Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 6 september 2012 [1]

Mål C-226/11

Expedia Inc.
mot
Autorité de la concurrence m.fl.

(begäran om förhandsavgörande från Cour de cassation (Frankrike))

”Konkurrens — Artikel 81 EG — Märkbar begränsning av konkurrensen — Bedömning av märkbar begränsning av konkurrensen vid avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen — Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse (de minimis-avtal) — Underskridande av de tröskelvärden för marknadsandelar som införts genom tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse — Nationella konkurrensmyndigheters befogenheter att ändå tillämpa artikel 81 EG och påföra påföljder — Artikel 3.2 i förordning (EG) nr 1/2003”

I – Inledning

1. Är Europeiska kommissionens tillkännagivanden på konkurrensrättens område bindande för de nationella konkurrensmyndigheterna och domstolarna? Detta är kärnan i den fråga som domstolen har att pröva i förevarande mål om förhandsavgörande. Frågan uppkommer mot bakgrund av det tillkännagivande om avtal av mindre betydelse [2] (ibland också kallade de minimis-avtal) i vilket kommissionen förklarade under vilka omständigheter dessa leder till en *märkbar begränsning av konkurrensen* i den mening som avses i artikel 81 EG (nu artikel 101 FEUF).

2. Frågan har hänskjutits av franska Cour de cassation [3], som har att pröva en tvist mellan onlineresebyrån Expedia och den franska konkurrensmyndigheten [4]. Expedia hade grundat ett gemensamt bolag tillsammans med det franska järnvägsbolaget Société nationale des chemins de fer (SNCF) för försäljning av tågbiljetter och andra resetjänster. Genom detta samarbete fick Expedia privilegierad tillgång till SNCF:s webbplats ”voyages-sncf.com” och kom således för sina tjänster i åtnjutande av en förmånlig behandling som andra resebyråer undanhölls. Den franska konkurrensmyndigheten fann att detta utgjorde en otillåten begränsning av konkurrensen och ålade Expedia och SNCF böter, eftersom den ansåg att dessa hade åsidosatt både artikel 81 EG och motsvarande bestämmelse i den nationella konkurrenslagstiftningen.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — 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).

3 — Kassationsdomstolen.

4 — Autorité de la concurrence, tidigare Conseil de la concurrence.

3. Det råder framför allt oenighet mellan parterna i det nationella målet beträffande huruvida den omtvistade överenskommelsen mellan Expedia och SNCF ledde till en märkbar begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 81 EG. Expedia har gjort gällande att det tröskelvärde för marknadsandelar på tio procent som kommissionen lade till grund i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse inte uppnåddes i det aktuella fallet, varför den franska konkurrensmyndigheten enligt Expedia inte hade fog för slutsatsen att en märkbar begränsning av konkurrensen förelåg.

4. Mot bakgrund av ovanstående önskar Cour de cassation få klarhet i huruvida det enligt artikel 3.2 i förordning (EG) nr 1/2003 [5] är tillåtet för nationella myndigheter att fastslå att en märkbar begränsning av konkurrensen föreligger när marknadsandelen är mindre än det nämnda tröskelvärdet på tio procent. Den högsta domstolen i Frankrike har särskilt betonat att den omtvistade överenskommelsen mellan Expedia och SNCF, enligt vad som konstaterats i det nationella målet, inte bara hade konkurrensbegränsande verkan, utan också ett konkurrensbegränsande syfte.

5. Genom svaret på denna begäran om förhandsavgörande kommer EU-domstolen att på ett avgörande sätt fastslå vilket utrymme för skönsmässig bedömning som de nationella konkurrensmyndigheterna och domstolarna i framtiden kommer att ha när de tillämpar artikel 101 FEUF. Dessutom ger ärendet anledning till att ytterligare precisera vilka krav som ska ställas för att det ska anses föreligga ett *avtal som syftar till att begränsa konkurrensen* – både på unionsnivå och på nationell nivå. Båda punkterna är av avgörande betydelse för att det decentraliserade systemet för genomförande av den kartellagstiftning som infördes genom förordning nr 1/2003 ska fungera.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *De unionsrättsliga bestämmelserna*

6. När denna begäran om förhandsavgörande besvaras ska förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (nedan också kallat förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan) i dess lydelse enligt Lissabonfördraget läggas till grund, eftersom det franska konkurrensrådets (Conseil de la concurrence) beslut, vilket är omtvistat i det nationella målet, meddelades i februari 2009. Med avseende på de unionsrättsliga bestämmelserna, ska målet avgöras i enlighet med artikel 81.1 EG och förordning nr 1/2003, vilken antogs för genomförande av denna bestämmelse. Min redogörelse avseende artikel 81 EG kan emellertid tillämpas på motsvarande sätt på artikel 101 FEUF, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till.

7. ”Förhållandet mellan [artikel 81 EG] ... och den nationella konkurrensrätten” regleras på följande sätt i artikel 3 i förordning nr 1/2003:

”1. Om medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller de nationella domstolarna tillämpar den nationella konkurrensrätten på sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som avses i artikel 81.1 [EG] och som kan påverka handeln mellan medlemsstater enligt den bestämmelsen skall de också tillämpa artikel 81 [EG] på sådana avtal, beslut eller samordnade förfaranden. …

2. Tillämpningen av den nationella konkurrensrätten får inte leda till förbud mot sådana avtal, beslut av en företagssammanslutning eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 [EG], eller som uppfyller villkoren i artikel 81.3 [EG] eller som omfattas av en förordning om tillämpning av artikel 81.3 [EG].

5 — 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).

…”

8. I artikel 11.1 i förordning nr 1/2003, som har rubriken ”Samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter”, föreskrivs följande:

”Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skall tillämpa gemenskapens konkurrensregler i nära samarbete.”

9. Dessutom hänvisas till förklaringarna i skälen 1, 6, 8, 14, 15, 22 och 34 i förordning nr 1/2003:

”(1) För att upprätta ett system som säkerställer att konkurrensen inom [den inre marknaden] inte snedvrids, krävs det en effektiv och enhetlig tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget inom [unionen]. …

…

(6) För att säkerställa en effektiv tillämpning av [unionens] konkurrensregler bör konkurrensmyndigheterna i medlemsstaterna göras mera delaktiga i tillämpningen av reglerna. De bör därför ha behörighet att tillämpa [unionsrätten].

