FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J. MAZÁK fremsat den 7. december 2010[1]

1. I denne sag har Sąd Najwyższy (den polske højesteret) anmodet om en fortolkning af artikel 5 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003[2]. Sagen vedrører grænserne for medlemsstaternes processuelle autonomi inden for rammerne af ordningen for håndhævelse af Fællesskabets konkurrenceret (nu EU-konkurrenceretten) i henhold til forordning nr. 1/2003, hvilken forordning ændrede den tidligere ordning i henhold til Rådets forordning nr. 17[3]. Spørgsmålet drejer sig om, hvordan en national konkurrencemyndighed kan afslutte en administrativ procedure, hvor den sideløbende med national ret anvender EU-konkurrenceretten, når den konstaterer, at den adfærd, som er udvist af den virksomhed, der mistænkes for konkurrencebegrænsende adfærd, ikke udgør en overtrædelse af forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 102 TEUF.

I — Retsforskrifter

A — *EU-retlige forskrifter*

2. Medlemsstaternes konkurrencemyndigheder er i henhold til artikel 5 i forordning nr. 1/2003 beføjede til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF i konkrete sager. Forordningens artikel 5 bestemmer:

»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.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Spørgsmålene er forelagt i forbindelse med en appel iværksat af direktøren for den polske konkurrence- og forbrugerbeskyttelsesmyndighed (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, herefter »den polske konkurrencemyndighed«) af dom afsagt af Sąd Apelacyjny w Warszawie (appelretten i Warszawa). Forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) (EFT 2003 L 1, s. 1).

3 — Forordning af 6.2.1962, første forordning om gennemførelse af traktatens artikel [81] og [82], (EFT 1959-1962, s. 81).

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

3. Artikel 10 i forordning nr. 1/2003 bestemmer, at når almene EU-interesser i forbindelse med anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF kræver det, kan Kommissionen på eget initiativ vedtage en beslutning om, at artikel 101 TEUF ikke finder anvendelse på en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, enten fordi betingelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF ikke er opfyldt, eller fordi betingelserne i artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt. Kommissionen kan vedtage en tilsvarende beslutning med hensyn til artikel 102 TEUF.

4. Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket af konkurrencemyndigheder [4] anfører, at »Kommissionen har særlige forudsætninger for at behandle sagen, hvis en eller flere aftaler eller former for praksis […] påvirker konkurrencen i mere end tre medlemsstater« (punkt 14) og at »[Kommissionen d]esuden har […] særlige forudsætninger for at behandle sagen, hvis denne er nøje knyttet til andre EU-bestemmelser, som Kommissionen har enekompetence til at anvende eller kan anvende mest effektivt, eller hvis der af hensyn til EU's interesser skal vedtages en kommissionsbeslutning for at udvikle EU's konkurrencepolitik, når der opstår nye konkurrencespørgsmål, eller for at sikre en effektiv håndhævelse af konkurrencereglerne« (punkt 15).

B — *Nationale bestemmelser*

5. Artikel 11 i polsk »lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse« [5], i den version, der var i kraft på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, bestemmer:

»(1) [De nationale konkurrencemyndigheder] vedtager beslutning, hvorved det fastslås, at der ikke foreligger nogen konkurrencebegrænsende adfærd, når der ikke fastslås nogen overtrædelse af de i artikel 5 og 8 fastsatte forbud.

(2) [De nationale konkurrencemyndigheder] vedtager endvidere beslutning i henhold til stk. 1, når en aftale opfylder betingelserne i artikel 7, stk. 1, men ikke er omfattet af en ministerrådsforordning som omhandlet i artikel 7.

4 — EUT 2004 C 101, s. 43.

5 — Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (konsolideret udgave i *Dziennik Ustaw* 2005, nr. 244, pos. 2080).

(3) Bevisbyrden vedrørende de i stk. 2 nævnte omstændigheder påhviler virksomheden eller virksomhederne i forening.«

II — De faktiske omstændigheder og de forelagte spørgsmål

6. Telekomunikacja Polska SA mistænktes for at have overtrådt artikel 8 i polsk lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse samt artikel 102 TEUF [6]. Ved afslutningen af denne sag lagde den polske konkurrencemyndighed til grund, at adfærden ikke udgjorde et misbrug, og vedtog en beslutning i henhold til national ret, der fastslog, at virksomheden ikke havde udvist konkurrencebegrænsende adfærd, og den polske konkurrencemyndighed fastslog i henhold til artikel 102 TEUF, at der ikke var nogen grund til, at de greb ind. En tredje part — Tele2 Polska Sp. zoo, nu Netia SA. w. Warszawie — anlagde søgsmål til prøvelse af nævnte beslutning. Sąd Okręgowy — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (byret — retten for konkurrence- og forbrugerbeskyttelse), annullerede ved en dom, som efterfølgende blev stadfæstet af Warszawa appelret, den anfægtede beslutning, og fastslog, at den polske konkurrencemyndighed skulle have vedtaget en konstaterende beslutning om, at der ikke forelå en konkurrencebegrænsende adfærd som omhandlet i artikel 102 TEUF, eftersom den havde vedtaget en sådan beslutning i henhold til national lov.

7. Den polske konkurrencemyndighed iværksatte kassationsappel vedrørende et retsspørgsmål, idet den gjorde gældende, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er en regel, som regulerer de nationale konkurrencemyndigheders kompetence og begrænser deres beslutningsbeføjelse, og hvoraf det fremgår, at de ikke har beføjelse til at vedtage en sådan beslutning. I stedet vedtog den polske konkurrencemyndighed en beslutning, som afsluttede sagen på en måde, som ikke indebar en beslutning vedrørende realiteten. I forordningens artikel 5 opregnes fire former for materielle beslutninger, hvorefter der afslutningsvis henvises til en beslutning vedrørende formaliteten: Nationale konkurrencemyndigheder »kan tillige beslutte, at der ikke er nogen grund til, at de griber ind«. Kommissionen er beføjet til at vedtage en beslutning om, at artikel 102 TEUF ikke finder anvendelse på en nærmere bestemt adfærd — men det er de nationale konkurrencemyndigheder ikke.

8. Den forelæggende ret mener for det første, at denne sag vedrører grænserne for nationale konkurrencemyndigheders procesautonomi og ikke tillader dem at vedtage en beslutning, som fastslår, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd, fordi en beslutning af en sådan karakter ikke er blandt de former for beslutninger, som er opregnet i artikel 5, stk. 2, i forordning nr. 1/2003. For det andet gør den forelæggende ret gældende, at artikel 5, sidste punktum, i artikel 5 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 5,

6 — Forelæggelsesafgørelsen anfører blot, at sagen vedrørte anvendelsen af en eksklusivitetsklausul vedrørende anvendelsen af Telekomunikacja Polskas offentligt tilgængelige telefonitjeneste på hjemmemarkedet for adgang til tjenesteydelser vedrørende fastnettelefonforbindelser i overensstemmelse med principperne om tilgængelighed og fast operatørvalg.

stk. 2, og andre af den nævnte forordnings bestemmelser, alligevel kan fortolkes således, at en national konkurrencemyndighed kan vedtage en beslutning som den pågældende beslutning. På denne baggrund har den forelæggende ret besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal artikel 5 i […] forordning […] nr. 1/2003 fortolkes således, at en national konkurrencemyndighed ikke kan vedtage en beslutning om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd som omhandlet i artikel [102 TEUF], når det efter sagens gennemførelse er blevet fastslået, at virksomheden ikke har handlet i strid med forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i henhold til denne traktatbestemmelse?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 5, tredje punktum, i […] forordning […] nr. 1/2003 i en situation, hvor den nationale konkurrencemyndighed i henhold til national ret — når det er blevet fastslået, at virksomheden ikke har handlet i strid med forbuddet i artikel [102 TEUF] — kun kan afslutte kartelsagen ved at vedtage en beslutning, hvorved det fastslås, at der ikke foreligger nogen konkurrencebegrænsende adfærd, fortolkes således, at bestemmelsen udgør det umiddelbare retsgrundlag for en beslutning om, »at der ikke er nogen grund til, at [den] griber ind«?«

9. Den polske[7] og den tjekkiske regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har indgivet skriftlige indlæg. Under retsmødet den 21. september 2010 var samtlige parter, med undtagelse af den tjekkiske regering, til stede og afgav mundtlige indlæg.

III — Bedømmelse

A — *Parternes hovedargumenter*

10. Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har i det væsentlige anført, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 ikke beføjer en national konkurrencemyndighed til at vedtage en konstaterende beslutning om, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF ikke finder anvendelse. Kun Kommissionen har en sådan kompetence. Hvis en konkurrencemyndighed havde beføjelse til at fastslå, at artikel 101 TEUF og 102 TEUF ikke finder anvendelse — for så vidt som det kan sikres, at den pågældende virksomheds adfærd er lovlig — ville det ud over at kræve betydelige administrative ressourcer bl.a. sandsynligvis afskrække ofre for en adfærd, som de mistænker for at være

7 — Den polske regerings indlæg afspejler tilsyneladende den polske konkurrencemyndigheds standpunkt.

ulovlig, fra at foretage individualforfølgning af gerningsmanden og dermed bidrage til privat håndhævelse af EU-konkurrenceretten (mens forordning nr. 1/2003 har til formål at støtte privat håndhævelse). For så vidt angår det andet spørgsmål har Kommissionen gjort gældende, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er umiddelbart anvendelig. EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, at i en situation som i den sag, der verserer for den forelæggende ret, hvor det ikke er opfattelsen, at betingelserne for en forbudsbeslutning er opfyldt, forpligter artikel 3, stk. 1, og artikel 5 i forordning nr. 1/2003 en national konkurrencemyndighed til at anvende artikel 102 TEUF ved at afslutte den administrative procedure med en konstatering af, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind.

