

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

4 juni 2009*

In zaak C-8/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) bij beslissing van 31 december 2007, ingekomen bij het Hof op 9 januari 2008, in de procedure

T-Mobile Netherlands BV,

KPN Mobile NV,

Orange Nederland NV,

Vodafone Libertel NV

* Procestaal: Nederlands.

tegen

Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues, J. Klučka (rapporteur) en U. Lõhmus, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,
griffier: R. Şereş, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 januari 2009,

gelet op de opmerkingen van:

- T-Mobile Netherlands BV, vertegenwoordigd door I. VerLoren van Themaat en V. H. Affourtit, advocaten,

- KPN Mobile NV, vertegenwoordigd door B. J. H. Braeken en P. Glazener, advocaten,

- Vodafone Libertel BV, vertegenwoordigd door G. van der Klis, advocaat,

- de Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, vertegenwoordigd door A. Prompers als gemachtigde,

- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door C. Wissels, Y. de Vries en M. de Grave als gemachtigden,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Bouquet en S. Noë als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 19 februari 2009,

het navolgende

Arrest

¹ Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 81, lid 1, EG.

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen T-Mobile Netherlands BV (hierna: „T-Mobile”), KPN Mobile NV (hierna: „KPN”), Orange Nederland NV (hierna: „Orange”) en Vodafone Libertel NV (hierna: „Vodafone”) enerzijds en de Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: „NMa”) anderzijds, over geldboeten die de NMa deze ondernemingen heeft opgelegd wegens schending van artikel 81 EG en artikel 6, lid 1, van de Mededingingswet, in de versie van de Wet houdende wijziging van de Mededingingswet van 9 december 2004 (hierna: „Mw”).

I — Toepasselijke bepalingen

Gemeenschapsregeling

- 3 Punt 5 van de considerans van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1), luidt:

„Met het oog op een daadwerkelijke handhaving van de communautaire mededingingsregels onder eerbiediging van de fundamentele rechten van de verdediging, moet deze verordening regels bevatten inzake de bewijslast op grond van de artikelen 81 en 82 van het [EG-]Verdrag. [...] Deze verordening doet geen afbreuk aan de nationale voorschriften inzake de bewijsstandaard of aan de plicht van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten de relevante feiten van een zaak

vast te stellen mits dergelijke voorschriften en plichten verenigbaar zijn met algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.”

4 Artikel 2 van deze verordening, getiteld „Bewijslast”, bepaalt:

„In alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag dient de partij of autoriteit die beweert dat een inbreuk op artikel 81, lid 1, of artikel 82 van het Verdrag is gepleegd, de bewijslast van die inbreuk te dragen. [...]”

5 In artikel 3, leden 1 en 2, van deze verordening is bepaald:

„1. Wanneer de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of de nationale rechterlijke instanties nationaal mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag welke de handel tussen de lidstaten in de zin van die bepaling kunnen beïnvloeden, passen zij tevens artikel 81 van het Verdrag toe op deze overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. [...]”

2. De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag niet beperken [...]”

Nationale regeling

- 6 Volgens artikel 1, sub h, Mw wordt verstaan onder „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, EG.
- 7 Luidens artikel 6, lid 1, Mw zijn verboden overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
- 8 Overeenkomstig artikel 88 Mw heeft de NMa de bevoegdheid om artikel 81 EG toe te passen.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

