

4. Formålet med retten til erstatning

4.1 Problemstilling

Privat og offentlig håndhævelse af konkurrencereglerne kan varetage forskellige funktioner i retshåndhævelsen.¹ Traditionelt opdeles de i følgende funktioner:²

- 1) Genoprettelse til dem, der har lidt skade (kompensation)
- 2) Standsning af retsstridig adfærd (ophør)
- 3) Afskrækkelse af virksomheder fra at begå overtrædelser (prævention)

Fra et forbrugerperspektiv kan de forskellige funktioner anskues sådan, at de beskytter forbrugere i forskellige tidsmæssige perioder i form af

-
1. Der kan sondres mellem konkurrencereglernes formål (så som forbrugervelfærd og markedsintegration) og formålet med håndhævelsen af konkurrencereglerne (så som kompensation og prævention), jf. også Nazzini, R. og Nikpay, A., ”Private Actions in EC Competition Law”, *Competition Policy International*, vol. 4, nr. 2, 2008, fodnote 9. Det første er behandlet i afsnit 1.4.1, og det sidste er emnet for dette kapitel.
 2. Se bl.a. Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralized Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 7 f., Komninos, A. P., *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*, University College London, 2011, og Hjelmeng, E., ”Competition law remedies - Striving for coherence or finding new ways”, *CMLR*, vol. 50, nr. 4, s. 1007-1037, 2013, s. 1008. Da konkurrencereglerne er formuleret generelt og deres indhold derfor klarlægges gennem praksis, har håndhævelsen også en central funktion i udviklingen af reglerne, og til tider anføres det da også, at afklaring af retstilstand er et selvstændigt formål med retshåndhævelsen, jf. Wils, W. P. J., ”The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages”, *World Competition*, vol. 32, nr. 3, 2009, og Wils, W. P. J., *Efficiency and justice in European antitrust enforcement*, Hart Publishing, 2008, s. 50 f. samt Hjelmeng, E., ”Håndhævelse av konkurransereglerne”, *MAGMA – Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, vol. 8, s. 63-72, 2013, s. 64.

4. Formålet med retten til erstatning

henholdsvis fortiden (kompensation), nutiden (ophør) og fremtiden (prævention).

Emnet for dette kapitel er den funktion, som retten til erstatning har i håndhævelsen af konkurrencereglerne (de danske konkurrenceregler og EU-konkurrencereglerne).³ Konkret undersøges det, i hvilket omfang retten til erstatning har til *formål* at sikre både kompensation og prævention.⁴ Spørgsmålet rækker ud over, hvorvidt retten til erstatning har en præventiv *effekt*, som følge af at skadelidte kompenseres, og virksomheden derfor skal betale erstatning. Det drejer sig i stedet om, hvorvidt den præventive funktion er et selvstændigt formål med retten til erstatning og altså principielt ubetinget af, om skadelidte kompenseres. Svaret på dette grundlæggende spørgsmål har ikke blot teoretisk interesse. Det har også praktisk betydning for, hvordan den konkrete adgang til at gøre et erstatningskrav gældende bør indrettes.⁵ Sat på spidsen drejer det sig om, hvorvidt kompensation er en forudsætning for prævention, eller prævention i sig selv kan begrunde håndhævelsen af retten til erstatning, også når det ikke er muligt at kompensere de faktisk skadelidte.⁶ Det har betydning, i forhold til hvorvidt og i hvilket omfang forbrugerhåndhævelse bør fremmes. Det skyldes, at i praksis vil det ofte ikke være muligt at kompensere samtlige skadelidte forbrugere fuldt ud. Enten fordi de ikke alle kan identificeres, eller fordi omkostninger forbundet med at distribuere erstatning til hver enkelt skadelidte overstiger eller udgør en væsentlig del af det samlede krav. Er prævention et selvstændigt og uafhængigt formål med retten til erstatning, er det ikke afgørende, at det er de faktisk skadelidte, som modtager kompensationen.⁷ Det åbner op for, at praktiske udfordringer forbundet

3. §§ 6 og 11 i konkurrenceloven og artikel 101 og artikel 102 TEUF.

4. Om det retsteoretiske grundlag for kompensation og prævention henvises til afsnit 1.3.2.

5. Crane, D. A., *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement*, Oxford University Press, 2011, s. 163.

6. Se også Juška, Ž., "The Effectiveness of Antitrust Collective Litigation in the European Union: A Study of the Principle of Full Compensation", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 49, nr. 1, 2018, s. 63, hvor det om håndhævelsen af de amerikanske antitrust-regler anføres følgende: "Policy preferences in the US shape private antitrust remedies in the form of deterrence; any compensation failures can be justified as long as the deterrent function is successful."

7. Se ligeledes Hjelmeng, E., *Privat håndhævelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget, 2003, s. 519, hvor der anføres følgende: "Når det er den preventive effekt som kommer i sentrum, vil det for så vidt være ligegyldigt hvem som har rett til erstatning", og Wahl, N., *Konkurrensskada*, JureCLN, 2000, s. 33, hvor der anføres følgende: "vem som egentligen får skadeståndet är i sig ointressant, eftersom det i strikt mening inte syftar till att ersätta någon för en liden skada, utan istället syftar till att förhindra ineffektivt ageranda, dvs. revention." Der kan endvidere henvises

med identificering og distribuering af en tilkendt samlet erstatning ikke er en hindring for forbrugerhåndhævelse. En uafhentet erstatning kan i stedet gå til andre eller andet formål.⁸

Formålet med retten til erstatning er omdiskuteret i retslitteraturen. Overordnet kan der sondres mellem to grupper. På den ene side dem, som anfører, at retten til erstatning primært eller udelukkende har til formål at sikre kompensation til dem, der har lidt skade som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne. Erstatning kan så, som en positiv sidegevinst, have en præventiv effekt, men prævention er ikke et selvstændigt eller det primære formål med retten til erstatning.⁹ Denne

til Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law enforcement*, Oxford University Press, 2015, s. 67.

8. Se herom kapitel 12.

9. Til denne gruppe hører bl.a. Wils, W. P. J., "The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", *World Competition*, vol. 32, nr. 3, 2009, s. 13, hvor der anføres følgende: "[T]he rationale behind the right to damages of victims of antitrust infringements is compensation, rather than deterrence", og Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 211, hvor der anføres følgende: "the primary function of civil claims remains compensatory, and only indirectly does deterrence play a part", samt Hazelhorst, M., "Private Enforcement of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far", *European Review of Private Law*, vol. 18, s. 757–772, 2010, s. 761, hvor følgende anføres: "Since private enforcement is by its nature enforced by private parties, its primary goal is compensation for any injury that party has suffered as a result of another party's infringement of EU competition law." Spørgsmålet er ligeledes behandlet af professor Erling Hjelmeng flere steder, herunder i Hjelmeng, E., "Håndhævelse av konkurransereglerne", *MAGMA – Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, vol. 8, s. 63-72, 2013, s. 71, hvor der anføres følgende: "Innenfor det europeiske konkurranserettssystemet er det likevel ingen tvil om at hovedformålet med privat håndhævelse er kompensasjon, og at prevensjon er en sideeffekt", Hjelmeng, E., *Private Enforcement of Article 9 Commitment Decisions – Objective vs. Subjective Direct Effect, Remedies and Substantive Law - European Dimensions of Economic and Private Law*, University of Oslo Faculty of Law Research Paper, vol. 31-37, 2011, s. 35, hvor det bl.a. i det anførte skema fremgår, at prævention ikke er en opgave for private "but damages may serve this end", Hjelmeng, E., "Competition law remedies – Striving for coherence or finding new ways", *CMLR*, vol. 50, nr. 4, s. 1007-1037, 2013, s. 1032, hvoraf det fremgår, at "The remedy in damages under EU competition law is clearly based on compensation, not deterrence." Der kan endvidere henvises til Juska, Z., "A More Forceful Collection Redress Schemes in the EU Competition Law", *European Journal of Law Reform*, vol. 18, nr. 4, s. 451-477, 2016, hvor det lægges til grund, at formålet med retten til erstatning i henhold til EU-Konkurrencereglerne er kompensasjon, men der argumenteres for, at formålet (også) bør være prævention navnlig i forhold til håndhævelsen af mindre individuelle krav. Der kan også henvises til Nebbia, P., "Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?", *ELR*, vol. 33, nr. 1, s. 23-43, 2008, 43, hvor der argumenteres for, at formålet med retten

4. Formålet med retten til erstatning

funktion skal i stedet findes i den offentlige håndhævelse i form af bøde og fængsel. På den anden side dem, der anfører, at erstatning har til formål både at sikre kompensation og prævention.¹⁰

I dette kapitel analyseres formålet med retten til erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne. Kapitlet starter i USA, hvor retten til erstatning opstod. Retten har siden spredt sig til EU og Danmark, som behandles efterfølgende. Afslutningsvis følger en konklusion.

4.2 USA

Ved indførelsen af de amerikanske antitrust-regler, herunder Sherman Act (1890) og Clayton Act (1914), var man opmærksom på, at overtrædelse af reglerne kunne forårsage skade. Af § 4 i Clayton Act fremgår følgende:

*any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor ... and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's.*¹¹

til erstatning bør være kompensation, og Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P., *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 31, hvor det anføres, at EU-domstolen i forhold til eventuel afvejningen af kompensation og prævention formentlig vil favorisere det første frem for det sidste. Endelig kan der henvises til Voss, K., ”Facilitating Follow-on Actions? Public and Private Enforcement of EU Competition Law After Directive 2014/104”, *EU Competition Litigation – Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, 2019, s. 110, hvor der anføres følgende: ”The role of private enforcement is thus to compensate damaged parties, rather than to punish offenders.”

10. Til anden gruppe hører bl.a. Nils Wahl, tidligere professor, generaladvokat og nu dommer ved EU-Domstolen. Der kan henvises til hans forslag til afgørelse som generaladvokat i sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, som er behandlet nærmere i afsnit 4.3.2.4, og hans arbejde som forsker i Wahl, N., ”Damages for Infringements of Competition Law”, *Tort liability and insurance, Stockholm Institute for Scandinavian Law*, 2001, s. 554, hvor der anføres følgende: ”[R]ules on a right to damages under competition law should be used as a deterrent and not primarily as a means of reparation.” Se desuden Wahl, N., *Konkurrensskada*, *JureCLN*, 2000, s. 52, Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law enforcement*, Oxford University Press, 2015, s. 66, og Madsen, P. B., *Markedsret 1 – Konkurrenceret*, 8. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2021, s. 344, hvor der anføres følgende: ”Reglerne om civilretlig erstatning skal – ud over at sikre skadelidte økonomisk kompensation for en konkret påført skade – på linje med straf og andre offentlige sanktioner ses som en understøttelse af den effektive konkurrence. Ved at forbedre den private håndhævelsesmulighed styrkes dermed også reglernes generalpræventive virkning.”
11. Dette fremgik oprindeligt af § 7 Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. §§ 1–7 (1890).

Adgangen til at få sit tab erstattet trefoldigt (*treble damages*) og – i modsætning til, hvad der ellers er udgangspunkt i USA – muligheden for at få dækket sine sagsomkostninger, herunder rimelige advokatomkostninger,¹² har motiveret private aktører i at deltage i håndhævelsen af antitrust-reglerne i USA. Den private håndhævelse af de amerikanske antitrust-regler udgør derfor i dag et betydeligt supplement til den offentligretlige håndhævelse i USA,¹³ der på føderalt niveau varetages af the Department of Justice (DOJ)¹⁴ og Federal Trade Commission (FTC).¹⁵

Sådan har det dog ikke altid været.¹⁶ Først efter anden verdenskrig begyndte den private håndhævelse af de amerikanske antitrust-regler for alvor at slå igennem, og denne udvikling eskalerede i løbet af 1960'erne og toppede i slutningen af 1970'erne, hvor 19 ud af 20 konkurrencesager var anlagt af private.¹⁷ Antallet af private søgsmål har siden midten af 1980'erne været stabilt og ligger årligt på 800-900. Heraf forliges ca. 1/4, og 3/4 afvises. Mindre end 1 pct. af sagerne fører til dom.¹⁸

Det er ikke uden grund, at antallet af privat anlagte konkurrencesager begyndte at eskalere i løbet af 1960'erne. I den periode blev det relativt let for sagsøgere at anlægge og vinde antitrust-sager, hvilket

-
12. Som nærmere behandlet i afsnit 15.5.2 er udgangspunkt i USA, at hver part bærer egen sagsomkostning uafhængig af, hvem der vinder sagen (*The American Rule*).
 13. Det er anslået ni ud af ti af de verserende antitrust-sager er anlagt af private, jf. Crane, D. A., "Private Antitrust Enforcement: Comparative and policy considerations", *Comparative Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 385.
 14. Håndhævelsen varetages her af den såkaldte Antitrust Division i the United States Department. DOJ's efterforskningen af overtrædelse af konkurrencereglerne sker ofte i samarbejde med the Federal Bureau of Investigation (FBI) ved brug af bl.a. *dawn raids* og elektronisk overvågning, jf. Broder, D., *US Antitrust Law and Enforcement – A practice introduction*, Oxford University Press, 2016, s. 185.
 15. FTC blev etableret tilbage i 1914 og består af 5 kommissærer udpeget af præsidenten og godkendt af Senatet for en syvårig periode. FTC er nærmere behandlet i Hovenkamp, H., *Federal Antitrust Policy, The Law of Competition and Its Practice*, West Academic Publishing, 2016, s. 791 ff.
 16. Gavil, A. I., "Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantage of Sequential Approach", *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, 2014, s. 12.
 17. Posner, R. A., "A Statistical Study of Antitrust Enforcement", *Journal of Law and Economics*, vol. 13, 1970, s. 371 ff., Crane, D. A., "Private Antitrust Enforcement: Comparative and policy considerations", *Comparative Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 385, Broder, D., *US Antitrust Law and Enforcement – A practice introduction*, Oxford University Press, s. 8.
 18. Crane, D., "Private Enforcement of U.S. Antitrust Law – A Comment on the U.S. Courts Data", *CPI Antitrust Chronicle*, februar 2019, s. 5.

4. Formålet med retten til erstatning

skabte et naturligt grundlag for at føre flere sager.¹⁹ Opfindsomme advokater begyndte at kombinere konkurrencesager med brug af *class action*, hvilket – som følge af indførelse af frameldingsmodellen (*opt-out*) i 1966 – bevirkede, at sagerne fik en betydelig økonomisk værdi.²⁰ Den udvikling blev suppleret i 1970 ved indførelse af regler om *discovery* i deres moderne form, som giver ganske vidtgående adgang til dokumenter hos virksomheder, der anklages for at have overtrådt konkurrencereglerne.²¹ Reglerne herom medførte – og medfører fortsat – betydelige udgifter for den virksomhed, der skal stille materialet til rådighed. Udgifter, der ikke erstattes, selvom virksomheden ender med at blive frifundet. Hertil kommer deltagelse af jury, også i privat anlagte konkurrencesager, som generelt må anses at være en fordel for den, der gør et krav gældende, på grund af den uforudsigelighed, som deltagelse af jury medfører.²²

Det er heller ikke uden grund, at antallet af sager begyndte at falde i slutningen af 1970'erne. Eskaleringen af privat anlagte antitrust-sager bidrog til en mere konservativ tilgang til den type sager fra domstolens side.²³ En holdning, der bl.a. kom til udtryk ved begrænsning i adgang til at kræve erstatning i form af krav om påvisning af såkaldt *antitrust injury*,²⁴ indførelse af doktrinen om *remoteness*²⁵ og afskæring

19. Hovenkamp, H., *The Antitrust Enterprise – Principles and Execution*, Harvard University Press, 2005, s. 1. Den såkaldte "Warren Court" – navngivet efter den legendariske Chief Justice Earl Warren – satte på daværende tidspunkt kursen for retsudvikling i USA. Earl Warren fungerede som Chief Justice i den amerikanske højesteret i perioden 1953-1969.

20. Det amerikanske *class action* er behandlet nærmere i afsnit 10.4.1.1. Om retsudviklingen af *class action* i USA kan der desuden henvises til Lindblom, P. H., *Gruppetalan – det anglo-amerikanske class action institutet ur svenskt perspektiv*, Norstedts, 1989, s. 125 ff., og Hodges, C., *US class actions: Promise and reality*, EUI Working Paper LAW 2015/36 ERC-ERPL-14, 2015, s. 4.

21. Gavil, A. I., "Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantage of Sequential Approach", *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, 2014, s. 11.

22. Hovenkamp, H., *The Antitrust Enterprise – Principles and Execution*, Harvard University Press, 2005, s. 61.

23. Crane, D. A., "Private Antitrust Enforcement: Comparative and policy considerations", *Comparative Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 385.

24. *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). Dette er behandlet nærmere i afsnit 7.3.

25. *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982). Dette er behandlet nærmere i afsnit 6.3.

af indirekte aftager fra at kræve erstatning²⁶ samt skærpelse af kravene til at anlægge *class action*.²⁷

Formålet med retten til erstatning efter de amerikanske antitrust-regler er behandlet flere gange af den amerikanske højesteret. Det fremgår heraf, at reglerne har til formål at sikre både *kompensation* og *prævention*.²⁸ Den præventive funktion kommer særligt klart til udtryk ved retten til *treble damages*, som bidrager til at motivere private aktører til at fungere som *Private Attorney Generals*.²⁹ Den private håndhævelse fungerer dermed som et supplement til den offentlige håndhævelse og de begrænsede ressourcer, som konkurrencemyndighederne har til rådighed.³⁰

Om retten til erstatning i USA så rent faktisk bidrager til kompensation og prævention, er der delte meninger om.³¹ Professor Robert H. Lande

26. *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 413 U.S. 720 (1977). Dette er behandlet nærmere i afsnit 6.5.1.

27. Waller, S. W. og Popal, O., "The Fall and Rise of the Antitrust Class Action", *World Competition: Law and Economics Review*, 2016. Dette er behandlet nærmere i afsnit 10.4.1.1.

28. I *Pfizer, Inc. v. Gov't of India*, 434 U.S. 308 (1978), 314, udtalte retten følgende: "[the Clayton Act] § 4 has two purposes: to deter violators and deprive them of 'the fruits of their illegality,' and 'to compensate victims of antitrust violations for their injuries.'" Der kan også henvises til *Am. Soc'y of Mech. Eng'Rs v. Hydrolevel Corp*, 456 U.S. 556 (1982), s. 576, hvoraf det fremgår følgende: "[T]reble damages serve as a means of deterring antitrust violations and of compensating victims". Endvidere kan der henvises til *Blue Shield of Va. v. McCready*, 457 U.S. 465 (1982), 272, hvoraf retten udtalte følgende om den private håndhævelse af de amerikanske antitrust-regler: "Congress sought to create a private enforcement mechanism that would deter violators and deprive them of the fruits of their illegal actions, and would provide ample compensation to the victims of antitrust violations ..."

29. *Hawaii v. Standard Oil Co.*, 405 U.S. 251 (1972), 262, hvoraf fremgår følgende: "By offering potential litigants the prospect of a recovery in three times the amount of their damages, Congress encouraged these persons to serve as 'private attorneys general'." Begrebet er nærmere behandlet i afsnit 2.3.

30. *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979), s. 344, hvor retten udtalte følgende: "Congress created the treble-damages remedy of § 4 precisely for the purpose of encouraging private challenges to antitrust violations. These private suits provide a significant supplement to the limited resources available to the Department of Justice for enforcing the antitrust laws and deterring violations."

