

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(femte avdelningen i utökad sammansättning)
den 30 mars 2000 *

I mål T-513/93,

Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali, Rom (Italien), företrätt av advokaterna A. Pappalardo, Trapani, A. Marzano, Rom, och A. Tizzano, Neapel, delgivningsadress: advokatbyrå A. Lorang, 51, rue Albert 1^{er}, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av M. Mensi och E. Traversa, sedan av G. Marengo och E. Traversa, rättstjänsten, samtliga i egenskap av ombud, delgivningsadress: C. Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: italienska.

med stöd av

Associazione Italiana dei Corrieri Aerei Internazionali, Milano (Italien), företräd av advokaterna L. Magrone Furlotti och C. Osti, Rom, delgivningsadress: advokatbyrå M. Loesch, 11, rue Goethe, Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 93/438/EEG av den 30 juni 1993 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.407 — CNSD) (EGT L 203, s. 27),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden J.D. Cooke samt domarna R. García-Valdecasas, P. Lindh, J. Pirrung och M. Vilaras,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 17 juni 1999,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- 1 Oberoende tullombuds verksamhet regleras i Italien genom lag nr 1612 av den 22 december 1960 om rättsligt erkännande av yrket som tullombud och om upprättande av yrkesregister och socialförsäkringsfonder till förmån för tullombud (*GURI* nr 4 av den 5 januari 1961, nedan kallad lag nr 1612/1960) och genom genomförandebestämmelser, i synnerhet genom finansministerns dekret av den 10 mars 1964 om tillämpningsföreskrifter för lag nr 1612/1960 (*GURI*, supplemento ordinario, nr 102 av den 26 april 1964, nedan kallat dekret av den 10 mars 1964).

- 2 Verksamheten består bland annat i formaliteter vid tullklarering (artikel 1 i lag nr 1612/1960). För att få bedriva verksamheten krävs tillstånd och registrering i det nationella yrkesregistret över tullombud. Detta består av samtliga register som förs i tulldistrikten av Consigli compartimentali (tullombudens distriktsstyrelser), vilka har inrättats i varje tulldistrikt (artiklarna 2 och 4—12 i lag nr 1612/1960).

- 3 Tullombudens verksamhet övervakas av tullombudens distriktsstyrelser. Styrelseledamöterna väljs i hemliga val för en tvåårig mandatperiod som kan förnyas. Ordförandeskapet innehas av generalinspektören, som är chef för tulldistriktet (artikel 10 i lag nr 1612/1960).

- 4 Tullombudens distriktsstyrelser står under tillsyn av Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (nedan kallat CNSD), ett offentligrättsligt organ som består av nio ledamöter vilka utses av ledamöterna i tullombudens distriktsstyrelser i hemliga val för en treårsperiod, som kan förnyas (artikel 13.2 i lag nr 1612/1960). Fram till år 1992 skulle generaldirektören för tullar och indirekta skatter enligt lag vara ledamot och ordförande i CNSD.
- 5 Enligt artikel 32 i lagdekret nr 331 av den 30 augusti 1992 skall distriktsstyrelsernas och CNSD:s ledamöter bland sig välja en ordförande.
- 6 Endast tullombud som är inskrivna i registret kan väljas till ledamöter av distriktsstyrelserna eller CNSD (artiklarna 8 andra stycket och 22 andra stycket i dekret av den 10 mars 1964).
- 7 Artikel 11 i lag nr 1612/1960 har följande lydelse:

”Varje distriktsstyrelse skall överväga vilken ersättning som tullombuden skall ha för sina tjänster och skall sedan lägga fram ett förslag för [CNSD] för fastställandet av en tariff.

Avvikelser från den ersättning som [CNSD] har godkänt för tullombuds tjänster är inte tillåtna, vare sig uppåt eller nedåt.

Eventuella tvister angående tillämpningen av tariffen för tullombudens tjänster skall hänskjutas till distriktsstyrelsen.”

8 I artikel 14 i lag nr 1612/1960 anges följande:

”[CNSD]

...

d) skall fastställa tariffen för tullombudens tjänster på grundval av förslag från distriktsstyrelserna.”

9 Enligt artiklarna 38—40 i dekret av den 10 mars 1964 kan tullombud som inte följer CNSD:s tariffer ådömas disciplinpåföljder av distriktsstyrelsen. Påfölderna omfattar allt från prickning till en tillfällig strykning ur registret vid upprepad förseelse eller en definitiv strykning ur detta, om samma ombud har strukits tillfälligt två gånger under fem år.

10 Vid ett sammanträde den 21 mars 1988 antog CNSD följande tariff för tullombudens tjänster (nedan kallad den omtvistade tariffen):

”Artikel 1

I denna tariff föreskrivs den lägsta och den högsta ersättning som skall erläggas för tulltransaktioner och finansiella, kommersiella och fiskala tjänster, däribland tjänster i skattetvister.

Vid fastställandet av den ersättning, mellan det lägsta och det högsta skiktet, som skall betalas i ett konkret fall skall tjänstens kännetecken, art och omfattning beaktas.

Artikel 2

Den ersättning som fastställs i denna tariff skall redovisas eller upptas så att den kan särskiljas från andra poster eller utgifter i anledning av uppdraget.

...

Artikel 3

Den ersättning som fastställs i denna tariff skall anses vara beräknad för varje tulltransaktion eller enskild tjänst.

