FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JULIANE KOKOTT

föredraget den 3 juli 2007 [1]

I — Inledning

1. Under vilka omständigheter kan konkurrensbegränsande samverkan som ett företag som tidigare varit verksamt på den berörda marknaden gjort sig skyldig till tillskrivas dess efterträdare på denna marknad? Detta är det huvudsakliga innehållet i den fråga som italienska Consiglio di Stato har ställt till domstolen i förevarande mål.

2. Bakgrunden i målet är den konkurrensbegränsande samverkan som under åren 1993–2001 på ett konkurrensbegränsande sätt påverkade försäljningspriset på marknaden för cigaretter i Italien och som upptäckts av den italienska konkurrensmyndigheten. I den konkurrensbegränsande samverkan deltog ursprungligen den självständiga förvaltningsmyndigheten för statliga monopol. Nämnda förvaltningsmyndighets ekonomiska verksamhet på området för tillverkning och försäljning av tobaksvaror samt delaktighet i den konkurrensbegränsande samverkan övertogs emellertid från och med mars år 1999 av det nybildade och senare privatiserade Ente Tabacchi Italiani. Ente Tabacchi Italiani skall, i vart fall enligt den italienska konkurrensmyndighetens uppfattning, utöver ansvar för sitt deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan från och med mars år 1999 även tillskrivas ansvar för förvaltningsmyndighetens tidigare deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan och påföras böter.

3. Gränserna för tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan när en övergång av företag har skett har stor praktisk betydelse för den konkreta utformningen av försäljning, omstrukturering och privatisering av företag. Beroende på vilka kriterier som konkurrensmyndigheten och domstolarna lägger till grund för tillskrivningen av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan ändrar sig nämligen ansvarsrisken för säljare och köpare av företag.

4. Förevarande fall är även av stort intresse ur en annan synvinkel. Den italienska konkurrensmyndighetens beslut att ålägga böter grundar sig endast på nationell konkurrensrätt, vilken i sin tur emellertid är anpassad till gemenskapsrätten som skall tolkas av domstolen. Huruvida en begäran om förhands-

1 — Originalspråk: tyska.

avgörande kan tas upp till sakprövning under sådana omständigheter är av stor betydelse för det framtida konkurrensrättsliga samarbetet mellan domstolen och de nationella domstolarna, särskilt som nationell rätt och gemenskapsrätt i allt större uträckning samverkar på detta område.

II — Tillämpliga bestämmelser

5. De *tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelserna* i förevarande mål utgörs av artikel 81 EG och följande artiklar samt artikel 3.1 g EG. Vad gäller nationell rätt hänvisas det dels till bestämmelserna i italiensk konkurrensrätt, dels till några bestämmelser om förvaltning av det italienska tobaksmonopolet.

A — *Italiensk konkurrensrätt*

6. I den italienska konkurrensrätten är lag nr 287 av den 10 oktober 1990 om skydd för konkurrensen och marknaden [2] relevant, vilken i avdelning I särskilt innehåller följande bestämmelser:

"*Artikel 1*

1) Bestämmelserna i denna lag som antagits enligt artikel 41 i författningen om skydd och säkerställande av rätten till ekonomiska initiativ gäller för karteller, missbruk av dominerande ställning och företagskoncentrationer som inte omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 65 EG och/eller 66 EG i Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen, artiklarna 85 EG och/eller 86 EG i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG), EEG-förordningarna eller gemenskapsrättsakter med samma rättsliga verkan.

...

4) Bestämmelserna i denna avdelning skall tolkas mot bakgrund av principerna i Europeiska gemenskapens konkurrensrätt.

2 — Legge 10 ottobre 1990, Nr. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI nr 240 av den 13 oktober 1990, s. 3) (nedan kallad lag nr 287/1990).

Artikel 2

1) Som karteller räknas avtal och/eller samordnade förfaranden mellan företag samt beslut, även om de fattats på grundval av bestämmelser i lag eller förvaltningsföreskrifter, av jämförbara enheter.

2) Karteller mellan företag som har till syfte eller resultat att väsentligt hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den nationella marknaden eller en del av denna är förbjudna, även verksamhet som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra avtalsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, tillträde till marknaden, investeringar, teknisk utveckling eller tekniska framsteg hindras eller begränsas,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

d) objektivt olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

3) Förbjudna karteller är ogiltiga i alla avseenden."

7. I avdelning II i lag nr 287/90 föreskrivs inrättandet av en nationell konkurrensmyndighet med namnet *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (nedan kallad Autorità Garante), vilken enligt artikel 15.1 i samma lag har följande befogenheter:

"Om Autorità Garante konstaterar att artiklarna 2 och 3 har överträtts fastställer den en frist för de berörda företagen och enheterna inom vilken överträdelserna skall

upphöra. Vid allvarliga överträdelser påförs dessutom, på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, böter på upp till 10 procent av den omsättning som företaget eller enheten genererat under det räkenskapsår som avslutades före delgivningen av anmodan och en frist inom vilken företaget skall betala bötesbeloppet fastställs."

8. I avdelning VI i lag nr 287/90 finns artikel 31, som har följande lydelse:

"För de böter som påförs till följd av ett åsidosättande av denna lag gäller, i den mån som de är tillämpliga, bestämmelserna i kapitel I, del I och II, i lag nr 689 av den 24 november 1981."

B — *Bestämmelser avseende förvaltningen av det italienska tobaksmonopolet*

9. Genom kungligt lagdekret [3] nr 2258 av den 8 december 1927 [4] inrättades en självständig förvaltningsmyndighet för statliga monopol i Italien, den så kallade *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (nedan kallad AAMS). AAMS är ett statligt förvaltningsorgan som även i dag är underställt ekonomi- och finansministeriet. [5] Det är självständigt i såväl förvaltningstekniskt och finansiellt avseende som ur redovisningssynpunkt, men det är inte någon egen juridisk person. Till och med februari år 1999 hade AAMS bland annat anförtrotts det italienska tobaksmonopolet.

10. Genom lagdekret [6] nr 283 av den 9 juli 1998 [7] från republikens president inrättades ett offentligt ekonomiskt organ [8] med namnet *Ente Tabacchi Italiani* (nedan kallat ETI). Enligt lagen övergick AAMS alla verksamhetsområden avseende tillverkning och försäljning med undantag för lotteriverksamhet till ETI. Med avseende på de områden som övergick till ETI skedde en övergång av AAMS samtliga fordringar och skulder liksom rättigheter och tillgångar till ETI. [9] ETI satte i gång sin verksamhet den 1 mars 1999.

11. ETI var till en början underställt ekonomi- och finansministeriets kontroll som uppställde riktlinjer för dess verksamhet, utsåg dess administrativa organ och kon-

3 — Regio decreto-legge.

4 — Omvandlad till lag nr 3474 av den 6 december 1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto legislativo.

7 — GURI nr 190 av den 17 augusti 1998, s. 3 (nedan kallad förordning nr 283/1998).

8 — Ente pubblico economico.

9 — Artikel 3.1 i förordning nr 283/1998.

trollerade dess beslut. [10] Såsom det emellertid redan från första början hade planerats [11] omvandlades ETI den 23 juni 2000 till ett aktiebolag, Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA. Inledningsvis ägde ekonomi- och finansministeriet 100 procent av bolagets aktiekapital. År 2003 privatiserades slutligen ETI och är sedan dess endast underställt British American Tobacco plc:s kontroll. British American Tobacco plc är ett holdingbolag enligt engelsk rätt som hör till gruppen BAT — British American Tobacco.

12. AAMS utför sedan den 1 mars 1999 endast uppgifter som omfattar myndighetsutövning inom tobaksbranschen [12] och utövar inte längre någon ekonomisk verksamhet inom denna bransch. På vadslagnings- och spelområdet, särskilt på lotteriområdet, fortsatte AAMS, enligt den information som domstolen har tillgång till, däremot att utöva sin ekonomiska verksamhet även efter detta datum.

III — Bakgrund och förfarandet vid den nationella domstolen

13. I beslut 11795 av den 13 mars 2003 [13] fastställde Autorità Garante att olika bolag inom Philip Morris-gruppen [14] under åren 1993–2001 hade inlett konkurrensbegränsande samarbete först med AAMS och därefter med ETI, vilket hade till syfte och resultat att betydligt och varaktigt försämra konkurrensen i fråga om försäljningspriset på cigaretter på den italienska marknaden. Autorità Garante ålade de bolag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan böter på totalt 50 miljoner euro för Philip Morris och 20 miljoner euro för ETI, med hänvisning till att artikel 2.2 a och b i lag nr 287/1990 hade åsidosatts. Autorità Garante ålade dessutom de bolag som hade deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan att upphöra med överträdelsen.

14. I sitt beslut tillskrev Autorità Garante ETI även ansvar för AAMS deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan före den 1 mars 1999 med motiveringen att AAMS lagt ner den ekonomiska verksamheten inom området för tillverkning och försäljning av tobaksvaror och att denna ekonomiska verksamhet hade övertagits av ETI.

