



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
JULIANE KOKOTT,
predstavljeni 30. januarja 2014¹

Zadeva C-557/12

KONE AG in drugi

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (Avstrija))

„Konkurenca — Pravo omejevalnih sporazumov — Zasebno izvrševanje — Odškodninska tožba, ki jo je vložila stranka subjekta, ki ni udeležen v kartelu, zoper v kartelu udeležena podjetja, zaradi previsokih cen v kartelu neudeležena subjekta, ki pa je zaradi učinka kartela imel korist — Učinek dežnika (‘umbrella pricing’) — Neposredna vzročna zveza — Načelo učinkovitosti“

I – Uvod

1. V tem postopku za sprejetje predhodne odločbe ima Sodišče priložnost, da svojo sodno prakso glede zasebnega izvajanja evropskega konkurenčnega prava dopolni z dodatnim kamenčkom v mozaiku. Na ravni Unije gre za do sedaj še nepojasnjeno vprašanje, ali civilnopravna odgovornost udeleženca kartela za nadomestilo škode zajema tudi tako imenovani *učinek dežnika* (angleško: „*umbrella effects*“ ali tudi „*umbrella pricing*“).

2. O učinku dežnika se govori takrat, ko podjetja, ki sama niso udeležena v kartelu, po zgledu dejavnosti tega kartela, tako rekoč „pod dežnikom tega kartela“, namerno ali nenamerno določijo višjo ceno, kot bi bilo sicer to zanje možno v okviru konkurenčnih pogojev. Ali pravo Unije določa, da lahko stranke subjekta, ki ni udeležen v kartelu, pred nacionalnimi sodišči od udeležencev kartela zahtevajo nadomestilo škode zaradi njegovih previsokih cen? Ali pa je nasprotno treba tako obveznost povračila škode v okviru nacionalnega civilnega prava izključiti, ker gre za nepovezano, posredno škodo?

3. Ti vprašanji se postavljata v okviru kartela na področju dvigal, s katerim se je sodišče v drugih zadevah že večkrat ukvarjalo.² Družba ÖBB-Infrastruktur AG je kot kupec pri proizvajalcu, ki *ni* udeležen v kartelu na področju dvigal, kupila dvigala, katerih cena je bila po njenem mnenju zaradi kartela na področju dvigal določena višje, kot bi bilo sicer mogoče pričakovati v konkurenčnih pogojih. Družba ÖBB-Infrastruktur odškodnino za škodo, ki ji je zaradi tega nastala, zdaj pred avstrijskimi civilnimi sodišči terja od štirih podjetij, ki so bila udeležena v kartelu na področju dvigal.

¹ — Jezik izvirnika: nemščina.

² — Glej sodbi z dne 6. novembra 2012 v zadevi Otis in drugi („Otis“, C-199/11) in z dne 18. julija 2013 v zadevi Schindler Holding in drugi proti Komisiji (C-501/11 P) ter moje sklepne predloge v zadnjenavedeni zadevi, predstavljene 18. aprila 2013.

4. Če bi želeli ta odškodninski zahtevek presojati le na podlagi avstrijskega nacionalnega civilnega prava, bi ga bilo treba tega v skladu z navedbami predložitvenega sodišča takoj zavrni, saj učinka dežnika v skladu z načeli, ki veljajo v nacionalnem pravu, ni mogoče pripisati udeležencem kartela. Sodišče mora sedaj presoditi, ali pravo Unije nasprotuje taki kategorični izključitvi odgovornosti udeležencev kartela za učinke dežnika. Sodba Sodišča v tej zadevi bo nedvomno pomenila usmeritev za razvoj evropskega konkurenčnega prava in zlasti njegovo zasebno izvajanje.

II – Dejansko stanje in spor o glavni stvari

A – Kartel na področju dvigal

5. V več državah članicah Evropske unije je bil v obdobju, ki je trajalo več let, dejaven kartel na področju dvigal, v okviru katerega so veliki evropski proizvajalci dvigal in tekočih stopnic – in sicer družbe Kone, Otis, Schindler in ThyssenKrupp – sklepali protikonkurenčne sporazume. Evropska Komisija je ta kartel odkrila leta 2003, leta 2007 pa je naložila globe zaradi dejavnosti kartela na področju dvigal na belgijskem, nemškem, nizozemskem in luksemburškem trgu.³

6. V Avstriji sta proti kartelu na področju dvigal ukrepala Bundeswettbewerbsbehörde (zvezni organ, pristojen za konkurenco) in Kartellgericht (sodišče, pristojno za zadeve v zvezi z omejevalnimi sporazumi). Globe, ki jih je Kartellgericht naložilo leta 2007,⁴ je leta 2008 potrdilo Oberster Gerichtshof kot višje sodišče, pristojno za zadeve v zvezi z omejevalnimi sporazumi.⁵ Družba ThyssenKrupp je zaprosila za ugodnejšo obravnavo.

7. V skladu z ugotovitvami iz nacionalnega avstrijskega postopka v zvezi z omejevalnimi sporazumi je med udeleženci kartela od osemdesetih let do začetka leta 2004 obstajal sporazum – ki je bil vedno znova potrjen – o razdelitvi trga dvigal in tekočih stopnic, ki so ga ti v velikem obsegu tudi izvajali, čeprav ne dosledno. Cilj kartela je bil, da se podjetju, ki se mu daje prednost, zagotovi višja cena, kot bi se lahko dosegla pod konkurenčnimi pogoji. S kartelom je prišlo do izkrivljanja konkurence in pričakovanega oblikovanja cen v konkurenčnih pogojih.

8. Udeleženci kartela so se glede novih naložb skušali uskladiti za znatno več kot polovico tržnega deleža v Avstriji. V več kot polovici zadevnih projektov je poleg tega med udeleženci kartela prišlo do sporazumne dodelitve enemu od njih. Skupno je bila na ta način najmanj ena tretjina obsega trga predmet konkretnih dogovorov med udeleženci kartela. Približno dve tretjini usklajenih projektov je bilo izvedenih, kot so bili načrtovani. Pri preostali tretjini primerov so subjekti, ki niso bili udeleženi v kartelu ali eno od podjetij, ki je bilo udeleženo v kartelu in se ni držalo sporazuma, predložili ugodnejšo ponudbo od dogovorjene.

9. Posledica ravnanja udeležencev kartela je na splošno bila ta, da se tržne cene skoraj niso spreminjale, njihov tržni delež pa je ostajal skoraj enak.

B – Odškodninska tožba družbe ÖBB-Infrastruktur

10. Družba ÖBB-Infrastruktur je odvisna družba Österreichische Bundesbahnen in je zadolžena za postavitev in vzdrževanje železniških postaj po celotni Avstriji. Na avstrijskem trgu dvigal in tekočih stopnic je družba ÖBB-Infrastruktur pomembna stranka.

3 — V zvezi s tem glej tudi v opombi 2 navedeni sodbi Otis in drugi (točka 18 in naslednje) in Schindler Holding in drugi proti Komisiji (točka 10 in naslednje).

4 — Sklep Oberlandesgericht Wien kot sodišča, pristojnega za zadeve v zvezi z omejevalnimi sporazumi, z dne 14. decembra 2007 (Az. 25 Kt 12/07).

5 — Sklep Oberster Gerichtshof kot višje sodišče, pristojno za zadeve v zvezi z omejevalnimi sporazumi, z dne 8. oktobra 2008 (Az. 16 Ok 5/08).

11. Družba ÖBB-Infrastruktur je pred avstrijskimi civilnimi sodišči od udeležencev kartela, družb Kone, Otis, Schindler in ThyssenKrupp z odškodninsko tožbo zahtevala več kot 8 milijonov EUR. V utemeljitev tožbe družba ÖBB-Infrastruktur v bistvu navaja, da je zaradi dejavnosti kartela na področju dvigal za dvigala, ki jih je kupila, plačala previsoko ceno. Pri tem gre za dvigala, ki jih je družba ÖBB-Infrastruktur kupila deloma kot neposredna, deloma kot posredna odjemalka ter deloma kot stranka od subjektov, ki niso bili udeleženi v kartelu.