Med tulltransaktioner avses transaktioner varigenom utländska eller inhemska varor får en tulldestination, oavsett bifogat dokument.

...

Artikel 5

Vad beträffar bestämmelserna i artikel 1 ovan får uppdragsgivaren inte avvika från förevarande tariff och tariffen upphäver alla avtal som strider mot den, även när två eller flera personer av praktiska skäl ingriper, i enlighet med artiklarna 1708 och 1709 i [italienska] civillagen.

...

Artikel 6

[CNSD] får bevilja individuella och tillfälliga avvikelser från den lägsta ersättning som föreskrivs i denna tariff.

Artikel 7

[CNSD] uppdaterar tariffen enligt de index som den får av Istat [centrala statistikinstitutet] — industrisektorn — från och med dagen för det aktuella beslutet.”

- 11 Vidare fastställs i artiklarna 8—12 i den omtvistade tariffen den skala som skall gälla beroende på värdet eller vikten på den vara som skall tullklareras, och för varje klass fastställs ett fast pris eller, i flertalet fall, ett lägsta och ett högsta pris

för de formaliteter som tullombudet utför. Den omtvistade tariffen innebär en väsentlig höjning av de lägsta priserna enligt den tidigare tariffen, i vissa fall med mer än 400 procent.

- 12 Den omtvistade tariffen godkändes av den italienske finansministern genom dekret av den 6 juli 1988 (*GURI* nr 168 av den 19 juli 1988, s. 19), till vilket den fogades med titeln "Tullombudens nationella styrelse. Ersättning för tulltransaktioner och finansiella, kommersiella och fiskala tjänster, däribland tjänster i skattetvister".

- 13 Med stöd av ovannämnda artikel 6 beviljade CNSD ett visst antal undantag från den omtvistade tariffen, bland annat, genom beslut av den 12 juni 1990, för Associazione Italiana dei Corrieri Aerei Internazionali (nedan kallad AICAI), en sammanslutning bildad enligt italiensk rätt av internationella bud som företräder och bistår sina medlemmar med råd vid problem med tillhandahållandet av internationella posttjänster.

Bakgrund till tvisten

- 14 Den 21 juli 1989 framförde AICAI ett klagomål till kommissionen i vilket den anmärkte på CNSD:s beslut av den 21 mars 1988 om fastställelse av den omtvistade tariffen. AICAI menade att denna tariff för det första upphävde den tidigare skalans progressivitet för de minst värdefulla varorna och ökade priserna på ett opropotionerligt sätt, för det andra fordrade att varje tulltransaktion

fakturerades separat för att dess faktiska tillämpning skulle kunna kontrolleras, vilket stred mot det system som gällde i resten av världen, och för det tredje förbjöd alla avvikelser.

- 15 Den 1 februari och den 28 mars 1990 begärde kommissionen, med stöd av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), att CNSD skulle redogöra för sin egen och distriktsstyrelsernas struktur och verksamhet.
- 16 Den 30 juni 1993 fattade kommissionen beslut 93/438/EEG om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.407 — CNSD) (EGT L 203, s. 27, nedan kallat beslutet), som är föremålet för förevarande talan. I beslutet har kommissionen bedömt att "tullombuden är företag som bedriver ekonomisk verksamhet" (övervägande 40), att CNSD är "en företagssammanslutning", att "CNSD:s beslut... är beslut av en företagssammanslutning, som strävar efter att reglera medlemmarnas ekonomiska verksamhet" (övervägande 41). Enligt övervägande 45 medför den omtvistade tariffen följande konkurrensbegränsningar: "fastställandet av en fast högsta och lägsta tariff — som inte kan frångås i enskilda fall — för varje transaktion som tullombuden utför" och "krav på ett visst tillvägagångssätt vid faktureringen enligt denna tariff, såsom separat fakturering". Enligt övervägande 49 "kan CNSD:s tariff påverka handeln mellan medlemsstaterna, eftersom den just fastställer priset för alla tulltransaktioner vid import till och export från Italien". I artikel 1 i beslutet har kommissionen fastslagit att "den tariff för tullombudens tjänster som [CNSD] fastställde vid ett möte den 21 mars 1988 och som trädde i kraft den 20 juli 1988 utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget". I artikel 2 har kommissionen förelagt CNSD att vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att överträdelsen omedelbart skall upphöra.

Förfarande och parternas yrkanden

- 17 Sökanden väckte förevarande talan genom en ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 september 1993.

- 18 Den 7 februari 1994 ingav AICAI en ansökan om att få intervensera till stöd för svarandens yrkanden. Genom beslut av den 17 oktober 1994 gav ordföranden på förstainstansrättens fjärde avdelning AICAI tillstånd att intervensera.

- 19 AICAI ingav sin interventionsinlaga den 28 november 1994. Den 16 januari 1995 inkom sökanden med sina synpunkter på AICAI:s interventionsinlaga.

- 20 Den 19 december 1995 anmodade förstainstansrätten parterna att besvara vissa frågor. AICAI och sökanden efterkom denna begäran den 15 januari och kommissionen den 17 januari 1996.

- 21 Genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 9 februari 1996 väckte kommissionen, med stöd av artikel 169 i EG-fördraget (nu artikel 226 EG), talan om fastställelse av att Republiken Italien hade underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5 (nu artikel 10 EG) och 85 i EG-fördraget genom att anta och bibehålla en lag som genom den däri delegerade beslutanderätten ålade CNSD att såsom företagssammanslutning fatta ett beslut som stred mot artikel 85 i EG-fördraget (nu artikel 81 EG) på grund av att beslutet innehöll en tariff som var bindande för samtliga tullombud (mål C-35/96).

