



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 28. februar 2013¹

Sag C-681/11

Schenker & Co AG m.fl.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Oberster Gerichtshof (Østrig))

»Konkurrence — karteller — artikel 85 EØF, artikel 81 EF og artikel 101 TEUF — forordning (EØF) nr. 17 — forordning (EF) nr. 1/2003 — en virksomheds vildfarelse med hensyn til retsstridigheden af dens adfærd (vildfarelse med hensyn til et forbud) — ansvar for vildfarelse med hensyn til et forbud — tillid til rådgivning fra advokat — tillid til rigtigheden af en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed — kronvidneregler efter national konkurrenceret — en national konkurrencemyndigheds beføjelse til at fastslå en kartelovertrædelse uden at pålægge sanktioner«

I – Indledning

1. Kan en virksomhed retsforfølges på grund af en kartelovertrædelse, såfremt denne virksomhed har befundet sig i en vildfarelse med hensyn til lovligheden af sin egen adfærd? Dette er det centrale retlige spørgsmål, Domstolen konfronteres med i den foreliggende præjudicielle sag.
2. Den østrigske konkurrencemyndighed har anlagt sag mod flere speditivirksomheder for tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og de tilsvarende bestemmelser i den nationale kartellovgivning, da de igennem flere år har indgået prisaftaler. De pågældende virksomheder har i det væsentlige bestridt dette med det argument, at de i god tro har støttet på et råd fra et specialiseret advokatfirma samt en afgørelse fra den kompetente nationale domstol og derfor hverken kan beskyldes for at have deltaget i en kartelovertrædelse eller pålægges en bøde herfor.
3. Endnu en gang viser det sig i forbindelse med denne sag, at konkurrencemyndigheder og -domstole ved udførelsen af deres opgaver stilles over for problemer, som ikke er ulig problemerne i forbindelse med strafferetten, og hvis løsning kan være forbundet med vanskelige spørgsmål om beskyttelsen af grundlæggende rettigheder. De valg, som Domstolen vil foretage i denne henseende, er af grundlæggende betydning for videreudviklingen af den europæiske konkurrenceret og for dens praktiske anvendelse – på såvel EU-plan som på nationalt plan.

¹ — Originalsprog: tysk.

II – Retsforskrifter

A – EU-ret

4. De EU-retlige rammer for denne sag udgøres på det primærretlige niveau af EØF-traktatens artikel 85 og artikel 81 EF samt af de generelle retsprincipper i EU-retten. På det sekundærretlige niveau var i perioden til og med den 30. april 2004 forordning (EØF) nr. 17² relevant, fra den 1. maj 2004 har forordning (EF) nr. 1/2003 været gældende³.

1. Forordning nr. 17

5. I henhold til artikel 2 i forordning nr. 17 havde virksomheder og sammenslutninger af virksomheder mulighed for at få udstedt en såkaldt »negativattest« af Europa-Kommissionen:

»Kommissionen kan efter begæring fra de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder fastslå, at der ikke efter de forhold, Kommissionen har kendskab til, findes anledning til i medfør af [EØF-traktatens artikel 85, stk. 1] eller [EØF-traktatens artikel 86] at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis.«

2. Forordning nr. 1/2003

6. I artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er fastsat følgende under overskriften »De nationale konkurrencemyndigheders kompetence«:

»Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder er beføjede til at anvende [artikel 81 EF og 82 EF] i konkrete sager. I denne forbindelse kan de enten på eget initiativ eller på grundlag af en klage vedtage følgende beslutninger:

- Påbyde, at en overtrædelse skal bringes til ophør
- træffe foreløbige forholdsregler
- acceptere tilsagn
- pålægge bøder, tvangsbøder eller andre former for sanktioner, der er fastsat i deres nationale ret.

Når det på grundlag af de oplysninger, de er i besiddelse af, følger, at betingelserne for et forbud ikke er opfyldt, kan de tillige beslutte, at der ikke er nogen grund til, at de griber ind.«

7. Desuden findes i artikel 6 i forordning nr. 1/2003 denne bestemmelse om »de nationale domstoles kompetence«:

»De nationale domstole har kompetence til at anvende [artikel 81 EF og 82 EF].«

8. I henhold til artikel 35, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 kan de for anvendelsen af artikel 81 EF og 82 EF udpegede konkurrencemyndigheder omfatte domstole.

2 — Rådets forordning (EØF) nr. 17 af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

3 — 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). Denne forordning anvendes ifølge artikel 45, stk. 2, fra den 1.5.2004.

9. Europa-Kommissionens beføjelser er i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 bl.a. reguleret således:

»Hvis Kommissionen på grundlag af en klage eller på eget initiativ konstaterer, at [artikel 81 EF eller 82 EF] er overtrådt, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder eller virksomhedssammenslutninger at bringe den pågældende overtrædelse til ophør. [...] Når Kommissionen har en berettiget interesse deri, kan den endvidere fastslå, at der tidligere forelå en overtrædelse, som er bragt til ophør.«

10. Desuden giver artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 Europa-Kommissionen følgende beføjelse til at pålægge bøder:

»Kommissionen kan ved beslutning pålægge virksomheder og virksomhedssammenslutninger bøder, hvis de forsætligt eller uagtsomt:

a) overtræder [artikel 81 EF eller 82 EF] [...]«.

11. Endvidere henvises til artikel 10 i forordning nr. 1/2003, som indeholder følgende bestemmelse om »uansvarlighed«:

»Når almene fællesskabsinteresser i forbindelse med anvendelsen af [artikel 81 EF og 82 EF] kræver det, kan Kommissionen på eget initiativ vedtage en beslutning om, at artikel [81 EF] ikke finder anvendelse på en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, enten fordi betingelserne i [artikel 81, stk. 1, EF] ikke er opfyldt, eller fordi betingelserne i [artikel 81, stk. 3, EF] er opfyldt.

[...]«

B – *National ret*

12. Fra den 1. januar 1989 til den 31. december 2005 var Kartellgesetz af 1988 (kartelloven, herefter »KartG af 1988«)⁴ i kraft i Østrig. § 16 i KartG af 1988 indeholdt følgende definition af begrebet »bagatelkarteller« (Bagatellkartelle):

»Bagatelkarteller er karteller, der på tidspunktet for deres oprettelse med hensyn til forsyningen har

1. en andel på mindre end 5% af det samlede indenlandske marked og
2. en andel på mindre end 25% af et eventuelt indenlandsk lokalt delmarked.«

13. I henhold til § 18, stk. 1, nr. 1, i KartG af 1988 måtte bagatelkarteller også gennemføres inden deres retskraftige godkendelse, medmindre de i § 16 i KartG af 1988 fastsatte grænser ville blive overskredet som følge af flere virksomheders indtræden i kartellet.

4 — BGBl. nr. 600/1988.

14. Siden den 1. januar 2006 har i Østrig Kartellgesetz af 2005 (herefter »KartG af 2005«) været gældende⁵, hvis § 1, stk. 1, indeholder et forbud mod konkurrencebegrænsende praksis, der kan sammenlignes med artikel 81, stk. 1, EF (nu artikel 101, stk. 1, TEUF). Undtaget fra dette forbud er i henhold til § 2, stk. 2, nr. 1, i KartG af 2005:

»karteller, som har deltagelse af erhvervsdrivende, der i fællesskab har en andel på højst 5% af det samlede indenlandske marked og en andel på højst 25% af et eventuelt indenlandsk geografisk delmarked (bagatelkarteller)«.

15. § 28, stk. 1, i KartG af 2005 har følgende ordlyd:

»Når overtrædelsen [...] er bragt til ophør, skal kartelretten fastslå overtrædelsen, såfremt der foreligger en berettiget interesse heri.«

III – De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

16. For de nationale domstole, der har kompetence i kartelsager, er der indbragt en tvist mellem den østrigske konkurrencemyndighed, Bundeswettbewerbsbehörde, og en række speditionsvirksomheder, der opererer i Østrig.

17. Baggrunden for denne tvist er et mangeårigt kartel på det østrigske marked for speditionstjenester, den såkaldte sammenslutning af samleladningsspeditører (»Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz«, herefter »SSK«), der som »interessefællesskab« havde ca. 40 speditionsvirksomheder som medlemmer⁶. Inden for rammerne af SKK blev der mellem de deltagende speditionsvirksomheder navnlig indgået aftaler om tariffene for indenlandske samleladningstransporter, dvs. for speditionstjenester, hvor enkeltforsendelser fra flere afsendere logistisk samles i en enkelt ladning og efterfølgende fordeles til de forskellige bestemmelsessteder.

18. SSK blev oprettet midt i 1990'erne. Med henblik på oprettelsen af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde pr. 1. januar 1994 var de deltagende speditionsvirksomheder opsat på ikke at komme i konflikt med den europæiske konkurrenceret. De begrænsede derfor deres samarbejdet til Republikken Østrig område.

19. Den 30. maj 1994 blev SSK stiftet som et interessentskab, hvilket blev suspensivt betinget af kartelrettens godkendelse heraf.

20. Den 28. juni 1994 blev der indgivet ansøgning til den østrigske kartelret om at godkende SSK som et kartel i henhold til aftale (»Vereinbarungskartell«)⁷. Ansøgningen var vedlagt SSK's rammeaftale, og ansøgerne gjorde nærmere rede for retsstillingen i henhold til såvel østrigsk som europæisk kartellovgivning. Under sagen ved kartelretten blev der fra det paritetiske udvalg for kartelanliggende indhentet en foreløbig udtalelse⁸, hvori det konkluderedes, at kartellet ikke berører samhandelen mellem medlemsstater, hvorfor de europæiske konkurrenceforskrifter ikke finder anvendelse. Da det paritetiske udvalg imidlertid i sin endelige udtalelse var af den opfattelse, at SSK »ikke var nationaløkonomisk berettiget«, blev ansøgningen om tilladelse i sidste instans ikke opretholdt.

5 — BGBl. nr. 61/2005.

