FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

fremsat den 3. juli 2007 [1]

I — Indledning

1. Under hvilke omstændigheder kan ansvaret for en overtrædelse bestående i kartelvirksomhed, der er begået af en virksomhed, der tidligere var aktiv på det relevante marked, pålægges denne virksomheds efterfølger på samme marked? Dette er i det væsentlige spørgsmålet, som det italienske Consiglio di Stato i denne sag har forelagt Domstolen.

2. Baggrunden for denne sag er et kartel, der mellem 1993 og 2001 i Italien på konkurrenceretsstridig måde øvede indflydelse på salgspriserne på cigaretmarkedet, og som blev opdaget af de italienske konkurrencemyndigheder. Oprindeligt deltog den uafhængige statslige monopolforvaltning i dette kartel. Denne forvaltnings økonomiske virksomhed på området for fremstilling og salg af tobaksvarer, herunder deltagelsen i kartellet, blev dog fra marts 1999 overtaget af det nystiftede og senere privatiserede Ente Tabacchi Italiani. Dette selskab skal — i hvert fald efter de italienske konkurrencemyndigheders opfattelse — ud over selskabets egen karteldeltagelse fra marts 1999 også holdes ansvarligt for den statslige monopolforvaltnings forudgående karteldeltagelse og pålægges en bøde.

3. Grænserne for en sådan ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser har i tilfælde af økonomisk succession mærkbar praktisk betydning for den konkrete udformning af afhændelse, omstrukturering eller privatisering af virksomheder. Alt efter, hvilke kriterier konkurrencemyndighederne og domstolene lægger til grund ved ansvarspålæggelse for konkurrenceretsovertrædelser, ændres hæftelsesrisikoen for virksomhedssælgere og -købere.

4. Denne sag er også fra en anden synsvinkel af stor interesse: Den italienske konkurrencemyndigheds beslutning om at pålægge bøder er alene støttet på national konkurrenceret, der imidlertid er tilpasset fællesskabsretten, der skal fortolkes af Domstolen.

1 — Originalsprog: tysk.

Hvorvidt en præjudiciel forelæggelse kan realitetsbehandles under sådanne omstændigheder, er af stor betydning for det fremtidige samarbejde mellem Domstolen og de nationale retter, når det gælder konkurrenceret, navnlig idet national ret og fællesskabsret indgår i et stadig tættere samspil.

II — Retsforskrifter

5. Denne sags *fællesskabsretlige rammer* udgøres af artikel 81 EF ff. og artikel 3, stk. 1, litra g), EF. Med hensyn til *national ret* henvises dels til bestemmelserne i italiensk konkurrenceret, dels til nogle retsforskrifter om forvaltning af det italienske tobaksmonopol.

A — *Italiensk konkurrenceret*

6. I den italienske konkurrenceret er lov nr. 287 af 10. oktober 1990 om beskyttelse af den frie konkurrence og markedet [2] relevant, hvilken lovs afsnit I navnlig indeholder følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

1. Bestemmelserne i denne lov, der er vedtaget i henhold til forfatningens artikel 41 og til beskyttelse og tilsikring af retten til erhvervsmæssige initiativer, finder anvendelse på aftaler, misbrug af en dominerende stilling og virksomhedssammenslutninger, der ikke falder inden for anvendelsesområdet for artikel 65 og/eller 66 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, artikel 85 og/eller 86 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EØF), EØF's forordninger eller fællesskabsakter med tilsvarende retsvirkning.

[...]

4. Fortolkningen af de i dette afsnit indeholdte retsforskrifter skal ske i henhold til principperne i De Europæiske Fællesskabers retsorden på det konkurrenceretlige område.

2 — Legge 10 ottobre 1990, nr. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI nr. 240 af 13.10.1990, s. 3), herefter »lov nr. 287/1990«.

Artikel 2

1. Ved aftaler forstås aftaler og/eller samordnet praksis mellem virksomheder samt vedtagelser inden for konsortier, sammenslutninger af virksomheder og andre lignende organer, selv om disse er vedtaget i henhold til vedtægtsbestemmelser eller administrative bestemmelser.

2. Aftaler mellem virksomheder, som har til formål eller til virkning at hindre, begrænse eller væsentligt fordreje konkurrencen på det nationale marked eller på en betydelig del heraf, er forbudt, herunder sådanne som består i

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre aftalebetingelser

b) hindring eller begrænsning af produktion, afsætning eller adgang til markedet, investeringer, teknisk udvikling eller teknologiske fremskridt

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

d) anvendelse af objektiv set ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved uretmæssigt stilles ringere i konkurrencen

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

3. Aftaler, som er forbudt, er ugyldige i enhver henseende.«

7. I afsnit II i lov nr. 287/90 er det fastsat, at der oprettes en national konkurrencemyndighed, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (herefter »Autorità Garante«), der i henhold til nævnte lovs artikel 15, stk. 1, er tildelt følgende beføjelser:

»I tilfælde af, at [Autorità Garante] konstaterer [...] overtrædelser af artikel 2 eller 3, fastsætter den en frist for de berørte virksomheder og enheder for disse overtrædelsers ophør. Ved alvorlige overtrædelser har

den endvidere mulighed for alt efter overtrædelsens alvor og varighed at træffe bestemmelse om pålæg af administrative økonomiske sanktioner på op til 10% af den omsætning, som virksomheden eller enheden har haft i det seneste regnskabsår forud for fremsættelsen af opfordringen, og fastsætter de frister, inden for hvilke virksomheden skal foretage betaling af sanktionen.«

8. Afsnit VI i lov nr. 287/90 indeholder endvidere en artikel 31, der lyder som følger:

»For de administrative økonomiske sanktioner, der pålægges som følge af tilsidesættelse af denne lov, gælder så vidt muligt bestemmelserne i kapitel I, afsnit I og II, i lov nr. 689 af 24. november 1981.«

B — *Retsforskrifterne vedrørende forvaltningen af det italienske tobaksmonopol*

9. Med kongeligt lovdekret[3] nr. 2258 af 8. december 1927[4] blev der i Italien oprettet en uafhængig forvaltning af statsmonopolet, den såkaldte *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (herefter »AAMS«). AAMS er et statsligt forvaltningsorgan, der endnu i dag henhører under økonomi- og finansministeriet[5]. Organet er såvel forvaltningsteknisk som økonomisk uafhængigt, men udgør dog ikke en selvstændig juridisk person. Til og med februar 1999 var AAMS bl.a. betroet det italienske tobaksmonopol.

10. Ved republikkens præsidents lovdekret[6] nr. 283 af 9. juli 1998[7] etableredes en offentlig økonomisk enhed[8], *Ente Tabacchi Italiani* (herefter »ETI«). I henhold til lov blev alle virksomhedsområder vedrørende fremstillings- og salgsvirksomhed med undtagelse af lotterivirksomhed overdraget fra AAMS til ETI. På de overdragne områder er ETI successor i forhold til AAMS vedrørende alle aktiver og passiver, rettigheder og formuegenstande[9]. ETI påbegyndte sit virke den 1. marts 1999.

11. I begyndelsen henhørte ETI under økonomi- og finansministeriets kontrol, hvilket ministerium opstillede retningslinjer for ETI's virksomhed, udnævnte dets forvalt-

3 — Regio decreto-legge.

4 — Ændret til lov nr. 3474 af 6.12.1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto legislativo.

7 — GURI nr. 190 af 17.8.1998, s. 3 (herefter »anordning nr. 283/1998«).

8 — Ente pubblico economico.

9 — Artikel 3, stk. 1, i anordning nr. 283/1998.

ningsorganer og førte tilsyn med dets beslutninger [10]. Som det imidlertid fra begyndelsen havde været forudsat [11], blev ETI den 23. juni 2000 ændret til et aktieselskab, Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA. I begyndelsen ejede økonomi- og finansministeriet 100% af selskabskapitalen. I år 2003 blev ETI endelig privatiseret og har siden været helt kontrolleret af British American Tobacco plc, der er et engelsk holdingselskab, som tilhører koncernen BAT — British American Tobacco.

12. Siden den 1. marts 1999 har AAMS udelukkende varetaget myndighedsopgaver på området for tobaksvarer [12] og udøver ikke nogen økonomisk virksomhed i denne branche. På området for væddemål og hasardspil, navnlig lotterivirksomhed, fortsatte AAMS — ifølge de for Domstolen foreliggende oplysninger — også efter nævnte dato med at drive virksomhed.

III — Faktiske omstændigheder og hovedsagen

13. Autorità Garante fastslog ved afgørelse nr. 11795 af 13. marts 2003 [13], at der mellem forskellige selskaber i Philip Morris-koncernen [14] på den ene side og først AAMS og senere ETI på den anden side forelå en aftale, som varede fra 1993 til 2001, hvis formål og virkning medførte en betydelig og vedvarende fordrejning af konkurrencen på salgspriser for cigaretter på det italienske marked. Autorità Garante pålagde som følge af overtrædelser af artikel 2, stk. 2, litra a) og b), i lov nr. 287/1990 administrative bøder, der beløb sig til 50 mio. EUR for Philip Morris-koncernen og 20 mio. EUR for ETI. Derudover pålagde Autorità Garante deltagerne i kartellet at bringe overtrædelsen til ophør.