…

(8) För att kunna garantera att [unionens] konkurrensregler tillämpas effektivt och att de samarbetsmekanismer som finns i denna förordning fungerar på ett riktigt sätt är det nödvändigt att ålägga medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar att även tillämpa artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] när de tillämpar nationell konkurrensrätt i fråga om avtal och förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. För att skapa likvärdiga marknadsvillkor när det gäller avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden inom den gemensamma marknaden är det också nödvändigt att ... fastställa förhållandet mellan nationell lagstiftning och [unionens] konkurrensrätt. Därför är det nödvändigt att föreskriva att tillämpningen av nationella konkurrensregler på avtal, beslut eller samordnade förfaranden som faller under artikel 81.1 [EG] inte får leda till förbud mot sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden om de inte också är förbjudna enligt [unionens] konkurrensrätt. …

…

(14) Det kan även vara lämpligt att kommissionen i undantagsfall, när det allmänna [unionsintresset] kräver det, antar ett beslut av förklarande natur i vilket den konstaterar att förbudet i artikel 81 [EG] eller artikel 82 [EG] inte är tillämpligt, i syfte att klargöra rättsläget och säkerställa en enhetlig rättstillämpning inom [unionen], i synnerhet beträffande nya typer av avtal eller förfaranden som inte har prövats i befintlig rättspraxis och administrativa förfaranden.

(15) Kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter bör tillsammans bilda ett nätverk av offentliga myndigheter som tillämpar [EU:s] konkurrensregler i nära samarbete. . …

…

(22) För att garantera att principerna om rättslig säkerhet och enhetlig tillämpning av [unionens] konkurrensregler iakttas, måste man i ett system med parallell behörighet undvika motstridiga beslut. …

…

(34) Principerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] ger [unionsinstitutionerna] en central roll. Denna centrala roll bör bibehållas, samtidigt som medlemsstaterna görs mer delaktiga i tillämpningen av [unionens] konkurrensregler. …

…”

10. För det aktuella målet är dessutom kommissionens tillkännagivande av år 2001 om avtal av mindre betydelse relevant. I detta anges bland annat följande:

”…

2. I detta tillkännagivande beräknar kommissionen med hjälp av tröskelvärden för marknadsandelar vad som inte är en märkbar begränsning av konkurrensen enligt artikel 81 [EG]. …

…

4. I ärenden som omfattas av detta tillkännagivande kommer kommissionen inte att inleda förfaranden, vare sig efter anmälan eller på eget initiativ. När företag i god tro antar att ett avtal omfattas av detta tillkännagivande, kommer kommissionen inte att ålägga företagen böter. Även om detta tillkännagivande inte är bindande för medlemsstaternas domstolar och myndigheter avser detta tillkännagivande att ge dem vägledning när det gäller tillämpningen av artikel 81 [EG].

…

6. Detta tillkännagivande påverkar inte … domstolens eller [tribunalens] tolkningar av artikel 81 [EG].

…

7. Kommissionen anser att avtal mellan företag som påverkar handeln mellan medlemsstaterna inte märkbart begränsar konkurrensen i den betydelse som avses i artikel 81.1 [EG],

a) om den sammanlagda marknadsandelen för avtalsparterna inte överstiger 10 % på någon av de relevanta marknader som omfattas av avtalet och avtalet ingås mellan företag som inte är faktiska eller potentiella konkurrenter på någon av dessa marknader (avtal mellan konkurrenter) ...

…

…

11. Punkterna 7, 8 och 9 tillämpas inte på avtal som innehåller någon av nedanstående särskilt allvarliga begränsningar ...

…”

B – *Den nationella lagstiftningen*

11. I den franska lagstiftningen är först och främst artikel L 420-1 i handelslagen (code de commerce) relevant. I denna föreskrivs huvudsakligen samma förbud mot karteller som på unionsnivå i artikel 81 EG (nu artikel 101 FEUF).

12. Dessutom har tröskelvärdena i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse förts in i artikel L 464-6-1 i handelslagen. Enligt denna ska konkurrensmyndigheten genomföra ett förfarande för ärenden av mindre betydelse.[6] Om de tröskelvärden för marknadsandelar som nämns i tillkännagivandet följaktligen inte uppnås av de företag som deltar i ett avtal, kan konkurrensmyndigheten besluta att den inte ska driva ärendet vidare.

III – Bakgrund och målet vid den nationella domstolen

13. Det statliga franska järnvägsbolaget SNCF avsåg att utöka sin försäljning av tågbiljetter och resor på internet och sökte en erfaren partner för detta. Valet föll på Expedia, ett bolag bildat enligt amerikansk rätt som är specialiserat på försäljning av resor på internet. I september 2001 träffade SNCF och Expedia flera avtal om sitt samarbete och grundade ett gemensamt dotterbolag, GL Expedia, som år 2004 bytte namn till Agence Voyages-sncf.com (nedan kallat Agence VSC). Webbplatsen voyages-sncf.com, som tidigare bara hade använts för information, bokning och försäljning av tågbiljetter på internet, var från den tidpunkten det gemensamma bolagets verksamhetsbas, och den omarbetades för att förutom de ursprungliga tjänsterna också erbjuda tjänster i form av en onlineresebyrå.

14. Efter klagomål från flera konkurrenter fastslog den franska konkurrensmyndigheten genom beslut nr 09-D-06 av den 5 februari 2009 att SNCF och Expedia hade gjort sig skyldiga till konkurrensbegränsande samverkan, vilken är förbjuden enligt artikel L 420-1 i handelslagen och artikel 81 EG. Den fastslog enligt den hänskjutande domstolen att SNCF:s och Expedias avtalade förfarande hade ett konkurrensbegränsande syfte. Som påföljd ålade den Expedia böter på 500 000 euro och SNCF böter på 5 000 000 euro.