6 — SSK's forgængere, »Auto-Sammelladungskonferenz« og »Bahn-Sammelladungskonferenz«, havde eksisteret siden 1970'erne og havde indtil deres udløb den 31.12.1993 status som »godkendte karteller« i Østrig.

7 — Sagsnr. 4 Kt 533/94.

8 — Det paritetiske udvalg for kartelanliggende var indtil sin afskaffelse ved den nye kartellov af 2002 et sagkyndigt bistandsorgan for kartelretten. Dets virksomhed var reguleret i §§ 49, 112 og 113 i KartG af 1988.

21. Den 6. februar 1995 anmodede speditørernes sammenslutning (Zentralverband der Spediteure) kartelretten om at fastslå, at SSK var et »bagatelkartel« som omhandlet i KartG's § 16 og derfor kunne gennemføres uden godkendelse⁹. Kartelretten konsulterede akterne fra godkendelsesproceduren i 1994¹⁰ og fik således kendskab til den opfattelse, som det paritetiske udvalg i sin tid havde givet udtryk for i sin foreløbige udtalelse vedrørende spørgsmålet om den europæiske konkurrencerets anvendelighed. Ved kendelse af 2. februar 1996 konstaterede kartelretten, at SSK var et bagatelkartel som omhandlet i § 16 i KartG af 1988. Da denne kendelse ikke blev kæret, fik den retskraft.

22. Det advokatfirma¹¹, som SSK's »kartelbefuldmægtigede« havde baseret sig på som juridisk rådgiver, var ligeledes af den opfattelse, at SSK kan betragtes som bagatelkartel. Denne opfattelse kommer til udtryk i flere af dets skrivelser i denne henseende.

23. For det første bekræftede de involverede advokater, at SSK's aktiviteter i henhold til kartellets rammeaftale kunne føres ud i livet uden forbehold. I deres skrivelse af 11. marts 1996 nedfældede de de forhold, der skulle tages hensyn til ved gennemførelsen af SSK som bagatelkartel. Denne skrivelse kom dog ikke udtrykkeligt ind på spørgsmålet, om bagatelkartellet var i overensstemmelse med den europæiske kartellovgivning.

24. I endnu en skrivelse fra 2001 i forbindelse med en ændring af SSK's tarifstruktur anførte advokatfirmaet desuden, at spørgsmålet, om der var tale om et bagatelkartel, alene afhang af, om de deltagende virksomheder tilsammen overskred bestemte markedsandele eller ej.

25. I lyset af, at den nye østrigske kartellov af 2005 trådte i kraft den 1. januar 2006, anmodede speditørernes sammenslutning atter advokatfirmaet om at undersøge, hvilke virkninger den nye lov ville have for SSK. I sit svar af 15. juli 2005 gjorde advokatfirmaet opmærksom på, at det skulle undersøges, om SSK's andel af det indenlandske marked oversteg 5%, og om aftalerne inden for SSK var undtaget fra kartelforbuddet. Skrivelsen kom atter ikke ind på spørgsmålet om SSK's forenelighed med den europæiske kartellovgivning.

26. Speditørernes sammenslutning indsamlede ved hjælp af forespørgsler pr. e-mail de nødvendige oplysninger om SSK-medlemmernes markedsandele af den interne østrigske samleladningstransport af stykgods for årene 2004, 2005 og 2006. På grundlag af de principper om markedsafgrænsning, der lå til grund for kartelrettens afgørelse, beregnede sammenslutningen, at SSK havde en markedsandel på 3,82% i 2005 og på 3,23% i 2006. I al fald de vigtigste SSK-medlemmer fik meddelelse om underskridelsen af 5%-grænsen. Ifølge forelæggelsesafgørelsen kan det udelukkes, at 5%-grænsen i årene frem til og med 2004 blev overskredet ved tilgang af nye medlemmer.

27. Den 11. oktober 2007 meddelte Europa-Kommissionen, at den havde foretaget uanmeldte kontrolbesøg i lokalerne hos forskellige udbydere af internationale speditionstjenester på grund af mistanke om konkurrencebegrænsende praksis. Derpå blev det den 29. november 2007 i SSK's direktion enstemmigt besluttet at opløse SSK. SSK's medlemmer blev orienteret om denne beslutning den 21. december 2007.

28. Bundeswettbewerbshörde har nu gjort gældende, at de speditørvirksomheder, der deltog i SSK, fra 1994 til 29. november 2007 har »deltaget i en enkelt, kompleks tilsidesættelse i mange former af europæisk og østrigsk kartelret, idet de landsdækkende i Østrig har aftalt tariffene for indenlandske samleladningstransporter«. I hovedsagen har Bundeswettbewerbshörde nedlagt påstand om, at de

9 — Sagsnr. 4 Kt 79/95-12.

10 — Jf. punkt 20 i dette forslag til afgørelse.

11 — [Fodnote, der ikke er bestemt til offentliggørelse.]

fleste af virksomhederne pålægges bøder på grund af deres karteldeltagelse¹². Med hensyn til virksomheden Schenker, der har stillet sig til rådighed som kronvidne, blev der kun nedlagt påstand om konstatering af en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF og § 1 i KartG af 2005 (henholdsvis § 9, sammenholdt med § 18 i KartG af 1988) uden økonomiske sanktioner.

29. Speditionsvirksomhederne har navnlig forsvaret sig med, at de havde søgt rådgivning hos en pålidelig og erfaren juridisk rådgiver i konkurrenceret, og at SSK af kartelretten var anerkendt som bagatelkartel som omhandlet i § 16 i KartG 1988. Den europæiske konkurrenceret fandt efter deres opfattelse ikke anvendelse, fordi konkurrencebegrænsningen fra SSK ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstater.

30. Disse påstande blev taget til følge i første instans: Ved delafgørelse af 22. februar 2011 forkastede Oberlandesgericht Wien som kartelret påstandene fra Bundeswettbewerbsbehörde¹³. Som begrundelse blev det bl.a. anført, at speditivirksomhederne i forbindelse med deres prisaftaler ikke kunne beskyldes for at have handlet culpøst, da de kunne påberåbe sig kartelrettens afgørelse af 2. februar 1996 og desuden havde indhentet juridisk rådgivning hos et specialiseret advokatfirma. Hvad specielt angår Schenker som kronvidne var Oberlandesgericht af den opfattelse, at det udelukkende er forbeholdt Europa-Kommissionen at fastslå, om der foreligger overtrædelser, uden at pålægge en bøde.

31. Oberlandesgericht Wiens kendelse fra første instans blev af Bundeswettbewerbsbehörde og Bundeskartellanwalt kæret til Oberster Gerichtshof som øverste instans i kartelretlige sager. Under sagen for Oberster Gerichtshof har Europa-Kommissionen ved processkrift af 12. september 2011 indgivet skriftligt indlæg¹⁴.

IV – De præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

32. Ved afgørelse af 5. december 2011, der indgik til Domstolens Justitskontor den 27. december 2011, har Oberster Gerichtshof som øverste instans i kartelretlige sager¹⁵ (herefter også »den forelæggende ret«) forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Må en virksomheds tilsidesættelse af artikel 101 TEUF sanktioneres med en bøde, såfremt virksomheden befandt sig i en vildfarelse med hensyn til lovligheden af dens adfærd, og denne vildfarelse ikke kan tilregnes den?

Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

1a) Kan virksomhedens vildfarelse med hensyn til retmæssigheden af dens adfærd ikke tilregnes den, såfremt virksomheden har henholdt sig til et råd fra en juridisk rådgiver med erfaring i konkurrenceret, og virksomheden hverken umiddelbart eller efter den efterprøvelse, som med rimelighed kunne forventes af virksomheden, kunne erkende rådets urigtighed?

1b) Kan virksomhedens vildfarelse med hensyn til retmæssigheden af dens adfærd ikke tilregnes den, såfremt virksomheden har stolet på rigtigheden af en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed, som alene havde bedømt den pågældende adfærd efter national ret og erklæret den lovlig?

12 — Som retsgrundlag for bøderne anvendes § 142, stk. 1, litra a) og d), i KartG af 1998 samt § 29, stk. 1, litra a) og d), i KartG af 2005.

13 — Sagsnr. 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — Jf. i denne henseende artikel 15, stk. 3, tredje punktum, i forordning nr. 1/2003.

15 — Sagsnr. 16 Ok 4/11.

- 2) Er de nationale konkurrencemyndigheder beføjet til at fastslå, at en virksomhed har deltaget i et kartel, der har overtrådt Unionens konkurrenceregler, såfremt virksomheden ikke skal pålægges bøde, fordi den har søgt om anvendelse af kronvidnereglerne?»

33. Under sagen for Domstolen har foruden Schenker og en lang række andre virksomheder, der er parter i hovedsagen, også Bundeswettbewerbsbehörde og Bundeskartellanwalt, den italienske og den polske regering samt Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Bundeswettbewerbsbehörde og de fleste deltagende virksomheder samt Europa-Kommissionen var også repræsenteret under retsmødet den 15. januar 2013.

V – Bedømmelse

34. Den foreliggende sag vedrører med SSK et mangeårigt kartel, som var aktivt i Østrig dels i det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 17, dels i det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 1/2003.

35. Indholdsmæssigt drejer det hele sig om det spørgsmål, om de virksomheder, der deltog i SSK, i god tro kunne antage, at de prisaftaler, de havde indgået, ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstater og derfor alene var omfattet af anvendelsesområdet for den nationale østrigske kartellovgivning, men ikke også af anvendelsesområdet for den europæiske konkurrenceret.

36. SSK-medlemmerne troede sig åbenbart EU-retligt »på den sikre side«, da de begrænsede det geografiske anvendelsesområde for deres kartel til kun at omfatte Østrig. I betragtning af Unionens retsinstansers praksis og Europa-Kommissionens forvaltningspraksis¹⁶ hersker der ikke tvivl om, at denne retsopfattelse var *objektivt* forkert. Det er imidlertid uklart, om de pågældende virksomheders tilsidesættelse af det EU-retlige kartelforbud også *subjektivt* kan tilregnes dem. Det skal med andre ord undersøges, om de virksomheder, der deltog i SSK, *culpost* har tilsidesat det EU-retlige kartelforbud.

