



# Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
J. KOKOTT  
van 28 februari 2013<sup>1</sup>

**Zaak C-681/11**

**Schenker & Co. AG e.a.**

[verzoek van het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Artikel 85 EEG, artikel 81 EG en artikel 101 VWEU — Verordening (EEG) nr. 17 — Verordening (EG) nr. 1/2003 — Dwaling van een onderneming ten aanzien van de strijdigheid van haar gedrag met het mededingingsrecht (rechtsdwaling) — Verwijtbaarheid van de rechtsdwaling — Vertrouwen in advies van advocaat — Vertrouwen in juistheid van beslissing van nationale mededingingsautoriteit — In nationaal mededingingsrecht voorziene clementieregeling — Bevoegdheid van nationale mededingingsautoriteit tot vaststelling van inbreuk op mededingingsregels zonder oplegging van sancties”

## I – Inleiding

1. Kan een onderneming worden vervolgd wegens schending van het mededingingsrecht als zij abusievelijk heeft aangenomen dat haar gedrag rechtmatig was? Dit is kort gezegd de rechtsvraag waarmee het Hof in deze prejudiciële procedure wordt geconfronteerd.
2. Verschillende transportbedrijven worden door de Oostenrijkse mededingingsautoriteit vervolgd wegens schending van artikel 101 VWEU en van de overeenkomstige bepalingen van het nationale mededingingsrecht, omdat zij jarenlang prijsafspraken hebben gemaakt. De betrokken ondernemingen voeren als belangrijkste verweer aan dat zij te goeder trouw hebben vertrouwd op het advies van een gespecialiseerd advocatenkantoor en op de beslissing van het bevoegde nationale gerecht, zodat zij noch kunnen worden beschuldigd van deelneming aan een verboden mededingingsregeling, noch daarvoor kunnen worden beboet.
3. Uit deze zaak blijkt eens te meer dat mededingingsautoriteiten en -gerechten bij de uitoefening van hun taken te maken krijgen met semi-strafrechtelijke problemen, bij de oplossing waarvan delicate vragen op het gebied van de bescherming van de grondrechten kunnen rijzen. De koers die het Hof op dit punt zal uitzetten, is van fundamenteel belang voor de verdere ontwikkeling van het Europese mededingingsrecht en voor de toepassing van dit recht in de praktijk, zowel op het niveau van de Unie als op nationaal niveau.

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Duits.

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – Unierecht

4. Het Unierechtelijke kader van deze zaak wordt wat betreft het primaire recht bepaald door artikel 85 E(E)G-Verdrag en artikel 81 EG en door de algemene rechtsbeginselen van het Unierecht. Wat het secundaire recht betreft, was voor de periode tot en met 30 april 2004 verordening (EEG) nr. 17<sup>2</sup> relevant, terwijl sinds 1 mei 2004 verordening (EG) nr. 1/2003<sup>3</sup> geldt.

#### 1. Verordening nr. 17

5. Artikel 2 van verordening nr. 17 bood ondernemingen en ondernemersverenigingen de mogelijkheid om van de Europese Commissie een „negatieve verklaring” te verkrijgen:

„Op verzoek van de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen kan de Commissie vaststellen dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging, krachtens artikel [85, lid 1, EEG-Verdrag] of artikel [86 EEG-Verdrag] op te treden.”

#### 2. Verordening nr. 1/2003

6. Artikel 5 van verordening nr. 1/2003 bepaalt onder het opschrift „Bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten”:

„De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in individuele gevallen bevoegd tot toepassing van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG]. Zij kunnen te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen:

- de beëindiging van een inbreuk bevelen;
- voorlopige maatregelen opleggen;
- toezeggingen aanvaarden;
- geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen.

Wanneer op grond van de inlichtingen waarover zij beschikken niet aan de voorwaarden voor een verbod is voldaan, kunnen zij ook beslissen dat er voor hen geen reden bestaat om op te treden.”

7. Daarnaast bepaalt artikel 6 van verordening nr. 1/2003 ten aanzien van de „Bevoegdheid van de nationale rechterlijke instanties”:

„Nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] toe te passen.”

8. Volgens artikel 35, lid 1, van verordening nr. 1/2003 kunnen de voor de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG aangewezen mededingingsautoriteiten van de lidstaten ook rechterlijke instanties zijn.

2 — Verordening (EEG) nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

3 — 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 2003, L 1, blz. 1). Deze verordening is blijkens haar artikel 45, lid 2, van toepassing sinds 1 mei 2004.

9. Ten aanzien van de bevoegdheden van de Europese Commissie bepaalt artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 onder meer:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel 81 [EG] of artikel 82 [EG] vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. [...] De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft.”

10. Verder kent artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 de Europese Commissie de volgende bevoegdheid tot het opleggen van geldboetes toe:

„De Commissie kan bij beschikking geldboetes opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel 81 [EG] of artikel 82 [EG] [...]”.

11. Volledigheidshalve moet worden gewezen op artikel 10 van verordening nr. 1/2003, dat onder het opschrift „Vaststelling van niet-toepasselijkheid” bepaalt:

„Indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] dit vereist, kan de Commissie ambtshalve bij beschikking vaststellen dat artikel 81 [EG] niet op een overeenkomst, een besluit van een ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel 81, lid 1, [EG] is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, [EG] is voldaan.

[...]”

## B – *Nationaal recht*

12. Van 1 januari 1989 tot en met 31 december 2005 was in Oostenrijk het Kartellgesetz 1988 (hierna: „KartG 1988”)<sup>4</sup> van kracht. In § 16 KartG 1988 werden „bagatelkartels” als volgt gedefinieerd:

„Bagatelkartels zijn kartels die op het moment van hun totstandkoming

1. een aandeel van minder dan 5 % in de voorziening van de totale binnenlandse markt en
2. een aandeel van minder dan 25 % in de voorziening van een van een eventuele binnenlandse lokale deelmarkt hebben.”

13. Volgens § 18, lid 1, punt 1, KartG 1988 mochten bagatelkartels ook vóór hun definitieve goedkeuring actief zijn, tenzij door de toetreding van nieuwe ondernemingen tot het kartel de in § 16 KartG 1988 bepaalde percentages werden overschreden.

14. Sinds 1 januari 2006 geldt in Oostenrijk het Kartellgesetz 2005 (hierna: „KartG 2005”)<sup>5</sup>, waarvan § 1, lid 1, een met artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101, lid 1, VWEU) vergelijkbaar verbod op mededingingsverstorende gedragingen bevat. Volgens § 2, lid 2, punt 1, KartG 2005 zijn van dit verbod wederom uitgezonderd „[k]artels van ondernemingen waarvan het gezamenlijke markttaandeel op de totale binnenlandse markt niet meer dan 5 % en op een eventuele binnenlandse lokale deelmarkt niet meer dan 25 % bedraagt (bagatelkartels).”

4 — BGBl. nr. 600/1988.

5 — BGBl. nr. 61/2005.

15. § 28, lid 1, KartG 2005 bepaalt:

„Indien de inbreuk [...] is beëindigd, dient het kartelgerecht de inbreuk vast te stellen voor zover daarbij een legitiem belang bestaat”.

### III – Feiten en hoofdgeding

16. Bij de voor mededingingszaken bevoegde nationale rechterlijke instanties is een geding aanhangig tussen de Oostenrijkse Bundeswettbewerbsbehörde (hierna: „federale mededingingsautoriteit”) en een aantal in Oostenrijk actieve transportbedrijven.

17. Achtergrond van dit geding is een kartel dat jarenlang actief is geweest op de Oostenrijkse markt voor transportdiensten, de „Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz” (conferentie van groepeerders; hierna: „SSK”), een „belangengemeenschap” waarbij ongeveer 40 transportbedrijven waren aangesloten<sup>6</sup>. In het kader van de SSK werden door de deelnemende transportbedrijven met name afspraken gemaakt over de tarieven voor het binnenlandse groepeerders, dat wil zeggen voor transportdiensten waarbij individuele zendingen van verschillende herkomst logistiek worden samengevoegd en vervolgens op bestemming worden gesorteerd.

18. De SSK is medio jaren negentig ontstaan. Gezien de totstandkoming van de Europese Economische Ruimte op 1 januari 1994 wilden de aan het kartel deelnemende transportbedrijven niet in conflict komen met het Europese mededingingsrecht. Zij beperkten hun samenwerking daarom tot het grondgebied van de Republiek Oostenrijk.

19. Op 30 mei 1994 kreeg de SSK de rechtsvorm van een maatschap, waarbij de opschortende voorwaarde van goedkeuring door het kartelgerecht werd overeengekomen.

20. Op 28 juni 1994 werd bij het Oostenrijkse kartelgerecht een verzoek ingediend om de SSK als „Vereinbarungskartell” goed te keuren.<sup>7</sup> Bij het verzoek was de raamovereenkomst van de SSK gevoegd en de indieners van het verzoek bespraken de stand van zaken uit het oogpunt van zowel het Oostenrijkse als het Europese kartelrecht. In de procedure voor het kartelgerecht werd een tussentijds advies ingewonnen van het Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten (paritair comité voor mededingingszaken; hierna: „paritair comité”)<sup>8</sup>, dat tot de voorlopige conclusie kwam dat het kartel de handel tussen lidstaten niet beïnvloedde, zodat de Europese mededingingsregels niet van toepassing waren. Aangezien het paritair comité echter in zijn eindadvies de SSK als „economisch niet gerechtvaardigd” bestempelde, werd de goedkeuringsaanvraag uiteindelijk ingetrokken.