Feiten van het hoofdgeding

- 9 Blijkens de verwijzingsbeslissing zijn de vertegenwoordigers van de operators die mobiele telecommunicatiediensten op de Nederlandse markt aanbieden, op 13 juni 2001 bijeengekomen.
- 10 Destijds beschikten vijf operators in Nederland over een eigen mobiele telefoonnetwerk, namelijk Ben Nederland BV (hierna: „Ben”; thans T-Mobile), KPN, Dutchtone NV (hierna: „Dutchtone”; thans Orange), Libertel-Vodafone NV (hierna: „Libertel-Vodafone”; thans Vodafone) en Telfort Mobiel BV [nadien O2 (Netherlands) BV;

hierna: „O2 (Netherlands)”, en thans Telfort]. In 2001 bedroegen de marktaandeelen van deze vijf operators respectievelijk 10,6 %, 42,1 %, 9,7 %, 26,1 % en 11,4 %. Het opbouwen van een zesde mobielelefoonnetwerk leek niet tot de mogelijkheden te behoren omdat geen nieuwe vergunningen meer werden afgegeven. Toetreding tot de markt voor mobielelecommunicatiediensten was dus alleen mogelijk door een overeenkomst te sluiten met één of meer van deze vijf operators.

- 11 Het aanbod van mobielelecommunicatiediensten omvat prepaid-pakketten en abonnementen. Bij prepaid-pakketten betaalt de klant de prijs van de gesprekken vooraf. Via de aanschaf van een prepaid-kaart of het opladen daarvan verkrijgt hij een tegoed in belminuten en hij kan tot dit beltegoed bellen. Bij abonnementen daarentegen wordt het aantal gebelde minuten per periode de klant achteraf in rekening gebracht. De klant betaalt bovendien een vaste basisvergoeding die zelf een tegoed in belminuten kan inhouden.

- 12 Op 13 juni 2001 vond een bijeenkomst plaats van de vertegenwoordigers van operators die op de Nederlandse markt mobielelecommunicatiediensten aanbieden. Tijdens deze bijeenkomst is onder meer gesproken over het verlagen van de standaarddealervergoedingen voor abonnementen op of rond 1 september 2001. Zoals blijkt uit de verwijzingsbeslissing, hebben de deelnemers aan deze bijeenkomst ook bepaalde vertrouwelijke informatie uitgewisseld.

- 13 Bij besluit van 30 december 2002 heeft de NMa geconcludeerd dat Ben, Dutchtone, KPN, O2 (Netherlands) en Libertel-Vodafone met elkaar een overeenkomst hadden gesloten dan wel hun feitelijke gedragingen onderling hadden afgestemd. Van oordeel dat deze de mededinging merkbaar beperkten en derhalve in strijd waren met het verbod van artikel 6, lid 1, Mw, heeft de NMa deze ondernemingen geldboeten opgelegd.

- 14 Die ondernemingen hebben tegen dit besluit van de NMa bezwaar gemaakt.
- 15 Bij besluit van 27 september 2004 heeft de NMa de bezwaren van T-Mobile, KPN, Orange, Libertel-Vodafone en O2 (Netherlands) gedeeltelijk gegrond verklaard en vastgesteld dat de in het besluit van 30 december 2002 omschreven gedragingen naast een inbreuk op artikel 6 Mw tevens een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG vormden. Bijgevolg heeft de NMa alle aan die vennootschappen opgelegde geldboeten gehandhaafd, maar het bedrag ervan verminderd.
- 16 T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone en Telfort hebben tegen de beslissing van 27 september 2004 beroep bij de Rechtbank te Rotterdam ingesteld. Deze laatste heeft deze beslissing bij uitspraak van 13 juli 2006 vernietigd en de zaak naar de NMa verwezen met het oog op een nieuwe beslissing.
- 17 T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone (hierna samen: „betrokken operators”) en de NMa hebben tegen die uitspraak hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, dat moet beoordelen of het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging juist is uitgelegd tegen de achtergrond van de vaste rechtspraak van het Hof ter zake.

Standpunt van de verwijzende rechter

- 18 Het College van Beroep voor het bedrijfsleven meent te moeten bepalen of het verstrekken van informatie tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 met betrekking tot abonnementen tot doel had de mededinging te beperken en of de NMa terecht heeft nagelaten de gevolgen van de onderling afgestemde feitelijke gedraging te onderzoeken, alsmede of er een causaal verband bestaat tussen deze afstemming en het marktgedrag van de betrokken operators.

