



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
J. KOKOTT
van 29 juli 2019¹

Zaak C-435/18

**Otis Gesellschaft m.b.H. e.a.
tegen
Land Oberösterreich e.a.**

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

„Verzoek om een prejudiciële beslissing – Mededinging – Kartelrecht – Private handhaving – Schadevordering van een publieke kredietgever – Leningen tegen gunstige voorwaarden ter bevordering van woningbouw – Lifttenkartel – Ten gevolge van kartelafspraken verhoogde bouwkosten – Schadevordering voor ontstane renteschade”

Inhoud

I. Inleiding	2
II. Toepasselijke bepalingen	3
III. Feiten en hoofdgeding	4
A. Lifttenkartel	4
B. Schadevordering van het Land Oberösterreich	4
IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof	6
V. Beoordeling	6
A. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing	6
1. Bevoegdheid van het Hof voor de beantwoording van de prejudiciële vraag met het oog op de periode voorafgaand aan de toetreding van Oostenrijk tot de EU	6
2. Relevantie van de prejudiciële vraag	8
B. Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vraag	9

¹ Oorspronkelijke taal: Duits.

1. Recht op schadevergoeding van publieke kredietgevers voor kartelschade: een Unierechtelijk probleem	9
a) Scheidingslijn tussen het Unierecht en het recht van de lidstaten op het gebied van de schadevordering in kartelzaken	10
b) „Causaal verband” in het spanningsveld tussen Unierechtelijke bepalingen en de omzetting door de lidstaten	11
2. Recht van publieke kredietgevers op schadevergoeding voor kartelschade	14
a) Beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU	15
1) Onverenigbaarheid van een categorische beperking van het recht op schadevergoeding met artikel 101 VWEU	16
2) Bijzondere kenmerken van het Land Oberösterreich als publieke kredietgever	18
3) Bepalingen van richtlijn 2014/104	20
4) Voorlopige conclusie	20
b) Feitelijk karakter van de door het Land Oberösterreich geleden schade en de vergoedbaarheid daarvan	20
1) Mogelijke vergoeding van de renteschade die het Land Oberösterreich in het hoofdgeding heeft aangevoerd	21
2) Schade bij het publiek door de ten gevolge van het kartel onvoldoende maatregelen ter bevordering van de woningbouw	26
3) Voorlopige conclusie	26
c) Voldoende rechtstreeks verband tussen inbreuk en schade	26
1) Concreet verband tussen de prijs van de liften en het bedrag van de lening	27
2) Voorzienbaarheid van de schade van het Land Oberösterreich voor de deelnemers aan het liftenkartel	28
3) Voorlopige conclusie	29
VI. Conclusie	30

I. Inleiding

1. Schrijft het Unierecht voor dat een publieke kredietgever die schade heeft geleden doordat hij tegen gunstige voorwaarden verstrekke stimuleringsleningen in grotere omvang heeft verstrekt dan zonder een tegen de mededingingsregels indruisende afspraak het geval was geweest, schadevergoeding kan vorderen van de ondernemingen die partij waren bij deze afspraak?

2. Met deze vraag stelt de onderhavige prejudiciële procedure het Hof in staat de Unierechtelijke eisen aan de private handhavingsmogelijkheden van het Europese mededingingsrecht verder te concretiseren. Deze vraag rijst tegen de achtergrond van het liftenkartel waar het Hof zich reeds meerdere malen over heeft gebogen.²

3. Het Land Oberösterreich werd door dit kartel gedupeerd, omdat het aan afnemers van de karteldeelnemers leningen tegen een gunstige rente voor de realisatie van sociale woningbouwprojecten – zogenoemde stimuleringsleningen – had verstrekt. Het bedrag van de leningen was ingevolge de door de afspraak verhoogde prijs van de liften, die werden geïnstalleerd in de gesubsidieerde gebouwen, aanzienlijk hoger dan bij een prijsvorming in het kader van een vrije mededinging het geval was geweest. Het Land Oberösterreich vordert in het hoofdgeding vergoeding van de hierdoor ontstane schade.

4. De bij het hoofdgeding betrokken instanties zijn het oneens over de vraag of het Oostenrijkse recht bij een dergelijke indirecte schade schadevergoeding toekent. Naar de opvatting van het verwijzende Oberste Gerichtshof (hoogste federale rechter in civiele en strafzaken, Oostenrijk) is dit niet het geval, aangezien personen die op de relevante markt noch als leverancier noch als afnemer actief zijn geweest, niet vallen onder het beschermingsdoel van het kartelverbod.

5. Het Hof zal moeten beoordelen of deze restrictieve bepaling van de kring van schadevergoedingsgerechtigden verenigbaar is met de beginselen van het Europese mededingingsrecht. Allereerst dient evenwel te worden verduidelijkt of de vraag naar het recht op schadevergoeding van het Land Oberösterreich met toepassing van het Oostenrijkse recht – juncto het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel – of veeleer rechtstreeks op grond van het Unierecht dient te worden beantwoord.

II. Toepasselijke bepalingen

6. De verwijzende rechter verzoekt om uitlegging van artikel 85 EG-Verdrag, artikel 81 EG en artikel 101 VWEU. Aangezien deze bepalingen inhoudelijk grotendeels overeenstemmen, zal hierna slechts worden gerefereerd aan het thans toepasselijke artikel 101 VWEU.³

7. De onderhavige litigieuze feiten hebben plaatsgevonden voorafgaand aan de inwerkingtreding van de richtlijn betreffende schadevorderingen in kartelzaken 2014/104/EU⁴, en de vordering in eerste aanleg van het Land Oberösterreich werd eveneens ingesteld voorafgaand aan de inwerkingtreding van die richtlijn.⁵ Bijgevolg is richtlijn 2014/104 in de onderhavige procedure *ratione temporis* niet van toepassing, zonder dat hoeft te worden verduidelijkt of eventueel betrokken bepalingen van Oostenrijks recht van materieelrechtelijke of procedurele aard zijn. Op grond van artikel 22 van richtlijn 2014/104 geldt voor materieelrechtelijke voorschriften ter omzetting van deze richtlijn immers een algemeen verbod van terugwerkende kracht, terwijl alle andere nationale omzettingbepalingen – dus met name procedurevoorschriften – zonder meer van toepassing zijn op feiten die dateren van vóór de inwerkingtreding van de richtlijn, maar enkel in het kader van beroepen die zelf na de inwerkingtreding van de richtlijn zijn ingesteld.⁶

² Zie reeds arresten van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684); 18 juli 2013, Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522), en 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

³ Zie in dezelfde zin arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 18); zie ook mijn conclusie in die zaak (EU:C:2014:45, punt 17).

⁴ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie (PB 2014, L 349, blz. 1).

⁵ Het beroep in eerste aanleg van het Land Oberösterreich werd op 2 februari 2010 bij het Handelsgericht Wien (handelsrechter Wenen) ingesteld; richtlijn 2014/104 is blijkens artikel 23 op de twintigste dag na publicatie ervan in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, dat wil zeggen op 25 december 2014, in werking getreden.

⁶ Zie in dit verband reeds mijn conclusie in de zaak Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, punt 60).

8. Zoals de Italiaanse regering terecht aanvoert, kan richtlijn 2014/104 daarom in het kader van de onderhavige procedure in voorkomend geval slechts worden toegepast voor zover deze de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen inzake de schadevordering in kartelzaken weergeeft.⁷

III. Feiten en hoofdgeding

A. Liftenkartel

9. In meerdere lidstaten van de Europese Unie was gedurende een langere periode het zogenoemde liftentkartel actief, in het kader waarvan grote Europese producenten van liften en roltrappen – zoals Kone, Otis, Schindler en ThyssenKrupp – mededingingsbeperkende afspraken maakten. De Europese Commissie ontdekte dit kartel in 2003 en legde in 2007 geldboetes op voor de praktijken van het liftentkartel op de Belgische, de Duitse, de Nederlandse en de Luxemburgse markt.⁸

10. In Oostenrijk traden de federale mededingingsautoriteit en de kartelrechter tegen het liftentkartel op. De door de kartelrechter in 2007 opgelegde geldboetes⁹ werden in 2008 bekrachtigd door het Oberste Gerichtshof als kartelrechter in cassatie.¹⁰ ThyssenKrupp heeft zich als kroongetuige opgeworpen.

11. Volgens de in de nationale Oostenrijkse kartelprocedure getroffen vaststellingen hebben de karteldeelnemers sinds het begin van de jaren 80 tot begin 2004 continu afspraken gemaakt over de grootschalige, zij het niet volledig dekkende, verdeling van de markt voor liften en roltrappen. De coördinatie werd op zijn vroegst eind 2005 beëindigd. Het kartel was erop gericht om voor de verkozen onderneming een hogere prijs zeker te stellen dan de prijs die onder normale concurrentievoorwaarden had kunnen worden verkregen. Door het kartel, dat ten minste een derde van het marktvolume controleerde, is de mededinging en met name de prijsontwikkeling ten opzichte van die voorwaarden vervalst.¹¹

B. Schadevordering van het Land Oberösterreich

12. Het Land Oberösterreich verstreekte in de door het liftentkartel getroffen periode op grond van wettelijke bepalingen inzake de bevordering van de woningbouw ter ondersteuning van de sociale woningbouw verschillende subsidies voor het realiseren van bouwprojecten. Bij deze subsidies ging het ten eerste om zogenoemde *Direktzuschüsse* (rechtstreekse subsidies) waarbij de ontvanger een deel van de bouwkosten als subsidie ontvangt die hij niet hoeft terug te betalen, ten tweede om zogenoemde

⁷ Overeenkomstig overweging 12 „wordt [met richtlijn 2014/104] het acquis communautaire betreffende het Unierecht op vergoeding van door een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie veroorzaakte schade bevestigd, in het bijzonder wat betreft de hoedanigheid om een schadevordering in te stellen en de definitie van het begrip ‚schade‘ zoals dat in de jurisprudentie van het Hof van Justitie is vastgesteld, en wordt niet vooruitgelopen op toekomstige ontwikkelingen daarvan”.

⁸ Zie in dit verband ook arresten van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punten 18 e.v.); 18 juli 2013, Schindler Holding e.a./Commissie (C-501/11 P, EU:C:2013:522, punten 10 e.v.), en 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 5 e.v.), alsmede mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 5).

⁹ Besluit van het Oberlandesgericht Wien (federale kartelrechter in eerste aanleg, Oostenrijk) als kartelrechter van 14 december 2007 (Az. 25 Kt 12/07).

¹⁰ Besluit van het Oberste Gerichtshof als kartelrechter in tweede aanleg van 8 oktober 2008 (Az. 16 Ok 5/08).

¹¹ Zie in dit verband ook arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 7 e.v.), en mijn conclusie in die zaak (EU:C:2014:45, punten 6 e.v.).

Annuitätenzuschüsse (annuïteitensubsidies), waarbij het Land aan de ontvanger een deel van zijn krediettermijnen vergoedt, en ten derde om zogenoemde *Förderdarlehen* (stimuleringsleningen), dat wil zeggen tegen gunstige voorwaarden verstrekte kredieten die de ontvangers de mogelijkheid bieden om een financiering van derden tegen een gunstigere rente dan de marktrente te verkrijgen.¹²

13. Deze steun was gebaseerd op een bepaald percentage van de totale bouwkosten. Aangezien deze bouwkosten ten gevolge van de verhoogde prijzen voor liften hoger waren dan zonder het liftenkartel het geval was geweest, vordert het Land Oberösterreich¹³ thans schadevergoeding van de aan dit kartel deelnemende liftenproducenten Otis, Schindler, Kone en ThyssenKrupp.

14. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft uitsluitend vorderingen van het Land Oberösterreich die berusten op de ten gevolge van het kartel in te grote omvang uitgekeerde *stimuleringsleningen*.

15. Deze schadevorderingen van het Land Oberösterreich komen overeen met een renteschade die als volgt kan worden berekend: op grond van de ten gevolge van het kartel te dure liften die werden geïnstalleerd in de gesubsidieerde gebouwen, zijn de tegen een gunstige rente verstrekte stimuleringsleningen hoger uitgevallen dan zonder het kartel het geval was geweest. Als het Land het verschil tussen het bedrag dat het heeft uitbetaald aan de subsidieontvangers, en het lagere bedrag dat het zonder de door het kartel veroorzaakte meerkosten aan de ontvangers had uitbetaald, tegen het gemiddelde rentetarief van federale obligaties had belegd, had het Land een aanzienlijk hoger bedrag aan rente gerealiseerd dan het bedrag dat het door de van de subsidieontvangers terugbetaalde, gunstigere rente heeft ontvangen. De schade waarvan het Land in het hoofdgeding vergoeding vordert, komt derhalve overeen met het verschil tussen het door de subsidieontvangers terugbetaalde rentebestand en de rente die een investering van het ten gevolge van het kartel uitgekeerde te hoge subsidiebedrag tegen de gemiddelde rente van federale obligaties had opgeleverd.

16. De rechter in eerste aanleg wees de vordering van het Land Oberösterreich af met de motivering dat het Land als subsidieverstrekker geen deelnemer op de markt van de liften- en roltrappenindustrie is. Het Land vordert dus slechts indirecte schade die als zodanig niet voor vergoeding vatbaar is, aldus de rechter.¹⁴

17. De rechter in hoger beroep vernietigde de uitspraak in eerste aanleg.¹⁵ Naar zijn mening beschermt het verbod van prijsafspraken immers ook de financiële belangen van degenen die extra kosten moeten dragen als gevolg van de prijsafpraak. Hierbij komt volgens deze rechter dat het Land Oberösterreich door het verstrekken van subsidies de uitvoering van bouwprojecten mede mogelijk maakt en daardoor überhaupt pas de vraag op de afzetmarkt van de kartelleden creëert. Om die reden valt het Land eveneens binnen de beschermingssfeer van de verbodsbepalingen inzake kartelvorming.

