Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 30 januari 2014[1]

Mål C-557/12

KONE AG m.fl.

(begäran om förhandsavgörande från Österrikes Oberster Gerichtshof)

”Konkurrens — Konkurrensrätt — Privat tillämpning — Skadeståndstalan — Skadeståndskrav som en kund till ett från en kartell utanförstående företag riktar mot de företag som deltagit i kartellen på grund av de överpriser som det utanförstående företaget tagit ut till följd av kartellens verksamhet — Paraplypriseffekter (Umbrella-pricing) — Direkt orsakssamband — Effektivitetsprincipen”

I – Inledning

1. Domstolen ges i detta förfarande för förhandsavgörande tillfälle att ytterligare komplettera sin praxis avseende privata aktörers möjlighet att på civilrättslig väg genomdriva efterlevnaden av den europeiska konkurrensrätten. Det rör sig om en fråga som hittills inte har klargjorts på unionsnivå, nämligen huruvida det civilrättsliga skadeståndsansvaret för deltagare i en kartell även omfattar så kallade *paraplypriseffekter* (på engelska *umbrella effects* eller även *umbrella pricing*).

2. Det talas om paraplyeffekter då företag som själva inte deltar i en kartell (så kallade utanförstående konkurrenter) drar fördel av kartellens verksamhet, och ”till följd av kartellen” medvetet eller omedvetet sätter högre priser än vad som annars hade varit möjligt under normala konkurrensförhållanden. Frågan uppkommer huruvida det av unionsrätten följer att kunder till utomstående kan begära skadestånd vid en nationell domstol av deltagarna i kartellen för de utomstående företagens högre priser, eller om en sådan skadeståndsskyldighet tvärtom får uteslutas inom ramen för den nationella civilrätten, eftersom det rör sig om en avlägsen skada eller indirekt skada.

3. Dessa frågor uppkommer med anledning av den kartell avseende hissar som domstolen vid ett flertal tillfällen redan har haft att ta ställning till i andra sammanhang.[2] ÖBB-Infrastruktur AG förvärvade i egenskap av köpare hissar av ett företag som *inte* deltog i hisskartellen till ett pris som enligt köparens uppfattning var högre än vad som hade varit att förvänta under normala konkurrensförhållanden, eftersom företaget har dragit fördel av hisskartellen. ÖBB-Infrastruktur har vid de österrikiska civildomstolarna väckt talan om ersättning mot de fyra företag som deltagit i hisskartellen för skada som bolaget har åsamkats härigenom.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se, bland annat, dom av den 6 november 2012 i mål C-199/11, Otis m.fl. och av den 18 juli 2013 i mål C-501/11 P, Schindler Holding m.fl. mot kommissionen samt mitt förslag till avgörande av den 18 april 2013 i det sistnämnda målet.

4. Om detta skadeståndsyrkande enbart skulle bedömas enligt den österrikiska civilrätten så skulle yrkandet enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen avvisas direkt, eftersom de företag som deltar i kartellen enligt de principer som är tillämpliga i den nationella rätten inte kan hållas ansvariga för paraplypriseffekter. Domstolen ska nu ta ställning till huruvida unionsrätten utgör hinder för att kategoriskt undanta kartelldeltagare från ansvar för paraplypriseffekter. Domstolens dom i detta mål kommer utan tvekan att vara vägledande för vidareutvecklingen av den europeiska konkurrenslagstiftningen och framför allt för de privata aktörernas möjlighet att på civilrättslig väg genomdriva efterlevnaden av denna.

II – De faktiska omständigheterna och målet vid den nationella domstolen

A – *Hisskartellen*

5. I flera medlemsstater i Europeiska unionen var den så kallade hisskartellen, inom ramen för vilken stora europeiska hiss- och rulltrappeföretag, nämligen Kone, Otis, Schindler och ThyssenKrupp, samverkade genom konkurrensbegränsande överenskommelser, verksam i flera år. Europeiska kommissionen upptäckte kartellen år 2003 och ålade år 2007 böter för den verksamhet som hisskartellen gjort sig skyldig till på den belgiska, tyska, nederländska och luxemburgska marknaden. [3]

6. I Österrike vidtog Bundeswettbewerbsbehörde (den federala konkurrensmyndigheten) och kartelldomstolen åtgärder mot hisskartellen. Kartelldomstolens beslut att ålägga böter år 2007 [4] bekräftades år 2008 av Oberster Gerichtshof i egenskap av överinstans i kartellärenden. [5] ThyssenKrupp hade ansökt om förmånlig behandling.

7. Enligt de slutsaser som drogs i det österrikiska kartellförfarandet hade kartelldeltagarna sedan 1980-talet och till början av år 2004 i stor omfattning, om än ej heltäckande, åtminstone tillämpat en ömsesidig överenskommelse om uppdelning av marknaden för hiss- och rulltrappor. Syftet med kartellen var att för de gynnade företagen säkerställa högre priser än vad som hade kunnat uppnås under normala konkurrensförhållanden. Kartellen har medfört en snedvridning av konkurrensen och den prisutveckling som kunde ha förväntats under normala konkurrensförhållanden.

8. Beträffande nya anläggningar eftersträvade kartelldeltagarna en koordinering av betydligt mer än hälften av hela marknadsvolymen i Österrike. I mer än hälften av de berörda projekten kom kartelldeltagarna dessutom överens om vem som skulle tilldelas vad. På så sätt var minst en tredjedel av marknadsvolymen föremål för överenskommelsen mellan kartelldeltagarna. Ungefär två tredjedelar av de tilldelade projekten genomfördes som planerat. I den återstående tredjedelen av fallen tilldelades kontrakten antingen utomstående företag eller ett företag som deltog i kartellen men som inte höll sig till överenskommelsen och som satt ett lägre pris än avtalat.

9. Kartelldeltagarnas agerande medförde att marknadspriserna knappt ändrades och att deltagarnas marknadsandelar fortsatte att vara ungefär lika stora.

B – *ÖBB-Infrastrukturs skadeståndstalan*

10. ÖBB-Infrastruktur är ett dotterbolag till österrikiska federala järnvägsbolaget och har som sådant anförtrotts uppgiften att upprätta och underhålla järnvägsstationer i hela Österrike. ÖBB-Infrastruktur är en viktig kund på den österrikiska marknaden för hissar och rulltrappor.

3 — Se, i detta avseende, även domarna i de ovan i fotnot 2 nämnda målen Otis m.fl. (punkt 18 och följande punkter) och Schindler Holding m.fl. mot kommissionen (punkt 10 och följande punkter).

4 — Beslut från Oberlandesgericht Wien, i egenskap av kartelldomstol, av den 14 december 2007 (nr 25 Kt 12/07).

5 — Beslut från Oberster Gerichtshof, i egenskap av överinstans i kartellärenden, av den 8 oktober 2008 (nr 16 Ok 5/08).

11. ÖBB-Infrastruktur har vid de österrikiska domstolarna väckt talan om skadestånd mot kartelldeltagarna Kone, Otis, Schindler och ThyssenKrupp på mer än 8 miljoner euro. Som grund för sitt skadeståndsyrkande har ÖBB-Infrastruktur huvudsakligen åberopat att det på grund av den verksamhet som hisskartellen utövat fått betala för höga priser för de hissar som bolaget förvärvat. Det är härvid fråga om hissar som ÖBB-Infrastruktur förvärvat som dels direkt, dels indirekt kund till kartelldeltagarna och som kund till från kartellen utomstående företag.

