Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 6. september 2012 [1]

Sag C-226/11

Expedia Inc.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af cour de cassation (Frankrig))

»Konkurrence — artikel 81 EF — mærkbar påvirkning af konkurrencen — vurdering af mærkbarheden ved tilsigtede konkurrencebegrænsninger — Kommissionens »de-minimis-meddelelse« (»bagatelmeddelelse«) — markedsandele under bagatelmeddelelsens markedsandelstærskler — nationale konkurrencemyndigheders beføjelser til alligevel at anvende artikel 81 EF og pålægge sanktioner — artikel 3, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003«

I – Indledning

1. Er Kommissionens meddelelser på konkurrencerettens område bindende for de nationale konkurrencemyndigheder og domstole? Det er det centrale retlige spørgsmål, Domstolen er konfronteret med i den foreliggende præjudicielle sag. Dette spørgsmål rejser sig med hensyn til den såkaldte »de-minimis-meddelelse« [2] (også kaldet »bagatelmeddelelsen«), i hvilken Kommissionen redegør for, under hvilke omstændigheder den antager, at der foreligger en *mærkbar konkurrencebegrænsning* i henhold til artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF).

2. Spørgsmålet er forelagt af den franske cour de cassation [3], som behandler en retstvist mellem online-rejsebureauet Expedia og de franske konkurrencemyndigheder [4]. Sammen med det statslige franske jernbaneselskab Société nationale des chemins de fer (SNCF) havde Expedia dannet et joint venture med henblik på salg af togbilletter og andre rejsetjenesteydelser. Gennem dette samarbejde opnåede Expedia en privilegeret adgang til hjemmesiden »voyages-sncf.com«, som SNCF havde oprettet, og opnåede dermed en positiv særbehandling for sine tjenesteydelser, som andre rejseagenter var udelukket fra. Dette anså de franske konkurrencemyndigheder for en forbudt begrænsning af konkurrencen og pålagde Expedia og SNCF bøder, idet de anså både artikel 81 EF og den tilsvarende bestemmelse i den nationale konkurrenceret for tilsidesat.

3. Parterne i hovedsagen er først og fremmest uenige om, hvorvidt den omtvistede aftale mellem Expedia og SNCF har bevirket en mærkbar konkurrencebegrænsning i artikel 81 EF's forstand. Expedia gør gældende, at den markedsandelstærskel på 10%, som Kommissionen har lagt til grund i bagatelmeddelelsen, ikke er nået i den foreliggende sag, hvorfor de franske konkurrencemyndigheder efter Expedias mening ikke havde ret til at antage, at der forelå en mærkbar begrænsning af konkurrencen.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Meddelelse fra Kommissionen om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, EFT 2001 C 368, s. 13.

3 — Kassationsret.

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

4. På baggrund heraf ønsker cour de cassation oplyst, om det i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003[5] er tilladt de nationale myndigheder at antage, at der også under den anførte markedsandelstærskel på 10% foreligger en mærkbar begrænsning af konkurrencen. I den forbindelse fremhæver de øverste franske dommere særligt, at den omtvistede aftale mellem Expedia og SNCF ud fra, hvad der er blevet konstateret i hovedsagen, ikke blot havde en konkurrencebegrænsende virkning, men også et konkurrencebegrænsende formål.

5. Ved sin besvarelse af den foreliggende præjudicielle anmodning vil Domstolen på afgørende vis fastlægge det spillerum, som nationale konkurrencemyndigheder og domstole i fremtiden råder over ved anvendelsen af artikel 101 TEUF. Desuden giver denne sag lejlighed til yderligere at præcisere de krav, der – både på EU-plan og på nationalt plan – stilles til konstatering af *tilsigtede konkurrencebegrænsninger*. Disse to forholds betydning for anvendelsen af den nye ordning for gennemførelse af kartellovgivningen, som blev indført ved forordning (EF) nr. 1/2003, bør ikke undervurderes.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

6. Ved besvarelsen af den præjudicielle anmodning skal forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler (herefter også »kartelforbuddet«) som affattet før Lissabontraktatens ikrafttrædelse lægges til grund, da det franske konkurrenceråds afgørelse, som er omtvistet i hovedsagen, blev truffet i februar 2009. Den EU-retlige ramme for denne sag fastlægges derfor af artikel 81, stk. 1, EF og af forordning nr. 1/2003, der blev udstedt til gennemførelse heraf. Dog kan mine bemærkninger til artikel 81 EF anvendes tilsvarende på den af den forelæggende ret anførte bestemmelse i artikel 101 TEUF.

7. I artikel 3 i forordning nr. 1/2003 er der i uddrag fastsat følgende regler om »Forholdet mellem […] artikel 81 [EF] […] og medlemsstaternes konkurrenceret«:

»1. Når medlemsstaternes konkurrencemyndigheder eller domstole anvender national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som omhandlet i […] artikel 81, stk. 1[, EF], som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, som omhandlet i den nævnte artikel, skal de ligeledes anvende […] artikel 81 [EF] på sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis. […]

2. Anvendelsen af national konkurrenceret må ikke føre til forbud mod aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis, som kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke begrænser konkurrencen som omhandlet i [...] artikel 81, stk. 1[, EF], eller som opfylder betingelserne i [...] artikel 81, stk. 3[, EF], eller som er omfattet af en forordning med henblik på anvendelse af artikel 81, stk. 3[, EF]. [...]

[…]«

8. Om »Samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder« står der i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003:

»Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder anvender Fællesskabets konkurrenceregler i nært samarbejde.«

5 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT 2003 L 1, s. 1.

9. Supplerende skal der henvises til bemærkningerne i 1., 6., 8., 14., 15., 22. og 34. betragtning til forordning nr. 1/2003:

»(1) For at etablere en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes, skal [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF] anvendes effektivt og ensartet overalt i [EU]. […]

[…]

(6) For at sikre en effektiv anvendelse af [EU's] konkurrenceregler bør medlemsstaternes konkurrencemyndigheder i højere grad inddrages i anvendelsen heraf. De bør derfor beføjes til at anvende [EU-retten].