31. Lande, R. H., "Introduction: Benefits of private enforcement", *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook*, Edward Elgar Publishing, 2012, s. 10 f., hvor der anføres følgende: "[T]he flaws of U.S. private antitrust enforcement have been greatly exaggerated, on the basis of no evidence expect the self-serving anecdotes of parties who frequently have an interest restricting it", og i samme retning Gilles, M. og Friedman, G. B., "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *UPLR*, vol. 155, nr. 1, 2006, s. 162 f. På den anden side kan der henvises Gavil, A. I., "Designing Private Rights of Action for Competition Policy Systems: The Role of Interdependence and the Advantage of Sequential Approach", *European Competition Law Annual 2011: Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts*

4. Formålet med retten til erstatning

og Joshua P. Davis har gennemført to større studier herom. I det første gennemgik de 40 sager,³² og i det andet gennemgik de yderligere 20 sager.³³ Forfatterens konklusion var følgende:

*[P]rivate antitrust litigation has provided a substantial amount of compensation for victims of anticompetitive behavior: at least \$33.8 to \$35.8 billion. The combined studies also demonstrate that private antitrust enforcement has had an extremely strong deterrent effect. In fact, this research demonstrates that private enforcement probably deters more anticompetitive behavior than even the appropriately acclaimed anti-cartel program of the DOJ Antitrust Division.*³⁴

Lægger man den konklusion til grund, er der i EU og dansk kontekst et betydeligt potentiale i retten til erstatning både i forhold til kompensation og prævention. Om retten til erstatning på denne side af Atlanten er begrundet i de to samme grundlæggende funktioner som i USA, behandles nedenfor – først ved at se på EU-konkurrencereglerne og derefter de danske konkurrenceregler, der i vidt omfang er udformet og skal fortolkes i overensstemmelse med EU-konkurrencereglerne.

4.3 EU

4.3.1 Indledning

Erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne (artikel 101 og artikel 102 TEUF) har historisk spillet en langt mere tilbagetrukket rolle i EU, end tilfældet er i USA. Erstatning for overtrædelse af

and Agencies, Hart Publishing, 2014, s. 14, der omtaler den privatretlige håndhævelse af antitrust-reglerne som ”toxic cocktail”. Som mere konkrete kritikpunkter af den privat håndhævelse i USA er det anført, at det fører til såkaldt ”legal blackmail”, hvorved virksomheder tvinges til at forlig sager på grund af de betydelige udgifter, der er forbundet med at forsvare sig også selvom anklagerne er uden indhold. Henvisninger til dette synspunkt fremgår af Lande, R. H. og Davis, J. P., ”Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases”, *USFLR*, vol. 42, 2008, note 29.

32. Lande, R. H. og Davis, J. P., ”Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases”, *USFLR*, vol. 42, 2008.

33. Davis, J. P., og Lande, R. H., *Summaries of Twenty Cases of Successful Private Antitrust Enforcement*, University of San Francisco Law Research Paper No. 2013-01, 2011.

34. Lande, R. H. og Davis, J. P., ”Toward an Empirical and Theoretical Assessment of Private Antitrust Enforcement”, *SULR*, vol. 36, 2013, s. 1272. (fodnote udeladt). Se i samme retning Lande, R. H. og Davis, J. P., ”Defying conventional wisdom: The case for private antitrust enforcement”, *GLR*, vol. 48, nr. 1, 2013, og Lande, R. H., ”The Proposed Damages Directive: The Real Lessons from the United States”, *CPI Antitrust Chronicle* 2, 2014.

EU-konkurrencereglerne blev oprindeligt anset som et nationalt anliggende.³⁵ Med tiden og navnlig som følge af EU-Domstolens fortolkning af artikel 101 og 102 TEUF blev det klart, at retten til erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne ikke blot er et nationalt anliggende, men følger af EU-konkurrencereglernes direkte virkning.³⁶ I 2014 – 100 år efter ikrafttrædelsen af Clayton Act i USA – blev det retsgrundlag suppleret med erstatningsdirektivet, der regulerer visse spørgsmål om erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne.³⁷ Igennem de senere år, navnlig efter ikrafttrædelsen af erstatningsdirektivet, er der også sket en stigning i erstatningssøgsmål ved de nationale domstole

-
35. Spørgsmålet om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne blev dog behandlet i Unionens tidlige år, herunder i forslag til forordning nr. 17, "Premier règlement d'application des article 85 et 86 du traité 1960 (Proposition de la Commission au Conseil): 'A ces sanctions s'ajoutent la publicité éventuelle de la décision et les risques inhérents à la nullité de l'entente et aux demandes de dommages et intérêts qui pourraient être forcées par des tiers'", og i Kommissionens rapport *La réparation des conséquences dommageables d'une violation des article 85 et 86 du Traité instituant la CEE*, Série Concurrence, nr. 1, Bruxelles. Det fremgår heraf, at i alle de daværende seks medlemsstater var det muligt for private parter at anlægge civilt søgsmål som følge af overtrædelse af konkurrencereglerne. Rapporten er omtalt af bl.a. Wilman, F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts – The EU Legislative Framework*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 202, Jones, C. A., *Private enforcement of antitrust law in the EU, UK and USA*, Oxford University Press, 1999, s. 33, Hjelmeng, E., *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget, 2003, s. 327, Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 162 ff., Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P., *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 16, og Andreangeli, A., *Private Enforcement og Antitrust – Regulating Corporate Behaviour through Collective Claims in the EU and US*, Edward Elgar Publishing, 2014., s. 4 ff.
36. Som nærmere behandlet nedenfor blev det første gang fastslået i C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465. Det var dog også forud herfor EU-kommissionens opfattelse, at retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne fulgte direkte at traktaten, jf. De Europæiske Fællesskabers Virksomhed, *Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken (Beretning udgivet i tilslutning til 'Syttende Almindelige Beretning om De Europæiske Fællesskabers Virksomhed, 1983')*, 1983, s. 136, hvoraf fremgår følgende: "Hidtil har man praktisk taget ikke udnyttet mulighederne for erstatning i tilfælde af overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler. Dette aspekt fortjener imidlertid større opmærksomhed. Kommissionen er af den opfattelse, at domstolens anvendelse af artikel 85 og 86 også bør kunne føre til, at skadelidte personer tilkendes erstatning, fordi dette vil styrke EF-rettens virkninger."
37. *Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret*, L 349/1.

4. Formålet med retten til erstatning

anlagt af eller på vegne af erhvervsdrivende.³⁸ Erstatningssøgsmål anlagt af eller på vegne af forbrugere er derimod fortsat sjældne.

Nedenfor behandles den historiske udvikling af retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne. Behandlingen er begrænset til den funktion i retshåndhævelsen, som retten har.³⁹ Det sker ved at se på EU-Domstolens retspraksis, erstatningsdirektivet og EU-Kommissionens politik. Behandlingen er opdelt i fire perioder, der beskriver nogle udviklingstrin. Den første angår etableringen af retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne. Den næste fokuserer på EU-Kommissionens oprindelige offensive, men mislykkede, tilgang til erstatning. Den tredje angår EU-Kommissionens efterfølgende mere defensive og mere succesfulde tilgang til erstatning, som resulterede i erstatningsdirektivet. Den fjerde og sidste udviklingsperiode angår EU-Domstolens konsolidering af den præventive funktion i retten til erstatning. De fire udviklingstrin gennemgås enkeltvis, hvorefter de analyseres afslutningsvis.

4.3.2 Den historiske udvikling

4.3.2.1 EU-Domstolens etablering af grundlaget for retten til erstatning

Udviklingen i retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne tager udgangspunkt i EU-rettens direkte virkning⁴⁰ og bygger videre på medlemsstaters erstatningsansvar for overtrædelse af EU-retten (den vertikale direkte virkning).⁴¹ Erstatning for overtrædelse af

38. Se Commission Staff Working Document, *On the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, 14.12.2020 SWD(2020) 338 final.

39. Der er altså ikke tale om en udtømmende gennemgang af retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne. Gennemgangen er begrænset til formålsdiskussionen.

40. 26/62, *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1, præmis 12, hvor EU-Domstolen fastslog, at EU-retten uafhængigt af medlemsstaternes lovgivning ikke blot pålægger private forpligtelser men også rettigheder, som bliver en del af deres juridiske formue. EU-retten bliver herved ”en umiddelbar kilde til rettigheder og forpligtelser for alle, som de vedrører, hvad enten det drejer sig om medlemsstater eller om private, som er parter i de retsforhold, der henhører under fællesskabsretten”, jf. 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA*, EU:C:1978:49, præmis 15.

41. C-6/90 og 9/90, *Andrea Francovich m.fl. mod den Italienske Republik*, EU:C:1991:428, præmis 33, hvoraf det fremgår, at retten til erstatning følger af, at EU-rettens fulde virkning ellers ville blive afsvækket, og beskyttelsen af de i EU-retten anerkendte rettigheder dermed forringet, såfremt private var afskåret fra at opnå erstatning for

artikel 101 og artikel 102 TEUF kan anses som den logiske følge heraf og angår EU-retten virkning mellem private (den horisontale direkte virkning).⁴²

Artikel 101 og artikel 102 TEUF's direkte virkning mellem private er første gang behandlet i *BRT mod SABAM* fra 1973.⁴³ Her udtalte EU-Domstolen følgende:

[D]a forbuddene i artiklerne 85, stk. 1, og artikel 86 [i dag artikel 101(1) og artikel 102 TEUF] ifølge selve deres natur er egnede til at skabe umiddelbare virkninger i forholdet mellem private, fremkalder de nævnte artikler umiddelbart rettigheder for de retsundergivne, som de nationale domsmyndigheder skal beskytte.⁴⁴

EU-Domstolen tog dog ikke konkret stilling til, om EU-retten kræver specifikke sanktionsmidler, herunder ret til erstatning, med henblik på beskyttelsen af de rettigheder, der følger af EU-konkurrencereglerne.⁴⁵ Det spørgsmål tog generaladvokat Van Gerven imidlertid fat på ca. 20 år efter i sit forslag til afgørelse i *Banks* fra 1994.⁴⁶ I forslaget er der argumenteret for, at medlemsstaternes domstole er forpligtede til at tilkende private erstatning, som påføres, som følge af at private tilsidesætter artikel 65 og 66(7) i Traktat om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab (svarende til artikel 101 og 102 TEUF). Synspunktet er baseret på EU-Domstolens retspraksis om direkte virkning og medlemsstaternes erstatningsansvar for overtrædelse af EU-retten, der anføres i samme omfang at gøre sig gældende, såfremt private tilsidesætter de forpligtelser, der påhviler dem i henhold til EU-retten. Et modsat resultat vil nemlig fratage EU-konkurrencereglerne deres fulde

en krænkelse af deres rettigheder som følge af en tilsidesættelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat. Som påpeget af *Paul Craig* kan dette anses for en introduktion af *private attorney general*-figuren i EU-retten, jf. Craig, P., "Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, nr. 4, 1992, s. 455.

42. Generaladvokat Walter Van Gervens forslag til afgørelse i C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd mod British Coal Corporation*, punkt 44.

43. 127/73, *Belgische Radio en Televisie m.fl. mod SV SABAM og NV Fonior*, EU:C:1974:6.

44. *Ibid.*, præmis 16.

45. Dommen er behandlet i bl.a. Hjelmeng, E., *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget, 2003, s. 94 ff., og Jones, A., "Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US", *Harmonising EU Competition Litigation: The new directive and beyond*, Hart Publishing, 2016, s. 29 f.

46. Forslag til afgørelse af Generaladvokat Walter Van Gerven, sag C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd mod British Coal Corporation*, EU:C:1993:860.

4. Formålet med retten til erstatning

virkning.⁴⁷ Yderligere vil muligheden for at føre erstatningssager ved de nationale domstole gøre det lettere at gennemføre de fællesskabsretlige konkurrencebestemmelser.⁴⁸ EU-Domstolen endte dog med ikke at tage direkte stilling til spørgsmålet om erstatning, da retten kom frem til, at konkurrencereglerne i Traktat om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab ikke havde direkte virkning for private.⁴⁹

EU-Domstolen fik imidlertid lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet ca. 16 år efter i *Courage*.⁵⁰ Her fastslog EU-Domstolen (Den Store Afdeling), at retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne ikke blot er et nationalt spørgsmål, men følger direkte af EU-retten.⁵¹

Baggrunden for *Courage* var, at Bernard Crehan i 1991 havde indgået en forpagtningsskifte med selskabet Intreprenuer Ltd (IEL), der indeholdt en købsforpligtelse til fordel for bryggeriet Courage, som ejede 50 pct. af IEL. Crehan var herefter som pubforpagter forpligtet til udelukkende at købe øl fra Courage og til at aftage et fastsat mindstekvantum af bestemte øl til en af bryggeriet fastsat pris. I 1993 anlagde Courage sag mod forpagteren med påstand om betaling for ubetalte ølleverancer. Crehan gjorde under sagen gældende, at den eksklusive købsforpligtelse angående visse bestemte ølsorter var i strid med den dagældende artikel 101 TEUF, og fremsatte derfor et modkrav om erstatning. Modkravet var baseret på, at Courage solgte øl til kunder, som ikke var undergivet eksklusivforpligtelsen, til en væsentligt lavere pris end dem, som forpagteren var bundet af. Prisforskellen formindskede ifølge forpagteren rentabiliteten af virksomheden for forpagteren og tvang dem ud af markedet. Den engelsk Court of Appeal valgte under behandlingen af sagen at stille EU-Domstolen flere spørgsmål, herunder om et engelsk forbud mod, at en part til en konkurrencebegrænsende aftale kunne kræve erstatning herfor (*in pari delicto*), var i strid med EU-retten.

EU-Domstolen indledte sin dom med at henvise til, at traktaten, herunder artikel 101(1) og artikel 102, skaber umiddelbare retsvirkninger

47. Ibid., punkt 43.

48. Forslag til afgørelse af Generaladvokat Walter Van Gerven, sag C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd mod British Coal Corporation*, EU:C:1993:860, punkt 44, hvor der også henvises til at private erstatningssager ”længe i De Forenede Stater [har] vist sig hensigtsmæssige i forbindelse med håndhævelsen af de føderale antitrust-regler.”

49. C-128/92, *HJ Banks & Co Ltd mod British Coal Corporation*, EU:C:1994:130, præmis 19.

50. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465.

51. Se også Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 170 ff., og Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law enforcement*, Oxford University Press, 2015, s. 56.

i forholdet mellem private, både i forhold til forpligtelser og rettigheder.⁵² I forlængelse heraf fastslog EU-Domstolen, at enhver borger kan støtte ret på tilsidesættelse af artikel 101(1) TEUF, også selvom den pågældende er part i en aftale, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen i denne bestemmelses forstand.⁵³ For så vidt angår muligheden for at kræve erstatning for skade forårsaget af en aftale eller adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, påhviler det de nationale domsmyndigheder, der inden for rammerne af deres kompetence har til opgave at anvende fællesskabsbestemmelserne, at sikre den *fulde virkning* af disse bestemmelser og beskytte de rettigheder, som de udstyrer borgerne med.⁵⁴

I forhold til den funktion, som muligheden for at kræve erstatning har, udtalte EU-Domstolen herefter noget helt centralt. For det første, at den fulde virkning af artikel 101 TEUF, og navnlig den effektive virkning af forbuddet i bestemmelsens stk. 1, ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, jf. præmis 26.⁵⁵ For det andet, at adgangen til at kræve erstatning forøger virkningen af EU-konkurrencereglerne og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole således yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for EU, jf. præmis 27.⁵⁶ Rationalet bag retten til erstatning i *Courage* kan herefter sammenfattes i to grundlæggende funktioner.⁵⁷ Dels beskyttelse af de individer, som EU-konkurrencereglerne tildeler rettigheder, sådan at de kan opnå kompensation for den skade, en overtrædelse forårsager (præmis 26), dels den øgede afskrækkende virkning, det har, at både private parter og offentlige myndigheder kan håndhæve konkurrencereglerne (artikel 27).⁵⁸

52. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465, præmis 19 og 23.

53. *Ibid.*, præmis 24.

54. *Ibid.*, præmis 25.

55. *Ibid.*, præmis 26.

56. *Ibid.*, præmis 27.

57. Se også Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 17, og Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law enforcement*, Oxford University Press, 2015, s. 56 f.

58. Særligt i forhold til den præventive funktion kan der også henvises til forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:45, præmis 65, hvor der henvises til den private

4. Formålet med retten til erstatning

I 2006 fik EU-Domstolen lejlighed til at præcisere erstatningsbetingelserne for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne i *Manfredi*.⁵⁹ Dommen angik bl.a. årsagssammenhæng og omfanget af erstatningen, herunder om erstatning skal overstige tabet (*pønal erstatning*) og renter.

Hvor *Courage* angik retten til erstatning til en part, der selv deltog i en konkurrencebegrænsende aftale, angik *Manfredi* tredjeparts (forbrugerens) ret til erstatning. Sagens baggrund var, at de italienske konkurrencemyndigheder (*Autorità garante della concorrenza e del mercat* (AGCM)) i juli 2000 havde erklæret en aftale indgået mellem en række bilforsikringselskaber om udveksling af information i strid med konkurrencereglerne. Aftalen havde ifølge AGCM medført, at prisen for bilforsikring var 20 pct. højere, end hvad der ellers havde været tilfældet. I forlængelse heraf anlagde en række forbrugere, herunder Vincenzo Manfredi, sag om erstatning for overpris for betaling af bilforsikring ved en italiensk domstol (*follow-on-sager*), der valgte at stille EU-Domstolen en række præjudicielle spørgsmål.

Manfredi indeholder tilføjelser til *Courage* i forhold til de overordnede betingelser for at kræve erstatning. EU-Domstolen konkretiserer, at *enhver* kan kræve erstatning, når der er *årsagsforbindelse* mellem aftalen eller den forbudte praksis og den nævnte skade (præmis 61).⁶⁰ Dette resultat er (igen) baseret på den *fulde virkning* af artikel 101 TEUF og særligt den *effektive virkning* af forbuddet i stk. 1, der ellers ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, dvs. en henvisning til præmis 26 i *Courage* (kompensationshensynet).⁶¹ Der er imidlertid ingen henvisning til erstatningsbidrag til opretholdelse af en effektiv konkurrence inden for EU, altså præmis 27 i *Courage* (præventionshensynet).⁶² Henvisningen hertil kommer dog senere i dommen ved behandling af spørgsmålet, om det følger af EU-retten, at der skal tilkendes pønal erstatning, når EU-konkurrencereglerne overtrædes, således som det kendes i USA

håndhævelsesmekanismers forbudne og udtrykkeligt tilsigtede afskrækkende effekt over for virksomheder som fastslået i *Courage*, præmis 27.

59. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461.

60. *Ibid.*, præmis 61.

61. *Ibid.*, præmis 60.

