

## FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F.G. JACOBS

fremSAT den 30. januar 2003<sup>1</sup>

### Indledning

1. Denne sag vedrører udstrækningen af et fast forankret princip i fællesskabsretten, det såkaldte »state action defence« (herefter »princippet om straffrihed som følge af statslig regulering«). I henhold til dette princip kan virksomheder, der er tiltalt for en overtrædelse af konkurrencereglerne i artikel 81 EF eller 82 EF, påberåbe sig, at deres adfærd falder uden for rækkevidden af disse regler, når den er påkrævet i henhold til national lovgivning, eller når den nationale lovgivning i øvrigt udelukker enhver mulighed for konkurrencemæssig adfærd fra virksomhedernes side.

2. Det, der hovedsageligt er spørgsmålet i den foreliggende sag, er, hvorvidt fællesskabsretten giver beføjelse til, eller ligefrem pålægger, en national konkurrencemyndighed, der undersøger visse virksomheders adfærd, at undlade at anvende den nationale lovgivning — som i sig selv er i strid med traktaten — der kræver, at disse virksomheder udviser konkurrencestridig adfærd — og dermed fratage dem — med tilbagevirkende kraft og/eller med virkning fremover — den immunitet i forhold til sanktioner, de ellers ville have nydt i henhold til princippet om

straffrihed som følge af statslig regulering. Et yderligere spørgsmål går på, om en national retlig regulering, der i væsentligt omfang griber ind i konkurrencen, giver de berørte virksomheder mulighed for at udvise en selvstændig adfærd, der kunne fordreje konkurrencen på det relevante marked yderligere.

3. De nævnte spørgsmål rejser sig under en sag, hvor en sammenslutning af italienske tændstikproducenter anfægter en afgørelse truffet af den italienske konkurrencemyndighed, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (herefter »Autorità« eller »myndigheden«), hvori sidstnævnte dels udtalte, at de regler, der regulerer Consorziets etablering og drift, var i strid med artikel 10 EF og artikel 81 EF, dels fandt, at Consorzio og de tilsluttede virksomheder havde tilsidesat artikel 81 gennem fordeling af produktionskvoter, og påbød Consorzio og de tilsluttede virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.

**Lovgivning, der regulerer produktion og salg af tændstikker i Italien**

4. Ved kongeligt dekret nr. 560 af 11. marts 1923 (herefter »kongeligt dek-

<sup>1</sup> — Originalsprog: engelsk.

ret») indførte den italienske lovgiver et nyt system for produktion og salg af tændstikker ved at etablere en sammenslutning af nærmere angivne hjemlige tændstikproducenter, Consorzio Industrie Fiammiferi (herefter »Consorzio«), og ved at tildele denne et afgiftsmonopol (vedrørende opkrævning og betaling af en produktionsafgift) og et handelsmonopol (i form af en eneret til at producere og sælge tændstikker på det italienske marked). I dette system tilkom det staten at fastsætte detailprisen på tændstikker, hvorimod det tilkom Consorzio at fordele produktionskvoter mellem de tilsluttede virksomheder.

5. Gennem tiden har systemet undergået betydelige ændringer, der både har åbnet op for tilslutning til Consorzio (idet man har tilladt andre producenter at indgå heri på den ene betingelse, at de havde en produktionstilladelse) og åbnet markedet (idet man både har tilladt tændstikproduktion i virksomheder, der ikke er tilsluttet Consorzio, og import fra andre medlemsstater). Imidlertid bruges visse vigtige dele af systemet stadigvæk.

6. I henhold til artikel 4 i den seneste version af overenskomsten mellem Consorzio og den italienske stat (herefter »1992-overenskomsten«)<sup>2</sup>, der regulerer Consorzios drift, skal produktionskvoter sta-

digvæk fordeles mellem de tilsluttede virksomheder af et udvalg (herefter »artikel 4-udvalget«) udpeget af Consorzios bestyrelse. Udvalget, der består af tre repræsentanter fra de tilsluttede virksomheder og en repræsentant fra Consorzio, har en embedsmand fra Monopoli di Stato (Statsmonopoladministrationen) som formand og træffer afgørelse ved simpelt flertal. Dets afgørelser forelægges Monopoli di Stato til godkendelse. Visse dispositioner — herunder kvoteoverførsler — skal ydermere forelægges finansministeriet til godkendelse. Consorzios vedtægter fastsætter, at produktionskvoter skal fordeles »under hensyntagen til de gældende procentsatser«. Overholdelsen af disse kvoter skal kontrolleres af et andet udvalg (herefter »Consorzio-udvalget«), der er sammensat af tre tilsluttede virksomheder udpeget af Consorzios bestyrelse, som i begyndelsen af hvert år fremlægger et forslag til Consorzios ledelse om en plan for tændstikleleverancer fra Consorzios tilsluttede virksomheder.

7. 1992-overenskomsten ændrede ikke i nævneværdig grad den del af systemet, der vedrørte fastsættelsen af priser. Ved lovdekret nr. 331 af 30. august 1993 (herefter »lovdekret nr. 331«)<sup>3</sup> vedtog Italiens lovgivende forsamling imidlertid nye regler om punktafgifter og andre indirekte skatter. Lovdekretets artikel 29 bestemmer, at producenten og importøren er direkte individualiseret som de retssubjekter, det påhviler at betale produktionsafgiften. Ifølge den forelæggende ret blev Consorzios afgiftsmonopol afskaffet med denne regel. Med

2 — Gennemført ved Finansministeriets dekret af 5.8.1992.

3 — Senere omformet til lov ved lov nr. 427 af 29.10.1993.

hensyn til handelsmonopolet forekommer det at være afskaffet så tidligt som 1983, da man ophævede forbuddet mod produktion og salg af tændstikker i Italien for producenter, der ikke var tilsluttet Consorzio. Tilslutning til Consorzio blev imidlertid ved med at være obligatorisk, i hvert fald indtil afgiftsmonopolet blev afskaffet i 1993. Dog er der selv efter denne dato flere meninger om den obligatoriske eller frivillige karakter af tilslutningen til Consorzio i forhold til de tændstikproducenter, der allerede var tilsluttet før ophævelsen af afgiftsmonopolet.

#### Afgørelsen truffet af Autorità

8. Før 1996 havde Autorità kun beføjelse til at anvende italiensk konkurrenceret, men ikke den fællesskabsretlige konkurrenceret. Imidlertid har Autorità efter ikrafttrædelsen af lov nr. 52 af 6. februar 1996 (herefter »lov nr. 52/1996«) også været beføjet til at anvende artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF.

9. På foranledning af en klage fra en tysk tændstikproducent, som hævdede at have problemer med at afsætte sine produkter på det italienske marked, indledte Autorità en undersøgelse i november 1998 for at fastslå, om der forelå overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF. Det blev hurtigt besluttet at udvide undersøgelsens genstand, således at den navnlig omfattede en aftale mellem

Consorzio og en af de største europæiske tændstikproducenter, Swedish Match SA, i henhold til hvilken førstnævnte angiveligt havde påtaget sig at købe et kvantum tændstikker af det pågældende selskab svarende til en forud fastsat kvote af det italienske forbrug.