[…]

(8) For at sikre, at [EU's] konkurrenceregler håndhæves effektivt, og at denne forordnings samarbejdsmekanismer fungerer tilfredsstillende, er det nødvendigt at pålægge medlemsstaternes konkurrencemyndigheder og domstole også at anvende [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF], når de anvender nationale konkurrenceregler på aftaler og praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater. For at skabe lige vilkår inden for det indre marked for aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger og samordnet praksis er det også nødvendigt [...] at fastlægge forholdet mellem national ret og [EU's] konkurrenceret. Det er derfor nødvendigt at foreskrive, at anvendelsen af national konkurrenceret på aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som omhandlet i [...] artikel 81 [EF], ikke må føre til forbud mod sådanne aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, hvis de ikke også er forbudt i henhold til [EU's] konkurrenceret. […]

[…]

(14) For at klargøre retstilstanden og sikre, at retsreglerne anvendes på en ensartet måde i [Unionen], navnlig i forbindelse med nye typer aftaler eller praksis, som ikke er blevet afgjort i retspraksis og administrativ praksis, kan det desuden i særlige tilfælde, hvor almene fællesskabsinteresser kræver det, være hensigtsmæssigt for Kommissionen at vedtage en beslutning af deklaratorisk karakter, hvorved det konstateres, at forbuddet i [...] artikel 81 [EF] eller artikel 82 [EF] ikke finder anvendelse.

(15) [...] Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder bør sammen danne et netværk af offentlige myndigheder, der anvender [EU's] konkurrenceregler i nært samarbejde. [...]

[…]

(22) Af hensyn til retssikkerheden og den ensartede anvendelse af [EU's] konkurrenceregler under en ordning med parallel kompetence skal modstridende beslutninger undgås. […]

[…]

(34) Principperne i [...] artikel 81 [EF] og 82 [EF] [...] har tildelt [EU's institutioner] en central rolle. Denne centrale rolle bør bevares, samtidig med at medlemsstaterne i højere grad inddrages i anvendelsen af [Unionens] konkurrenceregler. […]

[…]«

10. I den foreliggende sag er desuden Kommissionens bagatelmeddelelse fra 2001 af betydning. Det hedder heri i uddrag:

»[…]

2. I denne meddelelse kvantificerer Kommissionen ved hjælp af markedsandelstærskler, hvad der ikke udgør en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til [...] artikel 81 [EF]. […]

[…]

4. I sager, der er omfattet af denne meddelelse, vil Kommissionen hverken efter anmodning eller på eget initiativ indlede en procedure. Når virksomheder i god tro antager, at en aftale er omfattet af denne meddelelse, vil Kommissionen ikke pålægge dem bøder. Selv om denne meddelelse ikke er bindende for medlemsstaternes domstole og myndigheder, tilsigter den at vejlede disse i forbindelse med deres anvendelse af artikel 81 [EF].

[…]

6. Denne meddelelse foregriber ikke EF-domstolens eller Retten i Første Instans' fortolkning af artikel 81 [EF].

[…]

7. Kommissionen er af den opfattelse, at aftaler mellem virksomheder, der påvirker handelen mellem medlemsstater, ikke begrænser konkurrencen mærkbart i artikel 81, stk. 1[, EF]'s forstand:

a) hvis aftaleparternes samlede markedsandel ikke overstiger 10% på noget relevant marked, der er berørt af aftalen, når aftalen er indgået mellem virksomheder, der er faktiske eller potentielle konkurrenter på et af disse markeder (aftaler mellem konkurrenter) […]

[…]

[…]

11. Punkt 7, 8 og 9 gælder ikke for aftaler, der indeholder nogen af følgende alvorlige begrænsninger: […]

[…]«

B – *National ret*

11. I fransk ret er for det første artikel L420-1 i code de commerce (handelsloven) relevant, hvilken bestemmelse i det væsentlige indeholder det samme forbud mod kartelaftaler, som gælder på EU-plan i henhold til artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF).

12. Artikel L464-6-1 i code de commerce har derudover overtaget tærskelværdierne i Kommissionens bagatelmeddelelse og overlader det til konkurrencemyndighedernes skøn, om der skal gennemføres en procedure for bagatelsager[6]. Når de i denne meddelelse anførte markedsandelstærskler ikke er blevet overskredet af de virksomheder, der er parter i en aftale, kan konkurrencemyndighederne beslutte ikke at forfølge sagen videre.

6 — Medmindre der er indgået en aftale i henhold til code des marchés publics (lov om offentlige aftaler).

III – De faktiske omstændigheder og hovedsagen

13. Det statslige franske jernbaneselskab SNCF ønskede at udbygge sit salg af togbilletter og rejser over internettet og søgte en erfaren partner til dette formål. SNCF valgte det amerikanske selskab Expedia, der er specialist i salg af rejser over internettet. I september 2001 indgik SNCF og Expedia flere samarbejdsaftaler og oprettede et fælles datterselskab, GL Expedia, som i 2004 blev omdøbt til Agence Voyages-sncf.com (herefter »Agence VSC«). Hjemmesiden voyages-sncf.com, som indtil da kun havde været anvendt til information, reservation og salg af togbilletter på internettet, blev herefter det fælles selskabs aktivitetsområde og blev omdannet, således at den ud over de oprindelige aktiviteter også kunne tilbyde tjenesteydelser som online rejsebureau.

14. Efter klage fra flere konkurrenter fastslog de franske konkurrencemyndigheder med afgørelse nr. 09-D-06 af 5. februar 2009, at SNCF og Expedia i henhold til artikel L420-1 i code de commerce og artikel 81 EF havde udøvet ulovlig kartelvirksomhed. De fastslog ifølge den forelæggende rets angivelser, at den praksis, som SNCF og Expedia havde aftalt, havde haft et konkurrencebegrænsende formål. Som sanktion blev Expedia pålagt en bøde på 500 000 EUR og SNCF en bøde på 5 000 000 EUR.

15. Under den administrative procedure for konkurrencemyndighederne havde Expedia i det væsentlige gjort gældende, at tærskelværdierne i Kommissionens bagatelmeddelelse og de tilsvarende grænser i artikel L464-6-1 i code de commerce ikke var blevet nået, idet selskabet hævdede, at der var begået en regnefejl[7]. Eftersom der ikke forelå en markedsandel på 10%, skulle de nationale myndigheder i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 derfor ikke have pålagt nogen sanktion, da bagatelmeddelelsen foreskriver, hvornår der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning i artikel 81 EF's forstand. Den nationale konkurrenceret må ikke være strengere end EU-retten på dette punkt.

