



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 28 februari 2013¹

Mål C-681/11

Schenker & Co. AG m.fl.

(begäran om förhandsavgörande från Oberster Gerichtshof (Österrike))

”Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Artiklarna 85 EEG, 81 EG och 101 FEUF — Förordning (EEG) nr 17 — Förordning (EG) nr 1/2003 — Ett företags villfarelse om huruvida dess agerande strider mot konkurrenslagstiftningen (rättsvillfarelse) — Huruvida företaget kan klandras för denna rättsvillfarelse — Berättigade förväntningar vad avser juridisk rådgivning — Berättigade förväntningar på att det beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet är riktigt — Ansökan om förmånlig behandling enligt nationell konkurrenslagstiftning — En nationell konkurrensmyndighets befogenhet att fastställa konkurrensbegränsande samverkan utan att åläggas påföljder”

I – Inledning

1. Frågan uppkommer huruvida ett företag kan lagföras för konkurrensbegränsande samverkan om företaget felaktigt har utgått från att dess agerande är lagligt. Detta är kärnan i den fråga som domstolen har att pröva i förevarande mål om förhandsavgörande.
2. Flera speditörsföretag har lagförts av konkurrensmyndigheten i Österrike på grund av ett åsidosättande av artikel 101 FEUF och motsvarande bestämmelser i den nationella konkurrenslagstiftningen, eftersom de tillämpat prisöverenskommelser i flera år. De berörda företagen har till sitt försvar huvudsakligen anfört att de i god tro förlitat sig på det råd som inhämtats från en specialiserad advokatbyrå samt på den behöriga nationella domstolens beslut och att de därför varken kan klandras för att ha deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan eller åläggas böter för detta agerande.
3. Förevarande fall visar återigen att konkurrensmyndigheter och konkurrensdomstolar ställs inför problem vid fullgörandet av sina uppgifter som inte skiljer sig från de i den straffrättsliga lagstiftningen och vid vilka känsliga frågor avseende skyddet för de grundläggande rättigheterna kan uppkomma. De vägval som domstolen kommer att göra i detta avseende är av grundläggande betydelse för vidareutvecklingen av den europeiska konkurrenslagstiftningen och för dess tillämpning i praktiken på unionsnivå och nationell nivå.

¹ — Originalspråk: tyska.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten

4. De tillämpliga unionsrättsliga bestämmelserna utgörs i förevarande fall på den primärrättsliga nivån av artikel 85 i E(E)G-fördraget och artikel 81 EG samt av de allmänna unionsrättsliga principerna. På den sekundärrättsliga nivån var förordning (EEG) nr 17² relevant för perioden fram till och med den 30 april 2004, sedan den 1 maj 2004 är förordning (EG) nr 1/2003³ tillämplig.

1. Förordning nr 17

5. Enligt artikel 2 i förordning nr 17 kunde företag eller företagssammanslutningar begära ett "icke-ingripandebesked" av Europeiska kommissionen.

"Kommissionen kan efter ansökan av berörda företag eller företagssammanslutningar fastslå att det på grundval av de omständigheter som kommit till dess kännedom inte finns anledning för den att ingripa med stöd av fördragets artikel 85.1 [i EEG-fördraget] eller artikel 86 [i EEG-fördraget] mot ett avtal, beslut eller förfarande."

2. Förordning nr 1/2003

6. I artikel 5 i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande under rubriken "Medlemsstaternas konkurrensmyndigheters behörighet":

"Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall vara behöriga att i enskilda ärenden tillämpa artiklarna 81 [EG] och 82 [EG]. De får för detta ändamål, på eget initiativ eller till följd av ett klagomål, fatta beslut om att

- kräva att en överträdelse skall upphöra,
- förordna om interimistiska åtgärder,
- godta åtaganden,
- ålägga böter, förelägga viten eller ålägga andra påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Om de på grundval av de uppgifter som de förfogar över finner att villkoren för ett förbud inte är uppfyllda, får de även besluta om att det inte finns skäl för dem att ingripa."

7. Dessutom innehåller artikel 6 i förordning nr 1/2003 följande bestämmelse om "Nationella domstolars behörighet":

"Nationella domstolar skall vara behöriga att tillämpa artiklarna 81 [EG] och 82 [EG]."

8. Enligt artikel 35.1 i förordning nr 1/2003 kan de konkurrensmyndigheter som i medlemsstaterna utsetts för att tillämpa artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] även innefatta domstolar.

2 — Rådets förordning (EEG) nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 1962, nr 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

3 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1). Förordningen ska enligt artikel 45.1 andra meningen tillämpas från och med den 1 maj 2004.

9. Kommissionens befogenheter regleras i utdrag på följande sätt i artikel 7.1 i förordning nr 1/2003:

”Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i [artiklarna] 81 [EG] och 82 [EG] har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. ... Om kommissionen har ett berättigat intresse av det får den även konstatera att en överträdelse tidigare har ägt rum.”

10. Vidare har kommissionen följande befogenhet att ålägga böter enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 där följande föreskrivs:

”Kommissionen får genom beslut ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet

a) överträder artikel 81 [EG] eller artikel 82 [EG], eller ...”

11. Det ska därutöver hänvisas till artikel 10 i förordning nr 1/2003 som innehåller följande bestämmelse om ”Konstaterande av icke tillämplighet”:

”Om gemenskapens allmänintresse vid tillämpningen av artiklarna 81 och 82 [EG] så kräver, får kommissionen, på eget initiativ, genom beslut konstatera att artikel 81 [EG] inte är tillämplig på ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande, antingen för att villkoren i artikel 81.1 [EG] inte är uppfyllda eller för att villkoren i artikel 81.3 [EG] är uppfyllda.

...”

B – Nationell rätt

12. Från och med den 1 januari 1989 till och med den 31 december 2005 var 1988 års konkurrenslag tillämplig i Österrike (nedan kallad KartG 1988).⁴ 16 § KartG 1988 innehöll följande definition av begreppet kartell av mindre betydelse.

”Karteller av mindre betydelse är karteller som vid tidpunkten för kartellens tillkomst med avseende på försörjningen

1. innehar en marknadsandel som är mindre än 5 procent på den sammanlagda inhemska marknaden, och
2. en marknadsandel som är mindre än 25 procent på en inhemsk lokal undermarknad.”

13. Enligt 18 § första stycket punkt 1 KartG 1988 får karteller av mindre betydelse även genomföras innan ett rättskraftigt tillstånd utfärdas, utom om de gränser som fastställs i 16 § KartG 1988 skulle överskridas genom en anslutning av ytterligare företag till kartellen.

14. Sedan den 1 januari 2006 är 2005 års konkurrenslag tillämplig i Österrike (nedan kallad KartG 2005).⁵ 1 § första stycket KartG 2005 innehåller ett förbud mot konkurrensbegränsande beteenden som motsvarar det i artikel 81.1 EG (nu artikel 101.1 FEUF). Enligt 2 § andra stycket punkt 1 KartG 2005 undantas

4 — BGBl. nr 600/1988.

5 — BGBl. nr 61/2005.

”företagssammanslutningar som omfattar företag som tillsammans innehar en marknadsandel som är mindre än 5 procent på den sammanlagda inhemska marknaden och en marknadsandel som är mindre än 25 procent på en inhemsk lokal undermarknad (karteller av mindre betydelse) från förbudet”.

15. I 28 § punkt 1 KartG 2005 anges följande:

”När överträdelsen upphört ska konkurrensdomstolen slå fast att en överträdelse ägt rum om det finns ett berättigat intresse att göra detta.”

III – De faktiska omständigheterna och målet vid den nationella domstolen

16. Vid de nationella domstolarna som är behöriga i konkurrensrätt har en tvist anhängiggjorts mellan Bundeswettbewerbsbehörde (den federala konkurrensmyndigheten) i Österrike och en rad speditörsföretag som är verksamma i Österrike.

17. Bakgrunden till detta mål är en kartell som har pågått i flera år på den österrikiska marknaden för speditionstjänster, den så kallade Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz (speditörernas samlingskonferens) (nedan kallad SSK) som är en intresseorganisation som har cirka 40 speditörsföretag som medlemmar.⁶ Inom ramen för SSK ingick de berörda speditörsföretagen framför allt överenskommelser om taxor för samlingstrafik inom landet, det vill säga för speditionstjänster med avseende på vilka enskilda försändelser från flera avsändare genom logistik slås samman till en samlingslast och distribueras till de olika destinationsorterna.

18. SSK grundades i mitten av 1990-talet. Med avseende på inrättandet av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet den 1 januari 1994 eftersträvade de deltagande speditörsföretagen att undvika en konflikt med EU:s konkurrenslagstiftning. Av det skälet begränsade de sitt samarbete till Republiken Österrikes territorium.

19. Den 30 maj 1994 tog SSK formen av ett civilrättsligt bolag, varvid det suspensiva villkoret att det skulle godkännas av konkurrensdomstolen avtalades.

20. Den 28 juni 1994 ansöktes hos konkurrensdomstolen om att SSK skulle godkännas som avtalskartell.⁷ SSK:s ramavtal bifogades ansökan, och sökandena redogjorde för de faktiska omständigheterna i enlighet med den österrikiska och också den europeiska konkurrenslagstiftningen. I förfarandet vid konkurrensdomstolen inhämtades ett utlåtande från Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten (den partssammansatta kommittén för kartellärenden)⁸ som drog den preliminära slutsatsen att kartellen inte berörde handeln mellan staterna, varför de europeiska konkurrensreglerna inte skulle tillämpas. Eftersom Paritätischer Ausschuss i sitt slutliga utlåtande uppgav att SSK ”inte var nationalekonomiskt motiverad”, drogs emellertid ansökan om godkännande tillbaka.

6 – SSK:s föregångare Autosammelladungskonferenz (samlingskonferens för vägtransporter) och Bahnsammelladungskonferenz (samlingskonferens för transport per järnväg) har funnits sedan 1970-talet och var fram till det datum då kartellerna upplöstes den 31 december 1993 godkända karteller.