14. Ved afgørelsen holdt Autorità Garante også ETI ansvarlig for AAMS' deltagelse i kartellet i perioden forud for den 1. marts 1999 og begrundede dette med, at AAMS havde indstillet den af selskabet udøvede økonomiske virksomhed på området for fremstilling og salg af tobaksvarer, samt at denne virksomhed var overtaget af ETI.

15. Både Philip Morris og ETI indbragte afgørelsen for Tribunale amministrativo regionale del Lazio — Roma [15] (herefter »TAR«). Mens Philip Morris ikke fik med-

10 — Dette fremgår af forklaringer afgivet af den italienske regering på Domstolens forespørgsel.

11 — Artikel 1, stk. 6, i anordning nr. 283/1998.

12 — Som eksempler nævnes tilsyn med handel med røgvarer og tildeling af koncessioner til salg af tobaksvarer til offentligheden.

13 — Provvedimento 13.3.2003, n. 11795, I 479 »Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi« (*Bollettino settimanale*, årgang XIII, nr. 11/2003, s. 5). Forud for denne afgørelse lå en undersøgelse, der blev indledt i juni 2001.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. og Philip Morris International Management SA. Disse virksomheder benævnes for nemheds skyld i det følgende »Philip Morris«.

15 — Forvaltningsdomstol for regionen Lazio med sæde i Rom.

hold ved første instans, gav TAR ETI medhold, for så vidt som det blev fastslået, at ETI ikke blev holdt ansvarlig for AAMS' karteldeltagelse. Dette førte til delvis annullation af Autorità Garantes afgørelse. Herved lagde TAR princippet om personligt ansvar i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 1 og 7 i lov nr. 689/81, hvortil der henvises i artikel 31 i lov nr. 287/90, til grund og anførte, at det samme princip er gældende i henhold til fællesskabsretten. Kriteriet om objektiv økonomisk kontinuitet finder alene anvendelse i snævert definerede undtagelsestilfælde, der ikke foreligger i denne sag.

16. Efter at både ETI og Philip Morris samt Autorità Garante har appelleret førsteinstansens dom, verserer retstvisten nu for den italienske Consiglio di Stato [16] (herefter også »den forelæggende ret«) i denne rets egenskab af højeste forvaltningsdomstol. Consiglio di Stato har allerede forkastet de af ETI og Philip Morris fremsatte indsigelser vedrørende forekomsten af en kartelovertrædelse og er nu i færd med at foretage prøvelse af det af Autorità Garante rejste spørgsmål om, hvorvidt ansvaret for AAMS' karteldeltagelse kan pålægges til ETI for så vidt angår perioden »før sidstnævntes etablering«.

16 — Den højeste forvaltningsdomstol.

IV — Beslutningen om præjudiciel forelæggelse og sagen ved Domstolen

17. Consiglio di Stato har derfor med afgørelse af 8. november 2005, indgået til Domstolen 27. juni 2006, besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Hvilket kriterium skal i henhold til artikel 81 EF ff. og fællesskabsrettens almene principper anvendes med henblik på identificering af den virksomhed, som skal pålægges en sanktion for overtrædelse af de konkurrenceretlige regler, i det tilfælde, hvor den endelige del af adfærden i forbindelse med en adfærd, der straffes samlet, er iværksat af en virksomhed, som inden for den pågældende økonomiske sektor har efterfulgt den oprindelige virksomhed, når den oprindelige virksomhed ikke længere er aktiv som erhvervsvirksomhed, i hvert fald ikke i den økonomiske sektor, der er påvirket af sanktionen, selv om virksomheden stadig eksisterer?

2) Tilkommer det den administrative myndighed, som er kompetent med hensyn til anvendelse af konkurrencereglerne, som led i identificeringen af det retssubjekt, som skal pålægges en sanktion, frit at vurdere, om der, også når den oprindelige juridiske person forsat eksisterer på tidspunktet for afgørelsen, foreligger sådanne omstændigheder,

som begrunder, at den økonomiske efterfølger tilregnes ansvaret for konkurrenceretlige overtrædelser, som den forudgående juridiske person har begået, for at konkurrencereglernes effektive virkning ikke påvirkes af ændringer, der er foretaget i virksomheders juridiske form?«

18. ETI, Philip Morris, den italienske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har afgivet skriftlige og mundtlige indlæg for Domstolen.

V — Stillingtagen

A — *Formaliteten*

19. Genstanden for tvisten for de italienske domstole er en afgørelse fra den italienske konkurrencemyndighed, Autorità Garante, i en kartelsag. Denne afgørelse er alene støttet på national kartelret, nærmere bestemt lov nr. 287/1990. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at en fortolkning af EF-konkurrenceretten er nødvendig ved bedømmelsen af afgørelsens retmæssighed. Den har herved henvist til artikel 1, stk. 4, i lov nr. 287/1990, hvorefter Fællesskabets konkurrenceret ligger til grund for fortolkningen af bestemmelserne i denne lovs afsnit I og således også har betydning for national ret.

20. Vedrørende ovenstående følger nogle bemærkninger om, hvorvidt de forelagte spørgsmål kan antages til realitetsbehandling, navnligt om, hvorvidt de har betydning for afgørelsen.

1. Indledende bemærkninger

21. Den omstændighed, at fællesskabsretten i denne sag udelukkende er relevant på grund af en henvisning i den nationale lovgivning, taler ikke imod, at de af Consiglio di Stato forelagte spørgsmål skulle have betydning for tvistens afgørelse, og at Domstolen skulle have kompetence til at besvare dem.

22. I henhold til fast retspraksis, der har sin oprindelse i Dzodzi-dommen (herefter »Dzodzi-retspraksis«) [17], er hverken ordly-

17 — Dom af 18.10.1990, forenede sager C-297/88 og C-197/89, Sml. I, s. 3763, præmis 36, jf. endvidere dom af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, præmis 25, domme af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloem, Sml. I, s. 4161, præmis 25, og sag C-130/95, Giloy, Sml. I, s. 4291, præmis 21, dom af 11.1.2001, sag C-1/99, Kofisa Italia, Sml. I, s. 207, præmis 21, af 17.3.2005, sag C-170/03, Feron, Sml. I, s. 2299, præmis 11, af 16.3.2006, sag C-3/04, Poseidon Chartering, Sml. I, s. 2505, præmis 15, og af 14.12.2006, sag C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, Sml. I, s. 11987, præmis 19, ligeledes dom af 7.1.2003, sag C-306/99, BIAO, Sml. I, s. 1, præmis 90.

den af artikel 234 EF eller formålet med proceduren i præjudicielle sager til hinder for at besvare præjudicielle spørgsmål, der angår fællesskabsretlige bestemmelser, som de nationale regler blot henviser til for at regulere en rent intern situation.

23. Tværtimod består der, som Domstolen allerede gentagne gange har fastslået, for Fællesskabets retsorden en åbenbar interesse i, at enhver fællesskabsretlig bestemmelse fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder bestemmelsen skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås [18].

24. Denne interesse i en fortolkning og en anvendelse, der er så ensartet som muligt, af de på fællesskabsplan gældende bestemmelser er særlig udpræget på konkurrenceretten område [19], eftersom national ret på dette område ofte er orienteret mod fællesskabsretten. Dette gjaldt ikke først fra forordning (EF) nr. 1/2003's ikrafttræden [20], hvormed der opstod et særligt tæt samspil mellem national konkurrenceret og fællesskabsret. Allerede tidligere, dvs. da forordning nr. 17 [21] fandt anvendelse, var den nationale konkurrenceret i mange medlemsstater tilpasset selv vedrørende spørgsmål om rent nationale forhold. Sidstnævnte gælder ikke mindst den italienske lov nr. 287/1990, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen.

25. På den baggrund har også samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter på det konkurrenceretlige område en særlig betydning. Det bidrager til den størst mulige grad af retssikkerhed og sammenlignelige konkurrencevilkår for samtlige de økonomiske aktører, hvorpå fællesskabsretten — direkte eller indirekte — finder anvendelse.

26. Alligevel udtrykker Kommissionen tvivl om, hvorvidt den præjudicielle forelæggelse

18 — Dzodzi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 37, og dom af 25.6.1992, sag C-88/91, Federconsorzi, Sml. I, s. 4035, præmis 7, ligeledes de ovenfor i fodnote 17 nævnte domme Leur-Bloem, præmis 32, Giloy, præmis 28, Kofisa Italia, præmis 32, Poseidon Chartering, præmis 16, og Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, præmis 20, samt dom af 11.10.2001, sag C-267/99, Adam, Sml. I, s. 7467, præmis 27, af 15.1.2002, sag C-43/00, Andersen og Jensen, Sml. I, s. 379, præmis 18, af 15.5.2003, sag C-300/01, Salzmann, Sml. I, s. 4899, præmis 34, og af 29.4.2004, sag C-222/01, British American Tobacco, Sml. I, s. 4683, præmis 40. Jf. endvidere Domstolens retspraksis vedrørende dens bemyndigelse til at fortolke bestemmelser i blandede folkeretlige aftaler, navnlig dom af 16.6.1998, sag C-53/96, Hermès, Sml. I, s. 3603, præmis 32.