- 22 Den 8 mars 1996 yrkade sökanden att målet skulle förklaras vilande till dess att domstolen hade meddelat dom i mål C-35/96. Den 29 mars 1996 medgav kommissionen detta yrkande.
- 23 Genom beslut av den 6 maj 1996 av förstainstansrättens femte avdelning i utökad sammansättning vilandeförklarades förevarande mål till dess att domstolen meddelade dom i mål C-35/96.
- 24 Den 18 juni 1998 avkunnade domstolen sin dom i målet C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851, nedan kallad domen av den 18 juni 1998), i vilken den fastslog att "Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 5 och 85 i EG-fördraget genom att anta och bibehålla en lag som genom den däri delegerade beslutanderätten ålägger CNSD att såsom företagssammanslutning fatta ett beslut som strider mot artikel 85 i samma fördrag och som består i att en tariff fastställs som är bindande för samtliga tullombud".
- 25 Den 2 juli 1998 anmodade förstainstansrätten parterna att, med stöd av artikel 64 i rättegångsreglerna, såsom en processledande åtgärd, underrätta den om vilka följder de ansåg att domen av den 18 juni 1998 hade för förevarande mål.
- 26 AICAI efterkom denna anmodan den 21 juli, och sökanden och kommissionen efterkom den den 22 juli 1998.
- 27 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet.

28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandling den 17 juni 1999.

29 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara beslutet, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, samt

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

31 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, samt

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning i sak

- 32 Sökanden har endast åberopat en grund som går ut på att kommissionen har åsidosatt artikel 85 i fördraget genom att den i beslutet har felbedömt villkoren för att tillämpa denna bestämmelse. Denna grund kan delas upp i tre delgrunder. Genom den första delgrunden har sökanden gjort gällande att tullombuden inte är företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget och att tullombudens branschförbund, det vill säga CNSD, inte är en företagsammanslutning i den mening som avses i den artikeln. Genom den andra delgrunden har sökanden gjort gällande att CNSD:s beslut felaktigt har kvalificerats som beslut av en företagsammanslutning och att den omtvistade tariffen inte är konkurrensbe-gränsande i den mening som avses i artikel 85 i fördraget. Slutligen har sökanden genom den tredje delgrunden gjort gällande att den omtvistade tariffen inte kan påverka handeln inom gemenskapen.

Den första delgrunden: Kvalificering av tullombud som företag och av CNSD som företagsammanslutning i den mening som avses i artikel 85 i fördraget

Parternas argument

- 33 Sökanden har gjort gällande att personer som utövar ett fritt yrke, och i synnerhet tullombud, inte är företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget, eftersom de på grund av att deras verksamhet är av intellektuell karaktär saknar en organiserad produktionsstruktur och eftersom de inte bedriver en ekonomisk verksamhet på egen risk. Vidare finns det regler för tillträdet till yrket som tullombud.

- 34 Vidare menar sökanden att, eftersom tullombuden inte är företag, deras branschförbund följaktligen inte är företagsammanslutningar. För övrigt är dessa branschförbund offentligrättsliga juridiska personer med normativa befogenheter i fråga om organisation och tillsyn och kan därför inte kvalificeras som företagsammanslutningar i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.
- 35 Kommissionen har gjort gällande att enligt rättspraxis är verksamhetens ekonomiska art det enda kriteriet för att definiera ett företag.

Förstainstansrättens bedömning

- 36 Enligt fast rättspraxis omfattar begreppet företag varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och hur den finansieras (dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser, REG 1991, s. I-1979, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 11, av den 16 november 1995 i mål C-244/94, Fédération française des sociétés d'assurances m.fl., REG 1995, s. I-4013, punkt 14, och av den 11 december 1997 i mål C-55/96, Job Centre, REG 1997, s. I-7119, punkt 21), och ekonomisk verksamhet i sin tur utgörs av all verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad (domen av den 18 juni 1998, punkt 36).
- 37 Såsom domstolen har fastslagit i domen av den 18 juni 1998 (punkt 37) är tullombudens verksamhet av ekonomisk art. De tillhandahåller nämligen mot betalning tjänster som består i att fullgöra tullformaliteter, särskilt i fråga om import, export och transit av varor, samt andra kompletterande tjänster inom de finansiella, kommersiella och fiskala områdena. Dessutom står de för den ekonomiska risken för verksamheten (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och

114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 541). Om det råder obalans mellan utgifter och intäkter, skall tullombudet självt stå för underskottet.

38 Domstolen har även i domen av den 18 juni 1998 (punkt 38) fastslagit att "[d]en omständigheten att tullombuds verksamhet är av intellektuell art, kräver tillstånd och kan utövas utan att det förekommer någon enhet i vilken materiella och immateriella tillgångar samt personal samlas kan mot denna bakgrund inte leda till att verksamheten inte faller inom tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget".