7 – Ärendebeteckningen 4 Kt 533/94.

8 – Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten var fram till dess att den avskaffades genom den ändrade lydelsen av 2002 års konkurrenslag ett kvalificerat hjälporgan till konkurrensdomstolen. Dess verksamhet reglerades i 49, 112 och 113 §§ i KartG 1988.

21. Den 6 februari 1995 ansökte Zentralverband der Spediteure (nedan kallad ZV) om att konkurrensdomstolen skulle fastställa att SSK var en kartell av mindre betydelse, i den mening som avses i 16 § KartG 1988, och därför kunde genomföras utan godkännande.⁹ Konkurrensdomstolen granskade förfarandeakten för tillståndsförfarandet från år 1994¹⁰ och fick därmed kännedom om vilken rättslig ståndpunkt som Paritätischer Ausschuss intog i sitt utlåtande beträffande frågan huruvida EU:s konkurrenslagstiftning var tillämplig. Genom beslut av den 2 februari 1996 fastställde konkurrensdomstolen att SSK var en kartell av mindre betydelse, i den mening som avses i 16 § KartG 1988. Beslutet överklagades inte, och vann således laga kraft.

22. Även den advokatbyrå som hade anlåtats som rådgivare¹¹ av SSK:s kartellombud angav att SSK kunde betraktas som en kartell av mindre betydelse. Denna uppfattning kommer till uttryck i flera av deras rådgivande skrivelser.

23. De advokater som anlåtats bekräftade inledningsvis att de aktiviteter som SSK utövade enligt ramavtalet kunde genomföras utan förbehåll. I skrivelse av den 11 mars 1996 angav de punkter som skulle beaktas när SSK genomfördes som en kartell av mindre betydelse. Frågan huruvida denna kartell var förenlig med EU:s konkurrenslagstiftning togs emellertid inte upp uttryckligen i skrivelsen.

24. I en annan skrivelse från år 2001 som avsåg ändringen av SSK:s taxor anförde advokatbyrån dessutom att frågan huruvida det rörde sig om en kartell av mindre betydelse eller ej enbart berodde på om de deltagande företagen tillsammans överskred vissa marknadsandelar eller ej.

25. Med anledning av att den ändrade lydelsen av 2005 års konkurrenslag i Österrike trädde i kraft den 1 januari 2006 bad ZV advokatbyrån återigen undersöka vilka verkningar denna ändrade lydelse skulle få för SSK. I sitt svar av den 15 juli 2005 påpekade advokatbyrån att man måste undersöka huruvida SSK:s andel översteg 5 procent av den inhemska marknaden och huruvida de avtal som hade ingåtts inom SSK var undantagna från förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Frågan huruvida denna kartell av mindre betydelse var förenlig med EU:s konkurrensrätt togs inte upp uttryckligen i skrivelsen.

26. ZV genomförde en e-postenkät beträffande SSK-medlemmarnas marknadsandelar i samlastningstrafiken inom landet på området stycke gods för åren 2004, 2005 och 2006. Med tillämpning av de principer för marknadsdefinition som låg till grund för konkurrensdomstolens fastställelsebeslut beräknade ZV marknadsandelar för SSK på 3,82 procent för år 2005 respektive 3,23 procent för år 2006. Åtminstone de mest betydelsefulla medlemmarna i SSK underrättades om att 5-procentsgränsen hade överskridits. Enligt beslutet om hänskjutande är det fram till och med år 2004 uteslutet att 5-procentsgränsen överskreds genom att nya medlemmar anslöt sig.

27. Den 11 oktober 2007 meddelade Europeiska kommissionen att den hade gjort oanmälda kontroller i affärslokalerna hos olika tillhandahållare av internationella speditionstjänster på grund av misstanke om konkurrensbegränsande affärsmetoder. Den 29 november 2007 beslutade SSK:s styrelse enhälligt att SSK skulle upplösas. Den 21 december 2007 informerades medlemmarna i SSK om detta beslut.

28. Bundeswettbewerbsbehörde har numera gjort gällande att de speditionsföretag som deltog i SSK från år 1994 till den 29 november 2007 hade ”medverkat till en enda, invecklad och mångskiftande överträdelse av den europeiska och nationella konkurrenslagstiftningen genom att de i hela Österrike hade kommit överens om taxor för samlastningstrafik inom landet”. I tvisten i målet vid den nationella domstolen yrkade Bundeswettbewerbsbehörde att de flesta av de berörda företagen skulle

9 — Ärendebeteckningen 4 Kt 79/95-12.

10 — Se närmare ovan punkt 20 i detta förslag till avgörande.

11 — [Fotnot som ej bör offentliggöras.]

åläggas böter på grund av att de deltagit i en kartell.¹² Med avseende på firman Schenker som hade ställt sig till förfogande som samarbetande part yrkades enbart att det skulle fastställas att artikel 101 FEUF och 1 § KartG 2005 (samt 9 § jämförd med 18 § KartG 1988) hade åsidosatts men inte ekonomiska sanktioner.

29. Speditionsföretagen har till sitt försvar framför allt åberopat att de förlitat sig på expertråd från en tillförlitlig juridisk rådgivare som var erfaren inom konkurrenslagstiftning och att konkurrensdomstolen fastställt att SSK är en kartell av mindre betydelse enligt 16 § KartG 1988. EU:s konkurrenslagstiftning var enligt deras uppfattning inte tillämplig, eftersom den konkurrensbegränsning som uppkommer på grund av SSK inte påverkade handeln mellan staterna.

30. Domstolen i första instans godtog detta försvarsargument. Genom delbeslut av den 22 februari 2011 avslog Oberlandesgericht Wien, i egenskap av konkurrensdomstol, Bundeswettbewerbsbehörde ansökan¹³ bland annat med motiveringen att speditionsföretagen inte kan klandras för att ha agerat av oaktsamhet vid sina prisöverenskommelser, eftersom de har kunnat åberopa konkurrensdomstolens fastställelsebeslut av den 2 februari 1996 och dessutom hade inhämtat rättslig rådgivning från en specialiserad advokatbyrå. Vad framför allt beträffar firman Schenker som är samarbetande part anser Oberlandesgericht att det enbart ankommer på Europeiska kommissionen att fastställa huruvida överträdelser har ägt rum utan att därvid ålägga böter.

31. Bundeswettbewerbsbehörde och Bundeskartellanwalt har överklagat domen i första instans som avkunnats av Oberlandesgericht Wien vid Oberster Gerichtshof, i egenskap av överinstans i kartellmål. I förfarandet vid Oberster Gerichtshof har Europeiska kommissionen ingett skriftliga yttranden genom skrivelse av den 12 september 2011.¹⁴

IV – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen

32. Genom beslut av den 5 december 2011, som inkom till domstolens kansli den 27 december 2011, vilandeförklarade Oberster Gerichtshof, i egenskap av överinstans i kartellmål¹⁵ (nedan även kallad den hänskjutande domstolen), målet och hänsköt följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1) Får böter åläggas ett företag som har åsidosatt artikel 101 FEUF, men som har misstagit sig beträffande lagligheten av sitt agerande och inte kan lastas för detta misstag?

För det fallet att fråga 1 besvaras nekande:

1 a) Kan ett företag inte lastas för ett misstag beträffande lagligheten av dess agerande, om företaget har agerat i enlighet med råd som har inhämtats från en juridisk rådgivare som är erfaren inom konkurrenslagstiftning och det inte har varit uppenbart att rådgivningen varit felaktig och detta inte heller har gått att upptäcka genom den kontroll som företaget kunde förväntas utföra?

1 b) Kan ett företag inte klandras för ett misstag beträffande lagligheten av sitt agerande, om företaget har förlitat sig på att det beslut är riktigt som har fattats av en nationell konkurrensmyndighet som har gjort en prövning enbart på grundval av nationell konkurrenslagstiftning av det agerande som skulle bedömas och har funnit att agerandet var tillåtet?

12 — 142 § punkt 1 a och d KartG 1988 och 29 § punkt 1 a och d KartG 2005 åberopades som rättslig grund för att ålägga böter.

13 — Ärendebeteckningen 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — Se i detta avseende artikel 15.3 tredje meningen i förordning nr 1/2003.

15 — Ärendebeteckningen 16 Ok 4/11.

- 2) Har de nationella konkurrensmyndigheterna befogenheter att fastställa att ett företag har deltagit i en kartell som strider mot unionens konkurrenslagstiftning, om böter inte kan åläggas företaget, eftersom det har ansökt om förmånlig behandling?”

33. I förfarandet vid domstolen har utöver Schenker och ett stort antal andra företag som är parter i målet vid den nationella domstolen även Bundeswettbewerbsbehörde i Österrike och Bundeskartellanwalt, den italienska och den polska regeringen samt kommissionen inkommit med skriftliga yttranden. Bundeswettbewerbsbehörde och flertalet av de deltagande bolagen samt kommissionen var även närvarande vid den muntliga förhandlingen den 15 januari 2013.

V – Bedömning

34. Förevarande fall avser kartellen SSK som pågick i flera år och som i Österrike delvis omfattades av det tidsmässiga (*ratione temporis*) tillämpningsområdet för förordning nr 17, delvis det tidsmässiga tillämpningsområdet för förordning nr 1/2003.

35. Det är fråga om huruvida de företag som deltog i SSK i god tro kunnat anta att de prisöverenskommelser som de ingått inte påverkade handeln mellan medlemsstaterna och således enbart omfattades av tillämpningsområdet för den österrikiska konkurrenslagstiftningen men inte av tillämpningsområdet för EU:s konkurrenslagstiftning.

36. Medlemmarna i SSK trodde att de var ”på den säkra sidan” i EU-rättsligt hänseende genom att de begränsade det territoriella tillämpningsområdet för deras kartell till Österrike. Mot bakgrund av unionsdomstolarnas rättspraxis och Europeiska kommissionens praxis i administrativa ärenden råder det inget tvivel om att denna uppfattning var *objektivt* felaktig.¹⁶ Det är emellertid inte helt klart om de berörda företagen även *subjektivt* kan tillskrivas ansvar för deras åsidosättande av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Det ska med andra ord här prövas om de företag som deltar i SSK *medvetet* har åsidosatt det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan.