11. Den polske regering har anført, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 opregner de nationale konkurrencemyndigheders beføjelser udtømmende. Artikel 5, sidste punktum, kan ikke udgøre grundlag for en konstaterende beslutning om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd. Som svar på det andet spørgsmål har den polske regering anført, at den foranstaltning, ved hvilken en national konkurrencemyndighed afslutter en sag om en formodet overtrædelse af konkurrencereglerne — efter at have fastslået, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind — bør have form af en processuel beslutning til afslutning af sagen, uden at det er nødvendigt at tage stilling til realiteten.

12. I modsætning til de øvrige parter har den tjekkiske regering gjort gældende, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 faktisk tillader en national konkurrencemyndighed at vedtage en beslutning om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd. Forordning nr. 1/2003 fastsætter ikke noget hierarki mellem Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder — det er baseret på en horisontal samarbejdsforbindelse. Det ville være i strid med formålet med artikel 5 i forordning nr. 1/2003, hvis en national konkurrencemyndighed havde kompetence til at vedtage en beslutning om, at artikel 102 TEUF var blevet overtrådt, men ikke hvis den havde kompetence til at fastslå, at der ikke forelå en overtrædelse. Den tjekkiske regering har anført, at de relevante bestemmelser i den polske lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse ikke bringer nogen af formålene med artikel 101 TEUF og 102 TEUF i fare.

B — *Analyse*

Indledende bemærkninger til den nye håndhævelsesordning med »lovfæstet undtagelse«

13. Forordning nr. 1/2003 [8], som også kaldes »moderniseringsforordningen«, indførte radikale ændringer i den måde, hvorpå

8 — Med hensyn til fortolkningen af forordning nr. 1/2003, jf. dom af 11.6.2009, sag C-429/07, X, Sml. I, s. 4833, samt følgende verserende sager: sag C-439/08, VEBIC (generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse blev fremsat den 25.3.2010, dommen er berammet til den 7.12.2010), og sag C-360/09, Pfleiderer mod Bundeskartellamt (mit forslag til afgørelse fremsættes 16.12.2010). Hvad angår Retten vedrørende artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, jf. domme af 8.3.2007, sag T-339/04, France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 521, og sag C-340/04 France Télécom mod Kommissionen, Sml. II, s. 573 (stadfæstet af appelinstansen ved dom af 2.4.2009, sag C-202/07 P, France Télécom mod Kommissionen, Sml. I, s. 2369).

EU-konkurrenceretten håndhæves. Blandt andre nyskabelser blev anmeldelsen til Kommissionen om aftaler om fritagelse i henhold til, hvad der nu er artikel 101, stk. 3, TEUF, ophævet [9] — og erstattet af ordningen med en lovfæstet undtagelse [10] — og nu er både nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole i langt højere grad inddraget i anvendelsen af EU-konkurrencereglerne [11].

14. Decentraliseringen af håndhævelsen af EU-konkurrenceretten går længere end til blot at kræve, at de nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF. For at gøre det muligt at gennemføre decentraliseringen korrekt fastsætter forordning nr. 1/2003 mindst tre forskellige mekanismer: (i) tillæggelse af kompetence til nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole med en heraf følgende mindskelse af Kommissionens direkte håndhævelsesvirksomhed [12], (ii) kravet om, at nationale konkurrencemyndigheder

9 — Det bemærkes, at mens de to hovedmål med decentraliseringen af håndhævelsen af EU-konkurrenceretten — mindskelse af Kommissionens arbejdsbyrde og inddragelse af de nationale konkurrencemyndigheder og de nationale domstole i håndhævelsen — forbliver uændret, adskiller denne politiks komponenter, som fastlagt i forordning nr. 1/2003, sig fra dem, der er angivet i Kommissionens forslag af 2000 — som bestemte, at *EU-konkurrenceretten kun finder anvendelse i sager med EU-relevans* (forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87, KOM(2000) 582 endelig., s. 12). Jf. G.L. Tosato og L. Bellodi, (Eds.): *EU Competition Law, Volume I, Procedure*, Claeys & Casteels, 2006, s. 218.

10 — I det tidligere system var artikel 81 EF kendetegnet ved formuleringen af en forbudsregel (artikel 81, stk. 1) og dens virkninger (ugyldighed — artikel 81, stk. 2), nuanceret ved Kommissionens udøvelse af sin kompetence til at indrømme undtagelser fra reglen (artikel 81, stk. 3). I medfør af forordning nr. 1/2003 er en individuel undtagelse af en aftale fra forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF ikke længere betinget af, at den anmeldes til Kommissionen. Nu kan aftaler, der henhører under artikel 101, stk. 1, TEUF, som opfylder betingelserne i artikel 101, stk. 3, ikke forbydes, idet der ikke kræves nogen forudgående beslutning herom — artikel 101, stk. 3, betragtes som en umiddelbart anvendelig undtagelse. Jf. C.S. Kerse og N. Khan: *EC Antitrust Procedure*, femte udgave, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 15.

11 — Jf. bl.a. sjette, syvende og femtende betragtning til forordning nr. 1/2003 og artikel 5 og 6 i samme forordning. Ifølge forordning nr. 17 var det sjældent, at nationale konkurrencemyndigheder retsforfulgte overtrædelser af artikel 81 EF og 82 EF, ikke mindst fordi national ret i kun ca. halvdelen af medlemsstaterne beføjede konkurrencemyndighederne til at anvende artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF, og selv hvis de var beføjede hertil, afskrækkede Kommissionens kompetence til at indrømme undtagelser konkurrencemyndighederne fra at beskæftige sig med sager, der henhørte under artikel 81, stk. 1. Såfremt en konkurrencemyndighed indledte en retsforfølgelse af en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, kunne virksomhederne beslutte at anmelde deres aftale eller praksis til Kommissionen, som på grund af dens lovfæstede forpligtelse til at reagere på anmeldelsen således kunne blive tvunget til at indlede en procedure, og i så fald var konkurrencemyndigheden ikke længere kompetent. Jf. W.P.J. Wils: »Community report«, i D. Cahill og J.D. Cooke: *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, FIDE 2004, s. 679 ff. Jf. ligeledes E. Gippini Fournier: »Community report«, i H.F. Koeck og M.M. Karollus (Eds.): *The Modernisation of European Competition Law*, Nomos, FIDE 2008.

12 — Som et resultat heraf har Kommissionen været i stand til at fokusere langt mere på nøgleprioriteter såsom kartel- og sektorundersøgelser (hvor Kommissionen tilsigter at identificere sektorer, hvor konkurrencereglerne eventuelt ikke fungerer effektivt).

og nationale domstole anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF inden for en ordning, der regulerer forholdet mellem national ret og EU-ret, og sidst men ikke mindst (iii) arrangementer til fremme af samarbejde og kontrol af de nationale konkurrencemyndigheder og de nationale domstoles arbejde for at beskytte en ensartet og sammenhængende anvendelse af EU-konkurrencereglerne [13]. Som det vil fremgå af det følgende, er en følge af den vigtige rolle, som nationale konkurrencemyndigheder (og nationale domstole) spiller for den nye ordnings funktionsmåde, at de i henhold til forordning nr. 1/2003 er omfattet af strenge regler med hensyn til både de beføjelser, de har fået tillagt, og udøvelsen heraf [14].

Det første spørgsmål

15. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er til hinder for, at en national konkurrencemyndighed træffer en negativ beslutning om sagens realitet, når den anvender artikel 102 TEUF.

16. Som EFTA-Tilsynsmyndigheden med rette har foreslået, bør de spørgsmål, der alene er forelagt med hensyn til artikel 102 TEUF, principielt ligeledes finde anvendelse på de nationale konkurrencemyndigheders kompetence til at vedtage negative beslutninger om realiteten i henhold til artikel 101 TEUF. Efter min opfattelse bør besvarelserne af de forelagte spørgsmål omfatte både artikel 101 TEUF og 102 TEUF.

17. Ifølge den forelæggende ret kan der ikke være tvivl om, at en beslutning i henhold til national konkurrenceret [15] om, at en bestemt adfærd ikke er konkurrencebegrænsende, ikke henhører under kategorien af beslutninger, der er opregnet i artikel 5, andet punktum, i forordning nr. 1/2003.

18. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt den polske konkurrencemyndighed kan træffe en sådan beslutning i henhold til artikel 102 TEUF, i betragtning af at artikel 5, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003 tillægger nationale konkurrencemyndigheder kompetence til at beslutte, at

13 — Dette måls afgørende betydning fremhæves af den omstændighed, at håndhævelsen af EU-konkurrencereglerne er blevet stærkt intensiveret siden forordning nr. 1/2003's ikrafttrædelse — i slutningen af marts 2009, *er ikke mindre end 1 000 sager* blevet behandlet i meget forskelligartede sektorer af medlemmerne af Det Europæiske Konkurrencenetværk (ECN) på grundlag af EU-konkurrencereglerne. Jf. meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet og Rådet — Rapport om anvendelsen af forordning nr. 1/2003, KOM(2009) 206 endelig, 29.4.2009, s. 7.

14 — Jf. G.L. Tosato og L. Bellodi, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 219.

15 — Dvs. i henhold til artikel 11 i polsk lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse.

der ikke er grund til, at de griber ind, når betingelserne for forbud ikke er opfyldt.

19. Det er først og fremmest nødvendigt at undersøge de relevante bestemmelser i forordning nr. 1/2003. I henhold til forordningens artikel 3 [16] er de nationale konkurrencemyndigheder forpligtet til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF, når en virksomheds adfærd, der mistænkes for at overtræde forbuddene som fastsat i national konkurrenceret, kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Forordning nr. 1/2003 forudsætter, at nationale konkurrencemyndigheder anvender artikel 101 TEUF og 102 TEUF i overensstemmelse med deres medlemsstats processuelle regler, og medlemsstaten skal om nødvendigt supplere deres interne lovgivning for at tilpasse den til den nye ordning [17].

20. Med hensyn til dette generelle princip har Domstolen i Otto-dommen [18] fastslået, at »de nationale myndigheders anvendelse af artikel [101 og 102 TEUF] principielt er undergivet de nationale procesretlige regler. Under overholdelse af [EU-]retten og særligt EU-rettens grundlæggende principper må det således henhøre under national ret at fastlægge de processuelle regler, som kan afgive garanti for, at de berørte parters ret til forsvar respekteres. Disse garantier kan være forskellige fra dem, der gælder for procedurer på [EU-]niveau«.

21. Dernæst anføres det i artikel 5 i forordning nr. 1/2003, at de nationale konkurrencemyndigheder er beføjede til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF i konkrete sager, og i denne forbindelse kan de enten på eget initiativ eller på grundlag af en klage vedtage følgende beslutninger: (i) pådømme, at en overtrædelse skal bringes til ophør, (ii) træffe foreløbige forholdsregler, (iii) acceptere tilsagn, og (iv) pålægge bøder, tvangsbøder eller andre former for sanktioner, der er fastsat i den nationale ret. Artiklen slutter med, at 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.

22. Spørgsmålet er således, om kataloget over beslutninger, som nationale konkurrencemyndigheder kan vedtage (som fremgår af artikel 5 i forordning nr. 1/2003) er udtømmende. Den polske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at den faktisk er

16 — Jf. f.eks. C. Lucey: *Unforeseen consequences of Article 3 of EU Regulation 1/2003*, ECLR, 2006, 27(10), s. 558-563.

17 — Artikel 35 i forordning nr. 1/2003. G.L. Tosato og L. Bellodi, nævnt ovenfor i fodnote 9, nævner på s. 32 (fodnote 101), at i Italien havde artikel 54, stk. 5, i lov nr. 52 af 6.2.1996 allerede givet den italienske konkurrencemyndighed beføjelse til at anvende artikel 81, stk. 1, EF og artikel 82 EF. Endvidere bemærkes, at konkurrencemyndighederne i Det Forenede Kongerige før reformen ikke havde kompetence til at anvende EU-konkurrenceretten.

18 — Dom af 10.11.1993, sag C-60/92, Sml. I, s. 5683, præmis 14. Jf. ligeledes dom af 17.7.1997, sag C-242/95, GT-Link, Sml. I, s. 4449, præmis 23-26.

udtømmende, hvilket er et synspunkt, som retslitteraturen synes at støtte [19].

23. Det er under alle omstændigheder tilstrækkeligt at konstatere, at artikel 5 ikke er udtømmende i streng forstand, i det mindste for så vidt som den ikke udgør den eneste bestemmelse i forordning nr. 1/2003, hvorefter nationale konkurrencemyndigheder kan vedtage beslutninger: Der er også artikel 29, stk. 2, (»Inddragelse i konkrete tilfælde«), hvorefter nationale konkurrencemyndigheder er beføjede til at inddrage en gruppefritagelse under visse betingelser [20].

24. Som den forelæggende ret med føje har påpeget, skal de nationale konkurrencemyndigheder, når de efter gennemførelse af en sag, hvorved sideløbende anvendelse af EU-retlige og nationale konkurrenceret har fundet sted, har konstateret, at virksomhedens undersøgte adfærd ikke er i strid med forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling, i henhold til princippet om procesautonomi generelt vedtage den relevante beslutning i henhold til national ret. I den polske retsorden udgøres den beslutning, der svarer hertil, af beslutningen i henhold til artikel 11 i lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse, hvorved det fastslås, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd.

25. Det skal imidlertid bemærkes, at princippet om procesautonomi kan underlægges begrænsninger, ikke mindst fordi det er nødvendigt for at nå et af målene i henhold til forordning nr. 1/2003, nemlig sikring af en ensartet anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF i alle medlemsstater (jf. første betragtning til forordning nr. 1/2003). Efter min opfattelse følger en sådan begrænsning af artikel 5 i forordning nr. 1/2003, der indeholder angivelse af de beslutninger, som den nationale konkurrencemyndighed kan vedtage.

19 — Jf. bl.a. J. Faull og A. Nikpay: *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, s. 113: Artikel 5 indeholder en udtømmende liste, fordi de nationale konkurrencemyndigheder, når de anvender artikel 101 TEUF eller 102 TEUF, ikke kan træffe en anden beslutning end dem, der er opregnet deri; de kan navnlig ikke træffe beslutninger om disse artiklers uanvendelighed, hvilket kun Kommissionen kan. Se ligeledes E. Langen og H.-J. Bunte (Eds.): *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht — Band 2*, 11. udgave, Luchterhand, 2010, s. 752 ff., U. Loewenheim, K.M. Meessen og A. Riesenkampff: *Kartellrecht — Band 1 Europäisches Recht — Kommentar*, C. H. Beck Verlag, München, 2005, s. 740, G. Hirsch, F. Montag og F.J. Säcker: *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2008, s. 1579 ff., og C.S. Kerse og N. Khan, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 261: De rejser spørgsmålet, (i) om det er hensigten, at listen skal være udtømmende, og (ii) om virkningen af artikel 5, sidste punktum; det er blevet foreslået, at dette punktum betyder, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke har kompetence til at vedtage beslutninger om uanvendelighed; hensigten synes at være at forhindre konkurrencemyndighederne i at vedtage sådanne beslutninger, navnlig beslutninger om, at artikel 101, stk. 1, TEUF er uanvendelig.

20 — Når aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger eller samordnet praksis, som en kommissionsforordning om gruppefritagelse finder anvendelse på, i et konkret tilfælde har virkninger, som er uforenelige med artikel 101, stk. 3, TEUF på en medlemsstats område, som frembyder et særskilt geografisk markeds karakteristika, kan konkurrencemyndigheden i denne stat inddrage den pågældende gruppefritagelse for dette område.

26. Selv om det er åbenbart, at forordning nr. 1/2003 ikke harmoniserer nationale proceslovgivninger [21], står det fast, at en række vigtige spørgsmål er blevet reguleret på EU-plan — navnlig indholdet af de beslutninger, som nationale konkurrencemyndigheder kan vedtage.

27. Jeg mener, at såfremt EU-lovgiver havde ønsket, at nationale konkurrencemyndigheder skulle kunne vedtage en beslutning om, at en adfærd ikke er konkurrencebegrænsende (som det er fastsat i polsk lov om konkurrence- og forbrugerbeskyttelse), ville den form for beslutning klart og specifikt være medtaget i kataloget i artikel 5 i forordning nr. 1/2003 (eller i det mindste i en anden del af forordningen, som det er tilfældet med en beslutning i henhold til artikel 29, stk. 2), så meget desto mere som EU-lovgiver var bevidst om dette spørgsmål, som tilmed har været et debatemne under den lovgivningsproces, der førte frem til vedtagelsen af forordning nr. 1/2003 (jf. punkt 39-41 nedenfor).