18. Tegen deze uitspraak hebben de liftenproducenten beroep in cassatie ingesteld bij het Oberste Gerichtshof. Deze verwijzende rechter deelt de opvatting van de rechter in eerste aanleg met betrekking tot de toepassing van het nationale recht. Op grond daarvan is voor de vergoeding van vermogensschade de schending van een *Schutzgesetz* (beschermingsregel) vereist die ertoe strekt degenen die tot een bepaalde kring van personen behoren, te beschermen tegen de aantasting van

12 Dit blijkt uit het in het tussenvonnis van het Handelsgericht Wien (handelsrechter Wenen) van 21 september 2016 (Az. 40 Cg 65/10z-66, blz. 5 e.v.) en in het besluit van het Oberlandesgericht Wien als rechter in hoger beroep (rechter in tweede aanleg in het hoofdgeding) van 27 april 2017 (Az. 5 R 193/16p-73, blz. 6 e.v.) weergegeven betoog van het Land Oberösterreich.

13 Het Land Oberösterreich is als verzoekster ad 1. bij het hoofdgeding betrokken. De andere bij deze procedure betrokken verzoeksters zijn woningbouwcorporaties. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft ingevolge het tussenvonnis van het Handelsgericht Wien (rechter in eerste aanleg in het hoofdgeding) van 21 september 2016 (Az. 40 Cg 65/10z-66) slechts het beroep van het Land Oberösterreich.

14 Tussenvonnis van het Handelsgericht Wien van 21 september 2016 (Az. 40 Cg 65/10z-66).

15 Besluit van het Oberlandesgericht Wien als rechter in hoger beroep van 27 april 2017 (Az. 5 R 193/16p-73).

rechtsgoederen. Het Land Oberösterreich heeft evenwel noch als leverancier noch als afnemer op de door de prijsafsprake getroffen markt schade geleden. Die schade staat derhalve volgens Oostenrijks recht niet meer in een voldoende causaal verband met het doel van het verbod van kartelafspraken, namelijk het behoud van de mededinging op de door het kartel beïnvloede markt, aldus deze rechter.

19. Gezien de rechtspraak van het Hof inzake schadevorderingen in kartelzaken, met name de uitspraak in de zaak Kone¹⁶ en mijn conclusie in die zaak¹⁷, heeft het Oberste Gerichtshof evenwel twijfels wat betreft de verenigbaarheid van deze oplossing met het Unierecht.

IV. Verzoek om een prejudiciële beslissing en procedure bij het Hof

20. Bij besluit van 17 mei 2018¹⁸ heeft het Oberste Gerichtshof aan het Hof van Justitie derhalve de volgende vraag voorgelegd met het verzoek om een prejudiciële beslissing:

„Dienen artikel 85 EG-Verdrag en artikel 81 EG respectievelijk artikel 101 VWEU aldus te worden uitgelegd dat het, om de volle werking van die bepalingen en de praktische werking van het uit die bepalingen voortvloeiende verbod te waarborgen, noodzakelijk is dat van karteldeelnemers ook schadevergoeding moet kunnen worden gevorderd door personen die niet als leverancier of afnemer actief zijn op de door een kartel beïnvloede relevante product- en geografische markt, maar die uit hoofde van de wettelijke voorschriften subsidie verstrekken in de vorm van leningen tegen gunstige voorwaarden aan afnemers van producten die op de door het kartel getroffen markt worden aangeboden, waarbij de schade bestaat uit het feit dat het op basis van een bepaald percentage van de productkosten verstrekte bedrag van de lening hoger was dan zonder de kartelovereenkomst het geval was geweest, zodat zij deze bedragen niet winstgevend konden investeren?”

21. Aan het schriftelijke deel van de prejudiciële procedure hebben enerzijds het Land Oberösterreich en anderzijds Otis, Schindler, Kone en ThyssenKrupp alsmede de Italiaanse Republiek en de Europese Commissie deelgenomen. Met uitzondering van Italië hebben deze partijen alsmede de Republiek Oostenrijk hun standpunt ook kenbaar gemaakt ter terechtzitting van 16 mei 2019.

V. Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing

1. Bevoegdheid van het Hof voor de beantwoording van de prejudiciële vraag met het oog op de periode voorafgaand aan de toetreding van Oostenrijk tot de EU

22. Het feit dat een deel van de litigieuze feiten heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie op 1 januari 1995¹⁹, wordt door het Oberste Gerichtshof niet ter sprake gebracht. Het Land Oberösterreich gaat daarentegen in zijn schriftelijke opmerkingen uitvoerig in op de vraag naar de bevoegdheid van het Hof voor de uitlegging van de nationale wettelijke bepalingen die vóór de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie het kartelverbod regelden.

¹⁶ Arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

¹⁷ Conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punten 27 e.v.).

¹⁸ Az. 9 Ob 44/17m.

¹⁹ Zie punt 11 van de onderhavige conclusie.

23. Volgens het Land Oberösterreich is het Hof bevoegd deze nationale wettelijke bepalingen uit te leggen, aangezien deze waren afgestemd op de voorloperbepalingen van artikel 101 VWEU en tot doel hadden het nationale mededingingsrecht in overeenstemming te brengen met het mededingingsrecht van de Europese Gemeenschappen. Dit geldt des te meer voor de periode na de inwerkingtreding van de EER-Overeenkomst op 1 januari 1994, waarbij Oostenrijk partij was geworden en waarin ook grotendeels de EG-wetgeving inzake het kartelverbod was opgenomen.

24. In dit verband verwijst het Land Oberösterreich naar de rechtspraak, volgens welke het Hof van Justitie ook bevoegd is om het recht van de Unie uit te leggen in gevallen waarin de feiten van het hoofdgeding niet binnen de directe werkingssfeer van het Unierecht vallen, indien die bepalingen krachtens het nationale recht van toepassing zijn verklaard op zaken van zuiver nationale aard, of wanneer de nationale wetgever voornemens was het toepasselijke nationale recht te harmoniseren met het Unierecht.²⁰

25. Anders dan het Land Oberösterreich heeft betoogd, heeft het Hof zich in deze arresten echter niet bevoegd verklaard om *nationale* wettelijke bepalingen uit te leggen die verwijzen naar of zijn afgestemd op bepalingen van het Unierecht. Voor de uitlegging van de nationale wettelijke bepalingen zijn immers alleen de rechterlijke instanties van de lidstaten bevoegd.²¹ Veeleer heeft het Hof zich in de aangehaalde arresten enkel bevoegd verklaard *Unierechtelijke* bepalingen uit te leggen in gevallen waarin deze weliswaar niet rechtstreeks van toepassing waren, maar in het nationale recht naar deze bepalingen werd verwezen of de nationale bepalingen waren afgestemd op deze bepalingen.

26. Deze bevoegdheid bestaat echter alleen, als de betrokken feiten, hoewel zij niet rechtstreeks door het Unierecht zijn geregeld, hebben plaatsgevonden op een tijdstip waarop de betrokken lidstaat reeds lid was van de Europese Unie. Het Hof heeft zich immers onbevoegd verklaard om prejudiciële vragen te beantwoorden, als de feiten van het hoofdgeding hebben plaatsgevonden vóór de toetreding van een staat tot de Europese Unie. Het Hof is namelijk uitsluitend bevoegd om het Unierecht uit te leggen, wat de toepassing ervan in een nieuwe lidstaat betreft, vanaf de datum van de toetreding van die staat tot de Europese Unie.²² Dit geldt ook voor het geval dat de vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de EU op de betreffende feiten toepasselijke nationale bepalingen reeds waren afgestemd op de overeenkomstige Unierechtelijke bepalingen. Zelfs in dat geval waren immers uitsluitend de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties verantwoordelijk voor de toepassing en uitlegging van de betrokken nationale bepalingen vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de EU.²³

27. Aangezien materieelrechtelijke bepalingen in beginsel niet met terugwerkende kracht mogen worden toegepast, kan het Unierechtelijke kartelverbod ten aanzien van een kartel, dat in de vorm van een permanente inbreuk zowel vóór als na de toetredingsdatum van een staat tot de Europese Unie actief was, alleen van toepassing zijn, voor zover eventuele mededingingsbeperkende gevolgen van dit kartel in de periode vanaf de aan de orde zijnde toetredingsdatum moeten worden bestraft. Daarentegen is het Unierechtelijke kartelverbod niet van toepassing op een dergelijk kartel, voor zover dit kartel op het grondgebied van een lidstaat slechts in de tijdvakken vóór de toetreding van deze lidstaat tot de Europese Unie gevolgen heeft gehad of heeft kunnen hebben.²⁴

20 Arresten van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punten 17 e.v.); 26 november 2015, Maxima Latvija (C-345/14, EU:C:2015:784, punten 11 e.v.); 21 juli 2016, VM Remonts e.a. (C-542/14, EU:C:2016:578, punten 16 e.v.), en 31 mei 2018, Ernst & Young (C-633/16, EU:C:2018:371, punten 28 e.v.).

21 Zie bijvoorbeeld beschikking van 21 december 1995, Max Mara (C-307/95, EU:C:1995:465, punt 5), en arresten van 13 december 2012, Caves Krier Frères (C-379/11, EU:C:2012:798, punt 35 en 36), en 10 januari 2019, ET (C-97/18, EU:C:2019:7, punt 24).

22 Arresten van 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson (C-321/97, EU:C:1999:307, punten 31 e.v.); 10 januari 2006, Ynos (C-302/04, EU:C:2006:9, punten 30 en 34 e.v.), en 27 juni 2018, Varna Holideis (C-364/17, EU:C:2018:500, punt 17).

23 Zie arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, punten 61 e.v.), alsmede mijn conclusie in die zaak (EU:C:2011:552, punten 49 e.v.).

24 Zie arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. (C-17/10, EU:C:2012:72, punten 44 e.v.), alsmede mijn conclusie in die zaak (EU:C:2011:552, punten 37 e.v.).

28. Zoals hierboven uiteengezet, hebben de praktijken van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde Oostenrijkse liftenkartel zowel vóór als na de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie plaatsgevonden.²⁵ Wat de bevoegdheid van het Hof voor de behandeling van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft, maakt het evenwel niet uit in hoeverre de schadevorderingen van het Land Oberösterreich, waar het in het hoofdgeding om gaat, berusten op gevolgen van het liftenkartel die zich vóór of na de toetreding van Oostenrijk tot de EU hebben voorgedaan.²⁶

29. Aangezien op zijn minst een deel van de litigieuze feiten na de toetreding van Oostenrijk tot de EU en daarmee met toepassing van het Unierecht heeft plaatsgevonden, staat vast dat het Hof in het kader van de onderhavige prejudiciële procedure bevoegd is de vraag van de verwijzende rechter naar de uitlegging van artikel 101 VWEU en de voorloperbepalingen daarvan te beantwoorden.

30. Mocht het Hof in het kader van deze uitlegging tot het oordeel komen dat artikel 101 VWEU en de voorloperbepalingen daarvan aan het Land Oberösterreich het recht verlenen om van de deelnemers aan het liftenkartel schadevergoeding te vorderen, dan staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of de vóór de toetreding van Oostenrijk tot de EU geldende nationale wettelijke bepalingen moeten worden uitgelegd in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, en dus in die zin dat deze voor de periode vóór de toetreding van Oostenrijk tot de EU eveneens een recht van het Land op vergoeding van de gedurende die periode voor hem ontstane schade rechtvaardigen.

2. Relevantie van de prejudiciële vraag

31. De liftenproducenten en de Commissie hebben in hun opmerkingen in twijfel getrokken of renteschade zoals die waar het Land Oberösterreich een beroep op doet, kan worden vergoed. Op de schriftelijke vraag van het Hof of het Land niet ook schade kan aanvoeren die is ontstaan doordat het voor de voldoening aan zijn wettelijke verplichtingen op de financiële markt meer geld moest opnemen dan wanneer er geen kartel was geweest, hebben verschillende partijen ter terechtzitting verklaard dat een dergelijke motivering van de ontstane schade in het hoofdgeding niet tijdig naar voren is gebracht en in het huidige stadium van de procedure niet meer kan worden aangevoerd.

32. Om die reden is er in het hoofdgeding helemaal geen schade waarvan moet worden bepaald of deze voor vergoeding in aanmerking komt. De door het Oberste Gerichtshof gestelde prejudiciële vraag is derhalve niet relevant voor de beslissing in het hoofdgeding en daarmee hypothetisch van aard waardoor het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk moet worden verklaard en moet worden afgewezen, aldus deze partijen.

33. Dit betoog heeft geen kans van slagen. Daarin wordt immers de scheidingslijn miskend tussen de ontvankelijkheid en de inhoudelijke beoordeling van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing.

34. Zo worden door het Oberste Gerichtshof, wiens vraag overeenkomstig de rechtspraak wordt vermoed relevant te zijn²⁷, in zijn verzoek om een prejudiciële beslissing noch twijfels geuit met betrekking tot het bestaan van schade ten laste van het Land Oberösterreich, noch met betrekking tot het feit dat deze schade is veroorzaakt door het liftenkartel. Veeleer vraagt het Oberste Gerichtshof zich af of deze schade in voldoende verband staat met het doel van het kartelverbod en daarom op basis daarvan voor vergoeding in aanmerking komt.

²⁵ Zie punt 11 van de onderhavige conclusie.

²⁶ Zie voor de beoordeling van de toekomstige gevolgen van feiten die nog voor de toetreding van een lidstaat tot de EU hebben plaatsgevonden, overeenkomstig de latere rechtssituatie, arrest van 3 september 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, punten 21 e.v.), alsmede mijn conclusie in die zaak (EU:C:2014:333, punten 18 e.v.).

²⁷ Arresten van 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, punt 22); 23 januari 2018, F. Hoffmann-La Roche e.a. (C-179/16, EU:C:2018:25, punt 45); 29 mei 2018, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen e.a. (C-426/16, EU:C:2018:335, punt 31), en 25 juli 2018, Confédération paysanne e.a. (C-528/16, EU:C:2018:583, punt 73).