37. Den hänskjutande domstolen har i sitt beslut om hänskjutande, liksom parterna i sina yttranden, hänvisat till artikel 101 FEUF, som emellertid först är tillämplig sedan den 1 december 2009. Däremot ägde den konkurrensbegränsande samverkan som är omtvistad i målet vid den nationella domstolen rum vid en tidpunkt under vilken artikel 85 i E(E)G-fördraget och senare artikel 81 EG fortfarande var tillämplig. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar för att avgöra tvisten i målet vid den nationella domstolen ska begäran om förhandsavgörande besvaras mot bakgrund av de båda sistnämnda bestämmelserna. Följande uttalanden kan utan problem tillämpas på det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i den numera gällande lydelsen av artikel 101 FEUF. För enkelhetens skull kommer jag därför till övervägande del att tala om ”unionsrättsligt förbud mot konkurrensbegränsande samverkan” som på samma sätt är förankrad i alla tre ovannämnda bestämmelser.

16 — Dom av den 17 oktober 1972 i mål 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen (REG 1972, s. 977), punkt 29, av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 22 i slutet, av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax (REG 2006, s. I-11125), punkt 37, och av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-8681), punkt 38. Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EUT C 101, 2004, s. 81), avsnitt 3.2.1 (framför allt punkt 78).

A – Rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld i EU:s konkurrenslagstiftning (den första delen av den första frågan)

38. Genom den första delen av den första frågan önskar Oberster Gerichtshof få klarhet i huruvida böter får åläggas ett företag som har åsidosatt det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan, om företaget har misstagit sig beträffande lagligheten av sitt agerande och inte kan lastas för detta misstag. Den principiella fråga som ska prövas är med andra ord om institutet rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld, som är allmänt känt i den allmänna strafflagstiftningen, även har erkänts i EU:s konkurrenslagstiftning. Domstolen har på sin höjd påtalat denna fråga i hittillsvarande rättspraxis¹⁷ men aldrig behandlat den utförligt.

39. Tvärtemot vad kommissionen har hävdad är ett svar på den första delen av den första frågan inte överflödigt och kan inte heller ersättas med en bedömning av de andra frågorna. De andra frågorna har delvis nämligen enbart ställts i andra hand och förutsätter för övrigt med nödvändighet att institutet rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld föreligger i EU:s konkurrenslagstiftning. Huruvida detta är fallet måste således nödvändigtvis prövas först.

40. Utgångspunkten för bedömningen av denna fråga är att konkurrenslagstiftningen visserligen inte omfattas av straffrättens kärnområde¹⁸ men anses ha straffrättsliknande karaktär.¹⁹ Detta leder till att vissa principer som härrör ur straffrätten, vilka kan hänföras till rättsstatsprincipen och skuldprincipen, måste beaktas i konkurrenslagstiftningen. Dessa omfattar utöver principen om personligt ansvar, som unionsdomstolarna fram till helt nyligen har befattat sig med i konkurrensärenden,²⁰ även principen *nulla poena sine culpa* (inget straff utan skuld).

17 — Se framför allt dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen ("Miller") (REG 1978, s. 131), punkt 18, och av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825, punkt 97, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkterna 111 och 112. I dom av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettindustrie m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 3831), punkt 60, nämns begreppet rättsvillfarelse i förbigående. I domarna av den 12 juli 1979 i de förenade målen 32/78 och 36/78-82/78, BMW Belgium m.fl. mot kommissionen ("BMW Belgium") (REG 1979, s. 2435), punkterna 43 och 44, och av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 3369), punkt 45, har domstolen utan att konkret pröva huruvida det föreligger en rättsvillfarelse anfört att det är utan betydelse huruvida ett företag har kännedom om att det har överträtt förbudet i artikel 85 i EEG-fördraget. I generaladvokaten Mayras förslag till avgörande av den 13 november 1975 i mål 26/75, General Motors mot kommissionen (REG 1975, s. 1367, särskilt s. 1390) antogs rättsvillfarelse föreligga och böter på grund av uppsåtligt handlande ålades således inte.

18 — I Europadomstolens dom av den 23 november 2006 i målet Jussila mot Finland, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIV (43 §), fastställde Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) att konkurrensrätten inte hör till den klassiska straffrätten, och Europadomstolen har utgått från att de straffrättsliga garantier som följer av artikel 6.1 i Europakonventionen utanför straffrättens "härda kärna" inte nödvändigtvis måste tillämpas strikt.

19 — Se i detta avseende mitt förslag till avgörande av den 3 juli 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 71, och av den 8 september 2011 i mål C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., punkt 48 och där angiven rättspraxis. Domstolen tillämpar i fast rättspraxis straffrättsliga principer i EU:s konkurrenslagstiftning (avseende presumtionen för den anklagades oskuld, se dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen (REG 1999, s. I-4287), punkterna 149 och 150, och avseende principen *ne bis in idem*, se dom av den 14 februari 2012 i mål C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., punkt 94). Europadomstolen har i sin tur i domen av den 27 september 2011 i målet Menarini Diagnostics mot Italien (nr 43509/08), 38-45 §§, slagit fast att böter i konkurrensärenden som ålades av den italienska konkurrensmyndigheten hade straffrättslig karaktär i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen.

20 — Se bland annat dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkterna 145 och 204, av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 39, av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-8237), punkt 56, och av den 19 juli 2012 i de förenade målen C-628/10 P och C-14/11 P, Alliance One International och Standard Commercial Tobacco mot kommissionen, punkt 42.

41. Även om domstolen i sin rättspraxis hittills inte utförligt har behandlat principen *nulla poena sine culpa* så föreligger det omständigheter som talar för att den har utgått från att principen är tillämplig på unionsnivå.²¹ Dessutom rör det sig om en princip som har karaktären av grundläggande rättighet som kan härledas ur medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.²² Denna princip anges visserligen inte uttryckligen i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna och i Europakonventionen²³ men är en nödvändig förutsättning för presumtionen för den anklagades oskuld. Av det skälet kan det utgå från att principen *nulla poena sine culpa* implicit kommer till uttryck såväl i artikel 48.1 i stadgan som i artikel 6.2 i Europakonventionen som ska beaktas i konkurrensområde.²⁴ De båda bestämmelserna i stadgan och i Europakonventionen kan slutligen betraktas som ett förvaltningsrättsligt uttryck för principen *nulla poena sine culpa*.

42. I samband med de konkurrensrättsliga sanktionsåtgärder som kommissionen ska påföra fastställs principen *nulla poena sine culpa* såväl i artikel 15.2 i den tidigare förordningen nr 17 som i den nu gällande artikel 23.2 i förordning nr 1/2003. Enligt de båda bestämmelserna får böter i konkurrensärenden enbart åläggas för överträdelse som ägt rum uppsåtligt eller av oaktsamhet.

43. Detta måste även gälla när överträdelse av EU:s konkurrenslagstiftning är föremål för talan vid nationella konkurrensmyndigheter eller konkurrensdomstol. Nationella myndigheter ska inom unionsrättens tillämpningsområde, vid utövandet av sina befogenheter,²⁵ nämligen iaktta unionsrättens allmänna rättsprinciper. Något annat kan inte heller anses följa av artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 som syftar till att säkerställa att de värderingar som kommer till uttryck i EU:s konkurrenslagstiftning har företräde framför den nationella konkurrenslagstiftningen.

44. Av principen *nulla poena sine culpa* följer att ansvar för en konkurrensbegränsande samverkan som ett företag vid en rent objektiv betraktelse har gjort sig skyldig till enbart kan tillskrivas företaget om ansvar för denna överträdelse även kan tillskrivas i *subjektivt* hänseende. Om företaget däremot kan tillvitats rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld, så kan det inte fastställas att företaget har gjort sig skyldig till överträdelse och sanktionsåtgärder, såsom böter, kan inte heller påföras på grundval av rättsvillfarelsen.

45. Det bör noteras att inte alla typer av rättsvillfarelse kan åberopas som skäl till att helt och hållet utesluta skuld för det företag som deltar i kartellen och därmed förekomsten av en överträdelse som bör leda till sanktioner. Det är enbart när den rättsvillfarelse i vilken företaget befann sig beträffande lagligheten av dess agerande på marknaden var *oundviklig* – ibland talas det även om en *ursäktlig* villfarelse eller om en villfarelse *som inte kan* tillvitats parterna – som företaget har agerat utan skuld och därför inte kan dömas till ansvar för den aktuella konkurrensbegränsande samverkan.

21 — I dom av den 18 november 1987 i mål 137/85, Maizena m.fl. (REG 1987, s. 4587), punkt 14, anförde domstolen att principen *nulla poena sine culpa* är en typisk straffrättslig princip. Dessutom förutsätts principen i domen av den 11 juli 2002 i mål C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister (REG 2002, s. I-6453), framför allt punkterna 35 och 44, även föreliggande på unionsrättslig nivå. Se även generaladvokaten Lenz förslag till avgörande av den 11 juli 1992 i mål C-143/91, Van der Tas (REG 1992, s. I-5045), punkt 11, och – allmänt avseende skuldprincipen i de administrativa påföljdssystemen – generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 24 januari 2008 i de förenade målen C-55/07 och C-56/07, Michaeler m.fl. (REG 2008, s. I-3135), punkt 56.

22 — Generaladvokaten van Gerven förslag till avgörande av den 15 september 1993 i mål C-166/92, Charlton m.fl. (REG 1993, s. 6755), punkt 18.

23 — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen).

24 — Domen i målet Hüls mot kommissionen (ovan fotnot 19), punkterna 149 och 150, med avseende på artikel 6.2 i Europakonventionen, och dom av den 22 november 2012 i mål C-89/11 P, E.ON Energie mot kommissionen, punkterna 72 och 73, avseende artikel 48.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, se för ett liknande resonemang dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands och United Brands Continentaal mot kommissionen ("United Brands") (REG 1978, s. 207; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9), punkt 265.