19 De verwijzende rechter preciseert in de eerste plaats dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde onderling afgestemde feitelijke gedraging niet de door de betrokken operators te hanteren consumentenprijzen betreft en geen betrekking heeft op de door deze operators aan de eindgebruiker in rekening te brengen abonnementstarieven. De gedraging ziet in werkelijkheid op de vergoeding die deze operators voornemens zijn te betalen voor aan hen door dealers te leveren diensten. Derhalve benadrukt die rechter dat niet kan worden geoordeeld dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging rechtstreeks tot doel heeft de prijzen voor abonnementen op de retailmarkt te bepalen.

20 Vervolgens geeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven uiting aan zijn twijfel over de vraag of de onderling afgestemde feitelijke gedraging van de betrokken operators met betrekking tot de vergoedingen die aan dealers worden betaald voor het sluiten van abonnementen, kan worden geacht ertoe te strekken de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Het betoogt namelijk dat de rechtspraak van het Hof inzake mededinging aldus zou kunnen worden uitgelegd dat een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt de mededinging te beperken, indien de ervaring leert dat door een dergelijke overeenkomst of afstemming ongeacht de economische omstandigheden altijd of nagenoeg altijd de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Dit is volgens de verwijzende rechter het geval wanneer de daadwerkelijke schadelijke gevolgen onmiskenbaar zijn en zich ongeacht de kenmerken van de betrokken markt zullen voordoen. Volgens hem moeten de gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging dus steeds worden onderzocht om te voorkomen dat deze gedraging wordt geacht een mededingingsbeperkend doel te hebben, ook al had zij geen beperkende gevolgen.

21 Wat tot slot het causale verband tussen de afstemming en het marktgedrag van die operators betreft, heeft de verwijzende rechter twijfel over de relevantie van het in de arresten van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Partecipazioni* (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125), en *Hüls/Commissie* (C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287), geformuleerde vermoeden dat — behoudens door de betreffende ondernemingen te leveren tegenbewijs — ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de

informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld, dit te meer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden. Die rechter vraagt zich af of hij krachtens het gemeenschapsrecht gehouden is dit vermoeden toe te passen ondanks het bestaan van andersluidende nationale bepalingen ter zake van de bewijsvoering en of dit vermoeden geldt in situaties waarin één enkele bijeenkomst aan de afstemming ten grondslag ligt.

22 Daarop heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Welke criteria moeten bij de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG worden gehanteerd bij de beoordeling of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ertoe strekt dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst?

- 2) Moet artikel 81 EG aldus worden uitgelegd dat bij toepassing van deze bepaling door de nationale rechter, het bewijs van causaal verband tussen onderlinge afstemming en marktgedrag moet worden geleverd en beoordeeld overeenkomstig de regels van het nationale recht, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden, en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken?

- 3) Geldt bij de toepassing van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in artikel 81 EG het vermoeden van causaal verband tussen afstemming en marktgedrag steeds ook indien de afstemming éénmalig is en de onderneming die aan de afstemming deelneemt op de markt actief blijft, of slechts in die gevallen waarin de afstemming gedurende een lange periode en met zekere regelmaat heeft plaatsgevonden?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 23 Om te beginnen omvatten de begrippen „overeenkomst”, „besluiten van ondernemersverenigingen” en „onderling afgestemde feitelijke gedraging” in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren (zie in die zin arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punt 131).
- 24 Zoals de advocaat-generaal in punt 38 van haar conclusie heeft opgemerkt, gelden de criteria die in de rechtspraak van het Hof zijn vastgelegd voor de beoordeling of een gedraging ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst, derhalve ongeacht of het gaat om overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.
- 25 In dit verband heeft het Hof reeds een aantal criteria verstrekt op basis waarvan kan worden beoordeeld of een overeenkomst, een besluit of een onderling afgestemde feitelijke gedraging mededingingsbeperkend is.
- 26 Met betrekking tot de definitie van een onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft het Hof geoordeeld dat het daarbij gaat om een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door feitelijke samenwerking (zie arresten van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 26, en 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-177/85 en C-125/85–C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 63).

