

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremSAT den 19. februar 2009¹

I — Indledning

1. Denne præjudicielle anmodning giver Domstolen lejlighed til at præcisere, hvilke krav der bør stilles, for at det kan fastslås, at der foreligger en samordnet praksis med et konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

2. Det skal i det væsentlige afklares, hvorvidt og i hvilket omfang der kræves en undersøgelse af de konkrete markedsforhold, de deltagende virksomheders adfærd på markedet og deres adfærds indvirkning på konkurrencen, for at kunne antage, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. Det skal desuden undersøges, hvilke krav der kan udledes af fællesskabsretten med hensyn til bevisstyrken, når en overtrædelse af artikel 81 EF skal fastslås i en national sag.

3. Disse spørgsmåls betydning for en effektiv håndhævelse af Fællesskabets konkurrenceret

i det nye decentrale system, der blev gennemført ved forordning (EF) nr. 1/2003² som led i en modernisering af bestemmelserne om behandling af kartelsager, bør ikke undervurderes. Ved besvarelsen heraf bør man holde sig de risici for øje, som en opblødning af traktatens konkurrenceregler ville indebære for det europæiske indre marked³, men også for de europæiske forbrugere.

II — Retsforskrifter

A — Fællesskabsbestemmelser

4. Den fællesskabsbestemmelse, der finder anvendelse i denne sag, er artikel 81, stk. 1, EF, som har følgende ordlyd:

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1, s. 1.

3 — Senest gjorde eksempelvis generaladvokat Geelhoed opmærksom på disse risici, jf. punkt 136 og 137 i hans forslag til afgørelse af 12.9.2006, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, som Domstolens dom af 25.1.2007 i samme sag henviser til, jf. præmis 84 i denne.

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtægter inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

- a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser
- e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelsædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.«

5. Der skal desuden henvises til forordning nr. 1/2003, der i artikel 2 navnlig indeholder følgende bestemmelse om bevisbyrden:

- b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer
- c) opdeling af markeder eller forsyningskilder
- d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

»I samtlige medlemsstaters og Fællesskabets procedurer vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 81 og 82 påhviler bevisbyrden for overtrædelse af traktatens artikel 81, stk. 1, eller artikel 82 den part eller myndighed, der gør overtrædelsen gældende. [...]«

6. Endvidere bør sidste sætning i femte betragtning til forordning nr. 1/2003 nævnes:

2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, [...]

»Denne forordning berører hverken de nationale regler om krav til bevisstyrken eller den forpligtelse, der måtte påhvile medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole til at bidrage til oplysningen af de relevante faktiske omstændigheder i en sag, forudsat at den pågældende lovgivning er forenelig med fællesskabsrettens almindelige principper.«

[...]«

7. Om forholdet mellem artikel 81 EF og medlemsstaternes konkurrenceret bestemmer artikel 3 i forordning nr. 1/2003 følgende:

B — *Nationale bestemmelser*

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i traktatens artikel 81, stk. 1, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende traktatens artikel 81 på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. [...]

8. For så vidt angår nederlandsk ret findes de retsregler, der er relevante for denne sag, i konkurrenceloven (Mededingingswet⁴; herefter »Mw«), i den ved lov af 9. december 2004⁵ ændrede affattelse, som trådte i kraft den 1. juli 2005.

4 — Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging — Mededingingswet (Stb. 1997, 242).

5 — Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172).

9. Artikel 1 Mw indeholder bl.a. følgende definition:

eller fordreje konkurrencen inden for det nederlandske marked eller en del heraf, er forbudt.«

»I denne lov og i de i henhold hertil udstedte bekendtgørelser forstås ved:

11. I tilfælde af overtrædelse af artikel 6, stk. 1, Mw kan bestyrelsen for den nederlandske konkurrencemyndighed⁶, herefter »NMa«⁷, i henhold til artikel 56, stk. 1, litra a), Mw pålægge den fysiske eller juridiske person, som overtrædelsen kan tilregnes, en bøde.

[...]

h) former for samordnet praksis: former for samordnet praksis i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i traktatens artikel 81, stk. 1

III — De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

Det nederlandske marked for tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation

[...]«

10. Artikel 6, stk. 1, Mw indeholder følgende bestemmelse:

12. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen i år 2001 rådede fem operatører i Nederlandene over et eget mobiltelefonnetværk, nemlig Ben Nederland BV⁸ (markedsandel: 10,6%), KPN (42,1%), Dutchtone NV⁹ (9,7%), Libertel-Vodafone NV (26,1%) og Telfort Mobiel BV¹⁰ (11,4%). Opbygning af et sjette mobiltelefonnetværk var ikke mulig, da der ikke længere udstedtes licenser. Adgang til markedet for tjeneste-

»Aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der har til formål eller til følge at hindre, begrænse

6 — Raad van bestuur.

7 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

8 — Herefter »Ben«.

9 — Herefter »Dutchtone«.

10 — Herefter »Telfort«.

ydelse inden for mobil telekommunikation var udelukkende mulig gennem indgåelse af en aftale med en eller flere af de fem eksisterende operatører.

supplerende godtgørelser alt efter forhandlinger og købt abonnement.

Mødet den 13. juni 2001

Prepaid-pakker og postpaid-abonnementer i Nederlandene

13. Ved udbud af tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation sondres der i Nederlandene mellem såkaldte prepaid-pakker og postpaid-abonnementer. Prepaid-pakker er kendetegnet ved, at kunden betaler forud. Ved at anskaffe sig eller foretage fornyet indbetaling på et prepaid-kort erhverver kunden et tilgodehavende i form af taletid, hvorved der kan telefoneres for hele det købte tilgodehavende. Postpaid-abonnementer er derimod kendetegnet ved, at de forbrugte minutters taletid for en given periode faktureres kunden bagud. Dertil kommer i reglen en fast abonnementspris, der eventuelt kan indeholde et tilgodehavende i form af taletid.

15. Den 13. juni 2001 mødtes repræsentanter for mobiloperatører, der udbyder tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation på det nederlandske marked. På dette møde blev bl.a. drøftet en nedsættelse af standardgodtgørelser til forhandlere for postpaid-abonnementer pr. eller omkring den 1. september 2001. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, omtalte deltagerne i mødet i denne forbindelse fortrolige informationer¹².

Hovedsagen

14. Ved indgåelse eller forlængelse af et postpaid-abonnement gennem en forhandler er det forhandleren, der leverer mobiltelefonen, og operatøren, der leverer SIM-kortet¹¹. Desuden yder operatøren forhandleren en godtgørelse for hvert tegnet mobiltelefonabonnement. Denne standardgodtgørelse til forhandlere kan forhøjes med diverse

16. Ved afgørelse af 30. december 2002 (herefter »den oprindelige afgørelse«) fastslog NMa, at Ben, Dutchtone, KPN, O₂ (Telfort) og Vodafone (tidligere Libertel-Vodafone) havde indgået en aftale eller havde samordnet deres praksis vedrørende mobiltelefonabonnementer. NMa konkluderede, at den nævnte praksis medførte en mærkbar fordrejning af konkurrencen og dermed var i strid med

11 — SIM-kortet (*Subscriber Identity Module*) er et chipkort, der sættes i en mobiltelefon og identificerer den pågældende bruger på nettet. Kortet repræsenterer så at sige brugerens mobile telefonforbindelse.

12 — Den nederlandske regering har tilføjet, at drøftelserne omhandlede omfanget af, tidspunktet for og fremgangsmåden i forbindelse med den planlagte nedsættelse af standardgodtgørelserne til forhandlerne.

forbuddet i artikel 6, stk. 1, Mw. NMa pålagde derfor de berørte virksomheder bøder.

påklage og pålagde NMa at træffe fornyet afgørelse¹⁴.

17. De fem berørte virksomheder påklagede den oprindelige afgørelse.

21. NMa og tre af de berørte virksomheder, T-Mobile, KPN og Orange, appellerede denne dom til College van Beroep voor het bedrijfsleven, den forelæggende ret¹⁵. Derudover er også Vodafone fortsat part i hovedsagen, mens dette efter det af den forelæggende ret oplyste ikke længere er tilfældet for Oranges vedkommende.

18. Ved afgørelse efter påklage af 27. september 2004 gav NMa T-Mobile (tidligere Ben), KPN, Orange (tidligere Dutchtone), Vodafone og O₂ (Telfort) delvis, men ikke fuldstændig, medhold i deres klager. NMa frafaldt klagepunktet om en konkurrencebegrænsende aftale, men fastholdt klagepunktet om en konkurrencebegrænsende samordnet praksis og fastslog, at der ud over en tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1, Mw også forelå en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF¹³. NMa nedsatte de pålagte bøder.

IV — De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

19. T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone og Telfort indbragte afgørelsen efter påklage for Rechtbank te Rotterdam.