28. Det fremgår ligeledes klart af begrundelsen for Kommissionens forslag til forordning, at det ikke var hensigten, at de nationale konkurrencemyndigheder skulle have beføjelse til at vedtage en sådan beslutning. I dette dokument understregede Kommissionen, at »det foreliggende forslag går ud fra, at [de nationale konkurrencemyndigheder] vil anvende artikel [101 TEUF og 102 TEUF] i overensstemmelse med deres respektive nationale procedureregler. Det er ikke nødvendigt for gennemførelsen af reformen at påbegynde en omfattende harmonisering af de nationale

21 — C. Esteva Mosso: *Regulation 1/2003 — Five years on*, *16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009* (2010), s. 247: »Forordning nr. 1/2003 tager hensyn til de forskellige institutionelle og processuelle miljøer i EU. Man kan imidlertid se en spontan konvergens hen imod forordningsmodellen. Et stort antal medlemsstater har afskaffet anmeldelsessystemet, nogle har vedtaget tilsvarende håndhævelseskompetence eller nye beslutningstyper. Der er dog stadig betydelige forskelle: bøder, strafferetlige sanktioner, virksomhedssammenslutningers ansvar, kravs forældelse, anvendeligt bevisniveau, og betingelserne for at pålægge tilsagn«. Ch. Lemaire: *Premier bilan de l'application du règlement no 1/2003*, Petites affiches, 17.12.2009, No 251, s. 38 ff. anfører, at ud over de materielle regler, hvor konvergensen i vid udstrækning har sit udspring i forpligtelsen til at anvende EU-retten og i konvergensreglen, er det afgjort på området for processuelle regler og sanktioner, at udviklingen har været størst og mest interessant. En sådan udvikling var ikke forudset under forhandlingerne vedrørende forordning nr. 1/2003, eftersom medlemsstaterne afviste indførelsen af spørgsmål som bødefritagelse og bødelempelse og andre processuelle regler. Det var hensigten, at princippet om institutionel og processuel autonomi skulle spille en betydelig rolle, og dog synes en sand konvergensbevægelse at finde sted. Jf. A. Jones og B. Sufrin: *EC Competition Law*, Oxford, 2004, s. 1161: For så vidt angår artikel 5 i forordning nr. 1/2003 vil erfaringen med det decentrale system eventuelt vise, at en vis grad af harmonisering er nødvendig, for at ECN kan fungere tilfredsstillende (Kommissionens meddelelse om samarbejdet inden for netværket var forsætligt udarbejdet med en vis fleksibilitet og skal eventuelt revideres). H. Brokelmann: *Enforcement of Articles 81 and 82 EC under Regulation 1/2003: The case of Spain and Portugal*, World Competition, 29(4): 535-554, 2006, s. 553, anfører, at den nye håndhævelsesordning, navnlig artikel 3, stk. 2, og artikel 16, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, udøver en stærk harmoniserende indflydelse på fortolkningen af national konkurrenceret.

procedureregler [22]. På den anden side må der på [EU-]plan reguleres et begrænset antal spørgsmål, som har direkte indvirkning på, om det foreslåede system fungerer tilfredsstillende«. Kommissionen tilføjede, at »det er også nødvendigt at fastlægge indholdet i de beslutninger, som de nationale konkurrencemyndigheder kan vedtage i henhold til artikel [101 og 102 TEUF] (jf. artikel 5 i forordningsforslaget), for at sikre en fuldstændig og effektiv gennemførelse af den direkte anvendelige undtagelsesordning. Ingen af de konkurrencemyndigheder, der deltager i netværket, bør kunne vedtage retsstiftende fritagelsesbeslutninger i henhold til [EU's] konkurrenceregler«.

29. Hvis forordning nr. 1/2003 beføjer de nationale konkurrencemyndigheder til at vedtage »positive« beslutninger om sagens realitet [23], gør den, således som EFTA-tilsynsmyndigheden med rette har påpeget, åbenbart ikke den kompetence til at bringe overtrædelser til ophør ved (ligeledes) at anvende artikel 102 TEUF symmetrisk ved at tillægge de nationale konkurrencemyndigheder kompetence til at vedtage »negative« beslutninger om realiteten. Der er intet i artikel 5, eller for den sags skyld i andre bestemmelser i forordning nr. 1/2003, som specifikt tillægger de nationale konkurrencemyndigheder kompetence til formelt at fastslå, at der i en konkret sag ikke var tale om overtrædelse af artikel 102 TEUF. Det er derimod klart, at en national konkurrencemyndighed kun kan beslutte, »at der ikke er nogen grund til, at den griber ind« (jf. artikel 5, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003).

30. Jeg mener (ligesom den polske regering, Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden), at enhver anden fortolkning ville risikere at skabe situationer, hvor en negativ beslutning vedtaget af én national myndighed i medfør af princippet *ne bis in idem* kunne forhindre Kommissionen eller andre nationale konkurrencemyndigheder i efterfølgende at fastslå en overtrædelse af artikel 101 TEUF [24].

22 — Det kan hævdes, at Kommissionen ikke søgte en fuldstændig harmonisering af de nationale proceslovgivninger, idet en af grundene til at undlade det var, at den ikke ville skade moderniseringsreformen som sådan, og i stedet begrænsede den til ensretning af materiel ret. Jf. 35. betragtning til forordning nr. 1/2003: »I forordningen anerkendes de væsentlige forskelle, der findes mellem medlemsstaternes håndhævende myndigheder« og den fælles erklæring fra Rådet og Kommissionen om netværket af konkurrencemyndigheders funktionsmåde, optaget i Rådets protokol (dok. 15435/02 ADD 1 af 10.12.2002), punkt 6-8: »Medlemsstaterne accepterer, at deres håndhævende myndigheder er forskellige, men anerkender alligevel gensidigt, som grundlag for samarbejde, deres respektive systemers normer.«

23 — Navnlig påbud om at bringe overtrædelsen til ophør, accept af tilsagn og pålæg af bøder i henhold til national lov (artikel 5, stk. 3, andet punktum, i forordning nr. 1/2003).

24 — For så vidt angår dette princip i forbindelse med konkurrenceretten, jf. bl.a. dom af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, dom af 29.6.2006, sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, og af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921. For så vidt angår Retten, jf. dom af 9.7.2003, sag T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo og Kyowa Hakko Europe mod Kommissionen, Sml. II, s. 2553. Vedrørende begrebet »de samme handlinger« i forbindelse med dette princip, jf. dom af 9.3.2006, sag C-436/04, Van Esbroeck, Sml. I, s. 2333. Med hensyn til dette princip og især forordning nr. 1/2003, jf. den verserende sag C-17/10, Toshiba Corporation m.fl.

31. Det bemærkes, at sådanne begrænsninger af nationale konkurrencemyndigheders kompetence med hensyn til negative beslutninger også ville synes at være i overensstemmelse med Kommissionens beslutningspraksis. I individuelle kartelsager, hvor Kommissionens undersøgelse ikke har frembragt tilstrækkelige elementer til at bevise, at der er sket en overtrædelse af EU-konkurrenceretten, lukkes sagen, uden at Kommissionen vedtager en negativ beslutning om realiteten eller en begrundet beslutning rettet til parterne i den påståede overtrædelse [25].

32. Den forelæggende ret henviser med føje til en systematisk fortolkning af forordning nr. 1/2003. Artikel 5 findes i forordningens kapitel II med overskriften »Kompetence«. Artikel 4 i kapitel II vedrører Kommissionens kompetence, artikel 5 de nationale konkurrencemyndigheders kompetence og artikel 6 de nationale domstoles kompetence. Mens artikel 4 og 6 kun i generelle vendinger bekræfter Kommissionens og de nationale domstoles kompetence i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF, begrænser artikel 5 de nationale konkurrencemyndigheders kompetence til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF og fastsætter udtrykkeligt, hvorledes de nationale myndigheder skal anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF i konkrete sager (dvs. ved at præcisere, hvilke beslutningstyper der kan vedtages) [26].

33. Efter min mening er den i de foregående punkter foreslåede ordlydsfortolkning af artikel 5 i forordning nr. 1/2003 ikke alene helt ukompliceret, den støttes også af andre af forordningens bestemmelser. Det er således vigtigt at sammenligne artikel 5's ordlyd med artikel 10's.

34. I henhold til artikel 10, der har overskriften »Uanvendelighed«, kan Kommissionen, når almene EU-interesser i forbindelse med anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102

25 — Uanset beslutninger om afvisning af klager i overensstemmelse med artikel 7, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til […] artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EUT L 123, s. 18).

26 — Bestemmelserne i artikel 5 er væsentlige, eftersom de på en vis måde harmoniserer de nationale konkurrencemyndigheders kompetence til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Såfremt Kommissionen henlægger en klage eller ikke indleder procedure med hensyn til en bestemt sag, kan det på denne måde være sikkert, at konkurrencemyndighederne har tilstrækkelige beføjelser til at anvende EU-konkurrenceretten effektivt. Jf. G.L. Tosato og L. Bellodi, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 220. Ifølge forfatterne giver forordning nr. 1/2003 konkurrencemyndighederne en vis fleksibilitet med hensyn til pligten til at gribe ind. Artikel 5 indebærer imidlertid, at konkurrencemyndighederne skal indlede en undersøgelse, når det, for at citere bestemmelsen, »på grundlag af de oplysninger, de er i besiddelse af, følger, at betingelserne for et forbud er opfyldt«. Denne regel er nødvendig på grund af den fleksibilitet, Kommissionen og konkurrencemyndighederne har med hensyn til at beslutte, om der skal indledes en formel procedure og træffe beslutning om en konkret sag. Dette kunne begrænse beskyttelsen af de rettigheder, som borgerne indrømmes af artikel 101, stk. 1, TEUF og artikel 102 TEUF, navnlig i tilfælde, hvor sagen, skønt overtrædelsen af EU-konkurrenceretten er åbenbar, ikke er tilstrækkelig betydningsfuld set fra et økonomisk synspunkt til at begrunde den pågældendes sagsanlæg. Med henblik på at reducere denne risiko kræves det i artikel 5, sidste punktum, at de nationale konkurrencemyndigheder griber ind, hvis bestemte betingelser er opfyldt.