- 27 Met betrekking tot de vraag of een onderling afgestemde feitelijke gedraging mededingingsbeperkend is, zijn met name relevant de objectieve doelstellingen die zij nastreeft en de economische en juridische context ervan (zie in die zin arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 25, en 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers, C-209/07, Jurispr. blz. I-8637, punten 16 en 21). Bovendien is de bedoeling van de partijen weliswaar geen noodzakelijk element om te bepalen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging beperkend is, maar niets belet de Commissie van de Europese Gemeenschappen of de gemeenschapsrechter om deze in aanmerking te nemen (zie in die zin arrest IAZ International Belgium e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 23-25).
- 28 Met betrekking tot de afbakening van onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkende strekking ten opzichte van die met mededingingsbeperkende gevolgen, zij eraan herinnerd dat de mededingingsbeperkende strekking en gevolgen geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden zijn om te beoordelen of een gedraging onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt. Volgens vaste rechtspraak sinds het arrest van 30 juni 1966, LTM (56/65, Jurispr. blz. 392, 414), volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het voegwoord „of”, dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking van de overeenkomst, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Wanneer onderzoek echter aantoonbaar dat de onderling afgestemde feitelijke gedraging qua strekking de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt, moeten de gevolgen ervan worden onderzocht. Om haar te verbieden moeten alle elementen aanwezig zijn waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk merkbaar is verhinderd dan wel beperkt of vervalst (zie in die zin arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, reeds aangehaald, punt 15).
- 29 Bovendien moet worden benadrukt dat om te beoordelen of een onderling afgestemde feitelijke gedraging onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt, niet hoeft te worden gelet op de concrete gevolgen ervan wanneer vaststaat dat zij ertoe strekt de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen (zie in die zin arresten van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 450, 516, en 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, C-105/04 P,

Jurispr. blz. I-8725, punt 125, en arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, reeds aangehaald, punt 16). Het onderscheid tussen „inbreuken naar strekking” en „inbreuken naar gevolg” houdt verband met de omstandigheid dat bepaalde vormen van collusie tussen ondernemingen naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging (zie arrest Beef Industry Development Society en Barry Brothers, reeds aangehaald, punt 17).

30 In deze omstandigheden hoeven, anders dan de verwijzende rechter stelt, de gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft.

31 Met betrekking tot de vraag of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, een mededingingsbeperkende strekking heeft, zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat, zoals de advocaat-generaal in punt 46 van haar conclusie heeft opgemerkt, van een mededingingsbeperkende strekking reeds sprake is wanneer de onderling afgestemde feitelijke gedraging negatieve gevolgen voor de mededinging kan hebben. Met andere woorden, het volstaat dat zij concreet, gelet op de juridische en economische context ervan, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen. De vraag of en in welke mate een dergelijk gevolg daadwerkelijk intreedt, kan slechts relevant zijn voor de berekening van het bedrag van de geldboeten en voor de bepaling van de rechten op schadevergoeding.

32 Wat in de tweede plaats de uitwisseling van informatie tussen concurrenten betreft, zij eraan herinnerd dat de criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dienen te worden verstaan in het licht van de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag, die inhoudt dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren (zie arrest Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 173; arrest van 14 juli 1981, Züchner, 172/80, Jurispr. blz. 2021, punt 13; arrest Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 63, en arrest van 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 86).