16. Konkurrencemyndighederne afviste Expedias anbringende med henvisning til, at Expedia og SNCF var konkurrenter på det pågældende marked for online rejsebureautjenester, og at de havde en markedsandel på mere end 10%. Desuden fremhævede konkurrencemyndighederne, at aftalen mellem Expedia og SNCF har et konkurrencebegrænsende formål.

17. Expedia indbragte konkurrencemyndighedernes afgørelse for cour d'appel de Paris. Appelretten gik ikke direkte ind på spørgsmålet om beregning af Agence VSC's markedsandele på det pågældende marked. Derimod udtalte den i sin dom af 23. februar 2010 med henvisning til »kan«-bestemmelsen i artikel L464-6-1 i code de commerce, at karteller kan forfølges og pålægges sanktioner, også selv om markedsandelstærsklerne ikke er nået. For så vidt som betingelserne i artikel 81 EF er opfyldt – hvilket cour d'appel fastslog i den foreliggende sag – er heller ikke artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 til hinder for pålæggelse af bøder.

18. Som følge af den kassationsappel, som Expedia har indgivet til prøvelse af den af cour d'appel afsagte dom, verserer sagen nu for cour de cassation[8], den forelæggende ret.

7 — Efter Expedias opfattelse skulle konkurrencemyndighederne for at fastslå markedsandelen på det pågældende marked for online rejsebureautjenester ikke have taget hensyn til den markedsandel, der blev opnået med den samlede hjemmeside voyages-sncf.com. Det var nemlig kun en andel på 20% af den pågældende hjemmesides omsætning, der skulle henføres til den omtvistede fælles virksomhed Agence VSC.

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

IV – Den præjudicielle anmodning og retsforhandlingerne ved Domstolen

19. Med afgørelse af 10. maj 2011, indgået til Domstolen den 16. maj 2011, har den franske cour de cassation udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 101, stk. 1, TEUF og artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 fortolkes således, at de er til hinder for, at aftaler, vedtagelser inden for virksomhedssammenslutninger eller samordnet praksis, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, men som ikke overstiger de tærskler, som Kommissionen har fastsat i dens meddelelse af 22. december 2001 om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (EFT C 368, s. 13), forfølges og pålægges sanktioner af en national konkurrencemyndighed på grundlag af både artikel 101, stk. 1, TEUF og den nationale konkurrenceret?«

20. Under retsforhandlingerne ved Domstolen har Expedia og de franske konkurrencemyndigheder, endvidere den franske regering, Irland og den italienske og den polske regering samt Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden indgivet skriftlige indlæg. Bortset fra Irland og den italienske og den polske regering var de samme procesdeltagere også repræsenteret ved den mundtlige forhandling den 27. juni 2012.

V – Retlig vurdering

21. Udgangspunktet for betragtningerne til afgørelse af denne sag må være artikel 3 i forordning nr. 1/2003. Denne bestemmelse knytter EU-rettens og medlemsstaternes kartellovgivning tæt sammen [9]. Hvis det nationale kartelforbud anvendes på en aftale mellem virksomheder, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, skal artikel 81 EF (artikel 101 TEUF) anvendes parallelt i henhold til artikel 3, stk. 1, første punktum, i forordning nr. 1/2003 [10].

22. Hvis det kommer til en sådan parallel anvendelse af EU-kartellovgivningen og national kartellovgivning, sikrer artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 desuden, at EU-kartellovgivningens normer, som har forrang, respekteres. Kort sagt må aftaler mellem virksomheder kun forbydes i henhold til national kartellovgivning, hvis de også er forbudt efter EU-retten [11]. Den nationale konkurrenceret må altså ikke føre til strengere resultater end artikel 81 EF.

23. Da det er fast retspraksis, at kun sådanne aftaler mellem virksomheder [12], som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen *mærkbart* inden for fællesmarkedet [13], må forfølges og pålægges sanktioner inden for rammerne af artikel 81 EF, påbyder artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at kriteriet mærkbarhed også respekteres, når EU-kartellovgivningen og national kartellovgivning – som her – anvendes parallelt af medlemsstaternes myndigheder eller domstole.

9 — Dom af 14.2.2012, sag C-17/10, Toshiba Corporation m.fl., »Toshiba«, præmis 77.

10 — Jf. mit forslag til afgørelse af 8.9.2011 i Toshiba-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 9, punkt 78.

11 — Ottende betragtning til forordning nr. 1/2003.

12 — For nemheds skyld undlader jeg her og i det følgende at omtale vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, som ligeledes er omfattet af artikel 81 EF. For disse gælder fremstillingen i dette forslag til afgørelse tilsvarende.

13 — Dom af 30.6.1966, sag 56/65, LTM mod MBU, dansk specialudgave 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 282, på s. 303, af 9.7.1969, sag 5/69, Völk, dansk specialudgave s. 69, org.ref.: Rec. s. 295, præmis 7, af 6.5.1971, sag 1/71, Cadillon, dansk specialudgave s. 75, org.ref.: Rec. s. 351, præmis 9, af 25.11.1971, sag 22/71, Béguelin, dansk specialudgave s. 257, org.ref.: Rec. s. 949, præmis 16, af 28.4.1998, sag C-306/96, Javico, Sml. I, s. 1983, præmis 12, af 28.5.1998, sag C-7/95 P, Deere mod Kommissionen, Sml. I, s. 3111, præmis 77, af 23.11.2006, sag C-238/05, Asnef-Equifax, Sml. I, s. 11125, præmis 50, og af 2.4.2009, sag C-260/07, Pedro IV Servicios, Sml. I, s. 2437, præmis 68.

24. I den forbindelse ønsker cour de cassation oplyst, om nationale myndigheders vurdering af en konkurrencebegrænsnings mærkbarhed nødvendigvis skal rette sig efter de kriterier, der er offentliggjort på EU-niveau i Kommissionens bagatelmeddelelse. Det er især vigtigt for cour de cassation at få oplyst, om en national myndighed er berettiget til at antage en mærkbar konkurrencebegrænsning, når den aftale mellem virksomheder, som den undersøger, ganske vist ligger under de i bagatelmeddelelsen fastsatte markedsandelstærskler, men indeholder et konkurrencebegrænsende formål.