39 Vad beträffar kvalificeringen av sökanden som företagssammanslutning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, finner förstainstansrätten att den omständigheten att tullombuden ägnar sig åt ekonomisk verksamhet och följaktligen är att anse som företag i den mening som avses i ovannämnda artikel 85 innebär att CNSD är en företagssammanslutning i den mening som avses i denna artikel. Vidare har domstolen i domen av den 18 juni 1998 (punkt 40) fastslagit att den omständigheten att ett nationellt organ som CNSD är offentligrättsligt inte utgör hinder för tillämpningen av artikel 85 i fördraget. Enligt bestämmelsens ordalydelse tillämpas den på avtal mellan företag och på beslut av företagssammanslutningar. Den rättsliga ram inom vilken sådana avtal ingås och sådana beslut fattas samt den rättsliga beteckningen på denna ram i olika nationella rättsordningar saknar således betydelse för tillämpligheten av gemenskapsrättens konkurrensregler, och i synnerhet av artikel 85 i fördraget (domstolens dom av den 30 januari 1985 i mål 123/83, BNIC, REG 1985, s. 391, punkt 17).

40 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den första delgrunden.

Den andra delgrunden: Kvalificering av CNSD:s beslut såsom beslut av en företagssammanslutning och den omtvistade tariffens konkurrensbegränsande karaktär, i den mening som avses i artikel 85 i fördraget

Parternas argument

- 41 För det första har sökanden gjort gällande att CNSD är ett offentligt organ med normativa befogenheter. CNSD:s beslut, såsom beslutet om att anta den omtvistade tariffen, är därför statliga beslut varigenom detta organ ägnar sig åt offentlig verksamhet. Till stöd för denna uppfattning har sökanden anfört att enligt italiensk rätt är CNSD:s beslut förordningar och det är obligatoriskt att tillhöra CNSD. Slutligen har sökanden hävdat att fastställandet av den omtvistade tariffen utgör en statlig åtgärd i sig, oberoende av ministerdecretet om godkännande av tariffen, och att det inte kan särskiljas från dess övriga offentliga verksamhet.
- 42 För det andra har sökanden påpekat att enligt fast rättspraxis är gemenskapsrättens konkurrensregler inte tillämpliga på företags agerande om detta agerande har orsakats eller ålagts av nationella myndigheter (domstolens dom av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM, REG 1991, s. I-5941, punkt 20, svensk specialutgåva, volym 11, s. 519, och av den 19 maj 1993 i mål C-320/91, Corbeau, REG 1993, s. I-2533, punkt 10). Sökanden har tillagt att enligt domstolens dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing (REG 1997, s. I-6265, punkt 33), förhåller det sig så att ”[o]m företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagets sida, är artiklarna 85 och 86 [i fördraget] inte tillämpliga. Som framgår av dessa bestämmelser orsakas inte konkurrensbegränsningen i en sådan situation av företagets eget agerande”.
- 43 Sökanden har härvid gjort gällande att i förevarande fall har det konkurrensbegränsande agerande som den har ställts till svar för ålagts i nationell

lagstiftning. Domstolen har själv erkänt detta i domen av den 18 juni 1998, enligt vilken en lag som härrör från den italienska staten ”genom den däri delegerade beslutanderätten ålägger CNSD att såsom företagssammanslutning fatta ett beslut som strider mot artikel 85 i samma fördrag och som består i att en tariff fastställs som är bindande för samtliga tullombud” utan att organet får någon självständig beslutanderätt. Sökanden har av detta dragit slutsatsen att domstolen i den domen utslöt att den var ansvarig och på goda grunder fastställde att ansvaret vilade på den italienska staten.

44 Sökanden har hävdad att kommissionen själv förefaller dela dess ståndpunkt i denna viktiga fråga, eftersom den vid förhandlingen erkände att sökanden inte hade något handlingsutrymme vid tillämpningen av lag nr 1612/1960 och att dess agerande hade ålagts av den italienska staten.

45 Slutligen har sökanden anfört att i alla händelser kan ett branschförbunds fastställande av en lägsta tariff inte anses vara en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85 i fördraget. Således strider kommissionens krav på att tullombuden inte skall behöva tillämpa en sådan tariff mot de syften som eftersträvas genom regleringen av ett fritt yrke. Det finns en skillnad mellan konkurrens mellan företag och konkurrens mellan personer som utövar ett fritt yrke, eftersom ett fritt yrke grundar sig på intellektuella och yrkesmässiga egenskaper hos dem som erbjuder den aktuella tjänsten. Om fastställandet av en lägsta tariff för tullombud anses vara en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85 i fördraget, skall denna bedömning gälla i samtliga fall där branschförbund fastställer minimi- och maximipriser.

46 Kommissionen har gjort gällande att CNSD:s och dess verksamhets karaktär saknar betydelse för tillämpligheten av artikel 85 i fördraget. Kommissionen menar att beslutet om fastställelse av den omtvistade tariffen innefattar de

väsentliga beståndsdelarna i en samverkan mellan företag, eftersom det har den särskilda formen av ett beslut av en företagssammanslutning vilket senare åtföljs av en åtgärd av medlemsstaten.