62. I Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 21 f., anføres det, at EU-Domstolen herved har forladt det præventive hensyn. Som nærmere uddybet nedenfor kan dette synspunkt ikke tiltrædes.

i form af *treble damages*. EU-Domstolen henviste (igen) til, at den *fulde virkning* af artikel 101 TEUF, og særligt den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, bliver bragt i fare, hvis det ikke er muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen.⁶³ Yderligere anføres det her – ligesom i præmis 27 i *Courage* – at adgangen til erstatning forøger virkningen af EU-konkurrenceregler og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence, jf. *Courage*, præmis 27 (præventionshensynet).⁶⁴

Det forhold, at retten til erstatning også har som funktion at afskrække virksomheder fra at overtræde EU-konkurrencereglerne, betyder imidlertid ikke, at enhver form for afskrækkelse, der kan knyttes til et erstatningssøgsmål, følger af EU-konkurrencereglerne. Om adgang til pønalt erstatning fremgår det af dommen, at spørgsmålet skal afgøres efter national ret under hensyntagen til *ækvivalens-* og *effektivitetsprincipperne*.⁶⁵ Der skal derfor være adgang hertil, hvis der er mulighed herfor ved lignende søgsmål efter national ret (ækvivalensprincippet).⁶⁶ Der er imidlertid ikke pligt til at tilkende sådan erstatning på baggrund af EU-retten, og nationale domstole er ikke forhindret i at påse, at beskyttelsen af rettigheder ikke medfører en ugrundet berigelse.⁶⁷ Det følger derimod af effektivitetsprincippet og princippet om, at enhver har ret til at kræve erstatning for skade påført dem, at skadelidte skal kunne kræve en egentlig erstatning (*damnum emergens*), tabt fortjeneste (*lucrum cessans*) og renter.⁶⁸ Dette altså som et minimum og ikke et maksimum for den erstatning, der kan tilkendes for overtrædelse af konkurrencereglerne.⁶⁹ Om eventuel yderligere pønalt erstatning *kan* tilkendes, er betinget af national ret. Erstatningssøgsmålets dobbelte funktion – som fastslået i *Courage* – opretholdes altså, selvom dette ikke kommer til udtryk på samme vis som i USA i form af *treble damages*. Den kommer så til udtryk på anden vis i form af renter af erstatningen fra skadetidspunktet

63. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461, præmis 90.

64. *Ibid.*, præmis 91.

65. *Ibid.*, præmis 92.

66. *Ibid.*, præmis 93.

67. *Ibid.*, præmis 94.

68. *Ibid.*, præmis 95.

69. Milutinovic, V., *The 'Right to Damages' under EU Competition Law: from Courage v. Crehan to the White paper and Beyond*, Wolters Kluwer, 2010, s. 75.

4. Formålet med retten til erstatning

og ikke først – som det er tilfældet i USA – efter domstidspunktet.⁷⁰ Da konkurrencesager om erstatning ofte angår længere perioder og tager lang tid at få afgjort, er renter i EU i praksis en stor del af den samlede erstatning. Selvom der er forskel ved beregningen af erstatning i USA og EU, skal man derfor ikke overvurdere den forskel. Navnlig ikke i de medlemsstater, hvor procesrenten er høj og indeholder et præventivt element, sådan som det er tilfældet i Danmark.⁷¹

Erstatningssøgsmålets centrale funktion i den samlede håndhævelse af EU-konkurrencereglerne blev yderligere konkretiseret i *Otis I* fra 2011, der angår forholdet mellem offentlig og privat håndhævelse. EU-Domstolen (Store Afdeling) fik – ligesom i *Courage* – lejlighed til at udtale sig om, *hvem* der har ret til erstatning (kredsen af beskyttede skadelidte).⁷² Spørgsmålet var, om retten til en retfærdig rettergang som knæsat i Chartrets artikel 47 og EMRK's artikel 6 blev krænket. Det, som følge af at EU-Kommissionen anlagde et erstatningssøgsmål ved en national domstol på baggrund af EU-Kommissionens egen afgørelse, der efter artikel 16, stk. 1, i gennemførelsesforordning nr. 1/2003 er bindende for den nationale domstol.

Sagens baggrund var, at EU-Kommissionen i 2007 pålagde en række fabrikanter af elevatorer og rulletrapper bøder for deltagelse i et kartel. Da EU havde indgået kontrakter med karteldeltagerne om installation, vedligeholdelse og fornyelse af elevatorer og rulletrapper i flere af de forskellige bygninger, som EU rådede over, anlagde EU, repræsenteret af EU-Kommissionen, erstatningssag mod karteldeltagerne ved en national domstol i Belgien. Virksomhederne gjorde under denne sag gældende, at EU-Kommissionens dobbelte rolle i sagen var i strid med princippet om rettens uafhængighed og princippet om processuel ligestilling.

EU-Domstolen indledte sin dom med at erindre om, at enhver har adgang til under en retssag at påberåbe sig en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og dermed at påberåbe sig den manglende retsvirkning af en aftale eller en praksis, som er forbudt i henhold til denne artikel.⁷³ Hvad særligt angår muligheden for at kræve erstatning for et tab forårsaget af en aftale eller adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, bemærkes videre, at den fulde virkning af artikel 101 TEUF, og særligt den effektive virkning af forbuddet i stk. 1, ville blive bragt

70. Se nærmere herom afsnit 7.5.3.1.

71. Se nærmere herom afsnit 7.5.3.2.

72. C-199/11, *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684.

73. *Ibid.*, præmis 40.

i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Dvs. en gentagelse af *Courage*, præmis 26 (kompensationshensynet).⁷⁴ Yderligere blev der henvist til, at adgangen til erstatning forøger virkningen af EU's konkurrenceregler og er egnet til at hindre ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen. Set i dette perspektiv kan erstatningssøgsmål for de nationale domstole yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Unionen, altså en henvisning til *Courage*, præmis 27 (præventionshensyn).⁷⁵

På baggrund heraf udtalte EU-Domstolen, at enhver har ret til at kræve erstatning for det lidte tab, når der er årsagsforbindelse mellem det nævnte tab og en aftale eller en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF.⁷⁶ Denne ret tilkommer derfor også Unionen.⁷⁷ Selvom den nationale domstol ikke kunne træffe en afgørelse, der var i strid med EU-Kommissionens afgørelse, så kan EU-Kommissionens afgørelse underkastes domstolsprøvelse ved EU's retsinstanser.⁷⁸ Artikel 47 i Chartret var derfor ikke krænket.⁷⁹

Sammenfattende for den behandlede periode fastslog EU-Domstolen, at retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne følger af bestemmelsernes direkte virkning og altså ikke alene er et nationalt anliggende. Retten omfatter egentlig erstatning, tabt fortjeneste og renter. Kredsen af berettigede skadelidte omfatter enhver, herunder erhvervsdrivende, der er part til en konkurrencebegrænsende aftale, forbrugere og offentlige myndigheder. Det sidste gælder også, selvom myndigheden har truffet afgørelse om overtrædelsen af konkurrencereglerne. I alle tilfælde er det dog en betingelse, at der er årsagsforbindelse mellem overtrædelsen og skaden. Formålet med retten til erstatning er kontinuerligt begrundet i hensynet til kompensation og prævention. EU-Kommissionens holdning til spørgsmålet om formålet med retten til erstatning har været knap så konsistent. Det behandles nærmere i de to kommende afsnit.

74. Ibid., præmis 41.

75. Ibid., præmis 42.

76. Ibid., præmis 43.

77. Ibid., præmis 44.

78. Ibid., præmis 57.

79. Artikel 47 sikrer i EU-retten den beskyttelse, der ydes ved EMRK's artikel 6, stk. 1, hvorfor EU-Domstolen alene henviste til den førstnævnte bestemmelse, jf. *ibid.*, præmis 47.

4. Formålet med retten til erstatning

4.3.2.2 EU-Kommissionens offensive tilgang til erstatning

I forlængelse af *Courage* udkom i 2004 den såkaldte *Ashurst-rapport* udarbejdet på vegne af EU-Kommissionen.⁸⁰ Rapporten analyserede mulighederne og betingelserne for erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne i de forskellige medlemsstater. Konklusionen herpå var, at adgangen til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne i de enkelte medlemsstater var præget af ”astonishing diversity and total underdevelopment”.⁸¹ EU-Kommissionen igangsatte herefter en debat om adgang til erstatning i EU. Første skridt var EU-Kommissionens *Grøn bog om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne* fra 2005.⁸² EU-Kommissionen anfører her, at konkurrencereglerne kan håndhæves af såvel offentlige myndigheder som af virksomheder og privatpersoner, og at begge former for håndhævelse udgør en del af et fælles håndhævelsessystem. Herefter udtalte EU-Kommissionen følgende om formålet med erstatningssøgsmål:

*Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af kartel- og monopolreglerne tjener flere formål, nemlig at yde kompensation til dem, der har lidt en skade som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, og at gøre traktatens kartel- og monopolregler fuldt effektive ved at afskrække fra konkurrencebegrænsende adfærd og dermed bidrage væsentligt til at bevare den effektive konkurrence inden for fællesskabet.*⁸³

EU-Kommissionen modtog mange kommentarer til grønbogen. Hvor de fleste var enige i målet om at forbedre adgangen til økonomisk

80. Waelbroeck, D., et al., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: Comparative report (Ashurst Study)*, 2004.

81. Waelbroeck, D., et al., *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules: Comparative report (Ashurst Study)*, 2004, s. 1.

82. EU-Kommissionen, *Grøn bog: Erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2005) 672 endelig, 19.12.2005. Grønbogen blev ledsaget af EU-Kommissionens arbejdsdokumentet, EU-Kommissionen, Commission Staff Working Paper, *Annex to the GREEN PAPER Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 final.

83. EU-Kommissionen, *Grøn bog: Erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2005) 672 endelig, 19.12.2005, s. 3. Grundlaget for EU-Kommissionens udmelding er præmis 26 og 27 i *Courage*, jf. note 2. I forhold til en prioritering af de to hensyn synes EU-Kommissionen på daværende tidspunkt at favorisere det præventive hensyn, idet følgende fremgår af EU-Kommissionen, *Commission Staff Working Paper, Annex to the GREEN PAPER Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 final, punkt 179-180: "[I]t is ... likely that a trade-off between justice (in the sense of full recovery for all those who have suffered a loss from an illegal practice) and efficiency is inevitable ... It is suggested that the determining factor could be the effective enforcement of Community law."

kompensation til dem, der har lidt skade, så var der mindre begejstring at spore, i forhold til at erstatningssøgsmål skulle fungere som et præventivt sanktionsmiddel.⁸⁴

I 2008 blev EU-Kommissionens *Hvidbog om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne* offentliggjort.⁸⁵ Her er det dobbelte formål (kompensation og prævention) fra EU-Kommissionens grønne bog erstattet med ét hovedformål: at forbedre de retlige betingelser for, at skadelidte kan udøve deres traktatfæstede ret til at få erstatning for enhver skade, de har lidt som følge af overtrædelse af EU-konkurrencereglerne. Fuld erstatning er det første og vigtigste ledende princip i den forbindelse.⁸⁶ Den præventive funktion var ikke endegyldigt forladt, men henvist til en mere sekundær rolle i form af en sidegevinst ved at forbedre adgangen til erstatning.⁸⁷ Baggrunden herfor var nok, at erstatningssøgsmålets tilsigtede præventive funktion ikke var blevet vel modtaget af erhvervslivet.⁸⁸

-
84. Kommentarerne er behandlet i Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, og de fremgår af EU-Kommissionens hjemmeside: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html [besøgt den 25. august 2022].
85. EU-Kommissionen, *Hvidbog: Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008. Hvidbogen blev ledsaget af EU-Kommissionens arbejdsdokument, *Commission Staff Working Document Accompanying document to the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules Impact Assessment*, COM(2008) 165 final. Forud offentliggørelsen af hvidbogen fik EU-Kommissionen udarbejdet en rapport om konsekvensen af en øget brug af erstatningssøgsmål i EU, Renda, A., m.fl., *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios (Impact Study)*, Report For The European Commission, 2007.
86. EU-Kommissionen, *Hvidbog: Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008, s. 3. Se også Balasingham, B., "15 Years after *Courage v. Crehan*: The Right to Damages under EU Competition Law", *CoRe*, vol. 1, nr. 1, 2017, s. 23.
87. EU-Kommissionen, *Hvidbog: Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008, s. 3, hvoraf følgende fremgår: "[E]ffektiv adgang til private søgsmål vil også øge sandsynligheden for, at et større antal ulovlige begrænsninger af konkurrencen opdages, og at lovovertræderne holdes ansvarlige herfor. En bedre søgsmålsadgang vil derfor i sig selv også have en række gavnlige virkninger ved at afskrække virksomheder fra at begå overtrædelser fremover og sikre, at EF's kartel- og monopolregler i højere grad overholdes."
88. EU-Kommissionen, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report: Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, 11.6.2013 SWD(2013) 203 final, annex 8, 2(2). Se desuden Crane, D. A., "Compensation for Antitrust Violations: An Economic Perspective", *The Antitrust Bulletin*, vol. 61, nr. 3, s. 357-364, 2016, s. 359, og Stephan, A., "Does the EU's Drive for Private Enforcement of Competition Law

4. Formålet med retten til erstatning

Med henblik på realiseringen af formålet om kompensation, herunder at enhver direkte som indirekte aftager har adgang til erstatning, anførte EU-Kommissionen i hvidbogen, at der tydeligvis er et behov for kollektive søgsmål.⁸⁹ Det vil nemlig gøre det muligt at samle individuelle krav fra mindre erhvervsdrivende og forbrugere, der ofte afskrækkes fra at indlede et selvstændigt erstatningssøgsmål på grund af bl.a. de hermed forbundne omkostninger. EU-Kommissionen foreslog derfor en kombination af to supplerende mekanismer for kollektive søgsmål. For det første repræsentative søgsmål anlagt af kvalificerede enheder, herunder forbrugerorganisationer, statslige organer eller handelsforeninger på vegne af identificerede eller, i et mere begrænset antal tilfælde, identificerbare ofre, altså det, der også betegnes *frameldingsmodellen (opt out)*. For det andet kollektive søgsmål, hvor de skadelidte udtrykkeligt beslutter at samle deres individuelle erstatningssøgsmål i et samlet søgsmål anført af en grupperepræsentant, dvs. det, der også betegnes *tilmeldingsmodellen (opt in)*.⁹⁰ EU-Kommissionen påpegede desuden, at hvidbogen er baseret på to ledende principper. Dels at retsreglerne, der skal sikre mere effektive erstatningssøgsmål i kartel- og monopolsager, bør tage udgangspunkt i en reel europæisk strategi, der har rod i europæisk retskultur og retstraditioner. Dels at EU-Kommissionens og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder bevarer adgangen til en streng offentligretlig håndhævelse af konkurrencereglerne. Privat håndhævelse ved hjælp af erstatningssøgsmål skal derfor supplere, men ikke erstatte eller underminere, den offentlige håndhævelse.⁹¹ Det skal nok forstås sådan, at EU-Kommissionen har villet distancere sig fra den amerikanske tilgang til erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne.⁹²

I 2009 havde EU-Kommissionen et udkast til forslag til direktiv om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne klar.⁹³ Udkastet

Have a Coherent Purpose?”, *University of Queensland Law Journal*, vol. 37, nr. 1, 2018, s. 162.

89. EU-Kommissionen, *Hvidbog: Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008, s. 4 f (afsnit 2.1).

90. Kollektive søgsmål er behandlet nærmere i kapitel 10.

91. EU-Kommissionen, *Hvidbog: Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008, s. 3.

92. Se også i den retning Crane, D. A., ”Private Antitrust Enforcement: Comparative and policy considerations”, *Comparative Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 400.

93. Udkastet er gengivet i Lowe, P. og Marquis M., *European Competition Law: Annual 2011— Integrating Public and Private Enforcement of Competition Law – Implications for Courts and Agencies*, Hart Publishing, 2014, som bilag 3, og forslaget er også omtalt i Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law*

indeholdt – i overensstemmelse med tilkendegivelsen i hvidbogen – bestemmelser om adgang til kollektive søgsmål, og om baggrunden herfor fremgår følgende af forslaget:

*Harm caused by infringements of Article 81 and Article 82 of the Treaty is often scattered among a multitude of injured parties, typically consumers or small and medium-sized enterprises. Therefore, availability of suitable collective redress mechanisms is crucial for such injured parties to have a realistic and effective chance to obtain compensation.*⁹⁴

Udkastet blev dog aldrig endeligt fremsat, og baggrunden herfor er uklar. Det er anført, at en betingelse for genvalget af J.M. Barroso som formand for EU-Kommissionen var, at direktivet ikke blev fremsat.⁹⁵ Navnlige indførelse af fællesregler om kollektive søgsmål synes at have været det springende punkt.⁹⁶ EU-Kommissionen har da også sidenhen udvist en mere afdæmpet begejstring for erstatningssøgsmåls muligheder og i højere grad fokuseret på forholdet mellem adgang til erstatning og den offentlige håndhævelse. Endvidere har EU-Kommissionen helt opgivet tanken om indførelse af fælles regler om kollektive søgsmål med henblik på at sikre bl.a. forbrugeres ret til erstatning, når EU-konkurrencereglerne overtrædes.

4.3.2.3 EU-Kommissionens defensive tilgang til erstatning

Efter EU-Kommissionen opgav at fremsætte sit oprindelige forslag til fælles regler om adgang til erstatning i 2009, var der stilhed om projektet i en årrække. *Courage* og *Manfredi* havde imidlertid prikket hul på bylden, og et stigende antal erstatningssøgsmål anlagt på baggrund af konkurrencemyndigheders håndhævelse (*follow-on-søgsmål*) begyndte at dukke op rundt om i Europa.

enforcement, Oxford University Press, 2015, s. 110, herunder note 15, og Wilman, F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts - The EU Legislative Framework*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 214.

94. Udkastets afsnit 4.2.

95. Wilman, F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts - The EU Legislative Framework*, Edward Elgar Publishing, 2015, s. 215 med yderligere henvisninger i note 122.

96. Dette synes også at være det, som kom til udtryk – i hvert fald mellem linjerne – i en tale afholdt af daværende konkurrencekommissær Almunia, J., holdt den 12. maj 2010 ved European Competition Day i Madrid, *Competition and consumers: the future of EU competition policy*, hvor der anføres følgende: ”The Commission’s April 2008 White Paper on damages actions for breach of the EC rules antitrust started a wide debate, particularly on our suggestions regarding collective redress.”

4. Formålet med retten til erstatning

Det stigende antal erstatningssøgsmål ved de nationale domstole i EU gav anledning til en ny problemstilling, nemlig forholdet mellem adgang til erstatning og den offentlige håndhævelse af konkurrencereglerne, herunder konkurrencemyndigheders samarbejdsprogrammer (*leniency*).⁹⁷ Samarbejdsprogrammerne har den åbenbare fordel for skadelidte, at flere overtrædelser bliver kortlagt, som følge af at virksomheder motiveres til at samarbejde med konkurrencemyndighederne ud fra et ønske om at opnå sanktionsfritagelse eller sanktionslempelse. Risikoen for at blive mødt med et erstatningssøgsmål kan imidlertid begrænse virksomhedernes lyst til at samarbejde med konkurrencemyndighederne. Navnlig hvis potentielle skadelidte får adgang til de akter, som overtræderne af konkurrencereglerne har givet konkurrencemyndighederne som led i samarbejdet. I takt med en stigning i antallet af erstatningssøgsmål på EU-plan blev en presserende opgave derfor at finde en balance mellem hensynet til offentlig og privat håndhævelse.⁹⁸

Det blev særligt tydeligt med EU-Domstolens dom i *Pfleiderer* fra 2011.⁹⁹ Sagen angik aktindsigt i dokumenter indgivet frivilligt af en virksomhed med henblik på at opnå bødefritagelse.