15. I det administrativa förfarandet vid konkurrensmyndigheten hade Expedia huvudsakligen gjort gällande att tröskelvärdena i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse och motsvarande gränser i artikel L 464-6-1 i handelslagen inte hade uppnåtts på grund av ett räknefel.[7] Eftersom marknadsandelen inte var tio procent skulle den nationella myndigheten enligt artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 inte ha ålagt något straff, då det i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse anges när en märkbar begränsning av konkurrensen i den mening som avses i artikel 81 EG föreligger. Den nationella konkurrenslagstiftningen får inte vara strängare än EU:s på denna punkt.

16. Konkurrensmyndigheten avvisade Expedias argument med att Expedia och SNCF var konkurrenter på den berörda marknaden för onlinetjänster som tillhandahålls av resebyråer för nöjesresor och hade en marknadsandel på mer än tio procent. Konkurrensmyndigheten betonade dessutom att överenskommelsen mellan Expedia och SNCF hade ett konkurrensbegränsande syfte.

17. Expedia överklagade konkurrensmyndighetens beslut vid Cour d'appel de Paris. Denna tog inte direkt upp frågan om beräkningen av Agence VSC:s marknadsandelar på den berörda marknaden. Den förklarade i stället i dom av den 23 februari 2010 med hänvisning till bestämmelsen om vad som är möjligt i artikel L 464-6-1 i handelslagen att karteller kan prövas och sanktioner kan vidtas också om tröskelvärdena för marknadsandelar inte uppnås. Om villkoren i artikel 81 EG är uppfyllda – vilket Cour d'appel förklarade att de var i det aktuella fallet – utgör artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 inte hinder för att ålägga böter.

6 — Såvida inte ett avtal enligt lagen om offentlig upphandling (Code des marchés publics) berörs.

7 — För att beräkna marknadsandelen på den berörda marknaden för onlinetjänster som tillhandahålls av resebyråer för nöjesresor skulle konkurrensrådet enligt Expedia inte ha utgått från den marknadsandel som uppnåddes med hela webbplatsen voyages-sncf.com. Till det omtvistade gemensamma företaget Agence VSC hänförde sig tvärtom bara en andel på 20 procent av webbplatsens omsättning.

18. Till följd av Expedias överklagande av domen som meddelades av Cour d'appel är förfarandet numera anhängiggjort vid Cour de cassation [8], den hänskjutande domstolen.

IV – Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid EU-domstolen

19. Genom dom av den 10 maj 2011, som inkom till domstolens kansli den 16 maj 2011, beslutade franska Cour de cassation att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artikel 101.1 FEUF och artikel 3.2 i förordning (EG) nr 1/2003 tolkas så, att de utgör hinder för en nationell konkurrensmyndighets möjligheter att på grundval av både artikel 101.1 FEUF och nationell konkurrensrätt beivra och vidta åtgärder mot förfaranden i form av avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater men som inte når upp till de tröskelvärden som Europeiska kommissionen har fastställt i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse?”

20. I förfarandet vid EU-domstolen har Expedia och den franska konkurrensmyndigheten samt Frankrikes, Irlands, Italiens och Polens regeringar, Europeiska kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet inkommit med skriftliga yttranden. Samma parter var också representerade vid den muntliga förhandlingen den 27 juni 2012 med undantag av Irlands, Italiens och Polens regeringar.

V – Bedömning

21. Artikel 3 i förordning nr 1/2003 bör användas som utgångspunkt för bedömningen av hur fallet ska lösas. Enligt denna bestämmelse råder det ett nära samband mellan unionens konkurrenslagstiftning och den nationella konkurrenslagstiftningen. [9] Om det nationella förbudet mot karteller tillämpas på ett avtal mellan företag som syftar till att påverka handeln mellan medlemsstaterna, ska enligt artikel 3.1 första meningen i förordning nr 1/2003 också artikel 81 EG (artikel 101 FEUF) tillämpas. [10]

22. Om unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning tillämpas parallellt på detta sätt garanteras genom artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 dessutom att unionsrättens principer har företräde. Kort sagt får avtal mellan företag förbjudas i enlighet med nationell konkurrenslagstiftning endast när de även är förbjudna enligt unionsrätten. [11] Den nationella konkurrenslagstiftningen får alltså inte leda till striktare resultat än artikel 81 EG.

23. Eftersom enligt fast rättspraxis bara sådana avtal mellan företag [12] får prövas och bestraffas i enlighet med artikel 81 EG som har till syfte eller leder till en *märkbar* begränsning av konkurrensen [13], föreskrivs det i artikel 3.2 i förordning nr 1/2003 att det också ska prövas huruvida en begränsning är märkbar när – som i det aktuella fallet – unionens konkurrenslagstiftning och nationell konkurrenslagstiftning tillämpas parallellt vid nationella myndigheter eller domstolar.

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Dom av den 14 februari 2012 i mål C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., kallat Toshiba, punkt 77.

10 — Se mitt förslag till avgörande av den 8 september 2011 i målet Toshiba (ovan fotnot 9), punkt 78.

11 — Skäl 8 i förordning nr 1/2003.

12 — Jag avstår här och i det följande för enkelhetens skull från att nämna företagssammanslutningars beslut som också omfattas av artikel 81 EG och samordnade förfaranden. För dessa gäller redogörelserna i detta förslag till avgörande på motsvarande sätt.

13 — Dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM mot MBU (REG 1966, s. 282 och s. 303; svensk specialutgåva, s. 251), av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk (REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva, s. 409), punkt 7, av den 6 maj 1971 i mål 1/71, Cadillon (REG 1971, s. 351), punkt 9, av den 25 november 1971 i mål 22/71, Béguelin (REG 1971, s. 949), punkt 16, av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkt 12, av den 28 maj 1998, i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkt 77, av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax (REG 2006, s. I-11125), punkt 50, och av den 2 april 2009 i mål C-260/07, Pedro IV Servicios (REG 2009, s. I-2437), punkt 68.

24. Cour de cassation vill i detta sammanhang få klarhet i huruvida nationella myndigheters bedömning av huruvida en begränsning av konkurrensen är märkbar måste följa de kriterier som har offentliggjorts på unionsnivå i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse. Det är i synnerhet viktigt för Cour de cassation att få veta om en nationell myndighet får fastslå att en märkbar begränsning av konkurrensen föreligger, om den företagssammanslutning som den undersöker visserligen inte når upp till de tröskelvärden för marknadsandelar som har fastställts i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, men har ett konkurrensbegränsande syfte.