21. Op 6 februari 1995 wendde de Zentralverband der Spediteure (centraal verbond van transporteurs; hierna: „ZV”) zich tot het kartelgerecht met het verzoek om vaststelling dat de SSK een „bagatelkartel” in de zin van § 16 KartG 1988 was en om die reden geen goedkeuring behoeft.<sup>9</sup> Het kartelgerecht raadpleegde het dossier van de goedkeuringsprocedure uit 1994<sup>10</sup> en had dus kennis van het standpunt dat het paritair comité in zijn tussentijdse advies in die procedure had ingenomen ten aanzien van de toepasselijkheid van het Europese mededingingsrecht. Bij beschikking van 2 februari 1996 stelde het kartelgerecht vast dat de SSK een bagatelkartel in de zin van § 16 KartG 1988 was. Die beschikking werd niet aangevochten en kreeg daarmee kracht van gewijsde.

6 — De voorgangers van de SSK, de „Auto-Sammelladungskonferenz” en de „Bahn-Sammelladungskonferenz”, waren in de jaren zeventig ontstaan en hadden tot hun ontbinding op 31 december 1993 in Oostenrijk de status van „goedgekeurde kartels”.

7 — Az. 4 Kt 533/94.

8 — Dit paritair comité, dat bij de Kartellgesetz-Novelle 2002 is opgeheven, was een uit deskundigen bestaand hulporgaan van het kartelgerecht. De taken van het comité waren in de §§ 49, 112 en 113 KartG 1988 geregeld.

9 — Az. 4 Kt 79/95-12.

10 — Zie dienaangaande punt 20 van deze conclusie.

22. Ook het door de „kartelvertegenwoordiger” van de SSK geraadpleegde advocatenkantoor<sup>11</sup> stelde zich in meerdere adviezen op het standpunt dat de SSK als een bagatelkartel kon worden beschouwd.

23. De ingeschakelde advocaten bevestigden om te beginnen dat de activiteiten van de SSK conform de raamovereenkomst zonder enig voorbehoud konden worden uitgevoerd. In hun schrijven van 11 maart 1996 wezen zij op de punten waarop bij de uitvoering van de SSK als bagatelkartel moest worden gelet. In dat schrijven werd echter niet met zoveel woorden ingegaan op de vraag of het bagatelkartel verenigbaar was met het Europese mededingingsrecht.

24. In een ander schrijven uit 2001, naar aanleiding van een wijziging van de tariefstructuur van de SSK, gaf het advocatenkantoor bovendien aan dat voor de kwalificatie als bagatelkartel enkel bepalend was of de deelnemende ondernemingen gezamenlijk al dan niet bepaalde marktaandelen overschreden.

25. In verband met de inwerkingtreding van de Oostenrijkse Kartellgesetz-Novelle 2005 per 1 januari 2006 wendde de ZV zich nog eens tot het advocatenkantoor, dit keer met het verzoek de gevolgen van die nieuwe regelgeving voor de SSK te onderzoeken. In zijn antwoord van 15 juli 2005 wees het advocatenkantoor erop dat moest worden onderzocht of de SSK-leden samen meer dan 5 % van de binnenlandse markt in handen hadden en of de in het kader van de SSK gemaakte afspraken van het kartelverbod waren uitgezonderd. Er werd wederom niet ingegaan op de vraag of de SSK verenigbaar was met het Europese mededingingsrecht.

26. De ZV kreeg via een enquête per e-mail inzicht in de marktaandelen van de SSK-leden in het binnenlandse groepagevervoer van stukgoed voor de jaren 2004, 2005 en 2006. Met toepassing van de aan de declaratoire beschikking van het kartelgerecht ten grondslag liggende marktafbakeningsmethoden berekende de ZV dat het gezamenlijke marktaandeel van de SSK-leden in 2005 en 2006 3,82 % respectievelijk 3,23 % bedroeg. In elk geval de belangrijkste SSK-leden werden ervan in kennis gesteld dat de 5 %-drempel niet werd overschreden. Volgens de verwijzingsbeslissing moet worden uitgesloten dat die drempel in de jaren tot en met 2004 door de toetreding van nieuwe leden werd overschreden.

27. Op 11 oktober 2007 maakt de Europese Commissie bekend dat zij in de kantoren van verschillende aanbieders van internationale transportdiensten onaangekondigde inspecties had verricht wegens vermeende concurrentiebeperkende handelspraktijken. Daarop besloot het bestuur van de SSK op 29 november 2007 unaniem tot ontbinding van de SSK. De SSK-leden werden op 21 december 2007 van dat besluit in kennis gesteld.

28. De federale mededingingsautoriteit maakt de SSK-leden thans het verwijt dat zij vanaf 1994 tot en met 29 november 2007 hebben „deelgenomen aan één enkele, complexe en veelvoudige inbreuk op het Europese en het nationale mededingingsrecht, doordat zij voor heel Oostenrijk afspraken hebben gemaakt over de tarieven voor het binnenlandse groepagevervoer”. In het hoofdgeding heeft de federale mededingingsautoriteit gevorderd dat aan het merendeel van de betrokken ondernemingen wegens hun deelname aan het kartel een geldboete wordt opgelegd.<sup>12</sup> Wat de firma Schenker betreft, die zich als kroongetuige heeft opgeworpen, heeft zij slechts de vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU en § 1 KartG 2005 (respectievelijk § 9 juncto § 18 KartG 1988) gevorderd, zonder de oplegging van financiële sancties.

11 — [Niet voor publicatie bestemde voetnoot.]

12 — Als rechtsgrondslag voor de geldboeten worden § 142, lid 1, sub a en d, KartG 1988 en § 29, lid 1, sub a en d, KartG 2005 genoemd.

29. De transportbedrijven voeren tot hun verdediging met name aan dat zij hebben vertrouwd op het deskundige advies van een betrouwbare juridisch adviseur met ervaring op het gebied van het mededingingsrecht, en dat de SSK door het kartelgerecht als bagatelkartel in de zin van § 16 KartG 1988 is gekwalificeerd. Zij zijn van mening dat het Europese mededingingsrecht niet voor toepassing in aanmerking komt, aangezien de concurrentiebeperking waartoe de SSK heeft geleid, de handel tussen lidstaten niet heeft beïnvloed.

30. Deze verweren zijn in eerste aanleg succesvol geweest: bij tussenbeslissing van 22 februari 2011 heeft het Oberlandesgericht Wien, in zijn hoedanigheid van kartelgerecht, de vorderingen van de federale mededingingsautoriteit afgewezen.<sup>13</sup> Het heeft daartoe onder meer overwogen dat de transportbedrijven bij hun prijsafspraken geen culpoos handelen viel te verwijten, aangezien zij zich konden beroepen op de declaratoire beschikking van het kartelgerecht van 2 februari 1996 en bovendien juridisch advies hadden ingewonnen bij een gespecialiseerd advocatenkantoor. Met betrekking tot de firma Schenker als kroongetuige heeft het Oberlandesgericht Wien geoordeeld dat het uitsluitend aan de Europese Commissie is voorbehouden om inbreuken vast te stellen zonder daarbij een geldboete op te leggen.

31. De federale mededingingsautoriteit en de Bundeskartellanwalt hebben bij het Oberste Gerichtshof, in zijn hoedanigheid van appelrechter in mededingingszaken, beroep („Rekurs”) ingesteld tegen de beslissing van het Oberlandesgericht Wien. In de procedure voor het Oberste Gerichtshof heeft de Europese Commissie op 12 september 2011 schriftelijke opmerkingen ingediend.<sup>14</sup>

#### IV – Verzoek om een prejudiciële beslissing en procesverloop voor het Hof

32. Bij beschikking van 5 december 2011, ingekomen bij de griffie van het Hof op 27 december 2011 daaraanvolgend, heeft het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof, in zijn hoedanigheid van appelrechter in mededingingszaken<sup>15</sup> (hierna ook: „verwijzende rechter”), het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Mag aan een onderneming een geldboete worden opgelegd wegens schending van artikel 101 VWEU, indien zij heeft gedwaald ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag en deze dwaling haar niet valt te verwijten?

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

- a) Is dwaling ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag een onderneming niet te verwijten, indien deze onderneming zich heeft gedragen conform het advies van een juridisch adviseur met ervaring op het gebied van het mededingingsrecht en de onjuistheid van dit advies niet evident was, noch kon worden vastgesteld op basis van het onderzoek dat van de onderneming mocht worden verlangd?
- b) Is dwaling ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag een onderneming niet te verwijten, indien deze onderneming heeft vertrouwd op de juistheid van de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit die het betrokken gedrag uitsluitend naar nationaal mededingingsrecht heeft beoordeeld en toelaatbaar heeft geacht?

13 — Az. 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — Zie in dit verband artikel 15, lid 3, derde volzin, van verordening nr. 1/2003.

15 — Az. 16 Ok 4/11.

2) Zijn de nationale mededingingsautoriteiten bevoegd vast te stellen dat een onderneming heeft deelgenomen aan een met het mededingingsrecht van de Unie strijdig kartel, indien aan deze onderneming geen geldboete kan worden opgelegd omdat zij om toepassing van de clementieregeling heeft verzocht?”

33. In de procedure voor het Hof hebben behalve Schenker en een groot aantal andere bij het hoofdgeding betrokken ondernemingen tevens de federale mededingingsautoriteit en de Bundeskartellanwalt, de Italiaanse en de Poolse regering alsmede de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. De federale mededingingsautoriteit en het merendeel van de betrokken ondernemingen alsmede de Europese Commissie waren ook vertegenwoordigd ter terechtzitting van 15 januari 2013.

## V – Beoordeling

34. De onderhavige zaak heeft betrekking op een langlopend kartel (de SSK) dat jarenlang in Oostenrijk actief is geweest, deels toen verordening nr. 17 nog van kracht was en deels nadat verordening nr. 1/2003 in werking was getreden.