12. Predmet obravnavanega predloga za sprejetje predhodne odločbe je zgolj tisti del odškodninske tožbe, s katerim družba ÖBB-Infrastruktur uveljavlja, da ji je subjekt, ki ni bil udeležen v kartelu, zaradi dejavnosti kartela zaračunal bistveno višje cene od tistih, ki bi bile možne v običajnih konkurenčnih pogojih. Družba ÖBB-Infrastruktur je to škodo ocenila na dobrih 1,8 milijona EUR.

13. Prvostopenjsko sodbo, s katero je bil ta del odškodninske tožbe zavržen kot neutemeljen,⁶ je Oberlandesgericht Wien kot drugostopenjsko sodišče v odločilnih točkah razveljavilo.⁷ O sporu trenutno odloča avstrijsko Oberster Gerichtshof kot sodišče, pristojno za revizijo.

14. Po mnenju Oberster Gerichtshof škode, katere povračilo zahteva družba ÖBB-Infrastruktur, ni mogoče pripisati udeležencem kartela. Po eni strani naj ne bi bilo ustrezne vzročne zveze, ki se zahteva v skladu z avstrijskim pravom, po drugi pa naj uveljavljana škoda ne bi bila zajeta z namenom varstva iz pravil o konkurenci. Zaradi polemične razprave, ki v strokovni literaturi poteka v zvezi z ustrezno pravno obravnavo učinka dežnika, pa Oberster Gerichtshof dvomi, ali je tak rezultat, ki temelji le na nacionalnem civilnem pravu, v skladu s pravom Unije in zlasti z načelom učinkovitosti.

III – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

15. Oberster Gerichtshof je s sklepom z dne 17. oktobra 2012⁸ Sodišču predložilo to vprašanje za predhodno odločanje:

Ali je treba člen 101 PDEU (člen 81 ES, člen 85 PES) razlagati tako, da ima od udeležencev kartela vsakdo pravico zahtevati odškodnino tudi za škodo, ki mu jo je povzročil subjekt, ki ni udeležen v kartelu in ki v okviru povišanih tržnih cen dvigne cene za svoje proizvode bolj, kot bi to storil brez kartela (umbrella pricing), zaradi česar je treba načelu učinkovitosti, kot ga zahteva Sodišče Evropske unije, pritrditi na podlagi nacionalnega prava?

16. V pisnem delu postopka za sprejetje predhodne odločbe so se postopka udeležile družba ÖBB-Infrastruktur kot tožeča stranka na eni strani ter družbe Kone, Otis, Schindler in ThyssenKrupp kot tožene stranke na drugi strani, ter še avstrijska in italijanska vlada ter Evropska komisija. Z izjemo obeh vlad so te stranke podale stališča tudi na obravnavi dne 12. decembra 2013.

IV – Presoja

17. Predložitveno sodišče najprej prosi za razlago člena 101 PDEU, medtem ko se zdi, da se na člen 81 Pogodbe ES in člen 85 Pogodbe ES sklicuje samo podredno. Ker pa so se dejavnosti kartela na področju dvigal dogajale pred začetkom veljavnosti Lizbonske pogodbe, in sicer deloma v obdobju uporabe člena 81 ES in deloma v obdobju uporabe člena 85 Pogodbe E(G)S, sta za odgovor na vprašanje za predhodno odločanje odločilni zgolj zadnjenavedeni določbi. Vendar pa je moje ugotovitve mogoče prenesti na člen 101 PDEU, katerega vsebina je v bistvu enaka.

6 — Delna sodba Handelsgerichts Wien z dne 19. septembra 2011 (Az. 19 Cg 21/10z-57).

7 — Sklep Oberlandesgericht Wien kot drugostopenjsko sodišče z dne 21. decembra 2011 (Az. 1 R 272/11v-65).

8 — Az. 7 Ob 48/12b.

18. V skladu z ustaljeno sodno prakso lahko oškodovanci kartela, ki spada na področje uporabe člena 81 ES oziroma člena 85 E(G)S, od podjetij, ki so bila udeležena v kartelu, zahtevajo povračilo škode.⁹ Vendar pa še ni pojasnjeno, ali tak odškodninski zahtevek vključuje tudi tisto škodo, ki temelji na zvišanih cen subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, ki presega raven, ki je pričakovana v pogojih konkurence, in ki jih je treba torej pripisati učinku dejnika. V strokovni literaturi se o tej temi polemično razpravlja.¹⁰ Zato posebej ne preseneča, da tudi udeleženci obravnavanega pravnega spora v zvezi s tem zagovarjajo zelo različna mnenja, zlasti ker so finančne posledice zelo velike.

19. Pravno gledano je to problem *vzročnosti*, in sicer, ali lahko udeleženci kartela prevzamejo civilnopravno odgovornost tudi za učinke dejnika. Postavlja se vprašanje, ali med kartelom in škodo, ki izvira iz učinka dejnika, ki je pogojen s kartelom, obstaja dovolj tesna zveza oziroma ali gre za nepovezano škodo, katere nadomestila iz razumnih razlogov ni mogoče naložiti udeležencem kartela.

20. V nadaljevanju bom najprej pojasnila, da gre pri civilnopravni odgovornosti udeležencev kartela za učinek dejnika za vprašanje prava Unije, ne pa za vprašanje nacionalnega prava (glej del A spodaj). Nato se bom posvetila konkretnim pravnim zahtevam, ki so lahko z vidika prava Unije določene za ugotovitev, ali je kartel vzrok za morebitni učinek dejnika (glej del B spodaj).

A – Civilnopravna odgovornost udeležencev kartela za učinek dejnika: vprašanje prava Unije

21. Predložitveno sodišče in številni drugi udeleženci postopka menijo, da se civilnopravna odgovornost udeležencev kartela za učinek dejnika presoja predvsem po nacionalnem pravu ter da pri tem z vidika prava Unije presojo držav članic omejujeta kvečjemu načeli enakovrednosti in učinkovitosti. V zvezi s tem se utemeljevanje družbe Kone nanaša tudi na načelo subsidiarnosti.

22. Zdi se, da je to mnenje na prvi pogled podprto s sodbo Manfredi, v kateri je Sodišče ugotovilo, da mora „[nacionalni] pravni sistem [...] določiti podrobna pravila glede izvrševanja“ pravice do povračila škode, vključno s tistimi glede uporabe pojma „vzročne zveze“, ter pri tem zahtevalo upoštevanje načel enakovrednosti in učinkovitosti.¹¹

23. Iz podrobnejše proučitve sodbe Manfredi in nekaterih poznejših sodb Sodišča pa je razvidno, da pri trenutnem stanju nacionalno pravo ne vpliva toliko na *obstoj* odškodninskega zahtevka (torej vprašanja, *ali* je treba priznati odškodnino), kot zlasti *pogoji* uporabe in *načini* dejanskega uveljavljanja takih zahtevkov (torej vprašanje, *kako* je treba priznati odškodnino), torej zlasti pristojnosti, postopki in dokazovanje.¹²

9 — Sodbe z dne 20. septembra 2001 v zadevi Courage in Crehan (C-453/99, Recueil, str. I-6297, točki 25 in 26), z dne 13. julija 2006 v združenih zadevah Manfredi in drugi („Manfredi“, od C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točki 60 in 61), z dne 14. junija 2011 v zadevi Pfeiderer (C-360/09, ZOdl., str. I-5161, točka 28), zgoraj v opombi 2 navedena sodba Otis (točki 41 in 43) in sodba z dne 6. junija 2013 v zadevi Donau Chemie in drugi („Donau Chemie“, C-536/11, točka 21).

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

11 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba Manfredi (točki 64 in 92).

12 — Zgoraj v opombi 9 navedene sodbe Courage in Crehan (točka 29), Manfredi (točke 62, 64 in 77), Pfeiderer (točka 30) in Donau Chemie (točka 25).