12. Förevarande begäran om förhandsavgörande avser enbart den del av skadeståndstalan genom vilken ÖBB-Infrastruktur har gjort gällande att ett utomstående företag har tagit ut ett betydligt högre pris av bolaget än vad som hade varit möjligt under normala konkurrensförhållanden, eftersom det utomstående företaget har dragit fördel av kartellen. Denna skada har av ÖBB-Infrastruktur uppskattats till cirka 1,8 miljoner euro.

13. Domstolen i första instans ogillade i sin dom denna del av skadeståndstalan.[6] Oberlandesgericht Wien, i egenskap av appellationsdomstol, upphävde sedan denna dom i de avgörande punkterna.[7] Målet har numera överklagats vid Österrikes Oberster Gerichtshof.

14. Enligt Oberster Gerichtshof kan kartelldeltagarna av rättsliga skäl inte tillskrivas ansvar för det skadestånd som ÖBB-Infrastruktur yrkat. Dels saknas det adekvata orsakssamband som krävs enligt den österrikiska lagstiftningen, dels omfattas den åberopade skadan inte av det skyddssyfte som eftersträvas med konkurrensreglerna. I fråga om den kontroversiella debatt som förs i doktrinen om den korrekta rättsliga behandlingen av paraplypriseffekter hyser Oberster Gerichtshof emellertid tvivel om huruvida ett sådant resultat, som enbart grundar sig på den nationella civilrätten, är förenligt med unionsrätten och i synnerhet effektivitetsprincipen.

III – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

15. Oberster Gerichtshof,[8] den hänskjutande domstolen, har genom beslut av den 17 oktober 2012 hänskjutit följande fråga till Europeiska unionens domstol med begäran om förhandsavgörande:

Ska artikel 101 FEUF (artikel 81 EG och artikel 85 i EG-fördraget) tolkas så, att var och en även kan kräva ersättning från deltagarna i en kartell för skada som vederbörande har åsamkats genom ett från kartellen utomstående företag som, genom att dra nytta av de högre marknadspriserna, har höjt priserna för sina egna produkter mer än vad som hade varit fallet om det inte hade förelegat någon kartell (*umbrella-pricing*), vilket innebär att den av Europeiska unionens domstol fastställda effektivitetsprincipen måste tillämpas i nationell rätt?

16. I den skriftliga delen av förfarandet för begäran om förhandsavgörande har dels ÖBB-Infrastruktur, klaganden i tvisten i målet vid den nationella domstolen, dels Kone, Otis, Schindler och ThyssenKrupp, svarande i tvisten i målet vid den nationella domstolen, samt den österrikiska och den italienska regeringen liksom Europeiska kommissionen yttrat sig. Med undantag för de båda regeringarna har dessa parter även yttrat sig vid den muntliga förhandlingen den 12 december 2013.

6 — Deldom från Handelsgericht Wien av den 19 september 2011 (nr 19 Cg 21/10z-57).

7 — Beslut från Oberlandesgericht Wien, i egenskap av appellationsdomstol, av den 21 december 2011 (nr1 R 272/11v-65).

8 — Nr 7 Ob 48/12b.

IV – Bedömning

17. Den nationella domstolens begäran avser i första hand en tolkning av artikel 101 FEUF, medan det endast i andra hand har hänvisats till artikel 81 EG och artikel 85 i EG-fördraget. Eftersom hisskartellens verksamhet ägde rum innan Lissabonfördraget trädde i kraft, närmare bestämt för att tidsmässigt till viss del omfattas avartikel 81 EG och till viss del till och med av artikel 85i E(E)G-fördraget, är enbart de två sistnämnda bestämmelserna av betydelse för att besvara förevarande begäran om förhandsavgörande. Mina överväganden kan emellertid utan vidare även överföras till artikel 101 FEUF vars innehåll i huvudsak är detsamma.

18. Enligt fast rättspraxis kan den som lidit skada av en kartell som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG eller artikel 85 E(E)G-fördraget begära skadestånd av de företag som deltagit i kartellen.[9] Det har emellertid ännu inte prövats huruvida sådana skadeståndsanspråk även omfattar de skador som åsamkats genom prishöjningar av ett företag som står utanför kartellen, till en nivå som är högre än vad som hade varit fallet under normala konkurrensförhållanden, det vill säga som beror på paraplypriseffekter. Denna fråga är mycket omdiskuterad i doktrinen.[10] Det är därför inte särskilt överraskande att även de berörda parterna i förevarande fall har mycket olika uppfattningar i denna fråga, särskilt som det innebär betydande finansiella konsekvenser.

19. Rättsligt sett är frågan huruvida kartelldeltagare även kan hållas civilrättsligt ansvariga för paraplypriseffekter ett problem som gäller *orsakssambandet.* Frågan är om det finns ett tillräckligt nära samband mellan kartellen och de skador som uppkommit genom paraplypriseffekter till följd av kartellen eller om det rör sig om avlägsna skador för vilka ersättning inte rimligen kan krävas av kartelldeltagarna.

20. Jag kommer i det följande inledningsvis att visa att frågan, huruvida kartelldeltagare är civilrättsligt ansvariga för paraplypriseffekter, är en unionsrättslig fråga och inte en fråga som ska avgöras enligt nationell rätt (se nedan punkt A). Därefter kommer jag att undersöka de konkreta rättsliga krav som ur unionsrättslig synvinkel får ställas för fastställandet av ett orsakssamband mellan en kartell och eventuella paraplypriseffekter (se i detta avseende nedan punkt B).

A – *Kartelldeltagarnas civilrättsliga ansvar för paraplypriseffekter: En unionsrättslig fråga*

21. Den hänskjutande domstolen och flera av deltagarna i förfarandet anser att frågan huruvida kartelldeltagarna kan hållas ansvariga för paraplypriseffekter i första hand ska bedömas enligt den nationella lagstiftningen och att medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning ur unionsrättens synvinkel härvid på sin höjd begränsas av principen om likvärdighet och effektivitet. Kone har till stöd för sin argumentation i detta sammanhang även anfört subsidiaritetsprincipen.

9 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297), punkterna 25 och 26, av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04-C-298/04, Manfredi m.fl. (REG 2006, s. I-6619), punkterna 60 och 61, av den 14 juni 2011 i mål C–360/09, Pfleiderer (REU 2011, s. I-5161), punkt 28, domen i målet Otis (ovan fotnot 2), punkterna 41 och 43, och dom av den 6 juni 2013 i mål C-536/11, Donau Chemie m.fl. punkt 21.

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

22. Denna uppfattning finner vid ett första påseende stöd i domen i målet Manfredi, där domstolen fastställde att det ”ankommer … på den … interna rättsordning[en]” att ange villkoren för att utöva rätten till skadestånd, inklusive tillämpningen av begreppet ”orsakssamband”, och därvid anmoda till att beakta likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. [11]

23. Vid närmare betraktande av domen i målet Manfredi och vissa tidigare domar av domstolen framgår emellertid att inte *förekomsten* av skadeståndsanspråk (det vill säga frågan *huruvida* skadestånd ska utdömas) enligt det rådande rättsläget är beroende av nationell rätt, utan snarare *villkoren* för tillämpning och *bestämmelserna* om hur sådana rättigheter ska genomföras (det vill säga frågan *hur* skadestånd ska utdömas), det vill säga särskilt behörighet, förfarande, frister och bevisning. [12]

24. Principen om att var och en har rätt att begära ersättning för skada som vederbörande åsamkats, när det föreligger ett orsakssamband mellan skadan och överträdelse av konkurrensreglerna följer av unionsrätten, närmare bestämt av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 81 EG och artikel 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF). [13] Principerna om att företag är civilrättsligt ansvariga för sina överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan och om att medlemsstaterna är ansvariga för sina överträdelser av unionsrätten [14] är båda, trots de begreppsmässiga skillnader som annars kan föreligga mellan dessa instrument, direkt förankrade i unionsrätten. [15]