25 — Se bland annat dom av den 26 april 2005 i mål C-376/02, "Goed Wonen" (REG 2005, s. I-3445), punkt 32, av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, Chacón Navas (REG 2006, s. I-6467), punkt 56, och av den 27 september 2007 i mål C-184/05, Twoh International (REG 2007, s. I-7897), punkt 25.

46. En sådan oundviklig rättsvillfarelse torde vara mycket sällsynt. Den kan endast antas föreligga när det berörda företaget har gjort allt som är möjligt och som kan förväntas av det för att undvika den överträdelse av EU:s konkurrenslagstiftning som det lastats för.

47. Om det berörda företaget hade kunnat undvika den rättsvillfarelse beträffande lagligheten av sitt agerande på marknaden som det befunnit sig i genom att vidta rimliga åtgärder, vilket ofta är fallet, så kan det inte undgå samtliga sanktionsåtgärder för den konkurrensbegränsande samverkan som det gjort sig skyldigt till. Det har i vart fall gjort sig skyldigt till överträdelse av oaktsamhet²⁶ vilket beroende på svårighetsgrad av de aktuella konkurrensrättsliga frågorna *kan* (men inte *måste*) leda till lägre böter.²⁷

48. Frågan huruvida den rättsvillfarelse som det deltagande företaget befann sig i var oundviklig eller inte (huruvida den kunde tillvitats företaget eller inte) ska bedömas enligt enhetliga unionsrättsliga kriterier för att säkerställa enhetliga konkurrensvillkor inom unionen för samtliga företag som är verksamma på den inre marknaden ("level playing field").²⁸ Denna fråga kommer även att behandlas närmare i samband med den andra delen av den första tolkningsfrågan som jag kommer att pröva i det följande.

B – Huruvida rättsvillfarelse kan tillvitats företag (den andra delen av den första frågan)

49. Om rättsinstitutet rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld erkänns i EU:s konkurrenslagstiftning, såsom jag har föreslagit,²⁹ så måste även den i andra hand ställda andra delen av den första frågan (fråga 1 a och b) prövas. Genom denna fråga vill den hänskjutande domstolen i huvudsak få klarhet i med vilken omsorg ett företag måste ha agerat för att det ska kunna antas att det med avseende på lagligheten av sitt agerande på marknaden befann sig i en oundviklig rättsvillfarelse (som inte kan tillvitats företaget) och därmed i en rättsvillfarelse som utgör skäl till att utesluta skuld, så att företaget inte kan tillskrivas ansvar för en eventuell konkurrensbegränsande samverkan.

50. Det ska närmare diskuteras om och på vilka villkor det på grundval av den omständigheten att det berörda företaget har förlitat sig på juridisk rådgivning (fråga 1 a, se i detta avseende nedan avsnitt 1) eller på ett beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet (fråga 1 b, se i detta avseende nedan avsnitt 2) kan antas att eventuell rättsvillfarelse inte kan tillvitats företaget och det därför undgår konkurrensrättsliga sanktionsåtgärder.

1. Den omständigheten att företaget förlitat sig på juridisk rådgivning (fråga 1 a)

51. Den hänskjutande domstolen vill genom fråga 1 a få klarhet i huruvida en rättsvillfarelse som utgör skäl till att utesluta skuld kan antas föreligga om ett företag, med avseende på det konkurrensbegränsande beteende som det lastats för, förlitat sig på juridisk rådgivning.

52. Denna delfråga uppkommer mot bakgrund av flera skriftliga uttalanden som lämnats av en advokatbyrå som SSK anlitat som de berörda företagen har åberopat i tvisten vid den nationella domstolen till sitt försvar.

26 — Se i detta avseende generaladvokaten Mayras förslag till avgörande i målet General Motors mot kommissionen (ovan fotnot 17).

27 — Europeiska kommissionen, Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning (EG) nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer), punkt 29 andra strecksatsen.

28 — Se, i detta avseende, skäl 8 i förordning nr 1/2003 samt mitt förslag till avgörande av den 6 september 2012 i mål C-226/11, Expedia, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

29 — Se, i detta avseende, min redogörelse beträffande den första delen av den första frågan (punkterna 38–48 i detta förslag till avgörande).

53. Det är högst omtvistat mellan parterna om juridisk rådgivning ska beaktas vid bedömningen av huruvida ett företag handlat av oaktsamhet vid en konkurrensbegränsande samverkan. Denna fråga har besvarats jakande av de företag som har yttrat sig i förfarandet,³⁰ men kommissionen och de medlemsstater och nationella myndigheter som intervenerat vid domstolen har intagit motsatt ståndpunkt.

a) Betydelsen av juridisk rådgivning i systemet i förordning nr 1/2003

54. Domstolen har hittills, såvitt framgår, enbart behandlat denna fråga en enda gång i förbigående. I domen i målet Miller slog domstolen fast att ett yttrande från en juridisk rådgivare inte är någon ursäkt för en överträdelse av artikel 85 i EEG-fördraget som ett företag har gjort sig skyldig till.³¹

55. Domstolens fastställande i domen i målet Miller ska tolkas mot bakgrund av det då gällande rättsläget. Fram till den 30 april 2004 kunde företag enligt förordning nr 17 anmäla de överenskommelser som de ingått till Europeiska kommissionen för godkännande eller begära ett icke-ingripandebesked av kommissionen. Myndigheterna kunde på så sätt ge de företag som var verksamma på den gemensamma marknaden rättssäkerhet om att deras agerande var förenligt med EU:s konkurrenslagstiftning. Ett företag som inte gick till väga på detta sätt, utan enbart förlitade sig på rådgivning som inhämtats från en advokat gjorde inte allt som var möjligt eller som kunde förväntas av det för att undvika en överträdelse av EU:s konkurrenslagstiftning. Att företaget förlitar sig på uttalande som lämnats av en advokat räcker i sig inte för att en eventuell rättsvillfarelse ska anses som oundviklig och således anses som skäl till att utesluta skuld.

56. Den rättspraxis som utvecklats i domen i målet Miller kan emellertid inte tillämpas på det i dag gällande rättsläget. Förordning nr 1/2003 som är tillämplig sedan den 1 maj 2004 föranledde nämligen ett paradigmskifte vid tillämpningen av EU:s konkurrenslagstiftning. Det tidigare systemet med anmälningar och godkännanden i förordning nr 17 ersattes av det nya systemet med direkt tillämplighet av undantagsregeln.³² Sedan dess utfärdar varken Europeiska kommissionen eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter godkännanden eller icke-ingripandebesked i enskilda fall.³³

57. Sedan den 1 maj 2004 förväntas däremot de företag som är verksamma på den inre marknaden på eget ansvar kunna bedöma huruvida deras agerande på marknaden är förenligt med EU:s konkurrenslagstiftning. I princip bär således de berörda företagen själva risken för en eventuell felaktig bedömning av rättsläget. Den allmänna levnadsvisdomen gäller att okunskap inte utgör grund för frihet från påföljd. Av det skälet har den omständigheten att kvalificerad rättslig rådgivning inhämtats en helt annan betydelse i systemet i förordning nr 1/2003 än vad som var fallet i systemet i förordning nr 17. Rådgivning av en juridisk rådgivare är i dag ofta den enda möjligheten för företag att få detaljerad information om det konkurrensrättsliga rättsläget.

58. Det finns ingen anledning att, å ena sidan, uppmuntra företag att inhämta kvalificerad rättslig rådgivning men, å andra sidan, inte tillmäta detta råd någon betydelse vid bedömningen av huruvida företaget agerat av oaktsamhet vid en överträdelse av EU:s konkurrenslagstiftning. Om ett företag i god tro har förlitat sig på ett felaktigt råd som inhämtats från dess juridiska rådgivare, så kan detta inte sakna betydelse i kartellrättsliga bötesförfaranden.

30 — Med undantag för Schenker som inte har yttrat sig i denna fråga och enbart har yttrat sig skriftligen och muntligen avseende den andra tolkningsfrågan.

31 — Domen i målet Miller (ovan fotnot 17), punkt 18. Det ska för fullständighetens skull tilläggas att det i domen i målet BMW Belgium (ovan fotnot 17), punkterna 43 och 44, dessutom har anförts att det berörda företaget till sitt försvar har åberopat ett uttalande som lämnats av en advokat, utan att domstolen emellertid yttrat sig konkret i denna fråga.

32 — Skäl 4 i förordning nr 1/2003.

33 — Domstolen slog först nyligen fast att de nationella konkurrensmyndigheterna inte har någon befogenhet att fastställa att det inte föreligger något åsidosättande av EU:s konkurrenslagstiftning (dom av den 3 maj 2011 i mål C-375/09, Tele 2 Polska (REU 2011, s. I-3055), punkterna 29 och 32).

59. Framför allt utgör inte det skadeståndsansvar som en juridisk rådgivare har för ett felaktigt råd som den lämnat, till skillnad från vad kommissionen har hävdat, i sig lämplig kompensation. Kundens rätt att begära kompensation från sin advokat är i allmänhet förenad med stora osäkerheter och kan dessutom inte bota de negativa följder ("stigma") som åläggande av kartellrättsliga, det vill säga straffrättsliknande påföljder, innebär för företaget.

60. Den omständigheten att ett företag har inhämtat juridisk rådgivning kan inte befria företaget från egenansvar för sitt agerande på marknaden och eventuella överträdelser av EU:s konkurrenslagstiftning. Ett utlåtande från en advokat kan aldrig innebära att företaget ges fria händer. I annat fall skulle det bäddas för utfärdande av utlåtanden som rena väntjänster och myndighetens befogenhet att utfärda icke-ingripandebesked som avskaffats genom förordning nr 1/2003 skulle de facto övergå på privata juridiska rådgivare, vilka inte har någon legitimitet att utfärda sådana besked.