37. Den forelæggende ret har i sin forelæggelsesafgørelse og parterne i sagen i deres indlæg henvist til artikel 101 TEUF, som imidlertid først har fundet anvendelse efter den 1. december 2009. Derimod fandt den i tvisten omhandlede kartelovertrædelse sted i en periode, hvor dels artikel 81 EF, dels endog også EØF-traktatens artikel 85 var i kraft. Med henblik på således at give den forelæggende ret den fornødne vejledning til at kunne løse tvisten i hovedsagen skal anmodningen om præjudiciel afgørelse besvares på grundlag af de to sidstnævnte bestemmelser. Nedenstående betragtninger kan ganske vist uden problemer overføres til det EU-retlige kartelforbud i den nugældende affattelse af artikel 101 TEUF. For nemheds skyld taler jeg derfor i overvejende grad om det »EU-retlige kartelforbud«, som i det væsentlige er forankret i alle tre nævnte bestemmelser.

A – Ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud i den europæiske konkurrenceret (første led af det første præjudicielle spørgsmål)

38. Med det første led af sit første spørgsmål ønsker Oberster Gerichtshof at få oplyst, om en virksomhed på grund af sin tilsidesættelse af det EU-retlige kartelforbud må pålægges en bøde, såfremt virksomheden befandt sig i en vildfarelse med hensyn til lovligheden af sin adfærd, og denne vildfarelse ikke kan tilregnes den. Det, der skal afklares, er med andre ord det principielle spørgsmål,

16 — Dom af 17.10.1972, sag 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. s. 251, org.ref.: Rec. s. 977, præmis 29, af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22 in fine, af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax, Sml. I, s. 11125, præmis 37, og af 24.9.2009, forenede sager C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P og C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8681, præmis 38; Kommissionens meddelelse »Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82« (EUT 2004 C 101, s. 81), afsnit 3.2.1 (navnlig punkt 78).

om det fra den almindelige strafferet kendte retsinstitut »ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud« (schuldausschließender Verbotsirrtum) er anerkendt i den europæiske konkurrenceret. Domstolen har i sin hidtidige praksis højst berørt dette problem perifert¹⁷, men aldrig behandlet det indgående.

39. I modsætning til Europa-Kommissionens opfattelse er en besvarelse af dette første led af det første præjudicielle spørgsmål på ingen måde overflødig og kan heller ikke erstattes ved blot at behandle de øvrige præjudicielle spørgsmål. Disse øvrige spørgsmål er nemlig til dels kun stillet subsidiært og forudsætter i øvrigt alle ud fra en logisk betragtning, at der findes en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud i den europæiske konkurrenceret. Det skal derfor nødvendigvis først undersøges, om dette er tilfældet.

40. Udgangspunktet for betragtningerne vedrørende denne problematik bør være, at kartelletten ganske vist ikke hører til strafferettens kerneområde¹⁸, men generelt anses for nærmest at være af strafferetlig karakter¹⁹. Heraf følger, at der i kartelletten skal tages hensyn til visse principper fra strafferetten, som i sidste instans kan føres tilbage til retsstatsprincippet og princippet om skyld. Heriblandt hører foruden princippet om personligt ansvar, som Unionens retsinstanser indtil for ganske nylig ofte har beskæftiget sig med i kartelsager²⁰, også princippet *nulla poena sine culpa* (ingen straf uden skyld).

41. Selv om Domstolen i sin praksis endnu ikke har skullet behandle princippet *nulla poena sine culpa* udførligt, er der dog holdepunkter for, at den som en selvfølge forudsætter, at dette finder anvendelse på EU-plan²¹. Jeg kan tilføje, at der er tale om et princip, der har karakter af en grundlæggende rettighed, og som stammer fra medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner²². I Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og i EMRK²³ nævnes dette princip ganske vist ikke udtrykkeligt, men det er en nødvendig betingelse for uskyldsformodningen. Det kan derfor

17 — Jf. navnlig dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International Schallplatten mod Kommissionen (»Miller-dommen«), Sml. s. 131, præmis 18, og af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 111 og 112. I dom 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 60, nævnes begrebet retsvildfarelse i forbigående. I dom af 12.7.1979, forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, BMW Belgium m.fl. mod Kommissionen (»BMW Belgium-dommen«), Sml. s. 2435, præmis 43 og 44, og 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 45, har Domstolen – uden konkret at behandle en eventuel vildfarelse med hensyn til en forbud – blot anført, at det er uden betydning, om en virksomhed var sig en overtrædelse af forbuddet i EØF-traktatens artikel 85 bevidst. I generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse af 13.11.1975 i sag 26/75, General Motors mod Kommissionen, Sml. s. 1367, s. 1390, antages der at foreligge en retsvildfarelse, og en bøde på grundlag af forsæt afvises derfor.

18 — I sin dom af 23.11.2006, sag nr. 73053/01, Jussila mod Finland, Reports of Judgments and Decisions 2006-XIV, præmis 43, henregner Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Menneskerettighedsdomstolen) ikke konkurrenceretten til den klassiske strafferet. Menneskerettighedsdomstolen går ud fra, at de strafferetlige garantier, der gives i EMRK's artikel 6, stk. 1, ikke nødvendigvis skal anvendes fuldt ud uden for strafferettens kerneområder.

19 — Jf. i den henseende mit forslag til afgørelse af 3.7.2007 i sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 71, og af 8.9.2011, sag C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., punkt 48, begge med yderligere henvisninger. Domstolen anvender i fast praksis strafferetlige principper i den europæiske konkurrenceret (jf. vedrørende uskyldighedsformodningen dom af 8.7.1999, sag C-199/92 P, Hüls mod Kommissionen, Sml. I, s. 4287, præmis 149 og 150, og vedrørende forbuddet mod dobbelt strafforfølgning – »ne bis in idem« – dom af 14.2.2012, sag C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., præmis 94). Menneskerettighedsdomstolen anerkender på sin side i dom af 27.9.2011, sag nr. 43509/08, Menarini Diagnostics mod Italien, præmis 38-45, at en af den italienske konkurrencemyndighed pålagt kartelletlig bøde har strafferetlig karakter som omhandlet i EMRK's artikel 6, stk. 1.

20 — Jf. blandt mange andre dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 145 og 204, af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 39, af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 56, og af 19.7.2012, forenede sager C-628/10 P og C-14/11 P, Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen, præmis 42.

21 — I dom af 18.11.1987, sag 137/85, Maizena m.fl., Sml. s. 4587, præmis 14, fastslog Domstolen, at princippet *nulla poena sine culpa* hører blandt de »traditionelle strafferetlige« grundsætninger. Eksistensen heraf på EU-retligt plan forudsættes desuden i dom af 11.7.2002, sag C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, Sml. I, s. 6453, navnlig præmis 35 og 44. Jf. endvidere generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse af 11.7.1992 i sag C-143/91, Van der Tas, Sml. I, s. 5045, punkt 11, og – generelt vedrørende skyldprincippet i forbindelse med administrative sanktionsordninger – generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 24.1.2008 i de forenede sager C-55/07 og C-56/07, Michaeler m.fl., Sml. I, s. 3135, punkt 56.

22 — Generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse af 15.9.1993 i sag C-116/92, Charlton m.fl., Sml. I, s. 6755, punkt 18.

23 — Den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, »EMRK«, undertegnet i Rom den 4.11.1950.

antages, at princippet *nulla poena sine culpa* implicit er indeholdt i såvel chartrets artikel 48, stk. 1, som i EMRK's artikel 6, stk. 2, som der generelt tages hensyn til i kartelsager²⁴. Endelig kan disse to bestemmelser i chartret og EMRK betragtes som et processuelt udtryk for princippet *nulla poena sine culpa*.

42. I forbindelse med de kartelretlige sanktioner, som pålægges af Europa-Kommissionen, kommer princippet *nulla poena sine culpa* til udtryk både i artikel 15, stk. 2, i den tidligere forordning nr. 17 og i den nugældende artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003: I henhold til begge bestemmelser må der kun pålægges kartelretlige bøder for forsætlige eller uagtsomme overtrædelser.

43. Det samme må være tilfældet, når tilsidesættelser af EU-kartellovgivningen er genstand for en sag for nationale konkurrencemyndigheder eller -domstole. Inden for EU-rettens anvendelsesområde er nationale instanser ved udøvelsen af deres beføjelser nemlig forpligtet til at overholde de generelle retsprincipper i EU-retten²⁵. Dette ændres ikke af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, som i sidste instans har til formål at sikre, at EU-kartellovgivningens normer har forrang for national konkurrenceret.

44. Det følger af princippet *nulla poena sine culpa*, at en virksomhed kun kan drages til ansvar for en kartelovertrædelse, som den ved en ren objektiv betragtning har begået, hvis denne overtrædelse også kan tilregnes den i subjektiv henseende. Befandt virksomheden sig derimod i en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, kan der over for den ikke fastslås en overtrædelse, og den kan heller ikke anvendes som grundlag for at pålægge sanktioner som f.eks. bøder.

45. Det skal fremhæves, at ikke enhver vildfarelse med hensyn til et forbud fuldstændigt kan udelukke den karteldeltagende virksomheds skyld og dermed, at der foreligger en overtrædelse, der skal pålægges sanktioner. Kun hvis den vildfarelse, som virksomheden befandt sig i med hensyn til retsmæssigheden af sin markedsadfærd, var *uundgåelig* – undertiden tales også om en *undskyldelig* vildfarelse eller om en *ikke tilregnelig* vildfarelse – har virksomheden handlet uden skyld og kan ikke retsforfølges for den omhandlede kartelovertrædelse.

46. En sådan uundgåelig vildfarelse med hensyn til et forbud foreligger formentlig kun meget sjældent. Den kan kun antages at foreligge, hvis den pågældende virksomhed har gjort alt, hvad der er muligt og med rimelighed kan forventes af den med henblik på at undgå den tilsidesættelse af EU-kartellovgivningen, der foreholdes den.