TEUF kræver det, på eget initiativ vedtage en beslutning om, at artikel 101 TEUF ikke finder anvendelse på en aftale, en vedtagelse inden for en virksomhedssammenslutning eller en samordnet praksis, enten fordi betingelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF ikke er opfyldt, eller fordi betingelserne i artikel 101, stk. 3, er opfyldt. Kommissionen kan vedtage en tilsvarende beslutning med hensyn til artikel 102 TEUF [27]. Beslutninger i henhold til artikel 10 tjener til at sikre en sammenhængende anvendelse af EU-konkurrenceretten på grund af den virkning, de har på de andre håndhævelsesorganer [28].

35. Heraf følger, at EU-lovgiver i forordning nr. 1/2003 har tillagt Kommissionen enekompetence til at vedtage negative beslutninger om realiteten (uanvendelighedsbeslutninger).

36. Denne fortolkning støttes af 14. betragtning til forordning nr. 1/2003, som anfører, at det for at klargøre retstilstanden og sikre, at retsreglerne anvendes på en ensartet måde i Den Europæiske Union, navnlig i forbindelse med nye typer aftaler eller praksis, som ikke er blevet afgjort i retspraksis og administrativ praksis, i særlige tilfælde, hvor almene EU-interesser kræver det, desuden kan være hensigtsmæssigt for Kommissionen at vedtage en beslutning af deklaratorisk karakter, hvorved det konstateres, at forbuddet i artikel 101 eller artikel 102 ikke finder anvendelse. For så vidt angår kravet om, at en sådan løsning kun anvendes i særlige tilfælde, kan det antages,

27 — C.S. Kerse og N. Khan, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 108 og 109, har påpeget, at mens Kommissionen har vedtaget en detaljeret meddelelse om uformel vejledning, findes der ikke en tilsvarende instruks vedrørende uanvendelighed, selv om denne procedure fører til en formel beslutning (Kommissionens meddelelse om uformel vejledning i relation til nye spørgsmål vedrørende […] artikel 81 [EF] og 82 [EF], som opstår i individuelle sager (vejledningsskrivelser) (EUT 2004 C 101, s. 78)). En beslutning i henhold til artikel 10 omfatter desuden den gamle »negativattest« og »fritagelse«, selv om en konstatering i henhold til artikel 10 synes at gå længere end den førstnævnte og ikke så langt som den sidstnævnte. Konstatering af uanvendelighed kan indeholde en udtalelse om, hvorvidt artikel 101, stk. 3, TEUF er opfyldt (i modsætning til »negativattester«), men finder kun anvendelse for et bestemt tidsrum (i modsætning til fritagelser). J. Schwarze og A. Weitbrecht: *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts — Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Nomos, 2004, s. 133, anfører, at artikel 10 i forordning nr. 1/2003 er et »relikt« fra det gamle system, og at ordningen med en lovfæstet undtagelse derfor ikke er blevet fuldt gennemført. E. Langen og H.-J. Bunte, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 799, anfører, at positive beslutninger er vanskelige at forstå og er fremmedelementer (ein schwer fassbarer Fremdkörper) i en ordning med en lovfæstet undtagelse. Jf. ligeledes A. Klees: *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2005, s. 184.

28 — C. Gauer, D. Dalheimer, L. Kjolbye og E. De Smijter: *Regulation No 1/2003: a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, Number 1 — Spring 2003, s. 3 ff. Formålet med beslutninger vedtaget i henhold til artikel 10 er imidlertid ikke at erstatte fritagelsesbeslutninger i det gamle system eller at tjene som et instrument til at »velsigne« individuelle aftaler i mangel af problemer med sammenhængende anvendelse eller konkurrencepolitik. L. Ortiz Blanco (Ed.): *European Community Competition Procedure*, Second Edition, Oxford, 2006, anfører, at den lovfæstede karakter af beslutninger om uanvendelighed er åben for debat. Det er ikke let at sondre mellem dem og en beslutning om at afvise en klage, og de har begge deklaratorisk og bindende karakter (for nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole). De er deklaratoriske, fordi de ikke »stifter« rettigheder i modsætning til de tidligere fritagelsesbeslutninger i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Jf. ligeledes F. Montag og A. Rosenfeld: *A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the Modernisation of Competition Procedure*, ZWeR, 2/2003, s. 115 ff.

at dette afspejler et af målene i henhold til forordning nr. 1/2003, nemlig gradvis at bane vej for en overgang til de deltagende parters selvevaluering [29].

37. Forordning nr. 1/2003 pålagde endvidere Kommissionen at udarbejde en rapport om anvendelsen af forordning nr. 1/2003 senest den 1. maj 2009, dvs. fem år efter dens ikrafttræden. I et ledsagende arbejdspapir [30] anfører Kommissionen, at den endnu ikke havde vedtaget nogen beslutning i henhold til artikel 10, hvilket punkt den bekræftede på retsmødet i september 2010. Anvendelsen af udtrykket »almene [EU-]interesser« i denne bestemmelse udelukker, at sådanne beslutninger gyldigt kan vedtages i individuelle selskabers interesse, idet formålet er at forhindre, at dette instrument anvendes som erstatning for en fritagelsesbeslutning i henhold til den tidligere ordning. Artikel 10 er begrænset til særlige tilfælde, og den er udformet for at afklare retten og sikre dens sammenhængende anvendelse i hele Den Europæiske Union [31], og særligt (i) for at »korrigere« en national konkurrencemyndigheds tilgang, eller (ii) for at sende et signal til Det Europæiske Konkurrencenetværk om, hvordan en bestemt sag skal behandles. Det bemærkes, at Kommissionen imidlertid i rapporten forklarer, at i praksis er dette instrument, der er udformet til at sikre sammenhængen ex ante, i høj grad blevet overhalet af ECN's omfattende bestræbelser på at fremme en sammenhængende anvendelse af EU-konkurrencereglerne. På tidspunktet for vedtagelsen af forordning nr. 1/2003 forventedes det tilsyneladende ikke, at ECN i den grad skulle vise sig at være et velegnet forum for diskussion om generelle konkurrencepolitiske spørgsmål. Kommissionen har således ikke haft nogen grund til at gribe ind i henhold til artikel 10, eftersom dens anvendelse af dette instrument hidtil har været overflødig.

38. Jeg mener således, at EU-lovgiver forsætligt og udtrykkeligt har bestemt, at beslutninger, der fastslår en adfærds lovlighed, kun bør vedtages (i) af Kommissionen, (ii) når almene EU-interesser kræver det, og kun når

29 — G. Hirsch, F. Montag og F.J. Säcker, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 1614, mener, at eftersom et sådant system nødvendigvis er kilde til større retsusikkerhed, bør Kommissionen fortolke betingelserne for vedtagelse af positive beslutninger mere bredt.

30 — Arbejdspapir fra Kommissionens tjenestegrene, der ledsagede rapporten om anvendelsen af forordning nr. 1/2003 (nævnt ovenfor i fodnote 13). Der var tale om en statusrapport, hvis formål er at forstå og vurdere, hvordan moderniseringsreformen har fungeret i de første fem år, og forud herfor var der afholdt en omfattende offentlig høring.

31 — En af de største betænkeligheder, der kom til udtryk på tidspunktet for vedtagelsen af forordning nr. 1/2003, var, at beføjelsen af konkurrencemyndighederne og de nationale domstole til at anvende EU-konkurrenceretten fuldt ud kunne bringe den sammenhængende anvendelse af disse regler i fare.

det vedrører anvendelsen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, (iii) når Kommissionen handler ex officio, og (iv) kun i usædvanlige tilfælde [32].

39. I den forbindelse kan det være relevant at undersøge Kommissionens hvidbog om modernisering af gennemførelsesbestemmelserne til artikel [81 EF] og [82 EF] af 28. april 1999, som var forgængeren til moderniseringen i henhold til forordning nr. 1/2003 [33]. »Erklæringer om uanvendelighed« blev først foreslået i hvidbogen, som var et resultat af en diskussion i Kommissionen, som påbegyndtes i 1997 med en lille arbejdsgruppe, der undersøgte problemerne i forbindelse med anmeldelsesordningen i henhold til forordning nr. 17 [34]. Kommissionen modtog mange bemærkninger til hvidbogen og fremlagde til sidst sit forslag i 2000.

40. Hvidbogen foreslog, at Kommissionen ikke længere skulle kunne vedtage fritagelsesbeslutninger i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, men foreslog derefter, at Kommissionen skulle kunne vedtage »individuelle beslutninger, som ikke er forbudsbeslutninger«, og anførte at »[n]år der dukker en ny problematik op, kan det være nødvendigt at give markedet et signal om, hvordan Kommissionen stiller sig til visse begrænsninger. Sådanne positive beslutninger vil således skulle træffes i ekstraordinære tilfælde i almenhedens interesse […], [d]e vil være deklaratoriske og have samme juridiske værdi som de nuværende beslutninger om negativattest«. En gruppe medlemsstater har udtrykt frygt for, at der var en risiko for, at sådanne positive beslutninger ville bane vejen for genindførelse af anmeldelsessystemet, eftersom de er vanskelige at forene med en ordning med en lovfæstet undtagelse. En anden gruppe medlemsstater har foreslået, at de nationale konkurrencemyndigheder ligeledes skulle have beføjelse til at træffe sådanne positive beslutninger [35].