25. Att det särskilt vad gäller kartelldeltagarnas skadeståndsskyldighet rör sig om en genuin unionsrättslig princip kan, såsom den italienska regeringen med rätta har anfört, inte minst härledas ur det aktuella kartellförbudets rättsliga karaktär och betydelse. Förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan gäller direkt mellan enskilda, det medför enligt primärrätten skyldigheter för de företag som är verksamma på den inre marknaden och kan göras gällande av var och en. [16] Den fulla ändamålsenliga verkan av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan – *effet utile* – skulle undergrävas om inte var och en kan begära ersättning för en skada som vederbörande åsamkats genom företags överträdelser av artikel 81 EG och 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF). [17]

26. Domstolen har därför i domen i målet Manfredi slagit fast att ”rätten för var och en att begära ersättning för en skada som har orsakats av ett avtal eller ett beteende som kan begränsa eller snedvrida konkurrensen” ska vara beroende av varje medlemsstats nationella rätt, om denna rättighet inte föreligger. [18]

11 — Domen i målet Manfredi (ovan fotnot 9), punkterna 64 och 92.

12 — Se domarna i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkt 29, Manfredi, punkterna 62, 64 och 77, Pfleiderer, punkt 30, och Donau Chemie, punkt 25.

13 — Se, i detta avseende, domarna i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkterna 25 och 26, och Manfredi, punkterna 60 och 61. Kommissionen har också erkänt detta i sitt förslag av den 11 juni 2013 till Europaparlamentets och rådets direktiv om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser KOM(2013) 404 slutlig (nedan kallat direktivförslaget), där den talar om ”rätten enligt unionslagstiftningen till ersättning för skada som orsakats av överträdelser av unionens konkurrensregler” (se skäl 11 i inledningen till det föreslagna direktivet).

14 — Grundläggande avseende medlemsstaternas ansvar se dom av den 19 november 1991 i de förenade målen C-6/90 och C-9/90, Francovich m.fl. (REG 1991, s. I-5357; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-435), punkterna 35–37, och av den 5 mars 1996i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029), punkt 31.

15 — Se, för ett liknande resonemang, även generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande av den 27 oktober 1993 i mål C-128/92, Banks (REG 1994, s. I-12093), punkterna 36–45.

16 — Se domarna i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkterna 19 och 23, och Manfredi, punkterna 39 och 57, och där angiven rättspraxis.

17 — Domarna i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkt 26, och Manfredi, punkterna 60, 89 och 90.

18 — Domen i det ovan i fotnot 9 nämnda målet Manfredi, punkt 95.

27. Av domen i målet Manfredi framgår dessutom att såväl den personkrets som kan begära skadestånd av kartelldeltagarna på grund av överträdelse av ovannämnda förbud mot konkurrensbegränsande samverkan (”var och en”), som den typ av skador som kartelldeltagarna i förekommande fall ska ersätta, fastställs i unionsrätten. Det har redan klargjorts att de personer som har lidit skada måste kunna begära ersättning för faktisk skada (*damnum emergens*) inklusive utebliven vinst (*lucrum cessans*) samt ränta. [19]

28. Vid en tillämpning på förevarande fall kan av det ovannämnda slutsatsen dras att även frågan om civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare för paraplypriseffekter är en unionsrättslig fråga. Om det ska prövas om deltagarna i en kartell ska ersätta den skada som uppkommit genom paraplypriseffekter så avser nämligen detta inte enbart bestämmelserna för genomdrivande och beräkning av skadeståndsanspråk samt bevisning vid nationella domstolar (det vill säga frågan ”hur” skadestånd ska utdömas). I centrum för intresset står däremot den betydligt mer grundläggande frågan huruvida kartelldeltagare överhuvudtaget kan hållas civilrättsligt ansvariga för denna typ av skador och om personer som inte är deras direkta eller indirekta köpare får väcka talan mot dem (det vill säga ”om” skadestånd ska utdömas). Det kan inte enbart överlåtas åt medlemsstaterna att reglera denna fråga i deras lagstiftning.

29. Om de rättsliga kriterier enligt vilka nationella domstolar ska bedöma huruvida deltagarna i en kartell är civilrättsligt ansvariga i den mening som avses i artikel 81 EG eller artikel 85 E(E)G-fördraget för vissa typer av skador och gentemot vissa personer skiljer sig åt väsentligt mellan medlemsstaterna, skulle det föreligga en risk för särbehandling av ekonomiska aktörer. Detta skulle inte enbart strida mot det allmänna målet med den europeiska konkurrensrätten, nämligen att för de företag som är verksamma på den inre marknaden skapa ramvillkor som är så enhetliga som möjligt (*level playing field* [20]), utan skulle även uppmuntra till *”forum shopping”*.

30. Sammantaget kräver således målet att uppnå en enhetlig och effektiv tillämpning av konkurrenslagstiftningen på den inre marknaden ett enhetligt svar i unionen på den grundläggande frågan om skador som beror på paraplypriseffekter ska ersättas av kartelldeltagarna eller inte.

B – *De unionsrättsliga kraven vad gäller fastställande av orsakssamband*

31. Det återstår att pröva vilka konkreta krav som ur unionsrättsligt hänseende får ställas på fastställande av orsakssamband mellan en kartell och eventuella paraplypriseffekter.

32. Såsom redan framgår av formuleringen ”var och en” som domstolen använt, får kartelldeltagarnas skyldighet att ersätta skadan inte tolkas restriktivt. Karteller kan åsamka betydande ekonomisk skada, inte enbart i kartelldeltagarnas omedelbara närhet, utan även långt därutöver. Det skulle därför vara olämpligt att begränsa den personkrets som har rättigheter på så sätt att *a priori* väcka skadestånd till att gälla enbart vissa marknadsaktörer, till exempel kartelldeltagarnas avtalsparter eller personer som direkt eller indirekt köpt varor eller tjänster. I annat fall skulle den fulla ändamålsenliga verkan av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan inte säkerställas.

33. Det är emellertid helt legitimt att vid prövningen av orsakssambandet tillämpa kriterier genom vilka det säkerställs att kartelldeltagarna inte åläggs en gränslös skadeståndsskyldighet för alla möjliga avlägsna skador som deras konkurrensbegränsande beteende kan ha orsakat, såsom *conditio sine qua non* (ett villkor som är nödvändigt) (även adekvat orsakssamband eller *but-for*-orsakssamband).

19 — Domen i det ovan i fotnot 9 nämnda målet Manfredi, punkterna 95 och 96.

20 — Avseende begreppet ”level playing field”, se mitt förslag till avgörande av den 29 april 2010 i mål C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals mot kommissionen (REU 2010, s. I-8301), punkt 169, av den 8 september 2011 i mål C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., punkt 118, av den 6 september 2012 i mål C-226/11, Expedia, punkt 37, och av den 28 februari 2013 i mål C-681/11, Schenker m.fl., punkt 48.