24. Vendar pa načelo, da lahko vsakdo zahteva povračilo škode, ki mu je nastala, kadar med to škodo in kršitvijo pravil o konkurenci obstaja vzročna zveza, izhaja iz samega prava Unije, natančneje iz prepovedi omejevalnih sporazumov iz členov 81 ES oziroma člena 85 Pogodbe E(G)S (postal člen 101 PDEU).¹³ Ta neposredna zakoreninjenost v pravo Unije pa je skupna civilnopravni odgovornosti podjetij za njihovo kršitev prepovedi omejevalnih sporazumov ter odgovornosti držav članic za njihove kršitve prava Unije¹⁴ – kljub vsem razlikam, ki bi sicer konceptualno lahko obstajale med tema instrumentoma.¹⁵

25. To, da gre zlasti pri obveznosti vračila škode, naložene udeležencem kartela, za pravo načelo prava Unije, lahko sklepamo – kot pravilno poudarja italijanska vlada – ne nazadnje iz pravne narave in pomena navedene prepovedi omejevalnih sporazumov: ta prepoved omejevalnih sporazumov velja neposredno med posamezniki, zaradi primarnega prava utemeljuje obveznosti za vsa podjetja, ki delujejo na notranjem trgu, in jo lahko vsakdo uveljavlja.¹⁶ Polni učinek – *effet utile* – prepovedi omejevalnih sporazumov bi bil zmanjšan, če ne bi mogel vsakdo zahtevati povračila škode, ki mu je nastala, zato ker je podjetje kršilo člen 81 ES oziroma člen 85 E(G)S (postal člen 101 PDEU).¹⁷

26. Zato Sodišče v sodbi Manfredi priznava „pravic[o], [na podlagi katere] lahko vsak zahteva odškodnino za škodo, nastalo zaradi sporazuma ali ravnanja, ki lahko omejuje ali izkrivlja konkurenco“, ne da bi bil obstoj te pravice lahko kakorkoli odvisen od nacionalnega prava držav članic.¹⁸

27. Vendar je iz sodbe Manfredi mogoče razbrati, da so krog oseb, ki lahko od udeležencev kartela zahtevajo povračilo škode zaradi kršitve navedene prepovedi omejevalnih sporazumov („vsakdo“), in vrste škod, ki jih morajo udeleženci kartela po potrebi povrniti, vnaprej določeni s pravom Unije. Tako je že pojasnjeno, da morajo oškodovane osebe imeti možnost zahtevati odškodnino ne le za nastalo škodo (*damnum emergens*), ampak tudi za izgubljeni dobiček (*lucrum cessans*) in plačilo obresti.¹⁹

28. Če to prenesem na obravnavani primer, lahko na podlagi vsega tega sklepam, da gre tudi pri problematiki civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela za učinke dejnika, za vprašanje prava Unije. Presoditi je namreč treba, ali morajo udeleženci kartela povrniti škodo, ki je nastala zaradi učinka dejnika, tako da se ta presoja ne nanaša zgolj na načine izvajanja in izračunavanja odškodninskih zahtevkov ter na dokazovanje pred nacionalnimi sodišči (torej „kako“ povrniti škodo). Nasprotno, v središču pozornosti je bistveno bolj temeljno vprašanje, in sicer, ali lahko udeleženci kartela civilnopravno odgovarjajo za tovrstno škodo in ali jih lahko tožijo subjekti, ki niso njihovi neposredni ali posredni odjemalci (to pomeni, „ali“ je treba povrniti škodo). Tega vprašanja ni mogoče prepustiti le pravnim redom držav članic.

13 — Glej zgoraj v opombi 9 navedeni sodbi Courage in Crehan (točki 25 in 26) in Manfredi (točki 60 in 61). Tudi Komisija to priznava v predlogu Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih pravilih, ki urejajo postopke z odškodninskimi tožbami v nacionalni zakonodaji zaradi kršitev določb zakonodaje o konkurenci držav članic in Evropske unije, z dne 11. junija 2013, COM(2013) 404 final (v nadaljevanju: predlog Direktive), v katerem govori o „pravic[i] iz prava Unije do nadomestila za škodo, povzročeno s kršitvami zakonodaje EU o konkurenci“ (glej uvodno izjavo 11 preambule predloga Direktive).

14 — Glede odgovornosti držav članic glej zlasti sodbi z dne 19. novembra 1991 v združenih zadevah Francovich in drugi (C-6/90 in C-9/90, Recueil, str. I-5357, točke od 35 do 37) in z dne 5. marca 1996 v združenih zadevah Brasserie du pêcheur in Factortame (C-46/93 in C-48/93, Recueil, str. I-1029, točka 31).

15 — Takšnega mnenja je tudi generalni pravobranilec W. Van Gerven v sklepnih predlogih z dne 27. oktobra 1993 v zadevi Banks (C-128/92, Recueil 1994, I-1209, točke od 36 do 45).

16 — Glej zgoraj v opombi 9 navedeni sodbi Courage in Crehan (točki 19 in 23 in navedena sodna praksa) in Manfredi (točki 39 in 57 in navedena sodna praksa).

17 — Glej zgoraj v opombi 9 navedeni sodbi Courage in Crehan (točka 26) in Manfredi (točke 60, 89 in 90).

18 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba Manfredi (točka 95).

19 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba Manfredi (točki 95 in 96).

29. Če bi se pravna merila – na podlagi katerih morajo nacionalna sodišča presoјati civilnopravno odgovornost udeležencev kartela v skladu s členom 81 ES ali členom 85 Pogodbe E(G)S za določene vrste škode in zoper določene osebe – med državami članicami v osnovi razlikovala, bi obstajala nevarnost neenakega obravnavanja gospodarskih subjektov. To ne bi bilo zgolj v nasprotju s temeljnimi cilji evropskega konkurenčnega prava, da se za vsa podjetja, ki delujejo na notranjem trgu, ustvari kolikor je mogoče enotni okvirni pogoji (*level playing field*²⁰), temveč bi vabilo tudi k „forum shopping“.

30. Na splošno se s ciljem zahteva enotno in učinkovito izvajanje pravil o konkurenci, enoten odgovor v Uniji na načelno vprašanje, ali morajo škodo, ki temelji na učinku dejnika, udeleženci kartela povrniti, ali pa jim tega ni treba storiti.

B – Pravne zahteve Unije za ugotovitev vzročne zveze

31. Proučiti je treba, katere konkretne zahteve so lahko z vidika prava Unije določene za ugotovitev, ali je kartel vzrok za morebitni učinek dejnika.

32. Že izraz „vsakdo“, ki ga je uporabilo sodišče, kaže, da se obveznosti udeležencev kartela, da povrnejo škodo, ne sme razlagati ozko. Karteli lahko povzročijo veliko gospodarsko škodo ne le v ozkem okolju udeležencev kartela, temveč tudi prek okvirov tega okolja. Zato bi bilo neprimerno zožiti krog upravičenih oseb tako, da bi vnaprej zgolj nekateri gospodarski subjekti – morda pogodbeniki udeležencev kartela ali neposredni ali posredni naročniki njihovih proizvodov ali storitev – lahko zahtevali odškodnino. Sicer ne bi bil zagotovljen polni učinek prepovedi omejevalnih sporazumov, ki je določena s pravom Unije.

33. Po drugi strani je popolnoma legitimno, da se pri proučitvi vzročne zveze določijo merila, ki zagotavljajo, da ne pride do neomejene obveznosti udeležencev kartela, da povrnejo odškodnino za vso mogočo, še tako nepovezano škodo, za katero bi lahko bil vzrok v smislu „*conditio sine qua non*“ (imenovana tudi *enakovredna vzročna zveza* ali *vzročna zveza But-for*).