35. Net zoals de door de liftenproducenten en de Commissie opgeworpen vraag of het bij de schade die voor het Land Oberösterreich ten gevolge van het liftenkartel is ontstaan, gaat om feitelijke schade die voor vergoeding in aanmerking komt, speelt deze vraag een rol in het kader van het onderzoek of is voldaan aan de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de karteldeelnemers. Daarom moeten deze vragen worden behandeld in het kader van het materiële onderzoek van de gestelde prejudiciële vraag en niet in het kader van het onderzoek of de vraag relevant is en daarmee of dit prejudiciële verzoek ontvankelijk is.

B. Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vraag

36. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 101 VWEU en de voorloperbepalingen daarvan verlangen dat een publieke kredietgever die op de door een kartel getroffen markt noch als leverancier noch als afnemer actief is, vergoeding kan vorderen van de schade die hij heeft geleden doordat hij het bedrag van een ten gevolge van het kartel te hoge en tegen een gunstige rente verstrekte lening niet anderszins winstgevend kon beleggen.

37. De partijen in de onderhavige procedure zijn het niet eens over de vraag welke maatstaf moet worden toegepast bij de beantwoording van deze vraag. Terwijl het Land Oberösterreich van mening is dat de prejudiciële vraag op basis van de volle werking van het Unierecht moet worden beantwoord, zijn de liftenproducenten en de Commissie van mening dat het antwoord op de prejudiciële vraag op basis van het nationale recht moet worden gegeven, dat dan uitsluitend dient te worden beoordeeld aan de hand van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

38. Zoals advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak Skanska uiteen heeft gezet, is het verschil tussen een beoordeling op basis van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel, enerzijds, en een beoordeling op basis van de volle werking van artikel 101 VWEU, anderzijds, van groot belang. Het helpt de scheidingslijn te bepalen tussen kwesties die onder het Unierecht vallen, en kwesties die worden geregeld door de nationale rechtsstelsels van de lidstaten.²⁸

39. Hierna moet daarom allereerst worden verduidelijkt welke maatstaf – rechtstreekse uitlegging van het Unierecht of veeleer de eisen aan het nationale recht uit het gezichtspunt van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid – moet worden toegepast bij de beantwoording van de prejudiciële vraag (zie hierna onder 1). In een tweede stap moet dan de prejudiciële vraag aan de hand van de vastgestelde maatstaf worden besproken (zie daarna onder 2).

1. Recht op schadevergoeding van publieke kredietgevers voor kartelschade: een Unierechtelijk probleem

40. De private handhaving van het Unierechtelijke kartelverbod middels schadevorderingen bij de rechterlijke instanties van de lidstaten is naast de publieke handhaving door de kartelautoriteiten de tweede pijler van het Europese kartelrecht. Dienovereenkomstig heeft het Hof reeds beslist dat het recht van het individu om vergoeding van schade te vorderen die is ontstaan door schending van het Unierechtelijke kartelverbod, rechtstreeks voortvloeit uit 101 VWEU. Dit betekent dat eenieder vergoeding kan vorderen van de geleden schade, indien er een causaal verband bestaat tussen die schade en een inbreuk op de mededingingsregels, zonder het bestaan van dit recht op enigerlei wijze afhankelijk te stellen van het nationale recht van de lidstaten.²⁹

²⁸ Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:100, punt 39).

²⁹ Zie in die zin arresten van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punten 23-26); 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punten 58-61 en 63); 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 20-22), en 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:204, punten 24-26), alsmede mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 26).

41. Bij gebreke van Unierechtelijke regelgeving op dit gebied is het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om de regels vast te stellen voor de uitoefening van het recht om vergoeding te vorderen van schade, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.³⁰ Richtlijn 2014/104 bevestigt deze verdeling van bevoegdheden.³¹

42. Desondanks rijst in elk toepassingsgeval opnieuw de vraag welke componenten van een kartelrechtelijke schadevordering nu concreet worden geregeld door het Unierecht en welke worden geregeld door het nationale recht van de lidstaten.³²

43. Het Hof heeft in zijn bestaande rechtspraak reeds vastgesteld waar op het gebied van de schadevordering in kartelzaken de scheidingslijn ligt tussen het Unierecht en het nationale recht van de lidstaten (a). In het onderhavige geval gaat het erom de regelingsbevoegdheid voor de verschillende elementen van het begrip „causaal verband” aan de hand van deze scheidingslijn te bepalen (b).

a) Scheidingslijn tussen het Unierecht en het recht van de lidstaten op het gebied van de schadevordering in kartelzaken

44. Zoals ik reeds in mijn conclusie in de zaak Kone uiteen heb gezet, kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid dat de verdeling van de bevoegdheden tussen de Unie en de lidstaten op het gebied van schadevorderingen in kartelzaken loopt langs een scheidingslijn tussen het materiële recht en de procedurele handhaving: de vraag naar het *bestaan* van schadevergoedingsrechten (dat wil zeggen de vraag *of* schadevergoeding moet worden toegekend) is een zaak van het Unierecht. 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, zijn daarentegen een zaak van het nationale recht.³³

45. Zoals advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak Skanska uiteen heeft gezet, vallen derhalve alleen de regelingen inzake de *toepassing* van het recht op schadevergoeding onder het nationale recht, terwijl de *constitutieve voorwaarden* die de eigenlijke grondslag van het recht vormen, rechtstreeks worden bepaald aan de hand van artikel 101 VWEU.³⁴

46. Het Hof heeft dit in zijn arrest in de zaak Skanska bevestigd door vast te stellen dat de kwestie van aanwijzing van de entiteit die gehouden is tot vergoeding van de door een inbreuk op artikel 101 VWEU veroorzaakte schade, rechtstreeks wordt geregeld door het Unierecht.³⁵ Dit is in overeenstemming met eerdere arresten waarin het Hof heeft geoordeeld dat niet alleen de kring van

30 Zie arresten van 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, punt 29); 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punten 62 en 64); 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 24-26), en 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:204, punt 27).

31 Zie inzonderheid overwegingen 3, 4, 11, 12 en 13 alsmede de artikelen 1, 3 en 4 van richtlijn 2014/104.

32 In die zin conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:100, punt 33): „Maar welke kwesties met betrekking tot schadevorderingen worden geregeld door het Unierecht en welke worden daarentegen geregeld door het nationale recht van de lidstaten?”

33 Zie mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 23), en, als voorbeeld voor dergelijke modaliteiten voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding, arrest van 28 maart 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, punten 42 e.v. en 56 e.v.), en mijn conclusie in die zaak (EU:C:2019:32, punten 75 e.v. en 87 e.v.).

34 Conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:100, punten 40 en 41).

35 Arrest van 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. [C-724/17, EU:C:2019:204, punt 28, met verwijzing naar de punten 60 tot en met 62 van de conclusie van advocaat-generaal Wahl in die zaak ([EU:C:2019:100]).

personen die aanspraak kunnen maken op schadevergoeding van de karteldeelnemers („eenieder”)³⁶, maar ook de soorten schade die de karteldeelnemers in voorkomend geval moeten vergoeden (zowel reële schade [damnum emergens] als gederfde winst [lucrum cessans] alsmede rente), worden bepaald in overeenstemming met het Unierecht.³⁷

b) „Causaal verband” in het spanningsveld tussen Unierechtelijke bepalingen en de omzetting door de lidstaten

47. De in casu aan de orde zijnde vraag of de schade van het Land Oberösterreich voor vergoeding in aanmerking komt, is juridisch gezien een probleem van causaliteit, net zoals de vraag in de zaak Kone of de schade die werd veroorzaakt door prijsopdrijvende effecten, kan worden vergoed³⁸: het is de vraag of tussen het kartel en de schade die het Land heeft geleden door de verstrekking van te hoge stimuleringskredieten ten gevolge van de verhoogde prijzen voor liften, 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.

48. De liftenproducenten en de Commissie zijn van mening dat de vraag of er een „causaal verband” tussen de inbreuk en de schade bestaat, niet rechtstreeks op basis van het recht van de Unie dient te worden behandeld, maar op basis van het nationale recht, in samenhang met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

49. De betrokken partijen baseren deze opvatting op de vaststelling van het Hof in het arrest Manfredi dat „het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat [is] 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””.³⁹ Deze vaststelling is thans overgenomen in overweging 11 van richtlijn 2014/104, waarin het begrip causaal verband tussen de inbreuk en de schade verder ook niet wordt behandeld. Veeleer wordt in overweging 11 van de richtlijn voorgesteld dat de lidstaten eventuele in hun nationale recht bestaande andere voorwaarden voor schadevergoeding, zoals de toerekenbaarheid, de relativiteit of de schuld, moeten kunnen behouden, voor zover deze stroken met de rechtspraak van het Hof van Justitie, met de beginselen doeltreffendheid en gelijkwaardigheid en met deze richtlijn.

50. Bij nadere beschouwing blijkt evenwel dat het bij het concept „causaal verband” tussen het schadetoebrengende feit en de schade in het kader van de wettelijke regeling inzake schadevergoeding gaat om een meerlagig rechtsinstituut: zo gaat het er bij de toetsing van het causaal verband niet alleen om vast te stellen of een bepaalde schade feitelijk kan worden herleid tot een bepaalde gebeurtenis. Veeleer kan de causaliteitstoets ook normatieve elementen hebben die betrekking hebben op de vraag of de aangevoerde schade in voldoende verband staat met het doel van de geschonden rechtsnorm.⁴⁰

51. Dit normatieve aspect van de causaliteit wordt in de onderhavige procedure geïllustreerd door de discussie tussen partijen over de vraag of in het geval van het Land Oberösterreich sprake is van de volgens Oostenrijks recht voor een recht op schadevergoeding vereiste „relativiteit” tussen de inbreuk en de geleden schade. Dit verband bestaat volgens Oostenrijks recht alleen, als de rechtsnorm die de schadeveroorzaker heeft geschonden, ook specifiek tot doel heeft de gelaedeerde te beschermen. Dit is

³⁶ Zie punt 40 en voetnoot 29 van de onderhavige conclusie alsmede de aldaar aangehaalde rechtspraak.

³⁷ Zie arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punten 95-97), alsmede mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 27).

³⁸ Zie wat betreft de feiten in de zaak Kone mijn conclusie in die zaak (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 19): daar was de vraag aan de orde of tussen het kartel en de schade als gevolg van prijsopdrijvende effecten die uit het kartel voortvloeiden, een voldoende nauw verband bestond. Van prijsopdrijvende effecten („umbrella pricing”) is sprake wanneer een derde die niet deelneemt aan een kartel, op grond van de ten gevolge van het kartel te hoge marktprijzen een hogere prijs berekent dan hij onder normale mededingingsvoorwaarden had kunnen doen.

³⁹ Arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 64) (cursivering van mij).

⁴⁰ Zie in dit verband reeds mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punten 35 en 53 e.v.)

volgens de verwijzende rechter in casu naar Oostenrijks recht niet het geval. Op grond daarvan strekt de personele werkingssfeer van de bescherming door het kartelverbod zich immers uit tot personen die als leverancier of afnemer optreden op de markt waarop een kartel betrekking heeft, maar niet tot publieke kredietgevers die door financiële steun te verlenen aan bepaalde groepen van afnemers de aankoop van de door het kartel getroffen producten vergemakkelijken. Bijgevolg moet aan dergelijke kredietgevers volgens Oostenrijks recht een recht op schadevergoeding worden ontzegd, aangezien hun schade geen voldoende verband meer houdt met het doel van het verbod van kartelafspraken, te weten het behoud van de mededinging op de door het kartel getroffen markt.

52. Alleen al deze discussie laat zien dat het bij de hier aan de orde zijnde vraag gaat om een aspect van het onderzoek naar het causaal verband dat niet de procedurele handhavingsmodaliteiten, maar veeleer de materiële voorwaarden voor het recht op schadevergoeding in kartelzaken betreft. Het gaat immers om de vraag of artikel 101 VWEU ook aan een persoon die niet als leverancier of afnemer actief was op de door een kartel getroffen markt, het recht verleent op vergoeding van de voor hem ten gevolge van dit kartel ontstane schade. Hierbij gaat het om de vraag naar de beschermende werking van artikel 101 VWEU en daarmee om een vraag naar de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling die alleen aan de hand van het Unierecht kan worden beantwoord.

53. Het zou inderdaad niet zinvol zijn om het antwoord op deze vraag naar de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling, zoals voorgesteld door de Commissie, over te laten aan de rechtsordes van de lidstaten, om deze antwoorden vervolgens te beoordelen aan de hand van het Unierechtelijke doeltreffendheidsbeginsel.

54. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereisen de eenvormige toepassing van het Unierecht alsook het gelijkheidsbeginsel dat de termen van een bepaling van Unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling.⁴¹ Dit betekent in het onderhavige geval dat de dogmatische figuren van het nationale recht ter voorkoming van een oeverloze aansprakelijkheid, zoals de leer van de beschermingsdoelstelling van de norm of van het adequate causale verband tussen een inbreuk en de schade, niet doorslaggevend kunnen zijn voor de bepaling van de reikwijdte van artikel 101 VWEU.

55. Veeleer is een eenvormige uitlegging van het verbod op prijsafspraken in de gehele Unie als norm waarop de schade is gebaseerd, noodzakelijk om de volle werking van artikel 101 VWEU te waarborgen. Deze bepaling staat immers in dienst van de kerndoelstelling van het Europese mededingingsrecht, namelijk voor alle ondernemingen die op de interne markt actief zijn, randvoorwaarden te creëren met een zo groot mogelijke uniformiteit („*level playing field*”). Deze doelstelling zou in gevaar worden gebracht, als de juridische criteria aan de hand waarvan de nationale rechter beoordeelt of de deelnemers aan een kartel in de zin van artikel 101 VWEU voor bepaalde soorten schade en tegenover bepaalde personen civielrechtelijk aansprakelijk zijn, fundamenteel zouden uiteenlopen tussen de lidstaten.⁴²

56. Volgens de scheidingslijn tussen het materiële recht en de procedurele handhaving kan het derhalve bij de „regels voor de toepassing van het begrip „causaal verband”, waarvan de vaststelling volgens het Hof in het arrest Manfredi en volgens overweging 11 van richtlijn 2014/104 een aangelegenheid is van de interne rechtsorde van elke lidstaat, slechts gaan om de modaliteiten van de feitelijke vaststelling van een causaal verband tussen het schadetoebrengende feit en de schade in het

⁴¹ Arresten van 18 januari 1984, Ekro (327/82, EU:C:1984:11, punt 11); 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, punt 40), en 21 december 2016, Associazione Italia Nostra Onlus (C-444/15, EU:C:2016:978, punt 66).

