kartelprocedure bestond er tussen de karteldeelnemers vanaf de jaren tachtig tot begin 2004 een steeds opnieuw bevestigde afspraak over de verdeling van de markt voor liften en roltrappen, die zij op grote schaal – zij het niet naadloos – in praktijk hebben gebracht. Het kartel was er steeds op gericht de verkozen onderneming te verzekeren van een hogere prijs dan onder mededingingsvoorwaarden haalbaar was geweest. Door het kartel zijn de mededinging en de onder mededingingsvoorwaarden te verwachten prijsontwikkeling vervalst.

8. De karteldeelnemers hebben geprobeerd tot onderlinge afstemming te komen met betrekking tot aanzienlijk meer dan de helft van het marktvolume voor nieuwe installaties in Oostenrijk. Meer dan de helft van de betrokken projecten is bovendien in onderling overleg aan een van de karteldeelnemers toebedeeld. Op deze wijze zijn over ten minste een derde van het marktvolume concrete afspraken gemaakt tussen de kartelleden. Ongeveer twee derde van de projecten waarbij afstemming plaatsvond, is volgens plan tot stand gekomen. In het resterende derde deel van de gevallen is de opdracht naar een kartelbuitenstaander gegaan of naar een karteldeelnemer die zich niet aan de overeenkomst hield en een goedkopere offerte had ingediend dan was afgesproken.

9. Het gedrag van de karteldeelnemers heeft ertoe geleid dat de marktprijzen zich in de laatste jaren vóór 2004 nauwelijks hebben bewogen en dat hun marktaandelen nagenoeg gelijk zijn gebleven.

### B – Schadevordering van ÖBB-Infrastruktur

10. ÖBB-Infrastruktur is een dochteronderneming van de Österreichische Bundesbahnen (Oostenrijkse staatsspoorwegen) en belast met de bouw en het onderhoud van stations in heel Oostenrijk. ÖBB-Infrastruktur is een belangrijke afnemer op de Oostenrijkse markt voor liften en roltrappen.

3 — Zie in dit verband ook de in voetnoot 2 aangehaalde arresten Otis e.a. (punten 18 e.v.) en Schindler Holding e.a./Commissie (punten 10 e.v.).

4 — Beslissing van het Oberlandesgericht Wien in zijn hoedanigheid van kartelgerecht van 14 december 2007 (rolnr. 25 Kt 12/07).

5 — Beslissing van het Oberste Gerichtshof in zijn hoedanigheid van hoogste kartelrechter van 8 oktober 2008 (rolnr. 16 Ok 5/08).

11. ÖBB-Infrastruktur heeft bij de Oostenrijkse civiele rechter schadevergoeding van meer dan 8 miljoen EUR gevorderd van de karteldeelnemers Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp. ÖBB-Infrastruktur stelt ter zake, kort gezegd, dat zij door de praktijken van het liftenkartel te hoge prijzen heeft betaald voor de door haar aangeschafte liften. Daarbij gaat het om liften die ÖBB-Infrastruktur deels direct, deels indirect van de karteldeelnemers en deels van kartelbuitenstaanders heeft gekocht.

12. Voorwerp van de onderhavige prejudiciële procedure is alleen dat deel van de schadevordering waarin ÖBB-Infrastruktur aanvoert dat een kartelbuitenstaander haar in het zog van de praktijken van het kartel duidelijk hogere prijzen in rekening heeft gebracht dan onder normale mededingingsvoorwaarden mogelijk zou zijn geweest. De hierdoor geleden schade begroot ÖBB-Infrastruktur op ruim 1,8 miljoen EUR.

13. De beslissing in eerste aanleg, waarin dit deel van de schadevordering ongegrond werd verklaard<sup>6</sup>, is in hoger beroep door het Oberlandesgericht Wien op de belangrijkste punten vernietigd.<sup>7</sup> Thans is het geschil aanhangig bij het Oberste Gerichtshof van Oostenrijk, als rechter in laatste instantie.

14. Naar het oordeel van het Oberste Gerichtshof kan de door ÖBB-Infrastruktur aangevoerde schade om redenen van juridische aard niet aan de karteldeelnemers worden toegerekend. In de eerste plaats zou het naar Oostenrijks recht vereiste adequate causale verband ontbreken en in de tweede plaats zouden de mededingingsregels niet strekken tot bescherming tegen de beweerde schade. Gelet op de controverse die in de vakliteratuur bestaat ten aanzien van de juiste juridische behandeling van umbrella pricing, betwijfelt het Oberste Gerichtshof echter of een dergelijke, uitsluitend op het interne burgerlijke recht gebaseerde conclusie verenigbaar is met het Unierecht, en dan met name met het doeltreffendheidsbeginsel.

### III – Prejudicieel verzoek en procesverloop voor het Hof

15. Bij beslissing van 17 oktober 2012 heeft het Oberste Gerichtshof<sup>8</sup>, de verwijzende rechter, besloten het Hof de volgende prejudiciële vraag voor te leggen:

„Moet artikel 101 VWEU (artikel 81 EG, artikel 85 EG-Verdrag) aldus worden uitgelegd dat eenieder van karteldeelnemers vergoeding kan verlangen van de schade die hij heeft geleden als gevolg van de prijsstelling door een kartelbuitenstaander, die in het zog van de hogere marktprijs zijn eigen prijzen voor zijn producten meer heeft verhoogd dan hij zonder het kartel zou hebben gedaan (*umbrella pricing*), zodat op grond van het door het Hof van Justitie geformuleerde doeltreffendheidsbeginsel een desbetreffende aanspraak in het nationale recht moet worden aanvaard?”

16. Aan het schriftelijke deel van de prejudiciële procedure hebben enerzijds ÖBB-Infrastruktur als verzoekster in het hoofdgeding en anderzijds Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp als verweersters in het hoofdgeding deelgenomen, voorts de Oostenrijkse regering, de Italiaanse regering en de Europese Commissie. Met uitzondering van de beide regeringen hebben deze partijen hun standpunt ook kenbaar gemaakt ter terechtzitting van 12 december 2013.

6 — Tussenvonnis van het Handelsgericht Wien van 19 september 2011 (rolnr. 19 Cg 21/10z-57).

7 — Beslissing van het Oberlandesgericht Wien in zijn hoedanigheid van appelrechter van 21 december 2011 (rolnr. 1 R 272/11v-65).

8 — Rolnr. 7 Ob 48/12b.

#### IV – Beoordeling

17. De verwijzende rechter vraagt in de eerste plaats naar de uitlegging van artikel 101 VWEU, terwijl hij slechts subsidiair lijkt te refereren aan artikel 81 EG en artikel 85 EG-Verdrag. Aangezien de praktijken van het liftenkartel zich echter vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon hebben afgespeeld, deels toen artikel 81 EG van toepassing was en deels zelfs toen artikel 85 E(E)G-Verdrag nog van kracht was, zijn voor de beantwoording van de prejudiciële vraag alleen de twee laatstgenoemde bepalingen relevant. Mijn uiteenzetting gaat echter zonder meer ook op voor het inhoudelijk identieke artikel 101 VWEU.

18. Volgens vaste rechtspraak kunnen de gelaedeerden van een kartel dat binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag valt, schadevergoeding vorderen van de bij het kartel betrokken ondernemingen.<sup>9</sup> Nog niet beantwoord is echter de vraag of dergelijke schadevorderingen ook betrekking kunnen hebben op schade die berust op het feit dat kartelbuitenstaanders hun prijzen meer hebben verhoogd dan onder mededingingsvoorwaarden verwacht had mogen worden, dus toe te schrijven is aan *umbrella pricing*. In de vakliteratuur is deze vraag omstreden.<sup>10</sup> Het is daarom niet zo verrassend dat ook de partijen bij het onderhavige geding ten aanzien van deze kwestie zeer verschillende standpunten innemen, temeer daar de financiële gevolgen aanzienlijk zijn.