10. Den 13. juli 2000 traf Autorità sin endelige afgørelse. Myndigheden fastslog, at uanset at den adfærd, der var udvist af deltagerne på det italienske tændstikmarked, mere eller mindre direkte var en konsekvens af den retlige regulering, der siden det kongelige dekret havde været gældende på området, var denne adfærd også delvis udslag af selvstændigt truffne forretningsbeslutninger.

11. Autorità sondrede dernæst mellem de tilsluttede virksomheders deltagelse i Consorzio før og efter ikrafttrædelsen af lovdekret nr. 331 i 1994.

12. Efter at have konstateret, at dette dekret sammen med 1992-overenskomsten i praksis havde ophævet Consorzios afgifts- og handelsmonopoler, fandt Autorità, at tilslutning til Consorzio fra 1994 og frem-

efter havde været frivillig snarere end obligatorisk<sup>4</sup>, og at de tilsluttede virksomheders adfærd følgelig måtte betragtes som udslag af selvstændigt truffe forretningsbeslutninger, som de kunne stilles til ansvar for.

13. I modsætning hertil var bedømmelsen af perioden før 1994 mere kompleks. Lovgivningen havde i sig selv begrænset konkurrencen, idet produktionen og afsætningsmulighederne var blevet begrænset og kontrolleret. Yderligere krævedes det efter loven, at Consorzio traf beslutninger, der tilsidesatte artikel 81, stk. 1, EF, idet Consorzio blev pålagt at fordele produktionskvoter mellem de tilsluttede virksomheder.

14. Autorità gav endvidere udtryk for den opfattelse, i) at den retlige regulering af området før 1994, i kraft af den påkrævede tilslutning til Consorzio for at kunne producere og sælge tændstikker i Italien, udgjorde et »retligt skjold« (»copertura legale«) for en adfærd (fra Consorzio og de tilsluttede virksomheder), der ellers ikke ville være tilladt, ii) at sådanne regler »ikke måtte anvendes af nogen domstol eller offentlig myndighed«, eftersom de tilsidesatte artikel 3, litra g), og 81, stk. 1, EF, og iii) at denne manglende anvendelighed »ville betyde« (»implicherebbe«) fjernelsen af det retlige skjold.

15. Autorità anførte herefter, at den adfærd, der var udvist af de til Consorzio tilsluttede virksomheder, og navnlig beføjelsen til at fordele produktionskvoter indbyrdes, »i hvert fald« — dvs. uden hensyn til, hvad der måtte være virkningen af den gældende retlige regulering — kunne bedømmes i forhold til artikel 81 EF. Således konstaterede Autorità, at den af Consorzio-udvalget og af sammenslutningens ledelse udarbejdede årlige plan, der fastsætter den samlede produktion og de tilknyttede producenters individuelle kvoter, var i strid med artikel 81, stk. 1, EF. Endvidere kunne anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF ikke udelukkes i forhold til artikel 4-udvalget, for uanset at artikel 4 i 1992-overenskomsten pålagde opgaven med at fordele produktionen, angav den ikke de kriterier eller den procedure, der skulle følges. Elementer som sammensætningen af artikel 4-udvalget, det forhold, at det traf beslutninger ved simpelt flertal, og beslutningernes faktiske indhold, der tilsyneladende var i overensstemmelse med industrirepræsentanternes ønsker, viste alt sammen, at beslutningerne kunne tilskrives Consorzio og i særdeleshed de tilsluttede virksomheder. Endelig kunne det forhold, at alle beslutninger om produktionsfordeling blev indberettet til og godkendt af den italienske stat, ikke forhindre, at konkurrenceretten skulle anvendes<sup>5</sup>.

16. Herefter undersøgte Autorità, om de kriterier, Consorzio havde lagt til grund ved fordelingen af produktionskvoterne, effek-

4 — Imidlertid havde det italienske finansministerium i et notat af 24.11.1999 erklæret, at tilslutning til konsortiet fortsat ville være obligatorisk frem til udløbet af 1992-overenskomsten i 2001.

5 — Autorità henviser til dom af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, præmis 23.

tivt kunne begrænse konkurrencen ud over de begrænsninger, der allerede fulgte af de opgaver, der var pålagt i henhold til italiensk ret. Det forhold, at man havde baseret sig på »historiske« kvoter, de gentagne udvekslinger og overførsler af kvoter producenterne imellem, hvilket havde ført til en fastfrysning af markedspositioner og overlevelsen af virksomheder, der ikke var konkurrencedygtige, og endelig det forhold, at de tilsluttede virksomheder havde forpligtet sig til at reducere deres respektive produktionskvoter for at sikre en udenlandsk hovedkonkurrent en kvote til dennes import, førte til en begrænsning af konkurrencen, der lå ud over den, der i forvejen var skabt med den af loven pålagte opgave med at fordele produktionskvoter. Det skøn, Consorzio var tillagt i forbindelse med de opgaver, loven havde pålagt organet, burde være udøvet således, at den eksisterende konkurrence ikke blev yderligere begrænset. Undersøgelsen havde dermed vist, at den adfærd, Consorzio og de tilsluttede virksomheder havde udvist, var omfattet af artikel 81, stk. 1, litra b) og c), EF, der forbyder aftaler, der består i henholdsvis »begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer« og »opdeling af markeder eller forsyningskilder«.

17. På denne baggrund fandt Autorità bl.a. at:

»a) Consorzios eksistens og virksomhed, der reguleres ved kongeligt dekret nr. 560 af 11. marts 1923 og den hertil [...]

knyttede overenskomst, senest ændret ved finansministeriets dekret af 5. august 1992, strider mod artikel 3, litra g), EF samt artikel 10 EF og artikel 81, stk. 1, EF i det omfang, hvori bestemmelser indtil 1994 uvægerligt har medført, samt fra nævnte tidspunkt har tilladt og begunstiget, at Consorzio og de tilsluttede virksomheder har udvist konkurrencestridig adfærd under tilsidesættelse af EF-traktatens artikel 81, stk. 1.

b) I hvert fald har Consorzio og de deltagende virksomheder truffet beslutninger indbyrdes og har indgået aftaler, der — idet deres formål var at fastlægge de nærmere bestemmelser for og mekanismerne ved fordelingen mellem de samarbejdende virksomheder af produktionen af tændstikker bestemt til afsætning af nævnte Consorzio, hvorved konkurrencen begrænses mere end det, som allerede bevirkes af den relevante lovgivning — udgør indgreb i konkurrencen i strid med 81, stk. 1, EF.

c) Consorzio og Swedish Match SA har indgået en aftale med det formål at fordele produktionen af tændstikker og at afsætte disse i fællesskab via Consorzio, hvilket udgør et konkurrencestridigt forhold i strid med artikel 81, stk. 1, EF.

e) Consorzio, de deltagende virksomheder og Swedish Match SA skal indstille de fastslåede overtrædelser og afholde sig fra enhver aftale, hvis genstand eller virkning kan sidestilles med det således fastslåede kartel [...]«

ikke for direkte at kontrollere national rets forenelighed med fællesskabsretten.

2) Autorità fejlfortolkede artikel 29 i lovdekret nr. 331, der ikke havde ændret Consorzios obligatoriske karakter. De tilsluttede virksomheders adfærd kunne selv ikke efter indførelsen af denne bestemmelse føres tilbage til virksomhedsvalg foretaget i fuldstændig autonomi, hvorfor det måtte antages, at Autorità ikke havde grundlag for sin sondring mellem tiden inden og tiden efter lovdekretets ikrafttræden.