⁴² Zie in die zin reeds mijn conclusie in de zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 29). De bijzondere betekenis van uniforme schadevergoedingsregelingen in het kartelrecht wordt thans onderbouwd in overwegingen 8 en 9 van richtlijn 2014/104.

concrete geval. Hiermee stemt overeen dat het Hof de „regels voor de toepassing van het begrip „causaal verband” in het arrest Manfredi onder de „regels voor de *uitoefening* van [het] recht [op schadevergoeding]” heeft geschaard: het gaat om het uitoefenen van rechten op schadevergoeding en niet om het *bestaan* van dergelijke rechten.

57. De modaliteiten van de feitelijke vaststelling van een causaal verband tussen het schadetoebrengende feit en de schade in het concrete geval betreffen bijvoorbeeld de vraag hoeveel rapporten van welke aard respectievelijk welk niveau aan wetenschappelijke aantoonbaarheid als bewijs worden verlangd dat de pijn van het slachtoffer van een ongeval of een ziekte ten gevolge van bepaalde arbeidsvoorwaarden (bijvoorbeeld de feitelijke blootstelling aan schadelijke stoffen) ook daadwerkelijk het gevolg is van dit ongeval respectievelijk deze arbeidsvoorwaarden en niet bijvoorbeeld berust op eerdere ziekten. Evenzo is het een kwestie van de concrete modaliteiten van de uitoefening van rechten op schadevergoeding, welke bewijzen bijvoorbeeld worden verlangd van een opdrachtgever die wil aantonen dat schade aan een gebouw daadwerkelijk op grond van een gebrek bij de bouw is veroorzaakt en niet bijvoorbeeld door weersinvloeden die buiten de invloed van de aannemer liggen.

58. Toegepast op het hoofdgeding kan het bij de modaliteiten van de feitelijke vaststelling van een causaal verband tussen het liftenkartel en de financiële schade die door het Land Oberösterreich wordt aangevoerd, bijvoorbeeld gaan om de wijze van bewijsvoering die wordt verlangd om aan te tonen dat de financiële steun daadwerkelijk voor het genoemde bedrag werd verleend, dat de aangevoerde meerkosten daadwerkelijk zijn terug te voeren op de kosten van de liften die werden geïnstalleerd in de gesubsidieerde gebouwen, of dat het gemiddelde rentetarief van federale obligaties in de relevante periode daadwerkelijk hetzelfde tarief was als dat waarop het Land zijn berekeningen van de voor hem ontstane schade baseert.

59. Bij deze aspecten gaat het inderdaad om de modaliteiten van de procedurele handhaving van het in het Unierecht verankerde recht op schadevergoeding in kartelzaken, waarvan de regeling is voorbehouden aan het nationale recht dat dan dient te worden beoordeeld aan de hand van het gelijkwaardigheids- en doeltreffendheidsbeginsel. De vraag of schade zoals die van het Land Oberösterreich in voldoende verband staat met de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU en de voorloperbepalingen daarvan, betreft daarentegen, zoals hierboven uiteengezet, de materiële voorwaarden van het Unierechtelijke recht op schadevergoeding in kartelzaken en moet derhalve rechtstreeks worden beantwoord op grond van het Unierecht.

60. Uiteindelijk gaat het hier namelijk om de vragen *wie* op grond van artikel 101 VWEU *bevoegd* is vergoeding van *welke* schade te vorderen, en daarmee om de voorwaarden van het Unierechtelijke recht op schadevergoeding in kartelzaken. Net zoals de vraag die aan de orde was in de zaak Skanska, *wie* op grond van artikel 101 VWEU *verplicht* is om kartelschade te vergoeden, zijn dit Unierechtelijke kwesties.⁴³

61. In tegenstelling tot hetgeen Kone in de onderhavige procedure aanvoert, blijkt uit het arrest van het Hof in de eerdere zaak Kone niets anders. Zo heeft het Hof in dat arrest allereerst het algemene beginsel in herinnering gebracht dat het een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de modaliteiten voor de uitoefening van het recht op schadevergoeding in kartelzaken te regelen, met inbegrip van de regels voor de toepassing van het begrip „causaal verband”, mits het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel in acht worden genomen.⁴⁴ Zoals

⁴³ Zie arrest van 14 maart 2019, Skanska Industrial Solutions e.a. [C-724/17, EU:C:2019:204, punt 28, met verwijzing naar de punten 60-62 van de conclusie van advocaat-generaal Wahl in die zaak (EU:C:2019:100)].

⁴⁴ Arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 24 en 32).

advocaat-generaal Wahl in zijn conclusie in de zaak Skanska uiteen heeft gezet, heeft het Hof in zijn daaropvolgende beoordeling van de vraag of de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de leden van een kartel voor schadevergoeding ook betrekking heeft op „umbrella pricing”, evenwel uitsluitend verwezen naar de volle werking van artikel 101 VWEU.⁴⁵

62. In overeenstemming met de bovenstaande uiteenzetting moet de prejudiciële vraag in de onderhavige procedure dus rechtstreeks op grond van artikel 101 VWEU en niet op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel en doeltreffendheidsbeginsel worden beantwoord.

2. Recht van publieke kredietgevers op schadevergoeding voor kartelschade

63. De verwijzende rechter wenst te vernemen of een publieke kredietgever die op een door een kartel getroffen markt noch als leverancier noch als afnemer actief is, overeenkomstig artikel 101 VWEU en de voorloperbepalingen daarvan vergoeding kan vorderen van de schade die hij heeft geleden doordat hij het bedrag van een ten gevolge van het kartel te hoge en tegen een gunstige rente verstrekte lening niet anderszins winstgevend kon beleggen.⁴⁶

64. Het Land Oberösterreich voert in dit verband aan dat reeds uit het arrest van het Hof in de zaak Kone⁴⁷ voortvloeit dat het niet verenigbaar is met artikel 101 VWEU om de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor bepaalde schade om juridische redenen categorisch en ongeacht de omstandigheden van het concrete geval uit te sluiten.

65. De liftenproducenten en de Commissie voeren hiertegen aan dat de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU betrekking heeft op de mededinging, waardoor ook alleen bij de mededinging betrokken personen op grond van deze bepaling vergoeding kunnen vorderen van schade die in het kader van een deelname aan de mededinging is ontstaan. Alleen een dergelijke schade was het voorwerp van het arrest in de zaak Kone. De schade die het Land Oberösterreich aanvoert, staat daarentegen niet meer in voldoende verband met de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU en komt derhalve niet voor vergoeding in aanmerking, aldus de liftenproducenten en de Commissie.

66. In zijn arrest in de zaak Kone heeft het Hof niet alleen onderzocht of de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU in de weg staat aan een categorische uitsluiting van de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor bepaalde schade, maar ook of schade door prijsafscherming in een voldoende rechtstreeks verband staat met een kartel dat erin slaagt de prijs voor bepaalde producten kunstmatig hoog te houden.⁴⁸

⁴⁵ Zie conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak Skanska Industrial Solutions e.a. (C-724/17, EU:C:2019:100, punt 37 en voetnoot 20), en arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 27 e.v. en inzonderheid punten 34 en 37). Ter vergelijking noemt advocaat-generaal Wahl als voorbeelden voor een beoordeling aan de hand van het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel de arresten van 14 juni 2011, Pfeiderer (C-360/09, EU:C:2011:389, punten 30-32), en 6 juni 2013, Donau Chemie e.a. (C-536/11, EU:C:2013:366, punten 32-34), waar thans het arrest van 28 maart 2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, punten 43-55), aan kan worden toegevoegd.

⁴⁶ Zie reeds hierboven punten 1 en 36 van de onderhavige conclusie.

⁴⁷ Arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317).

⁴⁸ Zie arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 27 e.v.).

67. Hieruit blijkt dat voor de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor door het kartel veroorzaakte schade per saldo vergelijkbare voorwaarden gelden als voor de niet-contractuele aansprakelijkheid van de organen van de Unie en de aansprakelijkheid van lidstaten ten opzichte van particulieren voor schendingen van het Unierecht.⁴⁹ Deze voorwaarden vereisen in wezen dat de geschonden rechtsnorm ertoe strekt rechten toe te kennen aan de gelaedeerde, dat daadwerkelijk schade is ontstaan en dat een voldoende rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schadetoebrengende gedraging en de aangevoerde schade.⁵⁰

68. Uit het arrest Kone vloeit voort dat het in de prejudiciële procedure aan het Hof staat om abstract en in het algemeen te toetsen of voldaan is aan deze voorwaarden met het oog op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde schade. Als hieraan is voldaan, is het vervolgens de taak van de verwijzende nationale rechter na te gaan of deze voorwaarden in het concrete geval ook daadwerkelijk zijn vervuld.⁵¹ Deze taakverdeling is in lijn met het feit dat het weliswaar uiteindelijk de taak van de nationale rechter is om te bepalen of de voorwaarden voor schadevergoeding in het concrete geval zijn vervuld, maar dat het Hof bevoegd is om de verwijzende rechter op basis van het dossier van het hoofdgeding en van de ontvangen schriftelijke en mondelinge opmerkingen aanwijzingen te geven die de verwijzende rechter in staat stellen uitspraak te doen over het specifieke geding dat bij hem aanhangig is.⁵²

69. Toegepast op het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betekent dit dat allereerst moet worden onderzocht of de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU, zoals de Commissie en de liftenproducenten beweren, in de weg staat aan de vergoeding van schade in verband met stimuleringsmaatregelen zoals de schade die het Land in het hoofdgeding aanvoert (a). Daarna moet worden ingegaan op het betoog van deze partijen dat de schade waarvan het Land vergoeding vordert, geen feitelijke schade is die voor vergoeding in aanmerking komt (b). En ten slotte moet worden onderzocht of de schade van het Land in een voldoende rechtstreeks verband staat met de schending door de deelnemers aan het liftenkartel van artikel 101 VWEU en de eerdere regelingen (c).

a) Beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU

70. De liftenproducenten en de Commissie zijn van mening dat het Land Oberösterreich in zijn hoedanigheid van publieke kredietgever niet valt onder de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU, aangezien het in deze hoedanigheid niet als marktdeelnemer is opgetreden.

71. Zo zou het volgens hen te restrictief zijn om ervan uit te gaan dat alleen deelnemers aan de door het kartel rechtstreeks getroffen productmarkt – in casu dus de markt voor liften – vergoeding van de door het liftenkartel ontstane schade kunnen vorderen. Veeleer vallen volgens hen ook directe en indirecte leveranciers en afnemers op upstream- of downstreammarkten – bijvoorbeeld personen die onderdelen voor het onder het kartel vallende product hadden geleverd of dit als onderdeel van een ander product hadden gekocht – onder de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU.

⁴⁹ Zie in die zin ook reeds arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 65).

⁵⁰ Zie voor de voorwaarden van de niet-contractuele aansprakelijkheid van de organen van de Unie arresten van 29 september 1982, Oleifici Mediterranei/EEG (26/81, EU:C:1982:318, punt 16), en 18 maart 2010, Trubowest Handel en Makarov/Rat en Commissie (C-419/08 P, EU:C:2010:147, punt 40); zie wat betreft het recht op schadevergoeding van particulieren jegens lidstaten op grond van schending van het Unierecht arresten van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428, punt 40); 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, EU:C:1996:79, punt 51), en 14 maart 2013, Leth (C-420/11, EU:C:2013:166, punt 41).

⁵¹ Zie arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 34). Zie in die zin ook reeds arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 66).

⁵² Zie in die zin arrest van 11 september 2018, IR (C-68/17, EU:C:2018:696, punt 56).

72. Zij zijn echter van mening dat schade, om op grond van artikel 101 VWEU voor vergoeding in aanmerking te kunnen komen, moet ontstaan door deelname aan de markt, dat wil zeggen door het leveren of afnemen van producten of diensten. Dit is bij de schade van het Land Oberösterreich volgens hen echter niet het geval, aangezien het Land als publieke kredietgever in het kader van zijn politieke bevoegdheden heeft gehandeld om zonder winstoogmerk de sociale woningbouw te stimuleren. Dergelijke publieke kredietgevers heeft het Unierecht niet voor ogen gehad als rechthebbende op het op artikel 101 VWEU gebaseerde recht op schadevergoeding in kartelzaken.

73. Zo zijn publieke instanties niet per se uitgesloten van de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU, zoals blijkt uit richtlijn 2014/104, waarin ook overheidsinstanties als schadevergoedingsgerechtigden worden genoemd⁵³, alsmede uit het arrest in de zaak Otis waarin het ging om rechten op schadevergoeding van de Europese Unie zelf⁵⁴. Alleen was de Commissie in de aan dat arrest ten grondslag liggende situatie juist niet opgetreden in de uitoefening van haar bevoegdheden als overheid, maar als afnemer op de markt, waardoor de litigieuze vermogensnadelen in dat geval door deelname aan de markt waren ontstaan.