19. Juridisch gezien is het een probleem van *causaliteit* of karteldeelnemers ook voor *umbrella pricing* civielrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. De vraag is of tussen het kartel en de schade als gevolg van prijsopdrijvende effecten die uit het kartel voortvloeien, een voldoende nauw verband bestaat, of dat het om een te ver verwijderde schade gaat, met de vergoeding waarvan de karteldeelnemers redelijkerwijs niet kunnen worden belast.

20. Hieronder zal ik allereerst betogen dat het bij het probleem van de wettelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor *umbrella pricing* om een Unierechtelijk vraagstuk gaat en bepaald niet om een vraagstuk van nationaal recht (zie hierna onder A). In tweede instantie zal ik ingaan op de concrete juridische eisen die vanuit Unierechtelijk oogpunt aan de vaststelling van een causaal verband tussen een kartel en het eventueel optreden van *umbrella pricing* kunnen worden gesteld (zie hierna onder B).

#### A – Wettelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor *umbrella pricing*: een Unierechtelijk probleem

21. De verwijzende rechter en een groot aantal deelnemers aan de procedure zijn van mening dat de wettelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor *umbrella pricing* in de eerste plaats naar nationaal recht moet worden beoordeeld en dat vanuit Unierechtelijk perspectief hoogstens het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel grenzen stellen aan de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten. Kone voert in dit verband ook het subsidiariteitsbeginsel aan.

9 — Arresten van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punten 25 en 26); 13 juli 2006, *Manfredi* e.a. („Manfredi”, C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punten 60 en 61); 14 juni 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Jurispr. blz. I-5161, punt 28); arrest *Otis* (aangehaald in voetnoot 2, punten 41 en 43) en arrest van 6 juni 2013, *Donau Chemie* e.a. („Donau Chemie”, C-536/11, punt 21).

10 — Zie voor een overzicht van de verschillende meningen aan deze en gene zijde van de Atlantische Oceaan bijvoorbeeld Blair, R. D., en Maurer, V. G., „Umbrella Pricing and Antitrust Standing: An Economic Analysis”, in: *Utah Law Review* 1982, blz. 763; Lave, J. M., „Umbrella Standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims”, in: *Antitrust Bulletin* 48 (2003), blz. 223; Bulst, F. W., *Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht*, Baden-Baden 2006, blz. 255; Bulst, F. W., in: Möschel, W., en Bien, F. (red.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen*, Baden-Baden 2010, blz. 225 (242 e.v.); Meeßen, G., *Der Anspruch auf Schadenersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht – Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts*, Tübingen 2011, blz. 256 e.v.; Hartung, I., „Umbrella claims’: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um -oder Abwegen?”, in: *ecolex* 2012, blz. 497; Beth, H. en Pinter, C.-M., „Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bußgeld- und Schadenersatzverfahren”, in: *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2013, blz. 228; Inderst, R., Maier-Rigaud, F., en Schwalbe, U., „Umbrella Effects”, in: *IESEG Working Paper Series* 2013-ECO-17.

22. Op het eerste gezicht lijkt deze zienswijze inderdaad steun te vinden in het arrest Manfredi, waarin het Hof het als „een aangelegenheid van de interne rechtsorde” aanmerkt „om de regels vast te stellen voor de uitoefening van” het recht op schadevergoeding, „met inbegrip van de regels voor de toepassing van het begrip ‚causaal’ verband”, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.<sup>11</sup>

23. Bij nadere bestudering van het arrest Manfredi alsook van enkele recentere arresten van het Hof blijkt echter dat niet zozeer het *bestaan* van schadevergoedingsrechten (dat wil zeggen de vraag *of* schadevergoeding moet worden toegekend) bij de huidige stand van de rechtspraak een zaak is van de interne rechtsorde, als wel de *regels* voor de toepassing en de modaliteiten voor de concrete uitoefening van dergelijke vorderingen (dat wil zeggen de vraag *hoe* schadevergoeding moet worden toegekend), dus met name bevoegdheden, procedures, termijnen en bewijsvoering.<sup>12</sup>

24. Het beginsel echter dat eenieder vergoeding van de door hem geleden schade kan vorderen indien er een causaal verband bestaat tussen deze schade en een inbreuk op de mededingingsregels, volgt uit het Unierecht zelf, preciezer gezegd uit het kartelverbod van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU).<sup>13</sup> Deze rechtstreekse grondslag in het recht van de Unie is een gemeenschappelijk kenmerk van de wettelijke aansprakelijkheid van ondernemingen voor hun inbreuken op het kartelverbod en de aansprakelijkheid van lidstaten voor hun inbreuken op het Unierecht<sup>14</sup> vinden – ondanks alle conceptuele verschillen die verder tussen deze instrumenten mogen bestaan.<sup>15</sup>

25. Dat in het bijzonder de schadevergoedingsplicht van karteldeelneemers een zuiver Unierechtelijk beginsel is, is, zoals de Italiaanse regering terecht heeft benadrukt, niet in de laatste plaats terug te voeren op het rechtskarakter en het belang van het genoemde kartelverbod: dit kartelverbod is rechtstreeks toepasselijk tussen particulieren onderling, het legt krachtens het primaire recht verplichtingen op aan alle ondernemingen die op de interne markt actief zijn en kan door eenieder worden ingeroepen.<sup>16</sup> Aan de volle werking – het nuttig effect – van het kartelverbod zou worden afgedaan indien niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door inbreuken van ondernemingen op artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU).<sup>17</sup>

26. Derhalve erkent het Hof in het arrest Manfredi het „recht van eenieder om vergoeding te vorderen van de schade die is veroorzaakt door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen”, zonder het bestaan van dit recht op enigerlei wijze afhankelijk te stellen van het nationale recht van de lidstaten.<sup>18</sup>

11 — Arrest Manfredi (aangehaald in voetnoot 9, punten 64 en 92).

12 — Arresten Courage en Crehan (punt 29), Manfredi (punten 62, 64 en 77), Pfeiderer (punt 30) en Donau Chemie (punt 25), alle aangehaald in voetnoot 9.

13 — Zie in dit verband de in voetnoot 9 aangehaalde arresten Courage en Crehan (punten 25 en 26) en Manfredi (punten 60 en 61). Ook de Commissie erkent dit in haar voorstel van 11 juni 2013 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, COM(2013) 404 final (hierna: „richtlijnvoorstel”), waarin zij spreekt van het „Unierecht op vergoeding van door een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie veroorzaakte schade” (zie punt 11 van de considerans van de voorgestelde richtlijn).

14 — Zie over de aansprakelijkheid van lidstaten wezenlijk arresten van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, Jurispr. blz. I-5357, punten 35-37), en 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 31).

15 — Zo ook advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie van 27 oktober 1993 in de zaak Banks (arrest van 13 april 1994, C-128/92, Jurispr. blz. I-1209, punten 36-45).

16 — Zie de in voetnoot 9 aangehaalde arresten Courage en Crehan (punten 19 en 23) en Manfredi (punten 39 en 57), elk met verdere verwijzingen.

17 — Arresten Courage en Crehan (punt 26) en Manfredi (punten 60, 89 en 90), beide aangehaald in voetnoot 9.

18 — Arrest Manfredi (aangehaald in voetnoot 9, punt 95).