41. Som svar på disse spørgsmål begrundede den ledsagende begrundelse til forslaget beslutninger om uanvendelighed med, at under

32 — Et godt argument kan være, at Kommissionen kun vil vedtage en beslutning i henhold til artikel 10 i en situation, hvor den ønsker at fremsætte en kvasi-lovgivningsmæssig udtalelse om anvendeligheden af artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Kommissionen synes at være mere indstillet på at vedtage vejledningsskrivelser, selv om meddelelsen om uformel vejledning klart præciserer, at sådanne skrivelser er undtagelsen og ikke reglen. Jf. C.S. Kerse og N. Khan, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 109.

33 — Ifølge C.D. Ehlermann: *The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, CMLR, 37: 537-590, 2000, drejer det sig om »det vigtigste politikdokument, Kommissionen har offentliggjort i mere end 40 års EF-konkurrencepolitik«.

34 — På tidspunktet for vedtagelsen af forordning nr. 17 var forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler revolutionært i Europa. Den centraliserede anmeldelses- og godkendelsesordning sikrede, at en ny bestemmelse blev fortolket og anvendt af Kommissionen, som var særligt helliget »den nye religion«. Anmeldelsesordningen havde ligeledes en pædagogisk funktion, idet Kommissionen gennem godkendelsesprocessen uddannede virksomhederne og deres advokater. Se D. Geradin, (Ed.): *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC competition law*, Intersentia, 2004, s. 14 og 15.

35 — Jf. L. Ortiz Blanco, nævnt ovenfor i fodnote 28, s. 211.

»den direkte anvendelige undtagelsesordning vil det være Kommissionens hovedopgave at forfølge overtrædelser, udbygge konkurrencepolitikken og fremme en ensartet anvendelse af reglerne gennem generelle foranstaltninger som f.eks. gruppefritagelsesforordninger og retningslinjer«. Den anførte, at beslutninger om uanvendelighed »[kun] kan […] vedtages på Kommissionens eget initiativ og af hensyn til […] almene [EU-interesser]. Disse betingelser sikrer, at virksomhederne ikke kan kræve, at der træffes en beslutning om, at der ikke foreligger en overtrædelse. En sådan mulighed ville i alvorlig grad underminere reformens hovedformål [36], nemlig at koncentrere konkurrencemyndighedernes aktiviteter om det, der er forbudt. I det decentraliserede system spiller Kommissionen som traktatens vogter og med sin centrale placering en central rolle, når det gælder om at fastlægge konkurrencepolitikken og sikre, at artikel [101 TEUF og 102 TEUF] anvendes ensartet inden for hele det indre marked. Det er derfor nødvendigt, at Kommissionen kan vedtage positive beslutninger, når det er i [EU's] interesse. I henhold til denne beføjelse kan Kommissionen vedtage en beslutning om, at der ikke foreligger overtrædelser, især når det gælder nye typer aftaler eller praksis eller spørgsmål, der ikke er blevet afgjort i den eksisterende rets- og beslutningspraksis«.

42. Min fortolkning af de relevante bestemmelser støttes ligeledes af betragtningerne i generaladvokaters nylige forslag til afgørelse og i Unionens retspraksis.

43. For det første understregede generaladvokat Kokott i sagen T-Mobile Netherlands m.fl. [37] betydningen af, at den ensartede anvendelse af EU-konkurrencereglerne fortsat sikredes efter vedtagelsen af forordning nr. 1/2003: »[S]iden den 1. maj 2004 [38] er [konkurrencereglerne] i artikel [101 TEUF og 102 TEUF] blevet anvendt i et decentralt system, som i vid udstrækning er afhængigt af de nationale myndigheders og retters samarbejde [39]. Det er i denne forbindelse

36 — Kommissionen insisterede klart på, at 10 i forordning nr. 1/2003 ikke skulle kunne anvendes som en vej til omgåelse af anmeldelser, hvilket kunne bringe hovedformålet med forordningen i fare.

37 — Forslag til afgørelse af 19.2.2009 (dom af 4.6.2009), sag C-8/08, Sml. I, s. 4529, punkt 85 og 86.

38 — Denne dato markerer overgangen til den moderniserede ret om kartelsager, som blev indført i forordning nr. 1/2003 (jf. artikel 45, andet afsnit).

39 — Om dette punkt jf. navnlig 4., 6., 7., 8., 21. og 22. betragtning til forordning nr. 1/2003. Selv for perioden forud for 1.5.2004 havde Domstolen allerede understreget den forpligtelse til at samarbejde i god tro, der påhviler de nationale domstole på konkurrencerettens område. Jf. dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods mod HB, Sml. I, s. 11369, præmis 49. Det fremgår ligeledes klart af Domstolens praksis, at medlemsstaternes pligt i medfør af artikel 5 EF til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af den pligt, der følger af EU-retten og afholde sig fra dem, der kan bringe gennemførelsen af traktatens formål i fare, påhviler alle myndighederne i medlemsstaterne, herunder også domstolene inden for deres kompetence (jf. i denne retning dom af 17.12.1998, sag C-2/97, IP mod Borsana, Sml. I, s. 8597, præmis 26).

af afgørende betydning, at den ensartede anvendelse af [EU-]konkurrencereglerne fortsat sikres. Såfremt der opstår alt for store forskelle mellem medlemsstaternes myndigheder og domstole i forbindelse med håndhævelsen af konkurrencereglerne i henhold til artikel [101 TEUF og 102 TEUF], vil det ikke blot være i strid med den fundamentale målsætning om ens konkurrencevilkår for virksomheder på det europæiske indre marked, men også med ønsket om en ensartet beskyttelse af forbrugerinteresserne i hele [Den Europæiske Union]. Derfor går målsætningen om ensartet anvendelse af artikel [101 TEUF og 102 TEUF] også som en rød tråd gennem forordning nr. 1/2003.«

44. For det andet påpegede generaladvokat Mengozzi i X-sagen [40], at »begrebet sammenhæng, eller mere præcist udtrykket »den sammenhængende anvendelse«, [synes] tilstrækkelig bredt til, at de situationer, hvor en national ret skader eller kan skade den ensartede, eller endda den effektive anvendelse af [artikel 101 eller 102 TEUF] kan omfattes af anvendelsesområdet for den mekanisme, der er fastsat i artikel 15, stk. 3, første afsnit, tredje punktum, i forordning nr. 1/2003 […] En sådan fremgangsmåde synes mere hensigtsmæssig, eftersom et af målene med forordning nr. 1/2003 er at sikre en effektiv og ensartet anvendelse af artikel [101 og 102 TEUF] […] I henseende til disse bestemmelser har Kommissionen, henset til sin tilsynsopgave ifølge [EU-]retten [41], en væsentlig funktion [42] […] [O]vergangen fra en i særlig grad centraliseret anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF, som under [forordning nr. 17], til en decentraliseret gennemførelsesordning af [EU-]retlige konkurrenceregler, som fastlagt ved forordning nr. 1/2003, kræver indførelse af mekanismer, der kan sikre en »faktisk«, »virkningsfuld«, »ensartet« og/eller »sammenhængende« anvendelse af bestemmelserne i artikel [101 TEUF og 102 TEUF], afhængigt af de forskellige udtryk, der anvendes i forordning nr. 1/2003 […] Det er ligeledes korrekt, at der blandt disse mekanismer findes dem, der vedrører samarbejdet mellem på den ene side medlemsstaternes retter og på

40 — Sag C-429/07, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 34 og 41.

41 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 105, og af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 22.

42 — Det system, der er indført af forordning nr. 1/2003, gør nationale konkurrencemyndigheder ansvarlige for at håndhæve EU-konkurrenceretten, uden på nogen måde at reducere Kommissionens kompetence eller strategiske ledelses- og tilsynsrolle. Jf. F. Rizzuto: *Parallel Competence and the Power of the EC Commission under Regulation No 1/2003 according to the Court of First Instance*, ECLR, 2008, 29(5), 286-297. Systemet beskrives bedst som asymmetrisk, som foretrækkes frem for enten skjult centralisering (Kommissionen mangler formel beføjelse til at give konkurrencemyndighederne instrukser), eller decentraliseret system (konkurrencemyndighedernes beføjelse er ikke trådt i stedet for Kommissionens kompetence). Systemet er asymmetrisk og betinget, fordi kun Kommissionen har kompetence til at flytte centrum for undersøgelsen og beslutningen, hvis den finder det relevant.

den anden side Kommissionen samt de nationale konkurrencemyndigheder, som er fastsat i artikel 15 i forordning nr. 1/2003«.