34. Tako se v okviru nepogodbene odgovornosti organov Unije v skladu s členom 340(2) PDEU na podlagi ustaljene sodne prakse zahteva *dovolj neposredna vzročna zveza* med škodljivim ravnanjem in uveljavljano škodo.²¹ Ravno to merilo bi morali zaradi razlogov medsebojne povezanosti prenesti tudi na druge primere, v katerih gre za odškodninske zahtevke zaradi kršitve prava Unije, ne glede na to, ali so take zahtevke vložili posamezniki zoper države članice²² ali so bili ti kot v obravnavanem primeru vloženi med zasebniki zaradi uveljavljanja civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela za škodo, ki so jo ti povzročili na trgu.²³

20 — Glede koncepta „level playing field“ glej na primer moje sklepne predloge, predstavljene 29. aprila 2010 v zadevi Akzo Nobel Chemicals in Akros Chemicals proti Komisiji (C-550/07 P, ZOdl., str. I-8301, točka 169), z dne 8. septembra 2011 v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, točka 118), z dne 6. septembra 2012 v zadevi Expedia (C-226/11, točka 37) in z dne 28. februarja 2013 v zadevi Schenker in drugi (C-681/11, točka 48).

21 — Glej zlasti sodbo z dne 4. oktobra 1979 v združenih zadevah Dumortier in drugi proti Svetu (64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 in 45/79, Recueil, str. 3091, točka 21): „dovolj neposredno“; glej tudi sodbi z dne 30. aprila 2009 v zadevi CAS Succhi di Frutta proti Komisiji (C-497/06 P, točka 67) in z dne 18. marca 2010 v zadevi Trubowest Handel in Makarov proti Svetu in Komisiji (C-419/08 P, ZOdl., str. I-2259, točka 53).

22 — Zgoraj v opombi 14 navedena sodba Brasserie du pêcheur in Factortame (točka 51) in sodba z dne 14. marca 2013 v zadevi Leth (C-420/11, točka 41).

23 — Potem ko se je zanj izrekel že generalni pravobranilec W. Van Gerven v sklepnih predlogih v zadevi Banks (navedena v opombi 15, točke od 49 do 54), je merilo neposredne vzročne zveze nedavno z zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo Otis (točka 65) našlo pot v sodno prakso v zvezi z obveznostjo vračila škode od udeležencev kartela.

35. Seveda pa je treba tudi navedeno merilo neposrednosti podrobneje pojasniti. Za natančnejšo opredelitev, kako konkretno je treba razumeti „dovolj neposredno vzročno zvezo“, je treba nazadnje opraviti presojo predpisov, kot je običajno tudi v nacionalnih civilnopravnih ureditvah v povezavi s konkretnimi pravili o nepogodbni odgovornosti.²⁴ Pojmi, ki se uporabljajo v zvezi s tem („*legal causation*“, „ustrezna vzročna zveza“ in drugi), se lahko glede na pravni red razlikujejo. Vsebinsko pa gre v bistvu za enake preudarke, ki so tudi temelj koncepta dovolj neposredne vzročne zveze.

36. Pri tem je treba najprej poudariti, da neposredne vzročne zveze ni mogoče enačiti z edino vzročno zvezo. Ni nujno, da je okoliščina, ki jo poudarjajo predložitveno sodišče in nekateri udeleženci postopka, da cena, ki jo oblikuje subjekt, ki ni udeležen v kartelu, temelji na svobodni podjetniški odločitvi, odločilna za zanižanje odgovornosti udeležencev kartela za morebitno škodo, ki temelji na učinku dejnika. Nasprotno, za domnevo neposredne vzročne zveze zadošča, da je kartel le *eden od vzrokov* za učinek dejnika.²⁵

37. V sodni praksi sodišč Evropske unije se pretrganje vzročne verige ne upošteva vedno in pavšalno, če je bilo dejanje tretjega eden od vzrokov nastale škode. Vedno se namreč upoštevajo konkretne okoliščine posameznega primera.²⁶ V primerih, kakršen je obravnavani primer, se mi zdi, da vzročna veriga, ki vodi nazaj do kartela, z vstopom subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, ni pretrgana, temveč do tega pride, če subjekt, ki ni udeležen v kartelu, pri oblikovanju cen deluje (tudi) ob upoštevanju tržnih razmer, in pri tem – na povsem predvidljiv način²⁷ – sledi cenovnim spodbudam, ki izhajajo iz kartela.

38. Kako nepomembna je pri tem možnost, da subjekt, ki ni udeležen v kartelu, svobodno sprejme poslovno odločitev, med drugim kaže tudi kratek pogled na sorodno problematiko: civilnopravna odgovornost udeležencev kartela za škodo, ki je nastala njihovim posrednim odjemalcem (to je strankam njihovih strank). Tudi v tamkajšnji vzročni zvezi je obstoj škode pri posrednih odjemalcih nazadnje odvisen od svobodne poslovne odločitve tretjega (posrednega odjemalca); le če se ta protikonkurenčno previsoka cena subjektov, ki so udeleženi v kartelu, prevladi na njene lastne stranke, so te oškodovane. Dejavnosti udeležencev kartela tako niso vzrok za škodo njihovih posrednih odjemalcev. Kljub temu se v zadnjem času uveljavlja mnenje, da se vračilo take škode posrednih odjemalcev lahko zahteva.²⁸

39. Tudi v zvezi s tukaj obravnavano škodo zaradi učinka dejnika bi bilo neprimerno, da se za predpostavko civilnopravne odgovornosti subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, sklepa na samo en vzrok. Cene imajo redko samo en vzrok. To pa ne izključuje, da bodo udeleženci kartela, ki so kot v obravnavani zadevi s protikonkurenčnimi dejavnostmi prispevali k izkrivljanju normalnega mehanizma oblikovanja cen na trgu, odgovarjali za škodo, ki nastane zaradi tega.

24 — V isto smer gredo tudi preudarki študijske skupine za evropski civilni zakonik, v skladu s katerimi mora biti škoda, ki jo je treba povrniti v okviru nepogodbne odgovornosti „pravno upoštevana škoda“: „[...] loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention [...]“; glej C von Bar in E. Clive, „Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference“, München, 2009, zvezek 4, knjiga VI, poglavje 2, VI-2:101.

25 — Drugačnega mnenja je generalni pravobranilec D. Ruiz-Jarabo, ki je v sklepnih predlogih z dne 3. februarja 2009 v zadevi Komisija proti Schneider Electric (C-440/07 P, ZOdl., str. I-6413, točka 140) zahteval, da mora biti škoda, ki jo je treba povrniti, „neposredna, takojšnja in izključna posledica nezakonitega dejanja“ (moj poudarek). Zdi se, da ta posebej stroga formulacija nikoli ni bila sprejeta v sodno prakso sodišč Evropske unije.

26 — Glej po eni strani sodbo z dne 16. julija 2009 v zadevi Komisija proti Schneider Electric (C-440/07 P, ZOdl., str. I-6413, točka 222), zgoraj v opombi 20 navedeno sodbo CAS Succhi di Frutta proti Komisiji (točki 61 in 62), sodbi z dne 28. februarja 2013 v zadevi Inalca in Cremonini proti Komisiji (C-460/09 P, točka 120) in z dne 10. julija 2012 v zadevi Interspeed proti Komisiji (T-587/10, točka 40), v katerih se vedno izhaja iz pretrganja vzročne verige, ter po drugi sodbo Splošnega sodišča (veliki senat) z dne 14. decembra 2005 v zadevi CD Cartondruck proti Svetu in Komisiji (T-320/00, zlasti točka 177), v kateri je pretrganje vzročne verige zanikano.

27 — V zvezi s predvidljivostjo ravnanja subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, glej spodaj točke od 41 do 52 teh sklepnih predlogov

28 — Na nacionalni ravni glej v zvezi s tem zlasti sodbo nemškega Bundesgerichtshof z dne 28. junija 2011, „ORWI“ (KZR 75/10, BGHZ 190, 145). Tako stališče je v obravnavanem primeru zavzelo tudi avstrijsko Oberster Gerichtshof (sklep z dne 17. oktobra 2012, Az. 7 Ob 48/12b). Enako velja za predlog Direktive, ki ga je vložila Komisija (glej zlasti uvodni izjavi 11 in 33 preambule predlagane Direktive ter njena člena 12 in 13).

40. Glede na navedeno bi morale biti na podlagi merila dovolj neposredne vzročne zveze po eni strani vsebinsko zagotovljeno, da mora določena oseba za posledice njenega protipravnega ravnanja odgovarjati le za tako škodo, katere nastanek bi lahko razumno predvidela (glej točko 1 spodaj). Po drugi strani bi morala oseba poravnati le škodo, katere nadomestilo je v skladu z namenom pravnega predpisa, ki ga je kršila (glej točko 2 spodaj).