27. Maar dit is niet alles. Uit het arrest Manfredi kan worden opgemaakt dat zowel de kring van personen die van de karteldeelnemers vergoeding kan vorderen van de schade die is veroorzaakt door schending van het bovengenoemde kartelverbod („eenieder”), als de soorten schade die de karteldeelnemers in voorkomende gevallen moeten vergoeden, Unierechtelijk al zijn vastgelegd. Zo is reeds uitgemaakt dat personen die schade hebben geleden, vergoeding van de reële schade (*damnum emergens*), inclusief gederfde winst (*lucrum cessans*), alsmede rente moeten kunnen vorderen.<sup>19</sup>

28. Toegepast op het onderhavige geval wettigt het bovenstaande de conclusie dat ook de problematiek van de wettelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor *umbrella pricing* een Unierechtelijk vraagstuk betreft. Wanneer namelijk moet worden beoordeeld of de leden van een kartel de schade moeten vergoeden die door *umbrella pricing* is veroorzaakt, gaat het niet alleen om de modaliteiten van uitoefening en berekening van de vergoedingsrechten en om de bewijsvoering voor de nationale rechter (dus om het „hoe” van de schadevergoeding). Centraal staat vooral de veel fundamentele vraag of de karteldeelnemers überhaupt voor dit soort schade aansprakelijk kunnen worden gesteld en of zij kunnen worden aangesproken door personen die niet hun directe of indirecte afnemers zijn (dus het „of” van de schadevergoeding). Deze kwestie kan niet alleen aan de rechtsorden van de lidstaten worden overgelaten.

29. Als de juridische criteria aan de hand waarvan de nationale rechter beoordeelt of de deelnemers aan een kartel in de zin van artikel 81 EG of artikel 85 E(E)G-Verdrag voor bepaalde soorten schade en tegenover bepaalde personen aansprakelijk zijn, fundamenteel zouden uiteenlopen tussen de lidstaten, zou het risico bestaan dat marktdeelnemers verschillend worden behandeld. Dat zou niet alleen in strijd zijn met de kerndoelstelling van het Europese mededingingsrecht, voor alle ondernemingen die op de interne markt actief zijn randvoorwaarden te creëren met een zo groot mogelijke uniformiteit („level playing field”<sup>20</sup>), maar bovendien uitnodigen tot „forum shopping”.

30. Samengevat vraagt het doel van een uniforme en effectieve handhaving van de mededingingsregels van de Europese interne markt een voor de Unie uniforme beantwoording van de principiële vraag of schade die door *umbrella pricing* is veroorzaakt, al dan niet door de karteldeelnemers moet worden vergoed.

#### B – Unierechtelijke vereisten voor het vaststellen van een causaal verband

31. Rest de vraag welke concrete eisen vanuit Unierechtelijk oogpunt moeten worden gesteld aan het causaal verband tussen een kartel en het eventueel optreden van *umbrella pricing*.

32. Zoals al blijkt uit de door het Hof gebruikte formulering „eenieder” mag de schadevergoedingsplicht van karteldeelnemers niet restrictief worden uitgelegd. Kartels kunnen niet alleen in de directe omgeving van de karteldeelnemers, maar ook ver daarbuiten aanzienlijke economische schade aanrichten. Daarom zou het onredelijk zijn de kring van personen die een schadevordering kunnen instellen dermate in te perken dat a priori slechts bepaalde marktdeelnemers – bijvoorbeeld de contractanten van de karteldeelnemers of de directe of indirecte afnemers van hun goederen of diensten – schadevergoeding kunnen vorderen. Anders zou de volle werking van het Unierechtelijke kartelverbod niet gewaarborgd zijn.

19 — Arrest Manfredi (aangehaald in voetnoot 9, punten 95 en 96).

20 — Zie over het concept van het „level playing field” onder meer mijn conclusie van 29 april 2010 in de zaak Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (arrest van 14 september 2010, C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punt 169) en mijn conclusies van 8 september 2011 in de zaak Toshiba Corporation e.a. (arrest van 14 februari 2012, C-17/10, punt 118), 6 september 2012 in de zaak Expedia (arrest van 13 december 2012, C-226/11, punt 37) en 28 februari 2013 in de zaak Schenker e.a. (arrest van 18 juni 2013, C-681/11, punt 48).

33. Anderzijds is het volstrekt legitiem om bij het onderzoek naar het causaal verband criteria te hanteren die garanderen dat er voor de karteldeelnemers geen onbegrensde verplichting ontstaat om alle mogelijke schade, hoe ver verwijderd die ook is, te vergoeden waarvoor hun mededingingsverstorende gedraging de oorzaak in de zin van een „conditio sine qua non” (ook gelijkwaardige causaliteit of but-for-causaliteit genoemd) kan zijn geweest.

34. Zo moet er met betrekking tot de niet-contractuele aansprakelijkheid van de instellingen van de Unie overeenkomstig artikel 340, tweede alinea, VWEU volgens vaste rechtspraak sprake zijn van een *voldoende rechtstreeks causaal verband* tussen de schadeveroorzakende gedraging en de schade.<sup>21</sup> Precies dit criterium zou omwille van de coherentie ook moeten worden toegepast op alle andere gevallen waarin het gaat om schadevorderingen wegens schending van het Unierecht, om het even of zulke vorderingen door particulieren tegen lidstaten worden ingesteld<sup>22</sup> of – zoals in het onderhavige geval – door particulieren tegen particulieren, waarbij de vordering ertoe strekt karteldeelnemers wettelijk aansprakelijk te stellen voor schade die zij op de markt hebben veroorzaakt.<sup>23</sup>

35. Uiteraard moet het genoemde criterium van het rechtstreeks verband nog worden gepreciseerd. Om nader te bepalen wat onder „voldoende rechtstreeks causaal verband” concreet moet worden verstaan, is uiteindelijk een normatieve benadering nodig zoals die ook in de nationale civielrechtelijke stelsels op het stuk van de niet-contractuele aansprakelijkheid gebruikelijk is.<sup>24</sup> De begrippen die in dit verband worden gebruikt („*legal causation*”, „adequate causaliteit” e.d.), kunnen per rechtsorde verschillen, maar inhoudelijk gaat het in wezen om dezelfde overwegingen die ook ten grondslag liggen aan het concept „voldoende rechtstreeks causaal verband”.

36. Daarbij moet allereerst worden benadrukt dat rechtstreekse causaliteit niet gelijk mag worden gesteld met exclusieve causaliteit. De door de verwijzende rechter en enkele partijen naar voren gebrachte omstandigheid dat het prijsbeleid van een kartelbuitenstaander gestoeld is op zijn vrije commerciële beslissing, kan dus op zichzelf niet voldoende reden zijn om te oordelen dat eventuele schade door *umbrella pricing* niet aan de karteldeelnemers kan worden toegerekend. Van een rechtstreeks causaal verband mag al worden uitgegaan wanneer het kartel *mede de oorzaak* is geweest van *umbrella pricing*.<sup>25</sup>

37. De rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie gaat zeker niet altijd zonder meer uit van een verbreking van de causale keten wanneer de handeling van een derde mede de oorzaak is geweest van de ontstane schade. Doorslaggevend zijn steeds de concrete omstandigheden van het desbetreffende geval.<sup>26</sup> In zaken als de onderhavige komt het mij voor dat de causale keten, die zijn

21 — Fundamenteel in deze is het arrest van 4 oktober 1979, Dumortier e.a./Raad (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 en 45/79, Jurispr. blz. 3091, punt 21): „een zodanig rechtstreeks gevolg”; zie daarnaast arresten van 30 april 2009, CAS Succhi di Frutta/Commissie (C-497/06 P, punt 67), en 18 maart 2010, Trubowest Handel en Makarov/Raad en Commissie (C-419/08 P, Jurispr. blz. I-2259, punt 53).