19 — Jf. i denne henseende mit forslag til afgørelse af 13.7.2006 i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 21 ff.

20 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT L 1, s. 1, herefter »forordning nr. 1/2003). Med denne forordning blev reglerne om gennemførelse af artikel 81 EF og 82 EF moderniseret, og de nationale myndigheders og domstoles deltagelse i den europæiske konkurrenceret blev styrket, jf. i den henseende sjette, syvende og femtende betragtning til forordning nr. 1/2003 samt forordningens artikel 5 og 6.

21 — Rådets forordning (EØF) nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

kan realitetsbehandles. Den er af forskellige årsager af den opfattelse, at den nævnte Dzodzi-retspraks ikke finder anvendelse i denne sag.

27. Efter min opfattelse er ingen af Kommissionens indsigelser overbevisende. Kommissionen fortaber sig i de italienske bestemmelser og glemmer derved, at det i en sag om præjudiciel forelæggelse ikke er Domstolens opgave at fortolke national ret [22]. Den har også undladt at tage i betragtning, at der er en formodning for, at de spørgsmål er relevante, som den nationale ret har stillet på det retlige og faktiske grundlag, som den har fastlagt inden for sit ansvarsområde, og som det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve rigtigheden af [23]. Domstolen er følgelig, når de af den nationale ret forelagte spørgsmål vedrører fortolkning af en fællesskabsretlig bestemmelse, i princippet forpligtet til at træffe afgørelse [24].

28. I det følgende vil jeg behandle Kommissionens indsigelser nærmere.

22 — Fast retspraksis, jf. f.eks. dom af 10.1.2006, sag C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze, Sml. I, s. 289, præmis 63, og af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 — C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 70.

23 — Salzmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 31, samt dom af 1.12.2005, sag C-213/04, Burtscher, Sml. I, s. 10309, præmis 35, og af 7.6.2007, forenede sager C-222/05 — C-225/05, Van der Weerd, Sml. I, s. 4233, præmis 22.

24 — Fast retspraksis, jf. f.eks. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, Dzodzi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 35, dom af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax, Sml. I, s. 11125, præmis 15, og dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 17.

2. Kommissionens formalitetsindsigelser

29. Kommissionen gør i alt fire indsigelser gældende mod Consiglio di Statos præjudicielle forelæggelse. For det første er Kommissionen af den opfattelse, at de italienske bestemmelser, der finder anvendelse, ikke indeholder nogen henvisning til fællesskabsretten overhovedet. Kommissionen gør for det andet gældende, at en eventuel henvisning i hvert fald ikke er ubetinget og bindende. For det tredje foreligger der ingen interesse i en fortolkning af fællesskabsretten. For det fjerde gør Kommissionen gældende, at der ikke foreligger fællesskabsretlige bestemmelser.

a) Første indsigelse: manglende henvisning til fællesskabsretten

30. Med den første indsigelse bestrider Kommissionen, at den italienske lovgivning overhovedet indeholder henvisning til fællesskabsretten for sager som den foreliggende. Det er alene afsnit I i lov nr. 287/1990, der skal fortolkes i overensstemmelse med fællesskabsretten. I den foreliggende sag er det imidlertid ikke de materielle bestemmelser i

afsnit I i lov nr. 287/1990, der finder anvendelse, men derimod sanktionsreglerne i afsnit II og afsnit VI, eftersom sagen alene vedrører »pålæg af sanktion« til en konkret fysisk eller juridisk person. I den henseende er italiensk ret ikke tilpasset fællesskabsretten. Af den grund er det alene national ret, der har betydning for tvisten.

31. Jeg finder ikke denne argumentation overbevisende. Det forekommer nemlig, modsat hvad Kommissionen synes at lægge til grund, ikke givet, at ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser i successionstilfælde udelukkende hører under området for *sanktionsregler* og dermed er helt frigjort fra bedømmelse i henhold til *de materielle konkurrenceregler* samt virksomhedsbegrebet. Domstolen foretager ikke udelukkende kontrol af ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser i forbindelse med de anvendelige bødebestemmelser (artikel 15 i forordning nr. 17, nu artikel 23 i forordning nr. 1/2003), men også i forbindelse med de materielle bestemmelser i artikel 81 EF [25], hvorved ikke mindst kriteriet om en virksomheds økonomiske kontinuitet eller identitet kan spille en væsentlig rolle [26].

32. Såfremt Consiglio di Stato inden for rammerne af den nationale italienske konkurrenceret agter at følge en tilsvarende vej, kan Domstolen ikke anse dette for at være åbenbart urimeligt, da den ikke vil handle i strid med sin egen retspraksis.

33. Domstolen ville ganske vist kunne afvise Consiglio di Statos præjudicielle forelæggelse, hvis det var *åbenbart*, at den anmodede fortolkning af fællesskabsretten ikke havde nogen forbindelse med de faktiske omstændigheder eller genstanden for tvisten i hovedsagen [27]. Såfremt det altså var fastslået, at italiensk ret vedrørende sager som den i hovedsagen foreliggende ikke er tilpasset fællesskabsretten, måtte de Domstolen forelagte spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten afvises på grund af manglende relevans for sagens afgørelse [28].

34. Således forholder det sig imidlertid ikke i denne sag. Consiglio di Stato har i forelæggelsesafgørelsen lagt til grund, at afsnit I i lov nr. 287/1990 med dets henvisning til fællesskabsretten er af betydning for tvisten i

25 — Forbindelsen mellem artikel 81 EF (tidligere EØF-traktatens artikel 85) og spørgsmålet om ansvarspålæggelse i dom af 28.3.1984, forenede sager 29/83 og 30/83, CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, Sml. s. 1679, præmis 9, og af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 59.

26 — Dommen i sagen CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 9, og dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 145.

27 — Fast retspraksis, jf. f.eks. Bosman-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 59 og 61, dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 24, Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 17, og dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 17.

28 — I samme retning også de ovenfor i fodnote 17 nævnte afgørelser: Dzodzi-dommen, præmis 40, Gmurzynska-Bscher-dommen, præmis 23, Leur-Bloem-dommen, præmis 26, Giloy-dommen, præmis 22, og Kofisa Italia-dommen, præmis 22.

hovedsagen [29]. Denne fastlæggelse af de nationale retlige rammer er bindende for Domstolen inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse.

35. Som tidligere anført tilkommer det inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse ikke Domstolen at udtale sig om fortolkningen af nationale bestemmelser eller at vurdere, om den fortolkning heraf, som den forelæggende ret har foretaget, er korrekt [30]. Navnlig i en sag som den foreliggende tilkommer det udelukkende den nationale ret at bedømme den præcise rækkevidde af en henvisning i national ret til fællesskabsretten, idet Domstolen ikke ved sit svar til den nationale ret kan inddrage de generelle hensyn, der ligger til grund for de nationale bestemmelser, hvis indhold samtidig med at henvise til fællesskabsretten er afgørende for omfanget af de retsvirkninger, som følger heraf [31].

36. Kommissionens første indsigelse er således ubegrundet.

b) Anden indsigelse: ingen ubetinget og bindende henvisning til fællesskabsretten

37. Kommissionen gør med sin anden indsigelse gældende, at selv om henvisningen til fællesskabsretten i artikel 1, stk. 4, i lov nr. 287/1990 skulle finde anvendelse, er den ikke umiddelbar og ubetinget, ligesom Domstolens fortolkning af fællesskabsretten ikke her er bindende for de nationale retter. Som i Kleinwort Benson-sagen [32] skal den præjudicielle forelæggelse i denne sag afvises.

38. Disse argumenter er heller ikke overbevisende.

39. Også ifølge Kleinwort Benson-dommen er det nemlig afgørende, om den nationale lovgiver sondrer mellem rent interne situationer og situationer, der reguleres af fællesskabsretten, eller om begge situationer tilsigtes behandlet lige, og om lovgiver dermed for begges vedkommende tilpasser sig fællesskabsretten [33]. Det er i denne forbindelse

29 — Under den mundtlige forhandling for Domstolen har Philip Morris i denne henseende henvist til dom nr. 1189 afsagt af Consiglio di Stato den 2.3.2001 (navnlig afsnit 4.4. ff.), hvorefter den forelæggende ret selv med henblik på sanktionsbestemmelserne tilpasser sig fællesskabsretten og Domstolens retspraksis.

30 — Dom af 3.10.2000, sag C-58/98, Corsten, Sml. I, s. 7919, præmis 24, af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 42, og af 12.1.2006, sag C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg, Sml. I, s. 589, præmis 21.

31 — Dzodzi-dommen, præmis 41 og 42, og Leur-Bloem-dommen, præmis 33, begge nævnt ovenfor i fodnote 17.

32 — Dom af 28.3.1995, sag C-346/93, Kleinwort Benson, Sml. I, s. 615.