25. Blandt de procesdeltagere, som har afgivet indlæg i sagen for Domstolen, er det kun Expedia, der mener, at de nationale konkurrencemyndigheder og domstole er bundet til bagatelmeddelelsens markedsandelstærskler, selv om der foreligger et konkurrencebegrænsende formål. Alle de myndigheder og regeringer, der deltager i sagen, giver derimod udtryk for den opfattelse, at bagatelmeddelelsen ikke er forpligtende for nationale myndigheder. Nogle af disse har endda udtrykt det synspunkt, at der ikke behøves nogen konkret undersøgelse af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed for at forfølge en aftale mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål.

A – *Bagatelmeddelelsen har ingen bindende retsvirkninger*

26. Som Domstolen allerede har fastslået i anden sammenhæng, har meddelelser fra Kommissionen på det europæiske konkurrenceretsområde ingen bindende retsvirkninger for de nationale myndigheder og domstole [14]. Således forholder det sig også i den foreliggende sag med bagatelmeddelelsen og de deri indeholdte markedsandelstærskler. Dette fremgår ikke kun af ordlyden i denne meddelelse, men også af dennes formål og af den sammenhæng, i hvilken den er blevet udstedt.

27. Allerede af *ordlyden* i bagatelmeddelelsen kan det uden tvivl sluttes, at denne blot udtrykker Kommissionens retsopfattelse [15], og at den »ikke er bindende« for medlemsstaternes domstole og myndigheder [16]. I øvrigt er det også på forhånd udelukket, at den er bindende for EU-retsinstanserne, da meddelelsen jo udtrykkeligt gør det klart, at dens indhold »[ikke] foregriber« Domstolens eller Rettens fortolkning af artikel 81 EF [17].

28. Den målsætning, der forfølges med bagatelmeddelelsen, taler ligeledes mod, at formuleringerne i den har en bindende karakter. Kommissionens hensigt med denne meddelelse var nemlig blot at gøre sin administrative praksis i forbindelse med anvendelsen af artikel 81 EF gennemskuelig [18], samt at stille en vejledning med nyttige fortolkningshenvisninger til rådighed for de virksomheder, der er aktive på det indre marked, og for medlemsstaternes myndigheder og domstole [19].

29. Dette indtryk styrkes, når man tager den *sammenhæng* i betragtning, som bagatelmeddelelsen indgår i. Kommissionen har ikke udstedt denne meddelelse i forbindelse med udøvelsen af sine lovgivningsbeføjelser, men i sin egenskab af EU's konkurrencemyndighed. Meddelelsen udgør dels en redegørelse for Kommissionens egen administrative praksis, dels fremsætter Kommissionen deri en generel udtalelse eller henstilling af konkurrencepolitisk art inden for rammerne af det ansvar,

14 — Dom af 14.6.2011, sag C-360/09, Pfleiderer, Sml. I, s. 5161, præmis 21; tilsvarende allerede 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 209, ifølge hvilken de af Kommissionen offentliggjorte meddelelser ikke kan kvalificeres som retsregler, samt af 29.9.2011, sag C-520/09 P, Arkema mod Kommissionen, Sml. I, s. 8901, præmis 88, ifølge hvilken de af Kommissionen offentliggjorte retningslinjer kun fastsætter vejledende regler for den praksis, der skal følges.

15 — Jf. herom især bagatelmeddelelsens punkt 2 (»[...] kvantificerer Kommissionen [...]«), punkt 7 (»Kommissionen er af den opfattelse [...]«) og punkt. 9 (»Kommissionen er desuden af den opfattelse [...]«).

16 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, sidste punktum.

17 — Bagatelmeddelelsens punkt 6.

18 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, første og andet punktum.

19 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, sidste punktum.

Kommissionen har fået overdraget, for opretholdelsen og udviklingen af et system, der sikrer, at konkurrencen ikke forvrides på det europæiske indre marked [20]. Kommissionen er beføjet hertil i henhold til artikel 85 EF, sammenholdt med artikel 211, andet led, EF (nu artikel 105 TEUF, sammenholdt med artikel 292, fjerde punktum, TEUF) [21].

30. Sådanne udtalelser eller henstillinger er imidlertid ikke bindende (artikel 249, stk. 5, EF, nu artikel 288, stk. 5, TEUF). Juridisk bindende bestemmelser til gennemførelse af de konkurrenceregler, der indgår i de europæiske traktater, kan udelukkende vedtages af Rådet i form af forordninger eller direktiver (artikel 83 EF, nu artikel 103 TEUF [22]). Det er kun gruppefritagelsesforordninger, der kan vedtages af Kommissionen, endda kun efter bemyndigelse fra Rådet (artikel 85, stk. 3, EF, nu artikel 105, stk. 3 TEUF).

31. Bortset herfra har Kommissionen i henhold til artikel 10 i forordning nr. 1/2003 ganske vist en beføjelse til i særlige tilfælde at vedtage deklaratoriske afgørelser for at fastslå, at artikel 81 EF ikke finder anvendelse. Sådanne afgørelser kan imidlertid kun vedrøre enkelttilfælde (»en aftale«) og er desuden navnlig møntet på nye typer aftaler eller praksis [23]. Konkurrencepolitiske udtalelser af almen art, der går videre end dette, som f.eks. de, der i bagatelmeddelelsen drejer sig om mærkbarheden af konkurrencebegrænsninger, ville sprænge rammerne for artikel 10 i forordning nr. 1/2003.

32. Desuden viser det forhold, at bagatelmeddelelsen blev offentliggjort i »C«-serien af *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, at det ikke hermed tilsigtedes at udstede bindende retsregler. I modsætning til »L«-serien af EU-Tidende har »C«-serien nemlig ikke til formål at offentliggøre juridisk bindende retsakter, men alene oplysninger, anbefalinger og udtalelser om Unionen [24].