34. Inom ramen för unionsorganens utomobligatoriska ansvar enligt artikel 340 andra stycket FEUF krävs enligt fast rättspraxis ett *tillräckligt direkt orsakssamband* mellan det skadebringande beteendet och den skada som gjorts gällande. [21] Detta kriterium ska av konsekvensskäl även tillämpas på alla andra fall där skadeståndsanspråk på grund av åsidosättande av unionsrätten kommer i fråga, oberoende av om sådana anspråk kan göras gällande av enskilda mot medlemsstater [22] eller, såsom i förevarande fall, mellan enskilda för att göra gällande civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare för de skador som de åsamkat på marknaden. [23]

35. Det ovannämnda kriteriet direkt måste också preciseras. För att precisera den konkreta innebörden av ”tillräckligt direkt orsakssamband” måste slutligen en normativ betraktelse ske, vilket även är vanligt i den nationella civilrättsliga lagstiftningen i samband med de relevanta bestämmelserna om utomobligatoriskt ansvar. [24] De begrepp som tillämpas i detta avseende (*legal causation*, adekvat orsakssamband och liknande), kan skilja sig mellan rättsordningarna. Huvudsakligen rör det sig emellertid om samma överväganden som även ligger till grund för begreppet tillräckligt direkt orsakssamband.

36. Det ska härvid inledningsvis framhållas att direkt orsakssamband inte får likställas med endast orsakssamband. Den omständigheten som den hänskjutande domstolen och vissa av de parter som deltar i förfarandet framhållit att prisbildningen av en utomstående grundar sig på dennes egna beslut kan således i sig inte vara avgörande för att förneka att kartelldeltagare ska tillskrivas ansvar för skador som orsakats av eventuella paraplypriseffekter. För att anta att ett direkt orsakssamband föreligger räcker det att kartellen i vart fall *var medvållande* till paraplypriseffekterna. [25]

37. Enligt unionsdomstolarnas praxis bryts inte alltid och schablonmässigt orsakssambandet av att tredje man genom sitt agerande har varit medvållande till skadan. Däremot är alltid de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet avgörande. [26] I sådana fall som det förevarande anser jag inte att det orsakssamband som hänför sig till kartellen bryts genom att en utomstående tillkommer, utan det fortsätter, när en utomstående vid prisbildningen (även) riktar sig efter marknadsförhållandena och därvid på ett förutsägbart sätt [27] fångar upp prisimpulserna från kartellen.

38. Att den utomståendes frihet att fatta affärsmässiga beslut saknar relevans framgår för övrigt vid en snabb genomgång av en likartad problematik avseende kartelldeltagares civilrättsliga ansvar för skador som uppkommit för deras indirekta köpare (det vill säga kunder till deras kunder). Även i det sammanhanget beror uppkomsten av en skada hos indirekta köpare på tredje mans (mellanhandens)

21 — Grundläggande i detta avseende, dom av den 4 oktober 1979 i de förenade målen 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 och 45/79, Dumortier m.fl. mot rådet, (REG 1979, s. 3091), punkt 21, ”tillräckligt direkt följd”, se dessutom dom av den 30 april 2009 i mål C-497/06 P, CAS Succhi di Frutta mot kommissionen, punkt 67, och av den 18 mars 2010 i mål C-419/08 P, Trubowest Handel och Makarov mot rådet och kommissionen (REU 2010, s. I-2259), punkt 53.

22 — Domen i de ovan i fotnot 14 nämnda förenade målen Brasserie du pêcheur och Factortame, punkt 51, och dom av den 14 mars 2013 i mål C-420/11, Leth, punkt 41.

23 — Efter det att generaladvokaten Van Gerven nyligen i sitt förslag till avgörande i målet Banks (ovan fotnot 15), punkterna 49–54, intagit samma ståndpunkt anfördes kriteriet direkt orsakssamband uttryckligen för första gången i domstolens rättspraxis avseende kartelldeltagares skadeståndsskyldighet nyligen i domen i målet Otis (ovan fotnot 2), punkt 65.

24 — Liknande överväganden har även gjorts av den arbetsgrupp som sysslar med europeisk civilrätt enligt vilka den skada som ska ersättas inom ramen för utomobligatoriskt ansvar måste vara en ”rättsligt relevant skada” ”… 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 …”, se C. von Bar och E. Clive, ”Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference”, München 2009, volym 4, avdelning VI, kapitel 2, VI.-2:101.

25 — För ett annorlunda resonemang, se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 3 februari 2009 i mål C-440/07 P, kommissionen mot Schneider Electric (REG 2009, s. I-6413), punkt 140 som krävde att skadan måste ”… [följa direkt, omedelbart och *uteslutande* av den rättsstridiga rättsakten” (min kursivering). Såvitt framgår har denna särskilt stränga formel aldrig använts i unionsdomstolarnas rättspraxis.

26 — Se, å ena sidan, dom av den 16 juli 2009 i mål C-440/07 P, kommissionen mot Schneider Electric (REG 2009, s. I-6413), punkt 222, domen i det ovan i fotnot 21 nämnda målet CAS Succhi di Frutta mot kommissionen, punkterna 61 och 62, dom av den 28 februari 2013 i mål C-460/09 P, Inalca och Cremonini mot kommissionen, punkt 120, och av den 10 juli 2012 i mål T-587/10, Interspeed mot kommissionen, punkt 40, där det utgicks från att orsakssambandet hade brutits, och, å andra sidan, förstainstansrättens dom (stora avdelningen) av den 14 december 2005 i mål T-320/00, Cartondruck mot rådet och kommissionen, punkt 177, där det fastställdes att orsakssambandet inte hade brutits.

27 — Avseende förutsägbarheten av utomståendes beteende se vidare nedan, punkterna 41–52 i detta förslag till avgörande.

egna affärsmässiga beslut. Det är nämligen enbart när denne övervältrar kartelldeltagarnas konkurrensbegränsande överpriser på sina egna kunder som dessa åsamkas skada. Kartelldeltagarnas verksamhet är således inte den enda orsaken till de skador som åsamkas deras indirekta köpare. På senare tid är icke desto mindre den rådande uppfattningen att sådana skador som åsamkas indirekta köpare ska ersättas. [28]

39. Det skulle inte heller med avseende på de här aktuella skadorna som orsakats genom paraplypriseffekter vara rimligt att kräva att enbart en orsak ligger till grund för skadan för att kunna ålägga kartelldeltagare civilrättsligt ansvar. Det är sällan som det finns en enda orsak till priser. Detta innebär emellertid inte att kartelldeltagare som, såsom i förevarande fall, genom sin konkurrensbegränsande verksamhet har bidragit till att snedvrida den normala prisbildningen på marknaden, ska hållas ansvariga för de skador som detta orsakar.

40. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det fastställas att kriteriet tillräckligt direkt orsakssamband dels syftar till att säkerställa att en person till följd av sitt rättsstridiga handlande enbart måste ansvara för sådana skador som den rimligen kunnat förutse (se, i detta avseende, nedan punkt 1). För det andra måste en person enbart ersätta sådana skador med avseende på vilka ersättningen är förenlig med det mål som eftersträvas med den bestämmelse som vederbörande åsidosatt (se nedan punkt 2).

1. Huruvida de skador som uppkommit till följd av paraplypriseffekter är förutsebara

41. Det ska för det första klargöras under vilka omständigheter de skador som beror på paraplypriseffekter kan förutsägas av deltagarna i en kartell. Det rör sig med andra ord om frågan huruvida det kan föreligga ett *adekvat orsakssamband* mellan ovannämnda skador och den olagliga verksamhet som kartellen har gjort sig skyldig till.

42. Alla skador som kartelldeltagarna i normala fall rimligen måste räkna med är förutsägbara (det föreligger ett adekvat orsakssamband), i motsats till skador som har uppkommit genom en följd av omständigheter som är fullständigt osedvanliga och därmed grundar sig på ett otypiskt orsakssamband.

43. Den hänskjutande domstolen har, såsom Kone, Otis, Schindler och ThyssenKrupp samt den österrikiska regeringen, intagit ståndpunkten att skador som har uppkommit genom paraplypriseffekter inte rimligen kan förutses av kartelldeltagarna och att det därmed inte kan anses föreligga ett adekvat orsakssamband. Vid paraplypriseffekter rör det sig enbart om en ”biverkan” av kartellen.