33 — Jf. i den retning det, der i senere domme er anført om Kleinwort Benson-dommen, navnlig Leur-Bloem-dommen, sidst i præmis 29 og i præmis 31, Giloy-dommen, sidst i præmis 25 og i præmis 27, og dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, sidst i præmis 21 og i præmis 22, alle nævnt ovenfor i fodnote 17. Samme overvejelser ligger til grund for dommen i sagen Poseidon Chartering, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 17.

uden betydning, om den nationale ret udtrykkeligt eller blot forudsætningsvis foretager henvisning til fællesskabsretten, da det afgørende snarere er den *indholdsmæssige tilpasning* til fællesskabsretten [34].

40. Den italienske lovgiver har, så vidt det fremgår, ikke foretaget nogen sondring mellem rent indenlandske situationer og forhold, der reguleres af fællesskabsretten. I begge tilfælde finder henvisningen til fællesskabsretten i artikel 1, stk. 4, i lov nr. 287/1990 anvendelse. Allerede dette taler for, at de fortolkningsspørgsmål, der er blevet forelagt af Consiglio di Stato, bør antages til realitetsbehandling i den forstand, der fremgår af den nævnte Dzodzi-retspraksis samt af Kleinwort Benson-dommen.

41. I modsætning til, hvad der er Kommissionens opfattelse, kan den foreliggende sag ikke på nogen måde sammenlignes med tilfældet i Kleinwort Benson-sagen.

42. For det første begrænsede den nationale lovgiver i Kleinwort Benson-sagen sig til kun delvis at anvende europæisk ret som forbillede (sagen vedrørte Bruxelles-konventionen) og gengav kun delvis dennes begreber. Den nationale ret var inspireret af europæisk ret, men indeholdt ikke nogen umiddelbar og ubetinget henvisning hertil, idet den dog indeholdt hjemmel til udtrykkelige undtagelser herfra samt til ændringer, der »kan medføre [...] afvigelser herfra« [35].

43. Dette er imidlertid ikke tilfældet for så vidt angår artikel 1, stk. 4, i lov nr. 287/1990. Denne retsakt indeholder en udtrykkelig henvisning til »principperne i De Europæiske Fællesskabers retsorden på det konkurrenceretlige område«. Det fremgår hverken af denne retsakts ordlyd, af forelæggelsesafgørelsen eller af sagens akter, at denne henvisning skulle være underlagt nogen betingelse.

44. For det andet var de nationale retter i henhold til de i Kleinwort Benson-sagen anvendelige nationale bestemmelser i rent interne situationer kun forpligtede til at »være opmærksomme på« Domstolens retspraksis uden at være bundne heraf [36].

34 — Særlig tydelig er i denne henseende BIAO-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 92 og 93.

35 — Kleinwort Benson-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 9 og 10 samt 16-18. Disse aspekter af Kleinwort Benson-dommen er også senere blevet fremhævet af Domstolen, f.eks. i de ovenfor i fodnote 17 nævnte domme i sagerne Leur-Bloem, præmis 29, Giloy, præmis 25, Kofisa Italia, præmis 30, BIAO, præmis 93, og Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, præmis 21.

36 — Kleinwort Benson-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 10 og 20-23. Dette aspekt af Kleinwort Benson-dommen er også senere blevet fremhævet af Domstolen, f.eks. i de ovenfor i fodnote 17 nævnte domme i sagerne Leur-Bloem, præmis 29, og Giloy, præmis 25.

45. I modsætning til, hvad der er Kommissionens opfattelse, kan der i denne sag heller ikke være tale om, at der ikke skulle foreligge en sådan binding af de nationale retter: Fortolkningen af de i afsnit I i lov nr. 287/1990 indeholdte bestemmelser »skal ske i henhold til principperne i De Europæiske Fællesskabers retsorden på det konkurrenceretlige område« (artikel 1, stk. 4, i lov nr. 287/1990). Det fremgår hverken af denne retsakts ordlyd, af forelæggelsesafgørelsen eller af sagens akter, at Domstolens retspraksis ikke er bindende inden for rammerne af denne fortolkning [37].

46. Kommissionen har ikke selv anført noget til støtte for sin påstand om, at fællesskabsretten for dem, der anvender denne i Italien, alene udgør et blandt flere elementer ved fortolkningen af de relevante nationale bestemmelser, men ikke det afgørende, og de italienske domstole er i henhold til loven ikke forpligtede til at overføre Domstolens retspraksis på den nationale ret. Alle de øvrige procesdeltagere har understreget, at de italienske domstole er bundet af Domstolens retspraksis i en sag som den foreliggende.

47. Endelig bør det afgørende imidlertid være, om besvarelsen af de forelagte spørgsmål kan være *brugbar* for den forelæggende ret eller ej. Præjudiciel forelæggelse er nemlig i henhold til artikel 234 EF et middel til et samarbejde mellem retterne, som giver Domstolen mulighed for at forsyne de nationale retter med de elementer vedrørende fortolkningen af fællesskabsretten, som kan være brugbare ved vurderingen af virkningen af en national bestemmelse, der er omtvistet i den for dem verserende tvist [38]. Den forelæggende ret har en vis skønsbeføjelse vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt besvarelsen er brugbar [39].

48. Henset til det ovenstående er heller ikke Kommissionens anden indsigelse holdbar.

c) Tredje indsigelse: manglende interesse i fortolkning af fællesskabsretten

49. Kommissionen gør med sin tredje indsigelse gældende, at der til forskel fra, hvad der var tilfældet i Bronner- [40] og Asnef-Equifax-sagerne [41] — ikke foreligger nogen interesse i en fortolkning af fællesskabsretten, eftersom denne fra starten ikke kunne finde anvendelse side om side med national ret.

37 — Domstolen har under lignende omstændigheder fastslået, at der ikke findes nogen paralleller til Kleinwort Benson-dommen, f.eks. i de ovenfor i fodnote 17 nævnte domme i sagerne Kofisa Italia, præmis 31, og Poseidon Chartering, præmis 18.

38 — Salzmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 28, og dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 77.

39 — Jf. i denne henseende den faste retspraksis om præjudicielle spørgsmåls antagelse til realitetsbehandling, jf. f.eks. Bosman-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 59, EVN og Wienstrom-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 74, Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 15, og dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 16.

40 — Dom af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791.

41 — Nævnt ovenfor i fodnote 24.

50. Heller ikke dette argument er overbevisende. Kommissionen har undladt at tage i betragtning, at den nævnte Dzodzi-retspraksis ikke begrænser sig til at omfatte sådanne tilfælde, hvor fællesskabsret og national ret i påkommende tilfælde kan anvendes side om side.

51. Først og fremmest er konkurrenceretten karakteriseret ved, at de samme faktiske omstændigheder på én gang kan være omfattet af fællesskabsretten og af nationale regler [42]. Dette er altid tilfældet, når anvendelsesområderne for den nationale og Fællesskabets kartellovgivning overlapper hinanden, dvs. når aftaler mellem virksomheder ikke kun er omfattet af nationale konkurrenceregler, men også af artikel 81 EF, især fordi aftalerne kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne i denne bestemmelses forstand. Allerede før forordning nr. 1/2003's ikrafttræden var det i sådanne tilfælde særligt åbenbart, at der eksisterede en interesse i en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten [43].

52. Deraf følger dog ikke på nogen måde, at der udelukkende foreligger en interesse i besvarelse af præjudicielle spørgsmål i de situationer, hvor nationale og fællesskabsretlige bestemmelser er anvendelige side om side i den nævnte Dzodzi-retspraksis' forstand. Tværtimod har denne retspraksis hidtil overvejende været gældende for situationer, der slet ikke var omfattet af fællesskabsrettens anvendelsesområde som sådan, og for hvilke anvendelse af fællesskabsret og national ret side om side således slet ikke var til diskussion [44].

53. Heller ikke inden for konkurrencerettens område begrænser interessen i en ensartet fortolkning og anvendelse af fællesskabsretten sig til de tilfælde, hvor fællesskabsretten og national ret finder anvendelse side om side, fordi de er omfattet af begge retssystemers anvendelsesområde. Lovgivningen i mange medlemsstater er også udformet efter de tilsvarende bestemmelser i fællesskabsretten, *selv med hensyn til rent interne forhold*, der udelukkende falder inden for den nationale konkurrencerets anvendelsesområde, således at fællesskabsretten *indirekte kommer til anvendelse*. Denne tendens har ikke først kunnet iagttages efter den — i denne sag ikke anvendelige — forordning nr. 1/2003's ikrafttræden. Af de i denne sag relevante bestemmelser i den italienske

42 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Walt Wilhelm, Sml. 1969, s. 1, org.ref.: Rec. s. 1, præmis 3, i samme retning dom af 10.7.1980, forenede sager 253/78 og 1/79-3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, præmis 15, og af 16.7.1992, sag C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., Sml. I, s. 4785, præmis 11, samt Bronner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 19, og Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 20.

43 — Siden forordning nr. 1/2003's ikrafttræden er det endog udtrykkeligt forbudt for de nationale konkurrencemyndigheder og domstole at anvende deres nationale konkurrenceret isoleret, når sagen også falder inden for anvendelsesområdet for artikel 81 EF. I henhold til forordning nr. 1/2003 skal man i sådanne tilfælde tværtimod ved siden af den nationale konkurrenceret også anvende artikel 81 EF (forordningens artikel 3, stk. 1), og herved skal de på fællesskabsrettens overordnede niveau fastlagte normer respekteres (forordningens artikel 3, stk. 2, første punktum).