33. Endelig kræves det heller ikke af det på EU-plan anerkendte princip om, at straffe skal have lovhjemmel (*nulla poena sine lege*) [25], at bagatelmeddelelsen skal anses for bindende retsnorm. I modsætning til hvad Expedia synes at mene, ligger retsgrundlaget for konkurrencemyndighedernes indgriben mod konkurrencebegrænsende aftaler mellem virksomheder ikke i bagatelmeddelelsen som sådan. Det EU-retlige kartelforbud er derimod allerede nedfældet i den primære ret i artikel 81 EF, dvs. i en traktatbestemmelse, der skaber umiddelbare virkninger med både gunstige og ugunstige følger for virksomhederne [26]. Og hvad angår de sanktioner, som de franske konkurrencemyndigheder har pålagt, har disse hjemmel i den nationale lov [27].

34. Alt i alt må det altså lægges til grund, at bagatelmeddelelsen ikke i sig selv har til formål at skabe bindende retsvirkninger.

20 — Om betydningen af de europæiske konkurrenceregler for det indre markeds funktion jf. dom af 1.6.1999, sag C-126/97, Eco Swiss, Sml. I, s. 3055, præmis 36, af 20.9.2001, sag C-453/99, Courage og Crehan, Sml. I, s. 6297, præmis 20, og – med hensyn til retssituationen efter Lissabontraktatens ikrafttræden – dom af 17.2.2011, sag C-52/09, TeliaSonera, Sml. I, s. 527, præmis 20.

21 — Om Kommissionens rolle ved fastlæggelsen af EU's konkurrencepolitik jf. grundlæggende dom af 14.12.2000, sag C-344/98, Masterfoods, Sml. I, s. 11369, præmis 46, første punktum.

22 — I samme retning vedrørende statsstøtte artikel 89 EF, nu artikel 109 TEUF.

23 — Jf. 14. betragtning til forordning nr. 1/2003 samt dom af 3.5.2011, sag C-375/09, Tele 2 Polska, Sml. I, s. 3055, præmis 25.

24 — Dom af 12.5.2011, sag C-410/09, Polska Telefonia Cyfrowa, Sml. I, s. 3853, præmis 35.

25 — Jf. for det første artikel 49 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og for det andet dom af 7.1.2004, sag C-60/02, X, Sml. I, s. 651, præmis 63, af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 49, og af 29.3.2011, sag C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, Sml. I, s. 2359, præmis 80.

26 — Fast retspraksis, jf. dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT/SABAM, Sml. s. 51, præmis 15-17, Courage og Crehan-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 23, dom af 13.7.2006, forenede sager C-295/04 - C-298/04, Manfredi m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 39, 58 og 59, og af 4.6.2009, sag C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., »T-Mobile«, Sml. I, s. 4529, præmis 49 og 50.

27 — Jf. også artikel 5, stk. 1, sidste led, i forordning nr. 1/2003.

B – *Bagatelmeddelelsen som vejledende retningslinje for anvendelsen af artikel 81 EF (artikel 101 TEUF)*

35. Selv om bagatelmeddelelsen altså, som påvist ovenfor, mangler bindende retsvirkninger, ville det være en fejl at frasige den enhver retlig betydning for kartelsager [28]. Offentliggørelser som bagatelmeddelelsen har nemlig karakter af »soft law«, hvis betydning for kartelsager – både på europæisk plan og på nationalt plan – ikke må undervurderes.

36. Ser man på de administrative kartelprocedurer *på EU-plan,* er det fastslået i retspraksis, at Kommissionen ved at udstede meddelelser vedrørende sin administrative praksis er bundet af sin egen afgørelse. Det drejer sig om vejledende regler, som Kommissionen ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling [29]. Også bagatelmeddelelsen, der er af interesse her, indebærer en sådan bundethed af egen afgørelse, når Kommissionen heri udtrykkeligt erklærer, at den i bagatelsager »hverken efter anmodning eller på eget initiativ [vil] indlede en procedure« [30]. Endvidere tilkendegiver Kommissionen, at den ikke vil pålægge bøder, når virksomheder i god tro antager, at en aftale er omfattet af denne meddelelse [31].

37. Hvad angår administrative kartelprocedurer *på nationalt plan* gør bagatelmeddelelsen udtrykkeligt krav på at »vejlede« medlemsstaternes domstole og myndigheder i forbindelse med deres anvendelse af artikel 81, »selv om [...] meddelelse[n] ikke er bindende for [disse]« [32]. En sådan vejledning er af afgørende betydning for, at det decentrale system for gennemførelsen af kartellovgivningen kan fungere således, som systemet er blevet skabt ved forordning nr. 1/2003 [33]. Den bidrager til det grundlæggende formål, at artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF) i videst muligt omfang skal anvendes effektivt og ensartet overalt i EU [34]. Samtidig hjælper vejledningen til at skabe lige konkurrencevilkår på det indre marked (»level playing field«) [35] og øger endda retssikkerheden for de berørte virksomheder [36]. Denne omstændighed har ikke mindst Expedia med rette henvist til.

28 — I samme retning dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 211, sidste punktum.

29 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 209-211, dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 207 og 208, dommen i sagen Arkema mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 88, og dom af 8.12.2011, sag C-272/09 P, KME m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 12789, præmis 100; i samme retning vedrørende regler om statsstøtte f.eks. dom af 5.10.2000, sag C-288/96, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 62; jf. endvidere – uden for konkurrenceretten – dom af 1.12.1983, sag 190/82, Blomefield mod Kommissionen, Sml. s. 3981, præmis 20.

30 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, første punktum.

31 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, andet punktum.

32 — Bagatelmeddelelsens punkt 4, sidste punktum.

33 — Jf. herom også 6. og 34. betragtning til forordning nr. 1/2003.

34 — Jf. herom betragtningerne til forordning nr. 1/2003, især 1. og 22. betragtning. Betydningen af en effektiv gennemførelse af artikel 81 EF og 82 EF, nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF, er i de senere år blevet fremhævet, f.eks. også i dom af 11.6.2009, sag C-429/07, X, Sml. I, s. 4833, præmis 33-35, og af 7.12.2010, sag C-439/08, VEBIC, Sml. I, s. 12471, især præmis 59 og 61.

35 — Jf. herom også ottende betragtning til forordning nr. 1/2003 samt punkt 169 i mit forslag til afgørelse af 29.4.2010 i sagen C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals, Sml. I, s. 8301, og punkt 118 i mit forslag til afgørelse i Toshiba-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 9.