44. Detta argument kan inte godtas.

45. Det stämmer visserligen att flera faktorer kan vara relevanta för prisbildningen hos utanförstående inom ramen för deras egna affärsmässiga beslut. [29] Enbart den omständigheten innebär emellertid inte att skador som orsakas genom paraplypriseffekter inte kan förutses av kartelldeltagarna.

28 — Se, i detta avseende, på nationell nivå framför allt dom från den tyska Bundesgerichtshof av den 28 juni 2011, ”ORWI” (KZR 75/10, *BGHZ* 190, 145). Österrikiska Oberster Gerichtshof har intagit samma ståndpunkt i förevarande fall (beslut av den 17 oktober 2012, nr 7 Ob 48/12b). Samma sak gäller för kommissionens direktivförslag (se där skälen 11 och 33 i inledningen till förelaget till direktiv samt artiklarna 12 och 13).

29 — Detta kan till exempel omfatta företagsstrategin (framhållande av varumärkesimage och premiumprisstategi etc.) och företagspersonligheten, men även kundernas köpkraft.

46. I en marknadsekonomi brukar företag nämligen vanligtvis noggrant övervaka marknaden och inte underlåta att beakta denna när de fattar egna affärsmässiga beslut. Mot bakgrund av vad som anförts ovan är det långt ifrån oförutsägbart och överraskande att utanförstående företag fastställer sina priser med beaktande av kartelldeltagarnas beteende på marknaden oberoende av om de har kännedom om deras konkurrensbegränsande verksamhet eller inte. Det rör sig snarare om ett normalt förfarandesätt.

47. Detta gäller i än högre grad när kartelldeltagarna, såsom i förevarande fall, med anledning av deras stora totala marknadsandel täcker en betydande del av den relevanta marknaden [30] och även deras konkurrensbegränsande verksamhet avser en betydande del av denna marknad, [31] vilket ingalunda förutsätter att de manipulerar huvuddelen av marknaden. Ju mer betydande kartellens ställning är på den berörda marknaden desto mer sannolikt är det att kartellen kommer att ha en betydande inverkan på prisnivån på denna marknad i dess helhet, och desto sämre utsikter har ett utanförstående företag att nämnvärt påverka marknadspriset genom egna impulser.

48. Det är säkerligen lättare för ett utanförstående företag att vid sin egen prisbildning rikta sig efter kartelldeltagarnas affärsbeteende ju mer homogen och transparent den relevanta produktmarknaden är. Härav kan emellertid inte *e contrario*-slutsatsen dras att några prishöjningar hos utanförstående företag aldrig skulle kunna förväntas på marknader med skräddarsydda produkter som inte är homogena eller tillräckligt transparenta, såsom till exempel vissa av de här aktuella hissarna och rulltrapporna. [32] Tendensen är att uppmärksamma marknadsaktörer även på sådana marknader har kännedom om prisnivån och de enskilda aktörernas beteende på marknaden.

49. Den omständigheten att hissar och rulltrappor, framför allt vid stora offentliga uppdrag, ofta köps inom ramen för anbudsförfaranden medför inte någon annan bedömning. Resultatet av sådana anbudsförfaranden undanhålls nämligen inte andra marknadsaktörer, vilket ÖBB-Infrastruktur framfört [33] utan att ha blivit motsagt på den punkten. Dessa anbudsförfaranden kan följaktligen vid framtida uppdrag fungera som indikator på den rådande prisnivån.

50. Möjligheten finns att ett utanförstående företag med reservkapacitet kommer att frestas att sätta sina egna priser under kartellpriserna för att på så sätt vinna marknadsandelar på kartelldeltagarnas bekostnad. Även i det fallet har emellertid det utanförstående företaget ett starkt incitament att begära ett högre pris av sina kunder än vad som annars hade varit möjligt under normala konkurrensförhållanden. Om det antas att kartellpriset är 120 och det pris som annars skulle uppnås under normala konkurrensförhållanden skulle uppgå till 100, så skulle ett utanförstående företag kunna sätta priset till exempelvis 110. Ett sådant beteende är ingalunda ovanligt, utan ekonomiskt rationellt och inte alls oförutsägbart för kartelldeltagarna.

51. Tvärtom är det för att vinna framgång med konkurrensbegränsande överenskommelser av stort intresse för de företag som deltar i kartellen att även de utanförstående företagens priser ökar och anpassas till kartelldeltagarnas priser. Ju mer prisnivån ökar totalt, desto lättare kan som bekant de priser som kartelldeltagarna själva tillämpar upprätthållas på marknaden. Även av det skälet ligger det nära till hands att dra slutsatsen att kartelldeltagare som handlar rationellt och som tänker igenom den konkurrensbegränsande verksamheten till dess logiska slutpunkt inte överraskas av paraplypriseffekter, utan tvärtom måste räkna med dessa, vilket ÖBB-Infrastruktur med rätta har anfört.

30 — Enligt uppgifter från ÖBB-Infrastruktur, som inte har motsagts på denna punkt, deltog de största företagen inom branschen i hisskartellen vars totala marknadsandel uppgick till cirka 80 procent.

31 — Enligt vad som konstaterats i det nationella målet hade kartelldeltagarna träffat konkreta överenskommelser avseende minst en tredjedel av marknadsvolymen och de hade till och med försökt att med avseende på en betydligt större del än hälften av marknadsvolymen i Österrike uppnå en samordning av nya anläggningar (se ovan punkt 8 i detta förslag till avgörande).

32 — Se, för ett liknande resonemang, H. Beth och C.-M. Pinter, WuW 2013, s. 228 (s. 232): ”Paraplypriseffekter är inte heller osannolika vid sådana produktskillnader, men de kommer inte att vara lika stora som vid hög grad av homogenitet”.

33 — ÖBB-Infrastruktur har i detta sammanhang åberopat de bestämmelser om öppnande av anbud i ett anbudsförfarande som är tillämpliga i Österrike.

52. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan man utgå från att det vid de skador som beror på paraplypriseffekter inte rör sig om sådana skador som är otypiska eller som inte kan förutses av kartelldeltagarna. Det skulle vara oförenligt med den ändamålsenliga verkan av artikel 81 EG eller artikel 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF) att genast utesluta ersättning för sådana skador med hänvisning till en förhållandevis strikt tolkning av kriteriet adekvat orsakssamband.

2. Huruvida ersättning för de skador som uppkommit genom paraplypriseffekter är förenliga med de mål som eftersträvas med de åsidosatta konkurrensreglerna

53. För det andra ska det prövas om ersättning för de skador som uppkommit genom paraplypriseffekter är förenliga med målsättningen med artikel 81 EG och artikel 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF).

54. Den hänskjutande domstolen, liksom Kone, Otis, Schindler och ThyssenKrupp samt den österrikiska regeringen, har anfört att skador som uppkommit genom paraplypriseffekter inte omfattas av det skyddssyfte som eftersträvas i de unionsrättsliga konkurrensreglerna. Kartelldeltagarna kan inte hållas civilrättsligt ansvariga för sådana skador, eftersom det inte föreligger något ”rättsstridighetssamband”.

55. Detta argument kan inte heller godtas.

56. Syftet med konkurrensreglerna i artiklarna 81 EG och 82 EG samt artiklarna 85 E(E)G-fördraget och 86 E(E)G-fördraget (nu artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF) är att skapa och upprätthålla ett system utan snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden. Såväl den privata som den offentliga mekanismen för tillämpning av konkurrenslagstiftningen tillfredsställer det grundläggande målet [34] om EU-integrering.