Sagens baggrund var, at det tyske Bundeskartellamt i 2008 havde meddelt bl.a. tre europæiske producenter af dekorationspapir bøder på 62 mio. euro på grund af aftaler om prisfastsættelse og kapacitetslukning. *Pfleiderer*, der var kunde hos de tre producenter, anmodede i forlængelse heraf de tyske konkurrencemyndigheder om aktindsigt i dokumenter vedrørende proceduren for udstedelse af bøde. Anmodningen var indgivet med henblik på at indlede et civilt erstatningssøgsmål. De akter, som *Pfleiderer* ønskede aktindsigt i, omfattede bl.a. dokumenter indgivet af karteldeltagere frivilligt med henblik på at opnå bødenedsættelse. EU-Domstolen blev bedt om at tage stilling til, om private parter skal have adgang til oplysninger og dokumenter, der er indgivet

97. Se nærmere om *leniency* i afsnit 11.4.2.3.

98. Se herom Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 27, Stephan, A., "Does the EU's Drive for Private Enforcement of Competition Law Have a Coherent Purpose?", *University of Queensland Law Journal*, vol. 37, nr. 1, 2018, s. 161 og EU-Kommissionen, *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report: Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, 11.6.2013 SWD(2013) 203 final, s. 5, hvoraf følgende fremgår: "More recently, a new issue has arisen, showing that the EU right to compensation can sometimes be at odds with the effectiveness of public enforcement of the EU competition rules. For example there exists legal uncertainty as to whether information that a competition authority had obtained in the course of its enforcement of the EU competition rules, is disclosable in damages actions before national courts."

99. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389.

frivilligt til en medlemsstats konkurrencemyndighed i forbindelse med et nationalt samarbejdsprogram.

EU-Domstolen (Den Store Afdeling) udtalte, at samarbejdsprogrammerne udgør et nyttigt redskab med henblik på at afsløre og standse overtrædelse af konkurrencereglerne og således opfylder formålet om den effektive anvendelse af artikel 101 og 102 TEUF.¹⁰⁰ Videre bemærkede domstolen, at denne effektivitet vil kunne bringes i fare, hvis dokumenter videregives til personer, der ønsker at anlægge et erstatningssøgsmål.¹⁰¹ Det til trods påpegede EU-Domstolen, at enhver har adgang til at kræve erstatning for skade, der er påført ham som følge af en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen (kompensationshensynet),¹⁰² og at adgangen til erstatning sikrer opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for EU (præventionshensynet).¹⁰³ De EU-retslige konkurrenceregler er derfor ikke til hinder for, at en, der er blevet påført skade som følge af overtrædelse af EU-konkurrenceretten, kan opnå adgang til aktindsigt i dokumenter i samarbejdsproceduren med henblik på at forfølge krav om erstatning. Det tilkommer imidlertid domstolene i medlemsstaterne på grundlag af den nationale lovgivning at fastlægge betingelserne for, hvorvidt en sådan adgang skal tillades eller afvises, idet de herved skal foretage en afvejning af de hensyn, som beskyttes af EU-retten.¹⁰⁴

I *Donau Chemie* fra 2013 fik EU-Domstolen lejlighed til at behandle en lignende problemstilling.¹⁰⁵ Her var spørgsmålet, om det var foreneligt med effektivitetsprincippet, at der alene gives aktindsigt i de offentlige akter i konkurrencesager, hvis parterne samtykker heri.

Sagens baggrund var, at en national domstol i Wien (Oberlandesgericht Wien) i 2010 pålagde Donau Chemie m.fl. bøder på et samlet beløb på 1,5 mio. euro for overtrædelse af bl.a. artikel 101 TEUF på markedet for engroshandel med kemiske produkter for trykkerierhvervet. På baggrund af denne afgørelse – som efterfølgende blev stadfæstet – blev der anmodet om aktindsigt i sagsakterne hos den østrigske forbundskonkurrencemyndighed (Bundeswettbewerbshörde). I henhold til de østrigske regler gav de imidlertid alene adgang til aktindsigt, hvis parterne i den offentlige håndhævelse samtykkede heri.

100. Ibid., præmis 25.

101. Ibid., præmis 26.

102. Ibid., præmis 28, hvor der bl.a. henvises til præmis 26 i *Courage*.

103. Ibid., præmis 29, hvor der henvises til præmis 27 i *Courage*.

104. Ibid., præmis 32.

105. C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde mod Donau Chemie AG m.fl.*, EU:C:2013:366.

4. Formålet med retten til erstatning

EU-Domstolen kom til det resultat, at en generel begrænsning i adgangen til aktindsigt var i strid med EU-retten, idet de nationale retsinstanser skal have adgang til at vurdere en anmodning fra sag til sag.¹⁰⁶ Ved denne bedømmelse skal de nationale retter foretage en afvejning mellem på den ene side den interesse, som den, der anmoder om aktindsigt, har i at få adgang til dokumenterne med henblik på at forbedre et erstatningssøgsmaal, henset til eventuelle andre muligheder, der står til vedkommendes rådighed,¹⁰⁷ og på den anden side skal de nationale retter tage hensyn til den faktisk skadelige virkning, som en adgang vil kunne give anledning til i forhold til den offentlige interesse eller andre personers legitime interesse.¹⁰⁸ Det er dog kun tilstedeværelsen af en risiko for, at et givent dokument faktisk vil kunne skade den offentlige interesse i det nationale samarbejdsprogrammes effektivitet, der vil kunne begrunde, at dette dokument ikke udleveres.¹⁰⁹ Resultatet var igen fundet i, at retten til erstatning både tjener hensynet til kompensation og prævention.¹¹⁰

Pfleiderer og *Donau Chemie* gjorde det klart, at spørgsmålet om adgang til konkurrencemyndighedernes akter må afgøres fra sag til sag, og at virksomheder derfor ikke på forhånd kan vide sig sikre på, at dokumenter og oplysninger afgivet som led i samarbejde med konkurrencemyndighederne ikke vil blive anvendt i et eventuelt erstatningssøgsmaal.¹¹¹ Det stigende antal erstatningssøgsmaal begyndte således at udgøre en trussel mod en effektiv offentlig håndhævelse.

106. *Ibid.*, præmis 34.

107. *Ibid.*, præmis 44.

108. *Ibid.*, præmis 45.

109. *Ibid.*, præmis 48.

110. *Ibid.*, præmis 23 og 24, hvor der henvises til bl.a. præmis 26 og 27 i *Courage*.

111. Se herom Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 27. Spørgsmålet er også behandlet af Retten i Første instans i forhold til adgang i EU-Kommissionens akter, jf. Sag T-437/08, *CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims mod Kommissionen*, EU:T:2011:752, præmis 77, hvoraf følgende fremgår: "[P]rogrammet om bødenedsættelse og samarbejde, hvis effektivitet Kommissionen forsøger at beskytte, ikke er eneste middel til at sikre en overholdelse af Unionens konkurrenceregler. Erstatningssøgsmaal for de nationale domstole kan nemlig også yde et væsentligt bidrag til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Unionen. (dommen i sagen *Courage* og *Crehan*, nævnt i præmis 49 ovenfor, præmis 27)." Der kan også henvises til Sag T-677/13, *Axa Versicherung AG mod Europa-Kommissionen*, EU:T:2015:473, præmis 66, hvoraf følgende fremgår: "Det skal i denne forbindelse bemærkes, at enhver har adgang til at kræve erstatning for den skade, der er påført ham som følge af en tilsidesættelse af EU's konkurrenceregler. Adgangen hertil styrker virkningen af disse regler, i det omfang en sådan ret er egnet til at hindre de ofte skjulte aftaler

I juni 2013 offentliggjorde EU-Kommissionen sit forslag til erstatningsdirektivet.¹¹² Forslaget blev fremsat som en del af en samlet pakke, der i øvrigt omfattede en meddelelse til tabsopgørelse i konkurrenceerstatningssager¹¹³ og en henstilling om fælles principper for kollektive retsmidler i medlemsstaterne for sager om forbud og erstatning inden for EU-retten generelt.¹¹⁴

Formålet med forslaget til erstatningsdirektivet var at sikre en effektiv håndhævelse af EU's konkurrenceregler. For det første ved at ofrene for overtrædelser af EU's konkurrenceregler kan opnå fuld erstatning for den skade, de har lidt. For det andet ved at fremme samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse af konkurrencereglerne. Samspillet mellem den offentlige og den private håndhævelse og fuld erstatning fremstår som to ligeværdige hensyn med forslaget. To hensyn, der sammen skal sikre det overordnede formål om effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne.¹¹⁵ Erstatningssøgsmålets præventive formål er mere afdæmpet og anses mere som en potentiel følge af kompensation.¹¹⁶ Akilleshælen i det ikkefremsatte direktivforslag fra 2009

eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, idet den derved bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Unionen." EFTA-Domstolen har givet udtryk for samme opfattelse af adgang til erstatning i Sag E-14/11, *Schenker North AB m.fl. mod EFTA Surveillance Authority*, 2012, præmis 132, hvoraf følgende fremgår: "While pursuing his private interest, a plaintiff in such proceedings contributes at the same time to the protection of the public interest. This thereby also benefits consumers".

112. *Forslag til direktiv af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/0185 (COD) om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler*, 32014L0104. Forslaget blev ledsaget af *Commission Staff Working Document Impact Assessment Report: Damages actions for breach of the EU antitrust rules*, 11.6.2013 SWD(2013) 203 final.
113. EU-Kommissionen, *Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde*, 2013/C 167/07. Meddelelsen blev ledsaget af *Arbejdsdokument fra kommissionens tjenestegrene, praktisk vejledning i tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller 102 i traktaten om den europæiske unions funktionsmåde*, 2013.
114. *EU-Kommissionens henstilling af 11. juni 2013 om fælles principper for kollektive retsmidler i medlemsstaterne til opnåelse af pålæg, forbud eller erstatning i forbindelse med tilsidesættelse af rettigheder i henhold til EU-retten*, 2013/396/EU.
115. *Forslag til direktiv af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2013/0185 (COD) om visse bestemmelser om søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceregler*, 32014L0104, afsnit 1.2., s. 3 f.
116. Dette fremgår også forholdsvis klart af EU-Kommissionen, *Meddelelse fra Kommissionen om tabsopgørelse i erstatningssøgsmål efter overtrædelser af artikel 101 eller*

4. Formålet med retten til erstatning

om bindende regler for kollektive søgsmål var pillet ud af direktivforslaget og i stedet henvist til den ikkebindende henstilling om kollektive retsmidler.

Den 26. november 2014 blev erstatningsdirektivet vedtaget.¹¹⁷ Formålet med direktivet fremgår af artikel 1, hvor det hedder følgende:

1. *Dette direktiv fastsætter visse regler, der er nødvendige for at sikre, at enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af konkurrenceretten begået af en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning, effektivt kan gøre retten til at kræve fuld erstatning for denne skade fra denne virksomhed eller sammenslutning. Direktivet fastsætter regler om fremme af lige konkurrence på det indre marked og fjernelse af hindringerne for det indre markeds funktion ved at sikre ensartet beskyttelse i hele Unionen for alle, som har lidt en sådan skade.*
2. *Dette direktiv fastsætter bestemmelser, der koordinerer konkurrencemyndighedernes håndhævelse af konkurrencereglerne og håndhævelse af disse regler under erstatningssøgsmål ved nationale retter.*

Erstatningsdirektivet er altså overordnet – og i overensstemmelse med EU-Kommissionens forslag – begrundet i sikring af 1) erstatning til dem, der lider skade, når EU-konkurrencereglerne overtrædes, og 2) koordinering af konkurrencemyndighedernes håndhævelse af

102 i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde, 2013/C 167/07, punkt 2, hvoraf følgende fremgår: ”Mens Kommissionens bødepålæg har et afskrækkende formål, er formålet med at rejse erstatningskrav at opnå kompensation for den skade, der er lidt på grund af en overtrædelse. Desuden vil en mere effektiv adgang for forbrugere og virksomheder til at opnå erstatning i sig selv have den positive virkning, at det kan afholde mange virksomheder fra at begå fremtidige overtrædelser og fremme en større overholdelse af disse regler”.

117. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EU af 26. november 2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret, L 349/1. Implementeringen af erstatningsdirektivet i flere medlemsstater er behandlet i Rodger, B. J., et al., ”Transposition: Key Issues and Controversies”, *The EU Antitrust Damages Directive – transposition in the member states*, Oxford University Press, 2018 og implementeringen er evalueret i Commission Staff Working Document, *On the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, 14.12.2020 SWD(2020) 338 final.

konkurrencereglerne og håndhævelse af disse regler under erstatnings-søgsmål ved nationale retter.¹¹⁸

Retten til *erstatning* er fastslået i artikel 3(1), hvoraf det fremgår, at enhver, som har lidt skade på grund af en overtrædelse af konkurrenceretten, kan kræve fuld erstatning.¹¹⁹ 'Enhver' omfatter både direkte og indirekte aftagere fra en overtræder, jf. artikel 12(1). Hvordan indirekte aftagere og andre, der måtte have lidt mere fragmenteret skade, processuelt kan organisere sig, indeholder direktivet ikke svar på, selvom indirekte aftageres ret til at kræve erstatning og kollektive søgsmålsformer ellers netop var kædet sammen i EU-Kommissionens forslag i hvidbogen og det ikkefremsatte direktivforslag. 'Fuld erstatning' skal stille en person, som har lidt skade, som om overtrædelsen af konkurrencereglerne ikke var blevet begået, jf. artikel 3(2). Erstatningen skal derfor omfatte det lidte tab og tabt fortjeneste samt betaling af renter. Det må imidlertid ikke føre til overkompensation i form af erstatning med straffende formål eller flere eller andre skadeserstatninger, jf. artikel 3(3). Det skal derfor undgås, at en skadelidt får en erstatning, der overstiger skaden som følge af overtrædelsen af konkurrenceretten, ligesom det skal undgås, at overtræderen unddrager sig ansvar.¹²⁰

Koordinering af konkurrencemyndighedernes håndhævelse af konkurrencereglerne og erstatningssøgsmål er navnlig adresseret i artikel 6-8 om adgang til konkurrencemyndigheders sagsakter og artikel 9 om retsvirkninger af nationale konkurrencemyndigheders afgørelser. Her er der tale om sikring af navnlig en effektiv offentlig håndhævelse af konkurrencereglerne. Erstatningssøgsmålets selvstændige præventive funktion er mere eller mindre forladt som en selvstændig funktion, som erstatningsdirektivet stræber efter at understøtte.

118. Se dog Drexler, J., *Consumer Actions after the Adoption of the EU Directive on Damage Claims for Competition Law Infringements*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 15-10, 2015, s. 2, hvor følgende anføres: "According to its Article 1(1), the Damages Directive pursues two objectives, namely, (1) the full compensation of all victims; and (2) the fostering of undistorted competition in the internal market."

119. Det er specificeret i præambelbetragtning 3 og 13, at 'enhver' også omfatter forbrugere.

120. De nærmere regler for behandling af det såkaldte overvæltningsargument – både i dets defensive og dets offensive form – fremgår nærmere af artikel 13-15. Dette spørgsmål er nærmere behandlet i afsnit 7.4.3.

4. Formålet med retten til erstatning

4.3.2.4 EU-Domstolens konsolidering af prævention som mål med erstatning

Sideløbende med vedtagelsen, ikrafttrædelsen og implementeringen af erstatningsdirektivet har EU-Domstolen afsagt en række domme, herunder navnlig *Kone*,¹²¹ *Skanska*,¹²² *Otis II*,¹²³ *Sumal*,¹²⁴ der alle angår retten til erstatning baseret på EU-konkurrencereglernes direkte virkning. Dommene illustrerer, hvad det betyder, at erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne ikke alene har til formål at sikre kompensation, men også at afskrække virksomhederne fra at udøve konkurrencebegrænsende adfærd (prævention).

Perioden kan anskues som en konsolidering af erstatningsøgsmålets præventive funktion inden for EU-konkurrencereglerne.¹²⁵ Dette kommer til udtryk ved, at EU-Domstolen i de pågældende domme har anlagt en bred fortolkning af kredsen af dels *skadelidte* (rettighedssubjekter), som har ret til erstatning,¹²⁶ dels *skadevoldere* (pligtsubjekter), der kan rettes et erstatningskrav mod.¹²⁷ Dommene markerer samtidig skillelinjen mellem det, der på den ene side følger direkte af EU-konkurrencereglerne, og på den anden side medlemsstaternes interne retsordner under hensyn til ækvivalens- og effektivitetsprincippet.

Kone fra 2014 angår kredsen af rettighedssubjekter.¹²⁸ Et kartel kan have virkning, der spreder sig ikke blot til karteldeltagernes egne kunder, men også til kunder hos konkurrenter, der ikke deltager i kartellet, idet de har kunnet prissætte deres produkter i ly af kartellet (*umbrella*

121. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317.

122. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204.

123. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069. Sagen betegnes Otis II, da EU-Domstolen tidligere havde taget stilling til en anden problemstilling som følge af det samme kartel i C-199/11, *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684 (behandlet i afsnit 4.3.2.1).

124. C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800.

125. Brug af betegnelsen ”konsolidering” er taget fra forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 34-45.

126. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317 (paraply-aftagere) og C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069 (aktører uden for det berørte marked).

127. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204 og C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800 (en økonomisk enhed).

128. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317. Dommen er tidligere behandlet i dansk retslitteratur i Fejø, J., ”Erstatning ved konkurrence-retlige skader: Umbrella Pricing”, *Liber Amicorum Peter Møgelvang*, Ex Tuto Publishing, 2016.

pricing).¹²⁹ Sagen angik, om artikel 101 TEUF er til hinder for nationale regler, der kategorisk udelukker, at en virksomhed, der deltager i et kartel, er erstatningsansvarlig for følgerne af *umbrella pricing*.¹³⁰ Dvs. om kunder, der hverken direkte eller indirekte var aftagere af varer eller tjenester fra deltagerne i kartellet (herefter ”paraply-aftagere”), kunne afskæres fra at kræve erstatning på forhånd (*a priori*).¹³¹

Sagens baggrund var, at EU-Kommissionen tilbage i februar 2007 havde meddelt en række virksomheder, herunder Kone og Otis, en bøde på i alt 992 mio. euro som følge af deres deltagelse i karteller vedrørende installering og vedligeholdelse af elevatorer og rullende trapper i Belgien, Tyskland, Luxembourg og Nederlandene. ÖBB-Infrastruktur anlagde herefter krav om erstatning ved de østrigske domstole under påberåbelse af den såkaldte *umbrella-effekt*. ÖBB-Infrastruktur havde købt elevatorer og rullende trapper af virksomheder, der ikke var medlemmer af det omhandlede kartel, til en – efter det påståede – højere pris end den, der ville være blevet fastsat uden dette kartel, idet ÖBB-Infrastruktur henviste til, at disse virksomheder havde draget fordel af kartellet ved fastsættelsen af deres priser på et forhøjet niveau. ÖBB-Infrastruktur var altså paraply-aftager.