35. Inhoudelijk draait alles om de vraag of de SSK-deelnemers te goeder trouw ervan mochten uitgaan dat hun prijsafspraken geen invloed hadden op de handel tussen lidstaten, zodat uitsluitend het Oostenrijkse en niet het Europese mededingingsrecht daarop van toepassing was.

36. Schijnbaar waanden de SSK-leden zich Europeesrechtelijk gezien „veilig” omdat hun kartelafspraken uitsluitend voor Oostenrijk golden. Dat deze rechtsopvatting *objectief* onjuist was, lijdt gelet op de rechtspraak van de Unierechters en de administratieve praktijk van de Europese Commissie geen twijfel.<sup>16</sup> Het is echter niet duidelijk of de schending van het Unierechtelijke kartelverbod de betrokken ondernemingen ook *subjectief* valt aan te rekenen. Er moet met andere woorden worden nagegaan of de SSK-deelnemers dat verbod *verwijtbaar* hebben geschonden.

37. Zowel de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing als de deelnemers aan deze procedure in hun opmerkingen verwijzen steeds naar artikel 101 VWEU, dat echter pas sinds 1 december 2009 van toepassing is. De litigieuze schending van de mededingingsregels heeft daarentegen plaatsgevonden in een periode waarin deels artikel 81 EG en deels zelfs nog artikel 85 E(E)G-Verdrag van kracht was. Om de verwijzende rechter een antwoord te geven dat voor de oplossing van het hoofdgeding van nut kan zijn, moeten de prejudiciële vragen dus in het licht van die laatste twee bepalingen worden beantwoord. Uiteraard gaan onderstaande uiteenzettingen zonder meer ook op voor het Unierechtelijke kartelverbod zoals dit thans in artikel 101 VWEU is neergelegd. Ik zal daarom gemakshalve meestal spreken van het „Unierechtelijke kartelverbod”, dat in wezen in alle drie genoemde bepalingen op inhoudelijk gelijke wijze is verankerd.

16 — Arresten van 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren/Commissie (8/72, Jurispr. blz. 977, punt 29); 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 22, laatste gedeelte); 23 november 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 37), en 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P en C-137/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 38); mededeling van de Commissie „Richtsnoeren betreffende het begrip ‚beïnvloeding van de handel’ in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag” (PB 2004, C 101, blz. 81), hoofdstuk 3.2.1 (met name punt 78).

*A – Disculperende rechtsdwaling in het Europese mededingingsrecht (eerste onderdeel van de eerste prejudiciële vraag)*

38. Met het eerste onderdeel van zijn eerste vraag wenst het Oberste Gerichtshof te vernemen of een onderneming mag worden beboet wegens schending van het Unierechtelijke kartelverbod, indien zij heeft gedwaald ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag en deze dwaling haar niet valt te verwijten. Er moet met andere woorden worden stilgestaan bij de principiële vraag of in het Europese mededingingsrecht de uit het algemene strafrecht bekende figuur van de disculperende rechtsdwaling wordt erkend. Het Hof heeft deze kwestie in zijn rechtspraak tot dusver hoogstens kort aangestipt<sup>17</sup>, maar nooit uitvoerig behandeld.

39. Anders dan de Europese Commissie meent, is beantwoording van dit eerste onderdeel van de eerste prejudiciële vraag geenszins overbodig en kan voor die beantwoording ook niet worden volstaan met een behandeling van de andere door de verwijzende rechter gestelde vragen. Die andere vragen zijn namelijk voor een deel slechts subsidiair gesteld en gaan bovendien stuk voor stuk ervan uit dat disculperende rechtsdwaling in het Europese mededingingsrecht bestaat. Of dit het geval is, moet dus noodzakelijkerwijs eerst worden onderzocht.

40. Uitgangspunt van de redenering op dit punt zou moeten zijn dat het mededingingsrecht weliswaar niet tot de kern van het strafrecht behoort<sup>18</sup>, maar naar algemene opvatting zonder meer een semistrafrechtelijk karakter heeft.<sup>19</sup> Dit heeft tot gevolg dat in het mededingingsrecht bepaalde aan het strafrecht ontleende beginselen moeten worden geëerbiedigd, die uiteindelijk zijn terug te voeren op het rechtsstaat- en het schuldbeginnsel. Daartoe behoort behalve het beginsel van persoonlijke verantwoordelijkheid, waarover de Unierechters zich in mededingingszaken veelvuldig – ook onlangs nog – hebben uitgesproken<sup>20</sup>, ook het beginsel *nulla poena sine culpa* (geen straf zonder schuld).

41. Hoewel het Hof zich in zijn rechtspraak tot dusver nog niet intensief met het beginsel *nulla poena sine culpa* heeft bezighouden, zijn er niettemin aanwijzingen dat het de gelding van dit beginsel op het niveau van de Unie als vanzelfsprekend beschouwt.<sup>21</sup> Ik voeg hieraan toe dat dit beginsel het karakter heeft van een fundamenteel recht dat de constitutionele tradities van de lidstaten gemeen

17 — Zie met name arresten van 1 februari 1978, *Miller International Schallplatten/Commissie* (19/77, Jurispr. blz. 131, punt 18; hierna: „arrest Miller”), en 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punten 111 en 112). In het arrest van 10 december 1985, *Stichting Sigarettenindustrie e.a./Commissie* (240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Jurispr. blz. 3831, punt 60), wordt het begrip rechtsdwaling terloops genoemd. In de arresten van 12 juli 1979, *BMW Belgium e.a./Commissie* (32/78 en 36/78-82/78, Jurispr. blz. 2435, punten 43 en 44; hierna: „arrest BMW Belgium”), en 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 45), beperkt het Hof zich – zonder dat het concreet van een eventuele rechtsdwaling spreekt – tot de vaststelling dat het niet van belang is of een onderneming zich al dan niet ervan bewust was, het verbod van artikel 85 EEG-Verdrag te overtreden. In de conclusie van advocaat-generaal Mayras van 13 november 1975 in de zaak *General Motors/Commissie* (26/75, Jurispr. 1975, blz. 1367, 1389) wordt aangenomen dat er sprake was van rechtsdwaling en dat de oplegging van een geldboete wegens een opzettelijk gepleegde inbreuk dus was uitgesloten.

18 — In zijn arrest *Jussila/Finland* van 23 november 2006 (verzoekschrift nr. 73053/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIV, § 43) rekent het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”) het mededingingsrecht niet tot het klassieke strafrecht en gaat het ervan uit dat de uit artikel 6, lid 1, EVRM voortvloeiende strafrechtelijke waarborgen buiten de „harde kern” van het strafrecht niet noodzakelijkerwijs geheel naar de letter behoeven te worden toegepast.

19 — Zie in dit verband mijn conclusies van 3 juli 2007 in de zaak *ETI e.a.* (C-280/06, Jurispr. 2007, blz. I-10893, punt 71) respectievelijk van 8 september 2011 in de zaak *Toshiba Corporation e.a.* (C-17/10, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 48), elk met verdere verwijzingen. Het Hof pleegt in Europese mededingingszaken strafrechtelijke beginselen toe te passen (met betrekking tot het vermoeden van onschuld, zie arrest van 8 juli 1999, *Hüls/Commissie*, C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punten 149 en 150, en met betrekking tot het *ne-bis-in-idem* beginsel, zie arrest van 14 februari 2012, *Toshiba Corporation e.a.*, C-17/10, punt 94). Het EHRM heeft op zijn beurt in het arrest *Menarini Diagnostics/Italië* van 27 september 2011 (verzoekschrift nr. 43509/08, §§ 38-45) aan een door de Italiaanse mededingingsautoriteit opgelegde kartelrechtelijke geldboete een strafrechtelijk karakter in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM toegekend.

20 — Zie bijvoorbeeld arresten van 8 juli 1999, *Commissie/Anic Participazioni* (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punten 145 en 204); 11 december 2007, *ETI e.a.* (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 39); 10 september 2009, *Akzo Nobel e.a./Commissie* (C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 56), en 19 juli 2012, *Alliance One International en Standard Commercial Tobacco/Commissie* (C-628/10 P en C-14/11 P, punt 42).

21 — In het arrest van 18 november 1987, *Maizena e.a.* (137/85, Jurispr. blz. 4587, punt 14), heeft het Hof het beginsel *nulla poena sine culpa* als een „typisch strafrechtelijk” beginsel gekwalificeerd. In het arrest van 11 juli 2002, *Käserer Champignon Hofmeister* (C-210/00, Jurispr. blz. I-6453, met name punten 35 en 44), wordt er bovendien van uitgegaan dat dit beginsel op het niveau van de Unie geldt. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 11 juli 1992 in de zaak *Van der Tas* (C-143/91, Jurispr. 1992, blz. I-5045, punt 11), alsmede – in het algemeen over het schuldbeginnsel bij administratiefrechtelijke sanctieregelingen – de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 24 januari 2008 in de zaak *Michaeler e.a.* (C-55/07 en C-56/07, Jurispr. 2008, blz. I-3135, punt 56).



hebben.<sup>22</sup> Het wordt weliswaar in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en in het EVRM<sup>23</sup> niet met zoveel woorden genoemd, maar is onlosmakelijk verbonden met het vermoeden van onschuld. Daarom kan ervan worden uitgegaan dat het beginsel *nulla poena sine culpa* impliciet besloten ligt in zowel artikel 48, lid 1, van het Handvest als artikel 6, lid 2, EVRM, twee bepalingen waarmee, zoals algemeen wordt erkend, in mededingingsprocedures rekening wordt gehouden.<sup>24</sup> Die twee bepalingen kunnen uiteindelijk als de procesrechtelijke uitwerking van het beginsel *nulla poena sine culpa* worden gezien.