61. Det huvudsakliga målet att säkerställa en effektiv tillämpning av EU:s konkurrenslagstiftning³⁴ kräver att den omständigheten att ett företag har förlitat sig på juridisk rådgivning enbart ska anses ligga till grund för rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld när vissa minimikrav, för vilka jag kommer att redogöra i det följande, uppfyllts i samband med att juridisk rådgivning inhämtats.

b) Minimikrav i samband med inhämtande av juridisk rådgivning

62. En förutsättning för att den juridiska rådgivning som inhämtats av ett företag ska beaktas är att företaget har förlitat sig på denna rådgivning i god tro. Skyddet för berättigade förväntningar och god tro går nämligen hand i hand.³⁵ När det på grund av vissa omständigheter kan antas att företaget i ond tro har förlitat sig på ett utlåtande från en advokat eller att det rör sig om ett utlåtande som utfärdats som en ren väntjänst, så är den juridiska rådgivning som inhämtats irrelevant för bedömningen av huruvida oaktsamhet föreligger vid en överträdelse av bestämmelserna i EU:s konkurrenslagstiftning.

63. Dessutom gäller följande minimikrav för inhämtande av juridisk rådgivning med avseende på vilken det berörda företaget själv bär risken och ansvaret att den iakttas.

64. För det första ska rådgivning alltid inhämtas från en oberoende extern advokat.³⁶ Rådgivning från medarbetare vid den egna interna rättsavdelningen i ett företag eller koncern kan vid rättsvillfarelse under inga omständigheter utgöra skäl till att utesluta skuld. Företagsjurister är nämligen även när de är verksamma som advokater inom ett företag³⁷ i egenskap av arbetstagare direkt beroende av det berörda företaget och deras juridiska råd kan således tillskrivas den egna arbetsgivaren. Ett företag kan inte ge sig självt fria händer att överträda konkurrenslagstiftningen.

65. För det andra ska det röra sig om råd från en kvalificerad advokat, vilket förutsätter att advokaten är specialiserad på konkurrenslagstiftning samt EU:s konkurrenslagstiftning och dessutom regelbundet anlitas av kunder på detta rättsområde.

34 — Se avseende detta mål skälen 8, 17 och 22 i förordning nr 1/2003 samt dom av den 7 december 2010 i mål C-439/08 (REU 2010, s. I-12471), punkt 56, och av den 14 juni 2011 i mål C-360/09, Pfeiderer (REU 2011, s. I-5161), punkt 19.

35 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 juli 1998 i mål C-298/96, Oelmühle och Schmidt Söhne (REG 1998, s. I-4767), punkt 29, av den 19 september 2002 i mål C-336/00, Huber (REG 2002, s. I-7699), punkt 58, och av den 22 januari 1997 i mål T-115/94, Opel Austria mot rådet (REG 1997, s. II-39), punkt 93.

36 — Med advokat avses i det följande naturligtvis även sådana advokater som är anställda i en oberoende advokatbyrå.

37 — Se i detta avseende dom av den 14 september 2010 i mål C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals mot kommissionen m.fl. (REU 2010, s. I-8301), samt mitt förslag till avgörande av den 29 april 2010 i det målet.

66. För det tredje måste den juridiska rådgivningen ha utfärdats på grundval av en fullständig och korrekt redogörelse för de faktiska omständigheterna av de berörda företagen. Såvida den redogörelse som ett företag lämnat till den advokat som anlåtats för de faktiska omständigheterna för vilka det är ansvarigt är bristfällig eller felaktig kan det utlåtande som advokaten utfärdat inte återopas i ett kartellförfarande till försvar för en eventuell rättsvillfarelse.

67. För det fjärde måste det utlåtande som inhämtats från den advokat som anlåtats omfattande befatta sig med Europeiska kommissionens förvaltnings- och beslutspraxis samt med unionsdomstolarnas rättspraxis och härvid på ett utförligt sätt yttra sig om alla rättsligt relevanta aspekter i det enskilda fallet. En rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld kan inte antas föreligga med avseende på omständigheter som inte uttryckligen är föremål för den juridiska rådgivningen utan på sin höjd implicit kan härledas ur denna.

68. För det femte får den juridiska rådgivning som getts inte vara uppenbart felaktig. Inget företag får blint förlita sig på juridisk rådgivning. Det ankommer däremot på varje företag som har anlutat en advokat att i vart fall kontrollera att de uppgifter som lämnats är trovärdiga.

69. Den omsorg som krävs av ett företag i detta avseende beror naturligtvis på dess storlek och erfarenhet i konkurrensrättsliga ärenden.³⁸ Ju större ett företag är och ju mer erfarenhet det har av konkurrenslagstiftningen, desto mer ingående måste den pröva det juridiska råd som inhämtats, särskilt när den har en egen rättsavdelning med motsvarande fackkunskap.

70. Oberoende av vad som anförts ovan måste emellertid varje företag ha kännedom om att vissa konkurrensbegränsande åtgärder redan till sin natur är förbjudna,³⁹ framför allt att ingen får delta i så kallade *kärnbegränsningar*,⁴⁰ till exempel prisöverenskommelser eller överenskommelser eller åtgärder för att dela eller dela upp marknaden. Av större och erfarna företag kan dessutom krävas att de har kännedom om Europeiska kommissionens relevanta uttalanden i deras tillkännagivanden och riktlinjer på det konkurrensrättsliga området.

71. För det sjätte agerar det berörda företaget på eget ansvar om det av den juridiska rådgivning som den har fått framgår att rättsläget är oklart. Företaget godtar i det fallet nämligen av oaktsamhet att det genom sitt agerande på marknaden åsidosätter bestämmelserna i EU:s konkurrenslagstiftning.

72. Det ska medges att värdet av den juridiska rådgivningen minskar något för de berörda företagen med hänsyn till de minimivillkor som jag föreslagit. Detta ligger emellertid i naturen hos den ordning som inrättades genom förordning nr 1/2003 och det förhåller sig för övrigt på samma sätt vad gäller den klassiska straffrätten. I slutändan ansvarar varje företag självt för sitt agerande på marknaden och bär risken för de rättsstridiga handlingar som företaget begått. Absolut rättssäkerhet kan inte uppnås genom att rättslig rådgivning inhämtas. Om samtliga ovannämnda minimikrav emellertid är uppfyllda, så kan en rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld antas föreligga, om det berörda företaget i god tro har förlitat sig på det råd som det inhämtat från sin juridiska rådgivare.

38 — Detta antyds även i domen i målet *United Brands* (ovan fotnot 24), punkterna 299–301, och dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, *Hoffmann-La Roche mot kommissionen* (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 134, se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 april 1993 i mål C-250/91, *Hewlett Packard France* (REG 1993, s. I-1819), punkt 22, och av den 14 november 2002 i mål C-251/00, *Ilumitrónica* (REG 2002, s. I-10433), punkt 54.

39 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet *Miller* (ovan fotnot 17), punkterna 18 och 19, dom av den 11 juli 1989 i mål 246/86, *Belasco m.fl. mot kommissionen* (REG 1989, s. 2117), punkt 41, och av den 8 februari 1990 i mål C-279/87, *Tipp-Ex mot kommissionen* (REG 1990, s. I-261), punkt 2 i sammanfattningen, se dessutom förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02-T-264/02 och T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen* (REG 2006, s. II-5169), punkt 205.

40 — Avseende begreppet kärnbegränsning, se framför allt tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (*de minimis*) (EGT C 368, 2001, s. 13).

73. Jag vill tillägga att en advokat som genom att utfärda utlåtanden som väntjänst blir hantlangare till konkurrensbegränsande åtgärder som vidtas av företag, inte enbart måste befara civilrättsliga utan även yrkesrättsliga konsekvenser utan dessutom eventuellt även själv kan åläggas konkurrensrättsliga sanktionsåtgärder.⁴¹

c) Slutsatser i förevarande fall

74. Om ovannämnda kriterier överförs på ett fall som det förevarande så kan slutsatsen dras att de berörda företagen inte befann sig i en ursäktlig rättsvillfarelse, utan de kan klandras för rättsvillfarelse beträffande lagligheten av deras agerande på marknaden med hänsyn till EU:s konkurrenslagstiftning.

75. För det första omfattas nämligen tidpunkten för överträdelsens början, liksom även den större delen av SSK-kartellens giltighetstid, fortfarande av tillämpningsområdet i tiden för förordning nr 17. Såsom Bundeskartellanwalt i Österrike med rätta anført kunde de berörda företagen⁴² således på ett tidigt stadium ansöka om ett icke-ingripandebesked hos Europeiska kommissionen enligt artikel 2 i förordning nr 17.^{43 44} Den omständigheten att det underlåtit att göra detta kan inte uppvägas av inhämtande av juridisk rådgivning. Något annat kan inte heller gälla för den del av SSK-kartellen som ägde rum efter den 30 april 2004, det vill säga redan omfattas av tillämpningsområdet i tiden för förordning nr 1/2003. Om man, såsom Bundeswettbewerbsbehörde i Österrike, nämligen utgår från att den omtvistade kartellen utgör en enhetlig och fortlöpande överträdelse, så måste SSK-medlemmarnas underlåtenhet i början att ansöka om ett icke-ingripandebesked påverka bedömningen av huruvida de agerat av oaktsamhet under hela den tid den konkurrensbegränsande samverkan varade.

76. För det andra är den juridiska rådgivning som inhämtats i förevarande fall ofullständig enligt uppgifter från den hänskjutande domstolen. I de olika skrivelser som lämnats av den advokatbyrå som anlåtats yttrade sig advokaterna, vilket det dock ankommer på den hänskjutande domstolen att bekräfta, inte över den fråga som enligt unionslagstiftningen är av avgörande betydelse för att beivra SSK-medlemmarnas konkurrensbegränsande samverkan, nämligen avseende det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 85 i E(E)G-fördraget och artikel 81 EG. Till skillnad från vad de berörda företagen har hävdats räcker det i detta sammanhang inte att man av det juridiska utlåtandet implicit kan dra slutsatser avseende frågan om påverkan på handeln mellan medlemsstater. En rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld kan, såsom anförts ovan,⁴⁵ inte antas föreligga med avseende på omständigheter som inte uttryckligen är föremål för den juridiska rådgivningen utan på sin höjd implicit kan härledas ur denna. Detta gäller i än större grad när det, såsom i förevarande fall, rör sig om en central fråga som är helt avgörande i ett fall.