22. Ved kendelse af 31. december 2007, indgået til Domstolen den 9. januar 2008, udsatte College van Beroep voor het bedrijfsleven sagen og forelagde Domstolen følgende tre præjudicielle spørgsmål:

20. Ved dom af 13. juli 2006 annullerede Rechtbank te Rotterdam afgørelsen efter

»1) Hvilke kriterier skal ved anvendelse af artikel 81, stk. 1, EF lægges til grund ved bedømmelsen af, hvorvidt en samordnet

13 — Baggrunden for denne konstatering er efter det af den nederlandske regering oplyste, at forordning nr. 1/2003, navnlig artikel 3, stk. 1, heri, var trådt i kraft.

14 — Det fremgår af sagens akter, at Rechtbank te Rotterdam ikke anså det for godtgjort, at Orange og Telfort havde deltaget i den samordnede praksis.

15 — NMa's appel vedrører Oranges deltagelse i den samordnede praksis. I sin forelæggelseskendelse bekræfter den forelæggende ret den foregående instans' opfattelse af, at Oranges deltagelse ikke er godtgjort.

praksis har til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet?

Europæiske Fællesskaber afgivet skriftlige og mundtlige indlæg. NMa har tilsluttet sig den nederlandske regerings skriftlige indlæg.

- 2) Skal artikel 81 EF fortolkes således, at bevis for årsagssammenhængen mellem samordningen og adfærden på markedet ved den nationale rets anvendelse af denne bestemmelse skal føres og bedømmes i henhold til reglerne i national ret, såfremt disse regler ikke er mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret, og ikke i praksis gør det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at udøve de rettigheder, der tillægges i henhold til Fællesskabets retsorden?

V — Bedømmelse

A — *Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse*

24. Med hensyn til formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse er der to synspunkter, som jeg kort vil komme ind på.

- 3) Gælder der ved anvendelsen af begrebet former for samordnet praksis i henhold til artikel 81 EF en formodning for årsagssammenhæng mellem samordning og adfærd på markedet, selv når samordningen er enkeltstående og de virksomheder, der deltager i samordningen, forbliver aktive på markedet, eller kun i de tilfælde, hvor samordningen forekommer over en længere periode og har fundet sted med en vis regelmæssighed?»

25. For det første anmoder den forelæggende ret om en fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF, selv om NMa's afgørelse, der er omtvistet i hovedsagen, i første række er støttet på den nationale konkurrencelovgivning (artikel 6, stk. 1, Mw).

23. Under sagens behandling for Domstolen har T-Mobile, KPN, Vodafone, den nederlandske regering og Kommissionen for De

26. Det er imidlertid ubestridt, at artikel 6, stk. 1, Mw indholdsmæssigt i fuldt omfang

tager udgangspunkt i artikel 81, stk. 1, EF. Det fremgår af fast praksis, at det i et sådant tilfælde afgjort er i Fællesskabets interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra fællesskabsretten, fortolkes ensartet¹⁶.

27. I øvrigt har NMa i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 pligt til foruden den nationale bestemmelse i artikel 6 Mw også at anvende artikel 81 EF på samordnet praksis, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. I overensstemmelse hermed blev foruden artikel 6, stk. 1, Mw også artikel 81, stk. 1, EF inddraget som retsgrundlag i NMa's afgørelse efter påklage. Artikel 81, stk. 1, EF spiller i den foreliggende sag således ikke kun en indirekte rolle som udgangspunkt for fortolkningen af artikel 6, stk. 1, Mw, men også en direkte rolle som bestemmelse, der finder direkte anvendelse på tvisten i hovedsagen.

28. På denne baggrund taler intet imod, at de forelagte spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 81 EF og forholdet mellem fællesskabsret og national konkurrenceret skulle have betydning for tvistens afgørelse.

29. For det andet har Vodafone gjort gældende, at en besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål ikke er nødvendig, da retsstillingen allerede er klarlagt med den fortolkningsvejledning, som Kommissionen har offentliggjort¹⁷. Hertil skal det for det første bemærkes, at Kommissionens meddelelser ikke er retligt bindende og derfor ikke kan foregribe Domstolens fortolkning i henhold til artikel 234 EF. For det andet ville en præjudiciel anmodning også kunne antages til realitetsbehandling, selv om retsstillingen var klar. Der kunne i så fald højst blive tale om en besvarelse i form af en kendelse efter artikel 104, stk. 3, i Domstolens procesreglement.

30. Endelig har Vodafone gjort gældende, at det er åbenbart, at den i denne sag omtvistede samordnede praksis ikke havde noget konkurrencebegrænsende formål. I lyset af den bitre tvist om dette spørgsmål, som parterne fører både i hovedsagen og for Domstolen, forekommer denne vurdering mig forfejlet.

31. På denne baggrund kan den præjudicielle forelæggelse således antages til realitetsbehandling i fuldt omfang.

16 — Jf. senest dom af 14.12.2006, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Sml. I, s. 11987, præmis 19 og 20, og af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 21 og 26 og den deri nævnte retspraksis.

17 — Vodafone henviser i den forbindelse til punkt 21 og 22 i Kommissionens meddelelse »Retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel 81, stk. 3«, EFT 2004 C 101, s. 97.

B — *Indholdsmæssig vurdering af de præjudicielle spørgsmål*

32. Hensigten med den forelæggende rets tre spørgsmål er som helhed at få afklaret, hvilke krav der bør stilles, for at det kan fastslås, at der foreligger en konkurrencebegrænsende samordnet praksis i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

33. Spørgsmålene drejer sig i øvrigt ikke i så høj grad om definitionen af den samordnede praksis som sådan. Den defineres efter fast praksis som en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde¹⁸.

34. Det centrale punkt i den foreliggende sag er snarere bedømmelsen af den samordnede praksis' konkurrencebegrænsende karakter og den dermed forbundne sondring mellem praksis, hvis konkurrencebegrænsende karakter først kommer til udtryk *ved dens virkninger*, og praksis, der alene *på grund af dens formål* må anses for konkurrencebe-

grænsende. Navnlig med hensyn til den sidstnævnte gruppe af tilfælde er den forelæggende ret nemlig i tvivl om, hvorvidt og i hvilket omfang der kræves en undersøgelse af de konkrete markedsforhold, de deltagende virksomheders adfærd på markedet og deres adfærds indvirkning på konkurrencen, for at der kan antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål.

1. Om det første præjudicielle spørgsmål: kriterier for at antage, at der foreligger en samordnet praksis, der har til formål at begrænse konkurrencen

35. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, hvilke kriterier der skal lægges til grund ved bedømmelsen af, hvorvidt en samordnet praksis *har til formål* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

36. Som bekendt har NMa over for en række nederlandske udbydere af tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation gjort gældende, at de i forbindelse med et møde i juni 2001 udvekslede fortrolige informationer og drøftede disse indbyrdes, hvilket atter førte til en koordinering af deres adfærd på markedet med hensyn til nedsættelsen af visse provisioner til deres respektive forhandlere.

18 — Domme af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, herefter »ICI mod Kommissionen«, Sml. s. 619, præmis 64, og sag 52/69, Geigy mod Kommissionen, Sml. s. 787, præmis 26, dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 26, af 14.7.1981, sag 172/80, Züchner, Sml. s. 2021, præmis 12, endvidere domme af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 115, og sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 158.

37. Ikke alle former for udveksling af informationer mellem konkurrenter har nødvendigvis til formål at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet i artikel 81, stk. 1, EF's forstand¹⁹.

38. Hvorvidt der foreligger et konkurrencebegrænsende formål skal derfor undersøges under hensyntagen til forholdene i det enkelte tilfælde. I denne sammenhæng gælder der de samme kriterier som for bedømmelsen af de aftaler og vedtagelser inden for virksomheds-sammenslutninger, der er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF²⁰. Retspraksis vedrørende aftaler og vedtagelser kan således overføres på virksomheders samordnede praksis.

39. Udgangspunktet for at antage, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, er herefter indholdet af²¹ og målene med²² den samordnede praksis, idet de deltagende parters subjektive hensigter højest kan inddrages som supplerende oplysning,

- 19 — Et sådant formål blev feks. afvist i dom af 23.11.2006, sag C-238/05, *Asnef-Equifax*, Sml. I, s. 11125, præmis 46-48, vedrørende det spanske system til udveksling af kreditoplysninger.
- 20 — Dommen i sagen *ICI mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 64 og 65, i sagen *Kommissionen mod Anic Partecipazioni*, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 112 og 123, og i sagen *Hüls mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 164.
- 21 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, *LTM*, Sml. s. 282, s. 303, af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, *IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 3369, præmis 25, og af 20.11.2008, sag C-209/07, *Beef Industry Development Society og Barry Brothers*, herefter »BIDS-dommen«, Sml. I, s. 8637, præmis 16.
- 22 — *LTM-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 303, dom af 1.2.1978, sag 19/77, *Miller mod Kommissionen*, Sml. s. 131, præmis 7, af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, *CRAM og Rheinzink mod Kommissionen*, Sml. s. 1679, præmis 26, af 6.4.2006, sag C-551/03 P, *General Motors mod Kommissionen*, Sml. I, s. 3173, præmis 66, og *BIDS-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 21.

men ikke er udslagsgivende²³. Der skal ligeledes tages højde for den økonomiske og retlige sammenhæng, hvori den samordnede praksis indgår²⁴.