15. Såväl Philip Morris som ETI väckte talan mot Autorità Garantes beslut vid Tribunale amministrativo del Lazio — Rom [15] (nedan kallad TAR). Den nationella domstolen i

10 — Detta framgår av den italienska regeringens svar på domstolens begäran om klargörande.

11 — Artikel 1.6 i förordning nr 283/1998.

12 — Som exempel nämns utövande av tillsyn över handeln med tobaksprodukter och utfärdande av tillstånd för vidareförsäljning till allmänheten av tobaksvaror.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795, I 479 "Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi" (*Bollettino settimanale*, årgång XIII, nr 11/2003, s. 5). Detta beslut föregicks av en undersökning som inleddes i juni år 2001.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. och Philip Morris International Management SA. Dessa företag betecknas i fortsättningen för enkelhetens skull som Philip Morris.

15 — Förvaltningsdomstol för regionen Lazio, med säte i Rom.

första instans ogillade Philip Morris talan, men fastställde att ETI hade rätt i det att det inte kunde tillskrivas ansvar för AAMS deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan. Detta ledde till att Autorità Garantes beslut delvis upphävdes. TAR grundade sig därvid på principen om personligt ansvar i den mening som avses i artiklarna 1 och 7 i lag nr 689/81, till vilken det hänvisas i artikel 31 i lag nr 287/1990, och anförde att samma princip även gäller inom gemenskapsrätten. Kriteriet om objektiv ekonomisk kontinuitet kan endast tillämpas i undantagsfall som skall tolkas restriktivt och inte föreligger här.

16. Efter det att såväl ETI och Philip Morris som Autorità Garante hade överklagat TAR:s dom anhängiggjordes tvisten vid italienska Consiglio di Stato [16] (nedan även kallad den nationella domstolen), i dess egenskap av högsta förvaltningsdomstol. Consiglio di Stato har redan underkänt ETI:s och Philip Morris invändningar rörande förekomsten av konkurrensbegränsande samverkan och prövar nu den fråga som Autorità Garante ställde i överklagandet, nämligen huruvida ETI kan tillskrivas ansvar för AAMS deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan för tiden "innan ETI bildades".

16 — Den högsta förvaltningsdomstolen.

IV — Begäran om förhandsavgörande och förfarandet vid domstolen

17. I beslut av den 8 november 2005, som inkom till domstolen den 27 juni 2006, förklarade Consiglio di Stato målet vilande och hänsköt följande tolkningsfrågor till domstolen för ett förhandsavgörande:

"a) Vilket kriterium skall, enligt artikel 81 [EG] och följande artiklar i fördraget och enligt de allmänna principerna i gemenskapsrätten, tillämpas vid fastställandet av vilket företag som skall påföras en sanktionsåtgärd för överträdelse av konkurrensreglerna för det fall, när ett agerande i sin helhet beivras, slutskedet av agerandet skall tillskrivas ett företag som efterträtt det ursprungliga företaget inom den aktuella ekonomiska sektorn och den ursprungliga enheten, även om den inte har upphört att existera, inte längre är verksam som handelsföretag, i vart fall inte inom den ekonomiska sektor som berörs av sanktionsåtgärden?

b) Ankommer det på den förvaltningsmyndighet som är behörig att tillämpa konkurrensreglerna, vid fastställandet av vem som skall påföras en sanktionsåtgärd, att skönsmässigt bedöma huruvida det föreligger omständigheter som motiverar att den ekonomiska efterträdaren till en juridisk person hålls ansvarig för överträdelser av konkurrensreglerna som den juridiske perso-

nen gjort sig skyldig till, även om den sistnämnde inte har upphört att existera vid tidpunkten för beslutet, för att den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna inte skall äventyras på grund av förändringarna i företagens juridiska form?"

18. Vid domstolen har ETI, Philip Morris, den italienska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission yttrat sig muntligen och skriftligen.

V — Bedömning

A — *Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning*

19. Föremålet för tvisten i målet vid de italienska domstolarna är ett beslut från den italienska konkurrensmyndigheten, Autorità Garante, i ett konkurrensärende. Detta beslut är endast baserat på nationell konkurrensrätt, närmare bestämt på lag nr 287/1990. Den nationella domstolen anser att en tolkning av gemenskapens konkurrensrätt är nödvändig för att avgöra om beslutet är rättsenligt. Den har därvid hänvisat till artikel 1.4 i lag nr 287/1990, enligt vilken principerna i gemenskapens konkurrensrätt ligger till grund för tolkningen av bestämmelserna i avdelning I i denna lag, det vill säga de är även relevanta för den nationella rätten.

20. Med hänsyn till vad som anförts ovan skall vissa påpekanden göras vad avser upptagandet till sakprövning av tolkningsfrågorna, särskilt avseende deras relevans för avgörandet.

1. Inledande synpunkter

21. Den omständigheten att gemenskapsrätten i förevarande fall endast har relevans på grund av en hänvisning i nationell lagstiftning talar inte emot att Consiglio di Statos tolkningsfrågor har betydelse för avgörandet och att domstolen är behörig att besvara dessa.

22. Enligt fast rättspraxis som har sitt ursprung i domen i målet Dzodzi (nedan även kallad rättspraxis som härrör från målet Dzodzi) [17] utgör nämligen varken lydelsen av

17 — Dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkt 36. Se även dom av den 8 november 1990 i mål C-231/89, Gmurzynska-Bscher (REG 1990, s. I-4003), punkt 25, av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161), punkt 25, och i mål C-130/95, Giloy (REG 1997, s. I-4291), punkt 21, av den 11 januari 2001 i mål C-1/99, Kofisa Italia (REG 2001, s. I-207), punkt 21, av den 17 mars 2005 i mål C-170/03, Feron (REG 2005, s. I-2299), punkt 11, av den 16 mars 2006 i mål C-3/04, Poseidon Chartering (REG 2006, s. I-2505), punkt 15, och av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (REG 2006, s. I-11987), punkt 19. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 januari 2003 i mål C-306/99, BIAO (REG 2003, s. I-1), punkt 90.

artikel 234 EG eller ändamålet med förfarandet för förhandsavgörande något hinder mot att besvara tolkningsfrågor som rör en gemenskapsrättslig bestämmelse till vilken det hänvisas i nationell rätt endast för att reglera situationer av rent intern art.

23. Tvärtom föreligger det, vilket domstolen vid flera tillfällen har påpekat, ett gemenskapsrättsligt intresse av att bestämmelser i gemenskapsrätten tolkas på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter som de tillämpas, detta för att undvika tolkningar som skiljer sig åt. [18]

24. På konkurrensrättens område finns det ett särskilt stort intresse av att uppnå en så enhetlig tolkning och tillämpning som möjligt av gemenskapsrättens bestämmelser [19], eftersom nationell lagstiftning på detta område särskilt ofta är anpassad till gemenskapsrätten. Detta gäller inte först sedan förordning (EG) nr 1/2003 trädde i kraft [20], genom vilken ett särskilt nära samspel mellan nationell konkurrensrätt och gemenskapsrätt uppkom. Redan tidigare, det vill säga när förordning nr 17 [21] var tillämplig, var den nationella konkurrenslagstiftningen i många medlemsstater även i fråga om rent nationella sakförhållanden anpassad till gemenskapsrätten. Det senare gäller även för den italienska lagen nr 287/1990, som är tillämplig på tvisten vid den nationella domstolen.

25. Mot den bakgrunden är även samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar på området för konkurrensrätt av särskild betydelse. Det bidrar till största möjliga rättssäkerhet och jämförbara konkurrensvillkor för samtliga ekonomiska aktörer på vilka gemenskapsrätten är direkt eller indirekt tillämplig.

26. Kommissionen ställer sig dock tveksam till huruvida begäran om förhandsavgörande

18 — Se domen i målet Dzodzi (ovan fotnot 17), punkt 37, och dom av den 25 juni 1992 i mål C-88/91, Federconsorzi (REG 1992, s. I-4035), punkt 7. Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen (ovan fotnot 17) Leur-Bloem, punkt 32, Giloy, punkt 28, Kofisa Italia, punkt 32, Poseidon Chartering, punkt 16, och Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 20, samt dom av den 11 oktober 2001 i mål C-267/99, Adam (REG 2001, s. I-7467), punkt 27, av den 15 januari 2002 i mål C-43/00, Andersen und Jensen (REG 2002, s. I-379), punkt 18, av den 15 maj 2003 i mål C-300/01, Salzmann (REG 2003, s. I-4899), punkt 34, och av den 29 april 2004 i mål C-222/01, British American Tobacco (REG 2004, s. I-4683), punkt 40. Se dessutom domstolens rättspraxis avseende dess befogenhet att tolka bestämmelser i blandade folkrättsliga avtal, särskilt dom av den 16 juni 1998 i mål C-53/96, Hermès (REG 1998, s. I-3603), punkt 32.