- 47 Kommissionen har framhållit att domstolen själv, i domen av den 18 juni 1998 (punkt 51), genom att konstatera att "CNSD har åsidosatt artikel 85.1 i fördraget", har avgjort frågan om bestämmelsens tillämpning på sökandens agerande. Enligt kommissionen motsäger detta konstaterande att artikel 85 i fördraget inte skulle vara tillämplig och hindrar därför i förevarande fall att rättspraxisen enligt domen i det ovannämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing (punkt 33) tillämpas.
- 48 Kommissionen anser att i förevarande mål består samverkan i ett självständigt agerande av de berörda företagen. Eftersom ett godkännande genom dekret inte är obligatoriskt, menar den att fastställandet av den omtvistade tariffen inte är en offentlig åtgärd utan ett beslut som CNSD har fattat inom ramen för sin självbestämmanderätt, vilket bekräftas av att det undantag som AICAI har beviljats inte har blivit föremål för någon offentlig kontrollåtgärd.
- 49 Vid förhandlingen framhöll kommissionen att även om CNSD enligt nationell lagstiftning hade en skyldighet att fastställa den omtvistade tariffen är trots allt artikel 85 i fördraget tillämplig och tariffen utgör en överträdelse av denna bestämmelse. Kommissionen har hävdats att om det fastställdes att den nationella lagen förhindrar tillämpningen av artikel 85, skulle det innebära att man vände på förhållandet mellan gemenskapens rättsordning och de nationella rättsordningarna så att nationell rätt fick företräde framför gemenskapsrätten. Företags överträdelser av artikel 85 i fördraget när det finns en lagstadgad skyldighet följer av att gemenskapsrätten har företräde framför nationell rätt. En annan fråga är om förekomsten av den nationella lagen kan mildra CNSD:s ansvar.

- 50 Slutligen har kommissionen anfört att den omtvistade tariffens uppenbart konkurrensbegränsande verkningar beror på att det har fastställts ett lägsta pris och obligatoriska faktureringsvillkor i tariffen. Kommissionen har angivit att skyldigheten enligt artikel 3 i den omtvistade tariffen, att beräkna tullombudens ersättning för varje tulltransaktion och för varje enskild tjänst, strider mot artikel 85 i fördraget, eftersom den innebär ett förbud mot fakturering av en klumpsumma.
- 51 AICAI har gjort gällande att det ansvar som domstolen i domen av den 18 juni 1998 ansåg att Republiken Italien hade inte utesluter att sökanden är solidariskt ansvarig. AICAI menar att enligt rättspraxis kan ett ingripande genom en offentlig åtgärd som är avsedd att göra ett avtal bindande för samtliga berörda ekonomiska aktörer inte undanta avtalet från tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget (domen i det ovannämnda målet BNIC, punkt 23).
- 52 AICAI har tillagt att CNSD fortsatte att tillämpa den omtvistade tariffen efter beslutet. I en skrivelse av den 15 september 1997 till tullombudens samtliga distriktsstyrelser bekräftade nämligen CNSD att tariffen gällde fullt ut. CNSD bedömde att förutsättningarna som hade föranlett beslutet hade ändrats och bad därför kommissionen om ett undantag från tillämpningen av artikel 85 i fördraget. Då CNSD inte erhöll något svar drog organet härav slutsatsen att den omtvistade tariffen fortfarande var tillämplig. AICAI framförde därför ett nytt klagomål till kommissionen den 1 augusti 1997.

Förstainstansrättens bedömning

- 53 Sökandens argument angående CNSD:s och dess besluts påstått offentliga karaktär måste underkännas. Såsom redan har angivits i samband med

prövningen av den första delgrunden (se ovan punkt 39) har domstolen i domen av den 18 juni 1998 (punkt 40) fastslagit att den omständigheten att ett nationellt organ som CNSD är offentligrättsligt inte utgör hinder för tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget.

54 Det kan tilläggas, såsom domstolen har konstaterat i domen av den 18 juni 1998 (punkterna 41—43), att CNSD:s ledamöter är representanter för professionella tullombud och att inga bestämmelser i den berörda nationella lagstiftningen hindrar dem från att agera uteslutande i yrkets intresse. Endast tullombud som är inskrivna i registren kan vara ledamöter i CNSD (artikel 13 i lag nr 1612/1960 samt artiklarna 8 andra stycket och 22 andra stycket i dekret av den 10 mars 1964). Det skall härvid framhållas att generaltulldirektören, till följd av de ändringar som genomfördes genom lagdekret nr 331/1992 av den 30 augusti 1992, inte längre deltar i CNSD i egenskap av ordförande. Den italienske finansministern, som utövar tillsyn över den berörda yrkesorganisationen, har inte heller möjlighet att ingripa vid utnämningen av ledamöter i distriktsstyrelserna och i CNSD. CNSD skall dessutom fastställa tariffen för tullombudens tjänster på grundval av förslag från distriktsstyrelserna (artikel 14 d i lag nr 1612/1960). Inga regler i den omtvistade nationella lagstiftningen ålägger eller uppmantrar i det avseendet CNSD eller distriktsstyrelserna att beakta kriterier av allmänt intresse.

55 Härav följer att CNSD:s ledamöter inte kan betecknas som oberoende experter (se i det avseendet domstolens dom av den 17 november 1993 i mål C-185/91, Reiff, REG 1993, s. I-5801, punkterna 17 och 19, svensk specialutgåva, volym 14, s. 419, av den 9 juni 1994 i mål C-153/93, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, REG 1994, s. I-2517, punkterna 16 och 18, samt av den 17 oktober 1995 i de förenade målen C-140/94—C-142/94, DIP m.fl., REG 1995, s. I-3257, punkterna 18 och 19) och att de inte är skyldiga enligt lag att fastställa tariffen med beaktande av allmänintresset och de intressen som företag inom andra sektorer eller de som utnyttjar tjänsterna i fråga kan ha, och inte bara företagens eller företagssammanslutningarnas intressen inom den sektor i vilken de har utsetts (se domarna i de ovannämnda målen Reiff, punkterna 18 och 24, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, punkt 17, DIP m.fl., punkt 18 och domen av den 18 juni 1998, punkt 44).