### Hovedsagen og forelæggelseskendelsen

18. Consorzio anlagde sag ved Tribunale amministrativo regionale del Lazio (herefter »Tribunale amministrativo regionale«) med påstand om annullation af Autoritàs afgørelse.

19. Ved denne ret fremførte Consorzio bl. a. følgende anbringender, der alle blev anfægtet af Autorità:

1) Autorità har ikke kunnet anfægte gyldigheden af den italienske stats retsfor skrifter, således som myndigheden har gjort i punkt a) i afgørelsens dispositive del. Autorità havde ikke fået tillagt en sådan beføjelse i henhold til lov nr. 52/1996, og den fulgte heller ikke princippet om fællesskabsrettens forrang. Forrangsprincippet giver alene mulighed for at undlade at anvende national ret i konkrete tilfælde, men

3) Autorità fejlanvendte artikel 81 EF, eftersom lovkravet om at fastsætte produktionskvoter allerede ifølge sin natur skabte en situation, som *a priori* fjernede enhver mulighed for konkurrence mellem de tilsluttede virksomheder, uafhængigt af de kriterier, som man i praksis måtte have anvendt ved kvoternes fastsættelse. Enhver eventuel konkurrencebegrænsning, der var en følge af produktionskvoternes fastsættelse, kunne derfor ikke tilregnes Consorzio og de tilsluttede virksomheder.

20. Selv om Tribunale amministrativo regionale mener, at forrangsprincippet

indebærer, at ikke bare de nationale retter, men også de administrative myndigheder som hovedregel skal undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med artikel 10 EF og 81 EF, betvivler den ikke desto mindre i den foreliggende sag og under hensyntagen til de særlige omstændigheder, at Autorità havde beføjelse til at undlade at anvende reglerne, der regulerer Consorziros virksomhed. Efter Tribunale amministrativo regionales opfattelse skyldes dette, at Autoritàs undladte anvendelse skete som led i dennes retshåndhævende myndighed (»potestà repressiva«). Ydermere har den undladte anvendelse inden for disse rammer fundet sted *in malam partem*, dvs. til skade for de virksomheder, der er omfattet af afgørelsen. I henhold til den nationale ret gælder i en sådan situation, i) at den undladte anvendelse af national ret ikke er begrundet med hensynet til beskyttelsen af individuelle rettigheder, der er hjemlet i fællesskabsretten, ii) at virksomhederne, der har handlet under dække af de omtvistede regler, kan have været i god tro, iii) at der vil kunne foreligge en konflikt med retssikkerhedsprincippet ved den undladte anvendelse *in malam partem* i retshåndhævelsen, og iv) at de omhandlede virksomheders eneste mulighed for at undgå risikoen for at blive pålagt sanktioner — eller i hvert fald blive genstand for en undersøgelse af Autorità — ville være på eget initiativ at nægte at opfylde en pligt, der er dem pålagt i medfør af nationale bestemmelser. En sådan adfærd ville med alle sine risici og usikkerhedsmomenter forekomme at være problematisk.

21. Ved kendelse af 24. januar 2001 forelagde Tribunale amministrativo regionale derfor Domstolen følgende spørgsmål:

- »1) Skal eller kan en national konkurrencemyndighed, som stilles over for omstændigheder, hvor en aftale mellem virksomheder fremkalder skadevirkninger for fællesskabshandelen, og når nævnte aftale enten er krævet eller begunstiget af et nationalt lovgivningstiltag, som legitimerer eller forstærker virkningerne, navnlig ved prisfastsættelse og markedsfordeling — undlade at anvende de pågældende regler og pålægge sanktioner eller — i det mindste — nedlægge forbud for fremtiden mod virksomhedernes konkurrencestridige adfærd — og hvad er retsvirkningerne heraf?
- 2) Kan en national lovgivning, som giver et ministerium beføjelse til at fastsætte salgspriser for et produkt og desuden tildeler en obligatorisk sammenlutning af producenter beføjelse til at fordele produktionen mellem virksomhederne, med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF, anses for en lovgivning, som bevarer muligheden for konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side? «

22. Der er indgivet skriftlige indlæg af Consorzio, Autorità og Kommissionen, der også var repræsenteret under retsmødet.

### Det første præjudicielle spørgsmål

#### *Parternes argumenter*

23. Det af Consorzio fremførte hovedargument støtter sig på dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing<sup>6</sup>. I denne dom fastslog Domstolen: »Traktatens artikel 85 og 86 [nu artikel 81 EF og 82 EF] tager [...] kun sigte på konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side på deres eget initiativ.« Omvendt bemærkede Domstolen også: »Såfremt virksomhederne pånødes en konkurrencestridig adfærd ved en national lovgivning, eller såfremt denne lovgivning skaber en retlig ramme, som på sin side berører dem enhver mulighed for at konkurrere retmæssigt, finder traktatens artikel 85 og 86 ikke anvendelse. I denne situation skyldes begrænsningen af konkurrencen ikke, som det forudsættes i disse bestemmelser, en selvstændig adfærd fra virksomhedernes side [...]. Derimod kan traktatens artikel 85 og 86 finde anvendelse i en situation, hvor der efter den nationale lovgivning fortsat består en mulighed for konkurrence, men hvor denne konkurrence kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig

adfærd fra virksomhedernes side«<sup>7</sup>. Endvidere bemærkede Domstolen, »at en national lovgivnings overensstemmelse med traktatens konkurrencebestemmelser ikke kan anses for afgørende, når det skal afgøres, om traktatens artikel 85 og 86 kan finde anvendelse på adfærden hos virksomheder, der handler i overensstemmelse med denne lovgivning«<sup>8</sup>. I sådanne sager forholder det sig derfor således, at »den forudgående vurdering af en national lovgivning, der kan påvirke denne adfærd, [...] kun [tager] sigte på at afgøre, om der efter denne lovgivning fortsat er mulighed for en konkurrence, som kan hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra deres side«<sup>9</sup>.

24. Efter Consorzios opfattelse kan anvendelsen af disse bemærkninger fuldt ud overføres til den foreliggende sag, der handler om nationale konkurrencemyndigheders decentrale anvendelse af fællesskabsrettens konkurrenceregler. Følgelig har Consorzio gjort gældende, for det første, at den adfærd, der var udvist af de virksomheder, der var genstand for en undersøgelse, ikke var selvstændig og derfor ikke var omfattet af artikel 81 EF, og at disse virksomheder endvidere ikke kunne være forpligtet til at tilsidesætte bindende nationale bestemmelser, der stadig var i kraft. For det andet skulle Autorità have begrænset sin undersøgelse af de italienske bestemmelser til spørgsmålet om, hvorvidt disse bestemmelser forhindrede Consorzio og de tilsluttede virksomheder i at udvise en

7 — Præmis 33 og 34.

8 — Præmis 31.

9 — Præmis 35.