19 — Se även mitt förslag till avgörande av den 13 juli 2006 i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (ovan fotnot 17), punkt 21 och följande punkter.

20 — 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, s. 1) (nedan kallad förordning (EG) nr 1/2003). Genom förordning nr 1/2003 moderniserades tillämpningsbestämmelserna till artiklarna 81 EG och 82 EG, och de nationella myndigheterna och domstolarna gjordes mer delaktiga i tillämpningen av de europeiska konkurrensreglerna. Jämför bland annat skälen 6, 7 och 15 i förordning nr 1/2003 liksom artiklarna 5 och 6 i förordningen.

21 — Rådets förordning (EEG) nr 17 av den 6 februari 1962 — Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, s. 204).

kan tas upp till sakprövning. Den anser att den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi av olika skäl inte är tillämplig i förevarande fall.

27. Enligt min mening är ingen av de invändningar som kommissionen framfört övertygande. Kommissionen förlorar sig i detaljer i de italienska bestämmelserna och glömmer därvid att det i ett mål om förhandsavgörande inte är domstolens uppgift att tolka nationell rätt. [22] Den har också negligerat att de frågor som ställts inom ramen för den beskrivning som den nationella domstolen, på eget ansvar, har lämnat av omständigheterna i målet och tillämplig lagstiftning, och vilka det inte ankommer på domstolen att pröva riktigheten av, presumeras vara relevanta. [23] Domstolen är i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som har ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten. [24]

28. Nedan kommer jag att behandla kommissionens invändningar i detalj.

22 — Fast rättspraxis. Se exempelvis dom av den 10 januari 2006 i mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze (REG 2006, s. I-289), punkt 63, och av den 13 juli 2006 i de förenade målen C-295/04–C-298/04, Manfredi (REG 2006, s. I-6619), punkt 70.

23 — Domen i målet Salzmann (ovan fotnot 18), punkt 31, dom av den 1 december 2005 i mål C-213/04, Burtscher (REG 2005, s. I-10309), punkt 35, och av den 7 juni 2007 i de förenade målen C-222/05–C-225/05, Van der Weerd m.fl. (REG 2007, s. I-4233), punkt 22.

24 — Fast rättspraxis. Se exempelvis dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, domen i målet Dzodzi (ovan fotnot 17), punkt 35, dom av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax (REG 2006, s. I-11125), punkt 15, och domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (ovan fotnot 17), punkt 17.

2. Kommissionens invändningar om att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning

29. Kommissionen har sammanlagt framfört fyra invändningar mot att Consiglio di Statos begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning. Den anser för det första att den tillämpliga italienska lagstiftningen inte innehöll någon hänvisning till gemenskapsrätten. Den har för det andra anfört att en eventuell hänvisning i vart fall inte är ovillkorlig och bindande. Kommissionen har för det tredje gjort gällande att det inte finns något intresse av en tolkning av gemenskapsrätten. Den har för det fjärde åberopat att det saknas gemenskapsrättsliga bestämmelser.

a) Den första invändningen: Avsaknaden av en hänvisning till gemenskapsrätten

30. Kommissionen har genom sin första invändning bestritt att det i den italienska lagstiftningen i fall som det förevarande överhuvudtaget hänvisas till gemenskapsrätten. Endast avdelning I i lag nr 287/1990 skall tolkas i överensstämmelse med gemenskapsrätten. I förevarande fall är emellertid inte de materiella bestämmelserna i avdelning I tillämpliga utan påföljdsbestämmelserna i avdelningarna II och VI i

lag nr 287/1990, eftersom det uteslutande rör sig om att en konkret fysisk eller juridisk person skall "påföras en sanktionsåtgärd". Den italienska lagstiftningen är i detta hänseende inte anpassad till gemenskapsrätten. Av det skälet är endast nationell lagstiftning relevant för den aktuella tvisten.

31. Jag finner inte detta resonemang övertygande. Det är nämligen inte givet att tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan när en övergång av företag har skett uteslutande skall hänföras till *påföljdsbestämmelserna* och bedömas helt isolerat från *materiell konkurrenslagstiftning* och företagsbegreppet, vilket kommissionen synes anta. Domstolen prövar inte enbart frågan om tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan mot bakgrund av de tillämpliga bötesbestämmelserna (artikel 15 i förordning nr 17, nu artikel 23 i förordning nr 1/2003), utan även mot bakgrund av de materiella bestämmelserna i artikel 81 EG, [25] varvid kriteriet om företags ekonomiska kontinuitet eller identitet kan vara av stor betydelse. [26]

32. Om Consiglio di Stato avser att förfara på liknande sätt inom ramen för den italienska konkurrenslagstiftningen kan domstolen inte anse att detta är orimligt om den inte vill handla i strid med sin egen rättspraxis.

33. Domstolen skulle emellertid kunna avvisa Consiglio di Statos begäran om förhandsavgörande om det var *uppenbart* att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte hade något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen. [27] Om det alltså var styrkt att den italienska lagstiftningen inte är anpassad till gemenskapsrätten i fall som det förevarande, skulle de frågor som hänskjutits till domstolen avseende tolkningen av gemenskapsrätten kunna avvisas på grund av att de saknar betydelse för avgörandet. [28]

34. Så förhåller det sig emellertid inte i förevarande fall. Consiglio di Stato har i sitt beslut om hänskjutande utgått från att avdelning I i lag nr 287/1990 med dess hänvisning till gemenskapsrätten är av bety-

25 — Sambandet mellan artikel 81 EG (tidigare artikel 85 i EG-fördraget) och frågan om tillskrivning av ansvar framgår särskilt tydligt av dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkt 9, och av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 59.

26 — Domen i målet CRAM och Rheinzink mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 9, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 145.

27 — Fast rättspraxis. Se exempelvis domen i målet Bosman (ovan fotnot 24), punkterna 59 och 61, dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, IATA och ELFAA, (REG 2006, s. I-403), punkt 24, och domarna i målen Asnef-Equifax (ovan fotnot 24), punkt 17, och Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (ovan fotnot 17), punkt 17.

28 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen (ovan fotnot 17) Dzodzi, punkt 40, Gmurzynska-Bscher, punkt 23, Leur-Bloem, punkt 26, Giloy, punkt 22, och Kofisa Italia, punkt 22.

delse för tvisten i målet vid den nationella domstolen. [29] Endast detta fastställande av de tillämpliga nationella bestämmelserna är bindande för domstolen vid begäran om förhandsavgörande.

35. Såsom redan har angetts ankommer det inte på domstolen att inom ramen för en begäran om förhandsavgörande uttala sig om tolkningen av bestämmelser i nationell lagstiftning och avgöra huruvida den nationella domstolens tolkning av den nationella rätten är korrekt. [30] Särskilt i ett fall som det förevarande ankommer det enbart på den nationella domstolen att bedöma de exakta konsekvenserna av en hänvisning i nationell lagstiftning till gemenskapsrätten. Domstolen får inte i sitt svar till den nationella domstolen beakta de allmänna hänsyn som ligger till grund för bestämmelser i nationell rätt som, samtidigt som de hänvisar till gemenskapsrätten, även definierar räckvidden av denna hänvisning. [31]

36. Kommissionens första invändning kan således inte godtas.

b) Den andra invändningen: Avsaknaden av en ovillkorlig och bindande hänvisning till gemenskapsrätten

37. Kommissionen har genom sin andra invändning gjort gällande att även om hänvisningen till gemenskapsrätten i artikel 1.4 i lag nr 287/1990 skulle vara tillämplig, så är den inte direkt och ovillkorlig. Vidare är domstolens tolkning av gemenskapsrätten inte bindande för de nationella domstolarna. Såsom i domen i målet Kleinwort Benson [32] skall därför begäran om förhandsavgörande avvisas i förevarande fall.

38. Detta argument är inte heller övertygande.

39. Den avgörande frågan är även enligt domen i målet Kleinwort Benson nämligen huruvida den nationella lagstiftaren skiljer mellan rent interna situationer och situationer som regleras av gemenskapsrätten eller huruvida denne vill behandla de två situationerna lika och därför anpassar sig till gemenskapsrätten i båda situationerna. [33]

29 — Philip Morris har vid den muntliga förhandlingen vid domstolen hänvisat till Consiglio di Statos dom nr 1189 av den 2 mars 2001 (särskilt punkt 4.4 och följande punkter), enligt vilken den nationella domstolen i fråga om straffbestämmelserna anpassar sig efter gemenskapsrätten och domstolens rättspraxis.

30 — Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-58/98, Corsten (REG 2000, s. I-7919), punkt 24, av den 29 april 2004 i de förenade målen C-482/01 och C-493/01, Orfanopoulos och Oliveri (REG 2004, s. I-5257), punkt 42, och av den 12 januari 2006 i mål C-246/04, Turn- und Sportunion Waldburg (REG 2006, s. I-589), punkt 21.