25. Av de parter som har avgett yttranden vid domstolen är det bara Expedia som anser att de nationella konkurrensmyndigheterna och domstolarna är bundna av tröskelvärdena för marknadsandelar i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, och detta också när ett konkurrensbegränsande syfte föreligger. Alla myndigheter och regeringar som deltar i förfarandet anser däremot att tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse inte är bindande för nationella myndigheter. Några av dem anser dessutom att det inte behöver göras någon faktisk prövning av huruvida konkurrensbegränsningen är märkbar, för att ett avtal mellan företag med ett konkurrensbegränsande syfte ska kunna beivras.

A – *Bindande rättsverkningar av tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse föreligger inte*

26. EU-domstolen har i ett annat sammanhang fastslagit att kommissionens tillkännagivanden på området europeisk konkurrenslagstiftning inte är bindande för de nationella myndigheterna och domstolarna.[14] Så förhåller det sig också i det aktuella fallet med tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse och de tröskelvärden för marknadsandelar som anges i detta. Detta följer inte bara av tillkännagivandets ordalydelse, utan också av dess syften och av det sammanhang i vilket det utfärdades.

27. Redan av *ordalydelsen* i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse följer det otvivelaktigt att tillkännagivandet endast ger uttryck för kommissionens rättsuppfattning[15] och ”inte är bindande”[16] för medlemsstaternas myndigheter och domstolar. Det är för övrigt också redan från början uteslutet att det skulle vara bindande för unionsdomstolarna, eftersom det i tillkännagivandet uttryckligen klargörs att dess innehåll ”inte påverkar”[17] EG-domstolens och förstainstansrättens tolkning av artikel 81 EG.

28. *Målsättningen* med tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse talar också emot att det som anges i tillkännagivandet skulle vara bindande. Med detta tillkännagivande avsåg kommissionen nämligen endast att tydliggöra sin förvaltningspraxis i samband med tillämpningen av artikel 81 EG[18] och ge vägledning med användbara anvisningar om tolkningen för de företag som är verksamma på den inre marknaden samt för medlemsstaternas myndigheter och domstolar.[19]

29. Detta intryck förstärks med hänsyn till det *sammanhang* i vilket tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse ingår. Kommissionen utfärdade inte tillkännagivandet för att utöva sina lagstiftningsbefogenheter, utan i sin egenskap av Europeiska unionens konkurrensmyndighet. Tillkännagivandet utgör å ena sidan en förklaring av kommissionens egen förvaltningspraxis, å andra sidan avger kommissionen ett allmänt konkurrenspolitiskt ställningstagande eller en rekommendation

14 — Dom av den 14 juni 2011 i mål C-360/09, Pfleiderer (REU 2011, s. I-5161), punkt 21; se för ett liknande resonemang dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 209, enligt vilken kommissionens tillkännagivanden inte kan anses utgöra rättsregler, samt dom av den 29 september 2011 i mål C-520/09 P, Arkema mot kommissionen (REU 2011, s. I-8901), punkt 88, enligt vilken de riktlinjer som kommissionen offentliggjort bara utgör vägledande förhållningsregler.

15 — Se särskilt punkt 2 (”… beräknar kommissionen …”), punkt 7 (”Kommissionen anser …”) och punkt 9 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse (”Kommissionen anser även …”).

16 — Punkt 4 sista meningen i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

17 — Punkt 6 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

18 — Punkt 4 första och andra meningarna i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

19 — Punkt 4 sista meningen i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

inom ramen för sitt ansvar för att upprätthålla och utveckla ett system med en icke snedvriden konkurrens på EU:s inre marknad.[20] Kommissionen har befogenhet till detta enligt artikel 85 EG jämförd med artikel 211 andra strecksatsen EG (nu artikel 105 FEUF jämförd med artikel 292 fjärde meningen FEUF).[21]

30. Sådana ställningstaganden eller rekommendationer är dock inte bindande (artikel 249.5 EG, nu artikel 288.5 FEUF). Juridiskt bindande bestämmelser som behövs för att tillämpa konkurrensreglerna i EU-fördragen kan bara utfärdas av rådet i form av förordningar eller direktiv (artikel 83 EG, nu artikel 103 FEUF[22]). Kommissionen får endast utfärda gruppundantagsförordningar, och detta bara med tillstånd av rådet (artikel 85.3 EG, nu artikel 105.3 FEUF).

31. Bortsett från detta har kommissionen visserligen enligt artikel 10 i förordning nr 1/2003 befogenhet att i undantagsfall meddela förklarande beslut om att artikel 81 EG inte är tillämplig. Sådana beslut kan emellertid bara gälla enskilda fall (”ett avtal”), och de avser dessutom i synnerhet nya former av avtal eller förfaranden.[23] Konkurrenspolitiska uttalanden av allmänt slag som sträcker sig längre än uttalandena i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse beträffande frågan huruvida konkurrensbegränsningar är märkbara skulle överskrida den ram som anges i artikel 10 i förordning nr 1/2003.

32. Den omständigheten att tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse offentliggjordes i C-serien av *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* visar dessutom att avsikten med tillkännagivandet inte var att utfärda bindande rättsföreskrifter. Till skillnad från L-serien av denna tidning är nämligen syftet med C-serien inte att offentliggöra juridiskt bindande rättsakter, utan enbart att offentliggöra upplysningar, rekommendationer och yttranden, vilka avser unionen.[24]

33. Slutligen fordras inte heller enligt den på unionsnivå erkända straffrättsliga legalitetsprincipen (*nulla poena sine lege*)[25] att tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse ska anses utgöra en bindande rättsregel. Till skillnad från vad Expedia tycks anse återfinns den rättsliga grunden för konkurrensmyndigheternas insatser mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag inte i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse som sådant. Det unionsrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan är i stället förankrat redan på primärrättslig nivå i artikel 81 EG, alltså i en fördragsbestämmelse som har direkt effekt till för- och nackdel för företag.[26] De påföljder som den franska konkurrensmyndigheten ålade följer av den nationella lagen.[27]

34. Mot denna bakgrund kan man alltså utgå från att tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse inte i sig kan medföra bindande rättsverkningar.