22 — Arrest Brasserie du pêcheur en Factortame (aangehaald in voetnoot 14, punt 51) en arrest van 14 maart 2013, Leth (C-420/11, punt 41).

23 — Nadat advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie in de zaak Banks (aangehaald in voetnoot 15, punten 49-54) al daarvoor had gepleit, heeft het criterium van het rechtstreeks causaal verband recentelijk met het arrest Otis (aangehaald in voetnoot 2, punt 65) expliciet zijn intrede gedaan in de rechtspraak inzake de schadevergoedingsverplichting van karteldeelnemers.

24 — In dezelfde richting gaan de overwegingen van de studiegroep voor een Europees burgerlijk wetboek, volgens welke de schade die in het kader van de niet-contractuele aansprakelijkheid moet worden vergoed een „juridisch relevante schade” moet zijn: „... 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 ...”; zie von Bar, C., en Clive, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, München 2009, deel 4, boek VI, hoofdstuk 2, VI.-2:101.

25 — Zie, in tegengestelde zin, advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer, die in zijn conclusie van 3 februari 2009 in de zaak Commissie/Schneider Electric (arrest van 16 juli 2009, C-440/07 P, Jurispr. blz. I-6413, punt 140) als voorwaarde stelde dat de te vergoeden schade „rechtstreeks, onmiddellijk en *uitsluitend* voort[vloeit] uit de betrokken handeling” (cursivering van mij). Voor zover bekend heeft deze bijzonder strikte formulering nooit ingang gevonden in de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie.

26 — Zie enerzijds arrest van 16 juli 2009, Commissie/Schneider Electric (C-440/07 P, Jurispr. blz. I-6413, punt 222); arrest CAS Succhi di Frutta/Commissie (aangehaald in voetnoot 20, punten 61 en 62), en arresten van 28 februari 2013, Inalca en Cremonini/Commissie (C-460/09 P, punt 120), en 10 juli 2012, Interspeed/Commissie (T-587/10, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 40), waarin telkens wordt uitgegaan van een verbreking van de causale keten, en anderzijds arrest van het Gerecht (Grote kamer) van 14 december 2005, CD Cartondruck/Raad en Commissie (T-320/00, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, met name punt 177), waar wordt gesteld dat er geen sprake is van verbreking van de causale keten.

oorsprong vindt in het kartel, niet wordt verbroken door de tussenkomst van de kartelbuitenstaander, maar als het ware wordt voortgezet wanneer de kartelbuitenstaander zich voor zijn prijsvorming (ook) laat leiden door de specifieke marktomstandigheden en daarbij – op een wijze die wel degelijk is te voorzien<sup>27</sup> – de van het kartel uitgaande prijsimpulsen oppakt.

38. Hoe irrelevant de commerciële beslissingsvrijheid van de kartelbuitenstaander daarbij is, blijkt overigens ook als men een korte blik werpt op een hieraan gerelateerde problematiek, namelijk de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor schade van hun indirecte afnemers (dat wil zeggen voor de klanten van hun klanten). Ook in die situatie hangt de eventuele schade bij de indirecte afnemer uiteindelijk af van de vrije commerciële beslissing van een derde (de intermediaire afnemer); diens afnemers worden immers alleen benadeeld wanneer hij de mededingingsrechtelijk te hoge prijzen van de karteldeelnemers aan hen doorberekent. De praktijken van de karteldeelnemers zijn dus niet de enige oorzaak van de schade van hun indirecte afnemers. Niettemin wint de laatste tijd de opvatting veld dat dergelijke schade van indirecte afnemers kan worden vergoed.<sup>28</sup>

39. Ook met betrekking tot de hier in het geding zijnde schade zou het onredelijk zijn te eisen *dat umbrella pricing* de enige oorzaak van die schade moet zijn om de karteldeelnemers aansprakelijk te kunnen stellen. Prijzen worden zelden door slechts één oorzaak bepaald. Dat sluit echter niet uit dat karteldeelnemers die – zoals in het onderhavige geval – door hun mededingingsbeperkende praktijken hebben bijgedragen aan de verstoring van de normale prijsontwikkelingsmechanismen op de markt, voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk worden gesteld.

40. Dit vooropgesteld, dient het criterium van het voldoende rechtstreeks causaal verband inhoudelijk in de eerste plaats ertoe te garanderen dat een persoon als gevolg van zijn onrechtmatig gedrag enkel aansprakelijk is voor schade waarvan hij redelijkerwijs kon voorzien dat die zou intreden (zie hierna onder 1). In de tweede plaats zal een persoon alleen hoeven in te staan voor schade waarvan vergoeding overeenstemt met het doel van de door hem geschonden rechtsnorm (zie hierna onder 2).

#### 1. Voorzienbaarheid van schade als gevolg van umbrella pricing

41. Allereerst moet worden verduidelijkt onder welke omstandigheden schade als gevolg van umbrella pricing door de deelnemers aan een kartel kan worden voorzien. Het gaat met andere woorden om de vraag of er tussen de genoemde schade en de illegale praktijken van het kartel een *adequaat causaal verband* kan bestaan.

42. Voorzienbaar (of adequaat causaal) is alle schade met het ontstaan waarvan de karteldeelnemers naar de algemene ervaring redelijkerwijs rekening moeten houden, in tegenstelling tot schade die het gevolg is van een volstrekt uitzonderlijke samenloop van omstandigheden en daarmee van een atypische causale keten.

43. De verwijzende rechter is – evenals Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp alsook de Oostenrijkse regering – van oordeel dat schade als gevolg van umbrella pricing door de karteldeelnemers niet in voldoende mate kon worden voorzien en derhalve door hen niet adequaat causaal kan zijn veroorzaakt. Bij umbrella pricing gaat het volgens de verwijzende rechter slechts om een „neveneffect” van het kartel.

44. Dit argument moet worden verworpen.

27 — Zie over de voorzienbaarheid van het gedrag van de kartelbuitenstaander uitvoeriger de punten 41-52 van deze conclusie.

28 — Zie in dit verband op nationaal niveau met name het arrest van het Duitse Bundesgerichtshof van 28 juni 2011, „ORWI” (KZR 75/10, BGHZ 190, 145). In dezelfde zin heeft ook het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof in het onderhavige geval geoordeeld (beslissing van 17 oktober 2012, rolnr. 7 Ob 48/12b). Hetzelfde geldt voor het richtlijnvoorstel van de Commissie (zie met name de punten 11 en 33 van de considerans en de artikelen 12 en 13 van de voorgestelde richtlijn).



45. Het is weliswaar juist dat het prijsbeleid van kartelbuitenstaanders in het kader van hun vrije commerciële beslissing door een groot aantal factoren kan worden bepaald<sup>29</sup>, maar dit feit sluit niet uit dat schade die voortvloeit uit umbrella pricing, door de karteldeelnemers kan worden voorzien.

46. Onderdeel van het normale gedragspatroon van ondernemingen in een markteconomie is immers dat zij de ontwikkelingen op de markt nauwlettend volgen en deze niet buiten beschouwing laten wanneer ze hun eigen commerciële beslissingen nemen. In dit licht is het allesbehalve onvoorzienbaar en verrassend wanneer kartelbuitenstaanders bij de vaststelling van hun prijzen letten op het marktgedrag van de bij het kartel betrokken ondernemingen, om het even of de mededingingsbeperkende praktijken van deze ondernemingen hun wel of niet bekend zijn. Dat is zagezegd de normale gang van zaken.