31 — Domarna i målen (ovan fotnot 17) Dzodzi, punkterna 41 och 42, och Leur-Bloem, punkt 33.

32 — Dom av den 28 mars 1995 i mål C-346/93, Kleinwort Benson (REG 1995, s. I-615).

33 — Se de uttalanden som gjorts i senare domar avseende domen i det ovannämnda målet Kleinwort Benson, särskilt domarna i målen (ovan fotnot 17) Leur-Bloem, punkt 29 i slutet och punkt 31, Giloy, punkt 25 i slutet och punkt 27, och Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 21 i slutet och punkt 22. Samma överväganden ligger till grund för domen i målet Poseidon Chartering (ovan fotnot 17), punkt 17.

Det är därvid irrelevant om det i nationell rätt uttryckligen eller endast implicit hänvisas till gemenskapsrätten. Avgörande är snarare den *innehållsmässiga anpassningen* till gemenskapsrätten. [34]

40. Enligt vad som har framkommit har den italienska lagstiftaren inte gjort någon skillnad mellan rent interna situationer och situationer som regleras av gemenskapsrätten. I båda fallen är hänvisningen till gemenskapsrätten i artikel 1.4 i lag nr 287/1990 tillämplig. Redan detta talar för att de tolkningsfrågor som ställts av Consiglio di Stato kan tas upp till sakprövning i den mening som avses i den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi samt från domen i målet Kleinwort Benson.

41. I motsats till vad kommissionen har hävdat kan förevarande fall för övrigt inte på något sätt jämföras med domen i målet Kleinwort Benson.

42. För det första tog den nationella lagstiftaren i målet Kleinwort Benson endast delvis europeisk rätt (det rörde sig om Brysselkonventionen) till förebild och återgav endast delvis dess lydelse. Den nationella rätten hade inspirerats av europeisk rätt, men innehöll inte någon direkt eller ovillkorlig hänvisning till denna, utan föreskrev rentav en uttrycklig möjlighet att avvika från denna och att vidta ändringar "som är ägnade att framkalla skiljaktigheter". [35]

43. Detta är emellertid inte fallet med artikel 1.4 i lag nr 287/1990. Bestämmelsen innehåller en uttrycklig hänvisning till "principerna i Europeiska gemenskapens konkurrensrätt". Det framgår varken av ordalydelsen i denna bestämmelse, beslutet om hänskjutande eller handlingarna i målet att denna hänvisning till gemenskapsrätten skulle vara underkastad något som helst villkor.

44. För det andra var de nationella domstolarna enligt de nationella bestämmelser som var tillämpliga i målet Kleinwort Benson i rent interna situationer endast tvungna att "beakta" domstolens rättspraxis, och de var således inte bundna av den. [36]

34 — Detta framgår särskilt klart av domen i målet BIAO (ovan fotnot 17), punkterna 92 och 93.

35 — Domen i målet Kleinwort Benson (ovan fotnot 32), punkterna 9 och 10 samt 16–18. Dessa aspekter i domen i målet Kleinwort Benson har även senare betonats av domstolen, till exempel i domarna i målen (ovan fotnot 17) Leur-Bloem, punkt 29, Giloy, punkt 25, Kofisa Italia, punkt 30, BIAO, punkt 93, och Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, punkt 21.

36 — Domen i målet Kleinwort Benson (ovan fotnot 32), punkterna 10 och 20-23. Denna aspekt i domen i målet Kleinwort Benson har även senare betonats av domstolen, till exempel i domarna i målen (ovan fotnot 17) Leur-Bloem, punkt 29, och Giloy, punkt 25.

45. I motsats till vad kommissionen har hävdat råder det inte heller någon tvekan om att de nationella domstolarna är bundna i förevarande fall. Bestämmelserna i avdelning I i lag nr 287/1990 skall tolkas "mot bakgrund av principerna i Europeiska gemenskapens konkurrensrätt" (artikel 1.4 i lag nr 287/1990). Det framgår varken av ordalydelsen i denna bestämmelse, beslutet om hänskjutande eller handlingarna i målet att domstolens rättspraxis inte skulle vara bindande vid denna tolkning. [37]

46. Kommissionen har själv inte anfört något stöd för sitt påstående att gemenskapsrätten för rättstillämparna i Italien endast utgör ett, och inte det avgörande, av flera element vid tolkningen av de tillämpliga nationella bestämmelserna och att de italienska domstolarna enligt lag inte är skyldiga att överföra domstolens rättspraxis på den nationella rätten. Alla övriga processdeltagare har vid förhandlingen betonat att de italienska domstolarna är bundna av domstolens rättspraxis i ett fall som det förevarande.

47. Slutligen bör det avgörande emellertid ändå vara om ett svar på frågorna *kan vara till nytta* för den nationella domstolen. Förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG är nämligen ett medel för samarbete mellan domstolen och de nationella domstolarna, vilket innebär att domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna en tolkning av gemenskapsrätten som de behöver för att kunna bedöma verkan av en nationell bestämmelse som är i fråga i den tvist de har att avgöra. [38] De nationella domstolarna förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning när de tar ställning till denna nytta. [39]

48. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan inte heller kommissionens andra invändning godtas.

c) Den tredje invändningen: Intresse av en tolkning av gemenskapsrätten saknas

49. Kommissionen har genom sin tredje invändning gjort gällande att det i förevarande fall, till skillnad från vad som var fallet i målen Bronner [40] och Asnef-Equifax, [41] inte finns något intresse av en tolkning av gemenskapsrätten, eftersom denna från början inte kunde tillämpas parallellt med den nationella rätten.

37 — Domstolen har också under liknande omständigheter i exempelvis domarna i målen (ovan fotnot 17) Kofisa Italia, punkt 31, och Poseidon Chartering, punkt 18, fastställt att några paralleller inte kan dras till domen i målet Kleinwort Benson.

38 — Domen i målet Salzmann (ovan fotnot 18), punkt 28, och dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom (REG 2003, s. I-14527), punkt 77.

39 — Se i detta avseende fast rättspraxis avseende relevansen av tolkningsfrågor. Se till exempel domarna i målen Bosman (ovan fotnot 24), punkt 59, EVN och Wienstrom (ovan fotnot 38), punkt 74, Asnef-Equifax (ovan fotnot 24), punkt 15, och Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio ovan fotnot 17), punkt 16.

40 — Dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791).

41 — Se domen i målet Asnef-Equifax (ovan fotnot 24).

50. Detta argument är inte heller övertygande. Kommissionen har inte beaktat att den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi inte endast är begränsad till fall i vilka såväl gemenskapsrätt som nationell rätt i förekommande fall är tillämpliga.

51. Konkurrensrätten kännetecknas visserligen av att nationella bestämmelser och gemenskapsrättsliga bestämmelser inte sällan är tillämpliga på ett och samma sakförhållande. [42] Detta är alltid fallet när tillämpningsområdena för nationell konkurrensrätt och gemenskapens konkurrensrätt överlappar varandra, det vill säga när avtal mellan företag inte endast omfattas av den nationella konkurrensrätten, utan även av artikel 81 EG, framför allt på grund av att de kan påverka handeln mellan medlemsstater i den mening som avses i den bestämmelsen. Redan innan förordning nr 1/2003 trädde i kraft var det i sådana fall särskilt uppenbart att det fanns ett intresse av en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten. [43]

52. Därav följer dock på intet sätt att det endast är av intresse att begäran om förhandsavgörande besvaras när nationella bestämmelser och gemenskapsrättens bestämmelser är parallellt tillämpliga, i den mening som avses i den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi. Tvärtom har denna praxis hittills främst gällt fall som överhuvudtaget inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde, varmed en parallell tillämpning av gemenskapsrätten och nationell lagstiftning redan från början varit utesluten. [44]

53. Inte heller inom konkurrensrätten begränsas intresset av att uppnå en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten till de fall i vilka gemenskapsrätt och nationell lagstiftning är parallellt tillämpliga på grund av att de faktiska omständigheterna omfattas av tillämpningsområdet för såväl gemenskapsrätten som den nationella lagstiftningen. Lagstiftningen i många medlemsstater är *även i fråga om rent nationella sakförhållanden*, som uteslutande omfattas av den nationella konkurrenslagstiftningen, anpassad till motsvarande gemenskapsrättsliga bestämmelser så att dessa bestämmelser är *indirekt tillämpliga*. Denna tendens uppstod inte först i och med ikraftträdandet av förordning nr 1/2003, som inte är tillämplig i förevarande fall. Av

42 — Dom av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Walt Wilhelm (REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 379), punkt 3. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 1980 i de förenade målen 253/78 och 1/79–3/79, Giry och Guerlain (REG 1980, s. 2327), punkt 15, av den 16 juli 1992 i mål C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (REG 1992, s. I-4785; svensk specialutgåva, volym 1, s. 87), punkt 11, och domarna i målen Bronner (ovan fotnot 40), punkt 19, och Asnef-Equifax (ovan fotnot 24), punkt 20.