40. Det er navnlig indholdet af og de økonomiske omstændigheder i forbindelse med den samordnede praksis mellem de nederlandske udbydere af mobiltelefoni, der har givet anledning til tvisten i den foreliggende sag. Noget forenklet sagt har både den forelæggende ret og T-Mobile, KPN og Vodafone udtrykt tvivl om, hvorvidt man set i lyset af genstanden for den afstemte praksis og de ledsagende økonomiske omstændigheder kan tale om et konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF's forstand.

41. På baggrund af denne tvivl skal det nedenfor nærmere belyses, efter hvilke kriterier den konkurrencebegrænsende karakter af formålet med en samordnet praksis som den i hovedsagen omstridte skal bedømmes.

- 23 — Dommen i sagen *IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 25, og i sagen *General Motors mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 77 og 78; i samme retning *BIDS-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 21.
- 24 — *LTM-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 303, dommen i sagen *IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 25, i sagen *CRAM og Rheinzink mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 26, i sagen *General Motors mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 66, og *BIDS-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 16; jf. også dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, *Consten og Grundig mod Kommissionen*, Sml. s. 322, på s. 391.

a) Generelle bemærkninger vedrørende begrebet konkurrencebegrænsende formål

42. Det bemærkes først, at det konkurrencebegrænsende formål og den konkurrencebegrænsende virkning ikke er kumulative, men derimod alternative betingelser for at anvende forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF²⁵. En samordnet praksis er med andre ord uanset dens virkning forbudt, når den har et konkurrencebegrænsende formål²⁶. Det er ikke nødvendigt at tage hensyn til de konkrete virkninger af en samordnet adfærd, hvis det fremgår, at den *har til formål* at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet²⁷. En sådan praksis er nemlig forbudt, selv når den ikke har konkurrencebegrænsende virkninger på markedet²⁸.

43. Forbuddet mod visse former for praksis alene på grund af deres konkurrencebegrænsende formål er begrundet i, at visse former

- 25 — LTM-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, s. 303 f., og BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 15; jf. også dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 13-15.
- 26 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 123, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 164, samt dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 124.
- 27 — Fast praksis siden dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 24, s. 390 f.; jf. f.eks. dom af 30.1.1985, sag 123/83, Clair, Sml. s. 391, præmis 22, og, af nyere dato, dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 491, af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 261, af 21.9.2006, sag C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, Sml. I, s. 8725, præmis 125, BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 15, og dom af 18.12.2008, forenede sager C-101/07 P og C-110/07 P, Coop de France Bétail et Viande mod Kommissionen, Sml. I, s. 10193, præmis 87.
- 28 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 122, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 163, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 123.

for hemmelige aftaler mellem virksomheder i sagens natur kan betragtes som skadelige for de normale konkurrencevilkår²⁹. Når sådanne former for praksis, der generelt anses for skadelige for samfundet, forbydes *per se* (såkaldte »per se-forbud«), skaber det retssikkerhed og giver alle markedsdeltagere mulighed for at indrette deres adfærd herefter. Ydermere aflastes konkurrencemyndighedernes og domstolenes ressourcer derigennem på hensigtsmæssig vis.

44. Begrebet samordnet adfærd med konkurrencebegrænsende formål må imidlertid ikke fortolkes alt for vidt³⁰, når man betænker de meget alvorlige konsekvenser, som en tilside-sættelse af artikel 81, stk. 1, EF kan få for de berørte virksomheder³¹. Begrebet må imidlertid heller ikke fortolkes alt for snævert, hvis man skal undgå at bortfortolke det forbud mod »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål«, der er forankret i den primære ret, og dermed i praksis berøve artikel 81, stk. 1, EF en del af dens virkning.

29 — BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 17.

30 — Om den principielt »restriktive karakter« af artikel 81, stk. 1, EF (tidligere traktatens artikel 85, stk. 1), jf. dom af 29.2.1968, sag 24/67, Parke, Sml. 1965-1968, s. 457, org.ref.: Rec. s. 85, på s. 112.

31 — I henhold til artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 kan hver af de deltagende virksomheder, hvis de forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 81 EF, pålægges en bøde på op til 10% af virksomhedens samlede omsætning i det foregående regnskabsår (jf. artikel 5, stk. 1, fjerde led, vedrørende sanktioner pålagt af nationale myndigheder). Ud over denne sanktion kan virksomheden i henhold til artikel 7, stk. 1 (artikel 5, stk. 1, første led), i forordning nr. 1/2003 ved en beslutning pålægges at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. Dertil kommer eventuelt tredjemands erstatningskrav.

Det følger af ordlyden af artikel 81, stk. 1, EF, at både samordnet adfærd med konkurrencebegrænsende formål og samordnet adfærd med konkurrencebegrænsende virkning er forbudt³².

45. I modsætning til hvad der synes at være den forelæggende rets opfattelse, må forbuddet mod »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål«³³ følgelig ikke fortolkes således, at det konkurrencebegrænsende formål alene giver anledning til en form for formodning for en overtrædelse, der imidlertid kan gendrives, hvis der i det konkrete tilfælde ikke kan påvises nogen negativ indvirkning på markedets funktion³³. En sådan fortolkning ville nemlig indebære, at de to indbyrdes uafhængige, sidestillede kriterier for en overtrædelse i artikel 81, stk. 1, EF sammenblandes på retsstridig vis: på den ene side forbuddet mod hemmelige aftaler med konkurrencebegrænsende *formål* og på den anden side forbuddet mod hemmelige aftaler med konkurrencebegrænsende *virkning*.

46. Det fører således for vidt, hvis grundlaget for at antage, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, gøres afhængigt af, at det rent faktisk fastslås, hvorvidt der foreligger konkrete konkurrencebegrænsende virkninger i hvert enkelt tilfælde, uanset om

der er tale om virkninger for konkurrenter, forbrugere eller offentligheden. I forhold til forbuddet i henhold til artikel 81, stk. 1, EF er det tværtimod tilstrækkeligt, at en samordnet praksis ud fra eksisterende erfaringer har potentiale til at påvirke konkurrencen negativt³⁴. Med andre ord skal den samordnede praksis blot *konkret* — dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng — *kunne*³⁵ hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. Hvorvidt og i hvilket omfang en sådan konkurrencebegrænsende virkning imidlertid rent faktisk indtræder, kan højst være relevant for udmålingen af eventuelle bøder og for erstatningskrav.

47. I grunden ligner det forbud mod »overtrædelser med konkurrencebegrænsende formål«, der følger af artikel 81, stk. 1, EF, det *faredelikt*, der kendes fra strafferetten: Hvis man kører bil i væsentligt alkohol- eller narkotikapåvirket tilstand, udsætter man i de fleste retsordninger sig selv for straffe- og forvaltningsretlige sanktioner, ganske uanset om man rent faktisk har bragt nogen i fare i trafikken eller har forårsaget et uheld. På samme måde overtræder virksomheder europæisk konkurrenceret og kan pålægges bøder, hvis de gør brug af samordnet praksis med konkurrencebegrænsende formål på markedet. Hvorvidt visse markedsdeltagere eller offentligheden rent faktisk lider skade i et konkret tilfælde, er uden betydning.

32 — I denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Participazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 125, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 166, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 126.

33 — Den forelæggende ret nævner ganske vist ikke udtrykkeligt en formodningsregel, men fremhæver nødvendigheden af at undgå »falske positive resultater«.

34 — Jf. herom punkt 21 i Kommissionens retningslinjer, nævnt ovenfor i fodnote 17.

35 — I samme retning — om end i forbindelse med artikel 82 EF — mit forslag til afgørelse af 23.2.2006, sag C-95/04 P, British Airways mod Kommissionen, Sml. 2007 I, s. 2331, punkt 68-74.

48. Dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen afsagt af Retten i Første Instans³⁶, som KPN påberåber sig, viser ikke noget andet. Ganske vist står der i den pågældende doms præmis 147, som er højest tvetydigt formuleret, at det ikke kan udledes af selve ordlyden i en aftale, betragtet i den sammenhæng, den indgår i, at den er konkurrencebegrænsende, men at der »nødvendigvis« også skal tages hensyn til virkningerne af aftalen. Efter min opfattelse er dette blot et udtryk for, at en aftales (eller en praksis') formål ikke skal bedømmes abstrakt, men konkret — dvs. under hensyntagen til den pågældende retlige og økonomiske sammenhæng, idet der skal tages hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende på det pågældende marked; i GlaxoSmithKline Services-sagen bestod disse særlige forhold efter Rettens opfattelse i, at priserne som følge af en statslig regulering i vidt omfang unddroges samspil mellem udbud og efterspørgsel, og at priserne blev fastsat eller kontrolleret af offentlige instanser. Når denne fortolkning lægges til grund, står præmis 147 i dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen ikke i modsætning til det, jeg har anført i punkt 46 i dette forslag til afgørelse. Såfremt præmis 147 i dommen i sagen GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen derimod skal fortolkes således, at der under alle omstændigheder (»nødvendigvis«) også skal konstateres konkrete indvirkninger på konkurrencen, for at det kan antages, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, har Retten begået en retlig fejl.

49. Ud fra et korrekt synspunkt er en undersøgelse af en samordnet praksis' konkrete virkninger, som allerede anført, ikke en betingelse for at antage, at der foreligger et

konkurrencebegrænsende formål; betingelsen er blot, at denne praksis *konkret kan* virke konkurrencebegrænsende.

b) Det konkurrencebegrænsende formål i en sag som den foreliggende

50. Den samordnede praksis, der er fastslået i den foreliggende sag, tilskrives af NMa det forhold, at flere nederlandske udbydere af tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation udvekslede informationer om deres påtænkte nedsættelse af visse provisioner til deres respektive forhandlere.

51. En sådan udveksling af fortrolige forretningsoplysninger blandt konkurrenter vedrørende deres påtænkte praksis kan som udgangspunkt virke konkurrencebegrænsende, fordi den formindsker eller helt fjerner graden af usikkerhed vedrørende markedets funktion og følgelig kan begrænse konkurrencen mellem de deltagende virksomheder³⁷. Det er i denne forbindelse uden betydning, om en sådan informationsudveksling var hovedformålet med kontakten eller blot fandt sted i anledning af (eller under dække af) en kontakt, der i sig selv ikke havde noget retsstridigt formål³⁸.

36 — Dom afsagt af Retten i Første Instans den 27.9.2006, sag T-168/01, GlaxoSmithKline Services mod Kommissionen, Sml. II, s. 2969.

37 — Dom af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 88, sammenholdt med præmis 90, og af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 81, samt Asnef-Equifaxdommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 51 og 62; i samme retning allerede dommen i sagen ICI mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 101, 112 og 119.

38 — I denne retning dommen i sagen General Motors mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 64, og BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 21.

— Problemstillingen om informationsudveksling blandt konkurrenter set på baggrund af kravet om den konkurrencemæssige uafhængighed

52. Det skal tages i betragtning, at de erhvervsdrivendes uafhængighed er en af de grundlæggende forudsætninger for velfungerende konkurrence. I overensstemmelse hermed er det en grundtanke bag traktatens konkurrencebestemmelser, at enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal kunne tage stilling til den politik, som han vil føre på det fælles marked. Dette krav om selvstændighed udelukker enhver direkte eller indirekte kontakt mellem økonomiske aktører, som kan påvirke en aktuel eller potentiel konkurrents adfærd på markedet, eller som over for en sådan konkurrent kan afsløre den adfærd, man har besluttet eller overvejer selv at udvise på markedet, såfremt der derved kan opstå konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår³⁹.

53. Dette gør sig i endnu højere grad gældende, når informationsudvekslingen vedrører et stærkt koncentreret oligopolistisk marked⁴⁰. Det nederlandske marked for

tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation ser netop ud til at have haft en sådan struktur i 2001: Som det fremgår af forelægelseskendelsen, rådede på dette tidspunkt kun fem virksomheder over egne mobiltelefonnetværk, hvoraf en af dem — KPN — endda opnåede en markedsandel på over 40%, mens det i mangel af ledige licenser ikke var muligt at opbygge yderligere uafhængige netværk⁴¹.

54. Det er i denne sammenhæng uden betydning, om blot en enkelt virksomhed ensidigt informerer sine konkurrenter om sin påtænkte adfærd på markedet, eller om alle deltagende virksomheder informerer hinanden om deres respektive overvejelser og hensigter. Så snart blot en enkelt virksomhed lader paraderne falde og røber fortrolige informationer om sin fremtidige forretningspolitik over for sine konkurrenter, formindsker det nemlig usikkerheden om markedets fremtidige funktion for alle deltagere, og der opstår risiko for konkurrencebe-grænsning og et hemmeligt samarbejde mellem dem.

— Ingen direkte forbindelse til detailpriserne nødvendig

55. Den nationale ret, KPN og Vodafone har heroverfor anført, at informationsudvekslingen i denne sag alene vedrørte forhandlerprovisionerne og ikke havde direkte indfly-

39 — Dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 173 og 174, Züchnerdommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 13 og 14, dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 86 og 87, i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 116 og 117, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 159 og 160, og Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 52 og 53, i samme retning BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 34.

40 — Dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 88, sammenholdt med præmis 90, og Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 58; i dommen i sagen Thyssen Stahl mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 86 og 87, præciserede Domstolen, at en informationsudvekslingsordning kan udgøre en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, selv om det relevante marked *ikke* er et stærkt koncentreret oligopolistisk marked.

41 — Jf. herom ovenfor, punkt 12 i nærværende forslag til afgørelse.

delse på detailpriserne. Detailpriserne fastsættes udelukkende i forholdet mellem den enkelte udbyder af tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation og dennes kunder, uden at forhandlerne har nogen form for indflydelse herpå.

geres umiddelbare interesser, men derimod at beskytte *strukturen på markedet* og dermed *konkurrencen som sådan (som institution)*. Derved beskyttes forbrugeren ganske vist også indirekte. Såfremt konkurrencen som sådan skades, kan det nemlig befrygtes, at det i sidste instans går ud over forbrugere⁴².

56. Dette argument er ikke holdbart. Samordnet praksis kan også have et konkurrencebegrænsende formål uden direkte at påvirke forbrugere og de priser, som de skal betale.

57. Ifølge sin ordlyd tager artikel 81, stk. 1, EF helt generelt sigte på adfærd, der hindrer, begrænser eller fordrejer *konkurrencen* inden for fællesmarkedet. Blandt de forskellige eksempler, der er anført i artikel 81, stk. 1, litra a)-e), EF, findes der ligeledes ingen begrænsning med det indhold, at forbuddet kun gælder konkurrencebegrænsende forretningspraksis med direkte virkning for de endelige forbrugere.

58. Tværtimod indgår artikel 81 EF i en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF]. I overensstemmelse hermed har artikel 81 EF, i lighed med traktatens øvrige konkurrenceregler, ikke kun og ikke først og fremmest til formål at beskytte enkelte konkurrenters eller forbru-

59. En samordnet praksis har således på ingen måde kun et konkurrencebegrænsende formål, såfremt den *direkte* kan påvirke forbrugere og de priser, de skal betale, eller — som T-Mobile udtrykker det — »consumer welfare«. Der må tværtimod antages at foreligge et konkurrencebegrænsende formål, såfremt den samordnede praksis kan hindre, begrænse eller fordreje *konkurrencen* inden for fællesmarkedet. Dette viser nemlig, at den samordnede praksis i al fald indirekte også kan have negative virkninger for forbrugere.

60. En indsnævring af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF til kun at omfatte former for praksis, der har direkte indflydelse på detailpriserne, ville i praksis berøve denne bestemmelse, der er af central betydning for det indre marked, en stor del af dens virkning.

42 — Jf. hertil i det hele mit forslag til afgørelse i sagen British Airways mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 35, punkt 68.

— Informationsudveksling vedrørende enkelte konkurrenceparametre er tilstrækkelig

61. I modsætning til den opfattelse, som den forelæggende ret har skitseret, er det i øvrigt ikke nødvendigt, at en samordnet praksis omfatter alle konkurrenceparametre. Den kan også indeholde et konkurrencebegrænsende formål, hvis den kun vedrører enkelte konkurrenceparametre, som f.eks. i dette tilfælde standardgodtgørelsen til forhandlerne.