77. Det ska tilläggas att det i vart fall av större och erfarna företag bland kartelldeltagarna dessutom kan krävas att de har kännedom om Europeiska kommissionens relevanta tillkännagivanden och riktlinjer.⁴⁶ Av dessa framgår obestriddligen att horisontella karteller som SSK som berör en medlemsstats hela territorium i allmänhet kan påverka handeln mellan medlemsstaterna,⁴⁷ så att de omfattas av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan.

41 — Se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2008 i mål T-99/04, AC-Treuhand mot kommissionen (REG 2008, s. II-1501), avseende deltagande i samverkan av ett konsultföretag vilket självt inte var verksamt på den marknad som samverkan avsåg.

42 — Detta gäller för alla företag som var medlemmar i SSK redan före den 1 maj 2004.

43 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen (ovan fotnot 38), punkterna 129, sista mening, 130 och 134, näst sista mening.

44 — Artikel 2 i protokoll 4 till avtalet mellan Eftastaterna om upprättande av en övervakningsmyndighet och en domstol innehöll en jämförbar bestämmelse (EGT L 344, 1994, s. 12).

45 — Se ovan punkt 67 i detta förslag till avgörande.

46 — Se ovan punkt 70 i detta förslag till avgörande.

47 — Tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget, avsnitt 3.2.1, särskilt punkt 78.

78. Den omständigheten att SSK inte utgör en hemlig kartell, och att medlemmarna i SSK enligt deras uppgifter avsåg att undvika ett åsidosättande av EU:s konkurrenslagstiftning, vilket vissa av parterna i målet har framhållit, saknar betydelse för frågan huruvida de företag som deltagit i konkurrensbegränsande samverkan agerat av oaktsamhet. En rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld kan därför inte enbart antas föreligga av det skälet att gärningsmannen tror sig agera lagligt och även för övrigt är "säker på sin sak". Avgörande är enbart om vederbörande har gjort allt som är möjligt och som kan förväntas för att undvika att göra sig skyldig till en överträdelse.

2. Den omständigheten att företaget har förlitat sig på det beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet (fråga 1 b)

79. Genom fråga 1 b vill den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld kan antas föreligga, om ett företag som klandrats för konkurrensbegränsande beteende har förlitat sig på ett beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet som har gjort en prövning enbart på grundval av nationell konkurrenslagstiftning av agerandet och har funnit att agerandet var tillåtet.

80. Denna delfråga har ställts mot bakgrund av att konkurrensdomstolen i Österrike i egenskap av behörig nationell myndighet genom beslut av den 2 februari 1996 som vunnit rättskraft fastställt att SSK var en kartell av mindre betydelse, i den mening som avses i 16 § KartG 1988. De berörda företagen har i tvisten i målet vid den nationella domstolen åberopat detta beslut till sitt försvar.

81. Såsom när det gäller den ovannämnda frågan huruvida ett företag kan förlita sig på juridisk rådgivning är parterna oeniga om det beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet ska beaktas vid bedömningen av huruvida ett företag har agerat av oaktsamhet vid konkurrensbegränsande samverkan. Parterna har huvudsakligen intagit samma ståndpunkt avseende de båda frågorna.

a) Relevansen av beslut som fattats av nationella konkurrensmyndigheter och konkurrensdomstolar

82. Ett av de viktigaste målen med förordning nr 1/2003 var att de nationella myndigheterna skulle bli mer delaktiga än tidigare i tillämpningen av EU:s konkurrenslagstiftning.⁴⁸ De nationella konkurrensmyndigheternas och de nationella domstolarnas roll är av stor betydelse i det nya decentraliserade systemet för tillämpning av konkurrenslagstiftningen. Enligt artiklarna 5 och 6 i förordning nr 1/2003 har medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar uttryckligen behörighet att tillämpa unionens konkurrenslagstiftning och på de villkor som anges i artikel 3 i nämnda förordning till och med skyldighet att göra detta.⁴⁹

83. De nationella myndigheterna och domstolarna hade även under perioden fram till och med den 30 april 2004, under vilken konkurrensdomstolen antog det beslut som de deltagande företagen åberopat, behörighet att tillämpa artikel 85 i E(E)G-fördraget respektive artikel 81 EG. Europeiska kommissionen var visserligen enligt artikel 9.1 i förordning nr 17 ensam behörig att i enlighet med artikel 85.3 i E(E)G-fördraget respektive artikel 81.3 EG bevilja undantag. Därutöver kunde emellertid de nationella myndigheterna och domstolarna i princip tillämpa den direkt tillämpliga artikel 85.1 i E(E)G-fördraget respektive artikel 81.1 EG och framför allt pröva om företagens samordnade beteende omfattades av det materiella tillämpningsområdet för bestämmelserna i EU:s konkurrenslagstiftning,

48 — Skälen 6, 7 och 8 i förordning nr 1/2003.

49 — Avseende denna skyldighet, se även domen i målet Toshiba Corporation m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 77.

det vill säga om det kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.⁵⁰ En sådan prövning skulle till exempel vara nödvändig om det vid en motsättning mellan gemenskapens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning skulle vara nödvändigt att beakta den av domstolen fastställda principen om gemenskapsrättens företräde.⁵¹

84. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan beslut som har fattats av nationella konkurrensmyndigheter och domstolar, även sådana som fattats före den 1 maj 2004, utöver Europeiska kommissionens praxis i administrativa ärenden och rättspraxis från unionsdomstolarna, ge de företag som är verksamma på den inre marknaden viktig vägledning om förståelsen av det gällande rättsläget i EU:s konkurrenslagstiftning.

85. Vilka effekter den omständigheten att de berörda företagen har förlitat sig på sådana beslut ska anses ha för deras culpaansvar vid konkurrensbegränsande samverkan ska fastställas med ledning av principen om skydd för berättigade förväntningar, som också har stadfäst på unionsnivå.⁵² Enligt denna princip är det inte uteslutet att företag i ärenden som rör unionslagstiftningen får förlita sig på beslut som fattats av nationella myndigheter och domstolar.⁵³ Dessutom förefaller berättigade förväntningar vad gäller yttranden från sådana myndigheter vara mer skyddsvärda än utlåtanden från privata juridiska rådgivare.

86. Det skulle emellertid leda för långt att tillerkänna varje uttalande från en nationell myndighet avseende EU:s konkurrenslagstiftning verkan med avseende på bedömningen av huruvida företag agerat av oaktsamhet med avseende på de överträdelser som de klandrats för. Vissa minimikrav måste även vara uppfyllda här för att en effektiv tillämpning av EU:s konkurrensbestämmelser inte ska påverkas.

b) Villkoren för att det ska kunna fastställas att berättigade förväntningar föreligger vad gäller beslut som har fattats av nationella konkurrensmyndigheter och konkurrensdomstolar

87. För det första måste det röra sig om ett beslut som fattats av en medlemsstats konkurrensmyndighet som är behörig att tillämpa EU:s konkurrenslagstiftning i den mening som avses i artikel 5 och artikel 35 eller en nationell domstol, i den mening som avses i artikel 6 i förordning nr 1/2003.

88. En nationell *konkurrensmyndighet* får visserligen inte utfärda tillstånd eller icke-ingripandebesked med avseende på EU:s konkurrenslagstiftning. Den får emellertid enligt artikel 5 andra stycket i förordning nr 1/2003 besluta om att det inte finns skäl för den att ingripa, om den på grundval av de uppgifter som de förfogar över finner att villkoren för ett förbud inte är uppfyllda. I det fallet måste det berörda företaget kunna förlita sig på att det i vart fall inom myndighetens geografiska behörighetsområde får fullfölja det agerande på marknaden som myndigheten undersökt.

89. Beslutet från en nationell *domstol* kan ligga till grund för fastställandet av en rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld om domstolen i detta beslut dragit slutsatsen att ett visst agerande på marknaden inte utgör en överträdelse av EU:s konkurrenslagstiftning. Detta kan framför allt ske genom att ett bötesförfarande vid domstol avslutas, ett myndighetsbeslut om åläggande av böter upphävs eller skadestånds- eller förbudstalan mot det berörda företaget ogillas av den nationella domstolen.

50 — Dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT mot SABAM (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 249), punkterna 15–22.

51 — Dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Walt Wilhelm m.fl. (REG 1969, s. 1), punkt 6 i slutet.

52 — Se bland annat dom av den 5 maj 1981 i mål 112/80, Dürbeck (REG 1981, s. 1095), punkt 48, och av den 20 mars 1997 i mål C-24/95, Alcan Deutschland (REG 1997, s. I-1591), punkt 25.

53 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 september 2009 i mål C-201/08, Plantanol (REG 2009, s. I-8343), punkt 53, se dessutom mitt förslag till avgörande av den 24 januari 2013 i mål C-568/11, Agroferm, punkterna 43–50.

90. För det andra krävs att det berörda företaget dessförinnan har lämnat den nationella myndigheten fullständiga och korrekta uppgifter om samtliga omständigheter som är relevanta i målet, om det, såsom var fallet med SSK-medlemmarna åren 1995/1996, redan deltagit i det ursprungliga administrativa förfarandet eller domstolsförfarandet. Om det omtvistade beslutet är behäftat med ett fel som kan tillskrivas företaget, kan företaget inte i ett senare skede återropa beslutet till sitt försvar.