- 56 Följaktligen är CNSD:s beslut inte statliga beslut varigenom detta organ ägnar sig åt offentlig verksamhet, och därför skall sökandens argument att artikel 85 i fördraget inte skulle vara tillämplig på grund av CNSD:s och dess besluts offentliga karaktär underkännas.
- 57 Frågan kvarstår dock om, såsom sökanden har gjort gällande, artikel 85.1 i fördraget ändå har tillämpats felaktigt i beslutet, eftersom fastställandet av den omtvistade tariffen inte är ett beslut av en företagssammanslutning i den mening som avses i den ovannämnda artikeln om CNSD och dess ledamöter inte har agerat självständigt. Denna fråga har inte prövats särskilt i domen av den 18 juni 1998.
- 58 Det framgår av rättspraxis att artiklarna 85 i fördraget och 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) enbart avser sådant konkurrensbegränsande agerande som företagen själva har tagit initiativ till (domstolens dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen, REG 1985, s. 873, punkterna 18—20, svensk specialutgåva, volym 8, s. 131, av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, REG 1991, s. I-1223, punkt 55, svensk specialutgåva, volym 11, s. 97, och i de ovannämnda målen GB-Inno-BM, punkt 20, och kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 33). Om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning indirekt omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagets sida, är artiklarna 85 och 86 inte tillämpliga. I en sådan situation orsakas inte konkurrensbegränsningen av företagets eget agerande, vilket krävs enligt dessa bestämmelser (domen i det ovannämnda målet kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 33, och förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 130).
- 59 Däremot kan artiklarna 85 och 86 i fördraget tillämpas om det visar sig att den nationella lagstiftningen ger utrymme för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagets eget agerande (se domstolens dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78—215/78 och 218/78, Van

Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 126, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, samt i de ovannämnda målen kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, punkt 34, och Irish Sugar mot kommissionen, punkt 130).

- 60 Vidare har möjligheten att utesluta ett visst konkurrensbegränsande agerande från tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget, när detta har ålagts företagen i fråga i befintlig nationell lagstiftning eller när denna lagstiftning har förhindrat dem att konkurrera, tillämpats restriktivt av gemenskapsdomstolarna (domarna i de ovannämnda målen Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkterna 130 och 133, Italien mot kommissionen, punkt 19, domstolens dom av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 3831, punkterna 27—29, och förstainstansrättens dom av den 18 september 1996 i mål T-387/94, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-961, punkterna 60 och 65).
- 61 Det skall därför bedömas om de konkurrensbegränsande verkningar som kommissionen har gjort gällande och som domstolen har fastställt enbart har sitt ursprung i den nationella lagen eller om de åtminstone till viss del följer av sökandens agerande. Förstainstansrätten skall därför undersöka om de tillämpliga bestämmelserna i detta fall förhindrar all konkurrens från CNSD:s sida.
- 62 Det är ostridigt att CNSD enligt artikel 14 i lag nr 1612/1960 skall fastställa en tariff, vilket domstolen har påpekat i domen av den 18 juni 1998 (punkt 60). Varken i lagen eller i genomförandebestämmelserna föreskrivs emellertid fasta prisnivåer eller prisgränser som CNSD är tvunget att beakta när det fastställer tariffen. Den nationella lagstiftningen innehåller inte heller någon definition av de kriterier på grundval av vilka CNSD skall utarbeta tariffen.
- 63 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden, när den fastställde den omtvistade tariffen, väsentligt höjde de lägsta priserna enligt den tidigare tariffen, i vissa fall med mer än 400 procent. Detta betyder att CNSD hade stor beslutanderätt när

det gällde att fastställa de lägsta priserna. Vidare ledde denna höjning, såsom sökanden själv har uppgivit i sin ansökan (s. 22), till att tullombuden efter den omtvistade tariffens ikraftträdande började tillämpa de lägsta priserna trots att de fram till år 1988 hade fakturerat sina tjänster till de högsta priserna. Följaktligen hade CNSD fastställt den tidigare tariffen på ett sätt som gav utrymme för en viss konkurrens som kunde hindras, begränsas eller snedvridas genom tullombudens eget agerande. Om den tidigare tariffen således medgav en viss konkurrens, begränsade CNSD denna konkurrens ytterligare i strid med artikel 85 i fördraget genom att höja de lägsta priserna på detta sätt.

- 64 Det är även ostridigt att varken lagen eller genomförandebestämmelserna ålägger tullombuden särskilda villkor för hur kunderna skall faktureras för deras tjänster eller fördrar att CNSD skall ålägga dem en sådan skyldighet. Framför allt föreskrivs det inte att varje tjänst eller varje enskild tulltransaktion måste faktureras separat.
- 65 CNSD har beslutat att fastställa obligatoriska faktureringsvillkor för att bevara den omtvistade tariffens ändamålsenliga verkan. Närmare bestämt föreskrivs det i artikel 3 i tariffen att ersättningen till tullombuden skall beräknas för varje tulltransaktion eller varje enskild tjänst, vilket innebär ett förbud mot fakturering av en klumpsumma. Detta begränsar tullombudens frihet att bestämma sin interna organisation, hindrar dem från att minska faktureringskostnaderna och förhindrar att deras kunder får eventuella tariff rabatter. Bestämmelsen utgör därför en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.
- 66 Slutligen finner förstainstansrätten att även om den nationella lagstiftningen inte uttryckligen föreskriver en möjlighet att fastställa avvikelser från tariffen, har CNSD, när det fastställde den omtvistade tariffen, tillerkänt sig själv en rätt att bevilja avvikelser från de lägsta priserna i tariffen (artikel 6) för att därmed skapa priskonkurrens inom de berörda sektorerna. Denna rätt har utnyttjats vid flera tillfällen.