74. Met dit betoog wordt beoogd aan het Land Oberösterreich het recht op vergoeding van zijn in het hoofdgeding aangevoerde schade te ontzeggen, en wel in wezen op grond van het feit dat het Land deze schade heeft geleden in het kader van de uitoefening van een activiteit die diende ter uitvoering van zijn politieke bevoegdheden en die geen winstoogmerk had. Het betoog is per saldo gebaseerd op de aanname dat uit het feit dat de doelstelling van artikel 101 VWEU het behoud van de mededinging is, voortvloeit dat ook alleen personen die als leverancier of afnemer deelnemen aan de mededinging, beschermd worden door artikel 101 VWEU en bijgevolg op grond van deze bepaling dus alleen schade voor vergoeding in aanmerking komt die in het kader van een deelname aan de mededinging is ontstaan.

75. Deze conclusie moet evenwel worden afgewezen zonder dat hiervoor de vraag hoeft te worden onderzocht of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde activiteit van het Land Oberösterreich als deelname aan de markt moet worden aangemerkt. Zoals het Land terecht aanvoert, blijkt immers reeds uit de bestaande rechtspraak van het Hof dat een categorische beperking van het recht op schadevergoeding in kartelzaken juist niet verenigbaar is met de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU (1). Noch de bijzondere kenmerken van het Land als publieke kredietgever (2) noch de bepalingen van richtlijn 2014/104 (3) kunnen deze vaststelling in twijfel trekken.

1) Onverenigbaarheid van een categorische beperking van het recht op schadevergoeding met artikel 101 VWEU

76. Het is juist dat het doel van artikel 101 VWEU het behoud van een niet-vervalste mededinging binnen de interne markt is.⁵⁵ Dit betekent omgekeerd echter niet dat het recht om vergoeding voor de door een kartel ontstane schade te vorderen, alleen toekomt aan personen die deze schade lijden in het kader van hun deelname aan de door een kartel getroffen markt of upstream- of downstreammarkten daarvan, op naburige markten of algemeen in het kader van een deelname aan de werking van de markt.

⁵³ Zie de overwegingen 3 en 13 van richtlijn 2014/104.

⁵⁴ Arrest van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punten 43 en 44).

⁵⁵ Zie in die zin arresten van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 32), en 22 oktober 2015, AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 36).

77. Volgens de rechtspraak van het Hof dient de mogelijkheid om vergoeding te vorderen van schade die is veroorzaakt door een kartel, enerzijds ertoe de volle werking en het nuttig effect van artikel 101 VWEU en het daar neergelegde kartelverbod te waarborgen.⁵⁶ Het recht om vergoeding van dergelijke schade te vorderen, is immers in het bijzonder geschikt om overeenkomsten of praktijken die de mededinging kunnen vervalsen, minder aantrekkelijk te maken voor ondernemingen.⁵⁷ Anderzijds vormt dat recht een doeltreffende bescherming tegen de nadelige gevolgen die elke schending van artikel 101, lid 1, VWEU particulieren kan berokkenen, voor zover personen die door die schending schade hebben geleden, integrale vergoeding van deze schade kunnen vorderen.⁵⁸

78. Zowel het waarborgen van de volle werking en het nuttig effect van artikel 101 VWEU alsook de bescherming tegen de nadelige gevolgen van een inbreuk op de mededingingsregels zouden aanzienlijk worden aangetast, als de mogelijkheid om vergoeding van schade te vorderen die door een kartel is ontstaan, beperkt zou zijn tot marktdeelnemers. Hierdoor zou immers een groot aantal potentiële eisers op voorhand worden uitgesloten van de mogelijkheid om van de karteldeelnemers schadevergoeding te vorderen, ongeacht of tussen het kartel en de geleden schade een voldoende rechtstreeks causaal verband bestaat.

79. Het is juist dat een op grond van artikel 101 VWEU verboden verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging door een kartel in de regel op de markt plaatsvindt. Dit betekent evenwel niet dat door een kartel veroorzaakte schade uitsluitend op de door dit kartel getroffen markt of op upstream- of downstreammarkten daarvan of op naburige markten kan optreden,⁵⁹ noch dat door een kartel veroorzaakte schade überhaupt alleen in het kader van het leveren of afnemen van producten of diensten op de markt kan ontstaan. Het onderhavige geval illustreert juist de diversiteit van de soorten schade die door mededingingsbeperkende gedragingen kunnen worden veroorzaakt en niet beperkt zijn tot schade die bij de directe of indirecte toeleveranciers of afnemers op de door een kartel getroffen markt of een naburige markt ontstaat, noch tot schade die ontstaat in het kader van de uitoefening van activiteiten met winstoogmerk.

80. Juist deze diversiteit heeft het Hof in aanmerking genomen door het recht op schadevergoeding in kartelzaken heel algemeen aldus te omschrijven dat „eenieder” het recht heeft om vergoeding van de ten gevolge van een kartel geleden schade te vorderen wanneer er een causaal verband bestaat tussen die schade en het kartel⁶⁰, en door te beslissen dat het onverenigbaar is met artikel 101 VWEU als dit recht op schadevergoeding in kartelzaken voor bepaalde schade om juridische redenen en los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval categorisch wordt uitgesloten.⁶¹ Een beperking van het recht op schadevergoeding tot marktdeelnemers zou er echter juist toe leiden dat de aansprakelijkheid van de bij een kartel betrokken ondernemingen voor bepaalde soorten schade om juridische redenen los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval categorisch en in het algemeen wordt uitgesloten.

81. Uit de rechtspraak van het Hof vloeit per saldo voort dat de doelstelling van artikel 101 VWEU, te weten het behoud van een niet-vervalste mededinging in de interne markt, juist geen beperking van het recht op schadevergoeding in kartelzaken inhoudt. Veeleer kent artikel 101 VWEU aan eenieder het recht toe vergoeding van elke door een kartel veroorzaakte schade te vorderen.

⁵⁶ Zie in die zin arresten van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, EU:C:2001:465, punt 26); 13 juli 2006, *Manfredi e.a.* (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 60), en 5 juni 2014, *Kone e.a.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 21).

⁵⁷ Zie arrest van 5 juni 2014, *Kone e.a.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁵⁸ Arrest van 6 juni 2013, *Donau Chemie e.a.* (C-536/11, EU:C:2013:366, punt 24). Zie met betrekking tot de twee functies van het recht op schadevergoeding in kartelzaken tevens mijn conclusie in de zaak *Kone e.a.* (C-557/12, EU:C:2014:45, punten 59, 60 en 71) alsmede de conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak *Skanska Industrial Solutions e.a.* (C-724/17, EU:C:2019:100, punt 28).

⁵⁹ Op dezelfde wijze kan ook een onderneming die zelf niet als leverancier of afnemer op de door een kartel getroffen markt actief is, meewerken aan een verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging op deze markt en daarmee inbreuk maken op artikel 101 VWEU; zie arrest van 22 oktober 2015, *AC-Treuhand/Commissie* (C-194/14 P, EU:C:2015:717, punten 26, 33 e.v.).

⁶⁰ Zie punt 40 van de onderhavige conclusie en de in voetnoot 29 aangehaalde rechtspraak.

⁶¹ Arrest van 5 juni 2014, *Kone e.a.* (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 19, 33 en 37).

82. Dit gaat echter niet, zoals de liftenproducenten vrezen, gepaard met een oeverloze uitbreiding van het recht op schadevergoeding die een onbeperkte verplichting van de karteldeelnemers tot gevolg zou hebben om, los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval, alle mogelijke schade, hoe ver verwijderd die ook is, te vergoeden waarvoor hun mededingingsbeperkende gedraging de oorzaak in de zin van een „conditio sine qua non” (ook *gelijkwaardige causaliteit* of *but-for-causaliteit* genoemd) kan zijn geweest.⁶²

83. Veeleer wordt rekening gehouden met het recht van de karteldeelnemers op rechtszekerheid en de noodzakelijkheid om een eindeloze aansprakelijkheid in te dammen, doordat de karteldeelnemers alleen schade hoeven te vergoeden die in een voldoende rechtstreeks verband staat met hun mededingingsbeperkende gedraging en om die reden voor hen voorzienbaar was.⁶³

84. Bijgevolg is de beslissende vraag voor de vergoedbaarheid van de schade van het Land Oberösterreich in casu niet, zoals de Commissie en de liftenproducenten aanvoeren, of deze schade in voldoende verband staat met de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU. Zoals hierboven uiteengezet, is het juist in overeenstemming met de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU dat elke schade die in een causaal verband met de inbreuk op deze bepaling staat, voor vergoeding in aanmerking komt. Daarom is de beslissende vraag in de onderhavige procedure veeleer of tussen het liftenkartel en de schade waarvan het Land vergoeding vordert, een voldoende rechtstreeks causaal verband bestaat.

2) Bijzondere kenmerken van het Land Oberösterreich als publieke kredietgever

85. Uit het voorgaande volgt dat ook het betoog van de Commissie en van de liftenproducenten dat met name de schade die het Land Oberösterreich heeft geleden, niet valt onder de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU, omdat deze is ontstaan in het kader van de uitvoering van de politieke taken van dit territoriale lichaam, geen kans van slagen heeft.

86. Als aan het Land Oberösterreich de vergoeding van zijn schade zou worden ontzegd, omdat het bij de verstrekking van de stimuleringsleningen heeft gehandeld in het kader van de uitvoering van zijn politieke taken en niet om zich, zoals bijvoorbeeld bij de aankoop van liften voor zijn gebouwen, de middelen voor de uitvoering van deze taken te verschaffen, zou dit ertoe leiden dat publieke instanties steeds zijn uitgesloten van de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU, als zij niet in het kader van hun aankoopactiviteiten en daarmee als afnemers op de markt optreden.

87. Dit zou uiteindelijk tot gevolg hebben dat de vergoeding van een bepaald soort schade om juridische redenen los van de specifieke omstandigheden van het concrete geval categorisch en in haar geheel wordt uitgesloten. Een dergelijke algehele uitsluiting is volgens het arrest Kone evenwel juist niet verenigbaar met artikel 101 VWEU.⁶⁴ Voor een doeltreffende handhaving van artikel 101 VWEU is het juist vereist dat eenieder vergoeding van schade kan vorderen die hij op grond van een inbreuk op de mededingingsregels heeft geleden.

88. Hierbij belooft een recht op schadevergoeding van publieke kredietgevers een bijzonder belangrijke bijdrage te leveren tot de handhaving van het kartelverbod. Anders dan de publieke handhaving van het kartelrecht hangt de private handhaving immers af van het initiatief van de gelaedeerde personen. Dit initiatief ontbreekt, als de gelaedeerden geen economische stimulans hebben om zich op schade te

⁶² Zie in dit verband reeds mijn conclusie in zaak Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:45, punt 33).

⁶³ Zie in dit verband hierboven de punten 66 en 67 alsmede de punten 132 e.v. van de onderhavige conclusie.

⁶⁴ Zie punt 80 van de onderhavige conclusie.

beroepen, bijvoorbeeld omdat de betrokkene slechts geringe schade heeft geleden. Dit is regelmatig het geval, wanneer particuliere eindgebruikers een nauwelijks duurder product kopen en slechts in de vorm van een geringe strooischade door een prijsafsprake worden geraakt. Voor dergelijke particuliere eindgebruikers is het meestal niet de moeite een schadevordering in te stellen.

89. Publieke kredietgevers, die aanzienlijke subsidies verstrekken, hebben daarentegen een belang bij het claimen van hun schade en zijn derhalve betrouwbare partijen als het gaat om de doeltreffende handhaving van de Europese mededingingsregels.

90. Voor het overige hebben noch de Commissie noch de liftenproducenten redenen aangevoerd ter rechtvaardiging van een algehele uitsluiting van de vergoeding van schade die voor publieke instanties ontstaat bij de niet op winst gerichte uitoefening van hun politieke taken. Een rechtvaardiging van een dergelijke uitsluiting is ook niet te vinden. In het bijzonder is er geen reden om recht om vergoeding van door een kartel ontstane schade te vorderen, uitsluitend voor te behouden aan particulieren die handelen in het kader van hun bedrijfsactiviteiten en met winstoogmerk, maar niet aan publieke partijen die hun taken in het algemeen belang uitvoeren en zonder winstoogmerk handelen.

91. Zoals hierboven uiteengezet, doet de beperking van de vergoedbaarheid tot schade die in het kader van een deelname aan de mededinging met winstoogmerk ontstaat, geen recht aan de complexiteit van de werking van de markt en de interventies van publieke partijen die verband houden met de werking van de markt.⁶⁵ Deze complexiteit van de nauwe banden tussen economische feiten en causaliteiten wordt in het onderhavige geval geïllustreerd doordat het Land Oberösterreich als verstrekker van de lening een financieringsmogelijkheid voor de afnemers van liften had gecreëerd en daarmee een groot deel van de vraag op de door het liftenkartel getroffen markt überhaupt pas mogelijk had gemaakt. Er is geen reden aan te wijzen dat een dergelijke partij die de dragende kracht van de door een kartel geraakte afzetmarkt is, op voorhand niet onder de bescherming van artikel 101 VWEU zou kunnen vallen.

92. Dit is des te meer het geval omdat het Land Oberösterreich in het kader van de verstrekking van subsidies weliswaar zonder winstoogmerk en niet als concurrent is opgetreden, maar desondanks als zelfstandige entiteit heeft deelgenomen aan de economische activiteiten en in deze hoedanigheid de in het hoofdgeding aangevoerde schade heeft geleden.

93. Aan het recht op schadevergoeding van het Land Oberösterreich staat dus ook niet in de weg de door de verwijzende rechter en sommige partijen aangevoerde, in de Duitse doctrine tegen de achtergrond van de Duitse wettelijke bepalingen⁶⁶ geformuleerde opvatting dat in beginsel alleen marktpartijen bevoegd zijn om vergoeding van de door een kartel geleden schade te vorderen, en niet aandeelhouders, directeuren, werknemers of investeerders van een geraakte onderneming.⁶⁷

94. Zonder dat in casu behoeft te worden ingegaan op deze discussie, kan worden volstaan met op te merken dat de situatie van het Land Oberösterreich als publieke kredietgever hoe dan ook niet vergelijkbaar is met die van aandeelhouders, directeuren, werknemers of investeerders van een door een kartel getroffen onderneming. Directeuren, aandeelhouders en werknemers, alsook investeerders in vennootschappen, vormen in deze functie namelijk geen autonome eenheid in de economie en hun schade is in beginsel te wijten aan het feit dat een onderneming die deelneemt aan de economie,

⁶⁵ Zie punt 79 van de onderhavige conclusie.