36 — Jf. herom også 22. betragtning til forordning nr. 1/2003 samt punkt 36 i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 27.4.2006 i sagen C-125/05, Vulcan Silkeborg, Sml. I, s. 7637.

38. Kommissionens ledende rolle ved udformningen af den europæiske konkurrencepolitik, som er fast forankret i reglerne i forordning nr. 1/2003 [37], ville blive undergravet, hvis medlemsstaternes myndigheder og domstole simpelt hen ignorerede en konkurrencepolitisk meddelelse fra Kommissionen. Det følger derfor af den forpligtelse til loyalt samarbejde, der påhviler alle nationale myndigheder (artikel 10 EF, nu artikel 4, stk. 3, TEU) [38], at de nationale myndigheder og domstole skal tage behørigt hensyn til Kommissionens konkurrencepolitiske meddelelser – som f.eks. bagatelmeddelelsen – ved udøvelsen af de beføjelser, de har i henhold til forordning nr. 1/2003 [39].

39. Selv om der altså ikke af Kommissionens bagatelmeddelelse følger nogen bindende regler for de nationale konkurrencemyndigheder og domstole vedrørende den konkurrenceretlige bedømmelse af aftaler mellem virksomheder, skal disse myndigheder og domstole alligevel tage stilling til den vurdering, som Kommissionen bringer til udtryk i bagatelmeddelelsen vedrørende konkurrencebegrænsningens mærkbarhed, og angive begrundelser, som kan efterprøves af domstolene, for eventuelle afvigelser herfra [40].

40. Deraf kan der dog ikke udledes noget absolut forbud for nationale konkurrencemyndigheder og domstole mod at gribe ind over for aftaler mellem virksomheder under de af Kommissionen definerede tærskler for bagatelmarkedsandele.

41. For det første er markedsandele nemlig kun et af flere holdepunkter af kvantitativ og kvalitativ art, efter hvilke det kan bedømmes, om en aftale mellem virksomheder medfører en mærkbar konkurrencebegrænsning eller ikke. Som den italienske regering med rette har fremført, kommer det ud over de pågældende virksomheders markedsandele i det konkrete tilfælde an på den samlede økonomiske og retlige sammenhæng, hvori en bestemt aftale indgår [41].

42. For det andet kan der på de forskellige markeder i medlemsstaterne findes særlige nationale eller regionale konkurrenceproblemer, som en myndighed og en domstol i hvert enkelt tilfælde skal kunne reagere effektivt på. De franske konkurrencemyndigheder har desuden med rette gjort gældende under retsforhandlingerne ved Domstolen, at der kan forekomme objektive forskelle i konkurrencemyndighedernes påtalepraksis, selv om alle disse myndigheder udgør en del af det europæiske netværk af konkurrencemyndigheder (ECN) [42] og arbejder tæt sammen [43].

43. Følgelig står det de nationale konkurrencemyndigheder og domstole frit for at gribe ind over for aftaler mellem virksomheder, selv om det er under bagatelmeddelelsens tærskelværdier, forudsat at de har taget behørigt stilling til Kommissionens henstillinger i bagatelmeddelelsen, og der i det konkrete tilfælde findes andre holdepunkter end de pågældende virksomheders markedsandele, der tyder på en mærkbar konkurrencebegrænsning.

37 — Masterfoods-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 46, første punktum; jf. desuden 34. betragtning til forordning nr. 1/2003, hvori fællesskabsinstitutionernes centrale rolle ved gennemførelsen af de i artikel 81 EF og 82 EF nedfældede principper fremhæves.

38 — Om betydningen af princippet om loyalt samarbejde mellem medlemsstaterne og EU-institutionerne inden for konkurrencepolitik jf. især Masterfoods-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 21, præmis 56, X-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 34, præmis 21, og dommen i sagen Tele 2 Polska, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 26. Betydningen af et tæt samarbejde mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder fremhæves desuden i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og i betragtningerne til denne, jf. f.eks. 8. og 15. betragtning.

39 — I samme retning vedrørende en henstilling fra Kommissionen dom af 13.12.1989, sag C-322/88, Grimaldi, Sml. s. 4407, præmis 18 og 19.

40 — Sådanne begrundelser kan enten anføres fra sag til sag eller i form af en bekendtgørelse fra den pågældende nationale konkurrencemyndighed om dennes påtalepraksis.

41 — I samme retning Cadillon-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 8, dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82 - 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, »IAZ«, Sml. s. 3369, præmis 25, af 12.9.2000, forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavlov m.fl., Sml. I, s. 6451, præmis 91, af 20.11.2008, sag C-209/07, Beef Industry Development Society og Barry Brothers, »BIDS«, Sml. I, s. 8637, præmis 16 og 21, T-Mobile-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 27, og dom af 13.10.2011, sag C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, Sml. I, s. 9419, præmis 35.

42 — På engelsk: European Competition Network (»ECN«).

43 — Jf. vedrørende dette net 15. betragtning til forordning nr. 1/2003.

C – Den manglende betydning af tærskler for bagatelmarkedsandele ved bedømmelsen af aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål

44. Tilbage står at undersøge, hvilken betydning der skal tillægges bagatelmeddelelsens markedsandelstærskler som retningslinje for de nationale myndigheder og domstole, når det drejer sig om aftaler mellem virksomheder *med konkurrencebegrænsende formål*. Ifølge den forelæggende rets oplysninger står det nemlig fast, at den omtvistede aftale mellem Expedia og SNCF havde et konkurrencebegrænsende formål [44], uanset at Expedia, den franske regering og Kommissionen har draget dette i tvivl for Domstolen.

45. På denne baggrund gælder det om at afklare, om det i henhold til bagatelmeddelelsen er muligt at antage en mærkbar konkurrencebegrænsning, når den ganske vist ligger under Kommissionens tærskler for bagatelmarkedsandele, men der forfølges et konkurrencebegrænsende formål. Som navnlig den mundtlige forhandling har vist, ville en afklaring af Domstolens praksis være særlig ønskværdig på dette punkt.

46. Det skal først bemærkes, at det forhold, at en Kommissionsretsakt som bagatelmeddelelsen ikke er retligt bindende, ikke hindrer Domstolen i at fortolke den i en præjudiciel sag i henhold til artikel 267, stk. 1, litra b), TEUF [45].