Generaladvokat J. Kokott anførte i sit forslag til afgørelse, at artikel 101 TEUF er til hinder for en fortolkning og anvendelse af medlemsstaternes nationale ret, hvorefter det af retlige grunde kategorisk er udelukket, at paraply-aftagere kan kræve erstatning fra et kartel.¹³² Til støtte herfor henvises bl.a. til følgende:

Hvis man giver karteldeltagere vished for, at de aldrig pålægges erstatningsansvar for umbrella pricing, ville det give dem et yderligere incitament til at fortsætte deres konkurrencebegrænsende handlinger. Den med de private håndhævelsesmekanismer forbundne og udtrykkeligt tilsigtede afskrækkende effekt over for virksomheder (prævention), der overvejer at overtræde de spilleregler, der gælder på det europæiske indre marked, ville få den modsatte virkning.¹³³

129. I forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:45, punkt 2 anføres det, at ”umbrella pricing” henviser til, at virksomheder, der ikke selv deltager i et kartel, i ly af kartellets ulovlige handlinger, bevidst eller ubevidst fastsætter deres priser højere, end de ellers ville have haft mulighed for under konkurrencevilkår.

130. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, præmis 19.

131. *Ibid.*, præmis 14.

132. Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:45, punkt 90.

133. *Ibid.*, punkt 65. Det er i den forbindelse interessant, og understreger EU-Kommissionens ambivalente forhold til erstatningsøgsmålet præventive funktion, at Kokott i

4. Formålet med retten til erstatning

EU-Domstolen kom til samme resultat som generaladvokaten. Afgørelsen er baseret på den *fulde effektive virkning* af artikel 101 TEUF, og navnlig at den fulde virkning af forbuddet i denne bestemmelses stk. 1 ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen.¹³⁴ Enhver har således ret til at kræve erstatning for den påførte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF.¹³⁵ Den ret, enhver har til at kræve erstatning for en sådan skade, forøger således virkningen af EU's konkurrenceregler og er egnet til at hindre de ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, idet den derved bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Den Europæiske Union.¹³⁶ Når der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer det hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning for skade, der følger af et kartel eller en adfærd, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, herunder regler om anvendelse af begrebet *årsagsforbindelse*, for så vidt som ækvivalens- og effektivitetsprincipperne overholdes.¹³⁷ I denne henseende, og specifikt inden for konkurrencerettens område, må de nationale regler ikke skade den effektive anvendelse af artikel 101 og artikel 102 TEUF.¹³⁸

På denne baggrund gik EU-Domstolen videre til at konstatere, at hvor et kartel lykkes med at opretholde en kunstigt høj pris for visse produkter, kan det ikke udelukkes, at en konkurrerende virksomhed, der ikke er medlem af nævnte kartel, vælger at fastsætte en højere pris på sit tilbud end den pris, som den ville have valgt under normale konkurrencevilkår.¹³⁹ En mulig følge af et kartel er således, at en kunde til en virksomhed, der ikke er medlem af dette kartel, kan blive påført en skade i form af overpris, som følge af at dens leverandør prissætter i ly

en fodnote til det citerede (fodnote 38) bemærker følgende: ”Selv om Kommissionen på retsmødet forsøgte at nedtone relevansen af denne afskrækkende effekt tillægger Domstolen den dog stor betydning i sin faste retspraksis, jf. *Courage* og *Crehan*-dommen, præmis 27, *Manfredi*-dommen, præmis 91, og *Pfleiderer*-dommen, præmis 28, og *Donau Chemie*-dommen, præmis 23”.

134. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, præmis 21.

135. *Ibid.*, præmis 22.

136. *Ibid.*, præmis 23, der henviser til bl.a. *Courage*, præmis 27 (det præventive hensyn).

137. *Ibid.*, præmis 24.

138. *Ibid.*, præmis 26.

139. *Ibid.*, præmis 29.

af kartellet. Det kan medlemmerne af kartellet ikke ignorere.¹⁴⁰ Et offer for *umbrella pricing* kan derfor opnå erstatning for en skade, der er forvoldt af medlemmerne af et kartel, selvom den skadelidte ikke har haft kontraktmæssige forbindelser med disse medlemmer, når to forhold er til stede. For det første at det er godtgjort, at kartellet alt efter omstændighederne i det konkrete tilfælde, herunder de særlige forhold på det omhandlede marked, kunne have haft den konsekvens, at selvstændigt handlende tredjeparter har anvendt *umbrella pricing*. For det andet at disse omstændigheder og særlige forhold ikke kunne ignoreres af medlemmerne af nævnte kartel.¹⁴¹ EU-Domstolen afviste i forlængelse heraf, at erstatningen havde karakter af en straf, selvom den ikke modsvarede en berigelse hos karteldeltagerne, idet reglerne på området for erstatning uden for kontrakt ikke er afhængige af den opnåede fordel for den, der har begået den culpøse handling, som forvoldte skaden.¹⁴²

Skanska fra 2019 er det næste skridt i konsolideringen af erstatningsøgsmålets præventive funktion.¹⁴³ Her var spørgsmålet ikke, hvem der kan gøre et erstatningsansvar gældende (rettighedssubjektet), men hvem der kan gøres ansvarlig for overtrædelsen (pligtsubjektet). Konkret angik dommen, om pligtsubjektet i den privatretlige håndhævelse af konkurrencereglerne er sammenfaldende med pligtsubjektet i den offentligretlige håndhævelse.

Sagens baggrund var, at en række selskaber i perioden 1994-2002 drev et kartel i Finland på asfaltmarkedet. Ved kendelse af 29. september 2009 idømte Korkein hallinto-oikeus (øverste domstol i forvaltningsretlige sager i Finland) syv selskaber bøder herfor, både med henvisning til de nationale konkurrenceregler og EU-konkurrencereglerne om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler. Flere af selskaberne var frivilligt blev likvideret af deres moderselskaber (*Skanska*, *NCC* og *Asfaltmix*), der overtog og videreførte datterselskabernes aktiviteter. Moderselskaberne havde ikke selv deltaget i kartellet, men var blevet pålagt bødeansvar for datterselskabernes overtrædelser i henhold til princippet om økonomisk kontinuitet. *Vantaan kaupunki* (*Vantaan kommune*), som havde indgået flere kontrakter om asfalteringsarbejde i perioden

140. *Ibid.*, præmis 30.

141. *Ibid.*, præmis 34.

142. *Ibid.*, præmis 35. Dommens betydning i forhold til spørgsmålet om årsagsforbindelse, herunder sondring mellem retslig og faktisk årsagsforbindelse er nærmere behandlet nedenfor i afsnit 5.6.

143. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204. Dommen er tidligere behandlet i Ulfbeck, V., ”Vicarious Liability in Groups of Companies and in Supply Chains – Is Competition Law Leading the Way?”, *Market and Competition Law Review*, vol. 3, nr. 2, 2019.

4. Formålet med retten til erstatning

1998-2001 med et af de dømte selskaber, anlagde herefter erstatningssøgsmål mod bl.a. Skanska, NCC og Asfaltmix, der imidlertid afviste erstatningskravet, da de ikke var de (juridiske) enheder, der havde begået overtrædelsen.

I sit forslag til afgørelse tog generaladvokat N. Wahl udgangspunkt i erstatningssøgsmålets funktion i henhold til EU-konkurrenceretten.¹⁴⁴ I forslaget konstateres det indledningsvis, at i Europa har erstatningssøgsmål som regel en primært udbedrende og kompenserende (*restitutio ad integrum*) funktion. Selvom betaling af erstatning endvidere kan have en afskrækkende funktion i visse sammenhænge, er erstatningsansvar som en selvstændig, afskrækkende foranstaltning mod (eller straf for) uønsket adfærd uden tvivl et mindre udbredt fænomen i det europæiske juridiske landskab.¹⁴⁵ Når det kommer til EU-konkurrenceretten, så er der dog mere på spil. Her har erstatningssøgsmål til formål at opfylde begge funktioner (kompensation og prævention),¹⁴⁶ og den kompenserende funktion af et erstatningssøgsmål vedrørende en tilsidesættelse af konkurrenceretten er efter generaladvokatens opfattelse underordnet i forhold til den afskrækkende funktion.¹⁴⁷ Videre anføres det, at de grunde, der gør sig gældende inden for den offentlige håndhævelse af konkurrenceretten til at anvende det brede virksomhedsbegreb, ligeledes gør sig gældende i forhold til privatretlige erstatningssøgsmål. De har – om end ved brug af forskellige mekanismer – samme funktion: at afskrække virksomheder fra at deltage i konkurrencebegrænsende

144. Forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 26-51. Forslaget til afgørelse var Wahls sidste som generaladvokat, inden han blev dommer ved EU-Domstolen, og er i overensstemmelse med hans position som forsker, hvor han tidligere har argumenteret for, at adgang til erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne bør have til formål at sikre både kompensation og prævention, jf. Wahl, N., *Damages for Infringements of Competition Law*, Tort liability and insurance, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2001, hvor der anføres følgende: "[R]ules on a right to damages under competition law should be used as a deterrent and not primarily as a means of reparation.", og Wahl, N., *Konkurrensskada*, JureCLN, 2000, s. 52, hvor der i forhold til svensk ret anføres følgende: "[D]et [är] min uppfattning att 33 § i konkurrenslagen skall uppfattas som en regel om prevention, trots att den som skall visas längre fram, kanske ändock innehåller mest reparation. Dess preventiva syfte bör därför främjas mest i enskilda tolkningar avseende begreppet konkurrensskada och genom det sätt på vilket skadan beräknas."

145. Forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 27.

146. *Ibid.*, punkt 28 og punkt 45.

147. *Ibid.*, punkt 50.

adfærd. Offentlig og privat håndhævelse af EU-konkurrenceretten skal derfor betragtes som et hele,¹⁴⁸ der udgør en integreret del af håndhævelsen af EU-konkurrenceretten, som er en ordning, der (samlet set) primært har til formål at afskrække virksomheder fra at deltage i konkurrencebegrænsende adfærd.¹⁴⁹ Pligtsubjektet i henhold til den offentlige håndhævelse er derfor sammenfaldende med pligtsubjektet i privatretlige erstatningssøgsmål.¹⁵⁰

EU-Domstolen kom til samme resultat som generaladvokaten. *Virk-somhed* i artikel 101 TEUF udgør derfor et selvstændigt begreb i EU-retten, der ikke har forskellig betydning i den offentlige håndhævelse og i sammenhæng med erstatningssøgsmål for overtrædelse af EU's konkurrenceregler.¹⁵¹ Dommen er begrundet med, at retten for enhver til at kræve erstatning for en skade, der er forvoldt ved en aftale eller praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, sikrer bestemmelsens fulde effektivitet, og navnlig den effektive virkning af det forbud, der er indeholdt i artiklens stk. 1 (kompensation).¹⁵² Denne ret forøger således virkningen af EU's konkurrenceregler og er egnet til at hindre de ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, idet den derved bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Den Europæiske Union (prævention).¹⁵³

EU-Domstolen er dog ikke lige så kategorisk i forhold til rangeringen af den præventive funktion som den primære, idet det alene anføres, at erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne er en integreret del af ordningen for gennemførelse af disse regler, der har til formål at ramme virksomhedernes konkurrencebegrænsende adfærd og at afholde dem fra at udvise en sådan adfærd.¹⁵⁴ Hvis virksomheder, der er ansvarlige for skader, der er forvoldt ved en overtrædelse af EU's konkurrenceregler, kunne unddrage sig deres ansvar af den enkle grund, at deres identitet var blevet ændret som følge af omstrukturering, overdragelser eller andre retlige eller organisatoriske ændringer, ville det

148. Ibid., punkt 76.

149. Ibid., punkt 80.

150. Ibid., punkt 81.

151. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 47.

152. Ibid., præmis 25 og præmis 43. Det bemærkes, at EU-Domstolen her henviser tilbage præmis 21 i *Kone*. Denne præmis henviser dog tilbage til bl.a. præmis 26 i *Courage* (hensynet til kompensation).

153. Ibid., præmis 44. Det bemærkes, at EU-Domstolen her henviser tilbage præmis 23 i *Kone*. Denne præmis henviser dog tilbage til bl.a. præmis 27 i *Courage* (hensynet til prævention). Dommen er yderligere behandlet i afsnit 5.5.1.

154. Ibid., præmis 45.

4. Formålet med retten til erstatning

formål, der forfølges med denne ordning og den effektive virkning af disse regler, blive bragt i fare.¹⁵⁵

Otis II fra 2019 er tredje skridt i konsolideringen af den præventive funktion, som erstatnings søgsmål har, og angår kredsen af rettigheds-subjekter.¹⁵⁶ Spørgsmålet var her, om artikel 101 TEUF skal fortolkes således, at personer, der ikke er aktive som udbydere eller aftagere på et marked, der er berørt af et kartel, har ret til erstatning. Konkret drejede det sig om, hvorvidt en offentlig myndighed, der havde ydet støtte i form af lavtforrentet støttelån til aftagere af de produkter, der udbydes på det berørte marked, kunne kræve, at virksomheder, som havde deltaget i dette kartel, skulle betale erstatning for den skade, som myndigheden havde lidt, fordi størrelsen af denne støtte har været højere, end den ville have været uden kartellet. Det med den konsekvens, at den offentlige myndighed ikke havde kunnet anvende denne difference til mere lukrative (højere forrentede) formål.¹⁵⁷

Sagens baggrund var, at delstaten Oberösterreich var berørt af et elevatorkartel, idet den havde ydet karteldeltagernes aftagere lån til en lav rente med henblik på realisering af et socialt boligbyggeri (støttelån). Lånebeløbet var som følge af kartellets forhøjede priser på de elevatorer, der blev monteret i det støttede boligbyggeri, betydeligt højere, end det ville have været tilfældet, hvis prisdannelsen havde fundet sted i en situation med fri konkurrence. Overprisen som følge af kartellet havde derfor potentielt forårsaget to forskellige skader. For det første støttedeltagernes skade, som bestod i betaling af overpriser som følge af kartellet med tillæg af de lave renter, der var betalt til delstaten Oberösterreich for at stille dette beløb til rådighed. For det andet delstatens skade, som bestod i det renteafkast, der ville være opnået ved anvendelse af den sædvanlige rentesats for den del af de favorable lån, der blev forhøjet som følge af kartellet, med fradrag af det rentebeløb, som støttedeltagerne havde betalt herfor, og som var nedsat som følge af anvendelsen af en favorabel rentesats. Spørgsmålet var, om den sidste skade var omfattet af beskyttelsen i artikel 101 TEUF. I henhold til den forelæggende ret, Oberster Gerichtshof, var en sådan skade ikke dækket efter østrigsk ret, da delstaten ikke havde optrådt på det relevante marked som hverken udbyder eller som efterspørger. Domstolen skulle derfor tage stilling til, om denne restriktive definition af kredsen af erstatningsberettigede var forenelig med EU-konkurrencereglerne. EU-Kommissionen argumenterede – ligesom elevatorproducenterne – imod, at delstaten som statslig kreditgiver var beskyttet af konkurrencereglerne.

155. *Ibid.*, præmis 46.

156. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069.

157. *Ibid.*, præmis 20.

I sit forslag til afgørelse anførte generaladvokat J. Kokott bl.a., at både sikringen af den fulde og effektive virkning af artikel 101 TEUF og beskyttelsen mod de ugunstige følger af en overtrædelse af konkurrencereglerne i høj grad ville lide skade, hvis muligheden for at kræve erstatning for skade forårsaget af et kartel var begrænset til markedsdeltagere. Derigennem ville et stort antal potentielle sagsøgere på forhånd under ét blive udelukket fra muligheden for at kræve erstatning af karteldeltagerne, uanset om der foreligger en tilstrækkelig direkte årsagsforbindelse mellem kartellet og den lidte skade.¹⁵⁸ Generaladvokaten var på den baggrund bl.a. af den opfattelse, at artikel 101 TEUF skal fortolkes sådan, at erstatningskrav over for karteldeltagere også kan gøres gældende af personer, der ikke er aktive som udbydere eller efterspørgere på det marked, der er berørt af kartellet, herunder statslige kreditgivere, der yder lån til karteldeltagernes aftagere på favorable vilkår. Disse personers skade består i, at det lånebeløb, der blev ydet som en procentdel af produktionsomkostningerne, var højere, end det ville have været uden kartelaftalen, hvorved de ikke kunne investere disse beløb til markedsrenten eller anvende dem til afdrag på løbende lån.¹⁵⁹

Udover rentespørgsmålet havde kartellet potentielt også medført skade på offentligheden, da der på grund af de forhøjede udgifter til elevatorer i byggerier var færre offentlige støttelån til rådighed til at bygge socialt boligbyggeri for, end det havde været tilfældet uden kartellet.¹⁶⁰ Denne skade var ikke en del af kravet, men i et *obiter dictum* argumenterer generaladvokaten for, at også den skade bør kunne kræves erstattet.¹⁶¹ Det ud fra en betragtning om, at det ville være en uacceptabel udformning af princippet om *Gewinne privatisieren, Verluste sozialisieren*.¹⁶² Den udfordring, der er forbundet med at identificere de konkrete juridiske personer, der er skadelidte, kan løses ved, at en repræsentant for det offentliges interesse på vegne af offentligheden fører krav om erstatning, og at den erstatning, som skadevolderen betaler, går til en fond, hvis indtægter kommer offentligheden til gode.¹⁶³

EU-Domstolen bemærker indledningsvis, at den *fulde effektive virkning* af artikel 101 TEUF og navnlig den fulde virkning af forbuddet i denne bestemmelses stk. 1 ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt

158. Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, punkt 78.

159. *Ibid.*, punkt 152.

160. *Ibid.*, punkt 105.

161. *Ibid.*, punkt 127.

162. *Ibid.*, punkt 128.

163. *Ibid.*, punkt 130.

4. Formålet med retten til erstatning

for nogen at kræve erstatning for skader påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen.¹⁶⁴ Dette dels ud fra hensynet til kompensation,¹⁶⁵ dels ud fra hensynet til prævention.¹⁶⁶ I denne henseende, og specifikt inden for konkurrencerettens område, må nationale regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning for skade, der følger af et kartel eller en adfærd, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, ikke skade den effektive anvendelse af denne bestemmelse.¹⁶⁷ Medlemsstaternes ret skal derfor specifikt tage hensyn til det formål, der forfølges med artikel 101 TEUF, som består i at opretholde en effektiv, ufordrejet konkurrence på det indre marked, og dermed at priser fastsættes på grundlag af fri konkurrence. Det er med henblik på at sikre denne effektive virkning af EU-retten, at de nationale regler skal anerkende, at enhver har ret til at kræve erstatning for en påført skade.¹⁶⁸

Både sikringen af den fulde og effektive virkning af artikel 101 TEUF og beskyttelsen mod de ugunstige følger af en overtrædelse af konkurrencereglerne ville i høj grad lide skade, hvis muligheden for at kræve erstatning for skade forårsaget af et kartel var begrænset til udbydere og aftagere på det af kartellet berørte marked. Derigennem ville et stort antal potentielle ofre på forhånd under ét blive udelukket fra muligheden for at kræve erstatning.¹⁶⁹ Enhver skade, som har en årsagsforbindelse til en overtrædelse af artikel 101 TEUF, skal derfor kunne give anledning til erstatning med henblik på at sikre den effektive anvendelse af artikel 101 TEUF og opretholde denne bestemmelses effektive virkning.¹⁷⁰ Idet deltagerne i et kartel ellers ikke skulle betale erstatning for den skade, som de kan have forårsaget, er det i denne henseende ikke nødvendigt, at der desuden er en specifik forbindelse mellem den skade, som den pågældende har lidt, og det 'beskyttelsesformål', som forfølges med artikel 101 TEUF.¹⁷¹ Heraf følger, at personer, som ikke er aktive som hverken udbydere eller aftagere på det af kartellet berørte marked,

164. C-435/18 *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, præmis 22.

165. *Ibid.*, præmis 23, hvor der henvises til *Kone*, præmis 23, hvori der henvises til bl.a. *Courage*, præmis 27.