20 — Se, beträffande EU:s konkurrensreglers betydelse för den inre marknadens funktion, dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss (REG 1999, s. I-3055), punkt 36, av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage och Crehan (REG 2001, s. I-6297), punkt 20, och – beträffande rättsläget efter det att Lissabonfördraget trädde i kraft – dom av den 17 februari 2011 i mål C-52/09, TeliaSonera (REU 2011, s. I-527), punkt 20.

21 — Se, beträffande kommissionens roll när Europeiska unionens konkurrenspolitik anges, framför allt dom av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods (REG 2000, s. I-11369), punkt 46 första meningen.

22 — Se, för ett liknande resonemang, beträffande statligt stöd, artikel 89 EG (nu artikel 109 FEUF).

23 — Se skäl 14 i förordning nr 1/2003 och dom av den 3 maj 2011 i mål C-375/09, Tele 2 Polska (REU 2011, s. I-3055), punkt 25.

24 — Dom av den 12 maj 2011 i mål C-410/09, Polska Telefonia Cyfrowa (REU 2011, s. I-3853), punkt 35.

25 — Se dels artikel 49 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, dels dom av den 7 januari 2004 i mål C-60/02, X (REG 2004, s. I-651), punkt 63, av den 3 maj 2007 i mål C-303/05, Advocaten voor de Wereld (REG 2007, s. I-3633), punkt 49, och av den 29 mars 2011 i mål C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mot kommissionen (REU 2011, s. I-2359), punkt 80.

26 — Fast rättspraxis; se dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT mot SABAM (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, s. 249), punkterna 15–17, domen i målet Courage och Crehan (ovan fotnot 20), punkt 23, dom av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04-C-298/04, Manfredi m.fl. (REG 2006, s. I-6619), punkterna 39, 58 och 59, och av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., kallat T-Mobile (REG 2009, s. I-4529), punkterna 49 och 50.

27 — Se även artikel 5.1 sista strecksatsen i förordning nr 1/2003.

B – *Tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse som en vägledning för tillämpningen av artikel 81 EG (artikel 101 FEUF)*

35. Även om tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse såsom visats ovan alltså inte har bindande rättsverkningar skulle det vara fel att helt ifrågasätta dess rättsliga betydelse för konkurrensförfaranden.[28] Sådana offentliggöranden som tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse har nämligen karaktär av icke-bindande instrument, vars betydelse inte får underskattas i konkurrensförfaranden vare sig på EU-nivå eller på nationell nivå.

36. När det gäller kartellrättsliga administrativa förfaranden *på unionsnivå* är det fastslaget i rättspraxis att kommissionen gör ett eget åtagande genom att utfärda tillkännagivanden om sin förvaltningspraxis. Det rör sig om förhållningsregler som kommissionen inte får avvika från i ett enskilt fall utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen.[29] Ett sådant eget åtagande följer också av det i förevarande fall aktuella tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, i vilket kommissionen uttryckligen förklarar att den inte kommer att inleda förfaranden ”vare sig efter anmälan eller på eget initiativ” i ärenden av mindre betydelse.[30] Vidare förklarar kommissionen att den inte kommer att ålägga böter när företag i god tro antar att ett avtal omfattas av tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.[31]

37. Vad beträffar kartellrättsliga förfaranden *på nationell nivå* anges det i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse uttryckligen att det avser att ge nationella domstolar och myndigheter ”vägledning” beträffande tillämpningen av artikel 81 EG, ”även om detta tillkännagivande inte är bindande för dessa”.[32] En sådan vägledning har avgörande betydelse för att det decentraliserade system för tillämpning av konkurrensreglerna som har skapats genom förordning nr 1/2003 ska fungera.[33] Den bidrar till det grundläggande målet, det vill säga en så effektiv och enhetlig tillämpning som möjligt i hela unionen av artiklarna 81 och 82 EG (nu artiklarna 101 och 102 FEUF).[34] Samtidigt stöder den skapandet av lika konkurrensvillkor på den inre marknaden (”level playing field”)[35] och ökar dessutom rättssäkerheten för de berörda företagen.[36] Bland annat Expedia har hänvisat till denna omständighet.

28 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 14), punkt 211 sista meningen.

29 — Domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 14), punkterna 209–211), dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkterna 207 och 208, domen i målet Arkema mot kommissionen (ovan fotnot 14), punkt 88, och dom av den 8 december 2011 i mål C-272/09 P, KME m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-12789), punkt 100; se, för ett liknande resonemang, beträffande bestämmelserna om statligt stöd, till exempel dom av den 5 oktober 2000 i mål C-288/96, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-8237), punkt 62; se även – utanför konkurrenslagstiftningens område – dom av den 1 december 1983 i mål 190/82, Blomefield mot kommissionen (REG 1983, s. 3981), punkt 20.

30 — Punkt 4 första meningen i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

31 — Punkt 4 andra meningen i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

32 — Punkt 4 sista meningen i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

33 — Se även skälen 6 och 34 i förordning nr 1/2003.

34 — Se inledningen till förordning nr 1/2003, särskilt skälen 1 och 22. Betydelsen av en effektiv tillämpning av artiklarna 81 och 82 EG (nu artiklarna 101 och 102 FEUF) har på senare tid också betonats i exempelvis dom av den 11 juni 2009 i mål C-429/07, X (REG 2009, s. I-4833), punkterna 33–35, och av den 7 december 2010 i mål C-439/08, VEBIC (REU 2010, s. I-12471), punkterna 59 och 61.

35 — Se även skäl 8 i förordning nr 1/2003 och punkt 169 i mitt förslag till avgörande av den 29 april 2010 i mål C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals (REU 2010, s. I-8301), och punkt 118 i mitt förslag till avgörande i målet Toshiba (ovan fotnot 9).

36 — Se även skäl 22 i förordning nr 1/2003 och punkt 36 i generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 27 april 2006 i mål C-125/05, Vulcan Silkeborg (REG 2006, s. I-7637).