43 — Sedan förordning nr 1/2003 trädde i kraft är nationella konkurrensmyndigheter och domstolar till och med uttryckligen förhindrade att tillämpa den nationella konkurrenslagstiftningen separat om ett fall samtidigt även omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG. Enligt förordning nr 1/2003 skall de i sådana fall parallellt med den nationella konkurrensrätten tillämpa även artikel 81 EG (artikel 3.1 i förordningen), varvid det skall beaktas att gemenskapsrätten har företräde (jämför artikel 3.2 första meningen i förordningen).

44 — Detta framgår särskilt klart av bland annat domarna i målen (ovan fotnot 17) Leur-Bloem, punkt 27, Giloy, punkt 23, BIAO, punkt 90, Feron, punkt 10, och Poseidon Chartering, punkt 17, samt av domen i målet Andersen och Jensen (ovan fotnot 18), punkterna 16 och 19.

de här aktuella bestämmelserna i italiensk konkurrenslagstiftning, som antogs redan år 1990, framgår att en sådan innehållsmässig anpassning till gemenskapsrätten hade gjorts redan tidigare.

54. Oavsett om gemenskapens konkurrensrätt skall tillämpas *parallellt* med nationell konkurrenslagstiftning på rent interna sakförhållanden eller om den endast är av *indirekt* betydelse till följd av en hänvisning i nationell konkurrenslagstiftning skall den tolkas och tillämpas på ett enhetligt sätt för att säkerställa största möjliga rättssäkerhet och jämförbara konkurrensvillkor för samtliga ekonomiska aktörer på vilka gemenskapsrätten är direkt eller indirekt tillämplig. Ett av de huvudsakliga målen med förfarandet för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG är att säkerställa detta i fall som avser konkurrensrätt.

55. Följaktligen har domstolen i konkurrensrättsliga mål fastställt att begäran om förhandsavgörande inte endast kan upptas till sakprövning när en parallell tillämpning av gemenskapens konkurrensrätt och nationell konkurrenslagstiftning förefaller vara möjlig, [45] utan även när endast nationell lagstiftning är tillämplig och gemenskapens konkurrensrätt får relevans på indirekt väg genom en hänvisning i nationell lagstiftning. [46]

56. Kommissionens tredje invändning kan således inte heller godtas.

d) Den fjärde invändningen: Gemenskapsrättsliga bestämmelser saknas

57. Kommissionens fjärde och sista invändning grundar sig på artikel 5 i förordning nr 1/2003, närmare bestämt på den fjärde strecksatsen. Av denna bestämmelse framgår att nationella konkurrensmyndigheter i konkurrensärenden alltid ålägger påföljder *som föreskrivs i nationell lagstiftning*, även när de tillämpar gemenskapsrätten (artikel 81 EG). Kommissionen har därav dragit slutsatsen att gemenskapsrätten i ett fall som det förevarande, i vilket det endast är fråga om att "påföra ... en sanktionsåtgärd", inte innehåller några bestämmelser. Av det skälet finns det inte heller något intresse av en tolkning av gemenskapsrätten.

45 — Domarna i målen Bronner (ovan fotnot 40), punkterna 18–20, och Asnef-Equifax (ovan fotnot 24), punkterna 19–21.

46 — Domen i målet Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (ovan fotnot 17), särskilt punkterna 19–22.

58. Detta resonemang är inte övertygande. Som redan har nämnts [47] är det inte givet att tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan när en övergång av företag har skett uteslutande skall hänföras till *påföljdsbestämmelserna* och bedömas helt isolerat från *materiell konkurrenslagstiftning.*

59. Frågan är inte i första hand huruvida straffrättsliga eller administrativa påföljder kan tillämpas och huruvida sådana påföljder i förekommande fall kan påföras fysiska personer, såsom chefer för företag som deltar i konkurrensbegränsande samverkan. Den centrala frågan är huruvida ett företag överhuvudtaget kan hållas ansvarigt för konkurrensbegränsande samverkan som ett annat företag gjort sig skyldigt till under en viss period. I motsats till vad kommissionen har hävdat kan detta problem inte begränsas till "påföra[nde av] en sanktionsåtgärd", utan det rör sig om *tillskrivning av ansvar för den konkurrensbegränsande samverkan* i dess helhet. Domstolen bedömer följaktligen inte denna fråga uteslutande mot bakgrund av påföljdsbestämmelser, utan i vart fall även mot bakgrund av de *materiellrättsliga bestämmelserna* i artikel 81 EG. [48]

60. Den fjärde strecksatsen i artikel 5 i förordning nr 1/2003 ger emellertid endast upplysning om de *påföljdsbestämmelser* som en nationell myndighet kan tillämpa i ett konkurrensärende som handläggs av denna. Det kan ur denna bestämmelse följaktligen inte dras några entydiga slutsatser för att besvara den fråga som är intressant här, nämligen frågan om *tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan* när en övergång av företag har skett.

61. Kommissionens fjärde invändning kan således inte heller godtas.

3. Avslutande anmärkning avseende frågan huruvida begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning

62. För fullständighetens skull skall det även påpekas att inte heller domen i målet Ynos [49] innehåller några uppgifter som utgör hinder för att tillämpa den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi i förevarande mål.

63. Domstolen har i domen i målet Ynos inte frångått den rättspraxis som härrör från målet Dzodzi. Den fastställde i detta mål att den inte var behörig att meddela förhandsavgörande, eftersom de faktiska omständigheterna i målet inträffade före den berörda medlemsstatens anslutning till Europeiska unionen, det vill säga de låg *utanför det*

47 — Se i detta hänseende mina kommentarer till kommissionens första invändning, särskilt punkt 31 i detta förslag till avgörande.

48 — Se även här punkt 31 i detta förslag till avgörande och domarna i målen ovan fotnot 25) CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 9, och Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 59.

49 — Dom av den 10 januari 2006 i mål C-302/04, Ynos (REG 2006, s. I-371).

tidsmässiga tillämpningsområdet för gemenskapsrätten. [50] Domstolen anser nämligen att den först är behörig att tolka gemenskapsrätten, vad avser dess tillämpning i en ny medlemsstat, från och med dagen för medlemsstatens anslutning. [51]

4. Slutsats i denna del

64. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag slutsatsen att begäran om förhandsavgörande kan upptas till sakprövning.

B — *Bedömning i sak av frågorna*

65. Den nationella domstolen vill med sina två frågor i huvudsak få klarhet i under vilka omständigheter en ekonomisk efterträdare till den som deltagit i konkurrensbegränsande samverkan kan tillskrivas ansvar enligt gemenskapsrätten för den sistnämndas agerande [52] (första frågan) och om konkurrensmyndigheterna i förekommande fall förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid sådan tillskrivning (andra frågan).

66. I målet vid den nationella domstolen är frågan huruvida Autorità Garante med rätta tillskrev ETI ansvar för AAMS deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan eller om den i stället skulle ha hållit AAMS och ETI separat ansvariga, och då endast för den period under vilken de själva deltog i den konkurrensbegränsande samverkan. Medan den italienska regeringen anser att ETI skall tillskrivas ansvar, har såväl ETI som Philip Morris och kommissionen gjort gällande motsatsen.

1. Kriterierna för tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan (första frågan)

67. Den första frågan, som ställts av Consiglio di Stato, avser kriterierna för tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan när en övergång av företag har skett.

68. Det grundläggande problemet med tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan är att målgruppen för konkurrenslagstiftningen och målgruppen för konkurrensmyndigheternas beslut inte nödvändigtvis är identiska.

50 — Domen i målet Ynos (ovan fotnot 49), punkt 37.

51 — Domen i målet Ynos (ovan fotnot 49), punkt 36.

52 — Det angränsande problemet med tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan inom en koncern, exempelvis mellan dotter- och moderbolag, är inte aktuell i förevarande mål och kommer därför inte att behandlas i detalj i det följande. Förevarande mål rör inte heller frågan om och under vilka omständigheter som den ekonomiska efterträdaren ansvarar för skulder som hänför sig till böter som hans föregångare har ålagts.