47. Dit geldt te meer wanneer de karteldeelnemers – zoals in het onderhavige geval – blijkens hun grote gezamenlijke marktaandeel een aanzienlijk deel van de relevante markt bestrijken<sup>30</sup> en ook hun mededingingsbeperkende praktijken een significant deel van deze markt betreffen<sup>31</sup>, wat geenszins hoeft te betekenen dat zij het leeuwendeel van de markt manipuleren. Hoe belangrijker de positie van het kartel op de desbetreffende markt is, des te waarschijnlijker is het dat het kartel een beslissend stempel drukt op het algehele prijsniveau op die markt en des te kleiner is de kans dat een kartelbuitenstaander de marktprijs door middel van eigen initiatieven noemenswaardig kan beïnvloeden.

48. Het is voor de kartelbuitenstaander uiteraard gemakkelijker zijn eigen prijsbeleid af te stemmen op het marktgedrag van de karteldeelnemers naarmate de relevante productmarkt transparanter en homogener is. Daaruit kan echter niet a contrario worden geconcludeerd dat op niet-homogene en minder transparante markten met producten op maat – zoals bepaalde liften en roltrappen in de onderhavige zaak – nooit sprake zou kunnen zijn van prijsopdrijvende effecten die uitgaan van een kartel.<sup>32</sup> Doorgaans weten opletende marktdeelnemers ook op zulke markten heel goed wat het gangbare prijsniveau is en hoe de verschillende aanbieders die op de markt actief zijn zich gedragen.

49. Zelfs de omstandigheid dat liften en roltrappen, vooral bij grote overheidsopdrachten, vaak via aanbestedingsprocedures worden aangeschaft, doet weinig af aan deze vaststelling. De uitkomsten van dergelijke procedures blijven namelijk, zoals ÖBB-Infrastruktur onweersproken heeft gesteld, voor de andere marktdeelnemers geenszins verborgen<sup>33</sup>, zodat ze bij toekomstige opdrachten als aanknopingspunt kunnen dienen voor het prijsniveau op de markt.

50. Het kan uiteraard voorkomen dat een kartelbuitenstaander met overcapaciteit geneigd zal zijn zijn prijzen op een lager niveau vast te stellen dan de kartelprijzen, om op deze wijze zijn marktaandeel ten koste van de karteldeelnemers uit te breiden. Zelfs in dat geval is de verleiding voor de kartelbuitenstaander echter nog steeds behoorlijk groot om van zijn afnemers een hogere prijs te vragen dan onder mededingingsvoorwaarden mogelijk zou zijn. Stel dat de kartelprijs 120 is en dat de

29 — Te denken valt aan de ondernemingsstrategie (benadrukken van een merkimago, strategie met betrekking tot speciale prijzen e.d.), de persoon van de ondernemer, maar ook aan de koopkracht van afnemers.

30 — Volgens de niet-betwiste informatie van ÖBB-Infrastruktur waren bij het liftenkartel in Oostenrijk de grootste fabrikanten van de sector betrokken, die over een gezamenlijk marktaandeel van circa 80 % beschikten.

31 — Volgens de in het hoofdgeding vastgestelde feiten zijn over ten minste een derde van het marktvolume concrete afspraken tussen de karteldeelnemers gemaakt. De karteldeelnemers hebben zelfs geprobeerd tot onderlinge afstemming te komen met betrekking tot aanzienlijk meer dan de helft van het marktvolume voor nieuwe installaties in Oostenrijk (zie punt 8 van deze conclusie).

32 — In dezelfde zin Beth, H., en Pinter, C.-M., WuW 2013, blz. 228 (232): „Ook bij dergelijke productverschillen is umbrella pricing niet onwaarschijnlijk, maar het effect zal zich in mindere mate voordoen dan bij zeer homogene producten.”

33 — ÖBB-Infrastruktur heeft in dit verband gewezen op de in Oostenrijk geldende regels voor het openen van offertes in het kader van een aanbestedingsprocedure.

prijs die onder mededingingsvoorwaarden haalbaar zou zijn 100 bedraagt, dan zou de kartelbuitenstaander zijn prijs bijvoorbeeld op 110 kunnen stellen. Een dergelijk gedrag zou helemaal niet ongebruikelijk zijn, maar vanuit economisch oogpunt rationeel en voor de karteldeelnemers allesbehalve onvoorzienbaar.

51. Omgekeerd is het voor het succes van de mededingingsversturende afspraken van de bij het kartel betrokken ondernemingen van groot belang dat ook de prijzen van de kartelbuitenstaanders stijgen en zich aanpassen aan de prijzen van de karteldeelnemers. Hoe meer het algehele prijsniveau stijgt, des te eerder kunnen de door de karteldeelnemers zelf gehanteerde prijzen voor langere tijd op de markt worden gerealiseerd. Ook om die reden ligt de conclusie voor de hand dat rationeel opererende karteldeelnemers, die de logica van hun mededingingsbeperkende praktijken consequent doordenken, niet door umbrella pricing worden verrast, maar er juist op bedacht moeten zijn dat een dergelijk effect optreedt. Daarop heeft ÖBB-Infrastruktur terecht gewezen.

52. Gelet op het bovenstaande moet er al met al van worden uitgegaan dat de door umbrella pricing veroorzaakte schade niet van dien aard is dat het intreden van die schade altijd atypisch is of door de karteldeelnemers niet kan worden voorzien. Het zou onverenigbaar zijn met het nuttig effect van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU) wanneer de vergoeding van dergelijke schade onder verwijzing naar een relatief strikte opvatting van het criterium van de adequate causaliteit bij voorbaat werd uitgesloten.

2. Verenigbaarheid van vergoeding van schade als gevolg van *umbrella pricing* met het doel van de geschonden mededingingsregels

53. In de tweede plaats moet nog worden onderzocht of het vergoeden van schade die door umbrella pricing is veroorzaakt, in overeenstemming is met het doel van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU).

54. De verwijzende rechter staat – evenals Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp alsook de Oostenrijkse regering – op het standpunt dat de Unierechtelijke mededingingsregels niet strekken tot bescherming tegen schade die door umbrella pricing is veroorzaakt. De karteldeelnemers zouden voor dergelijke schade niet aansprakelijk kunnen worden gesteld omdat het „relativiteitsvereiste” ontbreekt.

55. Ook dit argument houdt geen steek.

56. Doel van de in de artikelen 81 EG en 82 EG respectievelijk 85 E(E)G-Verdrag en 86 E(E)G-Verdrag (thans de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU) vastgelegde mededingingsregels is het creëren en handhaven van een stelsel van onvervalste mededinging op de Europese interne markt. De instrumenten voor de private en publieke handhaving van het mededingingsrecht staan in dienst van deze doelstelling, die voor de Europese integratie van fundamenteel belang is.<sup>34</sup>

57. Dat uiterekend de erkenning van aansprakelijkheid van de karteldeelnemers voor de door umbrella pricing veroorzaakte schade onverenigbaar zou zijn met die doelstelling, is moeilijk vol te houden. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, kan een dergelijke verplichting tot schadevergoeding probleemloos worden ingepast in het stelsel waarin de Europese mededingingsregels worden gehandhaafd (zie hierna onder a). Bovendien leent een dergelijke verplichting zich ertoe negatieve gevolgen van de door de karteldeelnemers gepleegde inbreuken op de mededingingsregels voor de andere marktdeelnemers – met name voor de afnemers – te corrigeren (zie hierna onder b).

<sup>34</sup> – Arrest *Courage en Crehan* (aangehaald in voetnoot 9, punten 20 en 21). Zie over het belang van de mededingingsregels voor het functioneren van de interne markt voorts arrest van 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 36), alsook – gerelateerd aan de rechtssituatie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – arresten van 17 februari 2011, *TeliaSonera* (C-52/09, Jurispr. blz. I-527, punt 20), en 17 november 2011, *Commissie/Italië* (C-496/09, Jurispr. blz. I-11483, punt 60).

a) Inpassing in het stelsel van handhaving van de mededingingsregels

58. Allereerst moet worden nagegaan of een civielrechtelijke verplichting van karteldeelnemers tot vergoeding van schade die door umbrella pricing is veroorzaakt, in het algemeen verenigbaar is met het stelsel waarin in de Europese Unie de mededingingsregels van de Verdragen worden gehandhaafd.