1. Predvidljivost škode, ki je posledica učinka dežnika

41. Najprej je treba pojasniti, v kakšnih okoliščinah je škoda, ki je posledica učinka dežnika, za udeleženca kartela predvidljiva. Z drugimi besedami gre za vprašanje, ali med navedeno škodo in nezakonitimi dejavnostmi kartela lahko obstaja *ustrezna vzročna zveza*.

42. V nasprotju s škodo, ki izhaja iz povsem neobičajnega spleta okoliščin ter tako temelji na netipični vzročni zvezi, je predvidljiva (ali ustrezno vzročno povzročena) vsaka škoda, ki jo morajo udeleženci kartela pričakovati na podlagi splošnih življenjskih izkušenj.

43. Predložitevno sodišče tako kot družbe Kone, Otis, Schindler in ThyssenKrupp ter avstrijska vlada zastopa stališče, da škoda, ki je posledica učinka dežnika, za udeleženca kartela ni dovolj predvidljiva, zato je niso mogli ustrezno vzročno povzročiti. Pri učinku dežnika gre zgolj za „stranski učinek“ kartela.

44. To trditev je treba zavrniti.

45. Res je, da je za cene, ki jih oblikujejo subjekti, ki niso udeleženi v kartelu, v okviru njihovih svobodnih poslovnih odločitev lahko odločilnih veliko dejavnikov.²⁹ Vendar pa ta okoliščina ne izključuje predvidljivosti škode, ki je posledica učinka dežnika, od udeležencev kartela.

46. V tržnem gospodarstvu je namreč del običajne sheme ravnanja podjetij, da intenzivno opazujejo dogajanje na trgu in to upoštevajo pri sprejemanju poslovnih odločitev. V teh okoliščinah je vse prej kot nepredvidljivo in presenetljivo, če subjekt, ki ni udeleženec v kartelu, konkretne cene določa ob upoštevanju ravnanja na trgu podjetij, ki so udeležena v kartelu, ne glede na to, ali ve za njihove protikonkurenčne dejavnosti ali ne. Pri tem gre namreč za običajen potek dogodkov.

47. To velja še toliko bolj, ko udeleženci kartela kot v obravnavani zadevi glede na njihov visok skupni tržni delež pokrivajo velik del upoštevnega trga³⁰ in se tudi njihove protikonkurenčne dejavnosti nanašajo na pomemben del tega trga,³¹ kar pa nikakor ne pomeni, da nadzirajo levji delež trga. Pomembnejši kot je položaj kartela na upoštevem trgu, večja je verjetnost, da bo kartel odločilno oblikoval raven cen tega trga v celoti, in toliko manj je možnosti, da bi lahko subjekt, ki ni udeležen v kartelu, na lastno pobudo omembe vredno vplival na ceno.

29 — Med te lahko na primer spadajo strategija podjetja (poudarjanje ugleda znamke, strategija izjemnih cen, itd.) in osebnost podjetnika ter tudi kupna moč strank.

30 — V skladu z navedbami družbe ÖBB-Infrastruktur, ki jih nihče ni izpodbijal, so bili v kartelu na področju dvigal v Avstriji udeleženi vsi največji proizvajalci te panoge, katerih skupni tržni delež znaša približno 80 %.

31 — V skladu z ugotovitvami iz postopka v glavni stvari je bila najmanj ena tretjina obsega trga predmet konkretnih dogovorov med udeleženci kartela, skušalo pa se je celo doseči uskladitev za bistveno več kot polovico obsega trga v Avstriji za nove naprave (glej zgoraj točko 8 teh sklepnih predlogov).

48. Gotovo je za subjekte, ki niso udeleženi v kartelu, toliko lažje, da se pri oblikovanju lastnih cen ravna po poslovnem ravnanju udeležencev kartela, če je upoštevni proizvodni trg homogenejši in preglednejši. Na podlagi tega pa nikakor ni mogoče obratno sklepati, da na nehomogenih in manj preglednih trgih s po meri narejenimi proizvodi – kot so recimo dvigala in tekoče stopnice, ki se obravnavajo v tej zadevi – nikoli ni bilo mogoče pričakovati kakršnega koli učinka dežnika, ki bi izhajal iz kartela.³² Običajno je namreč za pozorne akterje na trgu tudi na takih trgih dobro znano, katera raven cen prevladuje in kakšno ravnanje kažejo ponudniki, ki so edini dejavni na trgu.

49. Tudi okoliščina, da so bila dvigala in tekoče stopnice zlasti pri velikih javnih naročilih pogosto pridobljena po postopku oddaje javnih naročil, malo spremeni to ugotovitev. Rezultati takih postopkov oddaje namreč – kakor je navedla družba ÖBB-Infrastruktur, in čemur nihče ni ugovarjal – za druge akterje na trgu nikakor niso tajni,³³ tako da lahko pri poznejših naročilih služijo kot oporna točka za prevladujočo raven cen.

50. Morda je sicer res, da bo subjekt, ki ni udeležen v kartelu in ima proste zmogljivosti, v skušnjavi, da lastne cene določi pod cenami kartela, da bi na ta način na račun udeležencev kartela pridobil tržni delež. Vendar pa celo v tem primeru za subjekt, ki ni udeležen v kartelu, obstaja pomembna spodbuda, da od svojih strank zahteva višjo ceno, kot bi bilo to sicer možno v konkurenčnih pogojih. Če na primer predpostavimo, da je cena kartela določena na 120 in bi sicer v konkurenčnih pogojih dosežena cena znašala 100, bi lahko subjekt, ki ni udeleženec v kartelu, svojo ceno na primer določil na 110. Tako ravnanje nikakor ne bi bilo neobičajno, temveč gospodarsko smiselno in za udeležence kartela vse prej kot nepredvidljivo.

51. Obratno je za uspeh protikonkurenčnih sporazumov podjetij, ki so udeležena v kartelu, zelo pomembno, da se dvignejo tudi cene subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, in se približajo cenam udeležencev kartela. Bolj kot se namreč skupno dvigne raven cen, toliko bolj se lahko na dolgi rok na trgu uveljavijo cene, ki jih prakticirajo sami udeleženci kartela. Tudi iz tega razloga bi lahko sklepali, da razumnih udeležencev kartela, ki so se domislili logike protikonkurenčnih dejavnosti, učinek dežnika ne preseneča, temveč so morali nasprotno računati na pojav takih učinkov. Družba ÖBB-Infrastruktur je pravilno opozorila na to.

52. V teh okoliščinah je treba šteti, da pri škodi, ki je posledica učinka dežnika, ne gre za tako škodo, katere nastanek je vedno netipičen ali nepredvidljiv za udeležence kartela. Bilo bi neskladno s polnim učinkom člena 81 ES oziroma člena 85 Pogodbe E(G)S (postal člen 101 PDEU), če bi nadomestilo take škode že vnaprej izključili s sklicevanjem na sorazmerno strogo razumevanje merila ustrezne vzročne zveze.

2. Skladnost vračila škode, ki je nastala zaradi učinka dežnika, s ciljem kršenih pravil o konkurenci

53. Drugič, treba je še proučiti, ali je vračilo škode, nastale zaradi učinka dežnika, v skladu s cilji člena 81 ES oziroma člena 85 Pogodbe E(G)S (postal člen 101 PDEU).

54. Predložitveno sodišče tako kot družbe Kone, Otis, Schindler in ThyssenKrupp ter avstrijska vlada meni, da je škoda, ki je nastala zaradi učinka dežnika, zunaj varstvenega namena pravil Unije o konkurenci. Udeleženci kartela za tako škodo civilnopravno ne bi mogli prevzeti odgovornosti, ker ne bi bilo vzročne zveze z nezakonitostjo.