45. For det tredje er tilsvarende punkter allerede blevet påpeget i Unionens retspraksis [43].

46. Det bemærkes, at den særlige karakter, der tillægges artikel 10 af forordning nr. 1/2003, ligeledes fremgår af, at hensigten med artikel 10 i modsætning til forordningens artikel 5 ikke er at behandle afslutningen af en procedure i en konkret sag. Formålet er derimod at sætte Kommissionen i stand til at behandle nye spørgsmål i EU-konkurrenceretten, som i princippet ikke er omfattet af nogen præcis undersøgelse.

47. Det fremgår således klart af en læsning af forordning nr. 1/2003 at — selv om den bagvedliggende tankegang er, at Kommissionen og de nationale konkurrencemyndigheder har sideløbende [44] beføjelser og sammen bør danne et netværk, der anvender EU-konkurrenceretten i tæt samarbejde — står det fast, at Kommissionens stilling er forskellig fra de nationale konkurrencemyndigheders i medfør af Kommissionens kompetence til at vedtage beslutninger om uanvendelighed i henhold

43 — Jf. dommen i sag T-339/04, France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 79 og 84. Med hensyn til fordelingen af beføjelser mellem Kommissionen og konkurrencemyndighederne bemærkes, at forordning nr. 1/2003 bringer den tidligere centraliserede ordning til ophør og i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippet fastsætter en større sammenslutning af konkurrencemyndigheder og beføjer dem til at gennemføre EU-konkurrenceretten. Forordningens økonomi hviler imidlertid på det tætte samarbejde, der skal opbygges mellem Kommissionen og konkurrencemyndighederne organiseret som et netværk, idet Kommissionen er ansvarlig for at fastsætte de nærmere regler for et sådant samarbejde. Forordningen sætter ikke spørgsmålstegn ved den generelle kompetence, som retspraksis tilkender Kommissionen. Kommissionen har faktisk en omfattende undersøgelseskompetence i henhold til forordning nr. 1/2003 og bevarer en ledende rolle i forbindelse med undersøgelse af overtrædelser. Jf. ligeledes dommen i sagT-340/04, France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 128, 129 og 132 (stadfæstet af appelinstansen i sag C-202/07 P France Télécom mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 8).

44 — Ifølge fast retspraksis anvendes EU-konkurrenceret og national konkurrenceret sideløbende, eftersom de anskuer konkurrencebegrænsende adfærd ud fra forskellige synsvinkler. Mens artikel 101 TEUF og 102 TEUF rammer konkurrencebegrænsninger, fordi de kan hindre samhandelen mellem medlemsstaterne, bedømmer de nationale lovgivninger — hver ud fra egne særlige tilgange — en konkurrencebegrænsende adfærd og behandler en konkurrencebegrænsende adfærd på rent nationalt plan (jf. bl.a. dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhelm m.fl., Sml. I, s. 1, præmis 3, af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, præmis 15, af 9.9.2003, sag C-137/00, Milk Marque og National Farmers' Union, Sml. I, s. 7975, præmis 61, og af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 – C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 38). Det bemærkes, at denne retspraksis vedrører retsstillingen inden forordning nr. 1/2003's ikrafttrædelse.

til artikel 10 i forordning nr. 1/2003 [45], og reglen i forordningens artikel 11, stk. 6, som bestemmer, at når Kommissionen indleder en procedure, mister medlemsstaternes konkurrencemyndigheder deres kompetence til at behandle den samme sag, samt reglen i forordningens artikel 16, stk. 2, som bestemmer, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ikke kan træffe afgørelser, der er i strid med en beslutning, som Kommissionen tidligere har truffet vedrørende den samme aftale eller praksis. Disse tre forskelle henviser alle til Kommissionens særlige rolle i forbindelse med at afklare retten og sikre dens sammenhængende anvendelse i hele Unionen som fastsat i artikel 105, stk. 1, TEUF (tidligere artikel 85, stk. 1, EF) [46].

48. Jeg mener (ligesom den polske regering og Kommissionen), at argumentet om, at medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ikke er beføjede til at træffe beslutninger om uanvendelighed, hænger sammen med målet om en ensartet anvendelse af EU-konkurrenceretten og støttes af, at en konstatering af uanvendelighed ikke er en af de former for beslutninger, der er opregnet i artikel 11, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, som bestemmer, at inden vedtagelsen af en beslutning underretter medlemsstaternes konkurrencemyndigheder Kommissionen (hvilket klart kun henviser til de former for beslutninger, der er opregnet i artikel 11, stk. 4, som kan have indvirkning på ensartetheden af anvendelsen af EU-konkurrenceretten) [47]. Hvis det forholdt sig anderledes, ville Kommissionen ikke have mulighed for at sikre den ensartede anvendelse af EU-konkurrenceretten og/eller

45 — Der kan efter min opfattelse argumenteres for, at denne kompetence på en måde ligner den kompetence, som tillægges af artikel 2 og 6 i forordning nr. 17 til at vedtage negativattester og individuelle fritagelser. Den adskiller sig imidlertid herfra i nogle væsentlige henseender. I henhold til forordning nr. 1/2003 handler Kommissionen på eget initiativ og i Unionens interesse og er derfor ikke forpligtet til at handle efter anmodning. Sådanne konstateringer er endvidere pr. definition deklaratoriske og stifter ikke rettigheder, som det var tilfældet med individuelle fritagelser. Endelig pålægger artikel 16 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med forordningens artikel 1, stk. 3, at nationale konkurrencemyndigheder og nationale domstole ikke vedtager beslutninger, som er uforenelige med beslutninger i henhold til artikel 10. Det var ikke tilfældet med negativattester. Ved at begrænse sig til at fastslå, at fællesskabsretten (nu EU-retten) ikke var anvendelig på den pågældende sag, lod negativattester de nationale konkurrencemyndigheder og domstole fri til at anvende den nationale konkurrenceret (sagen Giry og Guerlain m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 44). Jf. G.L. Tosato og L. Bellodi, nævnt ovenfor i fodnote 9, s. 40. På den anden side mener U. Loewenheim, K.M. Meessen og A. Riesenkampff, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 740, ikke, at artikel 5 har noget modstykke i forordning nr. 17. De mener heller ikke, at forordning nr. 1/2003 indeholder et bindende katalog over beslutninger (Entscheidungskatalog) for nationale konkurrencemyndigheder, men dette aspekt overlades til den nationale lovgiver.

46 — Jf. W.P.J. Wils, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 682.

47 — Den omstændighed, at en national konkurrencemyndighed har fundet, at der ikke er grund til, at den griber ind, hindrer ikke andre konkurrencemyndigheder eller nationale domstole i at konstatere noget andet og forbyde den pågældende aftale eller praksis. At artikel 11, stk. 4, kun omfatter negative beslutninger, er derfor ikke en angivelse af, at overhåndhævelse opfattes som et større problem end underhåndhævelse. Det er blot erkendelse af, at i det system, der er indført ved forordning nr. 1/2003, vinder negative beslutninger altid (det ville have forholdt sig anderledes, såfremt konkurrencemyndighederne var blevet beføjet til at vedtage retsstiftende undtagelsesbeslutninger). De eneste undtagelser er beslutninger i henhold til artikel 10, som er vedtaget af Kommissionen, således at alt, hvad der kræves, er et system, som hindrer konkurrencemyndighedernes vedtagelse af uberettigede negative beslutninger. Når en negativ beslutning først er vedtaget og gennemført, er den vanskelig at afkode. Jf. J. Faull og A. Nikpay, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 158.

for at indlede en procedure i henhold til artikel 11, stk. 6, i forordning nr. 1/2003 [48] i en sag, hvor der var risiko for en ikke-ensartet anvendelse af EU-konkurrenceretten.

49. Efter min opfattelse følger det af ovenstående betragtninger, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er udtryk for et kompromis udformet af EU-lovgiver efter en lang lovgivningsprocedure.

50. Det fremgår klart af min analyse, at de nationale konkurrencemyndigheder ikke er beføjede til at træffe beslutninger om uanvendelighed i forbindelse med artikel 101 TEUF og 102 TEUF [49]. Det er således mindre vigtigt, om national procesret tillader en sådan negativ beslutning vedrørende overtrædelser af national konkurrenceret. Princippet om procesautonomi legitimerer ikke en udvidelse af nationale konkurrencemyndigheders kompetence med hensyn til de beslutninger, de kan vedtage i henhold til forordning nr. 1/2003.

51. Jeg er således enig med den forelæggende ret i, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 bør fortolkes således, at udtrykket »beslutte, at der ikke er nogen grund til, at de griber ind« klart henviser til vedtagelsen af en anden beslutning end en beslutning, der fastslår, at der ikke foreligger nogen overtrædelse af artikel 102 TEUF. Som vi har set, har EU-lovgiver forsætligt ikke givet de nationale konkurrencemyndigheder mulighed for at træffe beslutning om, at der ikke foreligger overtrædelse af artikel 102 TEUF. Begrundelsen til forslaget til forordning nr. 1/2003 nævner ligeledes klart, med hensyn til de nationale konkurrencemyndigheders kompetence, at de i en situation som den i hovedsagen foreliggende — når en national konkurrencemyndighed fastslår, at en virksomheds praksis ikke var i strid med artikel 102 TEUF — kan »indstille proceduren« eller »afvise klagen« ved en beslutning om, at der ikke er nogen grund til, at de griber ind (forslagets s. 16), og at »ingen konkurrencemyndighed, der deltager i netværket, bør kunne vedtage

48 — Kommissionens indledning af en procedure med henblik på vedtagelse af en beslutning i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003 (»Kommissionens beslutninger«) fratager de nationale konkurrencemyndigheder deres kompetence til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF. Er en medlemsstats konkurrencemyndighed allerede ved at behandle en sag, kan Kommissionen først indlede en procedure efter at have rådført sig med den nationale konkurrencemyndighed.