47. Såfremt den pågældende virksomhed gennem passende foranstaltninger kunne have undgået den vildfarelse, som den befandt sig i med hensyn til retmæssigheden af sin markedsadfærd – som det ofte er tilfældet – kan den ikke undgå enhver sanktion for den kartelovertrædelse, den har begået. Tværtimod vil den i al fald have gjort sig skyldig i en uagtsom overtrædelse²⁶, hvilket alt efter sværhedsgraden af de omhandlede konkurrenceretlige spørgsmål *kan* (men ikke *skal*) føre til, at bødens størrelse nedsættes²⁷.

24 — Dommen i sagen Hüls mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 149 og 150, med hensyn til EMRK's artikel 6, stk. 2, og dom af 22.11.2012, sag C-89/11 P, E.ON Energie mod Kommissionen, præmis 72 og 73, med hensyn til artikel 48, stk. 1, i chartret om grundlæggende rettigheder; i samme retning allerede dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands og United Brands Continentaal mod Kommissionen (»United Brands-dommen«), Sml. s. 207, præmis 265.

25 — Jf. blandt mange andre dom af 26.4.2005, sag C-376/02, »Goed Wonen«, Sml. I, s. 3445, præmis 32, af 11.7.2006, sag C-13/05, Chacón Navas, Sml. I, s. 6467, præmis 56, og af 27.9.2007, sag C-184/05, Twoh International, Sml. I, s. 7897, præmis 25.

26 — Jf. i denne henseende generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i sagen General Motors mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 17.

27 — Europa-Kommissionen, Retningslinjer for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 (EUT 2006 C 210, s. 2, »retningslinjerne fra 2006«), punkt 29, andet led.

48. Om en karteldeltagende virksomheds vildfarelse med hensyn til et forbud var undgåelig eller uundgåelig (kan tilregnes den eller ikke tilregnes den), skal vurderes på grundlag af ensartede EU-retlige kriterier, for at der for alle virksomheder, der er aktive på det indre marked, gælder ensartede rammebetingelser med hensyn til Unionens materielle konkurrenceret («level playing field»)²⁸. Denne problematik vil jeg gøre mere indgående rede for i forbindelse med det andet led af det første præjudicielle spørgsmål, som jeg behandler nedenfor.

B – Spørgsmålet, om en vildfarelse med hensyn til et forbud kan tilregnes en virksomhed (andet led af det første præjudicielle spørgsmål)

49. Hvis retsinstituttet »ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud«, sådan som jeg har foreslået²⁹, anerkendes i EU-kartellovgivningen, skal det andet led af det første præjudicielle spørgsmål [spørgsmål 1 a) og 1 b)], der er stillet subsidiært, også behandles. Med dette ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilken agtpågivenhed en virksomhed skal have udvist, for at det kan antages, at den med hensyn til retmæssigheden af sin markedsadfærd befandt sig i en uundgåelig (ikke tilregnelig) og dermed i en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, således at denne virksomhed ikke kan retsforfølges for en eventuel kartelovertrædelse.

50. Det skal nærmere bestemt undersøges, hvorvidt og under hvilke betingelser den omstændighed, at den pågældende virksomhed har stolet på rådgivning fra en advokat ([spørgsmål 1 a); jf. i den henseende afsnit 1 umiddelbart nedenfor] eller på en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed [spørgsmål 1 b); jf. i den henseende afsnit 2 længere nedenfor], kan føre til den antagelse, at en eventuel vildfarelse med hensyn til et forbud ikke kan tilregnes virksomheden, og at den derfor undgår kartelretlige sanktioner.

1. Virksomhedens tillid til rådgivning fra en advokat [spørgsmål 1 a)]

51. Med spørgsmål 1 a) ønsker den forelæggende oplyst, om der kan antages at foreligge en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, såfremt en virksomhed i forbindelse med den konkurrencebegrænsende adfærd, der foreholdes den, har henholdt sig til rådgivning fra en advokat.

52. Dette delspørgsmål rejser sig på baggrund af flere skriftlige responsa fra et advokatfirma, som SSK havde henvendt sig til, og som de pågældende virksomheder nu påberåber sig til deres forsvar i hovedsagen.

53. Mellem parterne er det meget omtvistet, om der skal tages hensyn til rådgivning fra en advokat ved vurderingen af, om en virksomhed har handlet culpøst i forbindelse med en kartelovertrædelse. Mens de virksomheder, der deltager i den præjudicielle sag, generelt er af denne opfattelse³⁰, har Europa-Kommissionen samt de medlemsstater og nationale myndigheder, der er repræsenteret for Domstolen, indtaget det modsatte synspunkt.

28 — Jf. i denne henseende også ottende betragtning til forordning nr. 1/2003 samt mit forslag til afgørelse af 6.9.2012 i sag C-226/11, Expedia, punkt 37, med yderligere henvisninger.

29 — Jf. i denne henseende mine bemærkninger vedrørende første led af det første præjudicielle spørgsmål, punkt 38-48 i dette forslag til afgørelse.

30 — Undtagen Schenker, som ikke har udtalt sig vedrørende denne problematik og kun har afgivet skriftligt og mundtligt indlæg vedrørende det andet præjudicielle spørgsmål.

a) Betydningen af juridisk rådgivning i systemet efter forordning nr. 1/2003

54. Domstolen har hidtil, så vidt det fremgår, kun en enkelt gang beskæftiget sig med denne problematik relativt perifert. I Miller-dommen fastslog den, at et responsum fra en advokat ikke kan undskylde en virksomheds tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85³¹.

55. Denne konklusion fra Domstolen i Miller-dommen skal forstås på baggrund af den lovgivning, der var gældende på daværende tidspunkt. Indtil den 30. april 2004 stod det i henhold til forordning nr. 17 virksomheder frit for at forelægge de aftaler, de havde indgået med hinanden, for Europa-Kommissionen til godkendelse eller anmode Kommissionen om en negativattest. På denne måde var det muligt for virksomheder, der var aktive på det indre marked, fra myndighedernes side at opnå retssikkerhed med hensyn til, om deres adfærd var forenelig med den europæiske konkurrenceret. En virksomhed, der ikke fulgte denne vej, men kun baserede sig på rådgivning fra en advokat, gjorde ikke alt, hvad der var muligt og med rimelighed kunne forventes af den med henblik på at undgå en tilsidesættelse af den europæiske konkurrenceret. I sig selv var virksomhedens tillid til responsummet fra en advokat på daværende tidspunkt ikke tilstrækkelig til at anse en eventuel vildfarelse med hensyn til et forbud for at være uundgåelig og dermed udelukke skyld.

56. Retspraksis i Miller-sagen kan imidlertid ikke overføres til den nugældende retsstilling. Med forordning nr. 1/2003, der har været i kraft siden den 1. maj 2004, fandt der nemlig et paradigmeskift sted i forbindelse med håndhævelsen af EU-kartellovgivningen. Det tidligere anmeldelses- og godkendelsessystem i forordning nr. 17 blev erstattet af den nye ordning med en direkte anvendelig undtagelse³². Siden da har hverken Europa-Kommissionen eller de nationale konkurrencemyndigheder eller -domstole udstedt godkendelser eller negativattester i konkrete sager³³.

57. Tværtimod har det efter den 1. maj 2004 været forventet af de virksomheder, der er aktive på det indre marked, at de på eget ansvar vurderer, om deres markedsadfærd er forenelig med den europæiske kartellovgivning. I princippet bærer de pågældende virksomheder derfor selv risikoen for en eventuel fejlurdering af retsstillingen. Der gælder den almindelige visdom, at uvidenhed ikke diskulperer. Netop derfor har indhentning af sagkyndig juridisk rådgivning i systemet efter forordning nr. 1/2003 en helt anden betydning, end det var tilfældet i systemet efter forordning nr. 17. Konsultering af en juridisk rådgiver er i dag for virksomheder ofte den eneste måde, hvorpå de kan få omfattende oplysninger om retsstillingen på kartelområdet.

58. Man kan ikke på den ene side tilskynde virksomheder til at indhente sagkyndig juridisk rådgivning, men på den anden side ikke tillægge denne rådgivning betydning ved vurderingen af, om de har handlet culpøst i forbindelse med en overtrædelse af EU-kartellovgivningen. Såfremt en virksomhed i god tro har støttet på sin juridiske rådgivers – i sidste instans forkerte – råd, må dette nødvendigvis få konsekvenser i forbindelse med den kartelretlige bødesag.

59. Navnlig udgør en advokats rent civile retlige ansvar for en eventuelt urigtig juridisk rådgivning, som denne har ydet – i modsætning til Europa-Kommissionens opfattelse – i sig selv ikke en passende modvægt. Klientens civile regres mod sin advokat er nemlig sædvanligvis behæftet med betydelige usikkerhedsmomenter og kan desuden ikke afhjælpe den moralske fordømmelse (»stigmatisering«), der er forbundet med, at virksomheden pålægges kartelretlige – dvs. strafferetslignende – sanktioner.

31 — Miller-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 18. For fuldstændighedens skyld kan det tilføjes, at det desuden er anført i BMW Belgium-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 43 og 44, at den pågældende virksomhed til sit forsvar har påberåbt sig et responsum fra en advokat, dog uden at Domstolen konkret tog stilling til dette aspekt.

32 — Fjerde betragtning til forordning nr. 1/2003.

33 — Først for nylig har Domstolen fremhævet de nationale konkurrencemyndigheders manglende kompetence til at fastslå, at EU-kartellovgivningen ikke er tilsidesat (dom af 3.5.2011, sag C-375/09, Tele 2 Polska, Sml. I, s. 3055, navnlig præmis 29 og 32).

60. Indhentningen af juridisk rådgivning kan ganske vist ikke fritage en virksomhed for ethvert ansvar for dens markedsadfærd og for eventuelle tilsidesættelser af den europæiske konkurrenceret. Et responsum fra en advokat kan aldrig give carte blanche. I modsat fald ville døren være åbnet for blot at udstede proformaresponser, og den beføjelse til at udstede administrative negativattester, der blev afskaffet i forordning nr. 1/2003, ville *de facto* blive overdraget til private juridiske rådgivere, som ikke har nogen legitimitet hertil.