⁶⁶ § 33, lid 3, van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [Duitse wet inzake mededingingsbeperkingen (GWB)] bepaalt dat eenieder die als concurrent of overige *marktpartij* schade lijdt door een inbreuk op de mededingingsregels, hierdoor wordt geraakt en derhalve recht heeft op schadevergoeding” (cursivering van mij).

⁶⁷ Zie Logemann, H. P., *Der kartellrechtliche Schadensersatz*, Duncker & Humblot, Berlijn, 2009, blz. 243 e.v.; Emmerich, V., in Immenga, U./Mestmäcker, E.-J., *Wettbewerbsrecht*, 5e druk, deel 2, Beck, München, 2014, § 33 GWB punt 14; Heinze, C., *Schadensersatz im Unionsprivatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, blz. 191 en 192. Voor een procesbevoegdheid van aandeelhouders die een eigen, niet met de schade van de vennootschap overeenstemmende schade kunnen aanvoeren, pleiten daarentegen, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, Engelhoven, P./Müller, B., „Kartellschadensersatz für Aktionäre einer kartellgeschädigten AG?“, *Wirtschaft und Wettbewerb (WuW)* 2018, blz. 602 e.v.

wordt geconfronteerd met een waardevermindering of anderszins schade ondervindt. Publieke kredietgevers zoals het Land treden daarentegen zonder twijfel op als zelfstandige eenheid in de economie en hun schade is niet te wijten aan het feit dat een andere onderneming door een prijsafsprake aan waarde heeft ingeboet of schade heeft ondervonden. In casu heeft het Land zelf in zijn hoedanigheid van publieke kredietgever juist schade geleden.

3) Bepalingen van richtlijn 2014/104

95. Ten slotte blijkt ook uit de bijzondere bepalingen van richtlijn 2014/104 inzake het recht op schadevergoeding van leveranciers en indirecte afnemers van karteldeelnemers⁶⁸ niet dat publieke kredietgevers zoals het Land Oberösterreich zijn uitgesloten van het recht op schadevergoeding in kartelzaken, dit in tegenstelling tot de opvatting van ThyssenKrupp. Integendeel, deze bepalingen worden verklaard door het feit dat de schade van leveranciers en indirecte afnemers in de toeleverings- en distributieketen van een kartel een bijzonder gebruikelijk fenomeen is dat om die reden door algemene bepalingen kan worden geregeld.

96. Uit deze afzonderlijke bepalingen kan evenwel omgekeerd niet worden afgeleid dat de wetgever de kring van gerechtigden tot schadevergoeding in kartelzaken wilde beperken tot directe en indirecte deelnemers aan de door een kartel getroffen markt of in het algemeen tot marktpartijen, en andere gelaedeerden wilde uitsluiten van hun rechtstreeks uit artikel 101 VWEU voortvloeiende en daarmee in het primaire recht verankerde recht op schadevergoeding. De wetgever heeft veeleer in artikel 3 van richtlijn 2014/104 uitdrukkelijk en zonder enige beperking de verplichting voor de lidstaten opgenomen om ervoor te zorgen dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die schade heeft geleden door een inbreuk op het mededingingsrecht, de mogelijkheid heeft volledige vergoeding van die schade te vorderen en te verkrijgen.⁶⁹

4) Voorlopige conclusie

97. Gezien het bovenstaande vallen publieke kredietgevers zoals het Land Oberösterreich onder de beschermingsdoelstelling van het verbod van prijsafspraken in artikel 101 VWEU. Om die reden kunnen zij schadevergoeding vorderen, als zij door een prijsafsprake feitelijk schade hebben geleden en tussen deze schade en de betreffende prijsafsprake een voldoende rechtstreeks verband bestaat.

b) Feitelijk karakter van de door het Land Oberösterreich geleden schade en de vergoedbaarheid daarvan

98. De liftenproducenten en de Commissie zijn van mening dat, zelfs al zouden publieke kredietgevers zoals het Land Oberösterreich onder de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU vallen, de schade die het Land aanvoert, niet voor vergoeding in aanmerking komt.

99. De door het Land Oberösterreich voor de onder gunstige voorwaarden verstrekte kredieten aangewende middelen waren immers bestemd voor de bevordering van de woningbouw en hadden helemaal niet mogen worden gebruikt voor andere doeleinden, aldus deze partijen. Bovendien was het totale bedrag van de jaarlijks beschikbare subsidies telkens op voorhand vastgesteld en daarmee onafhankelijk van de kosten van de afzonderlijke gesubsidieerde bouwprojecten inclusief de vermeende, door het kartel veroorzaakte hogere kosten van de geïnstalleerde liften. Tot slot blijkt

⁶⁸ Zie overwegingen 38 tot en met 44 alsmede hoofdstuk IV (artikelen 12 e.v.) met het opschrift „Doorberekening van meerkosten” van richtlijn 2014/104.

⁶⁹ Zie in die zin ook overwegingen 11, 12 en 13 alsmede artikel 2, punt 6, van richtlijn 2014/104.

volgens deze partijen uit de eerdere handelwijze van het Land dat de voorhanden subsidies elk jaar helemaal worden opgemaakt. Maar zelfs als dit niet het geval zou zijn, zouden de overgebleven subsidies in het daaropvolgende jaar hoe dan ook worden gebruikt voor de bevordering van de woningbouw.

100. Bijgevolg kan de schade die is veroorzaakt door het feit dat de verschillende kredieten die zijn gekoppeld aan het bedrag van de bouwkosten, op grond van de door het kartel te dure liften hoger zouden zijn uitgevallen dan zonder het liftenkartel⁷⁰, hooguit te wijten zijn aan het feit dat het Land Oberösterreich een geringer aantal gunstigere kredieten kon verstrekken dan dit zonder het kartel het geval was geweest. Want als ieder afzonderlijk krediet lager was uitgevallen, hadden in totaal meer kredieten kunnen worden verstrekt en hadden dan ook meer woningbouwprojecten kunnen worden gesubsidieerd.

101. Voortbordurend op dit betoog stellen de liftenproducenten zich enerzijds op het standpunt dat het Land Oberösterreich helemaal geen schade of althans geen berekenbare financiële schade heeft geleden, maar hooguit politieke schade. Deze is volgens hen te wijten aan het feit dat het Land zijn beleid op het gebied van de woningbouw vanwege het liftenkartel slechts in mindere mate kon uitvoeren dan onder de normale omstandigheden. Hierbij ging het evenwel niet om een door het Land zelf geleden schade, maar hooguit om aan het publiek berokkende schade.

102. Voorts voeren de Commissie en de liftenproducenten aan dat ook de door het Land Oberösterreich aangevoerde renteschade puur speculatief en hypothetisch is. De voor de bevordering van de woningbouw bestemde subsidies hadden immers helemaal niet anderszins winstgevend kunnen worden belegd.

103. Vooraf moet worden vastgesteld dat de liftenproducenten klaarblijkelijk toch proberen twijfel te zaaien wat betreft de omstandigheid dat de door het Land Oberösterreich verstrekte stimuleringsleningen, ten gevolge van de vanwege het kartel verhoogde prijzen voor de liften daadwerkelijk hoger waren dan dit zonder het liftenkartel het geval was geweest. Een dergelijk betoog moet evenwel worden afgewezen. Zowel het feit dat de prijzen voor liften op de Oostenrijkse markt gedurende de relevante periode ten gevolge van het liftenkartel hoger waren dan onder normale concurrentievoorwaarden het geval was geweest, als het feit dat de stimuleringsleningen waren gekoppeld aan het bedrag van de bouwkosten en daarmee ook de kosten van de liften, worden door de verwijzende rechter als bewezen aangemerkt en door geen van de partijen serieus betwist. Om die reden moeten deze feiten ook de basis vormen van het antwoord op de onderhavige prejudiciële vraag.

104. Gezien het bovenstaande kan noch het argument dat de aangevoerde renteschade hypothetisch is (1), noch het argument dat de in casu litigieuze schade puur politiek van aard is (2), ertoe leiden dat het betoog van de liftenproducenten en de Commissie succesvol zal zijn.

1) Mogelijke vergoeding van de renteschade die het Land Oberösterreich in het hoofdgeding heeft aangevoerd

105. De liftenproducenten geven terecht toe dat in dit geval schade is ontstaan bij het publiek, welke schade inhoudt dat op grond van de vanwege het kartel verhoogde prijzen voor de liften minder stimuleringsleningen konden worden verstrekt dan dit zonder het kartel het geval was geweest. Hierdoor konden immers per saldo minder bouwprojecten worden gefinancierd en kon het

⁷⁰ Zie met betrekking tot de berekening van het bedrag van de stimuleringsleningen en de schade van het Land Oberösterreich de punten 13 tot en met 15 van de onderhavige conclusie.

woningbouwbeleid van het Land Oberösterreich dus slechts in mindere mate worden uitgevoerd dan zonder het kartel. Het betoog van de liftenproducenten ter terechtzitting dat er nooit genoeg geld voor subsidies was en er steeds wachttermijnen voor de ontvangers van subsidies waren, illustreert de realiteit van de aldus ontstane schade.

106. Het betoog dat de liftenproducenten op grond van dit feit voeren, faalt echter in twee opzichten: enerzijds omdat zij de hierboven vastgestelde, aan het publiek berokkende schade lijken gelijk te stellen met de schade waarvan het Land Oberösterreich in het hoofdgeding vergoeding vordert. Anderzijds omdat zij ervan uit lijken te gaan dat dergelijke aan het publiek berokkende schade op zich niet voor vergoeding in aanmerking komt.

107. Derhalve moet allereerst worden verduidelijkt dat de schade die aan het publiek is berokkend doordat minder sociale bouwprojecten konden worden gesteund dan zonder het kartel, niet overeenstemt met de renteschade die het Land Oberösterreich in het hoofdgeding aanvoert.

108. Beide schaden zijn te herleiden tot dezelfde omstandigheid, te weten dat het Land Oberösterreich op grond van de verhoogde liftprijzen hogere leningen heeft verstrekt dan zonder het kartel het geval was geweest. Het feit dat het Land zonder het kartel – kort gezegd – meer geld ter beschikking zou hebben gehad, kan evenwel op verschillende wijze als schade worden beschouwd.

109. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat met dit geld meer woningbouwprojecten gesteund hadden kunnen worden en dat de schade derhalve bestaat uit een gebrek aan dergelijke woningen – dit is de politieke schade van het publiek die door de liftenproducenten wordt erkend.

110. Ten tweede is het mogelijk te betogen dat het Land het te veel betaalde geld helemaal niet op de financiële markt had hoeven te verkrijgen of had kunnen gebruiken voor het aflossen van lopende kredieten.

111. En ten slotte kan de schade erin bestaan dat het te veel betaalde geld dat de ontvangers van de subsidies slechts met een gunstige rente aan het Land hebben terugbetaald, tegen een hogere rente had kunnen worden belegd.

112. Alleen de laatste twee soorten schade stemmen overeen met de schade die het Land Oberösterreich in het hoofdgeding aanvoert. Het beroept zich immers op renteschade die is ontstaan doordat de door het Land vanwege het kartel te veel betaalde middelen, slechts tegen een gunstiger rentetarief door de ontvangers van de subsidies aan hem zijn terugbetaald.

113. Hiermee bestaat de schade in beide gevallen uit het verschil tussen het rentebedrag dat werd terugbetaald door de ontvangers van de subsidies, en het rentebedrag dat voor het te veel betaalde bedrag met toepassing van het gebruikelijke rentetarief – in het geval van het Land Oberösterreich het gemiddelde rentetarief van federale obligaties – had moeten worden betaald. Of men dit verschil nu als winstderving aanmerkt omdat het Land de te veel betaalde gelden tegen het gemiddelde rentetarief van federale obligaties had kunnen beleggen, of als geleden verlies, omdat het Land deze gelden zelf tegen het gemiddelde rentetarief van federale obligaties moest verkrijgen, het resultaat is uiteindelijk hetzelfde. Gederfde rentewinst en geleden renteverlies door het ontbreken van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode zijn namelijk uiteindelijk twee kanten van dezelfde medaille, omdat dit bedrag niet kon worden belegd noch anderszins kon worden gebruikt.

114. Het nadeel dat wordt geleden door het ontbreken van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode wordt, net als het door de beschikbaarheid van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode gerealiseerde voordeel, normaal gesproken gecompenseerd doordat terug te betalen bedragen met inbegrip van het sinds de vervaldatum daarvan door toepassing van een gebruikelijk rentetarief opgelopen rentebedrag, dienen te worden terugbetaald. Zo is bijvoorbeeld geregeld dat bedragen die door de organen van de Unie na een beslissing van het Hof of ten gevolge van een

minnelijke schikking moeten worden vergoed, met rente moeten worden terugbetaald.⁷¹ Ook de op grond van een terugvorderingsbesluit van de Commissie terug te vorderen steun moet met rente worden terugbetaald.⁷²

115. Indien onrechtmatige steun later door de Commissie met de interne markt verenigbaar wordt verklaard, wordt het ongerechtvaardigde voordeel dat de steunontvanger heeft verkregen doordat hij reeds vóór deze beslissing van de Commissie over de steun kon beschikken, daardoor verminderd dat hij weliswaar niet de steun zelf hoeft terug te betalen, maar wel de rente moet vergoeden die had moeten worden betaald, als hij het betreffende bedrag tot aan de beslissing van de Commissie had moeten lenen.⁷³ En als onrechtmatige steun bestond uit een renteloos of tegen een gunstiger rentetarief verstrekt krediet, dan stemt het terug te vorderen bedrag overeen met het verschil tussen tegen marktvoorwaarden te betalen rente en de werkelijk betaalde rente.⁷⁴

116. De laatste situatie is vergelijkbaar met het onderhavige geval, omdat de schade die het Land Oberösterreich aanvoert, geen terugbetaling van een vanwege het kartel te veel betaald bedrag omvat, maar slechts de rente die voor het door de subsidieontvangers vanwege het kartel te veel betaalde bedrag volgens het gebruikelijke rentetarief had moeten worden betaald, verminderd met de gunstigere rente die reeds door de ontvangers van de subsidie zelf aan het Land was betaald. Het vanwege het kartel te veel betaalde bedrag wordt door het Land daarentegen niet teruggevorderd, aangezien de door het kartel veroorzaakte prijsverhoging juist niet door het Land werd betaald, maar door de betrokken subsidieontvangers middels door het Land tegen een gunstige rente verstrekte kredieten.