- 33 Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer zijn beleid zo goed mogelijk aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van zijn concurrenten mag aanpassen, maar staat onverbiddeijk in de weg aan ieder al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent wordt beïnvloed of deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen wat het eigen marktgedrag betreft, wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Suiker Unie e.a./Commissie, punt 174; Züchner, punt 14, en Deere/Commissie, punt 87).
- 34 Het Hof heeft in de punten 88 en volgende van het reeds vermelde arrest Deere/Commissie dan ook geoordeeld dat de uitwisseling van informatie op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad als die waar het in het hoofdgeding om gaat, de ondernemingen in staat stelt kennis te krijgen van de marktposities en de marketingstrategie van hun concurrenten en daardoor de nog resterende mededinging tussen de ondernemers merkbaar beïnvloedt.
- 35 Bijgevolg kan de uitwisseling van informatie tussen concurrenten in strijd zijn met de mededingingsregels wanneer zij de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt (zie in die zin arrest Deere/Commissie, reeds aangehaald, punt 90, en arrest van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 81).
- 36 Met betrekking tot in de derde plaats de vraag of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden geacht een mededingingsbeperkende strekking te hebben ook wanneer zij geen rechtstreeks verband met de verbruikersprijzen heeft, kan uit de

bewoordingen van artikel 81, lid 1, EG niet worden afgeleid dat alleen verboden zijn onderling afgestemde feitelijke gedragingen die rechtstreekse gevolgen hebben voor de prijs die door de eindgebruiker wordt betaald.

37 Integendeel, uit artikel 81, lid 1, sub a, EG volgt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking kan hebben indien zij bestaat in „het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden”. In het hoofdgeding zijn, zoals de Nederlandse regering in haar schriftelijke opmerkingen aanvoert, bij abonnementen de dealervergoedingen beslissende elementen ter zake van de vaststelling van de prijs die de eindgebruiker zal betalen.

38 Hoe dan ook is, zoals de advocaat-generaal in punt 58 van haar conclusie heeft uiteengezet, artikel 81 EG, zoals ook de overige mededingingsregels van het Verdrag, niet uitsluitend bedoeld om de rechtstreekse belangen van de concurrenten of van de consument te beschermen, maar om de structuur van de markt en daarmee de mededinging als zodanig veilig te stellen.

39 Anders dan de verwijzende rechter lijkt te menen, is er bijgevolg niet eerst sprake van een onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkende strekking wanneer er een rechtstreeks verband met de verbruikersprijzen bestaat.

40 Wat in de vierde plaats het argument van Vodafone betreft dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde onderling afgestemde feitelijke gedraging geen mededingingsbeperkende strekking kan hebben, aangezien de standaarddealervergoedingen hoe dan ook hadden moeten worden verminderd wegens de marktomstandigheden, volgt stellig uit punt 33 van het onderhavige arrest dat de eis van zelfstandigheid van de ondernemers niet uitsluit dat deze hun beleid zo goed mogelijk aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van hun concurrenten mogen aanpassen.

- 41 Zoals de advocaat-generaal echter in de punten 66 tot en met 68 van haar conclusie heeft opgemerkt, hoeft weliswaar niet elk parallel gedrag van concurrenten noodzakelijkerwijs te wijzen op een met de mededinging strijdige afstemming, maar moet een uitwisseling van informatie die onzekerheden van de betrokkenen over het tijdstip, de mate en de modaliteiten van de door de betrokken onderneming door te voeren aanpassing kan wegnemen, worden geacht ertoe te strekken de mededinging te beperken, ook wanneer, zoals in het hoofdgeding, de aanpassing de vermindering van de standaarddealervergoeding betreft.
- 42 De verwijzende rechter moet nagaan of in het hoofdgeding de tijdens de bijeenkomst van 13 juni 2001 uitgewisselde informatie dergelijke onzekerheden kon wegnemen.
- 43 Gelet op het voorgaande moet op de eerste vraag worden geantwoord dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG heeft wanneer zij, gelet op de inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Het is niet noodzakelijk dat de mededinging daadwerkelijk wordt verhinderd, beperkt of vervalst en evenmin dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen deze onderling afgestemde feitelijke gedraging en de verbruikersprijzen. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten heeft een mededingingsbeperkende strekking wanneer zij de onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen gedrag kan wegnemen.