61. Det grundlæggende mål om, at de europæiske konkurrenceregler håndhæves effektivt³⁴, indebærer, at en virksomheds eventuelle tillid til juridisk rådgivning kun skal anerkendes som grundlag for en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, hvis visse minimumskrav, som jeg kort vil redegøre for i det følgende, blev overholdt i forbindelse med indhentningen af denne juridiske rådgivning.

b) Mindstekrav i forbindelse med indhentning af juridisk rådgivning

62. Det er en grundlæggende forudsætning for at tage hensyn til den juridiske rådgivning, som en virksomhed har indhentet, at virksomheden i god tro har stølet på denne rådgivning. Beskyttelse af den berettigede forventning og god tro hører nemlig tæt sammen³⁵. Såfremt faktiske omstændigheder begrunder den antagelse, at virksomheden i ond tro baserede sig på et advokatresponsum, eller at der var tale om et proformaresponsum, er den ydede juridiske rådgivning på forhånd helt uden betydning ved vurderingen af, om der er handlet culpøst i forbindelse med en overtrædelse af de europæiske konkurrenceregler.

63. Derudover gælder følgende mindstekrav til indhentning af juridisk rådgivning, som den pågældende virksomhed selv bærer risikoen og ansvaret for at overholde.

64. For det første skal der altid indhentes rådgivning fra en uafhængig ekstern advokat³⁶. Rådgivning fra en virksomheds eller concerns egen interne juridiske afdeling kan i forbindelse med en vildfarelse med hensyn til et forbud under ingen omstændigheder have en ansvarsudelukkende virkning. Virksomhedsjurister er nemlig – også hvis de har status som interne advokater³⁷ – som arbejdstagere direkte afhængige af den pågældende virksomhed, og deres juridiske rådgivning kan derfor tilregnes deres egen arbejdsgiver. En virksomhed kan ikke give sig selv carte blanche til sin mulige konkurrencebegrænsende adfærd.

65. For det andet skal der være tale om rådgivning fra en sagkyndig advokat, hvilket forudsætter, at advokaten er specialiseret inden for konkurrenceret, herunder europæisk kartellovgivning, og desuden regelmæssigt får overdraget opgaver fra dette retsområde.

66. For det tredje skal rådgivningen fra advokaten være ydet på grundlag af en fuldstændig og korrekt fremstilling af de faktiske omstændigheder fra den pågældende virksomheds side. Såfremt en virksomhed kun har givet den advokat, den har søgt om råd, ufuldstændige eller endog urigtige oplysninger om omstændigheder, som stammer fra virksomhedens ansvarsområde, kan responsummet fra denne advokat i en kartelsag ikke virke som en undskyldning for så vidt angår en eventuel vildfarelse med hensyn til et forbud.

34 — Jf. vedrørende dette mål 8., 17. og 22. betragtning til forordning nr. 1/2003 samt dom af 7.12.2010, sag C-439/08, VEBIC, Sml. I, s. 12471, præmis 56, og af 14.6.2011, sag C-360/09, Pfeiderer, Sml. I, s. 5161, præmis 19.

35 — I denne retning dom af 16.7.1998, sag C-298/96, Oelmühle og Schmidt Söhne, Sml. I, s. 4767, præmis 29, af 19.9.2002, sag C-336/00, Huber, Sml. I, s. 7699, præmis 58, og af 22.1.1997, sag T-115/94, Opel Austria mod Rådet, Sml. II, s. 39, præmis 93.

36 — Ved »advokat« forstås her og i det følgende selvfølgelig også advokater, der er aktive som ansatte i et uafhængigt advokatfirma.

37 — Jf. i denne henseende dom af 14.9.2010, sag C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 8301, samt mit forslag til afgørelse af 29.4.2010 i den pågældende sag.

67. For det fjerde skal responsummet fra den konsulterede advokat udførligt behandle Europa-Kommissionens forvaltnings- og beslutningspraksis samt Unionens retsinstansers praksis og i den forbindelse indgående tage stilling til alle retligt relevante forhold i det enkelte tilfælde. Det, der ikke udtrykkeligt er genstand for advokatens rådgivning, men højst implicit kan udledes deraf, kan ikke danne grundlag for at anerkende en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud.

68. For det femte må den juridiske rådgivning, der er ydet, ikke være åbenbart urigtig. Ingen virksomhed må blindt stole på advokatens rådgivning. Tværtimod påhviler det enhver virksomhed, der søger råd hos en advokat, i det mindste at undersøge, om de oplysninger, som denne har givet, er plausible.

69. Den agtpågivenhed, der kan forventes af en virksomhed i denne henseende, er selvfølgelig afhængig af dens størrelse og dens erfaring inden for konkurrenceretlige anliggender³⁸. Jo større en virksomhed er, og jo mere erfaring den har med konkurrenceret, i jo højere grad er den forpligtet til at undersøge indholdet af den indhentede juridiske rådgivning, især hvis den har sin egen juridiske afdeling med tilsvarende ekspertise.

70. Uafhængigt heraf skal enhver virksomhed imidlertid vide, at visse former for konkurrencebegrænsende praksis allerede i sagens natur er forbudt³⁹, navnlig at ingen må deltage i såkaldte *alvorlige begrænsninger*⁴⁰, f.eks. prisaftaler eller aftaler eller foranstaltninger med henblik på opdeling eller afskærmning af markeder. Desuden kan det kræves af store og erfarne virksomheder, at de har kendskab til Europa-Kommissionens relevante bemærkninger i dennes meddelelser og retningslinjer på konkurrenceretens område.

71. For det sjette handler den pågældende virksomhed på egen risiko, såfremt det fremgår af det responsum, den har indhentet, at retsstillingen er uklar. Virksomheden accepterer i så fald nemlig i det mindste uagtsomt, at den med sin markedsadfærd tilsidesætter de europæiske konkurrenceregler.

72. På grundlag af de mindstekrav, jeg har anført ovenfor, bliver værdien af advokatresponsa for de pågældende virksomheder ganske vist en smule reduceret. Dette ligger imidlertid i karakteren af den ordning, der blev indført ved forordning nr. 1/2003, og forholder sig i øvrigt heller ikke anderledes i den klassiske strafferet: I sidste ende er enhver virksomhed selv ansvarlig for sin markedsadfærd og bærer risikoen for de overtrædelser, den måtte begå. Der kan ikke opnås absolut retssikkerhed ved at indhente juridisk rådgivning fra en advokat. Såfremt alle ovennævnte mindstekrav imidlertid er opfyldt, kan der antages at foreligge en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, hvis den pågældende virksomhed i god tro har henholdt sig til et råd fra sin juridiske rådgiver.

73. Det kan tilføjes, at en advokat, der gennem afgivelse af proformaresponsa gør sig til håndlanger for virksomheders konkurrencebegrænsende praksis, ikke kun må befrygte civile og erhvervsmæssige konsekvenser, men desuden muligvis også selv kan pålægges kartelretlige sanktioner⁴¹.

38 — Dette antydes også i *United Brands-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 299-301, og dom af 13.2.1979, sag 85/76, *Hoffmann-La Roche* mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 134; i samme retning dom af 1.4.1993, sag C-250/91, *Hewlett Packard France*, Sml. I, s. 1819, præmis 22, og af 14.11.2002, sag C-251/00, *Ilumitrónica*, Sml. I, s. 10433, præmis 54.

39 — I denne retning *Miller-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 18 og 19, dom af 11.7.1989, sag 246/86, *Belasco* m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2117, præmis 41, og af 8.2.1990, sag C-279/87, *Tipp-Ex* mod Kommissionen, Sml. I, s. 261, sammendrag punkt 2; jf. desuden Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 - T-264/02 og T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich* m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 205.

40 — Vedrørende begrebet alvorlig begrænsning, jf. navnlig meddelelsen fra Europa-Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (*bagatelaftaler*), EFT 2001 C 368, s. 13.

41 — I denne retning Rettens dom af 8.7.2008, sag T-99/04, *AC-Treuhand* mod Kommissionen, Sml. II, s. 1501, vedrørende det bidrag til et kartel, som blev ydet af en rådgivningsvirksomhed, der ikke selv var aktiv på det marked, der var berørt af kartellet.

c) Konklusioner for den foreliggende sag

74. Overfører man de ovennævnte kriterier til en sag som den foreliggende, fremgår det, at de pågældende virksomheder ikke befandt sig i en undskyldelig vildfarelse med hensyn til et forbud, men at en eventuel vildfarelse med hensyn til retsstridigheden af deres markedsadfærd med hensyn til den europæiske konkurrenceret derimod kan tilregnes dem.

75. For det første ligger nemlig begyndelsestidspunktet for overtrædelser, ligesom også langt størstedelen af SSK-kartellets varighed, inden for det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 17. Som Bundeskartellamt med rette har understreget, stod det således de pågældende virksomheder⁴² frit for på et tidligt tidspunkt at henvende sig til Europa-Kommissionen og anmode denne om at udstede en negativattest i henhold til artikel 2 i forordning nr. 17^{43 44}. Den omstændighed, at de har undladt dette, kan ikke opvejes af, at der er indhentet juridisk rådgivning fra en advokat. Heller ikke med hensyn til den del af SSK-kartellet, der fandt sted efter den 30. april 2004, dvs. i det tidsmæssige anvendelsesområde for forordning nr. 1/2003, kan noget andet være tilfældet. Hvis man nemlig – ligesom Bundeswettbewerbbehörde – antager, at det omtvistede kartel udgjorde en enkelt og vedvarende overtrædelse, må SSK-medlemmernes undladelse af i begyndelsen at indhente en negativattest indvirke på vurderingen af, om de har handlet culpøst i hele kartellets varighed.