42. In verband met de door de Europese Commissie op te leggen kartelrechtelijke sancties komt het beginsel *nulla poena sine culpa* zowel in artikel 15, lid 2, van de oude verordening nr. 17 als in het thans geldende artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 tot uitdrukking: volgens beide bepalingen kunnen alleen opzettelijk of uit onachtzaamheid gepleegde inbreuken op het mededingingsrecht met een geldboete worden bestraft.

43. Hetzelfde geldt wanneer voor nationale mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties procedures wegens schending van het mededingingsrecht van de Unie aanhangig zijn. Binnen de werkingssfeer van het Unierecht dienen nationale instanties namelijk bij de uitoefening van hun bevoegdheden de algemene beginselen van het Unierecht te eerbiedigen.<sup>25</sup> Iets anders volgt ook niet uit artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003, dat tenslotte waarborgt dat het mededingingsrecht van de Unie voorrang geniet boven dat van de lidstaten.

44. Uit het beginsel *nulla poena sine culpa* volgt dat een onderneming voor een schending van de mededingingsregels waaraan zij zich puur objectief gezien schuldig heeft gemaakt, slechts ter verantwoording kan worden geroepen als deze schending haar ook in subjectief opzicht valt te verwijten. Heeft de onderneming daarentegen verontschuldigbaar gedwaald omtrent de rechtmatigheid van haar gedrag, dan kan niet worden vastgesteld dat zij een inbreuk heeft begaan en kunnen haar ook geen sancties, zoals bijvoorbeeld geldboeten, worden opgelegd.

45. Beklemtoond moet worden dat niet elk rechtsdwaling tot afwezigheid van alle schuld bij de aan het kartel deelnemende onderneming leidt en daarmee het bestaan van een strafwaardige inbreuk volledig uitsluit. Enkel als de onderneming heeft gedwaald ten aanzien van de rechtmatigheid van haar marktgedrag en deze dwaling *onvermijdbaar* was – soms wordt ook gesproken van *verontschuldigbare* of *niet-verwijtbare* dwaling – heeft zij niet culpoos gehandeld en kan zij voor de gepleegde inbreuk op de mededingingsregels niet worden vervolgd en bestraft.

46. Van een dergelijke onvermijdbare rechtsdwaling zal slechts zeer zelden sprake zijn. Dit is alleen het geval als de betrokken onderneming al het redelijk mogelijke heeft gedaan om de haar ten laste gelegde inbreuk op de mededingingsregels van de Unie te vermijden.

22 — Conclusie van advocaat-generaal Van Gerven van 15 september 1993 in de zaak Charlton e.a. (C-116/92, Jurispr. 1993, blz. I-6755, punt 18).

23 — Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend te Rome op 4 november 1950 (EVRM).

24 — Arrest Hüls/Commissie (aangehaald in voetnoot 19, punten 149 en 150, met betrekking tot artikel 6, lid 2, EVRM) en arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, punten 72 en 73, met betrekking tot artikel 48, lid 1, van het Handvest van de grondrechten); in dezelfde zin reeds arrest van 14 februari 1978, United Brands en United Brands Continentaal/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punt 265; hierna: „arrest United Brands”).

25 — Zie bijvoorbeeld arresten van 26 april 2005, „Goed Wonen” (C-376/02, Jurispr. blz. I-3445, punt 32); 11 juli 2006, Chacón Navas (C-13/05, Jurispr. blz. I-6467, punt 56), en 27 september 2007, Twoh International (C-184/05, Jurispr. blz. I-7897, punt 25).

47. Als de betrokken onderneming de dwaling waarin zij verkeerde omtrent de rechtmatigheid van haar gedrag – zoals zo dikwijls het geval is – door passende voorzorgsmaatregelen had kunnen vermijden, kan zij niet aan elke sanctie wegens de door haar gepleegde inbreuk op de mededingingsregels ontkomen. Zij zal zich dan integendeel op zijn minst schuldig hebben gemaakt aan een uit onachtzaamheid begane inbreuk<sup>26</sup>, wat al naargelang de moeilijkheidsgraad van de aan de orde zijnde mededingingsrechtelijke vragen in een lagere geldboete *kan* (maar niet *moet*) resulteren.<sup>27</sup>

48. De vraag of de dwaling waarin een karteldeelnemer heeft verkeerd ten aanzien van de rechtmatigheid van zijn gedrag, vermijdbaar of onvermijdbaar (verwijtbaar of niet-verwijtbaar) was, moet naar eenduidige Unierechtelijke maatstaven worden beoordeeld teneinde alle op de interne markt actieve ondernemingen gelijke concurrentievoorwaarden te garanderen („level playing field”).<sup>28</sup> Deze problematiek zal nog uitvoeriger aan de orde komen bij de behandeling van het tweede onderdeel van de eerste prejudiciële vraag, waartoe ik thans overga.

#### B – Verwijtbaarheid van de rechtsdwaling (tweede onderdeel van de eerste vraag)

49. Als de figuur van de disculperende rechtsdwaling, zoals ik voorstel<sup>29</sup>, in het mededingingsrecht van de Unie wordt erkend, moet tevens het subsidiair gestelde tweede onderdeel van de eerste prejudiciële vraag (vragen 1a en 1b) worden onderzocht. Daarmee wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen aan welke zorgvuldigheidseisen een onderneming moet hebben voldaan, opdat kan worden aangenomen dat de dwaling waarin zij heeft verkeerd ten aanzien van de rechtmatigheid van haar marktgedrag, onvermijdbaar (niet-verwijtbaar) en dus disculperend was, zodat zij voor een eventuele schending van de mededingingsregels niet kan worden vervolgd en bestraft.

50. Meer in het bijzonder moet worden onderzocht of en onder welke voorwaarden het vertrouwen dat de betrokken onderneming heeft ontleend aan een juridisch advies (vraag 1a; zie hieronder sub 1) of aan de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit (vraag 1b; zie hieronder sub 2), reden kan zijn om aan te nemen dat een eventuele rechtsdwaling haar niet valt te verwijten, zodat zij van kartelrechtelijke sancties verschoond blijft.

#### 1. Vertrouwen dat de onderneming heeft ontleend aan het advies van een advocaat (vraag 1a)

51. Met vraag 1a wenst de verwijzende rechter te vernemen of disculperende rechtsdwaling kan worden aangenomen als een onderneming bij het haar ten laste gelegde concurrentie beperkende gedrag is afgegaan op het advies van een advocaat.

52. Deze deelvraag moet worden gezien tegen de achtergrond van diverse schriftelijke adviezen van een door de SSK in de arm genomen advocatenkantoor, waarop de betrokken ondernemingen zich thans in het hoofdeding beroepen om zichzelf vrij te pleiten.

26 – Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak General Motors/Commissie (aangehaald in voetnoot 17).

27 – Europese Commissie, richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006”), punt 29, tweede streepje.

28 – Zie in dit verband ook punt 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003 alsmede mijn conclusie van 6 september 2012 in de zaak Expedia (C-226/11, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 – Zie mijn uitzettingen met betrekking tot het eerste onderdeel van de eerste prejudiciële vraag (punten 38-48 van deze conclusie).

53. De partijen zijn het volstrekt niet erover eens of door advocaten verstrekte adviezen in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling of een onderneming die de mededingingsregels heeft geschonden, culpoos heeft gehandeld. Terwijl de aan de prejudiciële procedure deelnemende ondernemingen menen dat dit het geval is<sup>30</sup>, nemen de Europese Commissie en de lidstaten en nationale autoriteiten die zich voor het Hof hebben doen vertegenwoordigen, het tegenovergestelde standpunt in.

a) De betekenis van juridisch advies in het stelsel van verordening nr. 1/2003

54. Voor zover ik kan overzien, heeft het Hof zich tot dusver slechts éénmaal vrij terloops met deze problematiek beziggehouden. In het arrest Miller heeft het verklaard dat het advies van een juridisch adviseur een onderneming die inbreuk heeft gemaakt op artikel 85 EEG-Verdrag, niet vermag te verschonen.<sup>31</sup>

55. Die vaststelling van het Hof in het arrest Miller moet worden gezien in het licht van de destijds geldende rechtssituatie. Tot en met 30 april 2004 konden ondernemingen op grond van verordening nr. 17 de tussen hen gesloten overeenkomsten ter goedkeuring voorleggen aan de Europese Commissie dan wel deze instelling vragen een negatieve verklaring af te geven. Zodoende was het voor de op de gemeenschappelijke markt actieve ondernemingen mogelijk om van de bevoegde instantie rechtszekerheid te verkrijgen over de verenigbaarheid van hun gedrag met het Europese mededingingsrecht. Een onderneming die deze weg niet bewandelde en uitsluitend afging op het advies van een advocaat, deed niet alles wat in haar vermogen lag en in redelijkheid van haar kon worden verwacht om schending van de Europese mededingingsregels te vermijden. Het feit dat een onderneming had vertrouwd op het advies van een advocaat, was destijds op zichzelf onvoldoende reden om een eventuele rechtsdwaling als onvermijdbaar en dus disculperend te beschouwen.