44 — Dette fremgår med særlig tydelighed af f.eks. de ovenfor i fodnote 17 nævnte domme i sagerne Leur-Bloem, præmis 27, Giloy, præmis 23, BIAO, præmis 90, Feron, præmis 10, og Poseidon Chartering, præmis 17, samt endvidere i dommen i sagen Andersen og Jensen, nævnt ovenfor i fodnote 18, præmis 16 og 19.

konkurrencelovgivning, der allerede blev vedtaget i 1990, fremgår det tydeligt, at der allerede meget tidligere blev foretaget en indholdsmæssig tilpasning til fællesskabsretten.

54. Uanset om EF-konkurrenceretten finder anvendelse *side om side* med national kartelret eller alene har *indirekte* betydning som følge af en henvisning i national kartelret for så vidt angår rent interne situationer, skal den fortolkes og anvendes på ensartet måde med henblik på at sikre størst mulig grad af retssikkerhed og ensartede konkurrencevilkår for alle de økonomiske aktører, hvorpå fællesskabsretten — direkte eller indirekte — finder anvendelse. Tilsikringen heraf er i sager med konkurrenceretlig tilknytning et af hovedformålene med præjudiciel forelæggelse i henhold til artikel 234 EF.

55. Følgelig har Domstolen også i konkurrenceretlige sager fastslået, at præjudicielle forelæggelser kan antages til realitetsbehandling, ikke blot når anvendelse side om side af EF-konkurrenceret og national kartelret forekommer mulig [45], men også når udelukkende national ret finder anvendelse, og EF-konkurrenceretten alene har indirekte betydning gennem en henvisning hertil i national ret [46].

56. Heller ikke Kommissionens tredje indsigelse er således velbegrundet.

d) Fjerde indsigelse: manglende fællesskabsretlige bestemmelser

57. Kommissionens fjerde og sidste indsigelse er støttet på artikel 5 i forordning nr. 1/2003, nærmere bestemt på bestemmelsens fjerde led. Det følger af denne bestemmelse, at de nationale konkurrencemyndigheder i kartelsager kan pålægge sanktioner, *der er fastsat i deres nationale ret*, herunder også når de anvender fællesskabsret (artikel 81 EF). Heraf drager Kommissionen den konklusion, at fællesskabsretten i en sag som den foreliggende, der udelukkende drejer sig om »pålæggelse af sanktionen«, ikke indeholder nogen bestemmelser. Derfor er der heller ikke nogen interesse i fortolkningen heraf.

45 — Bronner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 40, præmis 18-20, og Asnef-Equifax-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 24, præmis 19-21.

46 — Dommen i sagen Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 19-22.

58. Dette synspunkt er ikke overbevisende. Som allerede anført [47] er det ikke givet, at ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser i tilfælde af succession udelukkende falder inden for området for *sanktionsbestemmelser* og kan bedømmes helt løsrevet fra de *materielle konkurrenceregler.*

59. Spørgsmålet er her ikke i første række, om strafferetlige eller forvaltningsretlige sanktioner kan bringes i anvendelse, og om sådanne sanktioner i givet fald kan pålægges fysiske personer, såsom forretningsførerne for virksomheder, der deltager i kartelvirksomhed. Det drejer sig snarere om, hvorvidt en virksomhed overhovedet kan hæfte for en kartelovertrædelse, som i en bestemt periode er blevet begået af en anden virksomhed. I modsætning til, hvad Kommissionen hævder, lader dette problem sig ikke begrænse til blot at vedrøre »pålæggelse af sanktionen«, men drejer sig snarere om *pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelsen* i dens helhed. Domstolen foretager således ikke bedømmelsen af dette spørgsmål alene i forbindelse med sanktionsbestemmelser, men også i forhold til de *materielle bestemmelser* i artikel 81 EF [48].

60. Artikel 5, fjerde led, i forordning nr. 1/2003 indeholder imidlertid alene oplysning om de *sanktionsbestemmelser,* som en national myndighed kan bringe i anvendelse ved behandlingen af en kartelsag. Følgelig kan der på grundlag af denne bestemmelse ikke drages nogen entydige konklusioner vedrørende besvarelsen af det her relevante spørgsmål om *pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser* i tilfælde af succession.

61. Kommissionens fjerde indsigelse skal således ligeledes forkastes.

3. Afsluttende bemærkninger vedrørende formaliteten

62. Det skal blot for fuldstændighedens skyld bemærkes, at der heller ikke af Ynos-dommen [49] fremgår noget, der er til hinder for, at den nævnte Dzodzi-retspraksis finder anvendelse i denne sag.

63. I Ynos-sagen har Domstolen ikke fraveget den nævnte Dzodzi-retspraksis. Domstolen fastslog i nævnte sag, at den ikke havde beføjelse til at besvare en præjudiciel forelæggelse, eftersom de faktiske omstændigheder i nævnte sag lå forud for den omhandlede medlemsstats tiltrædelse af Den Europæiske Union, dvs. *uden for fællesskabs-*

47 — Jf. i denne henseende bemærkningerne vedrørende Kommissionens første indsigelse, navnlig punkt 31 i dette forslag til afgørelse.

48 — Jf. atter punkt 31 i dette forslag til afgørelse samt de ovenfor i fodnote 25 nævnte domme i sagerne CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, præmis 9, og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 59.

49 — Dom af 10.1.2006, sag C-302/04, Ynos, Sml. I, s. 371.

rettens tidsmæssige anvendelsesområde [50]. Det er nemlig Domstolens opfattelse, at den først har bemyndigelse til at fortolke fællesskabsretten vedrørende dens anvendelse i en ny medlemsstat fra og med tiltrædelsestidspunktet [51].

4. Delkonklusion

64. På grundlag af ovenstående overvejelser er det min konklusion, at den præjudicielle forelæggelse bør antages til realitetsbehandling.

B — *Materiel bedømmelse af de forelagte spørgsmål*

65. Med begge sine spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige afklaret, under hvilke omstændigheder fællesskabsretten tillader, at ansvaret for en kartelovertrædelse pålægges karteldeltagerens successor [52] (første spørgsmål), og om konkurrencemyndighederne i givet fald råder over en skønsbeføjelse inden for rammerne af en sådan ansvarspålæggelse (andet spørgsmål).

66. I hovedsagen afhænger dette af, om Autorità Garante med rette pålagde ETI ansvaret for AAMS' karteldeltagelse, eller om myndigheden i stedet skulle have holdt AAMS og ETI ansvarlige hver for sig og kun for den periode, hvor de hver især havde deltaget i kartellet. Mens den italienske regering har anført, at ETI bør pålægges ansvaret, indtager såvel ETI selv som Philip Morris og Kommissionen det modsatte standpunkt.

1. Kriterier for pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelse (første spørgsmål)

67. Consiglio di Statos første spørgsmål vedrører kriterierne for pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser i tilfælde af virksomhedssuccession.

68. Det grundlæggende problem ved pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser ligger deri, at adressaterne for konkurrencereglerne og adressaterne for konkurrencemyndighedernes afgørelser ikke nødvendigvis er de samme.

50 — Ynos-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 37.

51 — Ynos-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 49, præmis 36.

52 — Det tilgrænsende problem vedrørende ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser inden for en koncern, f.eks. mellem datter- og moderselskab, er ikke genstand for denne sag og vil derfor ikke i det følgende blive undergivet detaljeret behandling. Denne sag vedrører heller ikke spørgsmålet om og under hvilke omstændigheder den økonomiske successor hæfter for gæld, der hidrører fra bøder, som blev pålagt dennes forgænger.

69. Mens konkurrencereglerne retter sig mod *virksomheder* og finder direkte anvendelse på disse uafhængigt at deres organisationsmåde og retlige form, kan konkurrencemyndighedernes afgørelser om sanktioner for overtrædelser af konkurrencereglerne kun være rettet mod *personer,* ikke mindst fordi sådanne beslutninger i givet fald skal fuldbyrdes [53]. Derfor opstår i enhver sag, hvor en konkurrencemyndighed pålægger sanktion for en kartelovertrædelse, spørgsmålet om, hvilken konkret person der skal pålægges ansvaret for denne overtrædelse [54].

a) Personligt ansvar og økonomisk kontinuitet

70. Ved valget af kriterier for ansvarspålæggelse skal både de pålagte foranstaltningers karakter af sanktion samt hensigten og formålet hermed tages i betragtning: Foranstaltningerne tjener til den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne med henblik på at sikre, at konkurrencen ikke fordrejes [artikel 3, stk. 1, litra g), EF], og skal således afskrække erhvervsdrivende fra at begå kartelovertrædelser [55].