76. For det andet synes den indhentede juridiske rådgivning i den foreliggende sag ifølge den forelæggende rets fremstilling at være ufuldstændig. Netop det spørgsmål, som kan være afgørende for forfølgelsen af SSK-medlemmernes kartelovertrædelse, nemlig vedrørende det materielle anvendelsesområde for henholdsvis EØF-traktatens artikel 85 og artikel 81 EF, blev der ikke taget stilling til i de forskellige skrivelser fra det konsulterede advokatfirma – med forbehold af endnu en efterprøvelse fra den nationale domstols side. I modsætning til, hvad der synes at være opfattelsen blandt nogle af de virksomheder, der deltager i sagen, er det ikke tilstrækkeligt i denne forbindelse, at advokatresponsaene muligvis implicit tillader konklusioner vedrørende problematikken med hensyn til påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater. Det, der ikke udtrykkeligt er genstand for advokatens rådgivning, men højst indirekte kan udledes deraf, kan som nævnt⁴⁵ ikke danne grundlag for at anerkende en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud. Dette gælder så meget desto mere, når der – som her – er tale om et centralt, altafgørende retsspørgsmål i forbindelse med en sag.

77. Jeg kan tilføje, at det i det mindste af de større virksomheder blandt karteldeltagerne kan kræves, at de har kendskab til Europa-Kommissionens relevante meddelelser og retningslinjer⁴⁶. Af disse fremgår det klart, at horisontale karteller som SSK, der omfatter hele en medlemsstats område, normalt kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater⁴⁷, således at de falder ind under det EU-retlige kartelforbud.

78. Uden betydning for spørgsmålet, om de karteldeltagende virksomheder har handlet culpøst, er endelig den omstændighed, som nogle parter i sagen har understreget, nemlig at SSK ikke var et hemmeligt kartel, og at SSK-medlemmerne efter eget udsagn havde til hensigt at undgå en tilsidesættelse af EU-kartellovgivningen. Der kan ikke antages at foreligge en ansvarsudelukkende

42 — Dette gælder for alle virksomheder, der allerede inden den 1.5.2004 var medlem af SSK.

43 — En tilsvarende bestemmelse indeholdt i sin tid artikel 2 i protokol nr. 4 til aftalen mellem EFTA-staterne om oprettelse af en tilsynsmyndighed og en domstol (EFT 1994 L 344, s. 12).

44 — I denne retning dommen i sagen Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 129, sidste punktum, præmis 130 og 134, næstsidste punktum.

45 — Jf. punkt 67 i dette forslag til afgørelse.

46 — Jf. punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

47 — Retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, afsnit 3.2.1 (navnlig punkt 78).

vildfarelse med hensyn til et forbud alene af den grund, at overtræderen mener at have grundlag herfor og også i øvrigt »er sikker i sin sag«. Det er derimod alene afgørende, om den pågældende har gjort alt, hvad der er muligt og med rimelighed kan forventes med henblik på at undgå at begå en overtrædelse.

2. Virksomhedens tillid til en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed [spørgsmål 1 b)]

79. Med spørgsmål 1 b) ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om der kan antages at foreligge en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, såfremt en virksomhed i forbindelse med den konkurrencebegrænsende adfærd, der foreholdes den, har stølet på en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed, som alene havde bedømt den pågældende adfærd efter national ret og erklæret den lovlig.

80. Baggrunden for dette delspørgsmål er, at den østrigske kartelret som kompetent national instans ved retskraftig kendelse af 2. februar 1996 anerkendte SKK som »bagatelkartel« som omhandlet i § 16 i KartG af 1988. Denne kendelse har de pågældende virksomheder nu påberåbt sig til deres forsvar i hovedsagen.

81. Ligesom i forbindelse med tilliden til rådgivning fra en advokat, der er behandlet ovenfor, er det meget omtvistet mellem parterne i sagen, om der skal tages hensyn til en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed ved vurderingen af, om en virksomhed har handlet culpøst i forbindelse med en kartelovertrædelse. Fronternes forløb i forbindelse med de to problemer er i det væsentlige ens.

a) Betydningen af afgørelser fra nationale konkurrencemyndigheder og -domstole

82. Et af hovedformålene med forordning nr. 1/2003 var i højere grad end tidligere at inddrage nationale instanser i håndhævelsen af den europæiske kartellovgivning⁴⁸. Den rolle, som de nationale konkurrencemyndigheder og de nationale domstole spiller i den nye decentrale ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, bør således ikke undervurderes. I henhold til artikel 5 og 6 i forordning nr. 1/2003 har medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole udtrykkeligt kompetence til at anvende EU-kartellovgivningen og er i givet fald – under de i forordningens artikel 3 nævnte omstændigheder – endog forpligtet hertil⁴⁹.

83. Heller ikke i perioden frem til den 30. april 2004, hvor kartelretten afsagde den kendelse, der er fremført af de deltagende virksomheder, var de nationale myndigheder og domstole på nogen måde frataget muligheden for at anvende henholdsvis EØF-traktatens artikel 85 og artikel 81 EF. Europa-Kommissionen havde ganske vist i sin tid i henhold til artikel 9, stk. 1, i forordning nr. 17 enekompetence til at indrømme fritagelse efter henholdsvis EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, og artikel 81, stk. 3, EF. I øvrigt var nationale myndigheder og domstole principielt ikke udelukket fra at anvende henholdsvis EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 81, stk. 1, EF, der havde direkte virkning, og navnlig at undersøge, om en hemmelig aftale mellem virksomheder var omfattet af de europæiske konkurrencereglers materielle anvendelsesområde, dvs. om de i givet fald kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater⁵⁰. En sådan undersøgelse blev f.eks. nødvendig, når der i tilfælde af en konflikt mellem fællesskabsretten og de nationale retsregler vedrørende karteller skulle tages hensyn til det af Domstolen fastsatte princip om fællesskabsrettens forrang⁵¹.

48 — Sjette, syvende og ottende betragtning til forordning nr. 1/2003.

49 — Vedrørende denne forpligtelse; jf. også dommen i sagen Toshiba Corporation m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 77.

50 — Dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT mod SABAM, Sml. s. 51, præmis 15-22.

51 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Walt Wilhelm m.fl., Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1, præmis 6 in fine.

84. På denne baggrund kan afgørelser fra nationale konkurrencemyndigheder og -domstole – også afgørelser, der er truffet inden den 1. maj 2004 – ved siden af Europa-Kommissionens administrative praksis og Unionens retsinstitutters praksis give de virksomheder, der er aktive på det indre marked, vigtige holdepunkter vedrørende forståelsen af den gældende retsstilling i den europæiske konkurrenceret.

85. Hvilke virkninger de pågældende virksomheders tillid til sådanne afgørelser har for deres ansvar for kartelovertrædelser, skal fastsættes ud fra princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, der også er anerkendt på EU-plan⁵². I henhold hertil er det på ingen måde udelukket, at virksomheder i forbindelse med EU-retlige anliggender kan henholde sig til afgørelser fra nationale myndigheder og domstole⁵³. Desuden synes tilliden til udtalelser fra sådanne instanser at være mere beskyttelsesværdig end tilliden til responsa fra private juridiske rådgivere.

86. Det ville dog føre for vidt at tillægge en hvilken som helst udtalelse fra en national instans vedrørende EU-kartellovgivningen virkninger med hensyn til vurderingen af virksomheders ansvar for overtrædelser, der foreholdes dem. Visse mindstekrav skal også være opfyldt i denne forbindelse for ikke at modvirke den effektive håndhævelse af de europæiske konkurrenceregler.

b) Betingelser for anerkendelse af den beskyttelsesværdige tillid til afgørelser fra nationale konkurrencemyndigheder og -domstole

87. For det første skal der være tale om en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed, der har kompetence til at anvende EU-kartellovgivningen, som omhandlet i artikel 5 og artikel 35 eller en national domstol som omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 1/2003.

88. En national *konkurrencemyndighed* må ganske vist ikke udstede godkendelser eller negativattester med hensyn til EU-kartellovgivningen. Den kan imidlertid i henhold til artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 beslutte, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind, når det på grundlag af de oplysninger, den er i besiddelse af, følger, at betingelserne for et forbud ikke er opfyldt. Den pågældende virksomhed må i så fald kunne stole på, at den i det mindste i denne myndigheds geografiske kompetenceområde må fortsætte den markedsadfærd, som denne har undersøgt.

89. En afgørelse fra en national *domstol* er relevant som grundlag for anerkendelsen af en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud, hvis domstolen deri når til den konklusion, at en bestemt markedsadfærd ikke udgør en overtrædelse af EU-kartellovgivningen. Dette kan navnlig ske i forbindelse med henlæggelse af en retslig bødesag, ophævelse af en administrativ bøde eller den nationale domstols afvisning af et civilretligt erstatningssøgsmål eller søgsmål med påstand om forbud rettet mod den pågældende virksomhed.

90. For det andet er det nødvendigt, at den pågældende virksomhed forud har givet den nationale instans omfattende og sandfærdige oplysninger om alle relevante omstændigheder, såfremt den – som SSK-medlemmerne i 1995/96 – allerede deltog i den oprindelige administrative eller retslige procedure. Såfremt den pågældende afgørelse er behæftet med en mangel, der kan tilregnes virksomheden selv, kan virksomheden ikke senere til sit forsvar påberåbe sig denne afgørelse.

52 — Jf. blandt mange andre dom af 5.5.1981, sag 112/80, Dürbeck, Sml. s. 1095, præmis 48, og af 20.3.1997, sag C-24/95, Alcan Deutschland, Sml. I, s. 1591, præmis 25.

53 — I denne retning dom af 10.9.2009, sag C-201/08, Plantanol, Sml. I, s. 8343, præmis 53; jf. desuden mit forslag til afgørelse af 24.1.2013 i sag C-568/11, Agroferm, punkt 43-50.

91. For det tredje skal den administrative eller retslige afgørelse være truffet netop i forbindelse med de faktiske og retlige omstændigheder, der er baggrunden for, at den pågældende virksomhed påberåber sig en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud. Ligesom i forbindelse med advokatresponsa forholder det sig desuden således, at kun de udtalelser fra myndigheden eller domstolen, der udtrykkeligt er indeholdt i den pågældende afgørelse, må anvendes, men ikke øvrige konklusioner, som højst implicit kan udledes deraf⁵⁴.