38. Kommissionens ledande roll vid utformningen av unionens konkurrenspolitik är fast förankrad i systemet i förordning nr 1/2003 [37], och den skulle undergrävas om medlemsstaternas myndigheter och domstolar utan vidare ignorerade ett konkurrenspolitiskt tillkännagivande från kommissionen. Av den skyldighet till lojalt samarbete som alla organ i medlemsstaterna har (artikel 10 EG, nu artikel 4.3 FEU), [38] följer därför att de nationella myndigheterna och domstolarna måste ta vederbörlig hänsyn till kommissionens konkurrenspolitiska tillkännagivanden, till exempel tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, när de utövar de befogenheter som de har enligt förordning nr 1/2003. [39]

39. Även om kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse alltså inte innebär att det finns tvingande bestämmelser för de nationella konkurrensmyndigheterna avseende den konkurrensrättsliga bedömningen av avtal mellan företag, måste dessa myndigheter och domstolar ändå ta hänsyn till kommissionens bedömning i detta tillkännagivande när det gäller frågan huruvida konkurrensbegränsningar är märkbara och de måste motivera eventuella avvikelser med skäl som kan prövas vid domstol. [40]

40. Av detta följer dock inget absolut förbud för nationella konkurrensmyndigheter och domstolar att beivra avtal mellan företag som inte når upp till de tröskelvärden för marknadsandelar som kommissionen har slagit fast.

41. För det första är nämligen marknadsandelar bara ett av flera kriterier av kvantitativt och kvalitativt slag utifrån vilka man kan bedöma om ett avtal mellan företag leder till en märkbar konkurrensbegränsning eller inte. I likhet med vad den italienska regeringen har anfört, anser jag att inte endast de berörda företagens marknadsandelar ska beaktas, utan även det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket ett visst avtal hör hemma. [41]

42. För det andra kan det finnas speciella nationella eller regionala konkurrensproblem på de olika marknaderna i medlemsstaterna, på vilka respektive myndighet och domstol måste kunna reagera på ett effektivt sätt. Den franska konkurrensmyndigheten gjorde dessutom en riktig bedömning i förfarandet vid EU-domstolen när den förklarade att det kan finnas objektiva skillnader i konkurrensmyndigheternas praxis när det gäller att beivra konkurrensbegränsningar, även om alla dessa myndigheter ingår i Europeiska konkurrensnätverket [42] och har ett nära samarbete. [43]

43. Det står följaktligen nationella konkurrensmyndigheter och domstolar fritt att beivra avtal mellan företag även om dessa inte når upp till tröskelvärdena i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, förutsatt att tillräcklig hänsyn tas till kommissionens anvisningar i tillkännagivandet och det i det konkreta enskilda fallet föreligger andra kriterier än de berörda företagens marknadsandelar som ger anledning att anta att konkurrensbegränsningen är märkbar.

37 — Domen i målet Masterfoods (ovan fotnot 21), punkt 46 första meningen; se dessutom skäl 34 i förordning nr 1/2003 där unionsorganens centrala roll i samband med tillämpningen av principerna i artiklarna 81 och 82 EG framhävs.

38 — Se, beträffande betydelsen av principen om lojalt samarbete mellan medlemsstaterna och unionsorganen i konkurrenspolitiken, särskilt domarna i målen Masterfoods (ovan fotnot 21), punkt 56, X (ovan fotnot 34), punkt 21, och Tele 2 Polska (ovan fotnot 23), punkt 26. Betydelsen av ett nära samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter betonas dessutom i artikel 11.1 och i inledningen till förordning nr 1/2003 (se exempelvis skälen 8 och 15).

39 — Se, för ett liknande resonemang, beträffande kommissionens rekommendation, dom av den 13 december 1989 i mål C-322/88, Grimaldi (REG 1989, s. 4407; svensk specialutgåva, s. 287), punkterna 18 och 19.

40 — Sådana skäl kan antingen anges från fall till fall eller i form av ett tillkännagivande från den nationella konkurrensmyndigheten i fråga beträffande dess praxis när det gäller beivrande av konkurrensbegränsningar.

41 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Cadillon (ovan fotnot 13), punkt 8, dom 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, kallat IAZ (REG 1983, s. 3369), punkt 25, av den 12 september 2000 i de förenade målen C-180/98-C-184/98, Pavlov m.fl. (REG 2000, s. I-6451), punkt 91, av den 20 november 2008 i mål C-209/07, Beef Industry Development Society och Barry Brothers, kallat BIDS (REG 2008, s. I-8637), punkterna 16 och 21, domen i målet T-Mobile (ovan fotnot 26), punkt 27, och dom av den 13 oktober 2011 i mål C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (REU 2011, s. I-9419), punkt 35.

42 — Engelska: European Competition Network (ECN).

43 — Se, beträffande detta nätverk, skäl 15 i förordning nr 1/2003.

C – Tröskelvärdena för marknadsandelar i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse saknar relevans vid bedömningen av avtal med konkurrensbegränsande syfte mellan företag.

44. Det återstår att undersöka vilken betydelse tröskelvärdena för marknadsandelar i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse ska tillmätas som vägledning för de nationella myndigheterna och domstolarna när det gäller avtal *med konkurrensbegränsande syfte* mellan företag. Enligt den hänskjutande domstolens uppgifter är det nämligen fastslaget att det omtvistade avtalet mellan Expedia och SNCF hade ett konkurrensbegränsande syfte [44], även om Expedia, den franska regeringen och kommissionen har ifrågasatt detta vid EU-domstolen.

45. Det ska mot denna bakgrund klargöras huruvida det enligt tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse kan antas att en märkbar konkurrensbegränsning är möjlig, om tröskelvärdena för marknadsandelar i kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse visserligen underskrids, men avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte. Såsom framgick av framför allt den muntliga förhandlingen, skulle ett klargörande av EU-domstolens praxis vara särskilt önskvärt på denna punkt.

46. Det ska först och främst påpekas att den omständigheten att en åtgärd som vidtas av kommissionen, såsom tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, inte är rättsligt bindande, inte hindrar domstolen från att tolka denna inom ramen för ett mål om förhandsavgörande enligt artikel 267 första stycket b FEUF. [45]

47. Innehållet i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse grundar sig på EU-domstolens praxis, enligt vilken förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 81 EG (nu artikel 101 FEUF) bara omfattar *märkbara* begränsningar av konkurrensen. [46] Domstolen har principiellt slagit fast detta både beträffande avtal med konkurrensbegränsande syfte mellan företag och beträffande avtal som har konkurrensbegränsande verkan. [47] Kravet att konkurrensbegränsningen ska vara märkbar gäller med andra ord både om avtalet har konkurrensbegränsande syfte och om det har konkurrensbegränsande verkan.