166. *Ibid.*, præmis 24.

167. *Ibid.*, præmis 25.

168. *Ibid.*, præmis 26.

169. *Ibid.*, præmis 27.

170. *Ibid.*, præmis 30.

171. *Ibid.*, præmis 31.

skal kunne kræve erstatning for den skade, som skyldes, at de på grund af dette kartel har måttet tildele højere støttebeløb, end hvis kartellet ikke havde fandtes, og derfor ikke har kunnet anvende denne difference til mere lukrative investeringer.¹⁷² Det tilkom imidlertid den forelæggende ret at afgøre, om delstaten Oberösterreich konkret var blevet påført en skade, herunder myndighedens mulighed for at foretage mere lukrative investeringer, og hvis dette er tilfældet, om denne myndighed har fremlagt de nødvendige beviser for, at der er en årsagsforbindelse mellem skaden og det omhandlede kartel.¹⁷³ I forhold til den politiske skade indeholder EU-Domstolens afgørelse ikke nogen stillingtagen, da det ikke var en del af sagen.

Sumal fra 2021 er EU-Domstolens fjerde og foreløbige sidste skridt i retningen af konsolideringen af erstatningssøgsmåls præventive funktion.¹⁷⁴ Ligesom *Skanska* angår sagen kredsen af ansvarssubjekter. Spørgsmålet var, om artikel 101 skal fortolkes således, at et offer for en virksomheds konkurrencebegrænsende praksis kan anlægge et erstatningssøgsmål mod et moderselskab, som Kommissionen har pålagt sanktioner for denne praksis i en afgørelse, eller mod et datterselskab til dette selskab, som ikke er omfattet af denne afgørelse, når de tilsammen udgør en *økonomisk enhed*.

Sagens baggrund var, at Mercedes Benz Trucks España var et datterselskab i Daimler-koncernen, hvis moderselskab var Daimler. Mellem 1997 og 1999 købte Sumal to lastbiler hos Mercedes Benz Trucks España via Stern Motor SL, en koncessionshaver i Daimler-koncernen. I juli 2016 vedtog Kommissionen en afgørelse, hvoraf det fremgår, at 15 europæiske lastbilsproducenter, herunder Daimler, havde deltaget i et kartel i form af en samlet og vedvarende overtrædelse af bl.a. artikel 101 TEUF, der bestod i hemmelige aftaler om prissætning og stigning af bruttopriserne for lastbiler samt om tidspunktet for og overvæltning af omkostninger i forbindelse med indførelsen af teknologi for emissionskontrol for disse lastbiler i overensstemmelse med de gældende standarder. Som følge af afgørelsen anlagde Sumal sag an ved handelsret nr. 07 i Barcelona, Spanien, med påstand om, at Mercedes Benz Trucks España skulle betale en erstatning svarende til den overpris ved erhvervelsen, som Sumal havde betalt som følge af det kartel, som Daimler, moderselskab til Mercedes Benz Trucks España, havde deltaget i. Ved dom fra januar 2019 frifandt

172. Ibid., præmis 32.

173. Ibid., præmis 33. Dommer er yderligere behandlet i afsnit 5.6 og afsnit 6.5.3 samt afsnit 7.3.

174. C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800.

4. Formålet med retten til erstatning

denne ret Mercedes Benz Trucks España med den begrundelse, at dette selskab ikke kunne sagsøges i forbindelse med det nævnte søgsmål, for så vidt som Daimler, som er den eneste, der er omfattet af Kommissionens afgørelse, skal anses for at være eneansvarlig for den pågældende overtrædelse. Sumal ankede dommen, og appelretten valgte at stille præjudiciel spørgsmål til EU-Domstolen om, hvorvidt erstatningssøgsmål som følge af afgørelser fra konkurrencemyndighederne, der fastslår en konkurrencebegrænsende praksis, kan rettes mod datterselskaber, som ikke er omfattet af disse afgørelser, men som ejes 100 % af selskaber, der er direkte berørt af de nævnte afgørelser.

I april 2021 kom generaladvokat G. Pitruzzella med sit forslag til afgørelse i *Sumal*.¹⁷⁵ Generaladvokaten argumenterede for, at et datterselskab kan gøres ansvarligt for dets moderselskabs handlinger, hvis det for det første bevises, at disse selskaber i lyset af de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser imellem dem udgjorde en økonomisk enhed på tidspunktet for overtrædelsen, og for det andet at datterselskabernes adfærd på det marked, som er berørt af moderselskabets ulovlige adfærd, i væsentlig grad bidrog til opnåelsen af det med denne adfærd forfulgte formål og realiseringen af overtrædelsens virkninger.¹⁷⁶

Forslaget er bl.a. begrundet med, at privat og offentlig håndhævelse begge er instrumenter, der er nødvendige for at kunne styrke effektiviteten af politikken til bekæmpelse af konkurrencebegrænsende adfærd. Privat håndhævelse har derfor ikke alene en erstatningsfunktion med henblik på at tilgodese private interesser, men også en afskrækkende funktion, som bidrager til forfølgelsen af de almene hensyn, som beskyttelsen af konkurrencen er baseret på. Jo flere retssubjekter der kan håndhæve ansvaret for skade opstået som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, desto mere øges den afskrækkende virkning i forhold til overtrædelser af konkurrencereglerne. Jo flere praktiske hindringer for, at personer, som har lidt skade som følge af overtrædelser af konkurrencereglerne, kan anlægge erstatningssøgsmål, der fjernes, desto mere forstærkes på tilsvarende måde denne afskrækkende funktion.¹⁷⁷ Forslaget må derfor også anses at understøtte den konsolidering af erstatningssøgsmålets præventive funktion, der fremgår af de domme, der er behandlet i dette afsnit.

175. Forslag til afgørelse fra generaladvokat G. Pitruzzella, Sag C-882/19, *Sumal, S.L. mod Mercedes Benz Trucks Espana, Sl.*, ECLI: EU:2021:293.

176. *Ibid.*, punkt 78.

177. *Ibid.*, punkt 67.

EU-Domstolen indledte igen med at henvise til, at artikel 101, stk. 1, TEUF skaber umiddelbare virkninger i forholdet mellem private og fremkalder rettigheder for borgerne, som de nationale retsinstanser skal beskytte,¹⁷⁸ og den fulde effektive virkning af artikel 101 TEUF og navnlig den fulde virkning af forbuddet i denne bestemmelses stk. 1 ville blive bragt i fare, hvis det ikke var muligt for nogen at kræve erstatning for skade påført dem som følge af en aftale eller en adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen.¹⁷⁹ Enhver har således ret til at kræve erstatning for den forvoldte skade, når der er årsagsforbindelse mellem den nævnte skade og en aftale eller en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF (kompensationshensynet),¹⁸⁰ idet forudsættes, at spørgsmålet om fastlæggelsen af den enhed, der er forpligtet til at yde erstatning for en skade, der er forvoldt ved en overtrædelse af artikel 101 TEUF, er direkte reguleret af EU-retten.¹⁸¹ Denne ret for enhver til at kræve erstatning for en sådan skade forøger virkningen af EU's konkurrenceregler og er egnet til at hindre de ofte skjulte aftaler eller former for praksis, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, idet den derved bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Den Europæiske Union (præventionshensynet).¹⁸²

I forhold til erstatnings præventive funktion og dens konsekvenser for fastlæggelse af kredsen af ansvarssubjekter anfører EU-Domstolen, at ud over selve erstatningen for den angivelige skade bidrager indrømmelsen af retten til erstatning til det afskrækkende formål, som er kernen i EU-Kommissionens handling, idet denne institution har pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i TEUF fastsatte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning. Indrømmelsen af den ret kan således ikke alene afhjælpe den direkte skade, som den pågældende hævder at have lidt, men ligeledes den indirekte skade, som påføres markedets struktur og funktion, som ikke har kunnet få fuld økonomisk virkning, navnlig til fordel for de berørte forbrugere.¹⁸³ På lige fod med gennemførelsen af EU's konkurrenceregler ved de offentlige myndigheder (offentlig håndhævelse) er erstatningssøgsmålene for overtrædelse af disse regler (privat

178. C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800, præmis 32.

179. *Ibid.*, præmis 33, hvor der henvises til præmis 26 i *Courage* og præmis 26 og præmis 25 i *Skanska*.

180. *Ibid.* præmis 34, hvor der henvises til præmis 61 i *Manfredi*, og præmis 26 i *Skanska*.

181. *Ibid.* præmis 34, hvor der henvises til præmis i 28 *Skanska*.

182. *Ibid.*, præmis 35, hvor der henvises til præmis 27 i *Courage* og præmis 44 i *Skanska*.

183. *Ibid.*, præmis 36.

4. Formålet med retten til erstatning

håndhævelse) en integrerende del af ordningen for gennemførelse af de nævnte regler, der har til formål at ramme virksomhedernes konkurrencebegrænsende adfærd og at afholde dem fra at udvise en sådan adfærd.¹⁸⁴ Begrebet ”virksomhed” som omhandlet i artikel 101 TEUF, der udgør et selvstændigt begreb i EU-retten, kan således ikke have en forskellig rækkevidde i sammenhæng med Kommissionens pålæggelse af bøder i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og i sammenhæng med erstatningsøgsmål for overtrædelse af EU’s konkurrenceregler.¹⁸⁵

Det betyder dog ikke, at et offer for en konkurrencebegrænsende praksis automatisk kan holde et datterselskab snarere end moderselskabet ansvarligt over for et hvilket som helst datterselskab af moderselskabet, som er omhandlet i en afgørelse fra EU-Kommissionen, hvori der pålægges en sanktion for en ulovlig adfærd. Dette skal ses i lyset af, at begrebet ”virksomhed” er et funktionelt begreb, idet den økonomiske enhed, som udgør virksomheden, skal identificeres på grundlag af formålet med den omhandlede aftale.¹⁸⁶

Før at et datterselskab har et solidarisk ansvar, skal offeret godtgøre, at den konkurrencebegrænsende aftale, der er indgået af det moderselskab, og som dette selskab er blevet dømt for, vedrører de samme produkter som dem, der markedsføres af datterselskabet. Herved påviser offeret, at det netop er den økonomiske enhed, som datterselskabet sammen med sit moderselskab henhører under, der udgør den virksomhed, som faktisk har begået den overtrædelse, som EU-Kommissionen tidligere har fastslået.¹⁸⁷

I en duet over trilogien *Kone, Skanska og Otis II* skitserer de to generaladvokater J. Kokott og N. Wahl i øvrigt noget væsentligt om *kompetencefordelingen* mellem EU-retten og national ret. Overordnet sondres mellem, om grundlaget for vurderingen er ækvivalens- og effektivitetsprincippet eller den fulde effektive virkning af artikel 101 og artikel 102 TEUF.¹⁸⁸ Det påhviler som udgangspunkt medlemsstaterne at udforme regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning for skade, der følger af et kartel eller en adfærd, der er forbudt i henhold til artikel 101 og artikel 102 TEUF. Medlemsstaterne skal dog sikre, at disse nationale

184. Ibid., præmis 37, hvor der henvises til præmis 45 i *Skanska*.

185. Ibid., præmis 38, hvor der henvises til præmis 47 i *Skanska*.

186. Ibid., præmis 46.

187. Ibid., præmis 52.

188. Forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 39.

regler er i overensstemmelse med ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet¹⁸⁹ samt erstatningsdirektivet. I den henseende, og specifikt inden for konkurrencerettens område, må disse regler ikke skade den fulde effektive virkning af artikel 101 og 102 TEUF.¹⁹⁰

Skillelinjen mellem EU-retten og national ret angår sondringen mellem det *materielle krav* og den *processuelle gennemførelse*.¹⁹¹ Spørgsmålet om det materielle krav angår *eksistensen* af kravet, dvs. *hvorvidt* der skal ydes erstatning, herunder til hvem (skadelidte), fra hvem (skadevolder) og for hvad (skaden). Disse spørgsmål skal vurderes på baggrund af den fulde effektive anvendelse af artikel 101 og artikel 102 TEUF, da det angår grundbetingelserne og dermed grundlaget for retten til erstatning.¹⁹² Spørgsmålene skal derfor besvares på grundlag af EU-retten. Spørgsmålet om den processuelle gennemførelse af kravet angår *anvendelsen* af reglerne om erstatning, dvs. *hvordan* erstatning skal ydes, herunder navnlig beføjelser, procedurer, forældelsesfrister og bevisførelse. Dette spørgsmål skal derimod vurderes på grundlag af national ret under hensyn til den klassiske ækvivalens- og effektivitetsprøvelse¹⁹³ samt erstatningsdirektivet. Skillelinjen er bekræftet i forhold til skadevolder i *Skanska*¹⁹⁴ og *Sumal*.¹⁹⁵

4.3.3 Analyse

I *Courage* fastslog EU-Domstolen (Den Store Afdeling), at retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne følger af

189. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, præmis 24 og 25.

190. Ibid., præmis 26 og forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 37.

191. Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, punkt 44.

192. Ibid., punkt 45 og forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 41.

193. Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:45, punkt 23, forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 40 og forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, punkt 45.

194. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 28.

195. C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800, præmis 34.

4. Formålet med retten til erstatning

EU-retten. Den fulde virkning af bestemmelserne sikres ved, at de, der har lidt en skade som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, kan kompenseres, og at virksomheder afskrækkes fra at overtræde reglerne.¹⁹⁶ Disse hensyn – kompensation og prævention – fremstår i dommen som ligeværdige.¹⁹⁷

I retslitteraturen er det flere steder anført, at det præventive hensyn blev forladt i *Manfredi*, på grund af at EU-Domstolen afviste, at pønalt erstatning følger direkte af EU-retten.¹⁹⁸ Sådan skal afgørelsen dog næppe forstås. Hensyn til prævention kræver ikke, at ethvert muligt præventivt tiltag skal anerkendes.¹⁹⁹ Her spiller også retstradition ind, og pønalt erstatning er i de fleste EU-medlemsstater et fremmed element.²⁰⁰ Hensynet til prævention kan i stedet sikres på anden vis, herunder ved en bred fortolkning af, hvem der kan kræve erstatning (skadelidte), fra hvem (skadevolder) og for hvad (skader). Det har da også formodningen imod sig, at EU-Domstolen i *Manfredi*, som blev afsagt af fem dommere, har haft til hensigt at ændre *Courage*, der blev afsagt blot fem år forinden af 11 dommere. Et sådant ønske må kræve en klar tilkendegivelse i dommen, som ikke foreligger.

EU-Domstolen har da også siden kontinuerligt henvist til hensynet til kompensation og prævention som grundlag for adgang til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne.²⁰¹ Som fastslået i *Pfleiderer* og *Donau Chemie* gælder det også ved afvejning over for hensynet

196. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465, præmis 26 og 27.

197. Se i samme retning Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P, *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 17.

198. *Ibid.*, s. 21 f. og Balasingham, B., ”15 Years after *Courage v. Crehan*: The Right to Damages under EU Competition Law”, *CoRe*, vol. 1, nr. 1, 2017, s. 25.

199. Se i samme retning Barmard. C. og Odudu, O., *Potency and Act of the Principle of Effectiveness: The Development of Competition Law Remedies and Procedures in Community Law*, Hart Publishing, 2009, s. 426, og Ioannidou, M., *Consumer involvement in private EU competition law enforcement*, Oxford University Press, 2015, s. 57.

200. Se Bellamy & Child, *European Union Law of Competition*, 8. udgave, Oxford University Press, 2018, s. 1409, hvoraf det fremgår, at det alene er Irland og Cypern, som tillader det.

201. Se bl.a. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461, præmis 90 og 91, C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, præmis 28 og 29, C-199/11, *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684., præmis 41 og 42, C-536/11, *Bundeswettbewerbshbehörde mod Donau Chemie AG m.fl.*, EU:C:2013:366, præmis 23 og 24, C-557/12, *Kone AG m.fl mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, præmis 21 og 23, C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 25 og 44-45, C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069, præmis 23 og 25 og C-637/17, *Cogeco Communications Inc. mod Sport TV Portugal SA*

til den offentlige håndhævelse.²⁰² Det skal ses, i lyset af at de to former for håndhævelse (privat håndhævelse i form af erstatningssøgsmål og offentlig håndhævelse) har – om end ved brug af forskellige mekanismer – samme funktion, nemlig at afskrække virksomheder fra at deltage i konkurrencebegrænsende adfærd. Offentlig og privat håndhævelse af EU-konkurrenceretten skal derfor betragtes som et hele, der udgør en integreret del af håndhævelsen af EU-konkurrenceretten.

At erstatningssøgsmål kan have en præventiv effekt, er i en europæisk kontekst ikke nyt. Med *Kone*, *Skanska*, *Otis II* og *Sumal* er det imidlertid klart, at der med den tilsigtede præventive funktion er tale om noget andet og mere end det, der som udgangspunkt følger af den almindelige erstatningsret i de fleste enkelte EU-medlemsstater.²⁰³ I *Sumal* har EU-Domstolen formuleret det på følgende vis:

36 *Ud over selve erstatningen for den angivelige skade bidrager indrømmelsen af en sådan ret til det afskrækkende formål, som er kernen i Kommissionens handling, idet denne institution har pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i EUF-traktaten fastsatte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning [...] Indrømmelsen af den nævnte ret kan således ikke alene afhjælpe den direkte skade, som den pågældende hævder at have lidt, men ligeledes den indirekte skade, som påføres markedets struktur og funktion, som ikke har kunnet få fuld økonomisk virkning, navnlig til fordel for de berørte forbrugere.*

37 *Det følger af det ovenstående, at på lige fod med gennemførelsen af EU's konkurrenceregler ved de offentlige myndigheder (public enforcement) er erstatningssøgsmålene for overtrædelse af disse regler (private enforcement) en integrerende del af ordningen for gennemførelse af de nævnte regler, der har til formål at ramme virksomhedernes konkurrencebegrænsende adfærd og at afholde dem fra at udvise en sådan adfærd.²⁰⁴*

Den dominerende opfattelse i international retslitteratur har ellers hidtil været, at erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne primært er begrundet i kompensation, og prævention mere er en sidegevinst,

m.fl., EU:C:2019:263, præmis 39 og 41, hvor der henvises til præmis 21 og 23 i *Kone*, som igen henviser tilbage til bl.a. præmis 26 og 27 i *Courage*.

202. C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389 og C-536/11, *Bundesswettbewerbsbehörde mod Donau Chemie AG m.fl.*, EU:C:2013:366.

203. Forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 27-28 og 45.

204. *Sumal*, præmis 37. Se ligeledes C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 45.