92. For det fjerde må en udtalelse fra en national konkurrencemyndighed eller domstol vedrørende EU-kartellovgivningen ikke være åbenbart urigtig⁵⁵. Principielt indebærer endelige administrative afgørelser og retskraftige domstolsafgørelser, der vedrører EU-kartellovgivningen, ganske vist en formodning om retmæssighed, således at de personer, de er rettet til, kan stole på rigtigheden af deres indhold og ikke på samme måde som i forbindelse med rådgivning fra en advokat skal undersøge, om de er plausible. Dog skal enhver virksomhed som allerede nævnt⁵⁶ vide, at visse former for konkurrencebegrænsende praksis allerede i sagens natur er forbudt, navnlig at ingen må deltage i *alvorlige begrænsninger* såsom prisaftaler eller aftaler eller foranstaltninger med henblik på opdeling eller afskærmning af markeder.

93. For det femte er en virksomheds tillid til en administrativ eller retslig afgørelse kun beskyttelsesværdig, hvis denne virksomhed er i god tro⁵⁷. En sådan foreligger ikke kun ikke i det – ganske givet usandsynlige – tilfælde af en hemmelig aftale mellem virksomheden og den nationale myndighed eller den nationale domstol. Tværtimod er grundlaget for virksomhedens tillid til den indholdsmæssige rigtighed af afgørelsen også fjernet, hvis virksomheden har fået kendskab til en modstridende retsopfattelse hos de kompetente EU-institutioner – dvs. Europa-Kommissionen og Den Europæiske Unions Domstol. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvis Europa-Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 1/2003 har deltaget i en national retssag, og den pågældende virksomhed som led heri har fået kendskab til dens retsopfattelse.

94. Under den mundtlige forhandling for Domstolen drøftedes desuden det spørgsmål, om anerkendelsen af virksomheders beskyttelsesværdige tillid til nationale *domstoles* afgørelser forudsætter, at den pågældende sag forinden blev forelagt Domstolen til præjudiciel afgørelse. Dette må efter min opfattelse besvares benægtende. Jeg finder det ikke hensigtsmæssigt kun at begrænse beskyttelsen af den berettigede forventning til de nationale retsafgørelser, der er baseret på en præjudiciel afgørelse fra Domstolen.

95. I reglen vil der nemlig være tale om afgørelser fra domstole som omhandlet i artikel 267, stk. 2, TEUF, der ikke er forpligtet til at forelægge præjudicielle anmodninger for Domstolen. Hvis EU-lovgiver erklærer, at *alle* nationale domstole har kompetence til at anvende EU-kartellovgivningen (artikel 6 i forordning nr. 1/2003), skal borgerne også kunne påberåbe sig afgørelser i denne henseende fra *alle* nationale domstole, uanset om der er blevet gennemført en – fakultativ – præjudiciel sag eller ej.

54 — På helt samme måde har Domstolen udtalt vedrørende beskyttelse af den berettigede forventning, at ingen kan påberåbe sig en tilsidesættelse af nævnte princip, når der ikke foreligger præcise løfter, som er afgivet til vedkommende af administrationen, og at uklare indici er tilstrækkelige i denne henseende (dom af 16.12.2008, sag C-47/07 P, Masdar mod Kommissionen, Sml. I, s. 9761, præmis 81 og 86).

55 — Ifølge fast retspraksis kan princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ikke påberåbes over for en præcis bestemmelse i en EU-retsakt; jf. dom af 26.4.1988, sag 316/86, Krücken, Sml. s. 2213, præmis 24, af 1.4.1993, forenede sager C-31/91 - C-44/91, Lageder m.fl., Sml. I, s. 1761, præmis 35, og af 16.3.2006, sag C-94/05, Emsland-Stärke, Sml. I, s. 2619, præmis 31.

56 — Jf. punkt 70 i dette forslag til afgørelse.

57 — Jf. i den henseende punkt 62 i dette forslag til afgørelse og den i fodnote 35 nævnte retspraksis.

96. Forordning nr. 1/2003 indeholder specifikke instrumenter, der bidrager til at sikre en ensartet fortolkning og anvendelse af EU-kartellovgivningen. I den forbindelse spiller Europa-Kommissionen en væsentlig rolle. Kommissionen må deltage i de sager, der behandles af nationale *domstole*⁵⁸. Kommissionen arbejder tæt sammen med de nationale *konkurrencemyndigheder* inden for rammerne af det europæiske netværk af konkurrencemyndigheder (ECN) og kan endog om nødvendigt overtage de administrative procedurer, som de gennemfører⁵⁹.

c) Konklusioner for den foreliggende sag

97. Overfører man de ovennævnte kriterier til en sag som den foreliggende, fremgår det, som allerede i forbindelse med rådgivning fra en advokat, at de pågældende virksomheder ikke befandt sig i en undskyldelig vildfarelse med hensyn til et forbud, men at en eventuel vildfarelse med hensyn til retsstridigheden af deres markedsadfærd med hensyn til den europæiske konkurrenceret derimod kan tilregnes dem.

98. Som den forelæggende ret nemlig har oplyst, bedømte kartelrettens kendelse af 2. februar 1996, som SSK-medlemmerne har påberåbt sig, alene den adfærd, der var foreholdt speditivsvirksomhederne, efter national ret og erklærede den lovlig. Spørgsmålet, om SSK-medlemmerne har tilsidesat det EU-retlige kartelforbud, blev ikke behandlet i den pågældende kendelse. Inden den 1. maj 2004, hvor artikel 3 i forordning nr. 1/2003 endnu ikke fandt anvendelse, var der i øvrigt ingen EU-retlig pligt til at foretage en parallel anvendelse af EU-kartellovgivningen og den nationale kartellovgivning⁶⁰.

99. Det er muligt, at kartelretten forud for sin kendelse af 2. februar 1996 har konsulteret en foreløbig udtalelse fra 1994 fra det paritetiske udvalg for kartelanliggende⁶¹, hvori man konkluderede, at den europæiske konkurrenceret ikke fandt anvendelse. Denne omstændighed alene berettigede imidlertid ikke SSK-medlemmerne til at antage, at de europæiske konkurrenceregler ikke var til hinder for deres markedsadfærd. Det afgørende er, at kartelretten selv ikke udtrykkeligt har udtalt sig om spørgsmålet, om SSK var forenelig med den europæiske konkurrenceret⁶².

100. Allerede inden den 1. maj 2004 var de nationale konkurrencemyndigheder og -domstole ganske vist forpligtet til at respektere den daværende fællesskabsrets forrang og ikke hæmme den uindskrænkede og ensartede anvendelse af denne fællesskabsret⁶³. Af den nationale lovgivning kunne der allerede dengang også følge en forpligtelse til at overholde de europæiske konkurrenceregler, hvilket de deltagende virksomheder gjorde opmærksom på under retsmødet.

101. Heraf alene kan det imidlertid ikke udledes, at de nationale og de europæiske konkurrenceregler nødvendigvis altid måtte føre til samme resultater, allerede inden artikel 3 i forordning nr. 1/2003 trådte i kraft. Som bekendt er de EU-retlige og de nationale konkurrencereglers anvendelsesområde ikke sammenfaldende⁶⁴, og begge anskuer den konkurrencebegrænsende adfærd ud fra forskellige

58 — Artikel 15, stk. 3, i forordning nr. 1/2003.

59 — Artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003.

60 — Dommen i sagen Toshiba Corporation m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 62.

61 — Jf. punkt 20 og 21 i dette forslag til afgørelse.

62 — Jf. punkt 92 i dette forslag til afgørelse.

63 — Dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 51, præmis 6 og 9.

64 — Dom af 1.10.2009, sag C-505/07, Compañía Española de Comercialización de Aceite, Sml. I, s. 8963, præmis 52, og dommen i sagen Toshiba Corporation m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 81.

synsvinkler⁶⁵. Dette var allerede tilfældet inden den 1. maj 2004 og er ikke blevet ændret med forordning nr. 1/2003⁶⁶. Netop en bestemmelse som den østrigske om bagatelkarteller viser navnlig klart, hvilke forskelle der kunne og fortsat kan være mellem EU-kartellovgivningen og den nationale kartellovgivning⁶⁷.

102. Derfor kan en afgørelse som kartelrettens kendelse af 2. februar 1996, der alene er baseret på den nationale konkurrenceret, i forbindelse med et EU-retligt spørgsmål, som er afgørende for tvisten i hovedsagen, ikke skabe en beskyttelsesværdig berettiget forventning hos de pågældende virksomheder.

C – Nationale konkurrencemyndigheders beføjelse til at fastslå en overtrædelse over for kronvidner (det andet præjudicielle spørgsmål)

103. Det andet præjudicielle spørgsmål vedrører specielt den situation, som et kronvidne – i den foreliggende sag Schenker – befinder sig i. Det forudsætter ud fra en logisk betragtning, at den pågældende virksomhed – som redegjort for i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål – *ikke* kan påberåbe sig en ansvarsudelukkende vildfarelse med hensyn til et forbud. I tilfælde af en sådan vildfarelse ville der nemlig slet ikke være tale om en overtrædelse, som en konkurrencemyndighed eller en domstol kunne fastslå over for virksomheden⁶⁸.

104. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i henhold til forordning nr. 1/2003 kan fastslå, at en virksomhed har overtrådt det EU-retlige kartelforbud, og undlade at pålægge bøde.

105. Nationale konkurrencemyndigheders beføjelser ved anvendelsen af EU-kartellovgivningen fremgår af artikel 5 i forordning nr. 1/2003. I henhold til forordningens artikel 35, stk. 1, kan domstole også varetage denne opgave, som det er tilfældet i Østrig.