- 67 För det första gav CNSD genom beslut av den 16 december 1988 tullombuden en möjlighet att vid tillämpningen av tariffen för varje importtransaktion och tullsektion dagligen samla alla importformulär med "värdetullskuld" för motsvarande sektion, med ett tillägg på 15 000 italienska lire (ITL) för varje ytterligare formulär. För det andra gav CNSD företag och industrikoncerner som under året hade genomfört minst 8 000 tullklareringar av vissa varor en rabatt motsvarande de lägsta ersättningarna. För det tredje gav CNSD en 50-procentig rabatt på vissa pristillägg som gällde för tjänster som tillhandahållits vissa fartyg. Slutligen upphävde CNSD de lägsta priser som föreskrevs för tulltransaktioner som rörde dagstidningar.
- 68 Vidare beslutade CNSD den 18 april 1989 att ge tullombuden möjlighet att ge en rabatt på 15 procent på all ersättning när de agerar för en uppdragsgivares eller mellanhands räkning. CNSD bestämde att denna rabatt skulle uppgå till 30 procent när tullombuden utför vissa tjänster åt fartygs undertransportörer och motsvarande.
- 69 Därefter beslutade CNSD den 11 juli 1989 att från den omtvistade tariffens tillämpningsområde utan tidsbegränsning undanta vissa kategorier av tulltjänster, nämligen assistans åt militärfartyg, bärplansbåtar och motordrivna fiskebåtar; kuvert, brev, personliga tillhörigheter och lösöre, giltiga sedlar, frimärken och frankerade skrivelser; dagspressen och periodiska tidskrifter samt varuprov vars tullvärde inte överstiger 350 000 ITL, exklusive fraktkostnader och extra kostnader.
- 70 Slutligen beslutade CNSD den 12 juni 1990 att bevilja AICAI ett särskilt undantag från den omtvistade tariffen och dess faktureringsvillkor, vilket innebar att AICAI från tariffen kunde undanta varor till ett värde av upp till

350 000 ITL, exklusive fraktkostnader och extra kostnader, som fraktades av bud och ge en rabatt på det lägsta priset på som mest 70 procent för transaktioner som rörde varor till ett värde av upp till 2 500 000 ITL. För övrigt befriades AICAI från skyldigheten att fakturera avsändaren och mottagaren separat för det belopp som skulle erläggas för tulldeklarationen.

71 Förstainstansrätten konstaterar att CNSD genom vissa av dessa undantag har avlägsnat sig från själva grundtanken med den omtvistade tariffen genom att avskaffa de lägsta priserna och bevilja faktiska prisavvikelser eller en faktisk prisliberalisering, generellt eller i enskilda fall, utan någon tidsbegränsning. Dessa omständigheter visar att CNSD hade utrymme för en skönmässig bedömning när den genomförde den nationella lagstiftningen och att konkurrensens karaktär och omfattning inom denna bransch därför i praktiken var beroende av dess egna beslut.

72 Av det ovan anförda följer att även om den italienska lagstiftningen medförde stora konkurrensbegränsningar och försvårade en verklig priskonkurrens för tullombuden, förhindrade den inte som sådan förekomsten av en viss konkurrens som kunde hindras, begränsas eller snedvridas genom tullombudens eget agerande. Det framgår även att CNSD hade ett handlingsutrymme när det skulle fullgöra sina skyldigheter enligt den ovannämnda lagstiftningen och att CNSD därför kunde och skulle agera på ett sätt som inte begränsade den befintliga konkurrensen. Följaktligen gjorde kommissionen en riktig bedömning när den i beslutet ansåg att den omtvistade tariffen var ett beslut av en företagssammanslutning som medförde konkurrensbegränsningar och som CNSD hade fattat på eget initiativ.

73 Denna slutsats motsägs inte av den omständigheten att domstolen i domen av den 18 juni 1998 (punkt 60) har fastslagit att Republiken Italien hade ålagt CNSD att fatta ett företagssammanslutningsbeslut som stred mot artikel 85 i fördraget. Förstainstansrätten finner härvid att konstaterandets räckvidd klart begränsas av

formuleringen ”genom den däri delegerade beslutanderätten”. Denna formulering bekräftar att CNSD hade en självständig beslutanderätt som detta organ, såsom har konstaterats ovan, borde ha använt vid tillämpningen av den italienska lagstiftningen samtidigt som det bevarade den grad av konkurrens som lagstiftningens genomförande gav utrymme för.