56. De Miller-rechtspraak kan echter niet worden getransponeerd naar de huidige rechtssituatie. Verordening nr. 1/2003, die sinds 1 mei 2004 van kracht is, heeft namelijk geleid tot een wijziging van het paradigma bij de handhaving van het mededingingsrecht van de Unie. Het oude aanmeldings- en goedkeuringsstelsel van verordening nr. 17 heeft plaatsgemaakt voor het nieuwe stelsel van wettelijke uitzondering.<sup>32</sup> Sindsdien geven noch de Europese Commissie noch de mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties van de lidstaten in individuele gevallen goedkeuringen of negatieve verklaringen af.<sup>33</sup>

57. Sinds 1 mei 2004 wordt integendeel van de op de interne markt actieve ondernemingen verwacht dat zij de verenigbaarheid van hun marktgedrag met het Europese mededingingsrecht onder hun eigen verantwoordelijkheid beoordelen. Een eventuele verkeerde inschatting van de rechtssituatie komt dus in beginsel voor eigen risico van de betrokken ondernemingen, conform de algemene levenswijsheid dat onwetendheid niet beschermt tegen straf. Juist om deze reden komt in het stelsel van verordening nr. 1/2003 aan het inwinnen van deskundig juridisch advies een heel andere betekenis toe dan onder verordening nr. 17 het geval was. Raadpleging van een juridisch adviseur is onder het huidige stelsel voor ondernemingen dikwijls de enige manier om zich volledig van de rechtssituatie op het punt van het mededingingsrecht op de hoogte te stellen.

30 — Met uitzondering van Schenker, die zich niet over deze kwestie heeft uitgelaten en in haar schriftelijke en mondelinge opmerkingen uitsluitend op de tweede prejudiciële vraag is ingegaan.

31 — Arrest Miller (aangehaald in voetnoot 17, punt 18). Volledigheidshalve voeg ik hieraan toe dat in het arrest BMW Belgium (aangehaald in voetnoot 17, punten 43 en 44) wordt meegedeeld dat de betrokken onderneming zich tot haar verdediging had beroepen op het advies van een raadsman. Het Hof is in dat arrest echter niet specifiek op dat aspect ingegaan.

32 — Punt 4 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

33 — Het Hof heeft pas kort geleden beklemtoond dat de nationale mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn om vast te stellen dat het mededingingsrecht van de Unie niet is geschonden (arrest van 3 mei 2011, *Tele 2 Polska*, C-375/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, met name punten 29 en 32).

58. Het is onaanvaardbaar om enerzijds ondernemingen aan te moedigen deskundig juridisch advies in te winnen, en anderzijds aan dergelijk advies geen enkele betekenis toe te kennen bij de beoordeling of ondernemingen die het mededingingsrecht van de Unie hebben geschonden, culpoos hebben gehandeld. Als een onderneming te goeder trouw heeft vertrouwd op het – uiteindelijk onjuiste – advies van haar juridisch adviseur, kan dit in kartelrechtelijke boeteprocedures niet zonder gevolgen blijven.

59. Met name biedt de puur civielrechtelijke aansprakelijkheid van een advocaat voor een eventueel door hem verstrekt onjuist juridisch advies, anders dan de Europese Commissie meent, op zichzelf onvoldoende soelaas. Aan een civiele verhaalsprocedure van een cliënt tegen zijn advocaat zitten doorgaans immers nogal wat haken en ogen. Bovendien kan een dergelijke procedure niet het negatieve waardeoordeel („stigma”) wegpoetsen dat kleeft aan een onderneming waaraan kartelrechtelijke – dat wil zeggen strafrechtelijke – sancties zijn opgelegd.

60. Uiteraard kan het inwinnen van juridisch advies een onderneming niet van elke eigen verantwoordelijkheid voor haar marktgedrag en voor eventuele schendingen van het Europese mededingingsrecht ontslaan. Het advies van een advocaat kan nooit een vrijbrief zijn. Anders zou de deur wijd worden opengezet voor het opstellen van puur welgevallige adviezen en zou de door verordening nr. 1/2003 afgeschafte bevoegdheid om officiële negatieve verklaringen af te geven, de facto overgaan op private juridisch adviseurs, die daartoe niet gelegitimeerd zijn.

61. De fundamentele doelstelling van een daadwerkelijke handhaving van de Europese mededingingsregels<sup>34</sup> brengt mee dat een eventueel door een onderneming aan een juridisch advies ontleend vertrouwen alleen dan grond kan zijn om disculperende rechtsdwaling aan te nemen, indien bij het inwinnen van dat juridisch advies bepaalde minimumeisen in acht zijn genomen, die ik hierna kort wil uiteenzetten.

#### b) Minimumeisen ter zake van het inwinnen van juridisch advies

62. Een basisvoorwaarde voor de inaanmerkingneming van het door een onderneming ingewonnen juridisch advies is dat deze onderneming te goeder trouw op dit advies heeft vertrouwd. Bescherming van gewettigd vertrouwen en goede trouw hangen immers nauw met elkaar samen.<sup>35</sup> Wanneer er aanwijzingen zijn dat de onderneming zich tegen beter weten in op een juridisch advies heeft gebaseerd dan wel dat er sprake was van een haar welgevallig advies, kan een dergelijk advies nooit een rol spelen bij de beoordeling of zij de Europese mededingingsregels verwijtbaar heeft geschonden.

63. Daarnaast gelden voor het inwinnen van juridisch advies de volgende minimumeisen, voor de naleving waarvan de betrokken onderneming zelf het risico en de verantwoordelijkheid draagt.

34 — Zie over deze doelstelling de punten 8, 17 en 22 van de considerans van verordening nr. 1/2003 alsmede arresten van 7 december 2010, VEBIC (C-439/08, Jurispr. blz. I-12471, punt 56), en 14 juni 2001, Pfeiderer (C-360/09, Jurispr. blz. I-5161, punt 19).

35 — In die zin arresten van 16 juli 1998, Oelmühle en Schmidt Söhne (C-298/96, Jurispr. blz. I-4767, punt 29), en 19 september 2002, Huber (C-336/00, Jurispr. blz. I-7699, punt 58), en arrest Gerecht van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad (T-115/94, Jurispr. blz. II-39, punt 93).

64. Ten eerste moet altijd het advies van een onafhankelijke externe advocaat worden ingewonnen.<sup>36</sup> Het advies van medewerkers van de eigen, interne juridische afdeling van een onderneming of concern kan in geval van rechtsdwaling nooit disculperend werken. Bedrijfsjuristen zijn immers – ook als zij de status van advocaat in dienstbetrekking hebben<sup>37</sup> – als werknemers rechtstreeks van de betrokken onderneming afhankelijk, zodat het door hen verstrekte juridisch advies aan de eigen werkgever moet worden toegerekend. Het is uitgesloten dat een onderneming zichzelf een vrijbrief verschaft voor haar eventueel met de mededingingsregels strijdige gedrag.

65. Ten tweede moet het advies worden ingewonnen van een deskundige advocaat, wat betekent dat de advocaat gespecialiseerd moet zijn in het mededingingsrecht, dat van de Unie daaronder begrepen, en bovendien de nodige ervaring op dit rechtsgebied moet hebben opgedaan.

66. Ten derde moet de advocaat zijn advies hebben verstrekt op basis van een volledige en correcte uiteenzetting van de feiten door de betrokken onderneming. Als een onderneming de door haar geraadpleegde advocaat slechts onvolledig of zelfs onjuist heeft geïnformeerd over zaken die onder haar verantwoordelijkheid vallen, kan het door deze advocaat verstrekte advies in een kartelprocedure geen reden zijn om disculperende rechtsdwaling aan te nemen.

67. Ten vierde moet het advies van de geraadpleegde advocaat een grondige uiteenzetting bevatten van zowel de beslissings- en administratieve praktijk van de Commissie als de rechtspraak van de Unierechters, en daarbij uitvoerig ingaan op alle juridisch relevante aspecten van het betrokken geval. Wat niet expliciet in het advies aan de orde komt, maar hoogstens impliciet daaruit valt af te leiden, kan geen reden zijn om disculperende rechtsdwaling aan te nemen.

68. Ten vijfde mag het verstrekte advies niet kennelijk onjuist zijn. Geen enkele onderneming mag blindvaren op het advies van een advocaat. Het is integendeel de taak van elke onderneming die een advocaat raadpleegt, op zijn minst na te gaan of de door deze verstrekte informatie plausibel is.

69. Het spreekt vanzelf dat de mate van zorgvuldigheid die op dit punt van een onderneming mag worden verwacht, afhankelijk is van haar omvang en van haar ervaring met mededingingsrechtelijke aangelegenheden.<sup>38</sup> Hoe groter een onderneming is en hoe meer ervaring zij met het mededingingsrecht heeft, hoe intensiever zij het door haar ingewonnen juridisch advies op zijn inhoud moet toetsen, vooral wanneer zij over een eigen juridische afdeling met vergelijkbare expertise beschikt.

70. Afgezien daarvan behoort echter elke onderneming te weten dat bepaalde concurrentiebeperkende praktijken reeds naar hun aard verboden zijn<sup>39</sup>, met name dat niemand mag deelnemen aan zogeheten „hardcore”-restricties<sup>40</sup>, zoals prijsafspraken of afspraken of maatregelen die ertoe strekken markten te verdelen of af te schermen. Van grote en ervaren ondernemingen kan bovendien worden verlangd dat zij kennis hebben genomen van de relevante mededelingen die de Europese Commissie in haar bekendmakingen en richtsnoeren op het gebied van het mededingingsrecht heeft gedaan.

36 — Uiteraard doel ik in deze conclusie met „advocaat” ook op advocaten die in loondienst werkzaam zijn bij een onafhankelijk advocatenkantoor.

37 — Zie in dit verband arrest van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a. (C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301), alsmede mijn conclusie van 29 april 2010 in die zaak.

38 — Dit blijkt ook uit het arrest United Brands (aangehaald in voetnoot 24, punten 299-301) en uit het arrest van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 134); in dezelfde zin arresten van 1 april 1993, Hewlett Packard France (C-250/91, Jurispr. blz. I-1819, punt 22), en 14 november 2002, Ilumitronica (C-251/00, Jurispr. blz. I-10433, punt 54).