— Princippet om personligt ansvar

71. Det følger af den karakter af sanktion, som kendetegner de foranstaltninger, der kan pålægges af konkurrencemyndighederne for kartelovertrædelse — navnlig bøder — at det i hvert fald drejer sig om et område, der er nært beslægtet med strafferetten. Afgørende for pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser er derfor *princippet om personligt ansvar* [56], der atter er grundfæstet i retsstatsprincippet og princippet om skyld [57]. Personligt ansvar indebærer, at ansvar for kartelovertrædelser i princippet skal pålægges de fysiske eller juridiske personer, der driver den

53 — I henhold til artikel 256, stk. 1, EF kan Kommissionens beslutninger, der indebærer en forpligtelse til at betale en pengeydelse, tvangsfuldbyrdes. Mens den tyske udgave af traktaten ikke indeholder nogen klar henvisning, følger det af en række andre udgaver, at det må dreje sig om fuldbyrdelse af beslutninger, der er rettet til fysiske eller juridiske personer, jf. f.eks. den franske (»personnes«), den italienske (»persone«), den engelske (»persons«), den portugisiske (»pessoas«) og den spanske (»personas«) samt — særligt tydeligt — den nederlandske udgave (»natuurlijke of rechtspersonen«).

54 — Særlig tydelig er i denne henseende Rettens dom af 17.12.1991, sag T-6/89, Enichem Anic mod Kommissionen, Sml. II, s. 1623, præmis 236, og i samme retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 60.

55 — Jf. dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, org.ref.: Rec. s. 661, præmis 173, hvorefter formålet med sanktioner for kartelovertrædelser er »såvel at straffe ulovlig adfærd som at forhindre gentagelse heraf«, jf. også dom af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 22. Om forebyggelse af fremtidige overtrædelser gennem afskrækkelse, jf. endvidere domme af 29.6.2006, sag C-289/04 P, Showa Denko mod Kommissionen, Sml. I, s. 5859, præmis 61, og sag C-308/04 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 5977, præmis 37.

56 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145. Også i medlemsstaternes nationale retsordener er princippet om personligt ansvar i regelen udgangspunktet for ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser.

57 — Jf. herom endvidere generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse af 11.2.2003 i sag C-204/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, navnlig punkt 63-65. Princippet om skyld kommer f.eks. også til udtryk i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, hvorefter der pålægges bøde for handlinger, der begås *forsætligt* eller *uagtsomt.*

virksomhed, der deltager i kartellet [58], idet denne virksomheds retssubjekt med andre ord holdes ansvarlig.

72. Det personlige ansvar bidrager i almindelighed samtidig til at sikre en effektiv gennemførelse af konkurrencereglerne, eftersom den, som driver en virksomhed, også har en afgørende indflydelse på virksomhedens adfærd på markedet, hvilken adfærd denne under iagttagelse af de pålagte sanktioner må ændre, således at virksomheden herefter optræder på konkurrencevilkår. Sanktionen har samtidig en generalpræventiv virkning, idet den afskrækker andre økonomiske aktører fra at deltage i kartelovertrædelser.

73. Som følge af omstruktureringer, virksomhedsoverdragelser og andre ændringer kan det naturligvis forekomme, at den person, som på tidspunktet for påtalen af kartelovertrædelsen driver den virksomhed, der deltager kartellet, ikke længere er identisk med den person, der drev virksomheden på tidspunktet, hvor overtrædelsens blev begået. I det tilfælde følger det af princippet om personligt ansvar, at ansvaret for kartelovertrædelsen principielt skal pålægges den fysiske eller juridiske person, som drev virksomheden på tidspunktet for overtrædelsen (*oprindelig driftsansvarlig*), også når det på tidspunktet for konkurrencemyndighedernes afgørelse er en anden person, der er ansvarlig for driften (ny driftsansvarlig) [59], idet den nye driftsansvarlige dog, såfremt denne har fortsat kartelovertrædelsen, skal holdes ansvarlig herfor fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev overtaget [60].

— Farerne ved en overdrevent formalistisk behandling af princippet om personligt ansvar

74. Hvis virksomhedens oprindeligt driftsansvarlige ikke længere eksisterer eller ikke længere udøver nogen nævneværdig økonomisk virksomhed, risikerer sanktionerne for kartelovertrædelsen at løbe ud i sandet. En alt for formalistisk behandling af princippet om personligt ansvar kan altså føre til, at hensigten og formålet med sanktioner for kartelovertrædelser, nemlig den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne, forhindres [61]. I øvrigt ville virksomheders drifts-

58 — I denne retning domme af 16.11.2000, sag C-248/98 P, KNP BT mod Kommissionen, Sml. I, s. 9641, præmis 71, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 78, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 37, og sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 27, jf. i øvrigt Rettens dom af 14.5.1998, sag T-327/94, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. II, s. 1373, præmis 63.

59 — Jf. herom atter den i fodnote 58 nævnte retspraksis, i samme retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145.

60 — Jf. navnlig dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 58, præmis 77-80.

61 — At Domstolen yder denne omstændighed særlig opmærksomhed kommer f.eks. til udtryk i dommene i sagerne CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, nævnt i fodnote 25, præmis 9, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 146, sidste punktum, og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 59, jf. endvidere Rettens dom af 11.3.1999, sag T-134/94, NMH Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 239, præmis 127, og af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, præmis 106 og 107.

ansvarlige hermed kunne tilskyndes til gennem bestemte organisatoriske ændringer at unddrage sig deres kartelretlige ansvar.

77. Derudover skal der foreligge visse særlige omstændigheder, der kan begrunde en fravigelse af princippet om personligt ansvar. I denne henseende er der i retspraksis i det væsentlige udviklet to typetilfælde.

— Kriteriet om økonomisk kontinuitet

75. Med henblik på effektiv gennemførelse af konkurrencereglerne kan det derfor være nødvendigt *undtagelsesvis* ikke at pålægge den oprindeligt driftsansvarlige ansvaret for kartelovertrædelsen, men derimod den nye driftsansvarlige for den virksomhed, der har deltaget i kartellet.

78. For det første finder kriteriet om økonomisk kontinuitet anvendelse ved ændringer, der alene vedrører den driftsansvarlige for den virksomhed, der har deltaget i kartellet, og fører til, at denne i retlig forstand ikke længere eksisterer [65]. Ved at tage økonomisk kontinuitet i betragtning sikres det, at juridiske personer ikke blot gennem blotte ændringer i deres retlige form eller navn kan unddrage sig deres kartelretlige ansvar [66]. Det samme må f.eks. gælde for en fusion, hvor den oprindeligt driftsansvarlige for den virksomhed, der har deltaget i kartellet, opgiver sin status som juridisk person til fordel for en anden juridisk person, som bliver førstnævntes successor.

76. En sådan ansvarspålæggelse vedrørende den nye driftsansvarlige kommer dog kun i betragtning, når denne set fra en økonomisk synsvinkel kan betragtes som den oprindeligt driftsansvarliges successor [62], dvs. når den nye driftsansvarlige viderefører den virksomhed, der har deltaget i kartellet [63] (*kriteriet om økonomisk kontinuitet* [64]).

79. For det andet anvendes kriteriet om økonomisk kontinuitet i retspraksis også på omstruktureringer inden for en koncern, hvorved den oprindeligt driftsansvarlige ikke nødvendigvis ophører med at eksistere i retlig forstand, men ikke længere udøver nogen nævneværdig økonomisk virksomhed,

62 — I denne retning dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 84.

63 — I denne retning de ovenfor i fodnote 25 nævnte domme i sagerne CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, præmis 9, og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 59.

64 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 359.

65 — Dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145.

66 — I denne retning de ovenfor i fodnote 25 nævnte domme i sagerne CRAM og Rheinzink mod Kommissionen, præmis 9, og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, præmis 59.

herunder heller ikke på et andet marked end det, der berøres af kartellet [67]. Såfremt der nemlig findes en strukturel forbindelse medlem den oprindelige og den nye driftsansvarlige for den virksomhed, der har deltaget i kartellet [68], kan de berørte personer undgå deres kartelretlige ansvar ved hjælp af de retlige muligheder for udformning, som står til deres rådighed, uanset om dette sker bevidst eller ubevidst. Virksomhedens oprindeligt driftsansvarlige kan f.eks. som følge af en omstrukturering inden for koncernen blive forvandlet til »en tom skal uden kerne«. En kartelretlig sanktion, der var blevet pålagt denne, ville i så fald løbe ud i sandet [69].

der drages til ansvar [70], og på den anden side, at sanktionen som sådan ikke er virkningsløs. Det er nemlig kun den økonomisk aktive nye driftsansvarlige, som kan bevirke, at virksomheden herefter optræder på konkurrencevilkår. Sanktionen ville ikke have en tilsvarende virkning, hvis den blev rettet mod den oprindeligt driftsansvarlige for virksomheden, der ikke længere er aktiv. Også den generalpræventive afskrækkende virkning over for andre virksomhedsdeltagere ville være mindre betydende.

— Grænserne for anvendelse af kriteriet om økonomisk kontinuitet

80. Kun ved at pålægge virksomhedens nye driftsansvarlige ansvaret for kartelovertrædelsen kan det i de nævnte typetilfælde sikres, at det på den ene side er den person, som drager fordel af eventuelle gevinster og værdistigninger ved deltagelsen i kartellet,

81. Princippet om personligt ansvar må ikke under påberåbelse af økonomisk kontinuitet udhules og dermed i praksis vendes til det modsatte. Kriteriet om økonomisk kontinuitet skal nemlig ikke erstatte princippet om personligt ansvar, men skal snarere supplere dette, for så vidt som det er nødvendigt for at påtale kartelovertrædelser på en både rimelig og effektiv måde og dermed bidrage til den effektive gennemførelse af konkurrencereg-

67 — I denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 359, hvor det betonedes, at kriteriet om økonomisk kontinuitet ikke fandt anvendelse i tilfælde af »to eksisterende og aktive virksomheder, hvoraf den ene blot havde afstået en vis del af sine aktiviteter til den anden«. Jf. tilsvarende dommen i sagen NMH Stahlwerke mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 61, præmis 127-137.