69. Medan konkurrenslagstiftningen riktar sig till *företag* och är direkt tillämplig på dessa oberoende av deras organisation och rättsliga form, kan beslut från konkurrensmyndigheterna avseende sanktionsåtgärder endast vara riktade till *personer,* inte minst av det skälet att sådana beslut i förekommande fall måste verkställas. [53] Så snart som en konkurrensmyndighet beivrar överträdelser av konkurrensrätten uppkommer därför frågan vem som skall tillskrivas ansvar för överträdelsen. [54]

a) Personligt ansvar och ekonomisk kontinuitet

70. Vid valet av kriterier för tillskrivning av ansvar skall såväl de påförda sanktionsåtgärdernas karaktär av påföljd som deras syfte beaktas. Sanktionsåtgärderna syftar till ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna för att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids (artikel 3.1 g EG). De skall därför avskräcka de ekonomiska aktörerna från att delta i konkurrensbegränsande samverkan. [55]

— Principen om personligt ansvar

71. Av sanktionskaraktären hos de sanktionsåtgärder som konkurrensmyndigheter kan påföra, särskilt böter, för att beivra konkurrensbegränsande samverkan följer att det åtminstone rör sig om ett område som är nära besläktat med straffrätten. Av avgörande betydelse för tillskrivningen av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan är därför *principen om personligt ansvar,* [56] vilken i sin tur är förankrad i *rättsstatsprincipen* och principen om skuld. [57] Personligt ansvar innebär att ansvar för konkurrensbegränsande samverkan i princip skall tillskrivas de fysiska eller

53 — Enligt artikel 256.1 EG är beslut av kommissionen som medför betalningsskyldighet verkställbara. Medan den tyska versionen av fördraget inte innehåller några klargörande uppgifter kan av en rad andra versioner den slutsatsen dras att det måste röra sig om verkställighet av beslut som är riktade till fysiska och juridiska personer. Se till exempel den franska (personnes), italienska (persone), engelska (persons), portugisiska (pessoas) och spanska (personas) samt — särskilt– den nederländska versionen (natuurlijke of rechtspersonen).

54 — Detta framgår särskilt klart av domstolens dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen (REG 1991, s. II-1623; svensk specialutgåva, volym 11, s. 1), punkt 236. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 60.

55 — Dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457), punkt 173, enligt vilken syftet med sanktionsåtgärder mot konkurrensbegränsande samverkan både är att "straffa olagliga beteenden och att förebygga en upprepning". Se även dom av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen (REG 2007, s. I-4405), punkt 22. Vad gäller målet att förebygga framtida överträdelser genom avskräckning, se dessutom dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen (REG 2006, s. I-5859), punkt 61, och i mål C-308/04 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkt 37.

56 — Domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 145. Även i medlemsstaternas nationella rättsordningar utgör principen om personligt ansvar som regel utgångspunkten för tillskrivningen av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan.

57 — Se härom även generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 11 februari 2003 i mål C-204/00 P, Aalborg Portland mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 7 januari 2004 (REG 2004, s. I-123, s. I-133), särskilt punkterna. 63–65. Principen om skuld kommer även till uttryck i till exempel artikel 23.2 i förordning nr 1/2003, enligt vilken överträdelser som har skett *uppsåtligen* eller *av oaktsamhet* beivras med böter.

juridiska personer som driver det företag som deltagit i samverkan, [58] med andra ord hålls rättssubjekt i detta företag ansvarigt.

72. Det personliga ansvaret bidrar i allmänhet samtidigt till att säkerställa ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna. Har den som driver ett företag också det avgörande inflytandet över dess beteende på marknaden leder de påförda sanktionsåtgärderna till att detta beteende ändras, så att företaget agerar i överensstämmelse med konkurrensrätten i framtiden. Sanktionen har samtidigt en allmänpreventiv verkan genom att den avskräcker andra ekonomiska aktörer från att delta i konkurrensbegränsande samverkan.

73. Det kan till följd av omstruktureringar, avyttringar av verksamheter och andra förändringar naturligtvis hända att den person som driver ett företag som deltagit i konkurrensbegränsande samverkan vid tidpunkten för beivrandet inte är samma person som drev företaget då överträdelsen begicks. I sådana fall följer det av principen om personligt ansvar att ansvar för den konkurrensbegränsande samverkan i princip skall tillskrivas den fysiska eller juridiska person som drev företaget vid tidpunkten för överträdelsen (*den ursprungliga innehavaren*), även om en annan person är ansvarig för företagets drift (*den nya innehavaren*) vid tidpunkten för konkurrensmyndighetens beslut. [59] Har företaget fortsatt med överträdelsen under den nya innehavarens ansvar så skall den nya innehavaren tillskrivas ansvar för den konkurrensbegränsande samverkan från och med den tidpunkt då företaget övertogs. [60]

— Riskerna med en överdrivet formalistisk tillämpning av principen om personligt ansvar

74. Om den ursprungliga innehavaren av företaget emellertid inte längre existerar eller inte längre bedriver ekonomisk verksamhet i nämnvärd omfattning riskerar sanktionsåtgärden för den konkurrensbegränsande samverkan att rinna ut i sanden. En överdrivet formalistisk tillämpning av principen om personligt ansvar skulle följaktligen kunna leda till att syftet med sanktionsåtgärden mot konkurrensbegränsande samverkan, nämligen att säkerställa ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna, omintetgörs. [61] Inne-

58 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen (REG 2000, s. I-9641), punkt 71, i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen (REG 2000, s. I-9693), punkt 78, i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 2000, s. I-9925), punkt 37, och i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen (REG 2000, s. I-10101), punkt 27. Se dessutom domstolens dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen (REG 1998, s. II-1373), punkt 63.

59 — Se även här den ovan i fotnot 58 nämnda rättspraxisen. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 145.

60 — Se särskilt domen i målet Cascades mot kommissionen ovan fotnot 58), punkterna 77–80.

61 — Att domstolen har fäst särskild uppmärksamhet vid denna omständighet framgår till exempel av domarna i målen CRAM och Rheinzink mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 9, kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 146, sista meningen, och Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 59. Se även domstolens dom av den 11 mars 1999 i mål T-134/94, NMH Stahlwerke mot kommissionen (REG 1999, s. II-239), punkt 127, och av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m. fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-1487), punkterna 106 och 107.

havare av företag skulle dessutom kunna frestas att dra sig undan det konkurrensrättsliga ansvaret med hjälp av vissa organisatoriska förändringar.

77. Därutöver måste särskilda omständigheter föreligga som rättfärdigar att principen om personligt ansvar frångås. I detta avseende har i huvudsak två typfall utarbetats i rättspraxis.

— Kriteriet om ekonomisk kontinuitet

75. För ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna kan det därför bli nödvändigt att *undantagsvis* tillskriva den nya innehavaren av det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan, och inte den ursprungliga innehavaren, ansvar för detta agerande.

78. För det första är kriteriet om ekonomisk kontinuitet tillämpligt vid förändringar som enbart avser innehavaren av det företag som deltar i den konkurrensbegränsande samverkan och som leder till att denna juridiskt sett inte längre existerar.[65] Genom att ta hänsyn till ekonomisk kontinuitet säkerställs att juridiska personer inte drar sig undan sitt konkurrensrättsliga ansvar genom att ändra sin rättsliga form eller sitt namn.[66] Detta måste även gälla med avseende på en fusion vid vilken den ursprungliga innehavaren av det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan upphör att existera som juridisk person och ersätts av en annan juridisk person, som efterträder denna.

76. Den nya innehavaren kan emellertid endast tillskrivas sådant ansvar om han ur ekonomisk synvinkel verkligen kan anses som efterträdare till den ursprungliga innehavaren,[62] det vill säga om han fortsätter att driva det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan[63] (*kriteriet om ekonomisk kontinuitet*)[64].

79. För det andra tillämpas kriteriet om ekonomisk kontinuitet i rättspraxis även på omstruktureringar inom en koncern i vilken den ursprungliga innehavaren inte nödvändigtvis juridiskt sett upphör att existera, men inte längre utövar ekonomisk verksamhet i nämnvärd omfattning, inte ens på en annan

62 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), punkt 84.

63 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen (ovan fotnot 25) CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 9, och Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 59.

64 — Domarna i målen kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 145, och Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 359.

65 — Domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 145.

66 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen (ovan fotnot 25) CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 9, och Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 59.

marknad än den som berörs av den konkurrensbegränsande samverkan.[67] Finns det nämligen ett strukturellt samband[68] mellan den ursprungliga och den nya innehavaren av det företag som deltar i den konkurrensbegränsande samverkan, så kan de som berörs undgå konkurrensrättsligt ansvar med hjälp av de rättsliga möjligheter för utformning som står dem till buds, oavsett om detta sker avsiktligt eller oavsiktligt. Den ursprungliga innehavaren av företaget kan till exempel till följd av en omstrukturering inom koncernen förvandlas till ett "tomt skal utan kärna". I det fallet skulle en konkurrensrättslig sanktionsåtgärd som påförts nämnda innehavare förlora all verkan.[69]

uppkommit till följd av deltagandet i kartellen hålls ansvarig[70] och att å andra sidan sanktionsåtgärden som sådan inte förlorar sin ändamålsenliga verkan. Det är nämligen endast den ekonomiskt aktiva nya innehavaren som kan verka för att företaget agerar i överensstämmelse med konkurrensrätten i framtiden. Sanktionsåtgärden skulle sakna sådan verkan om den påfördes den ursprungliga innehavaren av företaget som inte längre är ekonomiskt aktiv. Även den allmänpreventiva, avskräckande verkan på andra ekonomiska aktörer skulle vara mindre i det fallet.