6 — Dom af 11.11.1997, forenede sager C-359/95 P og C-379/95 P, Sml. I, s. 6265, præmis 30-35.



selvstændig adfærd. Strengt taget indebærer dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, at Autorità ikke behøvede at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der er til behandling i den foreliggende sag. Imidlertid accepterer Consorzio også, at nationale myndigheder, for at garantere gyldigheden af de »direkte anvendelige« traktatbestemmelser, må have adgang til at undlade at anvende nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse hermed, men kun hvis det sker »indirekte« og med en begrænset virkning til de parter, der er genstand for en undersøgelse, og ikke med virkning erga omnes.

25. Autorità har gjort gældende, at beføelsen — og endda pligten — til at fastslå, at de bestemmelser, der regulerer Consorzio, er i strid med artikel 10 EF og 81 EF, udspringer af principperne om direkte virkning og fællesskabsrettens forrang, som de har udviklet sig i retspraksis, navnlig i den præjudicielle afgørelse i Fratelli Costanzo-dommen<sup>10</sup>. Autorità har understreget, at myndigheden ikke foretog en direkte retlig efterprøvelse af de omhandlede bestemmelser, da den fastslog dette. Erklæringen om bestemmelsernes uforenelighed med artikel 10 EF og 81 EF var et indirekte resultat af en undersøgelse af Consorzio og de tilsluttede virksomheders adfærd. Undersøgelsen af den relevante lovgivning var imidlertid nødvendig på grund af dens direkte indvirkning på de

omhandlede virksomheders adfærd. Autorità har gjort gældende, at erklæringen, den fremkom med, ikke strengt taget indebar en undladelse af at anvende de nationale bestemmelser. Så meget desto mere indebærer erklæringen heller ikke, at sådanne bestemmelser annulleres eller ophæves, idet det alene er op til den nationale lovgiver at ophæve eller ændre national lovgivning. Ifølge myndigheden er virkningen og konsekvensen af erklæringen den, at alle nationale retter og administrative organer, der bliver anmodet om at tage stilling til de omhandlede nationale bestemmelser, er forpligtet til ikke at anvende dem, og virksomhederne, der er genstand for en undersøgelse, er forpligtet til at bringe den adfærd til ophør, som er udvist under dække af disse bestemmelser.

26. Autorità har også understreget, at den ikke har »dømt« Consorzio og de tilsluttede virksomheder for den adfærd, der var udvist med hjemmel i den nationale lovgivning, men alene for de konkurrencebegrænsninger, der lå ud over det, der var et resultat af bestemmelserne vedrørende Consorzios virksomhed. Idet Autorità har bemærket, at det er et gennemgående træk ved den administrative håndhævelse af konkurrenceregler — og mere generelt ved enhver administrativ håndhævelse — at den nationale konkurrencemyndigheds primære opgave ikke er at sikre beskyttelsen af rettigheder, der er overdraget individer, men snarere beskyttelsen af den »almene interesse« i reglernes effektive anvendelse, har Autorità behandlet den nationale rets betænkeligheder vedrørende tilsidesættelse af redelig handlemåde og af retssikkerheden og undladelsen af at anvende de nationale bestemmelser *in malam partem*, som nævnt ovenfor. Først har Autorità bemærket, at bebyrdende følger er en logisk og hyppigt

10 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Sml. s. 1839.

forekommende konsekvens af denne manglende anvendelighed i det overvejende flertal af sager, i hvilke man undlader at anvende nationale bestemmelser, der er i uoverensstemmelse med fællesskabsretten<sup>11</sup>. Hvad angår hensynet til retssikkerheden har Autorità ved analogislutning henvist til, at situationen er den samme som i sager, hvor en national ret finder, at en national bestemmelse er i strid med fællesskabsretten og underkender den. Endelig har Autorità understreget, at myndigheden ikke har forsømt at inddrage hensynet til de omhandlede virksomheders gode tro, eftersom de alene blev »dømt« for den adfærd, der ikke var udvist med hjemmel i de omtvistede bestemmelser, og de i hvert fald ikke blev pålagt nogen sanktioner.

27. Under retsmødet antydede Autorità imidlertid også, at selv om den vurdering, at de nationale bestemmelser er i strid med fællesskabsretten, ikke nødvendigvis indebærer, at de virksomheder, der er genstand for en undersøgelse, ifalder et ansvar for den adfærd, der er udvist med hjemmel i disse regler, ville afgørelsen om ikke at straffe disse virksomheder muligvis blive taget op til genovervejelse, hvis virksomhederne fortsatte med at udvise en konkurrencestridig adfærd på trods af Autoritàs vurdering.

28. Autorità er kommet til den konklusion, at en national konkurrencemyndighed, der er ansvarlig for anvendelsen af artikel 81 EF

og 82 EF, i forbindelse med en undersøgelse af virksomheders adfærd kan undersøge, og om nødvendigt undlade at anvende nationale bestemmelser, der ikke er i overensstemmelse med artikel 10 EF og 81 EF.

29. Kommissionen er af den opfattelse, at en national konkurrencemyndighed i medfør af principperne om direkte virkning og fællesskabsrettens forrang har beføjelse til at undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med artikel 10 EF og 81 EF. I lighed med den forelæggende ret synes den imidlertid at anse skadevirkningerne af en sådan manglende anvendelse for hovedproblemet i denne sag. Ikke desto mindre mener Kommissionen, at det er muligt at behandle denne sag, der drejer sig om direkte anvendelige traktatbestemmelser, uden at være bundet af den retspraksis, der afviser, at direktiver kan pålægge individer forpligtelser<sup>12</sup>. Navnlig mener Kommissionen hverken, at nogen nationalretlig eller fællesskabsretlig bestemmelse forhindrer, at forpligtelser og ifaldelse af ansvar udledes af fællesskabsretlige regler, der er direkte anvendelige erga omnes. Dette princip har Domstolen udtrykkeligt tilsluttet sig i forhold til forordninger, og det må så meget desto mere gælde i forhold til traktatbestemmelser som artikel 10 EF og 81 EF. Hvad angår retsvirkningerne af disse bestemmelser i nærværende sag mener Kommissionen, at de er begrænset til afgørelsens adressater, eftersom Autorità ikke tilsigtede at gøre den nationale lovgivning retligt virkningsløs. Yderligere synes Kommissionen at mene, at anvendelsen af artikel 10 EF i forbindelse

11 — Autorità henviser til to eksempler fra retspraksis: dom af 10.12.1991, sag C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Sml. I, s. 5889, om særlige eller eksklusive rettigheder, og dom af 12.7.2001, sag C-399/98, *Ordine degli architetti m.fl.*, Sml. I, s. 5409, om direktiver om indgåelse af offentlige kontrakter.

12 — Kommissionen har henvist til dom af 11.6.1987, sag 14/86, *Pretore di Salò*, Sml. s. 2545, af 14.7.1994, sag C-91/92, *Faccini Dori*, Sml. I, s. 3325, af 12.12.1996, forenede sager C-74/95 og C-129/95, *straffesager mod X*, Sml. I, s. 6609, og af 26.9.1996, sag C-168/95, *Arcaro*, Sml. I, s. 4705.

med artikel 81 EF forudsætter en adfærd fra de omhandlede virksomheders side, der — om end pålagt i medfør af den lovgivning, der undersøges — ikke desto mindre er udslag af en »selvstændigt truffet forretningsbeslutning«. Kommissionen understreger, er der meget vel kan være tale om to selvstændige overtrædelser, nemlig en overtrædelse af artikel 10 EF og 81 EF, der kan tilregnes staten, og en overtrædelse af artikel 81 EF, som de omhandlede virksomheder er ansvarlige for.