57. Det kan svårligen hävdas att just erkännandet av ett civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare för skador som uppkommit genom paraplypriseffekter, skulle vara oförenligt med ovannämnda målsättning. Såsom kommer att visas i det följande kan en sådan skadeståndsskyldighet utan problem förekomma i ett sådant system där de europeiska konkurrensreglerna tillämpas (se i detta avseende nedan punkt a), och avser dessutom att korrigera de ogynnsamma följder som kan uppkomma för andra marknadsaktörer, framför allt för konsumenter, av de konkurrensöverträdelser som kartelldeltagarna gjort sig skyldiga till (se nedan punkt b).

a) Förekomsten i systemet för genomdrivande av efterlevnaden av konkurrensregler

58. Inledningsvis ska den frågan granskas huruvida ett civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare att ersätta skador som uppkommit genom paraplypriseffekter allmänt är förenligt med det system inom ramen för vilket efterlevnaden av fördragets konkurrensregler ska genomdrivas i Europeiska unionen.

59. Det är allmänt känt att tillämpningen av de europeiska konkurrensreglerna säkerställs på två sätt. Det rör sig dels om den offentliga tillämpningen som åligger konkurrensmyndigheter med repressiva medel (även kallat *public enforcement*), dels privat tillämpning på initiativ av enskilda med civilrättsliga medel (även kallat *private enforcement*). [35]

34 — Domen i målet Courage och Crehan (ovan fotnot 9), punkterna 20 och 21. Avseende konkurrensreglernas betydelse för den inre marknadens funktion se vidare dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkt 36, samt – avseende rättsläget efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget – dom av den 17 februari 2011 i mål C-52/09, TeliaSonera (REU 2011, s. I-527), punkt 20, och av den 17 november 2011 i mål C-496/09, kommissionen mot Italien (REU 2011, s. I-11483), punkt 60.

35 — Domen i målet Courage och Crehan (ovan fotnot 9), punkt 27, Pfleiderer (ovan fotnot 9), punkt 29, Otis (ovan fotnot 2), punkt 42, och Donau Chemie (ovan fotnot 9), punkt 23.

60. För att säkerställa den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna är det absolut nödvändigt att såväl systemet för offentlig tillämpning som systemet för privat tillämpning utvecklas så mycket som möjligt.[36] Konkurrenslagstiftningens slagkraft skulle försvagas avsevärt om man med avseende på vissa fenomen som paraplypriseffekter från början skulle avstå från privat tillämpning och enbart räkna med offentlig tillämpning, såsom vissa deltagara i hisskartellen förefaller förespråka.

61. Givetvis måste åtgärderna för privat tillämpning, såsom åtgärderna för offentlig tillämpning, utformas och tillämpas på så sätt att användningen av dessa åtgärder inte blir kontraproduktiv med hänsyn till konkurrensreglernas effektivitet. Till skillnad från ThyssenKrupp anser jag inte att civilrättsligt ansvar för kartelldeltagarna för paraplypriseffekter skulle kunna ge ett så fel incitament att det skulle göra mer skada än nytta vid tillämpningen av konkurrensreglerna.

62. Föremål för de skriftliga och muntliga inlagorna i domstolsförfarandet var framför allt frågan om det kan finnas ett inbördes samband mellan det civilrättsliga ansvaret, å ena sidan, och Europeiska kommissionens och de nationella konkurrensmyndigheternas program för förmånlig behandling, å andra sidan.

63. Förvisso kan den omständigheten, att marknadsaktörer som åsamkats skada kan åberopa civilrättsligt ansvar, avskräcka vissa kartelldeltagare från att lägga korten på bordet och samarbeta med konkurrensmyndigheterna. Men frågan uppkommer huruvida detta kan vara ett skäl till att bortse från det legitima intresse av ekonomisk ersättning för personer som lidit skada. Det är säkerligen meningsfullt att genom programmet för förmånlig behandling bana vägen för kartelldeltagarna till legalt handlande och bidra till att överträdelser upptäcks, men detta får inte ske på bekostnad av andra marknadsaktörers legitima intresse.

64. Det kan vara berättigat att i ett eventuellt skadeståndsmål ta vederbörlig hänsyn till att ett företag beviljats en förmånlig behandling och i första hand tillskriva andra kartelldeltagare ansvar i skadeståndstalan, såsom även kommissionen föreslagit.[37] Enligt min mening kan man emellertid inte utgå från att skadestånd har en avskräckande verkan (*schilling effekt*) på program för förmånlig behandling, såvida denna överhuvudtaget är mätbar för att kategoriskt undanta kartelldeltagare från allt civilrättsligt ansvar för paraplypriseffekter.

65. Detta gäller i än högre grad, eftersom en restriktiv praxis vid utdömande av skadestånd i avgörande hänseende skulle gynna dem som deltar i konkurrensbegränsande förfaranden eller överväger att göra detta. De kan nämligen bättre beräkna de finansiella riskerna med att delta i en kartell ju mindre skadestånd de kan avkrävas för det fall att kartellen upptäcks. Om man skulle försäkra kartelldeltagarna om att de aldrig kommer att hållas ansvariga för paraplypriseffekter så skulle de ges ytterligare incitament att fortsätta med sin konkurrensbegränsande verksamhet. Den avskräckande verkan som är förenad med den privata tillämpningen och som uttryckligen önskas i förhållande till företag[38] som överväger att åsidosätta de spelregler som gäller på den inre marknaden skulle förvändas till sin motsats.

36 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Courage och Crehan (ovan fotnot 9), punkt 26, domen i målet Manfredi (ovan fotnot 9), punkterna 60, 89 och 90 och domen i målet Otis (ovan fotnot 2), punkt 41. Avseende betydelsen av en privat tillämpning av konkurrenslagstiftningen, se även Europeiska kommissionens vitbok om ”skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler” av den 2 april 2008 (KOM(2008) 165 slutlig). I sin vitbok föreslår kommissionen åtgärder som är ”utformade för att skapa ett effektivt system för privat tillämpning [av konkurrenslagstiftningen] genom skadeståndstalan som kompletterar den offentliga tillämpningen utan att ersätta eller inkräkta på den” (s. 4, avsnitt 1.2). Eftadomstolen har nyligen också haft tillfälle att hänvisa till betydelsen av privat tillämpning av konkurrenslagstiftningen och att framhålla att denna ligger i det allmännas intresse (dom av den 21 december 2012, E-14/11, DB Schenker mot Eftas övervakningsmyndighet, punkt 132).

37 — I artikel 11 i direktivförslaget och i skäl 28 i inledningen till detta har kommissionen föreslagit att företag som har beviljats befrielse från böter av en konkurrensmyndighet inom ramen för ett program för förmånlig behandling i viss mån även ska undantas från civilrättsligt ansvar.

38 — Även om kommissionen vid den muntliga förhandlingen har försökt att nedtona betydelsen av den avskräckande verkan, har domstolen i sin fasta praxis emellertid lagt stor vikt vid denna (se domar i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkt 27, Manfredi, punkt 91, Pfleiderer, punkt 28, och domen i målet Donau Chemie, punkt 23).

66. Till skillnad från vad Kone har hävdat får målsättningen med den europeiska konkurrenslagstiftningen inte reduceras till att se till att de företag som är verksamma på den inre marknaden ges möjlighet att bedriva en så kostnadseffektiv verksamhet som möjligt. I en rättslig union som har till syfte att förverkliga en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft (artikel 3.3 FEU) har fungerande marknader där konkurrensförhållandena inte är snedvridna ett värde i sig bortom alla kostnads-nyttoöverväganden.