— Gränserna för tillämpningen av kriteriet om ekonomisk kontinuitet

80. Enbart genom att tillskriva den nya innehavaren av företaget ansvar för konkurrensbegränsande samverkan kan det i ovannämnda typfall säkerställas att å ena sidan den person som drar nytta av företagets eventuella vinster och värdeökningar som

81. Principen om personligt ansvar får emellertid inte urholkas och vändas till sin motsats med hänvisning till ekonomisk kontinuitet. Kriteriet om ekonomisk kontinuitet skall nämligen inte ersätta principen om personligt ansvar, utan endast komplettera denna, i den mån som detta är nödvändigt för att med hänsyn till överträdelsens allvar effektivt beivra konkurrensbegränsande samverkan och på så sätt bidra

67 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 359, där det framhölls att kriteriet om ekonomisk kontinuitet inte var tillämpligt i "fallet med två existerande och verksamma företag av vilka det ena företaget helt enkelt hade överlåtit en viss del av sin verksamhet till det andra företaget". Se, för ett liknande resonemang, domen i målet NMH Stahlwerke mot kommissionen (ovan fotnot 61), punkterna 127-137.

68 — Avseende betydelsen av strukturellt samband, se domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 359, jämförd med punkt 344. Domstolen fann i det målet att den omständigheten att den som ursprungligen hade drivit det bolag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan ägde 50 procent av aktierna i den nya innehavarens bolag räckte för att anta att det fanns ett strukturellt samband mellan de båda.

69 — Därvid är det särskilt viktigt att ha i åtanke att företagens omsättning är av avgörande betydelse vid beräkningen av böterna (se till exempel artikel 23.2 i förordning nr 1/2003). Om ett företag inte längre har någon nämnvärd omsättning kan det inte heller påföras effektiva böter.

70 — Det har i rättspraxis fastslagits att den vinst som ett företag kan ha gjort genom sitt konkurrensbegränsande beteende är en sådan omständighet som ingår i bedömningen av överträdelsernas allvar och att den omständigheten att denna faktor beaktas avser att säkerställa böternas avskräckande verkan (se 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 (REG 2005, s. I-5425), Dansk Rørindustri m. fl. mot kommissionen, punkterna 260 och 292.

till ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna. Av detta följer att tillämpningen av kriteriet om ekonomisk kontinuitet skall behålla sin karaktär av undantag.

82. Detta utesluter inte att nya typfall kan tillkomma till de båda ovannämnda. [71] Särskilt snäva gränser för tillämpningen av kriteriet om ekonomisk kontinuitet har satts när det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan avyttras till en oberoende tredje köpare och det inte finns något strukturellt samband mellan den ursprungliga och den nya innehavaren. I det fallet får kriteriet om ekonomisk kontinuitet endast tillämpas och därmed även ansvar för konkurrensbegränsande samverkan tillskrivas den nya innehavaren om företaget överförts till nämnda köpare *i oegentligt syfte*, det vill säga i syfte att undgå konkurrensrättsliga sanktionsåtgärder. [72]

83. Har övergången däremot inte skett i oegentligt syfte och har företaget förvärvats av den oberoende tredje köparen på marknadsvillkor så bör inte kriteriet om ekonomisk kontinuitet tillämpas. För ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna krävs i det fallet nämligen inte att principen om personligt ansvar frångås. De konkurrensrättsliga sanktionsåtgärderna kan i allmänhet även ha verkan i förhållande till den ursprungliga innehavaren av företaget.

84. Vid en försäljning på marknadsvillkor är det inte heller nödvändigtvis så att endast den nya innehavaren drar nytta av eventuella vinster och värdeökningar av företaget som uppkommit till följd av dess deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan. Detta beror på vad som har avtalats mellan säljaren och köparen i fråga om skulder, och särskilt på om risken för böter för konkurrensbegränsande samverkan har beaktats genom en nedsättning av priset eller inte.

b) Omständigheterna i förevarande fall

85. Även om domstolen själv inte får göra en bedömning av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen kan den emellertid med beaktande av omständigheterna i förevarande fall ge den nationella domstolen alla de upplysningar som kan underlätta avgörandet av det mål som är anhängiggjort vid denna domstol. I detta sammanhang skall följande framhållas:

86. Förevarande fall utmärker sig genom att den italienska staten genom det egna företaget AAMS till en början utövade ekonomisk verksamhet på två områden, för det

71 — Jämför punkterna 78 och 79 i detta förslag till avgörande.

72 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkterna 145 och 146, sista meningen, och HFB mot kommissionen (ovan fotnot 61), punkt 107. Se även generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 57), punkterna 66 och 67.

första på spel- och lotteriområdet och för det andra inom tobaksbranschen. Endast ett av dessa båda områden, nämligen tillverkning och försäljning av tobaksvaror, övergick därefter till det offentliga ekonomiska organet ETI, som hade bildats för detta ändamål och inledningsvis var underställt ekonomi- och finansministeriets kontroll och först därefter omvandlades till ett aktiebolag och privatiserades.

87. I ett första skede skedde alltså endast en intern omstrukturering efter vilken statens berörda ekonomiska verksamheter inom spel- och tobaksbranschen fortfarande var förenade under ekonomi- och finansministeriets gemensamma tak och även kvarstod under dess kontroll. I ett andra skede undandrogs statens ekonomiska verksamheter inom tobaksbranschen emellertid ekonomi- och finansministeriets inflytande och övergick i privat ägo.

88. Det är visserligen obestridligt att det offentliga ekonomiska organet ETI och aktiebolaget ETI SpA skall ses som *ekonomiska efterträdare* till AAMS i fråga om tillverkning och försäljning av tobaksvaror. För detta talar inte endast den formella överföringen av dessa verksamheter till ETI och ETI:s ställning som efterträdare till AAMS vad gäller samtliga fordringar och skulder samt rättigheter och tillgångar.[73] ETI har enligt den information som finns tillgänglig även i det ekonomiska livet helt och hållet övertagit AAMS roll, även vad gäller deltagandet i den konkurrensbegränsande samverkan med Philip Morris.

89. Enbart den omständigheten att ETI fortsätter att driva AAMS företagsverksamhet i fråga om tillverkning och försäljning av tobaksvaror och att kriteriet om ekonomisk kontinuitet därmed är uppfyllt räcker emellertid inte för att, med avvikelse från principen om personligt ansvar, tillskriva ETI ansvar för AAMS konkurrensbegränsande samverkan. Såsom redan har nämnts ovan[74] skall kriteriet om ekonomisk kontinuitet nämligen inte ersätta principen om personligt ansvar, utan endast komplettera denna, i den mån som detta är nödvändigt för att med hänsyn till överträdelsens allvar effektivt beivra konkurrensbegränsande samverkan och på så sätt bidra till ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna.

90. Det är inte klart att en sådan nödvändighet föreligger i ett fall som det förevarande.

73 — Förordning nr 283/1998. Se härom punkt 10 i detta förslag till avgörande.

74 — Se punkt 81 i detta förslag till avgörande.

— AAMS fortsatta ekonomiska verksamhet

91. Det skall för det första erinras om att AAMS ekonomiska verksamhet inte helt och hållet övergick till ETI, utan att AAMS enligt uppgifter från den nationella domstolen fortfarande existerar som självständig ekonomisk aktör med betydande verksamhet på spel- och lotteriområdet. Förevarande fall kan följaktligen inte jämföras med de fall där den ursprungliga innehavaren av det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan juridiskt sett inte längre existerar eller i vart fall inte längre spelar någon roll som ekonomisk aktör. [75]

92. Enligt syftet med sanktionsåtgärden krävs det således inte att den nödvändigtvis påförs ETI i stället för AAMS. En sanktionsåtgärd som påförs AAMS som ursprunglig innehavare av företaget kan nämligen ha en specialpreventiv verkan och på så sätt bidra till ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna. AAMS deltar nämligen fortfarande i det ekonomiska livet och kan genom sanktionsåtgärder förmås att i framtiden agera i enlighet med konkurrensrätten.

93. Ett bötesbelopp som det statliga företaget AAMS åläggs att betala skulle visserligen gå tillbaka till staten. AAMS [76] förvaltningsmässiga och finansiella autonomi tyder emellertid på att sanktionsåtgärden ändå skulle inverka på AAMS individuella beteende på marknaden.

94. Den omständigheten att AAMS inte längre själv utövar ekonomisk verksamhet inom tobaksbranschen utgör inget hinder för att tillskriva AAMS ansvar för konkurrensbegränsande samverkan enligt principen om personligt ansvar. [77] Böter som betalas av AAMS kan i vart fall ha en allmänpreventiv verkan så att de företag som numera är verksamma inom denna ekonomiska sektor förmås att agera i överensstämmelse med konkurrensrätten och avskräcks från nya överträdelser av densamma.

75 — Se härom punkterna 78 och 79 i detta förslag till avgörande.

76 — Se punkt 9 i detta förslag till avgörande. Under förhandlingen tillade den italienska regeringens ombud i detta sammanhang att AAMS budget är skild från ekonomi- och finansministeriets budget.