59. In de rechtspraak is erkend dat de handhaving van de Europese mededingingsregels op twee pijlers berust. Het gaat in de eerste plaats om de aan de mededingingsautoriteiten opgedragen publieke handhaving met repressieve middelen (ook aangeduid als „public enforcement”) en in de tweede plaats om de private handhaving op initiatief van particulieren met middelen van het burgerlijk recht (ook aangeduid als „private enforcement”).<sup>35</sup>

60. Om het nuttig effect van de mededingingsregels te waarborgen is het absoluut noodzakelijk dat zowel het stelsel van publieke handhaving als het stelsel van private handhaving optimaal wordt benut.<sup>36</sup> De effectiviteit van de mededingingsregels zou aanmerkelijk worden verzwakt als men met betrekking tot bepaalde verschijnselen zoals umbrella pricing a priori van de middelen voor private handhaving zou willen afzien en alleen zou willen uitgaan van de publieke handhaving, zoals sommige leden van het liftenkartel voor ogen lijkt te staan.

61. Vanzelfsprekend moet het instrumentarium voor de private handhaving – evenals dat voor de publieke handhaving – zo worden ingericht en toegepast dat het gebruik ervan vanuit het oogpunt van de doeltreffendheid van de mededingingsregels niet contraproductief uitpakt. Anders dan ThyssenKrupp heb ik evenwel niet de indruk dat uitbreiding van de aansprakelijkheid van karteldeelnemers tot umbrella pricing fundamenteel zou kunnen leiden tot verkeerde prikkels die bij de handhaving van de mededingingsregels uiteindelijk meer nadelen dan voordelen zouden opleveren.

62. Voorwerp van de schriftelijke en mondelinge discussie in de procedure voor het Hof was met name de mogelijke correlatie tussen de wettelijke aansprakelijkheid enerzijds en de clementieprogramma's van de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten anderzijds.

63. Mogelijk schrikken sommige karteldeelnemers ervoor terug hun kaarten op tafel te leggen en met de mededingingsautoriteiten samen te werken wanneer zij de kans lopen door benadeelde marktdeelnemers aansprakelijk te worden gesteld. Dat mag echter geen reden zijn de gerechtvaardigde aanspraken van de gelaedeerden op financiële schadevergoeding volkomen te negeren. Natuurlijk is het zinvol om door middel van clementieprogramma's de terugkeer naar de legaliteit voor karteldeelnemers te vergemakkelijken en aan de opsporing van inbreuken bij te dragen, maar dat mag niet ten koste gaan van de legitieme belangen van andere marktdeelnemers.

35 — Arresten *Courage en Crehan* (aangehaald in voetnoot 9, punt 27), *Pfleiderer* (aangehaald in voetnoot 9, punt 29), *Otis* (aangehaald in voetnoot 2, punt 42) en *Donau Chemie* (aangehaald in voetnoot 9, punt 23).

36 — In die zin arresten *Courage en Crehan* (aangehaald in voetnoot 9, punt 26), *Manfredi* (aangehaald in voetnoot 9, punten 60, 89 en 90) en *Otis* (aangehaald in voetnoot 2, punt 41). Zie over het belang van de private handhaving ook het door de Europese Commissie op 2 april 2008 gepresenteerde Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels [COM(2008) 165 definitief]. In haar Witboek stelt de Commissie maatregelen voor die erop gericht zijn „een doeltreffend systeem van particuliere handhaving [van het mededingingsrecht] door middel van schadevergoedingsacties tot stand [te brengen] dat een aanvulling is op, maar niet in de plaats treedt van de publieke handhaving of deze in het gedrang brengt” (blz. 4, hoofdstuk 1.2). Ook het EVA-Hof heeft onlangs op het belang van de private handhaving van het mededingingsrecht gewezen en beklemtoond dat het algemeen belang hiermee is gediend (arrest van 21 december 2012, *Schenker/Toezichthoudende autoriteit van de EVA*, E-14/11, punt 132).

64. Het kan gerechtvaardigd zijn in een eventuele schadevergoedingsprocedure naar behoren rekening te houden met de positie van een onderneming als kroongetuige en primair andere karteldeelnemers tot voldoening van schadevergoeding aansprakelijk te houden, zoals ook de Commissie voorstelt.<sup>37</sup> Naar mijn mening zou het echter verkeerd zijn om vanwege een „chilling effect” dat schadevergoeding op clementieprogramma’s zou kunnen hebben – als dat al meetbaar is – iedere aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor umbrella pricing categorisch uit te sluiten.

65. Dit geldt temeer daar een restrictieve praktijk bij de toekenning van schadevergoeding in belangrijke mate degenen in de kaart zou spelen die aan mededingingsbeperkende praktijken deelnemen of overwegen dat te doen. Voor hen zijn de financiële risico’s die verbonden zijn aan het lidmaatschap van een kartel immers gemakkelijker in te calculeren naarmate de kans op schadevorderingen in het geval van ontdekking kleiner is. Zou men karteldeelnemers de zekerheid geven dat ze nooit aansprakelijk worden gesteld voor umbrella pricing, dan zou voor hen een extra prikkel worden gecreëerd om met hun mededingingsbeperkende praktijken door te gaan. Het uitdrukkelijk beoogde afschrikkingseffect van de private handhavingsinstrumenten op ondernemingen<sup>38</sup> die van plan zijn de spelregels van de Europese interne markt te overtreden, zou zo in haar tegendeel komen te verkeren.

66. Anders dan Kone lijkt te denken kan het doel van het Europese mededingingsrecht niet zo beperkt worden opgevat dat daarmee alleen zou worden beoogd de ondernemingen die op de interne markt actief zijn, in staat te stellen economisch zo kosteneffectief mogelijk te handelen. In een door het recht beheerste Unie die zich ten doel heeft gesteld een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen tot stand te brengen (artikel 3, lid 3, VEU), zijn functionerende markten met onvervalste mededingingsverhoudingen, afgezien van alle kosten-baten-overwegingen, een waarde op zich.

67. Het is overigens niet erg geloofwaardig wanneer uitgerekend ondernemingen die de markt hebben gemanipuleerd en de prijzen kunstmatig hoog hebben gehouden, waarschuwen voor te hoge kosten voor de marktdeelnemers en zeggen dat de efficiëntie van de markten gevaar loopt als de karteldeelnemers niet voor bepaalde schadevorderingen worden gevrijwaard. Het is het effectiefst wanneer karteldeelnemers zelf zorgen voor bescherming tegen de kosten van eventuele schadevorderingen, namelijk door bij voorbaat af te zien van inbreuken op de mededingingsregels. Vrijwaring van karteldeelnemers voor schadevorderingen zou er slechts toe leiden dat andere marktdeelnemers, met name de benadeelde afnemers, de financiële lasten van de praktijken van het kartel zouden moeten dragen.

68. Tamelijk curieus doet in dit verband ook het argument van ThyssenKrupp aan dat aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor umbrella pricing zou kunnen leiden „tot vermindering van de concurrentie op de markt”, omdat ondernemingen vanwege de aansprakelijkheidsrisico’s ervoor zouden kunnen terugschrikken op de desbetreffende markt actief te worden.<sup>39</sup> Hier volstaat de volgende opmerking: Voor wie actief wil zijn op de interne markt zouden ondernemingen als voorbeeld moeten dienen die zich aan de mededingingsregels houden, niet ondernemingen die zich op de markt ten koste van anderen van illegale praktijken willen bedienen. Als de erkenning van een schadevergoedingsplicht voor karteldeelnemers voor umbrella pricing ertoe leidt dat de markt gevrijwaard blijft van rotte appels, dan is dat niet bepaald nadelig voor de mededinging.