30. Som svar på det første præjudicielle spørgsmål mener Kommissionen ikke, at artikel 10 EF og 81 EF udelukker, at Autorità undlader at anvende nationale bestemmelser, der er uforenelig med disse artikler, selv når en sådan undladelse har bebyrdende følger for de virksomheder, der er genstand for en undersøgelse.

*Afklaring af relevansen og omfanget af det præjudicielle spørgsmål*

31. Den nationale ret har forelagt spørgsmålet om, hvorvidt en national myndighed, hvis opgave er at beskytte konkurrencen, i medfør af artikel 10 EF og 81 EF skal eller kan undlade at anvende nationale bestemmelser, hvorved det pålægges eller gøres lettere for virksomheder at indgå en aftale (der i sig selv er i strid med artikel 81 EF), og kan eller skal fastsætte sanktioner for de

pågældende virksomheders konkurrencestridige adfærd eller i det mindste forbyde den med virkning for fremtiden.

32. Relevansen af dette spørgsmål for sagen ved den nationale ret synes at bygge på to antagelser, nemlig for det første, at Autorità undlod at anvende bestemmelserne vedrørende Consorziøs drift, og for det andet, at Autorità som følge af denne undladelse pålagde sanktioner for den adfærd, Consorzio og/eller de tilsluttede virksomheder havde udvist eller nedlagde forbud mod denne adfærd med virkning for fremtiden.

33. For det første står det dog slet ikke klart, om Autorità rent faktisk »undlod at anvende« de omtvistede bestemmelser.

34. I punkt 175 af sin afgørelse bemærkede Autorità i generelle vendinger, at sådanne bestemmelser »ikke måtte anvendes af nogen domstol eller offentlig myndighed«, uden at anføre hvad den selv ville eller skulle gøre i den foreliggende sag. Faktisk anvendte Autorità i punkt 176 en konjunktivform og tilkendegav, at undladelsen af at anvende bestemmelserne »ville indebære« (»implicherebbe«) fjernelsen af det »retlige skjold«, bestemmelserne udgjorde. Videre i den dispositive del anføres det blot i punkt a), at de nationale bestemmelser er i strid med artikel 10 EF og 81 EF uden tydeligt at angive følgerne af dette forhold for afgørelsen eller for fremtidige retstvister og administrativ sagsbehandling. Punkt b) i

afgørelsens dispositive del drejer sig om den konkurrencestridige adfærd, Consorzio og de tilsluttede virksomheder havde udvist, der lå ud over de konkurrencemæssige indskrænkninger, der allerede kunne henføres til de omtvistede bestemmelser. Selv om punkt e) i den dispositive del kræver, at virksomhederne bringer »de konstaterede overtrædelser« til ophør, er det imidlertid ikke klart, hvad disse overtrædelser omfatter, og navnlig ikke, om de kun henviser til den adfærd, der gik videre end det, reglerne krævede [i punkt b)], eller også henviser til den adfærd, der var udvist under bestemmelsernes »skjold« [der i punkt a) findes at være uforeneligt med fællesskabsretten].

35. Det er derfor stadig uklart, om punkt a) i den dispositive del af afgørelsen alene har en deklaratorisk karakter uden umiddelbare konsekvenser for sagen, eller om erklæringen omvendt kunne påvirke de virksomheder, der er genstand for en undersøgelse, og dermed være, eller i hvert fald være ment som, en undladelse af at anvende de nationale bestemmelser. Ifølge Autoritàs indlæg<sup>13</sup> synes der at være tale om det sidstnævnte.

36. Endvidere synes der ikke at være pålagt de omhandlede virksomheder nogen sanktioner, idet de alene er blevet påbudt at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør. Det er derfor også uklart, om den del af det præjudicielle spørgsmål, der går på beføjelsen til at pålægge sanktioner, ikke kun er hypotetisk.

37. Hvis denne udlægning af de to førnævnte antagelser er korrekt, kan relevansen af det første præjudicielle spørgsmål drages i tvivl.

38. Imidlertid kan Autoritàs afgørelse forstås på flere måder vedrørende undladelsen af at anvende nationale bestemmelser og forbuddet, og de skriftlige indlæg fra både Consorzio og Kommissionen synes begge at bygge på en udlægning af afgørelsen, der er i overensstemmelse med den, der forudsætningsvis følger af den nationale rets præjudicielle spørgsmål. Som jeg vil søge at påvise, er de betæneligheder, der udspringer af den mulige pålæggelse af sanktioner, endvidere også relevante, hvis den nationale konkurrencemyndighed kun har påbudt at bringe en konkurrencestridig adfærd til ophør. Dette er åbenbart i den foreliggende sag, idet Autorità under sagen har antydnet, at den meget vel kunne genoverveje afgørelsen om ikke at pålægge sanktioner, hvis de omhandlede virksomheder ikke efterkom myndighedens bedømmelse<sup>14</sup>. Derfor er det efter min mening nødvendigt at behandle Tribunale amministrativo regionales første præjudicielle spørgsmål.

39. I hvert fald er artikel 234 EF ifølge Domstolen faste praksis baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner. I henhold til denne adskillelse af funktioner tilkommer det derfor ikke Domstolen, men den nationale

13 — Jf. punkt 25, 27 og 28.

14 — Jf. punkt 27.

ret at fastslå de faktiske omstændigheder, der har givet anledning til sagen, og at fastslå, hvilke konsekvenser disse har for den afgørelse, som retten skal træffe<sup>15</sup>. Endvidere tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvem en tvist er indbragt, at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen<sup>16</sup>.

virksomhederne *ikke med virkning for fremtiden* at udvise en konkurrencestridig adfærd, der i princippet ville kunne udvises med hjemmel i disse regler.

40. Med henblik på at respektere denne adskillelse af funktioner og samtidig give den nationale ret et anvendeligt svar, vil jeg besvare det præjudicielle spørgsmål, og herunder navnlig undersøge, hvorvidt en national konkurrencemyndighed i henhold til fællesskabsretten kan eller skal

41. Før besvarelsen af disse spørgsmål er det imidlertid nødvendigt at fastslå årsagen til problemet i den foreliggende sag.

#### *Sagens centrale spørgsmål*

— *undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med artikel 10 EF og 81 EF, og som følge heraf sanktionere virksomhedernes tidligere konkurrencestridige adfærd, der i princippet var udvist med hjemmel i disse regler*

42. Efter min opfattelse er det centrale spørgsmål ikke, hvorvidt en national konkurrencemyndighed kan, eller under givne omstændigheder skal, undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten. Det står principielt fast, at alle nationale retter er forpligtet hertil, når det drejer sig om fællesskabsretlige bestemmelser med direkte virkning. Dette følger nemlig af fællesskabsrettens direkte virkning og af fællesskabsrettens forrang for national ret. Beføjelsen eller pligten til ikke at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med fællesskabsretten, tilkommer ikke kun nationale retter, men også ifølge Domstolens praksis »samtlige forvaltninger«<sup>17</sup>.