48. Detta innebär dock inte att kravet att *visa att en konkurrensbegränsning är märkbar* inte är detsamma i de båda fallen. Kraven skiljer sig tvärtom åt beroende på om ett avtal mellan företag har ett konkurrensbegränsande syfte eller enbart en konkurrensbegränsande verkan.

44 — I Cour de cassations beslut om förhandsavgörande anges det beträffande avtalet mellan Expedia och SNCF uttryckligen att ”konkurrensrådet har funnit att det berörda förfarandet hade ett konkurrensbegränsande syfte, och detta konstaterande står oemotsagt”.

45 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Grimaldi (ovan fotnot 39), punkterna 8 och 9, beträffande arbetsrätt; även i dom av den 2 april 2009 i mål C-415/07, Lodato Genaro (REG 2009, s. I-2599), beträffande statligt stöd, tolkade domstolen efter en begäran om förhandsavgörande icke bindande riktlinjer som hade utfärdats av kommissionen.

46 — Se rättspraxis som anges i fotnot 13.

47 — Domarna i målen Völk (ovan fotnot 13), punkt 7, och Cadillon (ovan fotnot 13), punkterna 9 och 10, båda beträffande ensamåterförsäljaravtal med absolut områdesskydd, det vill säga med konkurrensbegränsande syfte; se dessutom dom av den 24 oktober 1995 i mål C-70/93, Bayerische Motorenwerke (REG 1995, s. I-3439), punkt 18, och domen i målet Pedro IV Servicios (ovan fotnot 13), punkt 68, båda med formuleringen ”har till syfte eller resultat att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden …”.

49. Det är nämligen endast om det inte finns tillräckligt stöd för att ett konkurrensbegränsande syfte föreligger, som det enligt artikel 81.1 EG krävs bevis för att ett avtal faktiskt har en konkurrensbegränsande verkan. Om det däremot står klart att avtalet i fråga har ett konkurrensbegränsande syfte, är det enligt fast rättspraxis inte nödvändigt att visa att avtalet faktiskt påverkar konkurrensen negativt. Det är då tillräckligt att visa att avtalet är konkret ägnat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den inre marknaden. [48]

50. Att kraven på bevis skiljer sig åt beror på att avtal med konkurrensbegränsande syfte till sin natur kan anses vara skadliga för den normala konkurrensens goda funktion. [49] Avtal med konkurrensbegränsande syfte anses ha skadlig inverkan på samhället. [50] De kan knappast anses utgöra ringa överträdelser. Man kan tvärtom utgå från att företag som träffar avtal i konkurrensbegränsande syfte med detta alltid avser att märkbart begränsa konkurrensen, oberoende av hur stor deras marknadsandel och omsättning är.

51. Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse får inte stå i strid med dessa bestämmelser som direkt följer av artikel 81 EG. [51] I tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse undantas följaktligen också vissa ”särskilt allvarliga begränsningar” uttryckligen från bestämmelserna om tröskelvärden för marknadsandelar. [52] Vid den muntliga förhandlingen vid domstolen har kommissionen själv medgett att detta dock inte är någon uttömmande uppräkning av alla avtal med konkurrensbegränsande syfte. [53]

52. Att inte tillämpa tröskelvärdena för marknadsandelar i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse på avtal med konkurrensbegränsande syfte är meningsfullt inte bara i juridiskt utan också i konkurrenspolitiskt hänseende. Sådana tröskelvärden för marknadsandelar som anges i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse ska nämligen skapa rättssäkerhet. De utgör en säkerhetszon (engelska: ”safe harbour”) i vilken de företag som deltar i ett avtal inte behöver vara rädda för att bryta mot förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. En sådan förmånlig behandling kan knappast komma de företag tillgodo som träffar avtal med ett konkurrensbegränsande syfte. Annars skulle företag vars marknadsandelar inte når upp till gränsvärdena i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse faktiskt lockas att avstå från effektiv inbördes konkurrens och gå samman och bilda karteller i strid med den inre marknadens grundläggande principer. Detta har påpekats av bland annat Polen.

48 — Domen i målet T-Mobile (ovan fotnot 26), punkterna 28–31; se dessutom dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 322 och s. 390), domen i målet BIDS (ovan fotnot 41), punkterna 15 och 16, dom av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl. (REG 2009, s. I-9291), punkt 55, av den 4 oktober 2011 i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl., kallat FAPL (REU 2011, s. I-9083), punkt 135, domen i målet KME m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 65), och domen i målet Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (ovan fotnot 41), punkt 34.

49 — Domarna i målen BIDS (ovan fotnot 41), punkt 17, och T-Mobile (ovan fotnot 26), punkt 29.

50 — Se avseende helheten även mitt förslag till avgörande av den 19 februari 2009 i målet T-Mobile (ovan fotnot 26), särskilt punkterna 42–47, och generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 12 september 2006 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen (REG 2007, s. I-829), punkt 136.

51 — Se, för ett liknande resonemang, beträffande kommissionens tillkännagivanden på området statligt stöd, domen i målet Tyskland mot kommissionen (ovan fotnot 29), punkt 62, och dom av den 11 september 2008 i de förenade målen C-75/05 P och C-80/05 P, Tyskland m.fl. mot Kronofrance m.fl. (REG 2008, s. I-6619), punkterna 65 och 66.

52 — Punkt 11 i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse.

53 — I domen i målet T-Mobile (ovan fotnot 26, särskilt punkterna 32–39), fastslog domstolen till exempel att utbyte av känslig prisinformation mellan konkurrenter har ett konkurrensbegränsande syfte. Ett sådant agerande bland företag skulle däremot på sin höjd anses utgöra ”en särskilt allvarlig begränsning” i den mening som avses i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, om en särskilt vid tolkning av det i punkt 11.1 a i tillkännagivandet nämnda ”avtalet” som ”direkt ... syftar till fastställandet av priserna när produkterna säljs till tredje part” lades till grund.