67. Det är för övrigt inte särskilt trovärdigt när just företag som manipulerar marknaden och som har upprätthållit höga priser på konstgjord väg varnar för alltför höga kostnader för de ekonomiska aktörerna och risken för att marknaderna inte kommer att vara ekonomiskt effektiva om kartelldeltagarna inte undantas från visst skadeståndsansvar. Det mest effektiva sättet för kartelldeltagarna att skydda sig mot de kostnader som sammanhänger med eventuella skadeståndskrav är att inte åsidosätta konkurrenslagstiftningen. Om kartelldeltagarna skulle undantas från skadeståndsansvar skulle detta däremot enbart leda till att andra ekonomiska aktörer, framför allt de kunder som lidit skada, skulle få bära den finansiella bördan av kartellens verksamhet.

68. Märkvärdigt i detta sammanhang är även ThyssenKrupps argument, att ett civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare för paraplypriseffekter skulle kunna ”leda till en minskning av konkurrensen på marknaden”, eftersom företag med hänsyn till den risk för ansvar som föreligger för dem kan avskräckas från att engagera sig i den aktuella marknaden. [39] I detta hänseende behöver enbart följande anges. Förebild för verksamheten på den inre marknaden är företag som iakttar konkurrensreglerna och inte sådana företag som avser att använda otillbörliga metoder på andras bekostnad. Om ett skadeståndsansvar för kartelldeltagare för paraplypriseffekter skulle leda till att svarta får höll sig borta från marknaden, så är det svårt att tro att detta är till nackdel för konkurrensen.

69. Föga övertygande är slutligen den i enstaka fall uttalade varningen för en överbelastning av medlemsstaternas civila domstolar om domstolen skulle utgå från att kartelldeltagarna har en skyldighet att ersätta skador som uppkommer genom paraplypriseffekter. Med hänsyn till de förhållandevis höga beviskrav som klaganden i ett paraplyprismål (*umbrella plaintiff*) kan förvänta sig vid de civila domstolarna, [40] bör denne noggrant överväga riskerna och fördelarna med en civilrättslig talan mot kartelldeltagarna.

70. Om kunden till ett utanförstående företag emellertid beslutar sig för att göra gällande de skador som vederbörande åsamkats genom paraplypriseffekter mot kartelldeltagarna inför domstol, så är det inte möjligt att vägra att genomföra ett domstolsförfarande med hänvisning till att arbetsinsatsen skulle vara för stor. Enligt artikel 19.1 andra stycket FEU och artikel 47.1 i stadgan om de grundläggande rättigheterna åligger det tvärtom medlemsstaterna att inom ramen för tillämpningsområdet för unionens konkurrensrätt fastställa de möjligheter till överklagande som behövs för att säkerställa ett effektivt domstolsskydd. [41]

39 — På min förfrågan har ThyssenKrupps ombud i den muntliga förhandlingen anfört att denna argumentation är en retorisk överdrift.

40 — Kommissionen föreskriver emellertid enstaka bevislättnader i sitt direktivförslag.

41 — Se, för ett liknande resonemang, domar i det ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkt 25, Manfredi, punkt 89, och Donau Chemie, punkt 22, se dessutom särskilt avseende betydelsen av artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna inom ramen för en civilrättlig tvist mellan privata, dom av den 18 mars 2010 i de förenade målen C-317/08–C-320/08, Alassini m.fl. (REU 2010, s. I-2213), särskilt punkt 61.

b) Förmågan att korrigera ogynnsamma följder av överträdelser av konkurrensreglerna

71. Det ska sist men inte minst prövas huruvida den omständigheten att kartelldeltagare kan hållas civilrättsligt ansvariga för paraplypriseffekter är förenlig med skadeståndets funktion. Allmänt består denna funktion i att korrigera de negativa följderna av rättsöverträdelser. Detta syfte eftersträvas även med skyldigheten för kartelldeltagare att ersätta var och en för de skador som uppkommit till följd av deras konkurrensbegränsande verksamhet.[42] Samtidigt förstärker möjligheten att erhålla skadestånd förtroendet för Europeiska unionens konkurrensregler och utgör ett viktigt bidrag när det gäller deras effektiva tillämpning.[43]

i) Invändningen att de skador som åsamkats till följd av paraplyspriseffekter inte var avsiktliga

72. Vissa av parterna har gjort gällande att de företag som deltagit i kartellen visserligen hade för avsikt att höja sina egna priser för sina egna kunder men inte att priserna hos utanförstående företag skulle höjas för deras kunder genom paraplypriseffekter. Det är således oskäligt att hålla kartelldeltagarna skadeståndsansvariga för sådana effekter.

73. Denna invändning kan inte vinna framgång.

74. Huruvida det föreligger ett orsakssamband mellan kartellen och vissa typer av skador som kan ha åsamkats marknadsaktörerna beror på helt objektiva kriterier. I subjektivt hänseende kan frågan om civilrättsligt ansvar visserligen bero på huruvida kartelldeltagarna har åsidosatt konkurrensreglerna i fördraget uppsåtligen eller av oaktsamhet. Det saknar emellertid betydelse huruvida det därutöver var uppsåtligen eller av oaktsamhet som kartelldeltagarna åsamkat de skador som faktiskt uppkommit. Ett sådant krav på vållande skulle inte vara förenligt med allmänna civilrättsliga principer och skulle göra det orimligt svårt att tillämpa konkurrensreglerna i praktiken.

75. Frånsett detta så är det i ett fall som förevarande, såsom anförts ovan,[44] inte omöjligt för de företag som deltar i en kartell att förutse uppkomsten av paraplypriseffekter. Det ligger därför nära till hands att kartelldeltagarna i sin konkurrensbegränsande verksamhet räknar med eventuella paraplypriseffekter, så att de i vart fall kan tillskrivas oaktsamhet vad gäller de skador som uppkommit, men även eventuellt uppsåt (*dolus eventualis*).

ii) Invändningen att skadestånd i samband med paraplypriseffekter inte gör det möjligt att eliminera olaglig vinst

76. Till skillnad från vad vissa parter i förfarandet har gjort gällande saknar det dessutom betydelse huruvida kartelldeltagarnas olagliga vinst kan elimineras genom ersättning av de skador som orsakats genom paraplypriseffekter.

77. En eliminering av vinsten kan i flera fall vara en välkommen följd av skadestånd i samband med konkurrensbegränsande samverkan. En eliminering av vinst är emellertid inte nödvändigtvis ett absolut villkor för att väcka skadeståndstalan mot kartelldeltagarna.

42 — Domen i målet Donau Chemie (ovan fotnot 9), punkt 24.

43 — Domen i det ovan i fotnot 9 nämnda målet Donau Chemie, punkt 23, se, för ett liknande resonemang, även domar i de ovan i fotnot 9 nämnda målen Courage och Crehan, punkterna 26 och 27, Manfredi, punkt 91, och Pfleiderer, punkt 28.

44 — Se ovan punkterna 41–52 i detta förslag till avgörande.

78. I detta avseende skiljer sig skadeståndskrav väsentligen från kravet på återbetalning av obehörig vinst. Vad gäller skadestånd rör det sig inte i första hand om att beröva den skadevållande ett överskott utan om att gottgöra den skadelidande för den nackdel som han lidit till följd av den skadevållandes rättsstridiga handlande.[45] Det är helt och hållet förenligt med denna funktion att utvidga det civilrättsliga ansvaret för kartelldeltagarna till att omfatta skador som orsakats genom paraplypriseffekter.

iii) Invändningen att ett straffskadestånd införs

79. Den invändning som flera av parterna i målet framfört, att det skadestånd som kartelldeltagarna ska utge skulle urarta till ett straffskadestånd om ett civilrättsligt ansvar för paraplypriseffekter erkändes, kan inte heller anses vara relevant.