Tweede vraag

- 44 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de nationale rechter, in het kader van het onderzoek van het causale verband tussen de afstemming en het marktgedrag van de ondernemingen die aan deze afstemming

deelnemen, welk verband moet bestaan voor de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, het in de rechtspraak van het Hof neergelegde causaliteitsvermoeden moet toepassen, dat inhoudt dat deze ondernemingen, wanneer zij op de markt actief blijven, rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld, dan wel of hij de regels van het nationale recht ter zake van de bewijslast kan toepassen.

45 Zoals de advocaat-generaal in punt 76 van haar conclusie heeft uiteengezet, wenst de verwijzende rechter met deze vraag te vernemen of het door de gemeenschapsrechter toegepaste vermoeden ook geldt voor de nationale autoriteiten en gerechten wanneer zij artikel 81, lid 1, EG toepassen.

46 Volgens de verwijzende rechter moet de nationale rechter dit vermoeden toepassen indien het besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Daarentegen stelt hij dat indien dit vermoeden als een procesregel moet worden opgevat, de nationale rechter op basis van het beginsel van de procesautonomie van de lidstaten zou kunnen beslissen om het niet toe te passen.

47 T-Mobile, KPN en Vodafone merken op dat niet uit artikel 81 EG of de rechtspraak van het Hof blijkt dat het vermoeden van causaliteit besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG. Zij zijn dus van mening dat het, overeenkomstig vaste rechtspraak, bij ontbreken van een gemeenschapsregeling ter zake, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat is om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor rechtsvorderingen die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontnemen, mits die regels niet ongunstiger zijn dan die welke voor soortgelijke nationale vorderingen gelden (gelijkwaardigheidsbeginsel), en zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).

- 48 De Nederlandse regering en de Commissie zijn daarentegen van mening dat het vermoeden van causaliteit besloten ligt in het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG en geen procesregel is die losstaat van dit begrip, zodat de nationale rechter gehouden is dit vermoeden toe te passen.
- 49 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat artikel 81 EG rechtstreekse gevolgen teweegbrengt in de betrekkingen tussen particulieren en voor de justitiabelen rechten doet ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven. Voorts is het een voor de vervulling van de taken van de Europese Gemeenschap onontbeerlijke bepaling van openbare orde, die door de nationale rechter ambtshalve moet worden toegepast (zie in die zin arresten van 1 juni 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 36 en 39, en 13 juli 2006, *Manfredi e.a.*, C-295/04–C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punten 31 en 39).
- 50 Bij de toepassing van artikel 81 EG zijn alle nationale gerechten van de lidstaten derhalve gebonden aan de uitlegging die het Hof aan deze bepaling heeft gegeven.
- 51 Met betrekking tot het vermoeden van causaliteit dat het Hof in het kader van de uitlegging van artikel 81, lid 1, EG heeft geformuleerd, moet om te beginnen in herinnering worden gebracht dat het Hof heeft geoordeeld dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van deze bepaling blijkt, behalve de afstemming tussen de betrokken ondernemingen een daarop volgend marktgedrag en een causaal verband tussen beide vereist. Volgens het Hof moet echter, behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs, worden vermoed dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld. Dit geldt te meer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat plaatsvindt. Tot slot heeft het Hof geconcludeerd dat een dergelijke onderling afgestemde feitelijke gedraging ook

onder artikel 81, lid 1, EG valt wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken (zie arrest Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punten 161-163).

52 In deze omstandigheden vloeit het vermoeden van causaliteit voort uit artikel 81, lid 1, EG zoals uitgelegd door het Hof en maakt het dus deel uit van het toepasselijke gemeenschapsrecht.

53 Gelet op het voorgaande moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de nationale rechter, in het kader van het onderzoek van het causale verband tussen de afstemming en het marktgedrag van de ondernemingen die aan deze afstemming deelnemen, welk verband moet bestaan voor de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, behoudens door deze ondernemingen te leveren tegenbewijs, het in de rechtspraak van het Hof neergelegde causaliteitsvermoeden moet toepassen, dat inhoudt dat deze ondernemingen, wanneer zij op de markt actief blijven, rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.