37 — In artikel 11 van haar richtlijnvoorstel en het bijbehorende punt 28 van de considerans stelt de Commissie voor, een onderneming die in het kader van een clementieregeling van een mededingingsautoriteit immuniteit tegen geldboeten heeft gekregen, tot op zekere hoogte ook bij de wettelijke aansprakelijkheid te privilegiëren.

38 — Hoewel de Commissie ter terechtzitting geprobeerd heeft de relevantie van dit afschrikkingseffect te bagatelliseren, kent het Hof er in vaste rechtspraak grote betekenis aan toe; zie arresten Courage en Crehan (punt 27), Manfredi (punt 91), Pfeiderer (punt 28) en Donau Chemie (punt 23), alle geciteerd in voetnoot 9.

39 — Naar aanleiding van een door mij ter terechtzitting gestelde vraag heeft de procesvertegenwoordiger van ThyssenKrupp dit argument gerelativeerd als „retorische overdrijving”.

69. Weinig overtuigend is ten slotte de incidenteel geuite waarschuwing voor overbelasting van de civiele rechter in de lidstaten, indien het Hof zou uitgaan van een verplichting van karteldeelnemers tot het vergoeden van schade die door umbrella pricing is veroorzaakt. Iedere eiser die zich beroept op umbrella pricing („umbrella plaintiff”) zou er, gelet op de relatief grote obstakels die hem met betrekking tot de bewijslast voor de civiele rechter te wachten staan<sup>40</sup>, goed aan doen de kansen en risico’s van een civiele vordering tegen de karteldeelnemers zorgvuldig af te wegen.

70. Indien de afnemer van een kartelbuitenstaander echter besluit om de karteldeelnemers voor de rechter aan te spreken tot vergoeding van zijn door umbrella pricing veroorzaakte schade, gaat het niet aan dat hem een gerechtelijke procedure wordt ontzegd op grond dat kosten ervan te hoog zouden zijn. De lidstaten zijn er volgens artikel 19, lid 1, tweede alinea, VEU en artikel 47, lid 1, van het Handvest van de grondrechten juist toe verplicht te voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming te verzekeren.<sup>41</sup>

b) Geschiktheid om negatieve gevolgen van gepleegde inbreuken op de mededingingsregels te corrigeren

71. Tot slot wil ik nog nagaan of uitbreiding van de wettelijke aansprakelijkheid van karteldeelnemers tot umbrella pricing verenigbaar is met de functie van schadevergoeding. In het algemeen bestaat die functie erin de negatieve gevolgen van onrechtmatigheden te corrigeren. Dit is ook precies wat wordt beoogd met de verplichting die de karteldeelnemers tegenover eenieder hebben om de schade te vergoeden die hem door hun mededingingsbeperkende praktijken is berokkend.<sup>42</sup> De mogelijkheid schadevergoeding te verkrijgen vergroot daarnaast het vertrouwen in de mededingingsregels van de Europese Unie en draagt wezenlijk bij tot de doeltreffende handhaving ervan.<sup>43</sup>

i) Het bezwaar dat de schade als gevolg van umbrella pricing niet beoogd was

72. Enkele partijen voeren aan dat de bij het liftenkartel betrokken ondernemingen weliswaar beoogden hun eigen prijzen voor hun eigen afnemers te verhogen, maar dat het niet hun opzet was dat kartelbuitenstaanders in het kader van umbrella pricing ook hun prijzen voor hun afnemers verhoogden. Daarom is het volgens hen onbillijk de karteldeelnemers de schade als gevolg van een dergelijk effect te laten vergoeden.

73. Dit bezwaar kan niet worden aanvaard.

74. De vaststelling van een causaal verband tussen een kartel en bepaalde soorten schade die de marktdeelnemers mogelijk hebben geleden, berust op zuiver objectieve criteria. Vanuit subjectief oogpunt kan de wettelijke aansprakelijkheid afhankelijk zijn van de vraag of de karteldeelnemers opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk hebben gemaakt op de mededingingsregels van de Verdragen. Het is echter niet van belang of de karteldeelnemers daarnaast ook de concreet ingetreden schade opzettelijk dan wel uit onachtzaamheid hebben veroorzaakt. Een dergelijk schuldvereiste zou niet verenigbaar zijn met de algemene beginselen van burgerlijk recht en de praktische handhaving van de mededingingsregels uiterst moeilijk maken.

40 — In enkele gevallen schrijft het richtlijnvoorstel van de Commissie echter een lichtere bewijslast voor.

41 — In dezelfde zin reeds arresten *Courage en Crehan* (punt 25), *Manfredi* (punt 89) en *Donau Chemie* (punt 22), alle aangehaald in voetnoot 9; zie bovendien, met name over de relevantie van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten in het kader van een civielrechtelijk geschil tussen particulieren, arrest van 18 maart 2010, *Alassini e.a.* (C-317/08-C-320/08, Jurispr. blz. I-2213, met name punt 61).

42 — Arrest *Donau Chemie* (aangehaald in voetnoot 9, punt 24).

43 — Arrest *Donau Chemie* (punt 23); in die zin ook arresten *Courage en Crehan* (punten 26 en 27), *Manfredi* (punt 91) en *Pfleiderer* (punt 28), alle aangehaald in voetnoot 9.

75. Los daarvan is het in een geval als het onderhavige, zoals reeds gezegd<sup>44</sup>, voor de bij een kartel betrokken ondernemingen helemaal niet onvoorzienbaar dat zich umbrella pricing voordoet. De conclusie ligt derhalve voor de hand dat de leden van een kartel bij hun mededingingsbeperkende praktijken het eventueel optreden van umbrella pricing op de koop toe nemen, zodat hun met betrekking tot de ontstane schade op zijn minst onachtzaamheid, mogelijk echter zelfs voorwaardelijk opzet (dolus eventualis) zou kunnen worden verweten.

ii) Het bezwaar dat de vergoeding van schade in verband met umbrella pricing geen middel tot afroming van onrechtmatige winsten is

76. In weerwil van de opvatting van enkele partijen is het ook irrelevant of door de vergoeding van schade die door umbrella pricing is veroorzaakt, onrechtmatige winsten van de karteldeelne­mers kunnen worden afromend.

77. Het mag zo zijn dat een dergelijke winstafroming in veel gevallen een gewenst neveneffect is van de vergoeding van schade in verband met inbreuken op het kartelrecht. Winstafroming is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor schadevergoedingsacties tegen karteldeelne­mers.

78. Op dat punt verschilt een vordering tot schadevergoeding fundamenteel van een vordering tot teruggave bij ongerechtvaardigde verrijking. Het gaat er bij schadevergoeding niet in de eerste plaats om de laedens te ontnemen wat hij te veel heeft, maar de gelaedeerde genoegdoening te verschaffen voor het nadeel dat hij door de onrechtmatige gedraging van de laedens heeft geleden.<sup>45</sup> Het strookt volledig met deze functie wanneer de wettelijke aansprakelijkheid van de karteldeelne­mers wordt uitgebreid tot schade als gevolg van umbrella pricing.

iii) Het bezwaar dat een punitieve schadevergoeding wordt geïntroduceerd

79. Weinig steekhoudend is ten slotte ook het bezwaar van verscheidene partijen dat de door de karteldeelne­mers verschuldigde schadevergoeding door de erkenning van een wettelijke aansprakelijkheid voor umbrella pricing zou verworden tot een punitieve schadevergoeding.