62. Hvis en virksomhed ensidigt nedsætter de provisioner, som den betaler til sine forhandlere, vil det nemlig normalt indebære, at den pågældende forhandlers incitament til at formidle abonnementer mellem denne virksomhed og de endelige forbrugere bliver mindre. Dette kan i givet fald være en faktor, der truer den pågældende virksomheds markedsandel, i og med at det fremover kan blive mere attraktivt for uafhængige forhandlere⁴³ i højere grad at formidle andre virksomheders produkter til de endelige forbrugere⁴⁴. Virksomhederne unddrager sig denne økonomiske risiko, der i al fald foreligger under normale konkurrencevilkår, eller afbøder den i det mindste, når de ikke nedsætter deres provisioner ensidigt, men, som i denne sag, nedsætter dem mere eller mindre samtidigt inden for rammerne af en samordnet praksis. Derigennem mindsker de nemlig graden af usikkerhed vedrørende de pågældende konkurrenters adfærd på markedet. Dette kan hindre, eller i det mindste begrænse eller fordreje, konkurrencen inden for fællesmarkedet. En sådan samordnet praksis er derfor forbundet med et konkurrencebegrænsende formål.

43 — Ifølge det af den nederlandske regering oplyste blev tegningen af de fleste postpaid-abonnementer i Nederlandene i 2001 formidlet af uafhængige forhandlere.

44 — Ifølge forelæggelseskendelsen afgør forhandleren også i det foreliggende tilfælde, hvordan og med hvilket salgsarbejde han sælger postpaid-abonnementer til forbrugeren.

63. Hertil kommer i den foreliggende sag, at forhandlerprovisionerne set ud fra mobiltelefoniudbydernes synspunkt udgør indkøbsprisen for de tjenesteydelser, som de pågældende forhandlere leverer til dem, når de formidler postpaid-abonnementer. Som Kommissionen korrekt har anført, fremgår det også af eksemplet i artikel 81, stk. 1, litra a), EF, at en samordnet praksis med henblik på indkøbspriserne (»købspriser«) forfølger et konkurrencebegrænsende formål, der er forbudt i henhold til fællesskabsbestemmelserne.

— Om markedsforholdenes indflydelse på konkurrenternes adfærd

64. Vodafone har endvidere gjort gældende, at det under alle omstændigheder havde været nødvendigt at nedsætte standardgodtgørelserne til forhandlerne på grund af de fremherskende markedsforhold på det daværende tidspunkt. Virksomheders parallelle adfærd må ikke tillægges et konkurrencebegrænsende formål, når denne adfærd kan forklares ud fra markedets struktur og de økonomiske forhold på markedet.

65. Heller ikke dette argument finder jeg overbevisende, heller ikke selv om man lægger til grund, at Vodafones vurdering af de daværende markedsforhold er korrekt.

66. Det må medgives, at ikke alle tilfælde, hvor virksomheder udviser parallel adfærd på markedet, nødvendigvis skyldes, at konkurrenterne har samordnet deres praksis med et konkurrencebegrænsende formål⁴⁵. Den generelle markedssituation kan også føre til, at alle virksomheder, der er aktive på markedet, foretager visse tilpasninger af deres adfærd på markedet på lignende måde⁴⁶.

67. Med hensyn til det nøjagtige tidspunkt for, omfanget af og fremgangsmåden i forbindelse med den tilpasning, der skal foretages af de pågældende virksomheder, kan der dog alligevel fortsat herske betydelige usikkerhedsmomenter. En informationsudveksling, der kan fjerne netop disse resterende usikkerhedsmomenter, har et konkurrencebegrænsende formål. Efter de foreliggende oplysninger var der netop tale om en sådan informationsudveksling i denne sag, og sagen adskiller sig på dette punkt grundlæggende fra Cellulose-sagen, som Vodafone henviser til⁴⁷.

68. Informationsudvekslingen i forbindelse med mødet i juni 2001 vedrørte nemlig i mindre grad det forhold, at der ville ske en tilpasning af visse provisioner — dette synes i

det mindste for en af konkurrenternes vedkommende at have været bekendt i forvejen — men snarere spørgsmålet, *hvordan* tilpasningen skulle gennemføres, dvs. på hvilket tidspunkt, i hvilket omfang og på hvilken måde den planlagte nedsættelse af standardgodtgørelsen til forhandlere skulle iværksættes af de enkelte virksomheder.

69. Der er ikke grundlag for at antage, at enhver mulighed for effektiv konkurrence med hensyn til tidspunkt, omfang og fremgangsmåde i forbindelse med en eventuel nedsættelse af standardgodtgørelsen til forhandlere var udelukket som følge af den økonomiske sammenhæng i 2001⁴⁸.

70. Artikel 81 EF hindrer ikke de erhvervsdrivende i at tilpasse deres adfærd til forholdene på det enkelte marked, herunder at reagere intelligently både på eventuelle forandringer i de økonomiske og retlige rammebetingelser og på eventuelle forandringer i andre virksomheders adfærd på markedet⁴⁹. Artikel 81 EF forbyder imidlertid, at den frie konkurrences spilleregler sættes ud af kraft ved gennemførelsen af sådanne tilpasninger, f.eks. ved at konkurrenter indbyrdes afstemmer deres fremtidige adfærd på markedet og dermed i et vist omfang unddrager sig konkurrencepresset og de dermed forbundne markedsrisici.

45 — Dom af 31.3.1993, forenede sager 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, »Cellulose II«, Sml. I, s. 1307, præmis 126; i samme retning dommen i sagen CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 20, sammenholdt med præmis 18.

46 — I denne retning også forslag til afgørelse fra generaladvokat Mayras fremsat den 2.5.1972 i sagen ICI mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, som Vodafone henviser til. For at anse en adfærd for samordnet praksis i den forstand, hvori begrebet anvendes i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), er det ifølge generaladvokat Mayras nødvendigt, at denne adfærd »ikke er følgen af, eller i det mindste ikke den vigtigste følge af, markedets struktur og økonomiske betingelser«, jf. afsnit I, afdeling I, litra D), i forslaget til afgørelse. Fremhævelsen findes også i originalen.

47 — Cellulose II-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 45. Vodafone har påberåbt sig præmis 85-88 samt 123 og 124 i denne dom, der dog slet ikke indeholder nogen retlige betragtninger fra Domstolens side.

48 — I samme retning dom af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 153, af 10.12.1985, forenede sager 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3831, præmis 24-29, og dommen i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 127.

49 — Dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 174, Züchner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 14, dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 87, i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 117, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 160, og Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 53.

71. Hvis man ikke anvender artikel 81 EF på sådanne former for praksis, beskytter man i sidste ende de konkurrerende parter mod konkurrence og prioriterer de deltagende virksomheders interesser til skade for den offentlige interesse i, at konkurrencen ikke fordrejes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF]. Målet med den europæiske konkurrenceret må imidlertid være *at beskytte konkurrencen og ikke de konkurrerende parter*, fordi forbrugerne og offentligheden indirekte også drager nytte heraf.

— Udvekslingen af fortrolige forretningsoplysninger mellem konkurrenter er forbundet med et konkurrencebegrænsende formål, såfremt udvekslingen kan fjerne eksisterende usikkerhedsmomenter vedrørende de deltagende virksomheders påtænkte adfærd på markedet, således at spillereglerne for fri konkurrence omgås.

c) Foreløbig konklusion

2. Andet præjudicielle spørgsmål: formodning for årsagssammenhæng mellem samordningen og adfærd på markedet

72. Som foreløbig konklusion skal det derfor fastslås:

73. Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om kravene til beviset for en årsagssammenhæng mellem den samordnede praksis og adfærd på markedet alene skal baseres på fællesskabsretlige bestemmelser eller på national ret, under hensyntagen til visse fællesskabsretlige grænser.

— En samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, såfremt den efter sit indhold og mål samt under hensyntagen til dens retlige og økonomiske sammenhæng konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. I denne forbindelse er det uden betydning, om konkurrencen rent faktisk hindres, begrænses eller fordrejes, og om der er en direkte forbindelse mellem den samordnede praksis og detailpriserne.

74. Begrebet samordnet praksis i artikel 81, stk. 1, EF's forstand forudsætter tre ting: før det første en samordning mellem de deltagende virksomheder, for det andet en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne

samordning, og for det tredje en årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden⁵⁰, idet denne adfærd på markedet dog ikke i sig selv behøver at resultere i en konkret konkurrencebegrænsning⁵¹.

75. Efter Domstolens praksis gælder den gendrivelige formodning, at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet. Det påhviler de berørte virksomheder at føre modbevis⁵².

76. Med sit spørgsmål ønsker College van Beroep voor het bedrijfsleven oplyst, om denne *formodning for årsagssammenhæng*, der gælder på fællesskabsplan, også skal lægges til grund af nationale myndigheder og domstole, når de anvender artikel 81 EF.

77. Hvorvidt og under hvilke omstændigheder der kan formodes at foreligge en

årsagssammenhæng mellem samordningen og adfærden på markedet, er et spørgsmål om bevis. Ganske vist anses bevisspørgsmål ofte for et problem, der falder ind under den materielle ret⁵³. Med hensyn til den foreliggende sag kan det af begrebet samordnet praksis som sådan imidlertid kun udledes, at en samordning skal være årsag til de deltagende virksomheders adfærd på markedet. Derimod giver begrebet samordnet adfærd i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, i modsætning til den nederlandske regerings og Kommissionens opfattelse, ingen vejledning for afgørelsen af, under hvilke omstændigheder årsagssammenhængen mellem samordning og adfærd på markedet kan anses for godtgjort.