Derde vraag

54 Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, voor de toepassing van het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, het vermoeden van causaliteit tussen de afstemming en het marktgedrag van de betrokken ondernemingen steeds geldt, ook wanneer slechts één bijeenkomst aan de afstemming ten grondslag ligt.

55 T-Mobile, KPN en Vodafone betogen in hoofdzaak dat uit de vermelde arresten Commissie/Anic Partecipazioni en Hüls/Commissie niet kan worden afgeleid dat het causaliteitsvermoeden steeds geldt. Volgens hen kan het vermoeden enkel worden toegepast wanneer de feiten en omstandigheden dezelfde zijn als in de zaken waarin bedoelde arresten zijn geweest. Zij betogen in wezen dat alleen wanneer de ondernemingen regelmatig bijeenkomen en weten dat tijdens de vorige bijeenkomsten vertrouwelijke informatie is uitgewisseld, kan worden vermoed dat deze ondernemingen hun marktgedrag op de afstemming hebben gebaseerd. Bovendien menen zij dat het irrationeel zou zijn, te oordelen dat een onderneming haar marktgedrag kan baseren op informatie die tijdens één bijeenkomst is uitgewisseld, a fortiori wanneer de bijeenkomst een rechtmatig doel nastreeft, zoals in het hoofdgeding het geval is.

56 De Nederlandse regering en de Commissie betogen daarentegen dat uit de rechtspraak, in het bijzonder uit de vermelde arresten Commissie/Anic Partecipazioni en Hüls/Commissie, duidelijk blijkt dat het causaliteitsvermoeden niet afhangt van het aantal bijeenkomsten dat aan de afstemming ten grondslag ligt. Zij merken op dat dit vermoeden gerechtvaardigd is indien de contacten die hebben plaatsgevonden, gelet op de context, de inhoud en de frequentie ervan, voldoende zijn om tot een afstemming van gedragingen op de markt te leiden die de mededinging kunnen verhinderen, beperken of vervalsen in de zin van artikel 81, lid 1, EG en indien de betrokken ondernemingen bovendien op de markt actief zijn gebleven.

57 Volgens de Nederlandse regering illustreert het hoofdgeding uitstekend dat één bijeenkomst volstaat om van een afstemming te spreken. De bijeenkomst van 13 juni 2001 heeft de betrokken operators de mogelijkheid geboden om afspraken over de vermindering van de dealervergoedingen te maken. Voorts heeft deze bijeenkomst het ook mogelijk gemaakt de onzekerheden weg te nemen over de vraag welke operator zijn wervingskosten zou verminderen, wanneer en in welke mate hij dit zou doen, en over de termijn waarbinnen de overige operators hetzelfde zouden doen.

58 In dit verband volgt uit de punten 121 van het vermelde arrest Commissie/Anic Partecipazioni en 162 van het vermelde arrest Hüls/Commissie dat het Hof aan toepassing van bedoeld vermoeden uitsluitend de voorwaarde heeft gekoppeld dat er

sprake is van afstemming en dat de onderneming op de markt actief is gebleven. De toevoeging van de woorden „[d]it geldt te meer, wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden”, is zeker geen onderbouwing van de stelling dat het causaliteitsvermoeden alleen geldt wanneer de ondernemingen regelmatig bijeenkomen, maar moet noodzakelijkerwijs aldus worden uitgelegd dat dit vermoeden wordt versterkt wanneer de ondernemingen hun gedrag gedurende een lange periode met een zekere regelmaat hebben afgestemd.