— *undlade at anvende nationale bestemmelser, der er i strid med artikel 10 EF og 81 EF, og som følge heraf påbyde*

43. Selv om artikel 81 EF og 82 EF isoleret set kun vedrører virksomheders adfærd og

15 — Jf. f.eks. dom af 16.9.1999, sag C-435/97, WWF m.fl., Sml. I, s. 5613, præmis 31 og 32.

16 — Jf. f.eks. dom af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139, præmis 18 og 19.

17 — Fratelli Costanzo-dommen, jf. fodnote 10, præmis 32.

ikke omfatter medlemsstaters foranstaltninger indført ved lov eller administrativt, følger det også af Domstolens praksis, at disse bestemmelser sammenholdt med samarbejdsforpligtelsen i artikel 10 EF pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler<sup>18</sup>. Dette er tilfældet, bl.a. når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 81 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller berører sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende<sup>19</sup>.

44. Det synes derfor klart, at i hvert fald de nationale retter har beføjelse, og under givne omstændigheder er forpligtet til, at undlade at anvende en bestemmelse i en national lov, når denne lov eksempelvis har afskåret en privat part i et civilt søgsmål eller en administrativ procedure fra at udøve sine rettigheder i henhold til artikel 81 EF enten i forhold til en anden privat part eller i forhold til en forvaltningsmyndighed.

45. Tilsvarende synes det klart, at en national konkurrencemyndighed i forbindelse

med en undersøgelse af virksomheders adfærd i forhold til artikel 81 EF, hvis denne adfærd var pålagt i medfør af nationale bestemmelser, kan nå til det resultat, at reglerne var i strid med og uforenelige med artikel 10 EF sammenholdt med artikel 82 EF.

46. Imidlertid er det centrale spørgsmål i den foreliggende sag ikke, om en national konkurrencemyndighed kan fastslå, at bestemmelserne er uforenelige med fællesskabsretten, men om myndigheden dermed kan udsætte virksomheder for risikoen for at blive pålagt sanktioner for en adfærd, der er pålagt dem i medfør af de nationale bestemmelser.

47. I denne forbindelse er det formålstjenligt at skelne mellem den mulige pålæggelse af sanktioner for en tidligere udvist adfærd og for fremtidig adfærd.

#### *Sanktioner for tidligere udvist adfærd*

48. Det synes hævet over enhver tvivl, at konstateringen af nationale bestemmelsers uforenelighed med fællesskabsretten ikke kan udsætte virksomheder for sanktioner for tidligere udvist adfærd, når denne var pålagt af de nationale bestemmelser. Dette ville ikke alene gøre princippet om strafrihed som følge af statslig regulering, som

18 — Domstolens dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno.-BM, Sml. s. 2115.

19 — Jf. f.eks. dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16, der opsummerer retspraksis om anvendelsen af artikel 10 EF og 81 EF.

fastslået i dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing<sup>20</sup>, virkningsløst, det ville også være i strid med grundlæggende principper i fællesskabsretten, navnlig retssikkerhedsprincippet og det dertil knyttede princip om forbud mod at straffe en adfærd med tilbagevirkende kraft (*nulla poena sine lege*).

49. Endvidere opstår der også betænkeligheder i forhold til retssikkerheden i to andre henseender. For det første vil virksomheder i en sådan situation være stillet over for to modstridende forpligtelser, med risikoen for skadevirkninger uanset hvilken forpligtelse de måtte vælge at efterkomme. For det andet understregede Consorzio under den mundtlige forhandling, at fastsættelsen af virksomheders pligter i henhold til fællesskabsretten afhænger af udlægningen af komplekse principper, der udspringer af anvendelsen af artikel 10 EF, sammenholdt med artikel 81 EF.

50. Det forholder sig rigtignok sådan, at virksomheder, der på eget initiativ vælger at se bort fra de nationale bestemmelser, til deres forsvar ville kunne henvise til uoverensstemmelsen mellem disse bestemmelser og traktatbestemmelser med direkte virkning, hvis de blev retsforfulgt. Alligevel kan de af alle de grunde, jeg lige har fremført, ikke efter min opfattelse være retligt forpligtet til at se bort fra sådanne nationale bestemmelser, så længe de er gældende ret og ikke er blevet ophævet af lovgiver.

Principperne om direkte virkning og fællesskabsrettens forrang kan ikke fortolkes derhen, at virksomheder — med risiko for at blive pålagt alvorlige sanktioner — er forpligtet til at se bort fra deres forpligtelser i henhold til nationale bestemmelser. Ville man hævde noget sådant, ville man reelt pålægge virksomheder en pligt til at håndhæve fællesskabsretten, hvilket snarere påhviler Fællesskabets organer og de nationale myndigheder.

51. Endvidere bør det ikke glemmes, at i en sag som den foreliggende ligger ansvaret for tilsidesættelsen af fællesskabsretten ikke hos de berørte virksomheder, men hos medlemsstaten, der har vedtaget eller ikke har ændret de omtvistede bestemmelser.

52. Efter min opfattelse bør de samme principper anvendes, uanset om de sanktioner, der måtte blive pålagt af de nationale myndigheder for tilsidesættelsen af de omtvistede fællesskabsretlige konkurrenceregler, kvalificeres som strafferetlige eller administrative. Når virksomheder risikerer at blive pålagt store bøder for tilsidesættelsen af konkurrencereglerne, og når bøderne har gengældelse og afskrækkelse som sigte, må de samme grundlæggende principper finde anvendelse, uanset om det sagsforløb, der leder frem til pålæggelsen af bøderne, er administrativt eller strafferetligt.

53. Disse principper må gå forud for ethvert argument, der bygger på de fællesskabsretlige konkurrencereglers effektivitet,

20 — Jf. fodnote 6 ovenfor.

eftersom kravet om effektivitet vedbliver at være underlagt principper, der er centrale for retsstatsprincippet, og som omfatter retssikkerhed og nulla poena sine lege. I hvert fald kunne de fællesskabsretlige konkurrenceregler effektivitet sagtens fremmes med en erklæring fra de nationale konkurrencemyndigheder om national lovgivnings uforenelighed med fællesskabsretten. En sådan erklæring kunne forventes at give medlemsstaten et stærkt incitament til at ophæve de traktatkrænkende bestemmelser. Endvidere kunne erklæringen danne udgangspunkt for erstatningskrav mod medlemsstaten fra de parter, der har lidt tab som følge af bestemmelserne.

54. De ovennævnte argumenter svækkes ikke af det behov for større decentralisering i håndhævelsen af de fællesskabsretlige konkurrenceregler, der nu anerkendes i stigende omfang, og som vil kunne gøre det nødvendigt, at de nationale konkurrencemyndigheder i et stadigt videre omfang får beføjelser, der hidtil har ligget hos Kommissionen. Kommissionen har aldrig haft beføjelse til at undlade at anvende nationale bestemmelser. Ligeledes har den ikke beføjelse til at pålægge virksomheder bøder for en adfærd, der er påkrævet i medfør af nationale bestemmelser, hvad også princippet om straffrihed på grund af statslig regulering gør klart.