78. I sager, hvor Kommissionens beslutninger i konkurrencesager har skullet efterprøves, har Fællesskabets retsinstanser i mangel af en udtrykkelig bestemmelse altid afgjort bevisspørgsmål med henvisning til almindeligt anerkendte principper. Princippet »*necessitas probandi incumbit ei qui agit*« er i sidste ende grunden til, at Kommissionen i tilfælde af uenighed om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, skal føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør over-

50 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 118, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 161.

51 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 124, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 165, i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 125, og i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 139.

52 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 121 og 126, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 162 og 167.

53 — Domstolen var åbenbart af en anden opfattelse i dom af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 23, sammenholdt med præmis 26.

trædelser, faktisk foreligger⁵⁴. I så henseende har Domstolen også anerkendt indiciebevis⁵⁵.

sig imidlertid, modsat Kommissionens opfattelse, ikke om bevisbyrde eller omvendt bevisbyrde⁵⁹, men derimod om *beviskrav*⁶⁰.

79. Derimod har Domstolen præciseret, at de nationale myndigheders anvendelse af traktatens artikel 86 (nu artikel 82 EF) principielt er undergivet de nationale retsregler⁵⁶, også når det drejer sig om beviset for en overtrædelse af traktatens artikel 86⁵⁷. Der ses ikke at være nogen begrundelse for, at noget andet skulle gøre sig gældende for så vidt angår artikel 81 EF (tidligere EF-traktatens artikel 85)⁵⁸, uanset om man henregner bevisspørgsmål under den materielle ret eller procesretten.

81. Der findes fortsat ingen fællesskabsretlige regler om, hvilken bevisstyrke der kræves i nationale sager. Dette bliver særlig tydeligt, hvis man betragter artikel 2 i lyset af præambelen til forordning nr. 1/2003. Som det nemlig præciseres i dennes femte betragtning, berører forordningen ikke de nationale regler om krav til bevisstyrken. Fællesskabsretten hindrer således ikke de nationale domstole i at fastsætte kravene til bevisstyrken efter gældende national lovgivning, når de anvender artikel 81 EF og 82 EF, og dette uanset om man anser spørgsmål vedrørende beviskravet for at være en del af den materielle ret eller af procesretten.

80. Artikel 2 i forordning nr. 1/2003 indeholder nu en udtrykkelig fællesskabsretlig ordning vedrørende *bevisbyrden*, som også gælder for nationale procedurer i henhold til artikel 81 EF og 82 EF. I forbindelse med en formodning for årsagssammenhæng som den, der er omstridt i denne sag, drejer spørgsmålet

82. Den nationale domstol er dog i sin anvendelse af de nationale bestemmelser og principper vedrørende beviskravet undergivet

54 — Fast praksis, f.eks. dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 58, dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 135, i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 154, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 179, samt dom af 6.1.2004, forenede sager C-2/01 P og C-3/01 P, BAI og Kommissionen mod Bayer, Sml. I, s. 23, præmis 62.

55 — Jf. bl.a. dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 81, og, af nyere dato, dom af 25.1.2007, forenede sager C-403/04 P og C-405/04 P, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, Sml. I, s. 729, præmis 47, samt dommen i sagen Coop de France Bétail et Viande mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 88.

56 — GT-Link-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 23.

57 — GT-Link-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 26.

58 — Jf. i denne retning dom af 10.11.1993, sag C-60/92, Otto, Sml. I, s. 5683, præmis 14.

59 — Dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 155, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 181.

60 — Af *beviskravet* fremgår det, på hvilke betingelser en kendsgerning skal anses for bevist. Der skal sondres mellem dette begreb og *bevisbyrden*, der ikke er omtvistet i denne sag. *Bevisbyrden* er for det første afgørende for, hvem der skal fremføre faktiske omstændigheder og i givet fald fremlægge beviserne herfor (*subjektiv* eller *formel bevisbyrde*, også kaldet *bevisførelsesbyrden*). For det andet følger det af fordelingen af bevisbyrden, hvem der bærer risikoen i tilfælde af, at en sags faktiske omstændigheder ikke kan oplyses eller en påstand ikke kan dokumenteres (*objektiv* eller *materiel bevisbyrde*). Jf. desuden mine bemærkninger i J. Kokott, *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg, 1993, s. 12 ff.

visse fællesskabsretlige mindstekrav, der for det første følger af ækvivalensprincippet, for det andet af effektivitetsprincippet og for det tredje af fællesskabsrettens almindelige retsprincipper⁶¹.

83. For så vidt angår *ækvivalensprincippet* må de nationale principper vedrørende beviskravet ikke være mindre gunstige end dem, der efter national konkurrenceret anvendes i tilsvarende sager. I en sag som den foreliggende indebærer dette, at den nationale konkurrencemyndighed med hensyn til at føre bevis for en overtrædelse af artikel 81 EF ikke må være underlagt strengere beviskrav, end det ville være tilfældet med hensyn til at føre bevis for en overtrædelse af artikel 6 Mw. I denne sag giver ækvivalensprincippet, så vidt jeg kan se, ikke anledning til vanskeligheder.

84. For så vidt angår *effektivitetsprincippet* må de nationale principper vedrørende beviskravet ikke gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at håndhæve traktatens

konkurrenceregler. Endvidere skal de nationale retsregler indeholde sanktioner for overtrædelser af fællesskabsretten, og disse skal være effektive, stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen og have en afskrækkende virkning⁶².

85. I denne sammenhæng skal det navnlig tages i betragtning, at konkurrencereglerne i artikel 81 EF og 82 EF siden den 1. maj 2004⁶³ er blevet anvendt i et decentralt system, som i vid udstrækning er afhængigt af de nationale myndigheders og retters medvirken⁶⁴. Det er i denne forbindelse af afgørende betydning, at den ensartede anvendelse af konkurrencereglerne i Fællesskabet fortsat sikres. Såfremt der opstår alt for store forskelle mellem medlemsstaternes myndigheder og domstole i forbindelse med håndhævelsen af konkurrencereglerne i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, vil det ikke blot være i strid med den fundamentale målsætning om ens konkurrencevilkår for virksomheder på det europæiske indre marked, men også med ønsket om en ensartet

61 — Jf. for det første formuleringen i slutningen af femte betragtning til forordning nr. 1/2003, hvorefter de nationale regler og krav skal være forenelige med fællesskabsrettens almindelige principper; jf. for det andet fast praksis siden dom af 16.12.1976, sag 33/76, Rewe-Zentralfinanz og Rewe-Zentral, Sml. s. 1989, præmis 5, om betydningen af ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet i konkurrenceretlige sager navnlig GT-Link-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 26, dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 29, af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 — C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 62 og 71, og af 18.1.2007, sag C-421/05, City Motors Groep, Sml. I, s. 653, præmis 34.

62 — Fast praksis siden dom af 21.9.1989, sag 68/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 2965, præmis 23 og 24, jf. f.eks. dom af 3.5.2005, forenede sager C-387/02, C-391/02 og C-403/02, Berlusconi m.fl., Sml. I, s. 3565, præmis 65, og af 4.7.2006, sag C-212/04, Adeneler m.fl., Sml. I, s. 6057, præmis 94.

63 — Denne dato markerer overgangen til den moderniserede kartelprocesret i henhold til forordning nr. 1/2003, jf. artikel 45, stk. 2, heri.

64 — Jf. herom navnlig 4., 6., 7., 8., 21. og 22. betragtning til forordning nr. 1/2003. Også i tiden før den 1.5.2004 havde Domstolen understreget den loyalitetspligt, som de nationale domstole er undergivet inden for konkurrenceretten, dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods og HB, Sml. I, s. 11369, præmis 49.

beskyttelse af forbrugerinteresserne i hele Fællesskabet. Derfor går målsætningen om ensartet anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF også som en rød tråd gennem forordning nr. 1/2003⁶⁵.

86. Alt dette betyder naturligvis ikke, at medlemsstaterne er tvunget til ned i sidste detalje at tilpasse de krav til bevisstyrken, der efter deres respektive nationale lovgivning gælder for at fastslå en overtrædelse af artikel 81 EF, til den bevisstyrke, som Fællesskabets retsinstanter plejer at kræve, når de efterprøver lovligheden af de afgørelser, som Kommissionen træffer i henhold til artikel 81 EF. Som femte betragtning til forordning nr. 1/2003 viser, har fællesskabslovgiver i så henseende bevidst taget visse forskelle i medlemsstaternes praksis med i købet⁶⁶. De er, som KPN med rette har understreget, uløseligt forbundet med et decentralt system til retshåndhævelse.