55. Tudi ta argument ni utemeljen.

32 — V enakem smislu H. Beth in C.-M. Pinter, WuW 2013, str. 228 (232): „Auch bei solchen Produktunterschieden sind Preisschirmeffekte nicht unwahrscheinlich, jedoch werden diese geringer ausfallen als bei einem hohen Homogenitätsgrad.“

33 — Družba ÖBB-Infrastruktur se je v teh okoliščinah sklicevala na v Avstriji veljavne predpise v zvezi z odpiranjem ponudb v okviru razpisnega postopka.

56. Cilj pravil o konkurenci iz člena 81 ES oziroma člena 85 Pogodbe E(G)S ter 86 Pogodbe E(G)S (postala člen 101 PDEU in člen 102 PDEU) je vzpostavitev in vzdrževanje sistema neizkrivljene konkurence na evropskem notranjem trgu. Temu namenu, ki je temeljnega pomena za evropsko povezovanje,³⁴ služijo zasebni ter javni mehanizmi izvajanja konkurenčnega prava.

57. Težko je trditi, da bi bilo ravno priznanje civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela neskladno s škodo, ki je nastala zaradi učinka dejnika. Kot bom predstavila v nadaljevanju, se tak odškodninski zahtevek brez težav vključi v sistem, v katerem se izvajajo evropska pravila o konkurenci (glej del a) spodaj), in je poleg tega primeren za odpravo negativnih posledic, ki jih na področju konkurence imajo kršitve udeležencev kartela za druge akterje na trgu, zlasti za potrošnike (glej del b) spodaj).

a) Vključenost izvajanja pravil o konkurenci v sistem

58. Najprej je treba proučiti vprašanje, ali je civilnopravna obveznost udeležencev kartela, da povrnejo škodo, ki je nastala zaradi učinka dejnika, splošno v skladu s sistemom, s katerim se v Evropski uniji izvršujejo v Pogodbah določena pravila o konkurenci.

59. Znano je, da izvrševanje evropskih pravil o konkurenci, temelji na dveh temeljih. Prvič, gre za javno izvrševanje z represivnimi ukrepi (imenovano tudi „*public enforcement*“), ki ga mora opravljati organ, pristojen za konkurenco, in drugič, za zasebno izvajanje ukrepov civilnega prava (imenovano tudi „*public enforcement*“), ki temelji na pobudi posameznikov.³⁵

60. Za zagotovitev polnega učinka pravil o konkurenci je nujno potrebno, da se sistem javnega in sistem zasebnega izvajanja razvijeta na najboljši možni način.³⁶ Učinkovitost pravil o konkurenci bi bila bistveno zmanjšana, če bi se glede na določene pojave, kakršen je učinek dejnika, že v začetku odpovedalo sredstvom zasebnega izvajanja in se v tem smislu zanašalo le na javno izvrševanje, kot si to predstavljajo nekateri udeleženci kartela na področju dvigal.

61. Jasno je, da mora biti celota instrumentov za zasebno izvrševanje – in prav tako celota instrumentov za javno izvrševanje – oblikovana in uporabljena tako, da se njihova uporaba ne izkaže za kontraproduktivno glede na učinkovitost pravil o konkurenci. Drugače kakor družba ThyssenKrupp pa sama nimam vtisa, da vključitev učinka dejnika v civilnopravno odgovornost udeležencev kartela lahko ustvari napačne spodbude, ki bi pri izvrševanju pravil o konkurenci naredile več škode kot koristi.

62. Predmet pisnih in ustnih diskusij v postopku pred Sodiščem je bil zlasti mogoča soodvisnost med civilnopravno odgovornostjo na eni strani ter programom ugodne obravnave Evropske komisije in nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, na drugi.

34 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba *Courage in Crehan* (točki 20 in 21). Glede pomena pravil o konkurenci za delovanje notranjega trga glej sodbo z dne 1. junija 1999 v zadevi *Eco Swiss* (C-126/97, Recueil, str. I-3055, točka 36) ter sodbi – ki se nanašata na pravni položaj po začetku veljavnosti Lizbonske pogodbe – z dne 17. februarja 2011 v zadevi *TeliaSonera* (C-52/09, ZDl., str. I-527, točka 20) in z dne 17. novembra 2011 v zadevi *Komisija proti Italiji* (C-496/09, ZDl., str. I-11483, točka 60).

35 — Zgoraj v opombi 9 navedeni sodbi *Courage in Crehan* (točka 27), *Pfleiderer* (točka 29), zgoraj v opombi 2 navedena sodba *Otis* (točka 42) in zgoraj v opombi 9 navedena sodba *Donau Chemie* (točka 23).

36 — V tem smislu zgoraj v opombi 9 navedeni sodbi *Courage in Crehan* (točka 26) in *Manfredi* (točke 60, 89 in 90) ter zgoraj v opombi 2 navedeno sodbo *Otis* (točka 41). Glede pomena zasebnega izvajanja glej tudi Belo knjigo o „odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES“, ki jo je Evropska komisija predložila 2. aprila 2008 (COM(2008) 165 final). Komisija v Beli knjigi predlaga ukrepe, namenjene „vzpostavitvi učinkovitega sistema zasebnega izvajanja (konkurenčnega prava) s pomočjo tožb, ki dopolnjuje, vendar ne nadomešča ali ogroža javnega izvajanja“ (str. 4, del 1.2). Tudi Sodišče EFTA je imelo pred kratkim priložnost opozoriti na pomen zasebnega izvajanja konkurenčnega prava in poudariti, da je to v javnem interesu (sodba z dne 21. decembra 2012 v zadevi *DB Schenker* proti Nadzornemu organu EFTA, E-14/11, točka 132).

63. Sicer je mogoče, da možnost uveljavljanja civilnopravne odgovornosti oškodovanih akterjev na trgu nekatere udeležence kartela morda vendarle odvrne od tega, da predstavijo svoje karte in sodelujejo z organi, pristojnimi za konkurenco. Vendar, ali je to lahko tudi razlog za popolno neupoštevanje upravičenih interesov oškodovancev do finančnega nadomestila? Gotovo je primerno udeležencem kartela s programom ugodne obravnave utreti pot nazaj k zakonitosti ter prispevati k odkrivanju kršitev, vendar pa se to ne sme zgoditi v škodo legitimnih interesov drugih akterjev na trgu.

64. Upravičeno se lahko šteje, da se v morebitnem postopku za povračilo škode primerno upošteva stališče podjetja, ki je deležno ugodne obravnave, in se primarno ukrepa zoper druge udeležence kartela za zadovoljitev odškodninskih zahtevkov, kot to predlaga tudi Komisija.³⁷ Po mojem mnenju pa ne bi bilo prav, če bi domnevni „*chilling effect*“ za programe ugodnejše obravnave – če ga je sploh mogoče izmeriti – ki izhaja iz povračila škode, izkoristili za kategorično izključitev kakršne koli civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela za učinek dežnika.

65. To še toliko bolj drži, ker bi omejevalna praksa pri zagotavljanju povračila škode odločilno dajala prednost tistim, ki so udeleženi v protikonkurenčnih praksah ali razmišljajo o tem, da bi to počeli. Finančna tveganja, ki so povezana z udeležbo v kartelu, je zanje toliko lažje izračunati, kolikor manj je odškodninskih zahtevkov, ki so vloženi v primeru njihovega odkritja. Če bi se udeležencem kartela lahko zagotovilo, da jim nikoli ne bo treba odgovarjati za učinek dežnika, bi zanje to pomenilo dodatno spodbudo, da nadaljujejo s protikonkurenčnimi dejavnostmi. Odvračalni učinek – ki je povezan z mehanizmi zasebnega izvajanja in ki je izrecno zaželen³⁸ – v razmerju do podjetij, ki imajo namen kršiti pravila igre, ki veljajo na notranjem trgu, bi se sprevrgel v njegovo nasprotje.

66. V nasprotju s tem, kar naj bi trdila družba Kone, cilja evropskega konkurenčnega prava ni mogoče omejiti na to, da se podjetjem, ki delujejo na notranjem trgu, omogoči kar najbolj stroškovno učinkovito gospodarsko dejavnost. V vladavini prava, ki si je kot cilj zastavila vzpostavitev visokokonkurenčnega socialnega tržnega gospodarstva (člen 3(3) PEU), imajo delujoči trgi z neizkrivljeno konkurenco notranjo vrednost, ne glede na vse preudarke v zvezi s stroški/koristjo.