4. Formålet med retten til erstatning

men ikke et selvstændigt formål med retten til erstatning.²⁰⁵ Denne opfattelse kan ikke opretholdes i dag. EU-Domstolens fortolkning af EU-konkurrencereglernes direkte virkning må i dag klart anses at placere kompensation og prævention som to grundlæggende funktioner, som retten til erstatning begge har til formål at sikre. Det gælder både i forhold til overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler og misbrug af dominerende stilling.²⁰⁶ Der er ikke grundlag for at anse prævention som et lavere rangeret formål end kompensation, og der er heller ikke klare holdepunkter for at anse kompensation som et lavere rangeret formål end prævention. De må i stedet anses for to ligeværdige formål.²⁰⁷

-
205. Se bl.a. Wils, W. P. J., "The Relationship between Public Antitrust Enforcement and Private Actions for Damages", *World Competition*, vol. 32, nr. 3, 2009, s. 13, hvor der anføres følgende: "[T]he rationale behind the right to damages of victims of antitrust infringements is compensation, rather than deterrence", Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 211, hvor der anføres følgende: "the primary function of civil claims remains compensatory, and only indirectly does deterrence play a part", Hazelhorst, M., "Private Enforcement of EU Competition Law: Why Punitive Damages Are a Step Too Far", *European Review of Private Law*, vol. 18, s. 757-772, 2010, s. 761, hvor der anføres følgende: "Since private enforcement is by its nature enforced by private parties, its primary goal is compensation for any injury that party has suffered as a result of another party's infringement of EU competition law." Spørgsmålet er ligeledes behandlet af professor Erling Hjelmeng flere steder, herunder i Hjelmeng, E., "Håndhevelse av konkurransereglene", *MAGMA – Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, vol. 8, s. 63-72, 2013, s. 71, hvor der anføres følgende: "Innenfor det europeiske konkurranserettssystemet er det likevel ingen tvil om at hovedformålet med privat håndhevelse er kompensasjon, og at prevensjon er en sideeffekt", og Hjelmeng, E., "Competition law remedies – Striving for coherence or finding new ways", *CMLR*, vol. 50, nr. 4, s. 1007-1037, 2013, s. 1032, hvoraf det fremgår, at "The remedy in damages under EU competition law is clearly based on compensation, not deterrence.". Der kan også henvises til Juska, Z., "A More Forceful Collection Redress Schemes in the EU Competition Law", *European Journal of Law Reform*, vol. 18, nr. 4, s. 451-477, og Voss, K., "Facilitating Follow-on Actions? Public and Private Enforcement of EU Competition Law After Directive 2014/104", *EU Competition Litigation – Transposition and First Experiences of the New Regime*, Hart Publishing, 2019, s. 110, hvor der anføres følgende: "The role of private enforcement is thus to compensate damaged parties, rather than to punish offenders."
206. C-637/17, *Cogeco Communications Inc. mod Sport TV Portugal SA m.fl.*, EU:C:2019:263, præmis 38-41, og EU-Kommissionen, *Commission Staff Working Document Accompanying document to the WHITE PAPER on Damages actions for breach of the EC antitrust rules Impact Assessment*, COM(2008) 165 final, punkt 36.
207. Se dog anderledes på den ene side forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 50, hvoraf fremgår følgende: "Til syvende og sidst forbliver den kompenserende funktion af erstatningssøgsmål vedrørende

Den amerikanske ide om *Private Attorney General* eksisterer derfor også i håndhævelsen af EU-konkurrencereglerne.²⁰⁸ Den kommer imidlertid til udtryk på en anden måde end i USA. Den dobbelte funktion (kompensation og prævention) fungerer i USA sådan, at en afgrænset kreds af skadelidte, som ikke omfatter indirekte aftagere,²⁰⁹ har adgang til at gøre visse type af skader gældende²¹⁰ i form af en særlig ret til *treble damages*.²¹¹ Man har på den måde skabt en afgrænset, men slagkraftig, kreds af retshåndhævere. Det bidrager til at sikre prævention, men man er også gået på kompromis med hensynet til kompensation ved at afskære indirekte aftagere fra erstatning efter de føderale antitrust-regler. I EU har man valgt, at *enhver* har ret til erstatning, hvis der er årsagssammenhæng mellem skaden og overtrædelsen,²¹² herunder parter til en konkurrencebegrænsende aftale,²¹³ forbrugere,²¹⁴ indirekte aftagere,²¹⁵ offentlige myndigheder,²¹⁶ paraply-aftagere²¹⁷ og offentlige långivere uden for det berørte marked.²¹⁸ Retten omfatter enhver *skade*, herunder renter fra skadestidspunktet,²¹⁹ og det er ikke et krav, at der er en specifik forbindelse mellem skaden og det 'beskyttelsesformål', som konkurrencereglerne varetager.²²⁰ Endeligt kan retten til erstatning gøres

tilsidesættelse af konkurrenceretten efter min opfattelse underordnet i forhold til den afskrækkende funktion.”, og på den anden side Lianos, I, Davis, P. og Nebbia, P., *Damages claims for the infringement of EU competition law*, Oxford University Press, 2015, s. 31, hvor det anføres, at EU-domstolen i forhold til eventuel afvejningen af kompensation og prævention formentlig vil favorisere det første frem for det sidste.

208. Begrebet er behandlet i afsnit 2.3.

209. Som nærmere behandlet i afsnit 6.5.1.1, har indirekte aftagere i USA ikke ret til erstatning efter de føderale antitrust-regler.

210. Som nærmere behandlet i afsnit 7.3, gælder der i USA et krav om, at skaden skal være en såkaldt ”antitrust injury”.

211. § 4 i Clayton Act.

212. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069, præmis 23.

213. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465.

214. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461.

215. Artikel 3 (1) og 12(1) i erstatningsdirektivet.

216. C-199/11, *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684.

217. C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317.

218. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069.

219. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461 og erstatningsdirektivets artikel 3(2) og 12. præambelbetragtning.

220. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069, præmis 31.

4. Formålet med retten til erstatning

gældende over for en bred kreds af *skadevoldere*.²²¹ EU-Domstolen har ved sin fortolkning af EU-konkurrencereglernes direkte virkning derfor skabt et bredt korps af det, man kan kalde *European Attorney Generals*, der består af både private og offentlige håndhævere, der bidrager til at sikre reglerens fulde og effektive virkning som supplement til den offentlige håndhævelse.²²²

At den traditionelle opfattelse i retslitteraturen har vægtet kompensations som det primære og prævention som noget sekundært ved den private håndhævelse af EU-konkurrencereglerne, skyldes nok navnlig to forhold. For det første at det udtalte præventive sigte med erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne er anderledes end det, der ellers følger generelt i de fleste europæiske landes retskultur.²²³ For det andet at EU-Kommissionen har skiftet holdning til spørgsmålet. Tidligere har Kommissionen argumenteret for, at erstatningssøgsmål både har til formål at sikre kompensations og prævention.²²⁴ Igennem de senere år har Kommissionen forsøgt at nedtone den præventive funktion,

221. C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204 og C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800.

222. Se også Craig, P., "Once upon a Time in the West: Direct Effect and the Federalization of EEC Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 12, nr. 4, 1992, s. 455, i forhold til EU-medlemsstaternes erstatningsansvar, hvor der anføres følgende: "Another way of putting the same point is that direct effect creates a large number of 'private attorney-generals', who operate not only to vindicate their own private rights, but also to ensure that the norms of the EEC treaty are correctly applied by the Member States." Om begrebet "private attorney general" inden for EU-konkurrencereglerne kan der henvises til Komninos, A., *EC Private Antitrust Enforcement: Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart Publishing, 2008, s. 169, og Andreangeli, A., "From Complainant to 'Private Attorney General': The Modernisation of EU Competition Enforcement and Private Antitrust Actions Before National Courts", *50 Years of the European Treaties, Looking Back and Thinking Forward*, Dougan, M. og Currie, S. (red.), Oxford University Press, 2009, s. 229, samt Hjelmeng, E., *Privat håndhevelse av EØS-avtalens konkurranseregler*, Fagbokforlaget, 2003, s. 62, hvor der anføres følgende: "En mulig funksjon som 'Private Attorney General', for å benytte den amerikanske termen for privat håndhevelse av konkurransereglene, utledet direkte på fellesskapsplan, er det neppe grundlag for i gjeldende rett."

223. Forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asphaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 26-28.

224. I EU-Kommissionen, *Grøn bog: Erstatningssøgsmål for overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2005) 672 endelig, 19.12.2005, afsnit 1.1., fremgår følgende: "Erstatningssøgsmål ved overtrædelser af kartel- og monopollovgivningen tjener flere formål, nemlig at yde kompensations til dem, der har lidt en skade som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, og at gøre traktatens kartel- og monopolregler fuldt effektive ved at afskrække fra konkurrencebegrænsende adfærd og

som retten til erstatning har.²²⁵ EU-Kommissionens aktuelle holdning til spørgsmålet kan formentlig sammenfattes således, at den offentlige håndhævelse varetager den præventive funktion, og den private håndhævelse varetager den kompensatoriske funktion, og erstatningsdirektivet skal sikre, at dette forbliver muligt.²²⁶ Når det kommer til retten til erstatnings funktion inden for EU-konkurrencereglernes anvendelsesområde, er der derfor ikke helt kohærens mellem EU-Domstolens og EU-Kommissionens opfattelse. Som den ultimative fortolker af EU-retten er det dog EU-Domstolens forståelse, som må lægges til grund.

Om kompetencefordelingen mellem det, der følger af EU-konkurrencereglernes direkte virkning, og det, der er overladt til medlemsstaternes interne retsorden, så synes det sidste begrænset til regler

dermed bidrage væsentligt til at bevare den effektive konkurrence i Fællesskabet (afskrækkende virkning).” (fodnote udeladt).

225. I EU-Kommissionens hvidbog, *Erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler*, KOM(2008)165, 2008 foretog EU-Kommissionen et fokusskift ved at nedtone erstatningssøgsmåls præventive funktion. I stedet fokuserer EU-Kommissionen på et hovedformål: Kompensation. Herefter fremgik som sekundære formål at erstatningssøgsmål kan have en præventive virkning og sammenspillet med den offentlige og den private håndhævelse. I erstatningsdirektivet fra 2014 er prævention ikke blot nedprioriteret men helt bortfaldet som selvstændigt formål med direktivet. Dette skift kan også illustreres ved med bemærkningen i fodnote 38 i forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-557/12, *Kone AG m.fl. mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:45, hvoraf følgende fremgår: ”Selv om Kommissionen på retsmødet forsøgte at nedtone relevansen af denne afskrækkende effekt, tillægger Domstolen den dog stor betydning i sin faste praksis. Jf. *Courage* og *Crehan*-dommen, præmis 27, *Manfredi*-dommen, præmis 91, *Pfeiderer*-dommen, præmis 28, og *Donau Chemie*-dommen, præmis 23”. Der kan også henvises til C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich mfl.*, ECLI:EU:C:2019:1069, hvor EU-Kommissionen – ligesom elevatorproducenterne – rejste tvivl om, hvorvidt den skade, som en offentlig långiver udenfor det berørte marked, var blevet påført, var en erstatningsberettigede skade. Det bemærkes i øvrigt, at det forhold, at formålet med adgang til erstatning for overtrædelse af artikel 101 og 102 TEUF og formålet med erstatningsdirektivet ikke er sammenfaldende, ikke i sig selv er et problem. Det ene gælder som følge af traktaten, og det andet er et retligt instrument angående erstatning, som man politisk har valgt at fokusere på kompensation og sammenspillet mellem den private og den offentlige håndhævelse i konkurrenceretten. Da EU-Domstolens retspraksis om adgang til erstatning er baseret direkte på EU-konkurrencereglerne, gælder erstatningsdirektivets formål ved siden af og ikke i stedet for det, som følger af EU-konkurrencereglernes direkte virkning, som fastslået af EU-Domstolen.
226. Se I samme retning Peyer, S., *Compensation and the Damages Directive*, Centre for Competition Policy Working Paper 15-10, 2016, s. 29 og Stephan, A., ”Does the EU’s Drive for Private Enforcement of Competition Law Have a Coherent Purpose?”, *University of Queensland Law Journal*, vol. 37, nr. 1, 2018, s. 160.

4. Formålet med retten til erstatning

vedrørende *anvendelse* af retten til at kræve erstatning. De *grundlæggende betingelser* – og dermed det egentlige grundlag for denne ret – bestemmes direkte af EU-retten.²²⁷ Det drejer sig om, hvem der kan kræve erstatning fra hvem og for hvad. Kompetencefordelingen har betydning for, hvorvidt det, som man kan kalde nationale retsdogmatiske figurer til brug for afgrænsning af det erstatningsretlige ansvar (f.eks. indirekte skadelidte), kan opretholdes i de enkelte medlemsstater. Efter EU-retten gælder denne begrænsning dog alene i det tilfælde, at en overtrædelse har samhandelspåvirkning, og EU-konkurrencereglerne derfor finder anvendelse. Har en overtrædelse ikke samhandelspåvirkning, skal den alene behandles efter de danske konkurrenceregler. Den af Danmark selvvalgte EU-konforme fortolkning af konkurrenceloven gør dog, at EU-Domstolens retspraksis om EU-konkurrencereglernes fulde virkning i et vist omfang også finder anvendelse, når der alene er tale om overtrædelse af de danske konkurrenceregler. Dette uddybes nedenfor.

4.4 Danmark

Emnet for dette afsnit er den funktion, som retten til erstatning har i håndhævelsen af konkurrencereglerne i Danmark.²²⁸ Emnet ligger i krydsfeltet mellem EU-retten og national ret og vil blive behandlet ved først at se på spørgsmålet fra et nationalt perspektiv, hvorefter EU-rettens rammer kobles på national ret.

Konkurrenceloven fra 1997 udgjorde et paradigmeskifte i dansk konkurrenceret, idet man gik fra et kontrol- til et forbudsprincip.²²⁹ Det

227. Forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, punkt 44 og forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asphaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 40-41 og 60-61 og C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 28.

228. Hvordan den konkret kommer til udtryk i forhold til *ansvarsgrundlag*, *skadevolder*, *årsagssammenhæng*, *skadelidte* og *skade* er behandlet i afsnit 5.4, afsnit 5.5, afsnit 5.6, kapitel 7 og kapitel 8.

229. Heide-Jørgensen, C., *Lærebog i konkurrence- og markedsføringsret*, 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2022, s. 171. Ønsket var i størst muligt omfang at tilpasse de nationale konkurrencereglerne med EU-retten (EU-konformitet), jf. Fejøj, J., ”EU-konform fortolkning af dansk konkurrenceret – hvad indebærer dette?”, *EU-rettens påvirkning af dansk konkurrenceret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008. Hensigten hermed var ”at sikre, at de konkurrenceretlige vilkår her i

gjorde de danske konkurrenceregler direkte anvendelige for private parter (direkte horisontal virkning) og medførte – som en refleks – en ret til erstatning for skader forårsaget ved overtrædelse af reglerne.²³⁰ Af forarbejderne til loven fremgår det også, at i det omfang, en konkurrencebegrænsning i strid med konkurrencereglerne påfører en fysisk eller juridisk person skade, kan der ved et civilt søgsmål kræves erstatning efter dansk rets almindelige regler.²³¹

Der er enighed i retslitteraturen om, at dansk rets almindelige erstatningsregler både har til formål at sikre kompensation og prævention.²³²

landet ikke adskiller sig markant fra det, der gælder efter EU-reglerne”, jf. FT 1996-97, Tillæg A, p. 3649 og FT 2004-05 (1. samling), Tillæg A, p. 1128.

230. I betænkning nr. 1297 af 1995, *Konkurrencelovgivningen i Danmark*, Konkurrenceudvalget, s. 157 og s. 167 fremgår det, at hvis virksomheden undlader at efterleve et påbud udstedt af Konkurrencerådet kan der blive tale om erstatningsansvar. Samme sted anføres det, at spørgsmålet om, hvorvidt der kan pålægges erstatningsansvar på grund af en virksomheds konkurrencebegrænsende adfærd i tiden forud for Konkurrencerådet har udstedt et påbud om ændring af adfærden (for fremtiden) ikke ses afgjort ved danske domstole. I forhold til erstatningsansvar for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne fremgår det, at der på daværende tidspunkt for så vidt vides ikke er anlagt sag herom ved danske domstole. Forud for ikrafttrædelsen af konkurrenceloven har der dog været domme, hvor spørgsmålet om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne er berørt. Der kan i den forbindelse bl.a. henvises til U.1988.16/1H, *Danport Trading Company ved Ahmed Ismail mod Mejeribrugets Osteeksportudval*, H.D. 11. november 1987 i sag II 275/1986, hvor en osteeksportør krævede erstatning for overtrædelse af monopol- og markedsføringsloven. Heri fik eksportøren dog ikke medhold. Der kan også henvises til U.1997.856H, *Supermarket Systems SA mod Catena Systems ApS*, H.D. 15. april 1997 i sag II 325/1991, hvor to virksomheder havde indgået en eneforhandlingsaftale, der ikke var forenelig med artikel 101 TEUF, da den bl.a. indholdt en konkurrenceklausul efter aftalens ophør. Sagsøgte havde overtrådt klausulen, men gjorde gældende, at den var ugyldig, hvorfor den ikke kunne håndhæves. Dette blev delvist accepteret af højesteret, hvor der alene kunne kræves en mindre erstatning for overtrædelse af konkurrenceklausulen. Se i øvrigt Fejø, J., *Privatretlig håndhævelse af konkurrencelovgivning, Sø- og Handelsretten 150 år*, Karnov Group, 2011, s. 249 og Fejø, J., ”Dansk ret og EU-konkurrencereglerne. Specielt om forholdet til gruppefritagelsesforordningen”, *Festskrift til Ole Lando*, GadJura, 1997, s. 148.
231. *Folketingsstidende 1996-97*, tillæg A, sp. 3676, hvoraf det hedder følgende: ”I det omfang konkurrencebegrænsninger i strid med loven påfører en fysisk eller juridisk person et tab, vil der typisk være tale om en retsstridig handling, som kan gøre det muligt for den skadelidte at søge erstatning gennem et civilt søgsmål. Da dette imidlertid følger af dansk rets almindelige regler, er det ikke fundet nødvendigt at indsætte en udtrykkelig bestemmelse herom.” I Sverige valgte man at skrive det ind direkte i konkurrenceloven, jf. nærmere herom i Bogdan, M., ”Några frågor rörande den nya svenska konkurrensrätten”, *Jura på många måder: Festskrift til Borge Dahl*, Gad, 1994.
232. Se bl.a. Kruse, A. V., *Erstatningsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, s. 18 ff., hvoraf der bl.a. anføres følgende: ”Erstatningsretten er således ligesom

4. Formålet med retten til erstatning

Det er dog ikke helt klart, hvordan den præventive funktion konkret kommer til udtryk i retsanvendelsen.²³³

Siden konkurrenceloven fra 1997 og til i dag har der været en del retspraksis om erstatning for overtrædelse af konkurrenceloven og EU-konkurrencereglerne ved de danske domstole. Sagerne har angået erhvervsdrivende og offentlige myndigheders krav på erstatning,²³⁴ men

strafferetten en retshåndhævelsesform, hvis formål er at gennemtvinge samfundets øvrige normsystem, herunder navnlig beskyttelse af de rettigheder, der er tillagt de enkelte borger". Videre anføres det, at retsbeskyttelsen kan ske på to måder. Dels ved at sørge for at forhindre, at der overhovedet sker retskrænkelser (den præventive funktion), dels – når retskrænkelsen alligevel sker ved at give den krænkede (skadelidte) oprejsning. På 23 ff. defineres erstatningskravet bl.a. i lyset af dets præventive virkning, idet der er tale om et "privatretligt retshåndhævelsesmiddel, som enten i form af et pengekrav eller i form af et krav på udførelse af en handling pålægges den ansvarlige for en skadegørende handling (evt. undladelse), og hvis hovedformål normalt både er at give skadelidte opretning (erstatning) for skaden og skabe prævention." Der kan endvidere henvises til Jørgesen, S. *Erstatningsret*, Juristforbundets Forlag, 2. udg., 1972, s. 26 ff., Ussing, H., *Erstatningsret*, Juristforbundets Forlag, 6. udg., 1962, s. 36, Ussing, H., *Skyld og Skade, Bør Erstatningspligten være betinget af Culpa*, Gad, 1914, s. 191, og Eyben, B. v. og Isager, H., *Lærebog i erstatningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 26, hvor det anføres, at erstatning kan have en præventiv effekt, idet risikoen for at skulle betale erstatning almindeligvis har den virkning, at virksomheder og folk handler med den fornødne agtpågivenhed. I Ehlers, A. B., *Om adækvanslæren i erstatningsretten*, Karnov Group, 2011, s. 220 konkluderes følgende: "Præventionshensynet kan ... betragtes som ét hensyn blandt mange, der er med til at fastsætte grænserne for erstatningsretlige ansvar."