87. Det ville imidlertid være uforeneligt med effektivitetsprincippet, såfremt de nationale domstole stillede så høje krav til det bevis, som nationale konkurrencemyndigheder eller

private sagsøgere⁶⁷ skal føre for en overtrædelse af artikel 81 EF eller 82 EF, at en sådan bevisførelse blev uforholdsmæssigt vanskelig eller praktisk taget umulig. Navnlig må de nationale domstole ikke se bort fra de typiske særegenheder ved bevisførelsen, når overtrædelser af konkurrencereglerne skal fastslås.

88. En af disse særegenheder er, at i de fleste tilfælde må den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne⁶⁸. De aktiviteter og møder, der finder sted inden for rammerne af sådanne aftaler og sådan praksis, foregår nemlig som regel hemmeligt, og dokumenterne herom begrænses til et minimum⁶⁹.

65 — Jf. navnlig artikel 3, stk. 1 og 2, i forordning nr. 1/2003. Derudover henvises bl.a. til artikel 11 og 16 i denne forordning samt til 1., 14., 17., 19., 21. og 22. betragtning til forordningens præambel.

66 — Tilsvarende også i tidligere praksis; jf. Otto-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 14, sidste punktum, og GT-Link-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 23-26.

67 — Om begrebet »private enforcement« i konkurrenceretten, jf. navnlig Courage-dommen og dommen i sagen Manfredi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 61; generelt om effektivitetsprincippet gyldighed med henblik på håndhævelse af civilretlige krav, jf. endvidere dom af 15.1.2004, sag C-230/01, Penycoed, Sml. I, s. 937, præmis 36 og 37.

68 — Om artikel 81 EF, jf. f.eks. dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 57, i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 94 og 135, samt dom af 21.9.2006, sag C-113/04 P, Technische Unie mod Kommissionen, Sml. I, s. 8831, præmis 165, og dommen i sagen Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 51; om artikel 82 EF, jf. f.eks. dom af 13.7.1989, forenede sager 110/88, 241/88 og 242/88, Lucazeau m.fl., Sml. s. 2811, præmis 25, og GT-Link-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 42.

69 — Dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 55, og i sagen Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 55, præmis 51.

89. Disse særegenheder ved bevisførelsen i forbindelse med overtrædelser af konkurrencereglerne indebærer ikke mindst, at det skal være muligt for den myndighed eller private part, der har bevisbyrden, at drage visse konklusioner på basis af erfaringer ud fra typiske hændelsesforløb. Derefter påhviler det modparten — typisk den virksomhed, der beskyldes for en overtrædelse af konkurrencereglerne — at imødegå netop disse konklusioner, der er draget *prima facie* på grundlag af erfaringer og typiske hændelsesforløb, ved at fremlægge overbevisende modbeviser. Sker dette ikke, opfylder sådanne konklusioner kravene til bevisbyrden⁷⁰. Med andre ord skifter påberåbelsesbyrden frem og tilbage, inden spørgsmålet om den objektive bevisbyrde bliver aktuelt⁷¹.

90. Den formodning for en årsagssammenhæng mellem samordning og adfærd på markedet, som Domstolen har anerkendt vedrørende former for samordnet praksis, er således intet andet end en legitim konklusion, draget på basis af et typisk hændelsesforløb ud fra et erfaringsgrundlag. Hvis det nemlig er bevist, at der har fundet en samordning sted mellem to eller flere virksomheder, og disse virksomheder senere udviser en adfærd på markedet, der er i overensstemmelse med netop denne samordning, er det nærliggende

at antage, at der foreligger en årsagssammenhæng mellem samordningen og adfærd på markedet, medmindre virksomhederne fremkommer med en anden overbevisende forklaring på deres adfærd på markedet og fremlægger modbeviser herfor⁷².

91. Når konkurrenter således, som i denne sag, drøfter en mulig nedsættelse af deres forhandlergodtgørelser og efterfølgende mere eller mindre parallelt rent faktisk foretager sådanne nedsættelser, er det i mangel af andre plausible forklaringer i strid med sund fornuft at antage, at den nævnte informationsudveksling ikke i det mindste har været en medvirkende årsag til deres adfærd på markedet⁷³. Normalt kan man nemlig gå ud fra, at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet⁷⁴.

70 — I denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 79; tilsvarende allerede i dommen i sagen Lucazeau m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 68, præmis 25.

71 — Jf. herom også mit forslag til afgørelse af 8.12.2005 i sagen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, punkt 73.

72 — I denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 121 og 126, og Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 162 og 167; jf. desuden punkt 66 i dette forslag til afgørelse samt den i fodnote 45 nævnte retspraksis.

73 — Jf. herom endnu en gang punkt 64-71 i dette forslag til afgørelse.

74 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 121, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 162.

92. Afslutningsvis skal det påpeges, at de nationale myndigheder og domstole, når de forfølger og pålægger sanktioner for overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, er forpligtet til at overholde fællesskabsrettens almindelige principper, navnlig de på fællesskabsplan anerkendte grundlæggende rettigheder⁷⁵. En af disse grundlæggende rettigheder, der finder anvendelse i procedurer vedrørende pålæggelse af sanktioner for overtrædelser af konkurrencereglerne, er uskyldsfornodningen⁷⁶. Denne rettighed er en bestanddel af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner og kan i øvrigt udledes af artikel 6, stk. 2, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder⁷⁷. Senest er den også blevet optaget i artikel 48, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder⁷⁸.

93. Det kan imidlertid ikke anses for en tilsidesættelse af uskyldsfornodningen, når der i konkurrencesager drages visse konklusioner på basis af erfaringer ud fra typiske

hændelsesforløb, forudsat at de berørte virksomheder bevarer muligheden for at afkræfte disse konklusioner⁷⁹. Når alt kommer til alt, er indiciebevis og konklusioner baseret på almen erfaring også anerkendt i den klassiske strafferet.

94. Sammenfattende gælder følgende:

- I sager for nationale domstole finder den pågældende nationale lovgivning vedrørende kravene til styrken af det bevis, der skal føres for en overtrædelse af artikel 81 EF, anvendelse, idet ækvivalens- og effektivitetsprincipperne samt fællesskabsrettens almindelige principper skal overholdes.

75 — Dom af 13.4.2000, sag C-292/97, Karlsson m.fl., Sml. I, s. 2737, præmis 37, og af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 45; jf. også artikel 51, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

76 — Dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 149 og 150, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 175 og 176.

77 — Underskrevet i Rom den 4.11.1950.

78 — Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder blev første gang højtideligt proklameret den 7.12.2000 i Nice, EFT C 364, s. 1, og derefter igen den 12.12.2007 i Strasbourg, EUT 2007 C 303, s. 1. Selv om chartret endnu ikke har bindende retsvirkninger på linje med primærrettens, udgør det dog en retskilde, som indeholder oplysninger om de grundlæggende rettigheder, der sikres af Fællesskabets retsorden; jf. endvidere dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, »familiesammenføring«, Sml. I, s. 5769, præmis 38, og punkt 108 i mit forslag til afgørelse af 8.9.2005 i samme sag, jf. tillige dom af 13.3.2007, sag C-432/05, Unibet, Sml. I, s. 2271, præmis 37.

- Efter effektivitetsprincippet må der ikke stilles så høje krav til det bevis, der skal føres for en overtrædelse af artikel 81 EF, at en sådan bevisførelse bliver uforholdsmæssigt vanskelig eller praktisk taget umulig. Navnlig må de nationale domstole ikke se bort fra de typiske

79 — I denne retning også dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 155, og i sagen Montecatini mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 181, hvorefter en sådan fremgangsmåde ikke skal betragtes som en ulovlig anvendelse af omvendt bevisbyrde.

særegenheder ved bevisførelsen, når overtrædelser af konkurrencereglerne skal fastslås, og de skal tillade, at der drages konklusioner baseret på den almene erfaring i bedømmelsen af typiske hændelsesforløb.

eller om den også finder anvendelse på en enkeltstående samordning, forudsat at de deltagende virksomheder forbliver aktive på markedet.

- Med forbehold af det modbevis, som det påhviler de berørte virksomheder at føre, skal det også ved nationale domstole lægges til grund, at de virksomheder, der deltager i en samordning, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet.

3. Tredje præjudicielle spørgsmål: formodning for årsagssammenhæng ved enkeltstående samordning

95. I fortsættelse af andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret med sit tredje spørgsmål i det væsentlige oplyst, om en formodning for årsagssammenhæng mellem samordning og adfærd på markedet kun kan finde anvendelse på en samordning, der forekommer over en længere periode,

96. Baggrunden for dette spørgsmål er det forhold, at der i den foreliggende sag kun blev afholdt et enkelt møde, hvori repræsentanter for de nederlandske udbydere af tjenesteydelser inden for mobil telekommunikation deltog, nemlig i juni 2001.