80. Bortsett från att det enligt unionsrätten i princip inte är förbjudet att bevilja avskräckande skadestånd eller straffskadestånd,[46] så finns det inte något som talar för att det civilrättsliga ansvaret för kartelldeltagare för paraplypriseffekter har en sådan verkan.

81. Till skillnad från vad som är vanligt vid straffskadestånd avkrävs kartelldeltagarna, genom att deras skadeståndsskyldighet utvidgas till att omfatta de här aktuella paraplypriseffekterna, enbart ersättning för de skador som de genom sin konkurrensbegränsande verksamhet varit (med)vållande till på den relevanta marknaden. En överkompensation av denna skada äger inte rum.

82. Sammantaget ska det följaktligen utgås från att ersättningen för den skada som orsakats genom paraplypriseffekter är förenlig med målsättningen i artiklarna 81 EG och artikel 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF).

3. Sammanfattning

83. Den skada som orsakats genom paraplypriseffekterna kan således inte allmänt anses vara oförutsebar för deltagarna i en kartell och ersättningen för denna är förenlig med målsättningen i artiklarna 81 EG och artikel 85 E(E)G-fördraget (nu artikel 101 FEUF). Det strider inte mot den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna att kategoriskt utesluta ersättning för sådana skador inom ramen för den nationella civilrätten.

C – *Slutanmärkning*

84. Den lösning som jag föreslår medför inte automatiskt och i varje enskilt fall skadeståndsskyldighet för kartelldeltagarna i förhållande till kunder till utanförstående företag, men den utesluter inte heller direkt en sådan skadeståndsskyldighet. Det ska i stället på grundval av en omfattande bedömning av samtliga relevanta omständigheter prövas om paraplypriseffekter uppkommit i det enskilda fallet.

85. En behandling av paraplyfrågan på bevisnivå i stället för på teoretisk nivå bidrar enligt min mening bäst till en effektiv tillämpning av de europeiska konkurrensreglerna med vederbörlig hänsyn till samtliga marknadsaktörers intressen.

45 — Denna skillnad har på min förfrågan även anförts av det juridiska ombudet för Otis vid förhandlingen vid domstolen.

46 — Domen i målet Manfredi (ovan fotnot 9), punkterna 92 och 93.

86. Det kommer säkerligen inte alltid finnas exakta studier eller annan bevisning för att det rimligen ska kunna antas att det till följd av kartellen uppkommit en paraplypriseffekt på den relevanta marknaden. En sådan effekt är emellertid allt annat än utesluten och de skador som sammanhänger därmed är inte så ”spekulativa” och ”osäkra” [47] som det hittills anförts. I förevarande fall har till exempel Österrikes Oberster Gerichtshof i sin begäran om hänskjutande anfört att hisskartellen har medfört en snedvridning av den förväntade prisutveckligen [48] och ÖBB-Infrastruktur har åberopat en studie som avser att styrka uppkomsten av paraplypriseffekter. [49]

87. Det ska endast som en parentes påpekas att det tvärtemot viss kritik som framförts varken är mer eller mindre ”företagsvänligt” att bejaka ett civilrättsligt ansvar för kartelldeltagare för paraplypriseffekter än att kategoriskt utesluta sådan skadeståndsskyldighet, såsom den nationella domstolen förefaller göra. I kretsen av ekonomiska aktörer ingår nämligen inte enbart kartelldeltagarna utan även de kunder av vilka ett för högt pris begärts, oberoende av om det förelåg ett avtalsförhållande mellan dem och kartelldeltagarna eller utanförstående företag. Det skulle inte vara rättvist att ensidigt gynna kartelldeltagare som gjort sig skyldiga till en allvarlig överträdelse av konkurrensreglerna genom att kategoriskt undanta dem från civilrättsligt ansvar för paraplypriseffekter, särskilt som detta, såsom anförts ovan, [50] skulle ge fel incitament med avseende på en effektiv tillämpning av konkurrensreglerna.

88. Den lösning som jag har föreslagit är även förenlig med lagförslaget till en delvis harmonisering av skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning som Europeiska kommissionen nyligen utarbetat. Såsom diskuterats med parterna vid förhandlingen utgör kommissionens direktivförslag inte hinder mot att bevilja ersättning för skador som orsakats genom paraplypriseffekter. [51]

89. De omständigheterna, att det råder oenighet i rättspraxis från domstolarna i Amerikas förenta stater med avseende på så kallade ”umbrella claims” [52] och Oberster Gerichtshof och att de högsta domstolarna i de förenade staterna ännu inte har klargjort denna fråga, borde inte utgöra något hinder för EU-domstolen att befatta sig med paraplyprisproblematiken.

V – Förslag till avgörande

90. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Österrikes Oberster Gerichtshof på följande sätt:

Artiklarna 85 E(E)G-fördraget och 81 EG utgör inte hinder mot en tolkning och tillämpning av den nationella lagstiftningen, enligt vilken det av rättsliga skäl är kategoriskt uteslutet att hålla företag som deltar i en kartell civilrättsligt ansvariga för skador som orsakas av att ett företag som inte deltar i kartellen har dragit fördel av kartellens verksamhet och satt högre priser än vad som annars hade kunnat förväntas under normala konkurrensförhållanden.

47 — Se, för ett liknande resonemang, särskilt i rättspraxis från domstolarna i Amerikas förenta stater, dom av United States Court of Appeals (Third Circuit), Mid-West Paper Products Co. mot Continental Group Inc., 596 F.2d sidorna 573, 597 (1979), och United States District Court (District of Columbia), Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories, 62 F.Supp.2d sidorna 25, 39 (1999).

48 — Se, i detta avseende, ovan punkt 7 i detta förslag till avgörande.

49 — Det ankommer på de nationella domstolarna att pröva detta argument och bedöma bevisvärdet av denna studie.

50 — Se ovan punkterna 64 och 68 i detta förslag till avgörande.

51 — Detta direktivförslag (ovan fotnot 13) avser inte att uppnå en uttömmande harmonisering av denna fråga utan avser redan enligt sin rubrik enbart antagandet av ”vissa bestämmelser för skadeståndstalan” och det anges uttryckligen att det finns ”andra frågor som inte behandlas i detta direktiv” (se skäl 10 i förslaget till direktiv). Bestämmelserna i direktivförslaget är dessutom tillräckligt öppet formulerade för att även omfatta ersättning av skada som uppkommit genom paraplypriseffekter och i vart fall inte utesluta denna (se artikel 11.2 och 11.4 i förslaget till direktiv där det är tal om ”andra skadelidande parter än de överträdande företagens direkta eller indirekta köpare eller leverantörer”).

52 — Följande domstolar har uttalat sig för ett ansvar: United States Court of Appeals (Seventh Circuit), United States Gypsum Co. mot Indiana Gas Co., 350 F.3d sidorna 623, 627 (2003), United States Court of Appeals (Fifth Circuit), In reBeef Industry Antitrust Litigation, 600 F.2d sidorna 1148, 1166 (1979). Mot ett sådant ansvar har däremot bland annat följande domstolar uttalat sig: United States Court of Appeals (Third Circuit), Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group Inc., 596 F.2d sidorna 573, 597 (1979), United States District Court (District of Columbia), Federal Trade Commission v. Mylan Laboratories, 62 F.Supp.2d sidorna 25, 39 (1999).