117. Het onderhavige geval verschilt in zoverre van een geval waarin de bouwprojecten tegen marktvoorwaarden worden gefinancierd: in een dergelijk geval had de kredietgever geen schade, omdat hij de verstrekte kredieten tegen de marktrente terugbetaald zou krijgen, maar daarentegen zou de renteschade van de opdrachtgever hoger uitvallen en zou deze door de karteldeelnemers zonder twijfel moeten worden vergoed. Dat in plaats daarvan een publieke kredietgever een stimuleringskrediet tegen gunstigere voorwaarden heeft verstrekt, rechtvaardigt niet dat de verantwoordelijkheid van de karteldeelnemers minder wordt.

118. In casu zijn immers door dezelfde oorzaak – de prijsverhoging vanwege het kartel – twee verschillende soorten schade ontstaan: enerzijds de schade van de ontvanger van de subsidie, bestaande in de prijsverhoging ten gevolge van het kartel naast de aan het Land Oberösterreich voor de terbeschikkingstelling van dit bedrag betaalde gunstige rente, en anderzijds de schade van het

71 Zie artikel 108, lid 4, en artikel 109 van verordening (EU, Euratom) 2018/1046 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juli 2018 tot vaststelling van de financiële regels van toepassing op de algemene begroting van de Unie, tot wijziging van verordeningen (EU) nr. 1296/2013, (EU) nr. 1301/2013, (EU) nr. 1303/2013, (EU) nr. 1304/2013, (EU) nr. 1309/2013, (EU) nr. 1316/2013, (EU) nr. 223/2014, (EU) nr. 283/2014 en besluit nr. 541/2014/EU en tot intrekking van verordening (EU, Euratom) nr. 966/2012 (PB 2018, L 193, blz. 1).

72 Zie overweging 25 alsmede artikel 16, lid 2, van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2015, L 248, blz. 9).

73 Zie arrest van 12 februari 2008, CELF en Ministre de la Culture et de la Communication (C-199/06, EU:C:2008:79, punten 51 e.v.).

74 Zie arresten van het Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express/Commissie (T-16/96, EU:T:1998:78, punten 8, 43 en 50 e.v.); 27 september 2012, Italië/Commissie (T-257/10, niet gepubliceerd, EU:T:2012:504, punten 3, 4 en 146 e.v.), en 27 september 2012, Wam Industriale/Commissie (T-303/10, niet gepubliceerd, EU:T:2012:505, punten 3, 4 en 154 e.v.).

Land, bestaande in de rente die voor het vanwege het kartel verhoogde deel van de tegen gunstige voorwaarden verstrekte kredieten met toepassing van het gebruikelijke rentetarief opeisbaar was geweest, minus het door de ontvangers van de subsidie hiervoor betaalde, door de toepassing van een gunstiger rentetarief verminderd rentebedrag.⁷⁵

119. Hieruit vloeit enerzijds voort dat het argument van de liftenproducenten dat de schade eigenlijk wordt geleden door de ontvangers van de subsidie en niet door het Land Oberösterreich, dient te worden afgewezen. Hetzelfde geldt voor het argument van de Commissie dat de in het onderhavige geval ontstane renteschade wordt gecompenseerd doordat het met de schade van de ontvangers van de subsidie overeenstemmende bedrag (prijsverhoging plus het hiervoor betaalde gunstigere rentetarief) op zijn beurt met rente moet worden vergoed. Beide argumenten zijn immers gebaseerd op de foutieve gelijkstelling van de schade van de ontvangers van subsidie en de schade van het Land. Bovendien berust het argument van de Commissie op een verwarring van het feit dat het bij de door het Land aangevoerde schade zelf om renteschade gaat, met het feit dat alle schadevergoedingsbedragen in kartelzaken ongeacht van welke aard – dat wil zeggen ongeacht of het gaat om renteschade, schade door te hoge prijzen of overige schade – moeten worden terugbetaald met inbegrip van de over deze bedragen zelf sinds hun vervaldatum opgelopen rente.⁷⁶

120. Anderzijds blijkt uit de aard van de door het Land Oberösterreich aangevoerde schade dat het betoog van de liftenproducenten en de Commissie dat het bij deze schade slechts gaat om hypothetische schade, aangezien het Land de vanwege het kartel te veel verstrekte kredietbedragen sowieso niet met meer rendement had kunnen beleggen, faalt. Zoals hierboven in de punten 114 en 115 van de onderhavige conclusie uiteengezet, wordt immers recht gedaan aan de huidige rechtssituatie en rechtspraktijk als het puur onrechtmatig ontbreken van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode als financieel reële schade wordt opgevat, zonder dat hiervoor een verdere motivering noodzakelijk is. Op dezelfde wijze wordt recht gedaan aan de huidige rechtssituatie en rechtspraktijk als deze schade zou worden aangemerkt als de rente-inkomsten die onder toepassing van het geldige rentetarief voor het betrokken bedrag gedurende de relevante periode waren gerealiseerd.

121. Bijgevolg moet allereerst het argument van de Commissie en de liftenproducenten worden afgewezen dat het bij de door het Land Oberösterreich aangevoerde schade gaat om een aanvullende rentewinst en derhalve om een *lucrum cessans*, welke het Land alleen had kunnen realiseren, als het de betrokken bedragen in strijd met het doel en het recht niet voor de verstrekking van kredieten onder gunstige voorwaarden voor de bevordering van de woningbouw had gebruikt, maar voor speculatieve transacties op de financiële markt. Bij de schade waarvan het Land vergoeding vordert, gaat het namelijk veeleer om vermogensschade en daarmee om *damnum emergens* die, zoals uiteengezet in de punten 114, 115 en 120 van de onderhavige conclusie, bestaat in het feit dat het Land gedurende de relevante periode niet kon beschikken over de te veel verstrekte kredieten.

⁷⁵ De tegen een gunstige rente verstrekte *stimuleringsleningen* verschillen daarmee van de *niet-terugvorderbare toeslagen*, waarmee het Land Oberösterreich aan de ontvangers van subsidie door rechtstreekse of annuïteitensubsidies een deel van hun bouwkosten of krediettermijnen vergoedt en die geen voorwerp van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing zijn (zie de punten 12-14 van de onderhavige conclusie). Bij deze niet-terugvorderbare subsidies overlappen de door de prijsverhoging ten gevolge van het kartel geleden schade van het Land en die van de ontvanger van de subsidie elkaar in zover dat de schade van het Land ten bedrage van het aandeel van de niet-terugvorderbare subsidies die overeenstemt met de hogere kosten van de liften ten gevolge van het kartel, opgenomen is in de door de ontvangers van de subsidie ten gevolge van het kartel betaalde prijsverhoging. Om die reden hebben de ontvangers van de rechtstreekse subsidies in het hoofdgeding het aandeel van hun rechten jegens de karteldeelnemers op grond van de betaalde prijsverhoging die overeenstemt met de niet-terugvorderbare subsidies van het Land, aan laatstgenoemde gecedeerd dat deze rechten thans uitoefent jegens de karteldeelnemers; zie de verwijzingen in de uitspraken in eerste en tweede aanleg in het hoofdgeding hierboven in voetnoot 12 van de onderhavige conclusie.

⁷⁶ Arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punt 97).

122. Hieruit vloeit voort dat ook het betoog faalt dat het Land Oberösterreich ofwel niet voldoende heeft gesteld dat het de betreffende bedragen tegen het gemiddelde rentetarief van federale obligaties had kunnen beleggen, ofwel niet voldoende respectievelijk tijdig heeft verklaard dat het deze bedragen zelf tegen dit rentetarief middels een krediet heeft moeten verkrijgen of had moeten gebruiken om lopende kredieten af te lossen. Met een wettelijk recht op rente wordt immers juist beoogd een bewijsvoering over concreet door een mogelijke belegging gerealiseerde winst overbodig te maken.

123. Zoals het Land Oberösterreich ter terechtzitting heeft verklaard, is in de Oostenrijkse rechtspraak zelf het beginsel geformuleerd dat bij publieke instanties beschikbare middelen moeten worden belegd in vastrentende federale obligaties, en dat het hiervoor geldende rentetarief dient als maatstaf voor de berekening van verliezen die ontstaan als dergelijke middelen tijdelijk ontbreken. Volgens het Land werd deze rechtspraak uitdrukkelijk ook toegepast op zijn in casu aan de orde zijnde schade.

124. Dit betekent dat een publieke kredietgever zoals het Land Oberösterreich in een situatie zoals de onderhavige niet hoeft te stellen en te bewijzen dat het het betrokken bedrag met een hoger rendement had kunnen beleggen of voor de aflossing van lopende kredieten had kunnen gebruiken. Het is veeleer voldoende dat een dergelijke kredietgever ten overstaan van de nationale rechter aantoonde welk bedrag hij hoe lang heeft moeten missen en in voorkomend geval hoe hoog het toepasselijke rentetarief zou zijn geweest. Zoals het Land terecht heeft aangevoerd, zou een verdere verplichting speciaal voor publieke kredietgevers, te weten de verplichting om te bewijzen dat zij bevoegd waren de betrokken bedragen op deze wijze te beleggen of te gebruiken voor de aflossing van eigen kredieten, een ongerechtvaardigde benadeling betekenen van publieke acteurs ten opzichte van particuliere acteurs, voor wie die bewijsverplichting niet geldt.

125. Slechts voor de volledigheid moet derhalve worden vastgesteld dat het Land Oberösterreich in de onderhavige procedure in ieder geval overtuigend heeft gesteld dat het niet alleen bevoegd was om voor de bevordering van de woningbouw bestemde, korte tijd beschikbare middelen, tot het moment dat zij weer overeenkomstig hun bestemming zouden worden gebruikt (uitbetaling aan de subsidieontvangers), ofwel vastrentend te beleggen in federale obligaties ofwel voor de aflossing van lopende kredieten te gebruiken, maar dat het hiertoe zelfs verplicht was in het kader van zijn asset-management. Op dezelfde wijze heeft het Land toegelicht dat het zijn schade reeds in zijn inleidende betoog in het hoofdgeding heeft gebaseerd op zowel de mogelijkheid de litigieuze bedragen onder marktvoorwaarden te beleggen, als de mogelijkheid deze bedragen te gebruiken voor de aflossing van eigen kredieten. Dit lijkt ook te worden bevestigd in de beslissing van de rechter in tweede aanleg in het hoofdgeding.⁷⁷

126. Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat schade zoals die welke het Land Oberösterreich in het hoofdgeding aanvoert, moet worden vergoed op grond van artikel 101 VWEU waaruit rechtstreeks het recht van eenieder voortvloeit op vergoeding van de schade die is veroorzaakt door een inbreuk op de mededingingsregels. Overeenkomstig de taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties staat het thans aan de verwijzende rechter om de precieze omvang van de te vergoeden schade te bepalen.⁷⁸

⁷⁷ Dit blijkt uit de weergave van het betoog van partijen, ook al heeft de rechter in tweede aanleg uiteindelijk beslist dat het Land Oberösterreich de berekening van zijn schade baseert op het verlies van beleggingsmogelijkheden; zie beslissing van het Oberlandesgericht Wien als rechter in hoger beroep (rechter in tweede aanleg in het hoofdgeding) van 27 april 2017 (Az. 5 R 193/16p-73, blz. 10, 13, 48).

⁷⁸ Zie in die zin punt 46 van de onderhavige conclusie alsmede arrest van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04–C-298/04, EU:C:2006:461, punten 95-98).

2) Schade bij het publiek door de ten gevolge van het kartel onvoldoende maatregelen ter bevordering van de woningbouw

127. Zoals hierboven uiteengezet, heeft het argument dat de puur politieke, bij het publiek ontstane schade die in casu werd veroorzaakt door het liftenkartel, niet voor vergoeding vatbaar zou zijn, juist geen betrekking op de in het hoofdgeding aan de orde zijnde schade en treft het derhalve geen doel.⁷⁹ Slechts ter aanvulling moet worden vastgesteld dat dit argument voor het overige ook feitelijk faalt.

128. Los van de in een tweede stap te beantwoorden vraag naar de concrete berekening van de ontstane schade zou het immers een onaanvaardbare vorm van het principe „privatisering van winst en socialisering van verlies” zijn, als schade die bij het publiek is ontstaan ten gevolge van een vanwege een kartel onvoldoende uitgevoerde openbardienstverplichting, op zich als niet vatbaar voor vergoeding of zelfs als niet-bestaand zou worden beschouwd.

129. Wat de materiële aard en de concrete vorm alsmede de financiële aard en de berekenbaarheid van „bij het publiek” ontstane schade betreft, kan het moeilijk blijken te zijn om dergelijke schade concreet te berekenen. In dergelijke gevallen zou evenwel kunnen worden teruggevallen op economische modelberekeningen of zou kunnen worden overwogen om de betreffende schade als immateriële schade aan te merken.