77 — Se härom domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni (ovan fotnot 26), punkt 145, i vilket Anic drog sig tillbaka från den sektor som berördes av den konkurrensbegränsande samverkan och ändå hölls ansvarig enligt principen om personligt ansvar. Detta förtydligas även i den senare domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 359, i vilken domen i målet kommissionen mot Anic Partecipazioni omskrivs som "fallet med två existerande och verksamma företag av vilka det ena företaget helt enkelt hade överlåtit *en viss del av sin verksamhet* till det andra företaget" (min kursivering).

— Privatisering och avyttrande av ETI till en oberoende tredje köpare

95. Det skall för det andra erinras om att ETI under tiden har omvandlats till ett aktiebolag och privatiserats, såsom för övrigt var planerat från första början. I detta sammanhang tyder inget på att övergången av företaget till ETI skedde i oegentligt syfte för att kringgå konkurrensrättsliga sanktionsåtgärder.

96. Vidare fanns, såvitt framkommit, i vart fall vid den tidpunkt då sanktionsåtgärder påfördes, inte längre något strukturellt samband mellan AAMS som tidigare innehavare av det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan och ETI som dess nya innehavare. Vid den tidpunkten då sanktionsåtgärderna påfördes befann sig företaget redan i den oberoende tredje köparens ägo.

97. Därmed är förevarande fall inte så likt fallet med omstrukturering inom en koncern, utan liknar snarare fallet med avyttring av företag till en oberoende tredje köpare på marknadsvillkor, på vilket kriteriet om ekonomisk kontinuitet, såsom nämnts ovan, [78] inte bör användas.

98. Till skillnad från den italienska regeringen anser jag att den eventuella värdeökning som uppkommit till följd av den konkurrensbegränsande samverkan hos det företag som ETI fortsätter att driva inte ger anledning att avvika från principen om personligt ansvar. Såsom redan anförts ovan drar nämligen inte nödvändigtvis endast den nya innehavaren av företaget nytta av en sådan värdeökning. En sådan värdeökning kan nämligen ha återspeglats i försäljningspriset av ETI SpA:s aktier vid den tidpunkt då det privatiserades fullständigt och skulle i det fallet till och med ha realiserats av säljaren, det vill säga av den italienska staten.

99. Slutligen skall det noteras att det med avseende på tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan inte borde göra någon skillnad om en privatperson eller staten har avyttrat det företag som deltagit i nämnda samverkan till en oberoende tredje köpare. I vart fall bör inte staten ges en bättre ställning än en privat säljare.

100. Kommissionen anser emellertid att ansvaret för ett offentligt företags konkurrensbegränsande samverkan när en privatisering har skett under vissa omständigheter skall övergå till företagets nya privata innehavare enligt principen om ekonomisk kontinuitet. Kommissionen har framför allt

78 — Se punkterna 81–84 i detta förslag till avgörande.

övervägt denna möjlighet för det fall att staten, inom ramen för den särskilda organisationsstruktur i vilken det privatiserade företaget ursprungligen ingick, inte längre utövar ekonomisk verksamhet efter privatiseringen, även om den fortsätter att bedriva ekonomisk verksamhet inom ramen för andra strukturer, till exempel inom andra ministeriers behörighetsområden.[79]

101. Mot detta talar emellertid att blott den omständigheten att ett offentligt företag privatiseras inte bör befria staten från dess ansvar för eventuell konkurrensbegränsande samverkan vad gäller det företag som tidigare drevs av denna. Statens ansvar är den logiska följden av att den utövar ekonomisk verksamhet, vid utövandet av vilken den i princip inte kan undandra sig de konkurrensregler som gäller för alla företag (se även artikel 86.1 EG). Om en privatperson enligt principen om ekonomisk kontinuitet fortsätter att ansvara för konkurrensbegränsande samverkan i vilken ett av de företag som den drivit deltagit även efter avyttringen av nämnda företag kan således inte något annat gälla för staten.

102. Det problem som har åberopats av kommissionen behöver emellertid inte lösas här. I förevarande mål är det nämligen enligt uppgifter från den nationella domstolen utrett att den italienska staten fortfarande är ekonomiskt verksam genom AAMS. Dess ekonomiska verksamhet fortsätter alltså i den organisationsstruktur som härrör från det verksamhetsområde som senare överfördes till ETI och privatiserades.

103. Sammanfattningsvis anser jag att konkurrensmyndigheter och domstolar i ett fall som det förevarande skall tillämpa principen om personligt ansvar och inte tillskriva ansvar för konkurrensbegränsande samverkar enligt principen om ekonomisk kontinuitet.

2. Huruvida konkurrensmyndigheterna eventuellt förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid tillskrivningen av ansvar (andra frågan)

104. Consiglio di Stato önskar genom sin andra fråga i huvudsak få klarhet i huruvida den behöriga konkurrensmyndigheten skönsmässigt kan tillskriva den ursprungliga eller den nya innehavaren av det företag som

79 — Kommissionen har som exempel bland annat hänvisat till att de statliga företagen inom post- och järnvägsområdet i Italien traditionellt ingick i andra organisationsstrukturer och särskilt till att de var underställda andra ministerier än AAMS.

deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan ansvar för att säkerställa att den ändamålsenliga verkan med konkurrensreglerna inte äventyras.

105. Såsom redan har anförts ovan skall tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan när en övergång av företag har skett ske enligt principen om personligt ansvar. Kriteriet om ekonomisk kontinuitet skall inte ersätta principen om personligt ansvar, utan endast komplettera denna, i den mån som detta är nödvändigt för att med hänsyn till överträdelsens allvar effektivt beivra konkurrensbegränsande samverkan och på så sätt bidra till ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna.

106. Därav följer att de behöriga konkurrensmyndigheterna och domstolarna inte kan välja att tillskriva antingen dess ursprungliga eller dess nya innehavare ansvaret för ett företags konkurrensbegränsande samverkan. Kriteriet om ekonomisk kontinuitet kan endast tillämpas om syftet med den konkurrensrättsliga sanktionen skulle gå förlorat om endast principen om personligt ansvar tillämpades.

107. Om syftet med en konkurrensrättslig sanktionsåtgärd bedöms gå förlorat kan emellertid en bedömning av komplexa ekonomiska situationer bli nödvändig i det enskilda fallet.

108. Således skall det i förekommande fall prövas huruvida den ursprungliga innehavaren av det företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan fortfarande utövar ekonomisk verksamhet i nämnvärd omfattning vid den tidpunkt då överträdelsen beivras, så att en sanktionsåtgärd som påförs nämnda innehavare på ett effektivt sätt kan gynna genomförandet av konkurrensreglerna. Även frågan huruvida det finns ett strukturellt samband mellan den ursprungliga och den nya innehavaren av företaget kan förutsätta en sådan bedömning av komplexa ekonomiska sammanhang, liksom frågan huruvida företaget avyttrades på marknadsvillkor eller i oegentligt syfte till den nya innehavaren.

109. Såsom kommissionen med rätta har anfört förfogar den behöriga konkurrensmyndigheten enligt gemenskapsrätten över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid genomförandet av sådana bedömningar. [80]

80 — Se, för ett liknande resonemang, fast rättspraxis. Se exempelvis dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m. fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 34, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 62, samt domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 25), punkt 279.

VI — Förslag till avgörande

110. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen svarar Consiglio di Stato enligt följande:

1) a) Enligt principen om personligt ansvar skall ansvar för konkurrensbegränsande samverkan i vilken ett företag har deltagit i princip tillskrivas den ursprungliga innehavaren som ansvarade för företaget vid tidpunkten för överträdelsen, även om en ny innehavare ansvarar för företaget vid tidpunkten för konkurrensmyndighetens beslut.

Detta gäller även om företaget drevs av staten vid tidpunkten för överträdelsen och ansvaret därefter övergick till en privatperson.

b) Ansvar för konkurrensbegränsande samverkan kan endast undantagsvis tillskrivas den nya innehavaren, om

— den nya innehavaren av företaget har fortsatt att driva företaget fram till tidpunkten för konkurrensmyndighetens beslut,

— den ursprungliga innehavaren juridiskt sett inte längre existerar eller inte längre bedriver ekonomisk verksamhet i nämnvärd omfattning, inte ens på en annan marknad än den som berörs av den konkurrensbegränsande samverkan, och

— det antingen finns ett strukturellt samband mellan den nya och den ursprungliga innehavaren eller övergången av företaget till den nya innehavaren har skett i oegentligt syfte för att undgå den konkurrensrättliga sanktionsåtgärden.

2) Den behöriga konkurrensmyndigheten förfogar inte över något utrymme för skönsmässig bedömning vid tillskrivning av ansvar för konkurrensbegränsande samverkan. Den förfogar emellertid över ett utrymme för skönsmässig bedömning i den mån som den inom ramen för denna tillskrivning måste bedöma komplexa ekonomiska situationer.