106. Det fremgår ikke udtrykkeligt af artikel 5 i forordning nr. 1/2003, at nationale myndigheder har beføjelse til blot at fastslå en overtrædelse af EU-kartellovgivningen uden at pålægge sanktioner. Derimod har Europa-Kommissionen i henhold til forordningens artikel 7, stk. 1, sidste punktum, udtrykkeligt beføjelse til at fastslå en overtrædelse efter ophøret heraf, når der foreligger en berettiget interesse.

107. I modsætning til Schenkers opfattelse kan det imidlertid på ingen måde sluttes af den omstændighed, at der ikke er nævnt noget herom i artikel 5 i forordning nr. 1/2003, at de nationale myndigheder ikke kun må fastslå, at der foreligger en overtrædelse, uden at pålægge sanktioner. Modsat kan dette heller ikke sluttes af Kommissionens beføjelser i henhold til artikel 7, stk. 1, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003.

65 — Dommen i sagen Walt Wilhelm m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 51, præmis 3, dom af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 38, dommen i sagen Akzo Nobel Chemicals og Akros Chemicals mod Kommissionen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 37, præmis 103, og dommen i sagen Toshiba Corporation m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 81.

66 — Dommen i sagen Toshiba Corporation m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 82.

67 — I dommen af 13.12.2012, sag C-226/11, Expedia, har Domstolen fastslået, at en aftale, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har et konkurrencebegrænsende formål, efter sin art og uanset aftalens faktiske følger udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen (præmis 37), hvilket selv kan være tilfældet, hvis de tærskler, som Kommissionen har fastsat i sin bagatelmeddelelse, ikke overskrides (præmis 38).

68 — Jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

108. Det er ganske vist korrekt, at forordning nr. 1/2003 bevidst undlader at give de nationale konkurrencemyndigheder og -domstole visse beføjelser, for at Kommissionens ledende rolle ved udformningen af den europæiske konkurrencepolitik, som er fast forankret i reglerne i denne forordning⁶⁹, og den nye ordning med en direkte anvendelig undtagelse ikke berøres. Kommissionen er således f.eks. den eneste myndighed i ECN, som i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1/2003 har beføjelse til undtagelsesvis deklatorisk at fastslå, at EU-kartellovgivningen ikke finder anvendelse⁷⁰, hvorimod de nationale konkurrencemyndigheder i henhold til forordningens artikel 5, stk. 2, højst må beslutte, at der i et konkret tilfælde ikke er nogen grund til, at de griber ind, hvilket udelukker, at der træffes negative realitetsafgørelser⁷¹.

109. Det kan imidlertid ikke antages, at EU-lovgiver også i det omvendte tilfælde, dvs. med hensyn til den her omhandlede beføjelse til at fastslå overtrædelser, ønskede at begrænse de nationale konkurrencemyndigheders og -domstoles kompetencer. Det var som nævnt nemlig ét af hovedformålene med forordning nr. 1/2003 i højere grad end hidtil at inddrage nationale myndigheder i håndhævelsen af EU-kartellovgivningen⁷². Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder skulle ikke have mindre, men derimod større muligheder for at anvende EU-kartellovgivningen effektivt⁷³. I den decentrale ordning i forordning nr. 1/2003 er det en integrerende del af deres opgaver at afsløre, fastslå og i givet fald sanktionere overtrædelser af de europæiske konkurrenceregler⁷⁴, og dette bidrager til en effektiv håndhævelse af de pågældende regler.

110. Muligheden for blot at fastslå en overtrædelse indgår nødvendigvis i de nationale konkurrencemyndigheders kompetence til at pålægge sanktioner i henhold til artikel 5, stk. 1, sidste led, i forordning nr. 1/2003 (*argumentum a maiore ad minus*). Hvis der ikke først var fastslået en kartelovertrædelse, ville en myndighed nemlig slet ikke pålægge de deltagende virksomheder eventuelle sanktioner for deres adfærd.

111. Nationale konkurrencemyndigheder eller -domstole mister på ingen måde deres beføjelse til at fastslå en overtrædelse, hvis de undlader at pålægge sanktioner for f.eks. at honorere et kronvidne for dets samarbejde under en kartelsag. Tværtimod kan det med henblik på en effektiv håndhævelse af de EU-retlige konkurrenceregler endog være nødvendigt at fastslå en overtrædelse i et sådant tilfælde, selv om der gives afkald på sanktioner.

112. Hvis den nationale myndighed eller den nationale domstol ikke kun ville undlade at pålægge en sanktion, men også at fastslå en overtrædelse, og uden videre ville indstille kartelsagen mod den pågældende virksomhed, kunne der opstå det fejlagtige indtryk, at dens markedsadfærd var lovlig. Ved at fastslå overtrædelser, hvilket i virkeligheden er ensbetydende med pålæggelse af en bøde på nul, præciseres og dokumenteres det derimod entydigt, at virksomheden culpøst har overtrådt EU-konkurrencereglerne.

69 — Jf. 34. betragtning til forordning nr. 1/2003, hvori EU-institutionernes centrale rolle ved gennemførelsen af principperne i artikel 81 EF og 82 EF fremhæves; jf. desuden dommen i sagen *Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 105 in fine, og af 14.12.2000, sag C-344/98, *Masterfoods*, Sml. I, s. 11369, præmis 46, første punktum, samt mit forslag til afgørelse i *Expedia*-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 28, punkt 38.

70 — Jf. også 14. betragtning til forordning nr. 1/2003.

71 — *Tele 2 Polska*-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 22-29 og 32.

72 — Sjette, syvende og ottende betragtning til forordning nr. 1/2003.

73 — 28. og 34. betragtning til forordning nr. 1/2003.

74 — Jf. navnlig artikel 5, første punktum, og artikel 6 samt sjette, syvende og ottende betragtning til forordning nr. 1/2003.

113. Hvorvidt og i givet fald hvordan de kompetente nationale instanser gør brug af den beføjelse til at fastslå en overtrædelse uden at pålægge sanktioner, der implicit er indeholdt i artikel 5 i forordning nr. 1/2003, er omfattet af medlemsstaternes procesautonomi. Der er derfor intet, der taler imod, at den nationale lovgivning overlader det til den ansvarlige myndighed eller den ansvarlige domstols skøn at fastslå en overtrædelse eller på grundlag af artikel 7, stk. 1, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003 kræver en berettiget interesse i denne henseende, forudsat at de EU-retlige principper om ækvivalens og effektivitet⁷⁵ overholdes.

114. På baggrund af effektivitetsprincippet, som kommer til udtryk i målet om en effektiv håndhævelse af EU-kartellovgivningen⁷⁶, vil der i reglen være en berettiget interesse i at fastslå en overtrædelse, selv om der ikke pålægges sanktioner. For det første kan den pågældende virksomhed nemlig på grundlag af en sådan konstatering i fremtiden forfølges som gentagelsesovertræder, såfremt den på ny gør sig skyldig i en tilsidesættelse af de europæiske konkurrenceregler⁷⁷. For det andet udgår der fra konstateringen af en overtrædelse afskrækkende signaler i forhold til andre virksomheder, og alle markedsdeltageres tillid til gennemslagskraften af konkurrencereglerne i det indre europæiske marked styrkes. Ikke mindst bliver det som følge af myndighedernes konstatering af overtrædelsen også betydeligt lettere for virksomheder og forbrugere, der er påført skade som følge af kartellet, at gøre civilretlige krav gældende over for karteldeltagerne⁷⁸.

VI – Forslag til afgørelse

115. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål fra Oberster Gerichtshof på følgende måde:

- »1) En virksomhed må ikke pålægges en bøde på grund af sin tilsidesættelse af det EU-retlige kartelforbud, såfremt virksomheden befandt sig i en vildfarelse med hensyn til lovligheden af sin adfærd (vildfarelse med hensyn til et forbud), og denne vildfarelse ikke kan tilregnes den.
- 2) Den vildfarelse med hensyn til et forbud, som en virksomhed befinder sig i, kan tilregnes den, såfremt virksomheden har stølet på rådgivning fra en advokat eller en afgørelse fra en national konkurrencemyndighed, hvori det afgørende retlige problem ikke eller i al fald ikke udtrykkeligt behandles.

I forbindelse med overtrædelser, hvis begyndelsestidspunkt ligger inden den 1. maj 2004, kan en vildfarelse med hensyn til et forbud desuden tilregnes en virksomhed, såfremt virksomheden ikke på et tidligt tidspunkt har indgivet en begæring til Europa-Kommissionen om at udstede en negativattest i henhold til artikel 2 i forordning (EØF) nr. 17.

- 3) Forordning (EF) nr. 1/2003 er ikke til hinder for, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder kan fastslå, at en virksomhed har overtrådt det EU-retlige kartelforbud, og i den forbindelse undlade at pålægge bøde, såfremt de almindelige EU-retlige principper om ækvivalens og effektivitet overholdes.«

75 — Vedrørende betydningen af disse principper i en konkurrenceretlig sammenhæng, jf. dom af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, og dommen i sagen Manfredi m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 65.

76 — Jf. vedrørende dette mål de ovenfor i fodnote 34 nævnte henvisninger.

77 — Punkt 28, første led, i retningslinjerne fra 2006.

78 — Vedrørende betydningen af privat håndhævelse af konkurrenceretten, jf. foruden de ovenfor i fodnote 75 nævnte domme navnlig hvidbogen »om erstatningssøgsmål ved overtrædelse af EF's kartel- og monopolregler«, fremlagt af Europa-Kommissionen den 2.4.2008 (KOM(2008) 165 endelig). I sin hvidbog foreslår Kommissionen foranstaltninger, der sigter mod at skabe »et effektivt system for privat håndhævelse [af konkurrenceretten] ved hjælp af erstatningssøgsmål, der supplerer, men ikke erstatter eller underminerer den offentlige retshåndhævelse« (s. 4, afsnit 1.2). EFTA-Domstolen havde for nylig ligeledes lejlighed til at henvise til betydningen af privat håndhævelse af konkurrenceretten og fremhæve, at dette er af almen interesse (dom af 21.12.2012, sag E-14/11, DB Schenker mod EFTA-Tilsynsmyndigheden, præmis 132).