53. Sammanfattningsvis ska således fastställas att tröskelvärdena för marknadsandelar i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse inte ska beaktas när det gäller att bedöma huruvida konkurrensbegränsningar till följd av avtal mellan företag med ett konkurrensbegränsande syfte är märkbara. Detta har påpekats även av den franska konkurrensmyndigheten samt Frankrikes, Italiens och Irlands regeringar. Även kommissionen har anslutit sig till i huvudsak samma ståndpunkt vid den muntliga förhandlingen vid domstolen.

54. Det går visserligen att i domstolens praxis finna några få domar i vilka det slås fast att förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan inte heller ska tillämpas vid avtal mellan företag med ett konkurrensbegränsande syfte, om dessa avtal ”med hänsyn till de berörda parternas svaga ställning på den relevanta produktmarknaden, endast obetydligt påverkar marknaden”.[54] Detta får dock inte uppfattas som att man ska bedöma med ledning av tröskelvärden för marknadsandelar huruvida konkurrensbegränsningar till följd av avtal med ett konkurrensbegränsande syfte är märkbara, och alls inte med ledning av samma tröskelvärden som läggs till grund vid prövning av huruvida konkurrensbegränsningar till följd av sådana avtal som ger konkurrensbegränsningar till resultat är märkbara.[55] Annars skulle den grundläggande skillnaden mellan förfaranden som har till syfte att begränsa konkurrensen och förfaranden som har till resultat att begränsa konkurrensen felaktigt suddas ut.

55. Domstolen har följaktligen till och med vid jämförelsevis små marknadsandelar, som har legat klart under det tröskelvärde på tio procent som diskuteras i det aktuella fallet, inte tvekat att fastslå att konkurrensbegränsningar är märkbara om de berörda företagen har haft ett konkurrensbegränsande syfte med sitt agerande.[56] I vissa domar som har meddelats av unionsdomstolarna har inte ens krävts några konkreta belägg för att konkurrensbegränsningen är märkbar när det har stått klart att ett avtal mellan företag har haft ett konkurrensbegränsande syfte.[57]

56. Man kan av ovanstående dra slutsatsen att det i vart fall inte ska ställas högre krav när det gäller att bevisa att en avsedd konkurrensbegränsning är märkbar än i samband med klausulen beträffande gränsöverskridande konsekvenser i artikel 81.1 EG (artikel 101.1 FEUF) när det ska visas att påverkan på handeln mellan medlemsstater är märkbar.[58]

57. Om det – såsom i det aktuella fallet – är fastslaget att ett avtal mellan företag med ett konkurrensbegränsande syfte är ägnat att märkbart påverka handeln mellan medlemsstater,[59] kan därför utan vidare den slutsatsen dras, att avtalet också är ägnat att märkbart begränsa, snedvrida eller till och med hindra konkurrensen på den inre marknaden.

54 — Domarna i målen Völk (ovan fotnot 13), punkt 7, och Cadillon (ovan fotnot 13), punkt 9.

55 — De skäl som domstolen anförde i domen i målet Völk (ovan fotnot 13), punkt 7, ska ses mot bakgrund av marknadsandelar på mindre än en procent.

56 — Dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen, kallat Miller (REG 1978, s. 131), punkt 7 i förening med punkterna 9 och 10, av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, kallat Musique Diffusion française (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, s. 133), punkt 82 i förening med punkterna 3 och 4, och av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen, kallat AEG (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, s. 287), punkt 43 i förening med punkt 58.

57 — I domstolens praxis bör särskilt nämnas domarna i målen LTM mot MBU (ovan fotnot 13, s. 306), punkt 3 i domskälen, Deere mot kommissionen (ovan fotnot 13), punkt 75, BIDS (ovan fotnot 41), punkt 15, och FAPL (ovan fotnot 48), punkterna 135 och 136, där kriteriet huruvida en konkurrensbegränsning är märkbar uteslutande nämns med avseende på konkurrensbegränsande *verkningar*, men inte i samband med det konkurrensbegränsande *syftet* med ett avtal mellan företag. Se beträffande tribunalens praxis, exempelvis domarna av den 8 juli 2004 i målen T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen (REG 2004, s. II-2223), punkterna 129–131, och T-50/00, Dalmine mot kommissionen (REG 2004, s. II-2395), punkt 225, och de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. II-2501), punkterna 383 och 384, vidare dom av den 8 juli 2008 i mål T-53/03, BPB mot kommissionen (REG 2008, s. II-1333), punkt 90, sista meningen.

58 — Enligt rättspraxis ska en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater anses föreligga redan från en klart mindre marknadsandel än tio procent – i normala fall redan vid cirka fem procent (se till exempel domarna i de ovan i fotnot 56 nämnda målen Miller, punkt 9, Musique Diffusion française, punkt 86 i förening med punkt 82, och AEG, punkterna 56–58. Kommissionen lägger också ett tröskelvärde på fem procent till grund i Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EUT C 101, 2004, s. 81) som ett av flera kriterier för beräkning av märkbar påverkan på handeln (se särskilt punkt 52).

59 — Tolkningsfrågan och Cour de cassations begäran om förhandsavgörande i dess helhet bygger i det aktuella fallet på antagandet att det omtvistade avtalet mellan Expedia och SNCF kan påverka handeln mellan medlemsstater.

VI – Förslag till avgörande

58. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar den fråga som hänskjutits av franska Cour de cassation på följande sätt:

1) Artikel 81.1 EG och artikel 3.2 i förordning (EG) nr 1/2003 ska tolkas så, att en medlemsstats konkurrensmyndighet får beivra och vidta åtgärder på grund av konkurrensbegränsning mot ett avtal mellan företag också när dessa inte når upp till de tröskelvärden för marknadsandelar som Europeiska kommissionen fastställde i tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse, förutsatt att den nationella myndigheten har tagit vederbörlig hänsyn till detta tillkännagivande och i övrigt visat att ett avtal föreligger som har till syfte eller resultat att märkbart begränsa konkurrensen.

2) Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse ska tolkas så, att de tröskelvärden för marknadsandelar som definieras i detta inte ska beaktas när det gäller att bedöma huruvida konkurrensbegränsningar till följd av avtal mellan företag med ett konkurrensbegränsande syfte är märkbara.