67. Poleg tega ni prav verjetno, da ravno podjetja, ki so manipulirala z dogajanjem na trgu in so umetno vzdrževala visoko raven cen, opozarjajo pred previsokimi cenami za akterje na trgu in pred nevarnostjo za učinkovitost trgov, če udeleženci kartela ne bi bili oproščeni odgovornosti glede določenih odškodninskih zahtevkov. Udeleženci kartela lahko sami poskrbijo za najučinkovitejše varstvo v zvezi s stroški, povezanimi z morebitnimi odškodninskimi zahtevki, in sicer s tem, da že v začetku opustijo kršitve pravil o konkurenci. Priznanašanje udeležencem kartela v zvezi z odškodninskimi zahtevki bi nasprotno vodilo le do tega, da bi drugi akterji na trgu, zlasti oškodovane stranke, morali nositi finančno breme zaradi dejavnosti kartela.

68. Izredno zanimiva se v teh okoliščinah zdi tudi trditev družbe ThyssenKrupp, da bi civilnopravna odgovornost udeležencev kartela za učinek dežnika lahko „vodila do zmanjšanja konkurence na trgu“, ker bi bila lahko podjetja spričo tveganj, ki so jim izpostavljena z vidika odgovornosti, odvrnjena od zadevnega trga.³⁹ V zvezi s tem zadostuje opozoriti: zgled dejavnosti na notranjem trgu bi morala biti podjetja, ki spoštujejo pravila o konkurenci, in ne tista, ki želijo uporabiti nezakonite prakse na račun drugih. Če je namen priznanja obveznosti vračila škode zaradi učinka dežnika udeležencev kartela to, da se črne ovce drži stran od trga, bi to težko pomenilo neugodnost za konkurenco.

37 — V členu 11 predloga Direktive in v pripadajoči uvodni izjavi 28 preambule Komisija predlaga, naj se podjetje, ki mu je organ, pristojen za konkurenco, v okviru programa ugodnejše obravnave priznal oprostitev globe, v določenem obsegu ugodno obravnava tudi glede civilnopravne odgovornosti.

38 — Čeprav je Komisija na obravnavi skušala zmanjšati pomen odvračalnega učinka, mu Sodišče v ustaljeni sodni praksi pripisuje velik pomen; glej zgoraj v opombi 9 navedene sodbe *Courage in Crehan* (točka 27), *Manfredi* (točka 91), *Pfleiderer* (točka 28) in *Donau Chemie* (točka 23).

39 — V odgovor na moje vprašanje je zastopnik družbe ThyssenKrupp na obravnavi to trditev označil za „retorično pretiravanje“.

69. Manj prepričljivo je nazadnje posamično izraženo opozorilo pred preobremenitvijo civilnih sodišč držav članic, če bi Sodišče sprejelo obveznost povrnitve škode, ki je nastala zaradi učinka dejnika, od udeležencev kartela. Namreč, ob upoštevanju sorazmerno velikih preprek, ki jo pred civilnimi sodišči pričakujejo v zvezi z dokaznim bremenom,⁴⁰ bi bilo dobro, da bi vsaka tožeča stranka, ki vlaga tožbo zaradi učinka dejnika („*umbrella plaintiff*“), dobro pretehtala možnosti za uspeh in tveganja civilnopravne tožbe zoper udeleženca kartela.

70. Kadar pa se stranka subjekta, ki ni udeležen v kartelu, odloči, da bo zoper udeleženca kartela uveljavljala škodo, ki je nastala zaradi učinka dejnika, ni nobenega razloga, da bi ji odrekli izvedbo sodnega postopka s tem, da bi ji naložili domnevno preveliko breme. Nasprotno, države članice morajo v skladu s členom 19(1), drugi pododstavek, PEU in členom 47(1) Listine o temeljnih pravicah na področju uporabe evropskega konkurenčnega prava določiti potrebna pravna sredstva, ki so potrebna za zagotovitev učinkovitega pravnega varstva.⁴¹

b) Primernost za odpravo negativnih posledic kršitev pravil o konkurenci

71. Nazadnje je treba pojasniti, ali je vključitev učinka dejnika v civilno odgovornost udeležencev kartela v skladu s funkcijo odškodnine. Povsem splošno je namen te funkcije odprava negativnih posledic storjenih kršitev, in prav temu namenu služi tudi obveznost udeležencev kartela, da vsem povrnejo škodo, ki so jo povzročili s protikonkurenčnimi dejavnostmi.⁴² Možnost pridobitve odškodnine hkrati okrepi zaupanje v pravila Evropske unije o konkurenci in znatno prispeva k njihovem učinkovitemu izvajanju.⁴³

i) Ugovor, da škoda, ki je nastala zaradi učinka dejnika, ni bila namerna

72. Nekatere stranke postopka trdijo, da so nekatera podjetja, ki so bila udeležena v kartelu na področju dvigal, dejansko hotela dvigniti cene za njihove stranke, ne pa cen subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, za stranke teh subjektov, na podlagi učinka dejnika. Zato bi bilo nepravilno, če bi od udeležencev kartela zahtevali odškodnino v zvezi s tem učinkom.

73. Ta ugovor ne vzdrži.

74. Ugotovitev vzročne zveze med kartelom in določenimi vrstami škode, ki bi lahko nastala akterjem na trgu, temelji na povsem objektivnih merilih. Možno je sicer, da je s subjektivnega vidika civilna odgovornost odvisna od tega, ali so udeleženci kartela naklepno ali iz malomarnosti kršili pravila o konkurenci, ki so določena v Pogodbah. Ni pa pomembno, ali so udeleženci kartela tudi namerno ali iz malomarnosti povzročili škodo, ki je dejansko nastala. Tako dokazovanje krivde bi bilo neskladno s splošnimi načeli civilnega prava in bi prekomerno otežilo praktično izvajanje pravil o konkurenci.

75. Ne glede na to je v primeru, kakršen je ta, ki se obravnava, kot je bilo že navedeno,⁴⁴ nastanek učinka dejnika za podjetje, ki je udeleženo v kartelu, povsem nepredvidljiv. Zato iz tega izhaja, da udeleženci kartela sprejmejo možnost pojava učinka dejnika pri njihovih protikonkurenčnih dejavnostih, tako da jim je treba v zvezi z nastalo škodo pripisati vsaj malomarnost, mogoče pa celo eventualni naklep (*dolus eventualis*).

40 — Nekatere olajšave dokazovanja pa so predvidene v Predlogu direktive Komisije.

41 — V tem smislu glej zgoraj v opombi 9 navedene sodbe *Courage in Crehan* (točka 25), *Manfredi* (točka 89) in *Donau Chemie* (točka 22); poleg tega glede pomena člena 47 Listine o temeljnih pravicah v okviru spora civilnega prava med zasebniki glej zlasti sodbo z dne 18. marca 2010 v združenih zadevah *Alassini in drugi* (od C-317/08 do C-320/08, ZDol., str. I-2213, zlasti točka 61).

42 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba *Donau Chemie* (točka 24).

43 — Sodba *Donau Chemie* (točka 23); podobno zgoraj v opombi 9 navedene sodbe *Courage in Crehan* (točki 26 in 27), *Manfredi* (točka 91) in *Pfleiderer* (točka 28).

44 — Glej zgoraj točke od 41 do 52 teh sklepnih predlogov.

ii) Ugovor, da odškodnina, povezana z učinkom dejnika, ne omogoča zasega nezakonitih dobičkov

76. V nasprotju s tem, kar trdijo nekatere stranke postopka, je poleg tega nepomembno, ali povračilo škode, nastale zaradi učinka dejnika, omogoča zaseg nezakonitih dobičkov udeležencev kartela.

77. Da lahko pride do zasega dobička, ima lahko v veliko primerih dobrodošle stranske učinke povračila škode, povezane s protikonkurenčnim ravnanjem. Vendar pa ta zaseg dobička ni nujen pogoj za uveljavljanje odškodnine zoper udeleženca kartela.