97. T-Mobile, KPN og Vodafone opfatter formodningen for årsagssammenhæng som en undtagelse, der skal fortolkes snævert, og som kun må anvendes begrænset til tilfælde af en regelmæssig samordning mellem virksomheder og ikke udvides til at omfatte et enkeltstående tilfælde af samordning.

98. Jeg er ikke enig i denne opfattelse.

99. Af de domme, hvori Domstolen har anerkendt en formodning for årsagssammenhæng, fremgår det hverken, at denne formodning er en undtagelse fra reglen, eller at den udelukkende finder anvendelse i tilfælde af regelmæssig eller i al fald gentagen samordning af praksis mellem virksomheder. Tvært-

imod kan formodningen for årsagssammenhæng ud fra den formulering, som Domstolen har valgt, anses for det normale. Formodningen »gælder« nemlig helt generelt og er kun underlagt en eneste begrænsning: Den kan gendrives med et modbevis, som det påhviler de berørte virksomheder at føre⁸⁰.

100. Domstolens efterfølgende henvisning til en samordning, der finder sted regelmæssigt over en længere periode, udgør ikke nogen yderligere indskrænkning af formodningen for årsagssammenhæng. Den skal tværtimod fortolkes således, at formodningen for en årsagssammenhæng forstærkes yderligere, såfremt virksomheder har samordnet deres adfærd regelmæssigt og over en lang periode. Dette fremgår også af den formulering, som Domstolen har valgt: »Dette gælder så meget desto mere, når [...]«⁸¹.

101. Jeg finder heller ingen generel indskrænkning af formodningen for årsagssammenhæng i den af T-Mobile anførte

praksis ved Retten i Første Instans⁸², i hvilken det ifølge de faktiske omstændigheder drejede sig om deltagelse i flere møder med konkurrencebegrænsende formål.

102. Såfremt generaladvokat Cosmas i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni med sin sondring mellem deltagelse i et enkelt møde og deltagelse i en række møder⁸³ havde en mindre vidtgående formodning for årsagssammenhæng i tankerne, har Domstolen i al fald ikke taget hans opfattelse til følge på dette punkt.

103. Jeg kan tilføje, at en indskrænkning af formodningen for årsagssammenhæng til tilfælde med regelmæssig samordning over en længere periode heller ikke er sagligt nødvendig. Efter min mening findes der nemlig ikke noget generelt erfaringsmæssigt grundlag, hvorefter et enkeltstående tilfælde af informationsudveksling mellem konkurrenter ikke kan føre til en konkurrencebegrænsende samordning af deres adfærd på markedet og kun regelmæssige kontakter over en længere periode ville muliggøre dette⁸⁴. I overensstemmelse hermed kræver uskyldsfremodningen, som nogle af sagens parter har påberåbt sig, heller ikke, at et enkeltstående

80 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 121, første punktum, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 162, første punktum.

81 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 121, andet punktum, og i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 162, andet punktum.

82 — Dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 66.

83 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Cosmas fremsat den 15.7.1997 i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, punkt 56.

84 — Tilsvarende har retspraksis anerkendt, at en enkeltstående handling, en række af handlinger eller en sammenhængende adfærd kan udgøre en overtrædelse af artikel 81 EF; jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 81, og i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 27, præmis 258.

tilfælde af samordning behandles anderledes for så vidt angår årsagssammenhængen end et tilfælde, hvor samordningen har fundet sted regelmæssigt og over en længere periode.

104. Som den nederlandske regering med rette har anført, afhænger det af genstanden for den samordnede praksis og af de relevante markedsvilkår, hvor ofte, med hvilke intervaller og i hvilken form konkurrenter skal have indbyrdes kontakt for at opnå en samordning af deres praksis.

105. Hvis de deltagende virksomheder aftaler et kartel med et kompliceret, udspekuleret system for en varig samordnet praksis vedrørende en lang række aspekter af deres adfærd på markedet, er regelmæssige kontakter over en længere periode muligvis nødvendige. Er formålet derimod, som i den foreliggende sag, kun en punktuelt samordning med henblik på en enkeltstående tilpasning af praksis vedrørende et enkelt konkurrenceparameter, kan en enkeltstående kontakt mellem konkurrenter danne et tilstrækkeligt grundlag for at realisere de deltagende virksomheders konkurrencebegrænsende formål og således være årsag til den senere adfærd på markedet.

106. Det forhold, at der kun var tale om en enkeltstående kontakt, indebærer derfor ikke nødvendigvis i sig selv, at beviserne er utilstrækkelige. Det afgørende er derimod udelukkende, om den kontakt, der har fundet sted — også selv om det kun er et enkeltstående tilfælde af informationsudveksling i anledning af et møde — i det konkrete tilfælde har givet de deltagende virksomheder mulighed for rent faktisk at samordne deres

praksis og dermed bevidst at lade et praktisk samarbejde erstatte den konkurrence, der er forbundet med risici. I denne sag tyder alle informationer, som Domstolen er i besiddelse af, på, at det forholdt sig sådan, for allerede efter denne enkeltstående kontakt blev standardgodtgørelserne til forhandlerne rent faktisk sænket.

107. Antallet og regelmæssigheden af kontakterne mellem konkurrenterne kan dog være et indicium for varigheden og grovheden af overtrædelsen af konkurrencereglerne. Der skal tages hensyn hertil ved fastsættelsen af en eventuel bøde⁸⁵, og disse forhold kan eventuelt også spille en rolle for størrelsen af tredjemands erstatningskrav, bl.a. hvis der efter den nationale retsorden, der finder anvendelse, skal tilkendes bodslignende erstatning⁸⁶.

108. Sammenfattende gælder følgende:

Også når der kun foreligger et enkeltstående tilfælde af samordning mellem konkurrenter, der fortsat er aktive på markedet, kan det, medmindre det modsatte bevises, antages, at denne samordning har haft indflydelse på deres adfærd på markedet. Navnlig gælder en sådan antagelse, såfremt sagen alene drejer sig om en punktuelt samordning med henblik på en enkeltstående tilpasning af de deltagendes adfærd på markedet vedrørende et enkelt konkurrenceparameter.

85 — På fællesskabsniveau følger dette udtrykkeligt af artikel 23, stk. 3, i forordning nr. 1/2003.

86 — Jf. herom dommen i sagen Manfredi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 92.

VI — Forslag til afgørelse

109. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af College van Beroep voor het bedrijfsleven forelagte spørgsmål som følger:

- »1) a) En samordnet praksis har et konkurrencebegrænsende formål i artikel 81, stk. 1, EF's forstand, såfremt den efter sit indhold og mål samt under hensyntagen til dens retlige og økonomiske sammenhæng konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet. I denne forbindelse er det uden betydning, om konkurrencen rent faktisk hindres, begrænses eller fordrejes, og om der er en direkte forbindelse mellem den samordnede praksis og detailpriserne.
- b) Udvekslingen af fortrolige forretningsoplysninger mellem konkurrenter er forbundet med et konkurrencebegrænsende formål, såfremt udvekslingen kan fjerne eksisterende usikkerhedsmomenter vedrørende de deltagende virksomheders påtænkte adfærd på markedet, således at spillereglerne for fri konkurrence omgås.
- 2) a) I sager for nationale domstole finder den pågældende nationale lovgivning vedrørende kravene til styrken af det bevis, der skal føres for en overtrædelse af artikel 81 EF, anvendelse, idet ækvivalens- og effektivitetsprincipperne samt fællesskabsrettens almindelige principper skal overholdes.

- b) Efter effektivitetsprincippet må der ikke stilles så høje krav til det bevis, der skal føres for en overtrædelse af artikel 81 EF, at en sådan bevisførelse bliver uforholdsmæssigt vanskelig eller praktisk taget umulig. Derfor må de nationale domstole ikke se bort fra de typiske særegenheder ved bevisførelsen, når overtrædelser af konkurrencereglerne skal fastslås, og de skal tillade, at der drages konklusioner baseret på den almene erfaring i bedømmelsen af typiske hændelsesforløb.

 - c) Med forbehold af det modbevis, som det påhviler de berørte virksomheder at føre, skal det også ved nationale domstole lægges til grund, at de virksomheder, der deltager i en samordning, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet.
- 3) Også når der kun foreligger et enkeltstående tilfælde af samordning mellem konkurrenter, der fortsat er aktive på markedet, kan det, medmindre det modsatte bevises, antages, at denne samordning har haft indflydelse på deres adfærd på markedet. Navnlig gælder en sådan antagelse, såfremt sagen alene drejer sig om en punktuelt samordning med henblik på en enkeltstående tilpasning af de deltagendes adfærd på markedet vedrørende et enkelt konkurrenceparameter.«