91. För det tredje måste myndighetens eller domstolens beslut exakt avse de faktiska omständigheter och rättsliga frågor som det berörda företaget har återoplat till grund för rättsvillfarelse som skäl för att undgå ansvar. På liknande sätt som när det gäller juridisk rådgivning gäller dessutom att enbart de uttalanden som myndigheten eller domstolen har gjort som uttryckligen återges i beslutet får återoplas. Detta gäller däremot inte övriga slutsatser som på sin höjd kan dras av beslutet implicit.⁵⁴

92. För det fjärde får den nationella konkurrensmyndighetens eller den nationella domstolens yttrande avseende EU:s konkurrenslagstiftning inte vara uppenbart oriktigt.⁵⁵ Myndighetsbeslut som har bindande verkan och slutgiltiga domstolsavgöranden i vilka ställning har tagits till EU:s konkurrenslagstiftning presumeras i princip visserligen vara lagliga, så att de som berörs av beslutet kan förlita sig på att innehållet är riktigt och inte på samma sätt som beträffande juridisk rådgivning måste kontrollera trovärdigheten. Varje företag måste emellertid, såsom anförts ovan,⁵⁶ ha kännedom om att vissa konkurrensbegränsande åtgärder redan till sin natur är förbjudna, framför allt att ingen får delta i kärnbegränsningar, såsom prisöverenskommelser eller överenskommelser eller åtgärder för att dela eller dela upp marknaden.

93. För det femte kan ett företags berättigade förväntningar vad gäller ett beslut som fattats av en myndighet eller en domstol enbart vara skyddsvärda om företaget är i god tro.⁵⁷ God tro saknas inte enbart i den säkerligen osannolika situationen i vilken företaget samverkar med den nationella myndigheten eller den nationella domstolen. Företaget kan inte heller ha berättigade förväntningar på att beslutet är riktigt om företaget har kännedom om att de behöriga unionsorganen, nämligen Europeiska kommissionen och EU-domstolen, har intagit motsatt ståndpunkt. Detta kan till exempel vara fallet om Europeiska kommissionen enligt artikel 15.3 i förordning nr 1/2003 deltar i ett nationellt domstolsförfarande och det berörda företaget i detta sammanhang har fått kännedom om dess uppfattning.

94. Vid den muntliga förhandlingen vid domstolen berördes dessutom frågan om det krävs att ett mål hänskjutits till domstolen för förhandsavgörande för att det ska kunna fastställas att det föreligger skyddsvärda berättigade förväntningar hos ett företag vad gäller beslut som fattats av nationella *domstolar*. Enligt min mening ska denna fråga besvaras nekande. Jag anser inte att det är lämpligt att begränsa skyddet för berättigade förväntningar till att omfatta de nationella domstolsavgöranden som grundar sig på ett förhandsavgörande från domstolen.

95. I allmänhet kommer det nämligen att röra sig om avgöranden från domstolar, i den mening som avses i artikel 267 andra stycket FEUF, som inte måste framställa en begäran om förhandsavgörande. Om unionslagstiftaren fastställer att *samtliga* nationella domstolar har behörighet att tillämpa EU:s konkurrenslagstiftning (artikel 6 i förordning nr 1/2003), så måste enskilda även kunna återropa avgöranden som meddelats i detta avseende från *samtliga* nationella domstolar, oberoende av om ett fakultativt förfarande om förhandsavgörande genomförts tidigare eller inte.

54 — Domstolen har på motsvarande sätt avseende skyddet för berättigade förväntningar fastställt att ingen med framgång kan göra gällande att denna princip har åsidosatts om administrationen inte har gett någon tydlig försäkran och att vaga indicier inte räcker i detta avseende (dom av den 16 december 2008 i mål C-47/07 P, Masdar mot kommissionen (REG 2008, s. I-9761), punkterna 81 och 86.

55 — Enligt fast rättspraxis kan principen om berättigade förväntningar inte återoplas gentemot en entydig unionsrättslig bestämmelse, se dom av den 26 april 1988 i mål 316/86, Krücken (REG 1988, s. 2213), punkt 24, av den 1 april 1993 i de förenade målen C-31/91-C-44/91, Lageder m.fl. (REG 1993, s. I-1761), punkt 35, och av den 16 mars 2006 i mål C-94/05, Emsland-Stärke (REG 2006, s. I-2619), punkt 31.

56 — Se ovan punkt 70 i detta förslag till avgörande.

57 — Se i detta avseende ovan punkt 62 i detta förslag till avgörande och i fotnot 35 angiven rättspraxis.

96. Förordning nr 1/2003 innehåller specifika instrument som bidrar till att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av EU:s konkurrenslagstiftning. Härvid spelar Europeiska kommissionen en central roll. Kommissionen får delta i de förfarandena vid de nationella *domstolarna*.⁵⁸ Kommissionen har ett nära samarbete med de nationella *konkurrensmyndigheterna* inom ramen för Europeiska konkurrensnätverket och kan även ta över ärendet i det administrativa förfarandet vid konkurrensmyndigheterna.⁵⁹

c) Slutsatser i förevarande fall

97. Om ovannämnda kriterier tillämpas på ett fall som det förevarande, så kan, såsom i samband med juridisk rådgivning, slutsatsen dras att de berörda företagen inte befann sig i en ursäktlig rättsvillfarelse, utan de kan klandras för rättsvillfarelse beträffande lagligheten av deras agerande på marknaden med avseende på EU:s konkurrenslagstiftning.

98. Såsom den hänskjutande domstolen nämligen har fastställt prövades i konkurrensdomstolens beslut av den 2 februari 1996, som medlemmarna i SSK åberopat, det agerande som speditörsföretagen klandrats för enbart på grundval av nationell konkurrenslagstiftning och slutsatsen drogs att agerandet var tillåtet. I beslutet prövas inte frågan huruvida SSK:s medlemmar åsidosatt det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Enligt unionsrätten förelåg före den 1 maj 2004, då artikel 3 i förordning nr 1/2003 ännu inte var tillämplig, ingen skyldighet att tillämpa EU:s konkurrenslagstiftning parallellt med nationell konkurrenslagstiftning.⁶⁰

99. Det är möjligt att konkurrensdomstolen innan den fattade beslutet av den 2 februari 1996 tog del av ett utlåtande som Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten lämnade år 1994⁶¹ i vilket det fastställdes att EU:s konkurrenslagstiftning inte är tillämplig. Denna omständighet utgör emellertid i sig inte grund för medlemmarna i SSK att utgå från att deras agerande på marknaden inte stred mot EU:s konkurrenslagstiftning. Avgörande är att konkurrensdomstolen själv inte uttryckligen yttrat sig över frågan huruvida SSK är förenlig med EU:s konkurrenslagstiftning.⁶²

100. Det stämmer att de nationella konkurrensmyndigheterna och konkurrensdomstolarna redan före den 1 maj 2004 var skyldiga att beakta den då gällande gemenskapsrättens företrädare och att underlåta att skada en fullständig och enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten.⁶³ Även ur den nationella lagstiftningen kunde redan vid den tidpunkten en skyldighet att beakta de europeiska konkurrensbestämmelserna härledas, vilket de deltagande företagen har påpekat vid den muntliga förhandlingen.

101. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan emellertid inte slutsatsen dras att nationella och europeiska konkurrensbestämmelser redan före den dag då artikel 3 i förordning nr 1/2003 skulle börja tillämpas alltid hade rättsverkningar som är identiska. Det är allmänt känt att tillämpningsområdet för konkurrensreglerna på europeisk respektive nationell nivå inte är detsamma⁶⁴ och att de behandlar konkurrensbegränsande förfaranden från olika utgångspunkter.⁶⁵ Det förhåll sig

58 — Artikel 15.3 i förordning nr 1/2003.

59 — Artikel 11.6 i förordning nr 1/2003.

60 — Domen i målet Toshiba Corporation m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 62.

61 — Se ovan punkterna 20 och 21 i detta förslag till avgörande.

62 — Se ovan punkt 92 i detta förslag till avgörande.

63 — Domen i målet Walt Wilhelm m.fl. (ovan fotnot 51), punkterna 6 och 9.

64 — Dom av den 1 oktober 2009 i mål C-505/07, *Compañía Española de Comercialización de Aceite* (REG 2009, s. I-8963), punkt 52, och domen i målet Toshiba Corporation m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 81.

65 — Domen i målet Walt Wilhelm m.fl. (ovan fotnot 51), punkt 3, dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04-C-298/04, *Manfredi* m.fl. (REG 2006, s. I-6619), punkt 38, domen i målet Akzo Nobel Chemicals och Akros Chemicals mot kommissionen m.fl. (ovan fotnot 37), punkt 103, och domen i målet Toshiba Corporation m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 81.

redan sålunda före den 1 maj 2004 och detta har inte ändrats genom förordning nr 1/2003.⁶⁶ Av en sådan regel som den österrikiska om karteller av mindre betydelse framgår särskilt klart vilka skillnader som kunde finnas och kan bestå mellan unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning.⁶⁷

102. Ett beslut som enbart grundar sig på nationell konkurrenslagstiftning, som konkurrensdomstolens beslut av den 2 februari 1996, avseende en unionsrättslig fråga som är avgörande för tvisten i målet vid den nationella domstolen, kan inte ge upphov till berättigade förväntningar hos det berörda företaget.

C – Nationella konkurrensmyndigheters fastställelsebefogenheter gentemot samarbetande parter (den andra frågan)

103. Den andra frågan avser särskilt den situation i vilken samarbetande parter, i förevarande fall företaget Schenker, befinner sig. Den förutsätter med nödvändighet att det berörda företaget, såsom visats inom ramen för den första frågan, *inte* kan åberopa rättsvillfarelse som skäl till att utesluta skuld. Vid en sådan rättsvillfarelse har nämligen ingen överträdelse ägt rum som en konkurrensmyndighet eller en domstol kan fastställa gentemot ett företag.⁶⁸

104. Den hänskjutande domstolen vill huvudsakligen få klarhet i huruvida medlemsstaternas konkurrensmyndigheter enligt förordning nr 1/2003 har befogenhet att fastställa att ett företag har gjort sig skyldig till en överträdelse av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan och underlåta att ålägga böter.