68 — Om betydningen af den »strukturelle forbindelse«, jf. dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 359, sammenholdt med præmis 344. I det tilfælde lagde Domstolen til grund, at den omstændighed, at den oprindeligt driftsansvarlige for den virksomhed, der havde deltaget i kartellet, havde en ejerandel på 50% af den nye driftsansvarlige, var tilstrækkeligt til, at der forelå en »strukturel forbindelse« mellem dem.

69 — Derved skal det navnlig holdes for øje, at virksomhedernes omsætning spiller en afgørende rolle ved fastsættelsen af bøder (jf. f.eks. artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003). Såfremt en virksomhed ikke længere opnår nogen nævneværdig omsætning, kan den heller ikke pålægges effektive bøder.

70 — Det er i retspraksis fastslået, at den fortjeneste, som virksomhederne har kunnet opnå som følge af deres konkurrenceretsstridige adfærd, hører til de faktorer, der indgår i vurderingen af overtrædelsens grovhed, og at formålet med at tage denne faktor i betragtning er at sikre bødens præventive virkning (jf. dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 260 og 292).

lerne. Heraf følger, at anvendelsen af kriteriet om økonomisk kontinuitet skal bevare sin karakter af undtagelse.

82. Dette udelukker ikke, at de to nævnte typetilfælde kan suppleres af andre sådanne [71]. Der er imidlertid opstillet særligt snævre grænser for anvendelsen af kriteriet om økonomisk kontinuitet, når den virksomhed, der har deltaget i kartellet, overdrages til en uafhængig tredjemand, og der ikke består nogen strukturel forbindelse mellem den oprindelige og den nye driftsansvarlige. I den situation bør anvendelse af kriteriet om økonomisk kontinuitet og dermed også pålæggelse af ansvaret for kartelovertrædelsen på den nye driftsansvarlige kun tillades, når denne er blevet overdraget virksomheden i *misbrugsøjemed*, dvs. med henblik på unddragelse af den kartelretlige sanktion [72].

83. Foreligger der imidlertid ikke et sådant misbrugselement, og har den uafhængige tredjemand anskaffet virksomheden på markedsvilkår, bør kriteriet om økonomisk kontinuitet ikke finde anvendelse. Den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne fordrer nemlig i den situation ikke nødvendigvis en fravigelse af princippet om personligt ansvar. Snarere kan den kartelretlige sanktion også i almindelighed have virkning i forhold til virksomhedens oprindelige driftsansvarlige.

84. I øvrigt er det i tilfælde af en overdragelse på markedsvilkår ikke nødvendigvis således, at kun den nye driftsansvarlige drager fordel af eventuelle gevinster og værdistigninger ved deltagelsen i kartellet. Dette vil snarere afhænge af de obligationsretlige aftaler mellem sælger og køber og navnlig af, om risikoen for bøder for kartelovertrædelser er blevet taget i betragtning ved prisnedsættelse eller ej.

b) Den foreliggende sags særlige omstændigheder

85. Selv om Domstolen ikke selv kan foretage en bedømmelse af de i hovedsagen foreliggende faktiske omstændigheder, kan den dog give den forelæggende ret alle de oplysninger, som kan være den til nytte ved afgørelsen af tvisten i hovedsagen. I denne forbindelse skal opmærksomheden henledes på det følgende.

86. Den foreliggende sag er kendetegnet ved, at den italienske stat gennem sin egen virksomhed, AAMS, indledningsvis udøvede økonomisk virksomhed inden for to områ-

71 — Jf. punkt 78 og 79 i dette forslag til afgørelse.

72 — I denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145 og 146, sidste punktum, og dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, nævnt i fodnote 61, præmis 107, jf. endvidere generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i sag C-204/00 P, nævnt ovenfor i fodnote 57, punkt 66 og 67.

der, dels inden for hasardspil og lotterivirksomhed, dels i tobakssektoren. Kun et af disse to områder, nemlig fremstilling og salg af tobaksvarer, overgik derefter til en med henblik herpå etableret offentlig økonomisk enhed, ETI, der indledningsvis var underlagt økonomi- og finansministeriets kontrol og først senere blev omdannet til et aktieselskab og privatiseret.

87. Ved et første skridt foretoges således blot en intern omstrukturering, hvorved statens økonomiske aktiviteter inden for områderne hasardspil og tobak fortsat var forenet under økonomi- og finansministeriets tag og forblev under dette ministeriums kontrol. Med et andet skridt blev statens økonomiske aktiviteter inden for tobakssektoren borttaget fra økonomi- og finansministeriets indflydelsessfære og ført over på private hænder.

88. Det er ubestridt, at den offentlige økonomiske enhed ETI og aktieselskabet ETI SpA skal betragtes som AAMS *økonomiske successor* på området for fremstilling og handel med tobaksvarer. For dette taler ikke blot den formelle overdragelse af disse virksomheder til ETI og ETI's stilling som successor i forhold til AAMS vedrørende alle aktiver og passiver, rettigheder og formuegenstande [73]. Også i det økonomiske liv har ETI ifølge de foreliggende oplysninger helt overtaget AAMS' rolle, selv for så vidt angår deltagelsen i kartellet med Philip Morris.

89. Den blotte omstændighed, at ETI viderefører driften af AAMS' virksomhed på området for fremstilling og salg af tobaksvarer og dermed opfylder kriteriet om økonomisk kontinuitet, er ikke tilstrækkelig til, at ETI ved fravigelse af princippet om personligt ansvar pålægges ansvaret for AAMS' kartelovertrædelser. Som allerede bemærket [74], skal kriteriet om økonomisk kontinuitet ikke erstatte princippet om personligt ansvar, men skal snarere supplere dette, for så vidt som det er nødvendigt for at påtale kartelovertrædelser på en både rimelig og effektiv måde og dermed bidrage til den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne.

90. Der ses ikke at foreligge en sådan nødvendighed i en sag som den foreliggende.

73 — Forordning nr. 283/98, jf. herom punkt 10 i dette forslag til afgørelse.

74 — Jf. punkt 81 i dette forslag til afgørelse.

— AAMS' fortsatte økonomiske virksomhed

91. Det skal for det første holdes for øje, at AAMS' økonomiske virksomhed ikke overgik fuldstændigt til ETI, men at AAMS ifølge den forelæggende rets oplysninger fortsat består som en selvstændig økonomisk aktør med nævneværdig virksomhed på området for hasardspil og lotterivirksomhed. Det foreliggende tilfælde kan således ikke sammenlignes med de tilfælde, hvor den oprindeligt driftsansvarlige for den virksomhed, der deltog i kartellet, ikke længere eksisterer i retlig forstand eller i hvert fald ikke længere spiller nogen rolle som økonomisk aktør [75].

92. Følgelig kræver heller ikke hensigten og formålet med sanktionen nødvendigvis, at denne skal pålægges ETI i stedet for AAMS. En sanktion, der pålægges AAMS som virksomhedens oprindeligt driftsansvarlige, kan stadig have en specialpræventiv virkning og således yde et bidrag til den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne. AAMS deltager nemlig fortsat i det økonomiske liv og kan gennem pålæg af en sanktion formås til at optræde på konkurrencevilkår i fremtiden.

75 — Jf. herom punkt 78 og 79 i dette forslag til afgørelse.

93. Den bøde, som den statslige virksomhed AAMS ville blive pålagt, ville ganske vist tilfalde staten, men AAMS' finansielle og bogholderimæssige uafhængighed [76] tyder på, at sanktionen alligevel vil kunne have en indvirkning på AAMS' individuelle adfærd på markedet.

94. Den omstændighed, at AAMS ikke længere selv udøver økonomisk virksomhed i tobakssektoren [77], udgør ikke en hindring for at pålægge AAMS ansvaret for kartelovertrædelserne i medfør af princippet om personligt ansvar. En bøde, der skal betales af denne, kan i hvert fald have en almenpræventiv virkning, så de virksomheder, der nu er aktive inden for denne økonomiske sektor, kan formås til at optræde på konkurrencevilkår og afskrækkes fra at begå nye kartelovertrædelser.

76 — Jf. punkt 9 i dette forslag til afgørelse. Under den mundtlige forhandling tilføjede den italienske regerings repræsentant i denne forbindelse, at AAMS' budget er adskilt fra økonomi- og finansministeriets budget.

77 — Jf. herom dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 145, i hvilken Anic havde trukket sig ud af den sektor, der var berørt af kartellet, og stadig blev holdt ansvarlig i henhold til princippet om personligt ansvar, hvilket også tydeliggøres yderligere i den senere dom i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 359, hvori sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni omtales som en sag vedrørende »to eksisterende og aktive virksomheder, hvoraf den ene blot havde afstået *en vis del af sine aktiviteter* til den anden« (min fremhævelse).