59 Iedere andere uitlegging zou er in wezen op neerkomen te oordelen dat een eenmalige uitwisseling van informatie tussen concurrenten in geen geval tot een met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige afstemming zou kunnen leiden. Het is echter niet uitgesloten dat, afhankelijk van de structuur van de markt, een eenmalig contact zoals dat in het hoofdgeding, in beginsel kan volstaan opdat de betrokken ondernemingen hun marktgedrag afstemmen en zo komen tot een feitelijke samenwerking die in de plaats komt van de mededinging en van de risico's die deze meebrengt.

60 Zoals de Nederlandse regering alsmede de advocaat-generaal in de punten 104 en 105 van haar conclusie terecht hebben verklaard, hangt het van de inhoud van de afstemming en van de specifieke marktomstandigheden af, hoe vaak, met welke regelmaat en op welke wijze concurrenten met elkaar in contact moeten treden om te kunnen spreken van een afstemming van hun marktgedrag. Wanneer de betrokken ondernemingen een kartel vormen met een complex systeem van afstemming ten aanzien van een groot aantal aspecten van hun marktgedrag, kan immers een regelmatig contact gedurende een lange periode noodzakelijk zijn. Indien daarentegen, zoals in het hoofdgeding, slechts een op zichzelf staande afstemming voor een eenmalige aanpassing van het marktgedrag ten aanzien van één mededingingsparameter wordt beoogd, kan een eenmalig contact voldoende zijn om het door de betrokken ondernemingen nagestreefde mededingingsbeperkende doel te realiseren.

61 In deze omstandigheden is niet zozeer van belang hoe vaak de betrokken ondernemingen bijeen zijn gekomen, maar veeleer of het contact of de contacten die

hebben plaatsgevonden, deze ondernemingen de mogelijkheid hebben geboden rekening te houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld om hun gedrag op de betrokken markt te bepalen en de risico's van de mededinging welbewust te vervangen door feitelijke samenwerking. Wanneer kan worden aangetoond dat deze ondernemingen hun gedragingen op elkaar hebben afgestemd en op die markt actief zijn gebleven, mag worden geëist dat zij het bewijs leveren dat die afstemming geen invloed op hun marktgedrag heeft gehad.

- 62 Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat, voor zover de onderneming die aan de afstemming deelneemt, op de betrokken markt actief blijft, het vermoeden van causaliteit tussen de afstemming en het marktgedrag van deze onderneming ook geldt wanneer slechts één bijeenkomst van de betrokken ondernemingen aan de afstemming ten grondslag ligt.

Kosten

- 63 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart voor recht:

- 1) Een onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft een mededingingsbeperkende strekking in de zin van artikel 81, lid 1, EG wanneer zij, gelet op de**

inhoud en het doel ervan en rekening houdend met de juridische en economische context, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt concreet kan verhinderen, beperken of vervalsen. Het is niet noodzakelijk dat de mededinging daadwerkelijk wordt verhinderd, beperkt of vervalst en evenmin dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen deze onderling afgestemde feitelijke gedraging en de verbruikersprijzen. De uitwisseling van informatie tussen concurrenten heeft een mededingingsbeperkende strekking wanneer zij de onzekerheden over het door de betrokken ondernemingen voorgenomen gedrag kan wegnemen.

- 2) In het kader van het onderzoek van het causale verband tussen de afstemming en het marktgedrag van de ondernemingen die aan deze afstemming deelnemen, welk verband moet bestaan voor de vaststelling van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, moet de nationale rechter, behoudens door deze ondernemingen te leveren tegenbewijs, het in de rechtspraak van het Hof neergelegde causaliteitsvermoeden toepassen, dat inhoudt dat deze ondernemingen, wanneer zij op de markt actief blijven, rekening houden met de informatie die zij met hun concurrenten hebben uitgewisseld.
- 3) Voor zover de onderneming die aan de afstemming deelneemt, op de betrokken markt actief blijft, geldt het vermoeden van causaliteit tussen de afstemming en het marktgedrag van deze onderneming ook wanneer slechts één bijeenkomst van de betrokken ondernemingen aan de afstemming ten grondslag ligt.

ondertekeningen