80. Afgezien van het feit dat het Unierecht de toekenning van exemplaire of punitieve schadevergoeding niet principieel verbiedt<sup>46</sup>, bestaat er geen enkele aanwijzing dat de aansprakelijkheid van de karteldeelne­mers voor umbrella pricing een dergelijk gevolg zou kunnen hebben.

81. Anders dan bij punitieve schadevergoeding gebruikelijk is, wordt door de hier in het geding zijnde verplichting van karteldeelne­mers om ook schade als gevolg van umbrella pricing te vergoeden, van hen alleen herstel verlangd van de schade die zij op de desbetreffende markt door hun mededingingsbeperkende praktijken (mede) hebben veroorzaakt. Er vindt geen overcompensatie van deze schade plaats.

82. Bijgevolg moet ervan worden uitgegaan dat vergoeding van door umbrella pricing veroorzaakte schade in overeenstemming is met het doel van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU).

44 — Zie de punten 41-52 van deze conclusie.

45 — Naar aanleiding van een door mij gestelde vraag heeft ook de procesvertegenwoordiger van Otis dit verschil ter terechtzitting voor het Hof erkend.

46 — Arrest Manfredi (aangehaald in voetnoot 9, punten 92 en 93).

### 3. Samenvatting

83. Al met al moet de door umbrella pricing veroorzaakte schade dus niet worden aangemerkt als schade die in het algemeen niet door de deelnemers aan een kartel kan worden voorzien. De vergoeding van dergelijke schade beantwoordt aan het doel van artikel 81 EG respectievelijk artikel 85 E(E)G-Verdrag (thans artikel 101 VWEU). Het zou in strijd zijn met het nuttig effect van deze mededingingsregels wanneer de vergoeding van dergelijke schade in het kader van het nationaal burgerlijk recht bij voorbaat categorisch zou zijn uitgesloten.

#### C – Slotopmerkingen

84. De door mij voorgestelde oplossing leidt niet automatisch in alle gevallen tot een verplichting van karteldeelne­mers tot vergoeding van de schade aan de afnemers van kartelbuitenstaanders, maar sluit een dergelijke verplichting ook niet a priori uit. Telkens dient aan de hand van een grondige toetsing van alle relevante omstandigheden te worden beoordeeld of in het desbetreffende geval umbrella pricing uit het kartel is voortgevloeid.

85. Een verlegging van de problematiek van umbrella pricing van een zuiver theoretisch niveau naar het niveau van de bewijsvoering zal naar mijn mening het meest bijdragen aan een daadwerkelijke handhaving van de Europese mededingingsregels, waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de belangen van alle marktdeelnemers.

86. Uiteraard zullen niet altijd overtuigende studies of andere bewijzen kunnen worden gevonden op grond waarvan redelijkerwijs kan worden geconcludeerd dat zich op de desbetreffende markt een door een kartel veroorzaakte prijsopdrijvende werking heeft voorgedaan. Anderzijds is een dergelijk effect allesbehalve uitgesloten en is de daarmee gepaard gaande schade helemaal niet zo „speculatief” en „onzeker”<sup>47</sup> zoals soms wordt gesteld. In de onderhavige zaak heeft het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof in zijn verwijzingsbeslissing bijvoorbeeld uiteengezet dat het liftenkartel tot een verstoring van de te verwachten prijsontwikkeling heeft geleid<sup>48</sup>, en ÖBB-Infrastruktur verwijst naar een studie die volgens haar het optreden van umbrella pricing aantoont.<sup>49</sup>

87. Slechts terzijde wil ik erop wijzen dat de aanvaarding van aansprakelijkheid van karteldeelne­mers voor umbrella pricing ondanks kritiek van deze en gene zijde niet meer of minder „marktvriendelijk” is dan de categorische uitsluiting van iedere verplichting tot vergoeding van de schade, zoals de verwijzende rechter voor ogen lijkt te staan. Tot de marktdeelnemers behoren immers niet alleen de karteldeelne­mers, maar ook de afnemers van wie te hoge prijzen werden verlangd, om het even of zij met de karteldeelne­mers zelf of met kartelbuitenstaanders hadden gecontracteerd. Het zou bepaald onrechtvaardig zijn, uitgerekend de karteldeelne­mers die zich schuldig hebben gemaakt aan een ernstige inbreuk op de mededingingsregels, eenzijdig te bevoordelen door hun aansprakelijkheid voor umbrella pricing categorisch uit te sluiten, temeer daar hiervan – zoals reeds gezegd<sup>50</sup> – verkeerde prikkels zouden uitgaan vanuit het oogpunt van de doeltreffende handhaving van de mededingingsregels.

47 — In die zin met name – uit de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Verenigde Staten – de beslissingen van de United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), en de United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission/Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

48 — Zie in dit verband punt 7 van deze conclusie.

49 — Het staat aan de nationale rechter deze bewering te onderzoeken en de bewijskracht van deze studie te beoordelen.

50 — Zie hierboven, punten 65 en 68.

88. Ook is de door mij voorgestelde oplossing niet onverenigbaar met het wetgevingsvoorstel tot gedeeltelijke harmonisatie van schadevorderingen volgens nationaal recht, dat de Commissie onlangs heeft gepresenteerd. Zoals ter terechtzitting met de partijen is besproken staat het richtlijnvoorstel van de Commissie niet in de weg aan de toekenning van vergoeding voor schade die door umbrella pricing is veroorzaakt.<sup>51</sup>

89. Het feit dat de Amerikaanse rechtspraak met betrekking tot de zogenoemde „umbrella claims” niet uniform is<sup>52</sup> en verduidelijking door de hoogste rechterlijke instantie, de Supreme Court of the United States, nog op zich laat wachten, mag ons Hof er niet van weerhouden zich over de problematiek van umbrella pricing uit te spreken.

## V – Conclusie

90. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vraag van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 85 E(E)G-Verdrag en 81 EG staan in de weg aan een uitlegging en toepassing van het interne recht van een lidstaat volgens welke het om juridische redenen categorisch is uitgesloten dat de bij een kartel betrokken ondernemingen wettelijk aansprakelijk zijn voor schade die voortvloeit uit het feit dat een niet bij dit kartel betrokken onderneming in het zog van de praktijken van het kartel haar prijzen meer heeft verhoogd dan onder mededingingsvoorwaarden verwacht had mogen worden.”

51 — Dat richtlijnvoorstel (aangehaald in voetnoot 13) beoogt niet een volledige harmonisatie van de materie, maar heeft, zoals al uit de titel blijkt, alleen tot doel „bepaalde regels voor schadevorderingen” vast te leggen en erkent uitdrukkelijk dat er „aspecten [zijn] die niet in deze richtlijn worden behandeld” (zie punt 10 van de considerans van de voorgestelde richtlijn). Daarnaast zijn de bepalingen in het richtlijnvoorstel voldoende ruim geformuleerd om ook van toepassing te kunnen zijn op de vergoeding van schade als gevolg van umbrella pricing en een dergelijke vergoeding in ieder geval niet uit te sluiten (zie met name artikel 11, de leden 2 en 4, van de voorgestelde richtlijn, waarin sprake is van „andere benadeelde partijen dan [de] directe of indirecte afnemers of leveranciers” van de inbreukmakende ondernemingen).

52 — De volgende rechterlijke instanties spreken zich vóór een dergelijke aansprakelijkheid uit: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), *United States Gypsum Co. v. Indiana Gas Co.*, 350 F.3d 623, 627 (2003), en United States Court of Appeals (Fifth Circuit), *In re Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1166 (1979). Tegen een dergelijke aansprakelijkheid zijn daarentegen onder meer: United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979), en United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission/Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).