233. Eyben, B. v. og Isager, H., *Lærebog i erstatningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2019, s. 53 f., hvor det også anføres, at erstatningsreglernes præventive funktion er vanskelig at mål, og Ehlers, A. B., *Om adækvanslæren i erstatningsretten*, Karnov Group, 2011, s. 217, hvor der anføres følgende: "Det er vanskeligt at sige, hvilken betydning præventionshensynet har for den konkrete udlægning af erstatningsreglerne".

234. Der kan henvises til U.2004.2600SH, *Ekko A/S mod Brandt Group Norden A/S, AM Hvidevarer A/S og GRAM A/S*, S.H.D. af 3. oktober 2002 i sag V 15/01, U.2005.388SH, *EKKO A/S mod Electrolux Home Products Denmark A/S m.fl.*, S.H.D. 15. oktober 2004 i sagerne V174/02, V175/02 og V176/02, U.2005.2171 H, *GT Linien A/S under konkurs mod DSB og Scandlines A/S*, Dom af 20. april 2005 i sag 387/2002, Dom afsagt den 5. maj 2006, *Københavns Kommune Bygningsområdet Udannelses- og ungdomsforvaltningen og Peter Dahl A/S*, sag nr. BS 18/2005, dom af 17. november 2008, *T.W. Autodele ApS (Forlaget Mercy ApS) mod Skandinavisk Motor Co. A/S*, Retten i Glostrup, sag BS 1-161/2007, *Forbruger-Kontakt A/S mod Post Danmark A/S*, Ø. L. D. af 20. maj 2009 sag nr. B-3355-06 (13. afd.), *Cheminova A/S mod Akzo Nobel Functional Chemicals BV og Akzo Nobel Base Chemicals AB*, Sø- og Handelsrettens dom 15. januar 2015 i sag U-0004-07, U.2017.710SH, *N.H. Hansen & Søn A/S mod Gentofte Kommune*, Sø- og Handelsrettens dom af 4. november 2016 i sag U-5-15, Sø- og Handelsrettens dom af 30. januar 2017, *Daugaard Biler A/S mod Nissan Nordic Europe Oy*, Sø- og Handelsrettens dom 20. marts 2018 i sag U-1-17, og

der er endnu ingen eksempler på forbrugersager. Domstolens rolle og den måde, som domme formuleres på i Danmark, gør, at der ikke genfindes samme klare formålsudmeldinger som dem, der findes hos EU-Domstolen.²³⁵ Den præventive funktion kan dog spores i dansk retspraksis i forhold til udmålingen af erstatning.

I *Cheminova A/S mod Akzo Nobel Functional Chemicals BV m.fl.* skulle retten tage stilling til bl.a. den periode, hvor der skulle betales renter af en tilkendt erstatning forud for ikrafttrædelsen af erstatningsdirektivet.²³⁶ Sø- og Handelsretten valgte at tilkende renter fra skadestidspunktet og henviste i den forbindelse til, at kravet på erstatning var opstået ”som følge af en grov og langvarig overtrædelse af konkurrencereglerne”. I *N.H. Hansen & Søn A/S mod Gentofte Kommune* udtalte Sø- og Handelsretten, at bevisskravene vedrørende tab i øvrigt var lempelige på grund af sagens omstændigheder.²³⁷ Der kan også henvises til *Prestige Tool-Plast mod Bent Reipur*,²³⁸ som dog ikke specifikt angik erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne. Her udtalte Højesteret følgende: ”Efter en samlet vurdering, hvori også indgår, at der har været tale om grove og vedvarende krænkelse, finder Højesteret, at erstatningen bør forhøjes til 1 mio. kr.”. Dommen kan læses sådan, at erstatningen er forhøjet som følge af den grove overtrædelse og altså beregnet ud fra et pønalt sigte.²³⁹ Dommen kan dog også – og det er nok mere sandsynligt – læses som en lempet bevisbyrde i forhold til spørgsmålet om årsagssammenhængen mellem den ansvarspådragende handling og tabet, når der var tale om en grov og vedvarende krænkelse.

Der er løbende taget en række lovgivningstiltag, som støtter op om gennemførelse af erstatningssager. Af konkurrencelovens § 13, stk. 2, fremgår det, at en afgørelse om overtrædelse af konkurrencereglerne skal offentliggøres. Det for at sikre mulighed for, at forbrugere og

Energi Danmark A/S m.fl. mod Ørsted, Sø- og Handelsrettens dom af 31. marts 2020 i sag U-10-07 og *Rønne Havn A/S mod Danske Færger A/S*, Sø- og Handelsrettens dom af 7. maj 2021 i sag BS 35839-2018-SHR.

235. Se herom afsnit 4.3.2.

236. *Cheminova A/S mod Akzo Nobel Functional Chemicals BV og Akzo Nobel Base Chemicals AB*, Sø- og Handelsrettens dom 15. januar 2015 i sag U-0004-07.

237. U.2017.710SH, *N.H. Hansen & Søn A/S mod Gentofte Kommune*, Sø- og Handelsrettens dom af 4. november 2016 i sag U-5-15.

238. U.2011.2319H, *Prestige Tool-Plast mod Bent Reipur*, H.D. 27. maj 2011 i sag 303/2007 (2. afd.).

239. En sådan fortolkning kolliderer imidlertid med udgangspunktet i dansk erstatningsret, hvorefter erstatning skal genoprette skadelidtes situation, dvs. skadelidte skal have sit fulde tab erstattet men ikke mere, jf. Kruse, A. V., *Erstatningsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1989, s. 342.

4. Formålet med retten til erstatning

virksomheder får en reel mulighed for at rejse et eventuelt erstatningskrav over for virksomheder, der har deltaget i ulovlige aktiviteter.²⁴⁰

I 2010 blev der desuden indført adgang til, at Forbrugerombudsmanden kan føre gruppesøgsmål som grupperepræsentant på vegne af bl.a. forbrugere, jf. konkurrenceerstatningslovens § 16 (tidligere konkurrencelovens § 26).²⁴¹ Af forarbejderne til bestemmelsen fremgår det, at ved at give Forbrugerombudsmanden denne kompetence får forbrugerne og mindre virksomheder lettere ved at søge erstatning for de tab, de har lidt, hvis en virksomhed har overtrådt konkurrencereglerne.²⁴² Adgangen blev indført, efter EU-Kommissionen i 2009 opgav at stille forslag om kollektive retsmidler som led i indførelse af fælles regler om erstatning for overtrædelse af konkurrencereglerne.²⁴³ I Danmark valgte man altså aktivt at gå videre end det, der kunne opnås enighed om på EU-niveau. Der er dog ikke noget, der tyder på, at det af den grund i praksis er blevet lettere for forbrugere at opnå erstatning, da Forbrugerombudsmanden endnu ikke har anvendt sin kompetence.²⁴⁴

I 2016 blev grundlaget for erstatning suppleret med konkurrenceerstatningsloven.²⁴⁵ Loven implementerer erstatningsdirektivet fra 2014.²⁴⁶ De erstatningskrav, der er omfattet af loven, omfatter både krav baseret på overtrædelse af artikel 101 og 102 TEUF og konkurrencelovens § 6 og § 11, herunder hvor der ikke er samhandelspåvirkning, jf. lovens § 1, stk. 1 og 2.²⁴⁷ Af bemærkninger til lovforslaget fremgår følgende:

240. LFF 2009-2010.1.109, afsnit 3, nr. 11.

241. Lov nr. 495 af 12. maj 2010 om ændring af konkurrenceloven og lov om benzinforhandlerkontrakter.

242. LFF2009-2010.1.109, afsnit 2.7.

243. Forløbet er nærmere behandlet i afsnit 4.3.2.2.

244. Af lovforslaget (LFF2009-2010.1.109) fremgår det ellers, at Forbrugerombudsmanden ville blive tildelt ca. et årsværk til at udfylde den funktion. Af Forbrugerombudsmandens årsberetninger kan der ikke spores tegn på, at erstatningssager som følge af overtrædelse af konkurrencereglerne er et område, man efterfølgende har haft fokus på.

245. Lov nr. 1541 af 13. december 2016, som trådte i kraft 27. december 2016, jf. lovens § 17, stk. 1, jf. dog stk. 2 og 3. Loven er omtalt af Kjær-Hansen, E., ”Konkurrenceerstatningsloven”, *EU-ret og menneskeret*, nr. 5, 2016, og Plum, J. M. og Eriksen, S. O., ”Erstatning for konkurrencelovsovertrædelser – ny lov og praksis”, *Revision og Regnskab*, Nr. 7, 2017.

246. Se herom afsnit 4.3.2.4.

247. Af bemærkninger til lovforslaget (L 21 Folketinget 2016-17, Tillæg A), afsnit 2.2., fremgår følgened bl.a.: ”I overensstemmelse med direktivet foreslås det, at lovforslaget skal gælde for krav om erstatning som følge af konkurrenceretsovertrædelser, der har samhandelspåvirkning. For at sikre, at der er et samlet og ens regelsæt for erstatning for alle konkurrenceretsovertrædelser, foreslås det derudover, at lovforslaget

Konkurrencemyndighederne spiller en afgørende rolle, når forbuddene mod konkurrencebegrænsende aftaler, herunder karteller, og misbrug af dominerende stilling skal håndhæves. Hvis forbuddene skal have fuld virkning i praksis, kræver det imidlertid også, at alle – såvel forbrugere og virksomheder som offentlige myndigheder – kan rejse erstatningskrav ved domstolene for den skade, som de måtte have lidt som følge af en overtrædelse af disse forbud.²⁴⁸

Og videre fremgår det:

Virksomheder, som overtræder konkurrenceretten, må ... antages i højere grad at blive mødt med erstatningssøgsmål, hvilket vil kunne medføre, at reglerne får en generalpræventiv virkning.²⁴⁹

Erstatningssøgsmålets potentielle præventive virkning ligger således til grund for konkurrenceerstatningsloven. Det er dog svært at udlede, hvad det betyder konkret, og om der heri ligger 'noget mere' end det, der allerede følger af dansk rets almindelige erstatningsregler.²⁵⁰ Det sidste er næppe tilfældet. Der kan derfor ikke anses at følge noget opgør med det, man kan kalde *dogmatiske elementer*, som anvendes til at afgrænse kredsen af skadelidte på forhånd (*a priori*) efter dansk rets almindelige regler, uafhængigt af om de kan påvise, at handlingen har forårsaget et tab.

Er der *samhandelspåvirkning*, følger de overordnede rammer for adgang til erstatning i vidt omfang direkte af EU-konkurrencereglerne og erstatningsdirektivet. Den dualistiske funktion (kompensation og prævention), som retten til erstatning har i håndhævelsen, kommer – som behandlet ovenfor – navnlig til udtryk i form af kredsen af skadelidte, skadevolder og skader.²⁵¹ I disse tilfælde vil nationale dogmatiske figurer, som begrænser kredsen af skadelidte, næppe kunne opretholdes for det tilfælde, at de på forhånd eller kategorisk afskærer visse potentielle skadelidte.²⁵² Hvorvidt der så på baggrund af det konkrete faktum

også gælder krav om erstatning som følge af konkurrenceretsovertrædelser, hvor der ikke er samhandelspåvirkning.”

248. Lovforslag nr. L 21 Folketinget 2016-17, afsnit 1.1.

249. Lovforslag nr. L 21 Folketinget 2016-17, afsnit 1.1.

250. Om den præventive funktion af erstatning generelt inden for europæisk retskultur kan henvises til forslag til afgørelse fra generaladvokat N. Wahl, sag C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions, NCC Industry og Asfaltmix Oy*, EU:C:2019:100, punkt 27.

251. Afsnit 4.3.3.

252. Se i den retning forslag til afgørelse fra generaladvokat J. Kokott, sag C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, EU:C:2019:651, punkt 54.

4. Formålet med retten til erstatning

er dokumenteret et tab og en årsagssammenhæng, hører dog under de nationale retter at afgøre.

Er der *ikke samhandlingspåvirkning*, skal spørgsmålet som udgangspunkt alene behandles efter dansk rets almindelige erstatningsregler og konkurrenceerstatningsloven. Da konkurrenceloven skal fortolkes EU-konformt, også hvor der ikke er nogen samhandlingspåvirkning, kan der dog ikke helt ses bort fra EU-Domstolens fortolkning af EU-konkurrencereglernes direkte virkning i forhold til skadelidte, skadevolder og skader. Her opstår spørgsmålet, om dansk ret kan fortolkes EU-konformt, eller om der vil være tale om fortolkning *contra legem*. Spørgsmålet vil løbende blive behandlet i de næste tre kapitler under behandlingen af *den almindelige del af konkurrenceerstatningsret* (kapitel 5), *den særlige forbrugerdel af konkurrenceerstatningsretten*, herunder forbrugere som skadelidte, (kapitel 6) og forbrugerskaden (kapitel 7). Forinden følger en konklusion på dette kapitel.

4.5 Konklusion

Retten til erstatnings funktioner i håndhævelsen af konkurrencereglerne er behandlet ved at se på USA's antitrust-regler, EU-konkurrencereglerne og de danske konkurrenceregler. Fokus har været vægtningen af *kompensation og prævention*.

I USA er kompensation og prævention udtalte og tilsigtede formål med retten til erstatning efter de amerikanske antitrust-regler. Håndhævelsen er baseret på ideen om *Private Attorney General*, hvor private aktører i egen og samfundets interesse deltager i håndhævelsen af reglerne. Retsreglerne understøtter den dobbelte funktion på flere måder. Skadelidte har bl.a. ret til *treble damages*, og denne ret kan forfølges på vegne af en stor gruppe skadelidte ved brug af *class action*,²⁵³ som advokater kan finansiere ved brug af *contingency fee*-aftaler.²⁵⁴ Retten til erstatning er dog begrænset både i forhold til kredsen af beskyttede skadelidte²⁵⁵ og omfanget af den beskyttede skade.²⁵⁶ Ikke enhver skadelidte eller enhver skade er altså beskyttet.

I den EU-retlige retslitteratur har den traditionelle opfattelse hidtil været, at retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne

253. Se nærmere herom i afsnit 10.4.1.1.

254. Se nærmere herom i afsnit 16.5.1.1.1.

255. Se nærmere herom i afsnit 6.5.1.

256. Se nærmere herom i afsnit 7.3.

primært er begrundet i kompensation, hvorimod prævention spiller en mindre og mere afledt rolle.²⁵⁷ Denne opfattelse kan ikke opretholdes i dag. Retten til erstatning for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne må anses at være båret af begge hensyn, som skal sikre EU-konkurrencereglernes fulde effektive virkning, og disse funktioner må anses som ligestillede. Retten til erstatnings dobbelte funktion i retshåndhævelsen blev fastslået af EU-Domstolen i *Courage*.²⁵⁸ Siden er dette opretholdt,²⁵⁹ og igennem de senere år er retten til erstatnings præventive funktion konsolideret.²⁶⁰

Rationalet bag retten til erstatning i EU og i USA er derfor også det samme. Man har imidlertid valgt forskellige tilgange til realiseringen heraf. I USA er kredsen af håndhævere begrænset. De, der er beskyttet, har så mulighed for at få deres tab erstattet tre gange. I EU har man i stedet valgt at sikre sig en bred kreds af potentielle skadelidte, der kan bistå konkurrencemyndighederne med at håndhæve konkurrencereglerne i egen interesse (kompensation) og samfundets interesse (prævention).²⁶¹ Erstatningens størrelse er imidlertid begrænset til den faktiske skade, der dog – og i modsætning til i USA – forrentes fra skadestidspunktet.²⁶² Denne anderledes måde i EU at forfølge de to samme mål i retshåndhævelsen, som ligger til grund for det, der i USA betegnes

257. Se henvisning til retslitteraturen i afsnit 4.1.

258. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465.

259. C-295-298/04, *Incenzo Manfredi mod Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, EU:C:2006:461, præmis 90 og 91, C-360/09, *Pfleiderer AG v. Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, præmis 28 og 29, C-199/11, *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684., præmis 41 og 42, C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde mod Donau Chemie AG m.fl.*, EU:C:2013:366, præmis 23 og 24, C-557/12.

260. *Kone AG m.fl mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, præmis 21 og 23, C-724/17, *Vantaan kaupunki mod Skanska Industrial Solutions m.fl.*, EU:C:2019:204, præmis 25 og 44-45, C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:1069, præmis 23 og 25 og C-637/17, *Cogeco Communications Inc. mod Sport TV Portugal SA m.fl.*, EU:C:2019:263, præmis 39 og 41, hvor der henvises til præmis 21 og 23 i *Kone*, som igen henviser tilbage til bl.a. præmis 26 og 27 i *Courage*, samt C-882/19, *Sumal S.L. mod Mercedes Benz Trucks España S.L.*, ECLI:EU:C:2021:800, præmis 35.

261. Kredsen omfatter bl.a. direkte og indirekte aftagere, jf. erstatningsdirektivets artikel 3(1), jf. artikel 13(1), private parter til konkurrencebegrænsende aftaler, jf. C-453/99, *Courage Ltd mod Bernard Crehan og Bernard Crehan mod Courage Ltd m.fl.*, EU:C:2001:465, offentlige myndigheder, jf. *Otis NV m.fl.*, EU:C:2012:684, paraply aftagere, jf. *Kone AG m.fl mod ÖBB-Infrastruktur AG*, EU:C:2014:1317, og offentlig långiver uden for det berørte marked, jf. C-435/18, *Otis Gesellschaft m.b.H. m.fl. mod Land Oberösterreich m.fl.*, ECLI:EU:C:2019:1069.

262. Se nærmere herom afsnit 7.5.3.1.

4. Formålet med retten til erstatning

Private Attorney General, kan – hvis man bliver i det engelske – betegnes *European Attorney General*.

Det har betydning for retten til erstatning i Danmark. EU-konkurrencereglernes direkte virkning fastlægger de overordnede rammer for adgang til erstatning i Danmark, når der er samhandelspåvirkning. Som følge af den selvpålagte EU-konforme fortolkning af konkurrenceloven gælder det i vidt omfang også, når der ikke er samhandelspåvirkning. Hvordan det konkret kommer til udtryk i forhold til ansvar, skadevolder, årsagssammenhæng og skadelidte samt forbrugerskaden, behandles i de kommende tre kapitler.