— Privatisering af ETI og overdragelse heraf til en uafhængig tredjemand

95. For det andet skal det holdes for øje, at ETI i mellemtiden er blevet omdannet til et aktieselskab og privatiseret, således som det i øvrigt fra begyndelsen var planen. I denne sammenhæng tyder intet på, at der i misbrugsøjemed blev foretaget en overdragelse af virksomheden til ETI med det formål at omgå konkurrenceretlige sanktioner.

96. Endvidere fandtes, så vidt det er oplyst, i hvert fald på det tidspunkt, hvor der pålagdes sanktioner, ikke længere nogen strukturel forbindelse mellem AAMS, som tidligere driftsansvarlig for den virksomhed, der deltog i kartellet, og ETI, som dennes nye driftsansvarlige. Ved sanktionens pålæg var virksomheden snarere allerede i den uafhængige tredjemands besiddelse.

97. Dermed ligner den foreliggende sag i mindre grad tilfældet med omstrukturering inden for en koncern end tilfældet med overdragelse af en virksomhed til en uafhængig tredjemand på markedsvilkår, på hvilket tilfælde kriteriet om økonomisk kontinuitet, som nævnt ovenfor [78], ikke bør finde anvendelse.

78 — Jf. punkt 81-84 i dette forslag til afgørelse.

98. Til forskel fra den italienske regering er jeg af den opfattelse, at en eventuel værdistigning, der er opstået som følge af kartelvirksomhed, hos den virksomhed, som ETI fortsætter med at drive, ikke giver nogen anledning til at fravige princippet om personligt ansvar. Som allerede nævnt er det nemlig ikke nødvendigvis kun virksomhedens nye driftsansvarlige, der drager fordel af en sådan værdistigning. Derimod ville en sådan værdistigning kunne afspejles i købsprisen på aktierne i ETI SpA på tidspunktet for selskabets fuldstændige privatisering og ville i så fald endog blive realiseret af sælgeren, dvs. den italienske stat.

99. Det bemærkes afslutningsvis, at det med henblik på pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser ikke burde gøre nogen forskel, om det er en privatperson eller staten, der har overdraget den virksomhed, der deltog i kartellet, til en uafhængig tredjemand. I hvert fald bør staten ikke stilles bedre end en privat overdrager.

100. Kommissionen mener ganske vist, at ansvaret for en offentlig virksomheds kartelovertrædelse under visse omstændigheder, når der er foretaget en privatisering, i medfør af kriteriet om økonomisk kontinuitet skal overgå til virksomhedens nye private driftsansvarlige. Kommissionen overvejer navnlig dette i den situation, hvor staten inden for rammerne af den særlige organisationsstruk-

tur, hvorunder den privatiserede virksomhed oprindeligt hørte, efter privatiseringen ikke længere udøver nogen økonomisk aktivitet, selv om den fortsætter med at være økonomisk aktiv inden for rammerne af andre strukturer — f.eks. inden for andre ministeriers ansvarsområder [79].

101. Imod dette taler dog, at den omstændighed, at en offentlig virksomhed privatiseres, ikke bør fritage staten for dens ansvar for eventuelle kartelovertrædelser, der er begået af den virksomhed, hvis drift staten tidligere var ansvarlig for. Statens ansvar er snarere den logiske følge af dens virksomhedsudøvelse, hvorved den i princippet ikke kan undgå at være underlagt de konkurrenceregler, der gælder for alle virksomheder (jf. også artikel 86, stk. 1, EF). Såfremt en privatperson således i henhold til princippet om personligt ansvar for kartelovertrædelser, der er begået af en af denne person drevet virksomhed, også hæfter efter virksomhedens overdragelse, kan der ikke gælde noget andet for staten.

102. Der skal imidlertid ikke tages endelig stilling til det af Kommissionen rejste problem. Det ligger i hvert fald i den foreliggende sag på grundlag af oplysninger fra den forelæggende ret fast, at den italienske stat fortsat er økonomisk aktiv gennem AAMS. Statens økonomiske aktivitet foregår således fortsat inden for den organisationsstruktur, der hidrører fra det aktivitetsområde, der senere blev overdraget til ETI og privatiseret.

103. Sammenfattende er jeg af den opfattelse, at konkurrencemyndigheder og domstole i en sag som den foreliggende skal anvende princippet om personligt ansvar og ikke foretage ansvarspålæggelse for kartelovertrædelser i medfør af kriteriet om økonomisk kontinuitet.

2. Hvorvidt kartelmyndighederne har en skønsbeføjelse inden for rammerne af ansvarspålæggelsen (andet spørgsmål)

104. Med det andet spørgsmål ønsker Consiglio di Stato det i det væsentlige oplyst, om den kompetente konkurrencemyndighed frit kan vurdere, hvorvidt den oprindeligt driftsansvarlige eller den nye driftsansvarlige for

79 — Kommissionen henviser som eksempel til, at bl.a. de statslige foretagender i Italien inden for post- og jernbaneområdet traditionelt indgik i andre organisationsstrukturer og navnlig henhørte under andre ministerier end AAMS.

den virksomhed, der deltog i kartellet, skal holdes ansvarlig med henblik på at sikre, at konkurrencereglernes faktiske funktion ikke lider skade.

105. Som allerede bemærket skal pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser i tilfælde af virksomhedssuccession ske i henhold til princippet om personligt ansvar. Kriteriet om økonomisk kontinuitet skal ikke erstatte princippet om personligt ansvar, men skal snarere supplere dette, for så vidt som det er nødvendigt for at påtale kartelovertrædelser på en både rimelig og effektiv måde og dermed bidrage til den effektive gennemførelse af konkurrencereglerne.

106. Deraf følger, at de kompetente konkurrencemyndigheder, ligesom de kompetente domstole, ikke har nogen mulighed for at vælge mellem at pålægge enten virksomhedens oprindelige eller nye driftsansvarlige ansvaret for virksomhedens kartelovertrædelse. Kriteriet om økonomisk kontinuitet finder snarere alene anvendelse, hvis formålet med den konkurrenceretlige sanktion ville gå tabt ved anvendelsen af princippet om personligt ansvar.

107. Afgørelsen af, hvorvidt formålet med en kartelretlig sanktion fortabes, kan imidlertid i enkelte sager indebære, at der skal foretages en bedømmelse af komplicerede økonomiske forhold.

108. I givet fald skal det således vurderes, hvorvidt den oprindeligt driftsansvarlige for den virksomhed, der deltog i kartellet, fortsat udøver økonomisk virksomhed i nævneværdigt omfang på tidspunktet, hvor overtrædelsen påtales, således at en sanktion, som pålægges denne, kan udgøre et effektivt bidrag til konkurrencereglernes gennemførelse. Også afgørelsen af, hvorvidt der består en strukturel forbindelse mellem virksomhedens oprindeligt og nye driftsansvarlige, kan nødvendiggøre en sådan bedømmelse af komplicerede økonomiske forhold, hvilket også gælder spørgsmålet om, hvorvidt virksomheden blev overdraget til den nye driftsansvarlige på markedsvilkår eller med misbrug for øje.

109. Som Kommissionen med rette har påpeget, har den kompetente konkurrencemyndighed i henhold til fællesskabsretten en skønsbeføjelse, når den foretager sådanne bedømmelser [80].

80 — Jf. i denne retning fast retspraksis, f.eks. dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 34, af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 279.

VI — Forslag til afgørelse

110. Af ovenstående grunde foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer spørgsmålene fra Consiglio di Stato således:

»1) a) Det følger af princippet om personligt ansvar, at ansvaret for en virksomheds kartelovertrædelse principielt skal pålægges virksomhedens oprindeligt driftsansvarlige, der var ansvarlig for virksomheden på tidspunktet for overtrædelsen, også når det på tidspunktet for konkurrencemyndighedernes afgørelse er en anden person, der er ansvarlig for virksomheden.

Dette gælder også, såfremt virksomheden blev drevet af staten på tidspunktet for overtrædelsen og senere overgik til en privat persons ansvar.

b) Kun undtagelsesvis kan ansvaret for kartelovertrædelsen pålægges virksomhedens nye driftsansvarlige, når

— virksomhedens nye driftsansvarlige fortsat har drevet virksomheden til tidspunktet for konkurrencemyndighedens afgørelse

— den oprindeligt driftsansvarlige på tidspunktet for konkurrencemyndighedens afgørelse ikke længere eksisterer i retlig forstand eller ikke længere udøver nogen nævneværdigøkonomisk virksomhed, herunder heller ikke på et andet marked end det, der berøres af kartellet, og

— der enten består en strukturel forbindelse mellem den nye og den oprindelige driftsansvarlige, eller virksomheden er blevet overdraget til den nye driftsansvarlige i misbrugsøjemed med henblik på omgåelse af den kartelretlige sanktion.

2) De kompetente konkurrencemyndigheder har ikke nogen skønsbeføjelse ved pålæggelse af ansvar for kartelovertrædelser. De har dog en skønsbeføjelse, for så vidt som der inden for rammerne af denne ansvarspålæggelse skal foretages bedømmelse af komplicerede økonomiske forhold.«