### *Sanktioner for fremtidig adfærd*

55. De ovenstående betragtninger om principperne om retssikkerhed og straf-

frihed på grund af statslig regulering gælder også, når, som tilfældet åbenbart er her, en national konkurrencemyndighed nedlægger forbud mod konkurrencestridig adfærd for fremtiden. Det må jo formodes, at et sådant forbud vil blive håndhævet med sanktioner. Som det udtrykkeligt er anerkendt af Autorità, vil en manglende efterlevelse af dets vurdering, som logisk er underbygget af et forbud, muligvis føre til en genovervejelse af afgørelsen om ikke at pålægge sanktioner<sup>21</sup>.

56. I en sådan sag er princippet om straf-frihed på grund af statslig regulering derfor fuldt ud anvendeligt.

57. Med den selvfølgelige undtagelse af spørgsmålet om tilbagevirkende kraft gælder de samme betæneligheder endvidere i forhold til retssikkerhedsprincippet.

58. Selv om en national konkurrencemyndighed selvfølgelig kan have beføjelse til at erklære nationale bestemmelser uforenelige med fællesskabsretten, mener jeg ikke, at en sådan erklæring ville løse de berørte virksomheders problem omkring retlig usikkerhed. De ville være fanget mellem Scylla og Charybdis i form af to modstridende retlige forpligtelser, hvis

21 — Jf. punkt 27 ovenfor.



tilsidesættelse begge vil kunne udsætte dem for skadevirkninger.

### Det andet præjudicielle spørgsmål

59. Det kan imidlertid forholde anderledes, hvis en officiel udtalelse har fjernet enhver tvivl om berørte virksomheders forpligtelser. Dette kunne være tilfældet, hvor eksempelvis de nationale bestemmelsers uforenelighed med fællesskabsretten er blevet endelig fastslået af en national ret, om nødvendigt efter en præjudiciel forelæggelse for Domstolen. I et sådant tilfælde vil den beskyttelse, der følger af princippet om straffrihed på grund af statslig regulering, være ophævet, og virksomhederne ville kunne stilles til ansvar for deres konkurrencestridige adfærd.

60. Af de ovennævnte grunde mener jeg, at Domstolen som svar på det første præjudicielle spørgsmål bør kende for ret, at fællesskabsretten udelukker, at en national konkurrencemyndighed kan undlade at anvende nationale bestemmelser, der er uforenelige med artikel 10 EF sammenholdt med artikel 81, stk. 1, EF, i det omfang en sådan undladelse enten medfører, at virksomheder bliver pålagt sanktioner for tidligere udvist adfærd, eller medfører et forbud med virkning for fremtiden med mulighed for at pålægge sanktioner. Denne konklusion er imidlertid ikke til hinder for, at en national konkurrencemyndighed fastslår, at de nationale bestemmelser er uforenelige med fællesskabsretten.

61. Det andet præjudicielle spørgsmål fra den nationale ret går ud på, om en national lovgivning, som tildeler et ministerium beføjelse til at fastsætte detailprisen for et produkt og desuden overdrager en obligatorisk sammenslutning af producenter beføjelsen til at fordele produktionen mellem virksomhederne, med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF kan anses for et regelsæt, som bevarer muligheden for en konkurrence, der kan hindres, begrænses eller fordrejes ved selvstændig adfærd fra virksomhedernes side.

62. Besvarelsen af dette spørgsmål kræver en analyse af den indvirkning, det har på konkurrencens udfoldelsesbetingelser på et givent marked, at der findes en retlig regulering som den, der behandles i denne sag, og som bl.a. skaber grundlag for, at staten kan fastsætte detailprisen, samt kræver, at et en obligatorisk sammenslutning af producenter fordeler produktionskvoter mellem de tilsluttede virksomheder. Navnlig skal det vurderes, om dette regelsæt åbner mulighed for en selvstændig konkurrencestridig adfærd fra virksomhedernes side, når de opfylder deres retlige forpligtelse til at fordele produktionskvoterne.

63. I en præjudiciel forelæggelseskendelse bliver Domstolen anmodet om at udlægge de omtvistede fællesskabsretlige regler, hvorimod det er op til den nationale ret at anvende dem på de faktiske omstændighe-

der i den for retten indbragte sag. Derfor vil jeg kun henvise til sagens faktiske omstændigheder i det omfang, det er nødvendigt for at kunne give et anvendeligt svar på det præjudicielle spørgsmål. Jeg vil hovedsageligt redegøre for de fællesskabsretlige principper, der har udviklet sig i Domstolens praksis, og som kan hjælpe Tribunale amministrativo regionale med at løse det for retten forelagte problem.

64. Det kan igen være formålstjenligt at henvise til dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing. Det underliggende princip er, at artikel 81 EF (og også artikel 82 EF) kun kan anvendes på konkurrencestridig adfærd, der er udvist på virksomheders eget initiativ, idet konkurrencebegrænsningerne skal kunne tilregnes dem. Det kriterium, Domstolen har opstillet, er, om virksomhedernes adfærd er selvstændig i den forstand, at det skal være muligt for disse virksomheder at konkurrere. Hvis den konkurrencestridige adfærd på den anden side er påkrævet i medfør af nationale bestemmelser, eller hvis disse regler skaber et retligt grundlag, der i sig selv udelukker muligheden for at konkurrere, som tilfældet viste sig at være i behandlingen af det første præjudicielle spørgsmål<sup>22</sup>, finder artikel 81 EF ikke anvendelse.

65. Denne tilgang anvendte Retten i Første Instans i sagen Consiglio Nazionale Spedi-

zionieri Doganali mod Kommissionen<sup>23</sup>. Efter at have understreget, at princippet om straffrihed som følge af statslig regulering, i det omfang det udelukker en bestemt konkurrencestridig adfærd fra anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF, er blevet fortolket snævert af Fællesskabets retsinstanser<sup>24</sup>, mente Retten, at det, der skulle fastslås ifølge kriteriet i dommen i sagen Kommissionen og Frankrig mod Ladbroke Racing, var, om de konkurrencebegrænsende virkninger alene skyldes den nationale lov eller, i hvert fald delvis, sagsøgerens adfærd<sup>25</sup>.

66. I den foreliggende sag skal den nationale ret derfor afgøre, om de omhandlede virksomheder i medfør af det omtvistede regelsæt nød en tilstrækkelig grad af selvstændighed til at kunne begrænse konkurrencen ud over den begrænsning, der fulgte af de nationale bestemmelser. Er det tilfældet, følger det af dommen i sagen Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, at selv hvis de restriktive virkninger, der kan tilskrives virksomhedernes adfærd, er begrænsede, er det nok til at gøre dem ansvarlige efter artikel 81, stk. 1, EF.

23 — Rettens dom af 30.3.2000, sag T-513/92, Sml. II, s. 1807. Jf. også kendelse af 20.3.2001, sag T-59/00, Compagnia Portuale Pietro Chiesa mod Kommissionen, Sml. II, s. 1019.

24 — Dommen i sagen Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, præmis 60, der henviser til dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125.

25 — Dommen i sagen Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mod Kommissionen, præmis 61.

22 — Jf. punkt 48 ovenfor.

67. Ydermere vil jeg i lighed med den nationale ret understrege, at fordelingen af produktionskvoter er en særlig alvorlig overtrædelse af konkurrencereglerne.