47. I sit indhold bygger bagatelmeddelelsen på Domstolens praksis, ifølge hvilken kartelforbuddet i artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) kun omfatter *mærkbare* begrænsninger af konkurrencen [46]. Dette har Domstolen fastslået grundlæggende både med hensyn til aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål og i relation til sådanne aftaler, som har en konkurrencebegrænsende virkning [47]. Med andre ord gælder kravet om mærkbarhed i princippet både for konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning.

48. Dette betyder dog ikke, at kravene til *at påvise mærkbarheden* er de samme i begge tilfælde. Tværtimod adskiller disse krav sig alt efter, om en aftale mellem virksomheder har et konkurrencebegrænsende formål eller blot fremkalder en konkurrencebegrænsende virkning.

49. Det er nemlig kun, når der ikke er tilstrækkelige holdepunkter for, at der foreligger et konkurrencebegrænsende formål, at anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF stiller krav om påvisning af konkrete konkurrencebegrænsende virkninger af en aftale. Hvis det derimod står fast, at den berørte aftale har et konkurrencebegrænsende formål, er en konkret påvisning af denne aftales negative virkninger på konkurrencen overflødig i henhold til fast retspraksis. Det er i så fald tilstrækkeligt at godtgøre, at denne aftale konkret kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det fælles marked [48].

44 — I forelæggelsesafgørelsen fra cour de cassation hedder det vedrørende aftalen mellem Expedia og SNCF udtrykkeligt, at »Conseil de la concurrence uimodsagt har fastholdt, at den pågældende praksis havde et konkurrencebegrænsende formål«.

45 — I samme retning Grimaldi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 39, præmis 8 og 9, med hensyn til arbejdsret; også i dom af 2.4.2009, sag C-415/07, Lodato Genaro, Sml. I, s. 2599, har Domstolen – med hensyn til statsstøtte – fortolket retningslinjer fra Kommissionen, der ikke var retligt bindende, som svar på en præjudiciel anmodning angående statsstøtte.

46 — Jf. herom den i fodnote 13 anførte retspraksis.

47 — Völk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 7, og Cadillon-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 9 og 10, begge vedrørende en eneforhandlingsaftale med absolut områdebeskyttelse, dvs. med konkurrencebegrænsende formål; jf. endvidere dom af 24.10.1995, sag C-70/93, Bayerische Motorenwerke, Sml. I, s. 3439, præmis 18, og dommen i sagen Pedro IV Servicios, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 68, begge gange med formuleringen »[...] har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen mærkbart inden for fællesmarkedet«.

48 — T-Mobile-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 28-31; jf. desuden dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org.ref.: Rec. s. 322, på s. 390, BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 15 og 16, dom af 6.10.2009, forenede sager C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl., Sml. I, s. 9291, præmis 55, af 4.10.2011, forenede sager C-403/08 og C-429/08, Football Association Premier League m.fl., »FAPL«, Sml. I, s. 9083, præmis 135, dommen i sagen KME m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 65, og i sagen Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 34.

50. Disse forskellige beviskrav bygger på det forhold, at tilsigtede konkurrencebegrænsninger allerede i sagens natur kan anses for skadelige for de normale konkurrencevilkår [49]. Aftaler med konkurrencebegrænsende formål betragtes generelt som skadelige for samfundet [50]. De kan kun vanskeligt anses for mindre forseelser. Det må tværtimod lægges til grund, at virksomheder, der indgår en aftale med et konkurrencebegrænsende formål, altid dermed tilsigter en mærkbar begrænsning af konkurrencen, uanset hvor store hver enkel parts markedsandele og omsætning måtte være.

51. Disse regler, som følger direkte af artikel 81 EF, må Kommissionen ikke bringe sig i modsætning til i sin bagatelmeddelelse [51]. I overensstemmelse hermed undtager bagatelmeddelelsen da også udtrykkeligt visse »alvorlige begrænsninger« fra gyldigheden af markedsandelstærsklerne [52]. Som Kommissionen selv har medgivet ved den mundtlige forhandling for Domstolen, er der dermed dog ikke forbundet nogen udtømmende opregning af alle aftaler med konkurrencebegrænsende formål [53].

52. Det giver ikke kun i juridisk forstand, men også konkurrencepolitisk god mening at undlade at anvende tærsklerne for bagatelmarkedsandele på aftaler med konkurrencebegrænsende formål: Markedsandelstærskler som dem i bagatelmeddelelsen skal skabe retssikkerhed. De danner en sikkerhedszone (på engelsk: »safe harbour«), inden for hvilken de virksomheder, der er parter i en aftale, ikke behøver være bange for at begå en overtrædelse af kartelforbuddet. En sådan fortrinsbehandling kan dårligt komme virksomheder til gode, der indgår aftaler med et konkurrencebegrænsende formål. Ellers ville virksomheder, hvis markedsandele ligger under bagatelmeddelelsens tærskler, ligefrem blive opfordret til at afstå fra effektiv konkurrence med hinanden og slutte sig sammen i karteller i strid med det indre markeds grundlæggende principper. Dette har ikke mindst Polen med rette påpeget.

53. Alt i alt skal det derfor fastslås, at bagatelmeddelelsens markedsandelstærskler er uden betydning, når det drejer sig om at bedømme mærkbarheden af konkurrencebegrænsninger, der skyldes aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål. Dette har de franske konkurrencemyndigheder samt den franske regering, Irland og den italienske regering med rette gjort opmærksom på. Kommissionen har også i det væsentlige tilsluttet sig denne opfattelse under den mundtlige forhandling for Domstolen.

54. Ganske vist kan man i Domstolens praksis enkelte gange finde domme, der også i tilfælde af aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål erklærer kartelforbuddet for uanvendeligt, for så vidt som disse aftaler »kun påvirker markedet ubetydeligt under hensyn til de pågældendes svage stilling på markedet for de omhandlede produkter« [54]. Dette må dog ikke misforstås sådan, at mærkbarheden af tilsigtede konkurrencebegrænsninger skal måles ved hjælp af markedsandelstærskler, og da slet ikke ved hjælp af de samme tærskler, som danner grundlaget for at undersøge mærkbarheden af bevirkede konkurrencebegrænsninger [55]. I modsat fald ville den grundlæggende forskel på konkurrencebegrænsende formål og konkurrencebegrænsende virkning blive udvisket på utilladelig vis.