39 — In die zin arrest Miller (aangehaald in voetnoot 17, punten 18 en 19) alsmede arresten van 11 juli 1989, Belasco e.a./Commissie (246/86, Jurispr. blz. 2117, punt 41), en 8 februari 1990, Tipp-Ex/Commissie (C-279/87, Jurispr. blz. I-261, punt 2 van de samenvatting); zie ook arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie (T-259/02-T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punt 205).

40 — Met betrekking tot het begrip „hardcore”-restrictie, zie met name de bekendmaking van de Europese Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis) (PB 2001, C 368, blz. 13).

71. Ten zesde handelt de betrokken onderneming op eigen risico indien uit het door haar ingewonnen juridisch advies blijkt dat de rechtssituatie onduidelijk is. Zij neemt dan namelijk op zijn minst uit onachtzaamheid op de koop toe dat zij met haar marktgedrag de regels van het Europese mededingingsrecht schendt.

72. Het is zonder meer waar dat de zojuist door mij geformuleerde minimumeisen enigszins afdoen aan de waarde die door advocaten opgestelde adviezen voor de betrokken ondernemingen hebben. Dit is echter inherent aan het met verordening nr. 1/2003 ingevoerde stelsel en is trouwens ook in het klassieke strafrecht niet anders: elke onderneming is uiteindelijk zelf voor haar marktgedrag verantwoordelijk en draagt het risico voor door haar gepleegde inbreuken op het recht. Absolute rechtszekerheid kan door het inwinnen van juridisch advies bij een advocaat niet worden verkregen. Als echter aan alle hierboven geformuleerde minimumeisen is voldaan, kan disculperende rechtsdwaling worden aangenomen indien de betrokken onderneming te goeder trouw op het advies van haar juridisch adviseur is afgegaan.

73. Ik zou hieraan nog willen toevoegen dat een advocaat die zich door het opstellen van welgevallige adviezen medeplichtig aan concurrentiebeperkende praktijken van ondernemingen maakt, niet alleen civielrechtelijke en tuchtrechtelijke consequenties heeft te vrezen, maar bovendien wellicht ook zelf kartelrechtelijke sancties opgelegd kan krijgen.<sup>41</sup>

#### c) Conclusies voor het onderhavige geval

74. Toepassing van de hierboven geformuleerde criteria op een geval als het onderhavige leidt tot de conclusie dat de betrokken ondernemingen niet verontschuldigbaar hebben gedwaald, maar dat een eventuele dwaling ten aanzien van de strijdigheid van hun marktgedrag met het Europese mededingingsrecht hun valt te verwijten.

75. Om te beginnen was namelijk, toen de inbreuk begon en gedurende het grootste deel van de periode dat het SSK-kartel heeft geduurd, verordening nr. 17 nog van toepassing. Zoals de Oostenrijkse Bundeskartellanwalt terecht stelt, hadden de betrokken ondernemingen<sup>42</sup> zich dus tijdig tot de Commissie kunnen wenden met een verzoek om afgifte van een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening nr. 17<sup>43, 44</sup>. Dat zij dit hebben nagelaten, kan niet door het inwinnen van juridisch advies worden gecompenseerd. Ook voor zover het SSK-kartel actief is geweest na 30 april 2004 en dus binnen de temporele werkingssfeer van verordening nr. 1/2003 viel, kan moeilijk iets anders gelden. Als men immers met de federale mededingingsautoriteit ervan uitgaat dat het litigieuze kartel één enkele voortgezette inbreuk vormde, moet het feit dat de SSK-leden aanvankelijk hebben verzuimd een verzoek om een negatieve verklaring in te dienen, worden meegewogen bij de beoordeling van hun schuld voor de totale duur van het kartel.

76. Bovendien blijkt uit de uiteenzettingen van de verwijzende rechter dat het in casu ingewonnen juridisch advies onvolledig was. Juist over het punt dat doorslaggevend was voor de vraag of de inbreuk op de mededingingsregels door de SSK-leden met een Unierechtelijke sanctie kon worden bestraft, namelijk de toepasselijkheid *ratione materiae* van artikel 85 E(E)G-Verdrag respectievelijk artikel 81 EG, lieten de verschillende adviezen van het geraadpleegde advocatenkantoor – onder voorbehoud van een hernieuwd onderzoek door het nationale gerecht – zich niet uit. Anders dan enkele van de aan de procedure deelnemende ondernemingen lijken te menen, volstaat het in dit verband niet dat in de betrokken adviezen wellicht impliciet bepaalde conclusies besloten lagen met

41 — In die zin arrest Gerecht van 8 juli 2008, *AC-Treuhand/Commissie* (T-99/04, Jurispr. blz. II-1501), met betrekking tot de betrokkenheid bij een kartel van een consultancybureau dat zelf niet op de door het kartel getroffen markt actief was.

42 — Dit geldt voor alle ondernemingen die al vóór 1 mei 2004 bij de SSK waren aangesloten.

43 — Een vergelijkbare bepaling was destijds opgenomen in artikel 2 van protocol nr. 4 bij de Overeenkomst tussen de EVA-staten betreffende de oprichting van een Toezichthoudende Autoriteit en een Hof van Justitie (PB 1994, L 344, blz. 12).

44 — In die zin arrest *Hoffmann-La Roche/Commissie* (aangehaald in voetnoot 38, punten 129, laatste volzin, 130 en 134, voorlaatste volzin).

betrekking tot de beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. Wat niet expliciet in het juridisch advies aan de orde komt, maar hoogstens impliciet daaruit valt af te leiden, kan zoals gezegd<sup>45</sup> geen reden zijn om disculperende rechtsdwaling aan te nemen. Dit geldt al helemaal wanneer het – zoals hier het geval is – om de centrale en cruciale rechtsvraag van een zaak gaat.

77. Ik voeg hieraan toe dat op zijn minst van de grotere karteldeelnemers ook bekendheid met de relevante bekendmakingen en richtsnoeren van de Europese Commissie kan worden verlangd.<sup>46</sup> Deze geven heel duidelijk aan dat horizontale kartels zoals de SSK, die het hele grondgebied van een lidstaat bestrijken, normaal gesproken de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden<sup>47</sup>, zodat zij onder het Unierechtelijke kartelverbod vallen.

78. Voor de schuldvraag is tot slot irrelevant het door enkele deelnemers aan de procedure beklemtoonde feit dat de SSK geen geheim kartel was en dat de SSK-leden naar eigen zeggen een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie wilden vermijden. Het enkele feit dat de dader meent in zijn recht te staan en ook verder „zeker van zijn zaak” is, volstaat niet om disculperende rechtsdwaling aan te nemen. Doorslaggevend is veeleer of hij al het redelijk mogelijke heeft gedaan om een inbreuk te vermijden.

2. Vertrouwen dat de onderneming heeft ontleend aan de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit (vraag1b)

79. Met vraag 1b wenst de verwijzende rechter te vernemen of disculperende rechtsdwaling kan worden aangenomen als een onderneming bij het haar ten laste gelegde concurrentiebeperkende gedrag heeft vertrouwd op de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit die dit gedrag uitsluitend naar nationaal mededingingsrecht heeft beoordeeld en toelaatbaar heeft geacht.

80. Deze deelvraag moet worden gezien tegen de achtergrond van het feit dat het Oostenrijkse kartelgerecht als bevoegde nationale instantie bij in kracht van gewijsde gegane beschikking van 2 februari 1996 de SSK als „bagatelkartel” in de zin van § 16 KartG 1988 heeft gekwalificeerd. Deze beslissing brengen de betrokken ondernemingen thans in het hoofdgeding in stelling om zichzelf vrij te pleiten.

81. Net zoals bij het hierboven behandelde vertrouwen dat is ontleend aan het advies van een advocaat, is het tussen de deelnemers aan de procedure hoogst omstreden of de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling of een onderneming die de mededingingsregels heeft geschonden, culpoos heeft gehandeld. De twee kwesties houden de partijen in wezen op dezelfde wijze verdeeld.

a) De betekenis van beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties

82. Een van de voornaamste doelstellingen van verordening nr. 1/2003 was dat de nationale instanties nauwer bij de handhaving van het Europese mededingingsrecht zouden worden betrokken dan voorheen.<sup>48</sup> Zo vervullen de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties in het nieuwe, decentrale stelsel van handhaving van het mededingingsrecht een niet te onderschatten rol. De

45 — Zie punt 67 van deze conclusie.

46 — Zie punt 70 van deze conclusie.

47 — Richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, hoofdstuk 3.2.1 (met name punt 78).

48 — Punten 6, 7 en 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

artikelen 5 en 6 van verordening nr. 1/2003 verklaren de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties van de lidstaten met zoveel woorden bevoegd om het mededingingsrecht van de Unie toe te passen, en in de in artikel 3 van deze verordening genoemde omstandigheden zijn die nationale autoriteiten en instanties zelfs daartoe verplicht.<sup>49</sup>

83. Ook in de periode tot en met 30 april 2004, waarin het kartelgerecht de door de betrokken ondernemingen in stelling gebrachte beslissing heeft gegeven, was de toepassing van artikel 85 E(E)G-Verdrag respectievelijk artikel 81 EG geenszins aan de bevoegdheid van de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties onttrokken. Weliswaar was de Commissie destijds ingevolge artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 bij uitsluiting bevoegd tot het verlenen van vrijstellingen conform artikel 85, lid 3, E(E)G-Verdrag respectievelijk artikel 81, lid 3, EG, maar verder was het voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties in beginsel zonder meer mogelijk om het rechtstreeks werkende artikel 85, lid 1, E(E)G-Verdrag respectievelijk artikel 81, lid 1, EG toe te passen en met name om na te gaan of onderling afgestemd gedrag van ondernemingen onder het geldingsbereik van de Europese mededingingsregels viel, dat wil zeggen of het gedrag de handel tussen lidstaten kon beïnvloeden.<sup>50</sup> Een dergelijk onderzoek was bijvoorbeeld noodzakelijk om er in geval van een conflict tussen communautaire en nationale regels op het gebied van ondernemersafspraken voor te zorgen dat de door het Hof geëiste voorrang van het gemeenschapsrecht<sup>51</sup> werd geëerbiedigd.