- 74 Slutligen innebär den ståndpunkt som kommissionen gav uttryck för vid förhandlingen — att sökanden inte hade något handlingsutrymme när den skulle genomföra lag nr 1612/1960 och att dess agerande hade ålagts av staten — inte att tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget på sökandens agerande ifrågasätts. Det ankommer på förstainstansrätten att pröva den ifrågasatta rättsaktens lagenlighet och att vid denna prövning beakta motiveringen till rättsakten i den mening som avses i artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG). Enligt beslutet (övervägande 42) var det just på grund av att CNSD självständigt beslutade om tariffen, dess nivå och dess tillämpningsföreskrifter som kommissionen ansåg att sökandens agerande inte var en statlig åtgärd utan ett beslut av en företagsammanslutning som omfattades av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. För övrigt skall i alla händelser frågan om CNSD:s handlingsutrymme vid tillämpningen av den italienska lagstiftningen i förevarande fall betraktas som en sakfråga som det enbart ankommer på förstainstansrätten att bedöma.
- 75 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den andra delgrunden.

Den tredje delgrunden: Huruvida handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas

Parternas argument

- 76 Sökanden har gjort gällande att eftersom det inte är obligatoriskt att anlita tullombud, saknas grund för konstaterandet i beslutet att ”tariffen hindrar

handeln mellan den italienska marknaden och de övriga gemenskapsmarknaderna på grund av att den fördyrar och komplicerar tulltransaktionerna”. Vidare har sökanden gjort gällande att genomförandet av den inre marknaden innebär att det inte längre förekommer tulltransaktioner vid handel mellan medlemsstaterna och att, såsom framgår av rådets förordning (EEG) nr 3904/92 av den 17 december 1992 om åtgärder för att anpassa yrket som tullagent och tullombud till den inre marknaden (EGT L 394, s. 1), tullombuden inte längre utför några transaktioner som föranleder betalning av en ersättning enligt branschtariffen. Handeln mellan medlemsstaterna skadas således inte alls.

- 77 Kommissionen har gjort gällande att den omständigheten att det inte är obligatoriskt att anlita tullombud inte medför att handelshindren undviks, eftersom ågerandet som kan hindra handeln inte upphör att vara begränsande bara för att en ekonomisk aktör kan klara sig utan tullombudens tjänster.

Förstainstansrättens bedömning

- 78 Sökandens argument att den omtvistade tariffen inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna måste underkännas.
- 79 Vad beträffar tiden före genomförandet av den inre marknaden, det vill säga före den 31 december 1992, konstaterar förstainstansrätten att den omtvistade tariffen angav priserna för tulltransaktioner vid import till och export från Italien, vilket med nödvändighet påverkade handeln mellan medlemsstaterna.

- 80 Vad beträffar tiden efter den 31 december 1992 har CNSD hävdad att det inte längre förekommer några tulltransaktioner vid handel mellan medlemsstaterna.
- 81 Såsom domstolen har påpekat i domen av den 18 juni 1998 (punkterna 49 och 50) fordrar olika slags transaktioner vid import eller export av varor inom gemenskapen samt transaktioner mellan gemenskapsaktörer att tullformaliteter fullgörs, och följaktligen kan det vara nödvändigt att ett oberoende tullombud som är inskrivet i registret ingriper. Detta är fallet med så kallade interna transittransaktioner, vilka omfattar försändelser med varor från Italien till en annan medlemsstat, det vill säga från en punkt till en annan inom gemenskapens tullområde genom transit via tredje land (exempelvis Schweiz). Denna slags transaktion är av särskild betydelse för Italien, eftersom en stor del av de varor som skickas från de nordvästliga delarna av landet till Tyskland och Nederländerna passerar genom Schweiz.
- 82 Vad beträffar sökandens argument om att det inte är obligatoriskt att anlita tullombud, konstaterar förstainstansrätten att ägaren av varorna kan göra tulldeklarationen själv eller låta sig företrädas av ett oberoende eller anställt tullombud. I samtliga fall då en ekonomisk aktör som importerar till eller exporterar från Italien beslutar att låta sig företrädas av ett tullombud men inte har ett anställt tullombud, eller har ett anställt tullombud som inte är behörigt att agera i det distrikt där tullklareringen skall ske, måste han ändå, för att fullgöra formaliteterna vid tullklareringen och vid tullkontrollen, anlita professionella tullombud för vilka den omtvistade tariffen är obligatorisk. Såsom framgår av övervägande 12 i beslutet är i alla händelser den marknad som skall beaktas vid fastställandet av en överträdelse av artikel 85 i fördraget marknaden för professionella tullombuds tjänster och på denna marknad är en obligatorisk tariff en begränsning som kan hindra handeln mellan medlemsstaterna.

- 83 Slutligen erinrar förstainstansrätten om att domstolen i domen av den 18 juni 1998 (punkt 45) har konstaterat att de beslut genom vilka CNSD har fastställt en enhetlig tariff som är bindande för samtliga tullombud kan påverka handeln inom gemenskapen.
- 84 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall på den tredje delgrunden.
- 85 Följaktligen skall talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 86 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta dess rättegångskostnader. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas. Intervenienten har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta kostnaderna för dess intervention, och med hänsyn till omständigheterna i fallet skall sökanden därför även ersätta intervenientens rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökanden skall bära sin rättegångskostnad samt ersätta kommissionens och intervenienten Associazione Italiana dei Corrieri Aereis Internazionali rättegångskostnader.

Cooke

García-Valdecasas

Lindh

Pirrung

Vilaras

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 mars 2000.

H. Jung

J.D. Cooke

Justitiesekreterare

Ordförande