49 — BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 17, T-Mobile-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 29.

50 — Om hele spørgsmålet jf. også mit forslag til afgørelse af 19.2.2009 i T-Mobile-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 26, især punkt 42-47, samt generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse af 12.9.2006 i sagen C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, punkt 136.

51 — I samme retning – vedrørende Kommissionens meddelelser på statsstøtteområdet – dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 29, præmis 62, og dom af 11.9.2008, forenede sager C-75/05 P og C-80/05 P, Tyskland m.fl. mod Kronofrance m.fl., Sml. I, s. 6619, præmis 65 og 66.

52 — Bagatelmeddelelsens punkt 11.

53 — For eksempel har Domstolen i T-Mobile-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, især i præmis 32-39, anerkendt det konkurrencebegrænsende formål med at udveksle følsomme prisoplysninger mellem konkurrenter. En sådan adfærd fra virksomheders side ville derimod kun kunne karakteriseres som »alvorlig begrænsning« i bagatelmeddelelsens forstand, hvis man lagde en særlig bred fortolkning til grund i den i meddelelsens punkt 11, nr. 1), litra a), nævnte »aftale«, som »indirekte [...] har til formål [...] at fastsætte priser for salg af produkter til tredjemand«.

54 — Völk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 7, og Cadillon-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 9.

55 — Domstolens udtalelser i Völk-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 7, skal ses på baggrund af markedsandele på mindre end 1%.

55. I overensstemmelse hermed har Domstolen ved selv relativt lave markedsandele, som lå klart under den »bagateltærskel« på 10%, der diskuteres i den foreliggende sag, ikke tøvet med at fastslå mærkbarheden af konkurrencebegrænsninger, for så vidt som de virksomheder, der havde indgået aftalen, med deres adfærd forfulgte et konkurrencebegrænsende formål [56]. Nogle domme afsagt af EU-retsinstanserne har endda slet ikke stillet noget krav til konkrete holdepunkter for mærkbarheden af en konkurrencebegrænsning, når det stod fast, at en aftale mellem virksomheder havde et konkurrencebegrænsende formål [57].

56. Alt dette tillader at konkludere, at der under ingen omstændigheder bør stilles højere krav til påvisningen af mærkbarheden af en tilsigtet konkurrencebegrænsning end inden for rammerne af den såkaldte »mellemstatslighedsbestemmelse« i artikel 81, stk. 1, EF (artikel 101, stk. 1, TEUF) til påvisning af, at der foreligger en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne [58].

57. Hvis det altså – som i den foreliggende sag – står fast, at en aftale mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål kan bevirke en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne [59], kan det samtidig uden videre heraf udledes, at denne aftale også i mærkbar grad kan begrænse, fordreje eller endog hindre konkurrencen på det indre marked.

VI – Forslag til afgørelse

58. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af den franske cour de cassation forelagte spørgsmål således:

»1) Artikel 81, stk. 1, EF og artikel 3, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003 skal fortolkes således, at en aftale mellem virksomheder kan forfølges og pålægges sanktioner af en national konkurrencemyndighed, selv om den ikke overstiger de markedsandelstærskler, som Europa-Kommissionen har fastsat i sin »bagatelmeddelelse«, på betingelse af at den nationale myndighed har taget behørigt hensyn til denne meddelelse og på anden vis godtgør, at aftalen har en mærkbar begrænsning af konkurrencen til formål eller til følge.

2) Kommissionens »bagatelmeddelelse« skal fortolkes således, at de deri definerede markedsandelstærskler er uden betydning ved bedømmelsen af mærkbarheden af konkurrencebegrænsninger, der følger af aftaler mellem virksomheder med konkurrencebegrænsende formål.«

56 — Dom af 1.2.1978, sag 19/77, Miller International Schallplatten mod Kommissionen, »Miller«, Sml. s. 131, præmis 7, sammenholdt med præmis 9 og 10, af 7.6.1983, forenede sager 100/80 - 103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, »Musique Diffusion française«, Sml. s. 1825, præmis 82, sammenholdt med præmis 3 og 4, og af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, »AEG«, Sml. s. 3151, præmis 43, sammenholdt med præmis 58.

57 — Af Domstolens praksis skal især nævnes dommen i sagen LTM mod MBU, nævnt ovenfor i fodnote 13, s. 306, domskonklusionens punkt 3, dommen i sagen Deere mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 75, BIDS-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 41, præmis 15, og FAPL-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 48, præmis 135 og 136, hvor mærkbarhedskriteriet hver gang udelukkende nævnes i relation til konkurrencebegrænsende *virkninger*, men ikke i forbindelse med et konkurrencebegrænsende *formål* med en aftale mellem virksomheder. Vedrørende Rettens praksis jf. f.eks. dom af 8.7.2004, sag T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 129-131, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 225, og forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 383 og 384, endvidere dom af 8.7.2008, sag T-53/03, BPB mod Kommissionen, Sml. II, s. 1333, præmis 90, sidste punktum.

58 — I henhold til retspraksis skal der allerede ved en klart lavere markedsandel end 10% – normalt allerede ved ca. 5% – lægges til grund, at der foreligger en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, jf. f.eks. den i fodnote 56 nævnte Miller-dom, præmis 9, dommen i sagen Musique Diffusion française, præmis 86, sammenholdt med præmis 82, og AEG-dommen, præmis 56-58. Også Kommissionen lægger en markedsandelstærskel på 5% til grund i sine retningslinjer vedrørende begrebet påvirkning af handelen i traktatens artikel 81 og 82, EUT 2004 C 101, s. 81, som et af flere kriterier til kvantificering af mærkbarheden af handelspåvirkningen, jf. dér især punkt 52.

59 — I den foreliggende sag hviler det præjudicielle spørgsmål og hele anmodningen om præjudiciel afgørelse fra cour de cassation på den grundlæggende antagelse, at den omtvistede aftale mellem Expedia og SNCF kan begrænse samhandelen mellem medlemsstaterne.