84. Tegen deze achtergrond kunnen de beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties – ook als zij van vóór 1 mei 2004 dateren – naast de administratieve praktijk van de Europese Commissie en de rechtspraak van de Unierechters de op de interne markt actieve ondernemingen belangrijke aanknopingspunten bieden voor een goed begrip van de geldende rechtssituatie op het punt van het Europese mededingingsrecht.

85. Welke gevolgen het door de betrokken ondernemingen aan dergelijke beslissingen ontleende vertrouwen heeft voor de vraag of de schending van de mededingingsregels hun valt aan te rekenen, moet worden bepaald aan de hand van het ook op het niveau van de Unie erkende beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen.<sup>52</sup> Volgens dit beginsel is het geenszins uitgesloten dat ondernemingen in Unierechtelijke aangelegenheden op beslissingen van nationale autoriteiten en rechterlijke instanties mogen vertrouwen.<sup>53</sup> Bovendien lijkt het vertrouwen dat wordt ontleend aan de door dergelijke overheidsinstanties ingenomen standpunten, beschermenswaardiger dan het vertrouwen dat wordt ontleend aan de adviezen van private juridisch adviseurs.

86. Toch zou het te ver voeren om aan elke uitlating die een nationale instantie met betrekking tot het mededingingsrecht van de Unie heeft gedaan, betekenis toe te kennen bij de beoordeling of ondernemingen schuld hebben aan de inbreuken die hun ten laste zijn gelegd. Ook hier zal aan bepaalde minimumeisen moeten zijn voldaan, wil de daadwerkelijke handhaving van de Europese mededingingsregels niet in gevaar komen.

49 — Met betrekking tot deze verplichting, zie ook het arrest *Toshiba Corporation e.a.* (aangehaald in voetnoot 19, punt 77).

50 — Arrest van 30 januari 1974, *BRT/SABAM* (127/73, Jurispr. blz. 51, punten 15-22).

51 — Arrest van 13 februari 1969, *Wilhelm e.a.* (14/68, Jurispr. blz. 1, punt 6, laatste gedeelte).

52 — Zie bijvoorbeeld arresten van 5 mei 1981, *Dürbeck* (112/80, Jurispr. blz. 1095, punt 48), en 20 maart 1997, *Alcan Deutschland* (C-24/95, Jurispr. blz. I-1591, punt 25).

53 — In die zin arrest van 10 september 2009, *Plantanol* (C-201/08, Jurispr. blz. I-8343, punt 53); zie bovendien mijn conclusie van 24 januari 2013 in de zaak *Agroferm* (C-568/11, punten 43-50).



b) Voorwaarden voor de erkenning van een gewettigd vertrouwen in de juistheid van de beslissingen van nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties

87. Ten eerste moet het gaan om een beslissing van ofwel een tot toepassing van het mededingingsrecht van de Unie bevoegde nationale mededingingsautoriteit in de zin van de artikelen 5 en 35 van verordening nr. 1/2003, ofwel een nationale rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 van deze verordening.

88. Het is juist dat een nationale *mededingingsautoriteit* geen goedkeuringen of negatieve verklaringen mag afgeven in relatie tot het mededingingsrecht van de Unie. Volgens artikel 5, tweede alinea, van verordening nr. 1/2003 kan zij echter wel beslissen dat er voor haar geen reden bestaat om op te treden, wanneer op grond van de inlichtingen waarover zij beschikt, niet aan de voorwaarden voor een verbod is voldaan. In dat geval moet de betrokken onderneming erop kunnen vertrouwen dat zij op zijn minst in het onder die autoriteit ressorterende gebied het door deze onderzochte marktgedrag mag voortzetten.

89. De beslissing van een nationale *rechterlijke instantie* kan een grond zijn om disculperende rechtsdwaling aan te nemen indien daarin wordt geconcludeerd dat een bepaald marktgedrag niet met het mededingingsrecht van de Unie in strijd is. Dit kan met name het geval zijn als de nationale rechterlijke instantie een gerechtelijke boeteprocédure heeft beëindigd, een administratieve boetebeschikking nietig heeft verklaard dan wel een tegen de betrokken onderneming ingestelde schade- of verbodsactie heeft afgewezen.

90. Ten tweede moet de betrokken onderneming de nationale instantie vooraf volledig en naar waarheid hebben ingelicht over alle voor de beslissing relevante feiten en omstandigheden, voor zover zij – zoals de SSK-leden in 1995/1996 – reeds bij de oorspronkelijke administratieve of gerechtelijke procedure betrokken was. Als aan de gegeven beslissing een fout kleeft waarvoor de onderneming zelf verantwoordelijk is, kan deze zich later niet op die beslissing beroepen om zichzelf vrij te pleiten.

91. Ten derde moeten in de administratieve of rechterlijke beslissing juist die feitelijke en juridische kwesties worden behandeld welke voor de betrokken onderneming reden zijn om zich op disculperende rechtsdwaling te beroepen. Net zoals bij adviezen van advocaten geldt bovendien ook hier dat uitsluitend een beroep mag worden gedaan op hetgeen de administratieve autoriteit of rechterlijke instantie expliciet in haar beslissing heeft overwogen, maar niet op hetgeen daaruit hooguit impliciet zou kunnen worden afgeleid.<sup>54</sup>

92. Ten vierde mag het standpunt dat de nationale mededingingsautoriteit of rechterlijke instantie ten aanzien van het mededingingsrecht van de Unie heeft ingenomen, niet kennelijk onjuist zijn.<sup>55</sup> Het is waar dat definitieve administratieve beslissingen en in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissingen die uitlatingen over het Europese mededingingsrecht bevatten, in beginsel worden vermoed rechtsgeldig te zijn, zodat degenen voor wie zij bestemd zijn, in beginsel op de juistheid van de inhoud ervan mogen vertrouwen en niet zoals bij een juridisch advies een plausibiliteitstoets hoeven te verrichten. Dit laat echter onverlet dat, zoals ik reeds heb beklemtoond<sup>56</sup>, elke onderneming behoort te weten dat bepaalde concurrentiebepurende praktijken reeds naar hun aard verboden zijn, met name dat niemand mag deelnemen aan zogeheten „hardcore”-restricties, zoals aan prijsafspraken of aan afspraken of maatregelen die ertoe strekken markten te verdelen of af te schermen.

54 — In zeer vergelijkbare zin heeft het Hof met betrekking tot het vertrouwensbeginsel overwogen dat niemand schending van dit beginsel kan stellen wanneer de administratie hem geen nauwkeurige toezeggingen heeft gedaan, en dat vage aanwijzingen in dit verband niet volstaan (arrest van 16 december 2008, Masdar/Commissie, C-47/07 P, Jurispr. blz. I-9761, punten 81 en 86).

55 — Het is vaste rechtspraak dat het vertrouwensbeginsel niet kan worden aangevoerd tegen een duidelijke Unierechtelijke bepaling; zie arresten van 26 april 1988, Krücken (316/86, Jurispr. blz. 2213, punt 24); 1 april 1993, Lageder e.a. (C-31/91-C-44/91, Jurispr. blz. I-1761, punt 35), en 16 maart 2006, Emsland-Stärke (C-94/05, Jurispr. blz. I-2619, punt 31).

56 — Zie punt 70 van deze conclusie.

93. Ten vijfde is het door een onderneming aan een administratieve of rechterlijke beslissing ontleende vertrouwen slechts vatbaar voor bescherming indien deze onderneming te goeder trouw is.<sup>57</sup> Die goede trouw ontbreekt niet alleen in het – zonder meer onwaarschijnlijke – geval dat de onderneming en de nationale autoriteit of rechterlijke instantie met elkaar hebben samengespannen. Het vertrouwen van de onderneming in de juistheid van de beslissing is integendeel ook ongefundeerd indien de onderneming kennis heeft genomen van een tegengestelde rechtsopvatting van de bevoegde instellingen van de Unie – met name van de Europese Commissie en van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de Europese Commissie overeenkomstig artikel 15, lid 3, van verordening nr. 1/2003 heeft deelgenomen aan een nationale gerechtelijke procedure en de betrokken onderneming in dat kader van haar rechtsopvatting kennis heeft gekregen.

94. Tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof is bovendien de vraag aan de orde gekomen of een voorwaarde voor de beschermenswaardigheid van het door ondernemingen aan beslissingen van nationale *rechterlijke instanties* ontleende vertrouwen is dat het Hof in de betrokken zaak reeds om een prejudiciële beslissing was verzocht. Naar mijn mening is dit niet het geval. Ik acht het niet juist om het vertrouwensbeginsel enkel te laten gelden voor nationale rechterlijke beslissingen die gebaseerd zijn op een prejudiciële uitspraak van het Hof.

95. Doorgaans zal het namelijk gaan om beslissingen van rechterlijke instanties in de zin van artikel 267, lid 2, VWEU, die niet verwijzingsplichtig zijn. Als de Uniewetgever *alle* nationale rechterlijke instanties bevoegd verklaart om het mededingingsrecht van de Unie toe te passen (artikel 6 van verordening nr. 1/2003), dan moeten de justitiabelen zich ook op de desbetreffende beslissingen van *alle* nationale rechterlijke instanties kunnen beroepen, ongeacht of de betrokken beslissing al dan niet door een – facultatieve – prejudiciële procedure is voorafgegaan.