78. V tem je temeljna razlika med pravico do povračila škode in pravico do vračila zaradi neupravičene obogatitve. Bistveni namen odškodnine ni, da se povzročitelju škode odvzame tisto, česar ima preveč, temveč to, da se oškodovancu da zadoščenje za škodo, ki jo je utrpel zaradi protipravnega ravnanja povzročitelja škode.⁴⁵ Ta funkcija je povsem v skladu z razširitvijo civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela za škodo, nastalo zaradi učinka dejnika.

iii) Ugovor v zvezi z vložitvijo zahtevka za kaznovalno odškodnino

79. Neupošteven je nazadnje tudi ugovor, ki ga je podalo več strank postopka, v skladu s katerim bi s priznanjem civilnopravne odgovornosti za učinek dejnika odškodnina, ki jo morajo plačati udeleženci kartela, degenerirala v kaznovalno odškodnino.

80. Ne glede na to, da pravo Unije načeloma ne prepoveduje odobritev odvratalne ali kaznovalne odškodnine,⁴⁶ pa ni nobenega znaka za to, da ima civilnopravna odgovornost udeležencev kartela za učinek dejnika lahko tak učinek.

81. V nasprotju s tem, kar je sicer običajno za kaznovalno odškodnino, se od udeležencev kartela zahteva zgolj to, da na podlagi vključitve učinka dejnika v obveznost povračila škode povrnejo tisto škodo, katere nastanek so na zadevnem trgu povzročili s svojimi protikonkurenčnimi dejavnostmi. Prekomerno nadomeščanje škode se ne pojavlja.

82. Skupno je treba izhajati iz tega, da mora biti nadomestilo škode, ki je nastala zaradi učinka dejnika, v skladu s cilji člena 81 ES in člena 85 Pogodbe E(G)S (postal člen 101 PDEU).

3. Povzetek

83. Glede na navedeno torej škode, ki je nastala zaradi učinka dejnika, ni mogoče splošno šteti za nepredvidljivo, zato je njeno vračilo v skladu s cilji člena 81 ES oziroma člena 85 Pogodbe E(G)S (postal člen 101 PDEU). Bilo bi v nasprotju s polnim učinkom teh pravil o konkurenci, če bi vračilo take škode v okviru nacionalnega prava *a priori* kategorično izključili.

C – Končna ugotovitev

84. Rešitev, ki jo predlagam, ne vodi samodejno in v vseh posamičnih primerih k obveznosti za udeleženca kartela, da povrnejo škodo strankam subjektov, ki niso udeleženi v kartelu, vendar pa take obveznosti povračila *a priori* ne izključuje. Nasprotno, z izčrpno presojo vseh upoštevnihih okoliščin je treba vedno proučiti, ali se je v konkretnem posamičnem primeru kot posledica kartela pojavil učinek dejnika.

45 — To razliko je na obravnavi pred Sodiščem v odgovor na moje vprašanje priznal tudi zastopnik družbe Otis.

46 — Zgoraj v opombi 9 navedena sodba Manfredi (točki 92 in 93).

85. Premik problematike učinka dežnika s popolnoma teoretične ravni na raven dokazovanja se mi zdi najprimernejši za učinkovito izvajanje evropskih pravil o konkurenci, pri čemer se upoštevajo interesi vseh akterjev na trgu.

86. Gotovo ne bo vedno mogoče najti sporočilnih študij ali drugih dokazov, na podlagi katerih bi bilo mogoče razumno ugotoviti, da je na zadevnem trgu zaradi kartela prišlo do učinka dežnika. Po drugi strani je tak učinek vse prej kot izključen, in z njim povezana škoda nikakor ni tako „špekulativna“ in „negotova“, ⁴⁷ kot se včasih trdi. V obravnavanem primeru je na primer avstrijsko Oberster Gerichtshof v predložitveni odločbi trdilo, da je kartel na področju dvigal povzročil izkrivljenje pričakovanega razvoja cen, ⁴⁸ družba ÖBB-Infrastruktur pa napotuje na študijo, ki naj bi dokazovala pojav učinka dežnika. ⁴⁹

87. Zgolj postransko je treba pripomniti, da potrditev civilnopravne odgovornosti udeležencev kartela za učinek dežnika – v nasprotju z mnenjem mnogih kritikov – nič bolj in nič manj ne „koristi podjetjem“ kot kategorična izključitev kakršne koli obveznosti povrnitve škode, kot se zdi, da si predstavlja predložitveno sodišče. Akterji na trgu namreč niso le udeleženci kartela, temveč tudi stranke, od katerih se zahtevajo previsoke cene, ne glede na to, ali so ti v pogodbenem razmerju z udeleženci kartela ali s subjekti, ki niso udeleženi v kartelu. Bilo bi kar neupravičeno, če bi enostransko dajali prednost – s kategorično izključitvijo učinka dežnika iz njihove civilne odgovornosti – prav udeležencem kartela, ki so odgovorni za težke kršitve pravil o konkurenci, zlasti zato, ker bi to – kakor je bilo že navedeno ⁵⁰ – povzročilo napačno spodbudo v zvezi z dejanskim izvajanjem pravil o konkurenci.

88. Rešitev, ki jo predlagam, ni v neskladju z osnutkom zakona o delni uskladitvi odškodninskih tožb nacionalnega prava, ki ga je nedavno podala predlagala Evropska komisija. Tudi predlog Direktive, kot je bilo na obravnavi ugotovljeno med razpravljanjem s strankami postopka, ki ga je podala Komisija, ne preprečuje odobritve povračila škode, ki je nastala zaradi učinka dežnika. ⁵¹

89. Okoliščina, da sodna praksa Združenih držav Amerike ni enotna ⁵² glede tako navedenih „*umbrella claims*“ in da še vedno manjka razlaga najvišjega sodnega organa ter zlasti vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike, Sodišču ne bi smela preprečiti, da se loti problematike učinka dežnika.

47 — Glej v tem smislu zlasti – iz sodne prakse sodišč Združenih držav Amerike – odločbe United States Court of Appeals (Third Circuit), *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc.*, 596 F.2d 573, 597 (1979) in United States District Court (District of Columbia), *Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories*, 62 F.Supp.2d 25, 39 (1999).

48 — Glej točko 7 teh sklepnih predlogov.

49 — Nacionalna sodišča morajo proučiti to trditev in presoditi dokazno vrednost te študije.

50 — Glej zgoraj točki 64 in 65 teh sklepnih predlogov.

51 — Namen navedenega predloga Direktive (naveden v opombi 13) ni dokončna uskladitev tega področja, temveč je njen predmet, kot je razvidno že iz njegovega naslova, zgolj sprejetje „nekaterih predpisov za odškodninske tožbe“, s katerim se izrecno priznava, da obstajajo drugi „vidiki, ki niso obravnavani v tej Direktivi“ (glej uvodno izjavo 10 predlagane Direktive). Poleg tega so določbe iz predloga Direktive oblikovane na dovolj odprt način, da zajemajo tudi povračilo škode, ki je nastala zaradi učinka dežnika in tega povračila vsekakor ne izključujejo (glej zlasti člen 11(2) in 4 predlagane Direktive, v katerih se govori o „oškodovancih, ki niso neposredni ali posredni kupci ali dobavitelji“ podjetij, ki so povzročila kršitev).

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

V – Predlog

90. Na podlagi navedenih razlogov Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne določbe, ki ga je vložilo avstrijsko Oberster Gerichtshof, odgovori:

Člen 85 Pogodbe E(G)S in člen 81 ES nasprotujeta razlagi in uporabi nacionalnega prava države članice, v skladu s katero je iz pravnih razlogov izrecno izključena civilnopravna odgovornost podjetij, ki so udeležena v kartelu, za škodo, ki je nastala zaradi tega, ker je podjetje, ki ni udeleženo v kartelu, po zgledu dejavnosti kartela določilo višje cene od tistih, ki bi jih sicer v pogojih konkurence lahko pričakovali.