68. Efter min opfattelse er der ingen grund til at antage, at enhver mulighed for at konkurrere principielt skulle være udelukket på grund af den forudgående statslige prisfastsættelse. Priskonkurrencen »udgør [...] ikke den eneste form for effektiv konkurrence og heller ikke en konkurrenceform, som under alle omstændigheder bør gives absolut forrang«<sup>26</sup>. Selv om konkurrencen er begrænset, kan den stadig udøves på grundlag af faktorer såsom de omhandlede varers eller tjenesteydelsers kvantitet og/eller kvalitet. Imidlertid er dette helt åbenbart et forhold, den nationale ret må tage stilling til under hensyntagen til det aktuelle marked og produkt.

69. Af samme grund er jeg ikke enig i Consorziøs opfattelse af, at enhver mulighed for at konkurrere — i tilfælde af nationale bestemmelser, der pålægger visse virksomheder at fordele produktionen indbyrdes — som udgangspunkt ville være udelukket, fordi det ville forholde sådan, at alle begrænsninger af konkurrencevilkårene »alene skyldes« reglerne selv. Når en lovbestemmelse alene indebærer en pligt til at fordele produktionskvoter, men ikke angiver de kriterier eller den procedure, hvor-

efter fordelingen skal finde sted, kan konkurrencevilkårene, i hvert fald i teorien, blive påvirket på forskellig måde afhængig af den faktiske fordeling og kan i hvert fald fordrejes yderligere i forhold til det, der skyldes den lovbestemte forpligtelse. Dette blev bekræftet i dommen i sagen Consiglio Nazionale Spedizionieri Doganali mod Kommissionen. I denne sag udtalte Retten i Første Instans, at når nationale bestemmelser kræver, at en sammenslutning af virksomheder — der består af repræsentanter fra et givet erhverv, som udelukkende handler og træffer beslutninger i deres erhvervs interesser — vedtager en tarif, men samme regler hverken fastsætter bestemte prisniveauer, prislofter eller kriterier, der skal tages i betragtning ved tariffens fastsættelse, da kan man ikke udelukke muligheden af, at den omtvistede lovgivning stadigvæk muliggør en vis konkurrence, der herefter vil kunne fordrejes<sup>27</sup>.

70. Det følger også klart af retspraksis, at beslutninger ikke falder inden for anvendelsesområdet for de fællesskabsretlige konkurrenceregler, hvis den enhed, der har truffet dem, er sammensat af et flertal af repræsentanter fra de offentlige myndigheder, og hvis den i forbindelse med beslutningstagningen skal tage hensyn til forskellige offentlige interesser<sup>28</sup>. Efter hvad der fremgår af sagsakterne, er dette ikke tilfældet her.

26 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro, Sml. s. 1875, præmis 21, hvis bemærkning kan være af mere generel betydning, uanset at den refererer til et selektivt salgssystems indvirkning på priskonkurrencen.

27 — Jf. fodnote 23, præmis 62.

28 — Jf. bl.a. dom af 5.10.1995, sag C-96/94, Centro Servizio Spedipporto, Sml. I, s. 2883, præmis 23 og 25, og af 18.6.1998, sag C-35/96, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3851, præmis 41-44.

71. Det skal også understreges, at det forhold, at konkurrencebegrænsende foranstaltninger skal meddeles til og skal godkendes af en offentlig instans, ikke nødvendigvis er afgørende. I BNIC-dommen<sup>29</sup> fastslog Domstolen, at en aftale, der fastsætter en mindstepris for en vare (en overtrædelse, der i sin alvor kan sammenlignes med produktionsfordeling og markedsopdeling), og som forelægges de offentlige myndigheder med henblik på stadfæstelse af denne mindstepris, således at den får bindende virkning for samtlige erhvervsdrivende på det pågældende marked, i sig selv har til formål at fordreje konkurrencen på nævnte marked. Domstolen bemærkede videre, at den omstændighed, at en offentlig myndighed vedtager en foranstaltning, hvorved en sådan aftale får bindende virkning for samtlige berørte erhvervsdrivende, selv om de ikke deltager i aftalen, ikke bringer aftalen uden for anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF. Disse bemærkninger har desto større relevans, når man henser til, at princippet om strafrihed som følge af statslig regulering er blevet fortolket snævert<sup>30</sup>, og når den undersøgelse, der faktisk blev foretaget af *Monopoli di Stato*, ikke forekommer at være særlig tilbunds gående, som antydnet af *Autorità*.

72. Det er i lyset af disse principper, at den nationale ret bør vurdere, om den omtvistede retlige regulering, og navnlig pligten til at fordele produktionskvoterne, beva-

rede muligheden for en konkurrence, der kunne hindres, begrænses eller fordrejes ved en selvstændig adfærd fra de omhandlede virksomheders side.

73. I denne henseende vil jeg kun bemærke, at det i den foreliggende sag fremgår, at de omhandlede virksomheder individuelt og gennem *Consorzio*s forskellige organer fastlagde planer, kriterier, fordelingsprocedurer og produktionsniveauer med henblik på at fordele produktionskvoterne indbyrdes. Af sagsakterne fremgår det, at de også blev enige om produktionsfordeling og markedsopdeling med en større udenlandsk konkurrent, hvorved virksomhederne indvilligede i at nedsætte deres individuelle produktionskvoter for at lade denne konkurrent komme ind på det italienske marked, hvilket er en adfærd, der ikke synes at have hjemmel i den lovbestede forpligtelse til at fordele produktionskvoterne mellem *Consorzio*s tilsluttede virksomheder.

74. Uanset at disse foranstaltninger — som også *Autorità* og Kommissionen har anført — faktisk må formodes at kunne fordreje konkurrencen yderligere, er det ikke desto mindre op til den nationale ret at anvende ovennævnte principper på de foreliggende faktiske omstændigheder og på den baggrund træffe sin egen afgørelse.

29 — Sag 123/83, jf. fodnote 5, præmis 22.

30 — Jf. punkt 65.

## Forslag til afgørelse

75. Jeg er følgelig af den opfattelse, at de af Tribunale amministrativo regionale del Lazio forelagte spørgsmål bør besvares som følger:

- »1) Fællesskabsretten udelukker, at en national konkurrencemyndighed kan undlade at anvende nationale bestemmelser, der er uforenelige med artikel 10 EF sammenholdt med artikel 81, stk. 1, EF, i det omfang en sådan undladelse enten medfører, at virksomheder bliver pålagt sanktioner for tidligere udvist adfærd, eller medfører et forbud med virkning for fremtiden med mulighed for at pålægge sanktioner. Denne konklusion er imidlertid ikke til hinder for, at en national konkurrencemyndighed fastslår, at de nationale bestemmelser er uforenelige med fællesskabsretten.
  
- 2) Når en national myndighed i medfør af nationale bestemmelser fastsætter detailprisen på et produkt, og fordelingen af produktionen mellem virksomhederne er overdraget til et konsortium, som de pågældende producenter skal være tilsluttet, er disse virksomheder fortsat underlagt artikel 81, stk. 1, EF i forhold til enhver selvstændig adfærd, der er mulighed for i medfør af de nationale bestemmelser. På baggrund af alle de faktiske omstændigheder er det op til den nationale ret at afgøre, om der inden for rammerne af den nationale lovgivning fortsat er mulighed for en konkurrence, der kan hindres, begrænses eller fordrejes ved selvstændig adfærd fra virksomhedernes side.«