49 — For den samme fortolkning, jf. bl.a. P. Oliver: *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, Cahiers de droit européen, Vol. 41, No 3-4, 2005, s. 366, U. Loewenheim, K. M. Meessen og A. Riesenkampff, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 738. For en anden fortolkning, jf. C.S. Kerse og N. Khan, nævnt ovenfor i fodnote 10, s. 261.

retsstiftende fritagelsesbeslutninger i henhold til [EU-]konkurrencereglerne« (s. 12).

52. Det følger af samtlige de foregående betragtninger, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 skal fortolkes således, at en national konkurrencemyndighed ikke kan vedtage en beslutning om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd som omhandlet i artikel 102 TEUF, når det efter sagens gennemførelse er blevet fastslået, at virksomheden ikke har handlet i strid med forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i henhold til denne traktatbestemmelse.

Det andet spørgsmål

53. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret hovedsageligt oplyst, om artikel 5, sidste punktum, i forordning nr. 1/2003 kan udgøre et umiddelbart retsgrundlag for, at en national konkurrencemyndighed kan afslutte en procedure med en beslutning om, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind i en situation som i sagen for den forelæggende ret, hvor muligheden for at vedtage en negativ beslutning om realiteten kun er fastsat i national ret.

54. Jeg har ovenfor nævnt, at både i Otto-sagen [50] og i GT-Link-sagen [51] fastslog Domstolen, at »de nationale myndigheders anvendelse af artikel [102 TEUF] er principielt undergivet de nationale procesretlige regler«. I Otto-sagen tilføjede Domstolen imidlertid, at »*under overholdelse af [EU-]retten*, og særligt EU-rettens grundlæggende principper, må det således henhøre under national ret at fastlægge de processuelle regler, som kan afgive garanti for, at de berørte parters ret til forsvar respekteres. Disse garantier kan være forskellige fra dem, der gælder for procedurer på [EU]-niveau« [52].

55. Det er således med føje, at Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, at i en situation som den i hovedsagen foreliggende, hvor betingelserne for en forbudsbeslutning ikke er opfyldt, forpligter artikel 3, stk. 1, og artikel 5 i forordning nr. 1/2003 en

50 — Nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 14.
51 — Ibidem., præmis 23.
52 — Ibidem (min fremhævelse).

national konkurrencemyndighed til at anvende artikel 102 TEUF ved at bringe sin administrative procedure til ophør med en konstatering af, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind. Det følger således af betragtningerne vedrørende det første spørgsmål, at henset til betydningen af at sikre den ensartede anvendelse af EU-konkurrencereglerne i hele Unionen, kan den omstændighed, at en medlemsstats konkurrenceret (endnu) ikke udtrykkeligt beføjer den nationale konkurrencemyndighed til at vedtage en sådan beslutning, ikke ændre de forpligtelser, der påhviler medlemsstaterne i henhold til artikel 3, stk. 1, og artikel 5 i forordning nr. 1/2003 [53].

56. Først og fremmest er forordning nr. 1/2003 — som alle forordninger — umiddelbart anvendelig i medlemsstaternes retssystemer [54]. For det andet kræver forrangsprincippet [55], at den forelæggende ret ikke anvender national ret, som er i strid med EU-retten, men i stedet anvender EU-retten. Retspraksis bekræfter faktisk, at den nationale ret, der inden for grænserne af sin kompetence anvender EU-retlige bestemmelser, er forpligtet til at sikre disse bestemmelsers fulde virkning, i givet fald ved på eget initiativ at afvise at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lovgivning, også selv om den er vedtaget efterfølgende. Det er ikke nødvendigt for retten at kræve eller afvente en forudgående ophævelse af en sådan bestemmelse ved lovgivningsmæssige eller andre forfatningsmæssige midler [56]. Som EFTA-Tilsynsmyndigheden med føje har påpeget, gælder den samme forpligtelse mutatis mutandis for de nationale konkurrencemyndigheder, som skal undlade at anvende nationale regler i strid med EU-retten.

57. For det andet er det logisk, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er umiddelbart anvendelig, da det gør det muligt for alle relevante nationale konkurrencemyndigheder pr. 1. maj 2004 at have ensartet beslutningsbeføjelse

53 — Enhver myndighed, der anvender national konkurrenceret i en individuel sag, har pligt til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF, når betingelserne i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 er opfyldt. Denne forpligtelse til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF kan kun fortolkes som en henvisning til udøvelsen af den håndhævende kompetence, der er fastsat i artikel 5. Med eller uden en formel udpegelse er en myndighed, som er kompetent til at anvende national konkurrenceret i individuelle sager, omfattet af artikel 3, stk. 1, og skal følgelig kunne udøve håndhævende kompetence, selv i mangel af nationale bestemmelser, der udtrykkeligt tillægger den denne kompetence, og tilmed hvis der foreligger nationale bestemmelser om det modsatte. Jf. sagen vedrørende den belgiske konkurrencemyndighed, nævnt nedenfor. Jf. E. Gippini Fournier, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 103.

54 — Dom af 5.2.1963, sag 26/62, van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, org.ref.: Rec. s. 3.

55 — Dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531. org.ref.: Rec. s. 1141.

56 — Dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629. Jf. ligeledes sag C-341/08, Petersen, Sml. I, s. 47, præmis 80.

uden behov for at afvente gennemførelsen af artikel 5 i national ret [57].

58. For at give nogle konkrete eksempler bemærkes det, at de nationale konkurrencemyndigheder i Tyskland, Italien og Belgien allerede har anvendt forordning nr. 1/2003 umiddelbart. For det første baserede Bundeskartellamt sig på artikel 5 i forordning nr. 1/2003, allerede inden den syvende ændring af den tyske lov om konkurrence trådte i kraft [58]. For det andet anvendte Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato umiddelbart forordningens artikel 5 og traf en beslutning om foreløbige foranstaltninger, som på det pågældende tidspunkt ikke var fastsat i italiensk ret [59]. Denne beslutning stadfæstedes ved TAR del Lazio den 6. december 2005. Endelig fandt Conseil de la concurrence, at det skulle være i stand til at udøve sin kompetence til at få gennemført EU-konkurrenceretten selv i mangel af nationale bestemmelser, der tillagde det disse beføjelser og på trods af modstridende nationale bestemmelser. Sådan forholdt det sig i forhold til kompetencen til at acceptere tilsagn, som var en af de beslutninger, der var opregnet i artikel 5, men som ikke var fastsat i belgisk lov. Conseil de la concurrence udledte en kompetence »af artikel 9-typen« af den umiddelbare virkning af forordning nr. 1/2003 [60].

59. Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at artikel 5 i forordning nr. 1/2003 er umiddelbart anvendelig, og at den nationale konkurrencemyndighed kan afslutte sin procedure med en processuel beslutning om, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind.

57 — For denne fortolkning, se bl.a. E. Langen og H.-J. Bunte, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 753, A. Klees, nævnt ovenfor i fodnote 27, afsnit 7, punkt 37, G.-K. de Bronett: *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005, afsnit 5, punkt 1, J. Schwarze og A. Weitbrecht, nævnt ovenfor i fodnote 27, afsnit 8, punkt 11 ff.

58 — BkartA, B 9 – 55/03, s. 22 – »Deutsche Post AG«. Jf. E. Langen og H.-J. Bunte, nævnt ovenfor i fodnote 19, s. 753.

59 — Autorità Garante Provvedimento n. 14 078 »Merck« af 23.2.2005. Jf. U. Immenga og E.-J. Mestmäcker: *Wettbewerbsrecht — Band 1. EG / Teil 2*, Beck, 2007, s. 938.

60 — Jf. C. Cook: *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9*, 29 World Competition 209 (2006), fodnote 14. Jf. E. Gippini Fournier, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 104.

IV — Forslag til afgørelse

60. Jeg er derfor af den opfattelse, at Domstolen skal besvare de af Sąd Najwyższy forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 5 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel 81 [EF] og 82 [EF] (nu artikel 101 [TEUF] og 102 TEUF) skal fortolkes således, at en medlemsstats konkurrencemyndighed ikke kan vedtage en beslutning om, at der ikke foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd som omhandlet i artikel 102 TEUF, når det efter sagens gennemførelse er blevet fastslået, at virksomheden ikke har handlet i strid med forbuddet mod misbrug af en dominerende stilling i henhold til denne traktatbestemmelse.

2) Når en medlemsstats konkurrencemyndighed på grundlag af de oplysninger, den er i besiddelse af, ikke mener, at betingelserne for en forbudsbeslutning som omhandlet i artikel 5, første punktum, i forordning nr. 1/2003 er opfyldt, kan den bringe den administrative procedure til ophør ved at beslutte, at der ikke er nogen grund til, at den griber ind.«