105. Nationella konkurrensmyndigheters befogenheter vid tillämpningen av unionens konkurrenslagstiftning följer av artikel 5 i förordning nr 1/2003. Enligt artikel 35.1 i nämnda förordning kan även domstolar tillerkännas behörighet att tillämpa denna, vilket är fallet i Österrike.

106. En befogenhet för nationella myndigheter att enbart fastställa en överträdelse av unionens konkurrenslagstiftning, utan att ålägga sanktioner, föreskrivs inte uttryckligen i artikel 5 i förordning nr 1/2003. Europeiska kommissionen får däremot enligt artikel 7.1 sista meningen i nämnda förordning konstatera att en överträdelse tidigare har ägt rum om kommissionen har ett berättigat intresse av det.

107. Till skillnad från vad Schenker har hävdat kan av den omständigheten att det inte sägs något om detta i artikel 5 i förordning nr 1/2003 inte slutsatsen dras att de nationella myndigheterna inte enbart får fastställa att en överträdelse föreligger utan att ålägga sanktioner. Av kommissionens behörighet enligt artikel 7.1 sista meningen i förordning nr 1/2003 kan denna slutsats inte dras *e contrario*.

108. Det stämmer visserligen att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och konkurrensdomstolar medvetet berövas vissa befogenheter, så att kommissionens ledande roll vid utformningen av unionens konkurrenspolitik som är fast förankrad i systemet i förordning nr 1/2003⁶⁹ och det nya systemet med direkt tillämplighet av undantagsregeln som inrättas inte påverkas. Kommissionen är till exempel den enda myndigheten inom Europeiska konkurrensnätverket som enligt artikel 10 i förordning nr 1/2003

66 — Domen i målet Toshiba Corporation m.fl. (ovan fotnot 19), punkt 82.

67 — I dom av den 13 december 2012 i mål C-226/11, Expedia, förklarade domstolen att ett avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har ett konkurrensbegränsande syfte till sin natur, och oavsett om det har något faktiskt resultat, ska anses utgöra en märkbar begränsning av konkurrensen (punkt 37), och detta även om avtalet inte når upp till de tröskelvärden som kommissionen har fastställt i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse (punkt 38).

68 — Se ovan punkt 44 i detta förslag till avgörande.

69 — Se skäl 34 i förordning nr 1/2003 i vilket unionsorganens centrala roll vid tillämpningen av principerna i artiklarna 81 EG och 82 EG betonas. Se dessutom domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 17), punkt 105 i slutet, av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods (REG 2000, s. I-11369), punkt 46, första meningen, och mitt förslag till avgörande i målet Expedia (ovan fotnot 28), punkt 38.

undantagsvis deklarativt har behörighet att fastställa att unionens konkurrenslagstiftning inte är tillämplig,⁷⁰ medan de nationella konkurrensmyndigheterna enligt artikel 5.2 i nämnda förordning, på sin höjd får besluta om att det inte finns skäl för dem att ingripa i ett konkret fall, vilket utesluter slutliga negativa avgöranden.⁷¹

109. Det kan emellertid inte antas att unionslagstiftaren även i det motsatta fallet, det vill säga med avseende på den här aktuella befogenheten att fastställa överträdelser avsåg att begränsa de nationella konkurrensmyndigheternas och konkurrensdomstolarnas behörighet. Såsom redan anförts ovan var nämligen ett av de viktigaste målen med förordning nr 1/2003 att de nationella myndigheterna skulle bli mer delaktiga än tidigare i tillämpningen av EU:s konkurrenslagstiftning.⁷² Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter ska inte ges mindre utan mer möjligheter att tillämpa unionens konkurrenslagstiftning effektivt.⁷³ I det decentraliserade systemet i förordning nr 1/2003 utgör det en integrerad del av förteckningen över de uppgifter⁷⁴ som föreskrivs att upptäcka, fastställa och eventuellt beivra överträdelser av de europeiska konkurrensreglerna och detta bidrar till en effektiv tillämpning av nämnda regler.

110. Möjligheten att enbart fastställa att en överträdelse föreligger omfattas nödvändigtvis av de nationella konkurrensmyndigheternas behörighet att ålägga påföljder enligt artikel 5.1 sista strecksatsen i förordning nr 1/2003 (*argumentum a maiore ad minus*). Det skulle nämligen inte vara tänkbart för en myndighet att ålägga ett företag eventuella påföljder för dess agerande, utan att en konkurrensbegränsande samverkan fastställts.

111. Nationella konkurrensmyndigheter eller konkurrensdomstolar förlorar inte sin befogenhet att fastställa en överträdelse om de inte ålägger påföljder för att belöna en samarbetande part för dess samarbete i ett kartellförfarande. För en effektiv tillämpning av unionsrättsliga konkurrensregler kan det till och med vara nödvändigt att i ett sådant fall fastställa att en överträdelse ägt rum trots att påföljder inte ålagts.

112. Skulle den nationella myndigheten eller den nationella domstolen inte enbart underlåta att ålägga påföljder, utan även underlåta att fastställa att en överträdelse ägt rum och utan vidare avskriva kartellförfarandet mot det berörda företaget, så skulle det kunna verka som att dess agerande på marknaden var lagligt, vilket är vilseledande. Genom att fastställa att en överträdelse ägt rum som i praktiken innebär att bötesbeloppet fastställs till noll klagörs däremot på ett otvetydigt sätt och dokumenteras att företaget uppsåtligen har åsidosatt de unionsrättsliga konkurrensreglerna.

113. Om och på vilket sätt de behöriga nationella myndigheterna använder sig av den möjlighet som föreligger enligt artikel 5 i förordning nr 1/2003 att fastställa en överträdelse, utan att ålägga påföljder, omfattas av medlemsstaternas processuella autonomi. Det finns följaktligen inget hinder för en nationell bestämmelse, enligt vilken fastställandet av en överträdelse omfattas av den behöriga myndighetens eller den behöriga domstolens utrymme för skönsmässig bedömning eller enligt vilken ett berättigat intresse med stöd av artikel 7.1 sista meningen krävs i detta avseende, under förutsättning att den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen⁷⁵ iakttas.

70 — Se även skäl 14 i förordning nr 1/2003.

71 — Domen i målet *Tele 2 Polska* (ovan fotnot 33), punkterna 22–29 och 32.

72 — Skälen 6, 7 och 8 i förordning nr 1/2003.

73 — Skälen 28 och 34 i förordning nr 1/2003.

74 — Se framför allt artiklarna 5 första meningen och 6, samt skälen 6, 7 och 8 i förordning nr 1/2003.

75 — Avseende betydelsen av dessa principer i ett konkurrensrättsligt sammanhang, se dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99), *Courage och Crehan* (REG 2001, s. I-6297), och domen i det ovannämnda i målet *Manfredi m.fl.* (ovan fotnot 65).

114. Mot bakgrund av effektivitetsprincipen som kommer till uttryck i målet att säkerställa en effektiv tillämpning av unionens konkurrenslagstiftning⁷⁶ kommer det i allmänhet att finnas ett berättigat intresse att fastställa en överträdelse, även om påföljder inte åläggs. För det första kan det berörda företaget nämligen till följd av ett sådant fastställande i framtiden dömas till ansvar som återfallsförövare om det på nytt gör sig skyldigt till ett åsidosättande av de europeiska konkurrensbestämmelserna.⁷⁷ För det andra har fastställandet av överträdelsen en avskräckande signalfunktion gentemot andra företag och marknadsaktörernas förtroende för konkurrenslagstiftningens slagkraft på den inre marknaden stärks. Fastställandet av överträdelsen underlättar slutligen för företag och konsumenter som lidit skada av ett konkurrensbegränsande samarbete att göra gällande skadeståndsanspråk mot kartelldeltagarna.⁷⁸

VI – Förslag till avgörande

115. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som ställts av Österrikes Oberster Gerichtshof på följande sätt:

- 1) Ett företag får på grund av ett åsidosättande av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan som företaget gjort sig skyldigt till inte åläggas böter, om företaget misstagit sig beträffande lagligheten av dess agerande (rättsvillfarelse) och det inte kan klandras för denna rättsvillfarelse.
- 2) Ett företag kan klandras för den rättsvillfarelse i vilken ett företag befinner sig om företaget har förlitat sig på juridisk rådgivning eller beslutet från en nationell konkurrensmyndighet, där den rättsfråga som är avgörande inte prövas eller i vart fall inte prövas uttryckligen.

Vid överträdelser som börjat före den 1 maj 2004 kan ett företag dessutom klandras för en rättsvillfarelse om företaget inte i tid lämnat in en ansökan till kommissionen om utfärdande av ett icke-ingripandebesked med stöd av artikel 2 i förordning (EEG) nr 17.

- 3) Det är enligt förordning (EG) nr 1/2003 inte förbjudet för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter att fastställa att ett företag har gjort sig skyldig till en överträdelse av det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan och härvid underlåta att ålägga böter, såvida de allmänna principerna i unionsrätten om likvärdighet och effektivitet iakttas.

76 — Se avseende detta mål hänvisningarna ovan i fotnot 34.

77 — Punkt 28 första strecksatsen i 2006 års riktlinjer.

78 — Avseende betydelsen av en privat tillämpning av konkurrenslagstiftningen, se utöver de domar som anges ovan i fotnot 74 framför allt Europeiska kommissionens vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler av den 2 april 2008 (KOM(2008) 165 slutlig). I sin vitbok föreslår kommissionen åtgärder som är "utformade för att skapa ett effektivt system för privat tillämpning [av konkurrenslagstiftningen] genom skadeståndstalan som kompletterar den offentliga tillämpningen utan att ersätta eller inkräkta på den" (s. 4, avsnitt 1.2). Eftadomstolen har nyligen också haft tillfälle att hänvisa till betydelsen av privat tillämpning av konkurrenslagstiftningen och framhålla att denna ligger i det allmännas intresse (dom av den 21 december 2012, E-14/11, DB Schenker mot Eftas övervakningsmyndighet, punkt 132).