130. Op dezelfde wijze is het zeker denkbaar dat er gevallen kunnen zijn waarin het lastig is de rechtspersoon te identificeren aan wie „bij het publiek” ontstane schade concreet moet worden vergoed. In dergelijke gevallen zou evenwel kunnen overwogen dat een vertegenwoordiger van het publieke belang als representant van het publiek vergoeding van de ontstane schade vordert en de door de schadeveroorzakers betaalde schadevergoeding wordt ingebracht in een fonds waarvan het rendement ten goede komt aan het publiek.⁸⁰

3) Voorlopige conclusie

131. Uit voorstaande overwegingen volgt dat het bij de schade van het Land Oberösterreich, die erin bestaat dat de als percentage van de productkosten verstrekte lening hoger was dan deze zonder de kartelafspraken was geweest, waardoor het deze bedragen niet tegen het op de markt gebruikelijke rentetarief kon beleggen of voor de aflossing van lopende kredieten kon gebruiken, gaat om schade die op grond van artikel 101 VWEU moet worden vergoed, voor zover tussen deze schade en de betrokken prijsafpraak een voldoende rechtstreeks verband bestaat.

c) Voldoende rechtstreeks verband tussen inbreuk en schade

132. Uit bovenstaande uiteenzetting blijkt dat is voldaan aan twee van de drie voorwaarden voor vergoeding van de schade van het Land Oberösterreich, te weten dat de gelaedeerde en de schade onder de beschermingsdoelstelling van artikel 101 VWEU vallen en dat er een feitelijke, voor vergoeding vatbare schade is. Derhalve is thans van doorslaggevend belang of tussen het liftenkartel en de schade van het Land een voldoende rechtstreeks causaal verband bestaat.

⁷⁹ Zie punten 105 tot en met 112 van de onderhavige conclusie.

⁸⁰ Een soortgelijke constructie ligt bijvoorbeeld ten grondslag aan de in het Amerikaanse recht bestaande „parens patriae antitrust actions” die het voor state Attorneys General mogelijk maken om voor verstrooide schade die bij de bevolking is ontstaan door vanwege een kartel verhoogde prijzen voor consumptiegoederen, in naam van hun burgers gezamenlijk vergoeding te vorderen en de opbrengst daarvan aan te wenden voor projecten in het algemeen belang; zie in dit verband Farmer, S. B., „More lessons from the laboratories: Cy pres distributions in parens patriae antitrust actions brought by state Attorneys General”, 68 *Fordham L. Rev.* 1999, blz. 361 e.v.

133. De liftenproducenten en de Commissie betwisten dit. Enerzijds bestaat er volgens hen niet voldoende concreet verband tussen de vanwege het kartel verhoogde prijzen van de liften en de subsidiemaatregelen van het Land Oberösterreich (1). Anderzijds was de schade van het Land naar hun opvatting voor de bij het kartel betrokken liftenproducenten absoluut niet te voorzien (2).

1) Concreet verband tussen de prijs van de liften en het bedrag van de lening

134. De liftenproducenten trekken niet echt in twijfel dat het bestaan van een voldoende rechtstreeks verband tussen de vanwege het kartel verhoogde prijzen van de liften en de door het Land Oberösterreich geleden schade, niet kan worden betwist op grond van het feit dat het Land zelf geen directe contractuele band met de bij het kartel betrokken liftenproducenten had. Een dergelijke argumentatie zou ook gedoemd zijn te falen, aangezien uiterlijk sinds het arrest in de zaak Kone duidelijk is dat dit niet doorslaggevend kan zijn.⁸¹

135. De liftenproducenten voeren evenwel aan dat de erkenning van een voldoende rechtstreeks verband tussen het liftenkartel en de subsidieschade van het Land Oberösterreich zou leiden tot een eindeloze uitbreiding van de aansprakelijkheid van karteldeelnemers voor alle gevolgschade van de directe kartelschade die helemaal niets meer te maken heeft met de voor het kartel relevante markt.

136. Zo is het volgens hen juist dat overheidssteun in beginsel van invloed kan zijn op de bouwactiviteit. Hetzelfde geldt echter ook voor het rentebeleid van banken, de vormgeving van het belastingstelsel of overige regelgevende activiteiten van de staat. Indien in casu een voldoende rechtstreeks verband zou worden aangenomen tussen het liftenkartel en de schade van het Land Oberösterreich, zou dit betekenen dat ervan zou worden uitgegaan dat alle schade voor vergoeding in aanmerking komt die de overheid in het kader van de uitvoering van ook geheel algemene fiscale, regelgevende of overige maatregelen lijdt, alleen omdat deze bepaalde gevolgen kunnen hebben voor de door een kartel beïnvloede markt.

137. Dit betoog moet van de hand worden gewezen.

138. Bij de maatregel van het Land Oberösterreich die in het hoofdgeding aan de orde is, gaat het namelijk niet om een algemene, met een fiscale of overige regeling vergelijkbare maatregel. Zo is de bevordering van de woningbouw door het Land een algemene maatregel van sociaal beleid waarmee niet alleen de afzonderlijke ontvangers van subsidies, maar ook het algemeen belang van het Land worden gesteund. Bij de verstrekking van stimuleringsleningen in het kader van dit algemene beleid op het gebied van de bevordering van de woningbouw waarbij de litigieuze schade is ontstaan, gaat het evenwel om een bundel van heel concrete individuele maatregelen die ten opzichte van de afzonderlijke subsidieontvangers worden genomen.

139. Zoals het Land Oberösterreich heeft verklaard, stemt het bedrag van de afzonderlijke leningen niet slechts overeen met een bepaald percentage van de bouwkosten, maar is de precieze samenstelling van deze kosten gedetailleerd in de documentatie van de leningen opgenomen, waardoor hieruit ook telkens de precieze kosten van de geïnstalleerde liften kunnen worden afgeleid.

⁸¹ Arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punt 33).

140. Of het Land Oberösterreich invloed had op de samenstelling van deze kosten en inzonderheid op de keuze van de telkens gekozen liften – hetgeen door de liftenproducenten wordt bestreden – is niet relevant. Het voldoet dat vaststaat dat de afzonderlijke gesubsidieerde projecten samen met de geïnstalleerde liften en de hiervoor betaalde kosten gedetailleerd in de subsidiedocumentatie waren opgenomen. Dit heeft het Land voor het overige in het hoofdgeding ook als basis gebruikt om het precieze schadebedrag te berekenen.⁸²

141. Bij de aangevoerde schade gaat het dus geenszins om vage gevolgen van een algemene regelgevende maatregel die bij toeval gevolgen had voor een door een kartel getroffen markt. Het verband tussen de verhoogde prijs voor de geïnstalleerde liften en het procentueel berekende bedrag van de afzonderlijke stimuleringsleningen, kan in elk individueel geval juist concreet worden aangetoond. Hiermee staat de schade van het Land Oberösterreich in een voldoende rechtstreeks verband met de door het kartel veroorzaakte prijsverhogingen op de Oostenrijkse liftenmarkt, en de erkenning van dit verband in het onderhavige geval kan geenszins worden gelijkgesteld met een eindeloze uitbreiding van de aansprakelijkheid van de karteldeelnemers.

2) Voorzienbaarheid van de schade van het Land Oberösterreich voor de deelnemers aan het liftenkartel

142. Zoals hierboven reeds uiteengezet dient het onderzoek naar het bestaan van een voldoende rechtstreeks causaal verband tussen de inbreuk en de schade ook ertoe, te waarborgen dat een persoon ten gevolge van een onrechtmatige gedraging slechts aansprakelijk is voor schade waarvan hij redelijkerwijs zou kunnen voorzien dat deze zou optreden.⁸³

143. In tegenstelling tot hetgeen de Commissie aanvoert, gaat het bij de vraag naar de voorzienbaarheid van een bepaald soort schade voor de betrokkenen bij een inbreuk op de mededingingsregels niet om een puur feitelijke vraag die uitsluitend door de verwijzende rechter mag worden behandeld. Zoals reeds toegelicht, blijkt veeleer uit het arrest van het Hof in de zaak Kone dat het Hof in de prejudiciële procedure algemeen en abstract onderzoekt of is voldaan aan de Unierechtelijke voorwaarden voor vergoeding van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde schade, terwijl het vervolgens aan de verwijzende nationale rechter staat te toetsen of in het concrete geval ook daadwerkelijk is voldaan aan deze voorwaarden.⁸⁴

144. Zo heeft het Hof in het arrest Kone uitdrukkelijk onderzocht of „umbrella pricing”, waarbij een niet bij een kartel betrokken derde zijn prijzen op grond van de vanwege het kartel verhoogde marktprijzen hoger vaststelt dan dit bij normale concurrentievoorwaarden mogelijk was geweest, abstract gezien een voorzienbaar mogelijk gevolg van kartels is waarvan de karteldeelnemers niet onwetend kunnen zijn. Aangezien dit het geval was, had de verwijzende rechter aansluitend de taak om aan de hand van de concrete omstandigheden van de zaak en met name gelet op de specifieke kenmerken van de betrokken markt, te onderzoeken of het betrokken kartel ook daadwerkelijk ertoe kon leiden dat autonoom optredende derden een beschermde prijs toepasten en de kartelleden hiervan niet onwetend konden zijn.⁸⁵

145. In casu moet derhalve worden onderzocht of subsidieschade zoals die waarvan het Land Oberösterreich in het hoofdgeding vergoeding vordert, in het algemeen en abstract gezien een mogelijk voorzienbaar gevolg is van een kartel dat erop gericht is voor de karteldeelnemers hogere dan de onder gebruikelijke marktvoorwaarden te realiseren prijzen te verzekeren.

⁸² Zie beslissing van het Oberlandesgericht Wien als rechter in hoger beroep (rechter in tweede aanleg in het hoofdgeding) van 27 april 2017 (Az. 5 R 193/16p-73, blz. 30 en 31).

⁸³ Zie punt 83 van de onderhavige conclusie.

⁸⁴ Zie de punten 66 tot en met 68 van de onderhavige conclusie.

⁸⁵ Arrest van 5 juni 2014, Kone e.a. (C-557/12, EU:C:2014:1317, punten 30 en 34).

146. De liftenproducenten en de Commissie voeren aan dat hiervan in geen geval kan worden uitgegaan. In tegendeel, zij zijn van mening dat alleen al de poging de schadebeweringen van het Land Oberösterreich kort en begrijpelijk weer te geven, laat zien hoe gekunsteld en „vergezocht” deze zijn. Geen enkele verstandige liftenproducent kan en moet er rekening mee houden dat een publiekrechtelijk, territoriaal lichaam dat handelt zonder winstoogmerk, publieke gelden niet voor de uitvoering van zijn politieke openbarediensttaken gebruikt, maar om hiermee in strijd met het doel ervan en in strijd met de regelgeving te speculeren op de financiële markt, en deze daarmee per saldo misbruikt. Een dergelijke handelwijze is volkomen nieuw, en daarmee is door het verlies van een dergelijke speculatiemogelijkheid ontstane schade voor deelnemers aan het economisch verkeer zoals de liftenproducenten in zijn geheel niet te voorzien.

147. Dit betoog is ongegrond.

148. Allereerst is het in de bouw volstrekt gebruikelijk dat opdrachtgevers hun projecten door middel van kredieten financieren. Voor de leden van een kartel dat erop gericht is hogere prijzen te bereiken dan onder de normale marktvoorwaarden haalbaar zouden zijn, valt daarom te verwachten dat schade die ontstaat door verhoogde prijzen wordt doorberekend aan de financiers van de opdrachtgevers.

149. Vervolgens werden de in casu aan de orde zijnde subsidiemaatregelen, zoals de liftenproducenten ter terechtzitting zelf hebben verklaard, binnen een vastomlijnd wettelijk kader uitgevoerd, dat bij de partijen die binnen de bouw werkzaam zijn of bouwelementen zoals liften produceren, welbekend is. De liftenproducenten moesten er dus rekening mee houden dat hun verhoogde prijzen op zijn minst deels middels stimuleringskredieten tegen een gunstige rente zouden worden gefinancierd.

150. Ten slotte mag een marktpartij, om te kunnen voorzien dat voor een publieke kredietgever zoals het Land Oberösterreich door de vanwege het kartel verhoogde uitbetaling van subsidiegelden renteschade kan ontstaan, er zeker niet van uitgaan dat deze publieke partij in strijd handelt met het doel, de regelgeving en haar bevoegdheden doordat zij gelden die haar ter beschikking staan en zijn bestemd voor publieke belangen, in plaats van voor hun oorspronkelijke doel gebruikt om daarmee met winstoogmerk op de financiële markten te speculeren. Zoals in de punten 114, 115 en 120 van de onderhavige conclusie uiteengezet, doet het veeleer recht aan de huidige rechtssituatie en rechtspraktijk als het onrechtmatig ontbreken van een bepaald bedrag gedurende een bepaalde periode wordt aangemerkt als renteschade.

3) Voorlopige conclusie

151. Gezien het bovenstaande staat schade zoals die van het Land Oberösterreich, die is ontstaan doordat de als percentage van de productkosten verstrekte lening hoger was dan zonder de kartelaafspraken het geval was geweest, waardoor het deze bedragen niet tegen de marktrente kon beleggen of voor de aflossing van lopende kredieten kon gebruiken, in een voldoende rechtstreeks verband met de kartelaafspraken en is deze voor de karteldeelnemers te voorzien.

VI. Conclusie

152. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging het verzoek om een prejudiciële beslissing van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) als volgt te beantwoorden:

„Artikel 101 VWEU dient aldus te worden uitgelegd dat ook die personen van karteldeelnemers vergoeding van schade kunnen vorderen die niet op de door een kartel getroffen markt als leverancier of afnemer werkzaam zijn. Dit omvat publieke kredietgevers die onder gunstige voorwaarden leningen aan afnemers van de karteldeelnemers verstrekken en wier schade erin bestaat dat de als percentage van de productkosten verstrekte lening hoger was dan zonder dat kartel het geval was geweest, waardoor zij deze bedragen niet tegen de marktrente konden beleggen of voor de aflossing van lopende kredieten konden gebruiken.”