96. Verordening nr. 1/2003 voorziet in specifieke instrumenten die tot een uniforme uitlegging en toepassing van het mededingingsrecht van de Unie moeten bijdragen. De Europese Commissie speelt daarbij een sleutelrol. Zij mag aan de voor nationale *rechterlijke instanties* gevoerde procedures deelnemen.<sup>58</sup> Met de nationale *mededingingsautoriteiten* werkt zij in het kader van het Europese mededingingsnetwerk (ECN) nauw samen, waarbij zij zelfs de door een dergelijke autoriteit behandelde zaak kan overnemen.<sup>59</sup>

### c) Conclusies voor het onderhavige geval

97. Bij toepassing van de hierboven geformuleerde criteria op een geval als het onderhavige blijkt – zoals ook in verband met het aan adviezen van advocaten ontleende vertrouwen is geconcludeerd – dat de betrokken ondernemingen niet verontschuldigbaar hebben gedwaald, maar dat een eventuele dwaling ten aanzien van de strijdigheid van hun marktgedrag met het Europese mededingingsrecht hun valt te verwijten.

98. Zoals namelijk uit de verwijzingsbeslissing blijkt, heeft het kartelgerecht in zijn door de SSK-leden in stelling gebrachte beschikking van 2 februari 1996 het aan de transportbedrijven ten laste gelegde gedrag uitsluitend naar nationaal mededingingsrecht onderzocht en toelaatbaar geoordeeld. In die beschikking wordt echter niet ingegaan op de vraag of de SSK-leden het Unierechtelijke kartelverbod hebben geschonden. Overigens bestond er vóór 1 mei 2004, toen artikel 3 van verordening nr. 1/2003 nog niet gold, geen Unierechtelijke verplichting om het mededingingsrecht van de Unie en het nationale mededingingsrecht naast elkaar toe te passen.<sup>60</sup>

57 — Zie punt 62 van deze conclusie en de in voetnoot 35 aangehaalde rechtspraak.

58 — Artikel 15, lid 3, van verordening nr. 1/2003.

59 — Artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003.

60 — Arrest Toshiba Corporation e.a. (aangehaald in voetnoot 19, punt 62).

99. Het mag dan zo zijn dat het kartelgerecht voorafgaand aan zijn beschikking van 2 februari 1996 kennis had genomen van een in 1994 opgesteld tussentijds advies van het paritair comité<sup>61</sup>, waarin de toepasselijkheid van het Europese mededingingsrecht werd ontkend. De SSK-leden mochten echter op basis van dit feit alleen niet aannemen dat hun marktgedrag niet met de Europese mededingingsregels in strijd was. Het gaat erom dat het kartelgerecht zich niet zelf met zoveel woorden over de verenigbaarheid van de SSK met het Europese mededingingsrecht heeft uitgelaten.<sup>62</sup>

100. Het is waar dat de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties reeds vóór 1 mei 2004 de voorrang van het toenmalige gemeenschapsrecht dienden te eerbiedigen en ervoor moesten zorgen dat geen afbreuk werd gedaan aan een volledige en uniforme toepassing van dit recht.<sup>63</sup> Zoals de betrokken ondernemingen tijdens de mondelinge behandeling hebben opgemerkt, kon ook uit het nationale recht destijds al een verplichting worden afgeleid om de Europese mededingingsregels te eerbiedigen.

101. Hieruit kan op zich echter niet worden geconcludeerd dat de nationale en de Europese mededingingsregels reeds vóór het van toepassing worden van artikel 3 van verordening nr. 1/2003 altijd tot hetzelfde resultaat moesten leiden. Zoals bekend hebben de Europese en de nationale mededingingsregels niet volledig dezelfde werkingssfeer<sup>64</sup> en beschouwen zij mededingingsbeperkende praktijken vanuit een verschillende invalshoek<sup>65</sup>. Dit was vóór 1 mei 2004 al het geval en hierin is met verordening nr. 1/2003 geen verandering gekomen.<sup>66</sup> Juist een bepaling zoals de Oostenrijkse over bagatelkartels illustreert heel duidelijk welke verschillen er tussen het mededingingsrecht van de Unie en het nationale mededingingsrecht konden bestaan en kunnen blijven bestaan.<sup>67</sup>

102. Bijgevolg heeft een uitsluitend op het nationale mededingingsrecht gebaseerde beschikking zoals die van het kartelgerecht van 2 februari 1996, bij de betrokken ondernemingen geen gewettigd vertrouwen kunnen wekken ten aanzien van een Unierechtelijke vraag zoals die waarvan de beslissing in het hoofdgeding afhangt.

### *C – De vaststellingsbevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten jegens kroongetuigen (tweede prejudiciële vraag)*

103. De tweede prejudiciële vraag is specifiek toegesneden op de situatie van een kroongetuige, waarin zich in het onderhavige geval de onderneming Schenker bevindt. Deze vraag impliceert noodzakelijkerwijs dat de betrokken onderneming zich – zoals in het kader van de eerste prejudiciële vraag is uiteengezet – *niet* op disculperende rechtsdwaling kan beroepen. Als dit wel het geval was, zou er immers überhaupt geen sprake zijn van een inbreuk die een mededingingsautoriteit of een rechterlijke instantie jegens de onderneming kon vaststellen.<sup>68</sup>

61 — Zie de punten 20 en 21 van deze conclusie.

62 — Zie punt 92 van deze conclusie.

63 — Arrest Wilhelm e.a. (aangehaald in voetnoot 51, punten 6 en 9).

64 — Arrest van 1 oktober 2009, *Compañía Española de Comercialización de Aceite* (C-505/07, Jurispr. blz. I-8963, punt 52), en arrest *Toshiba Corporation e.a.* (aangehaald in voetnoot 19, punt 81).

65 — Arrest Wilhelm e.a. (aangehaald in voetnoot 51, punt 3); arrest van 13 juli 2006, *Manfredi e.a.* (C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punt 38), en arresten *Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie e.a.* (aangehaald in voetnoot 37, punt 103) en *Toshiba Corporation e.a.* (aangehaald in voetnoot 19, punt 81).

66 — Arrest *Toshiba Corporation e.a.* (aangehaald in voetnoot 19, punt 82).

67 — In zijn arrest van 13 december 2012, *Expedia* (C-226/11, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie), heeft het Hof duidelijk gemaakt dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt (punt 37), wat zelfs het geval kan zijn als de door de Commissie in haar de-minimisbepalings vastgestelde drempels niet worden bereikt (punt 38).

68 — Zie punt 44 van deze conclusie.

104. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of verordening nr. 1/2003 de mededingingsautoriteiten van de lidstaten de mogelijkheid biedt om vast te stellen dat een onderneming het Unierechtelijke kartelverbod heeft geschonden, zonder aan die onderneming een geldboete op te leggen.

105. De bevoegdheden waarover de nationale mededingingsautoriteiten bij de toepassing van het mededingingsrecht van de Unie beschikken, staan beschreven in artikel 5 van verordening nr. 1/2003. Volgens artikel 35, lid 1, van deze verordening kunnen die bevoegdheden ook worden uitgeoefend door rechterlijke instanties, zoals in Oostenrijk het geval is.

106. Artikel 5 van verordening nr. 1/2003 kent aan de nationale instanties niet met zoveel woorden de bevoegdheid toe om uitsluitend een inbreuk op het mededingingsrecht van de Unie vast te stellen, zonder daarvoor sancties op te leggen. Daarentegen wordt de Europese Commissie in artikel 7, lid 1, laatste volzin, van dezelfde verordening uitdrukkelijk bevoegd verklaard een reeds beëindigde inbreuk vast te stellen, indien hierbij een legitiem belang bestaat.

107. Anders dan Schenker meent, kan echter uit het stilzwijgen van artikel 5 van verordening nr. 1/2003 geenszins worden afgeleid dat het de nationale autoriteiten verboden zou zijn om te volstaan met de vaststelling van een inbreuk, zonder daarvoor sancties op te leggen. Dit kan ook niet a contrario worden afgeleid uit het feit dat de Commissie die bevoegdheid volgens artikel 7, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 1/2003 wel heeft.

108. Het is juist dat verordening nr. 1/2003 de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties bewust bepaalde bevoegdheden onthoudt, opdat de in het systeem van deze verordening vast verankerde leidinggevende rol van de Commissie bij de organisatie van het Europese mededingingsbeleid<sup>69</sup> en het nieuw ingevoerde stelsel van wettelijke uitzondering niet worden ondermijnd. Zo is bijvoorbeeld de Commissie de enige instantie binnen het ECN die overeenkomstig artikel 10 van verordening nr. 1/2003 bevoegd is bij wijze van uitzondering een beschikking van declaratoire aard te geven waarbij zij vaststelt dat het kartelrecht van de Unie niet van toepassing is.<sup>70</sup> De nationale mededingingsautoriteiten mogen daarentegen ingevolge artikel 5, tweede alinea, van dezelfde verordening hooguit beslissen dat er in een concreet geval voor hen geen reden bestaat om op te treden, wat negatieve beslissingen over de grond van de zaak uitsluit.<sup>71</sup>

109. Er is echter geen reden om aan te nemen dat de Uniewetgever ook in het omgekeerde geval, dat wil zeggen wat de hier aan de orde zijnde bevoegdheid tot vaststelling van inbreuken betreft, de bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties heeft willen inperken. Zoals gezegd was het immers een van de voornaamste doelstellingen van verordening nr. 1/2003 om de nationale instanties een prominentere rol bij de handhaving van het mededingingsrecht van de Unie te geven dan voorheen.<sup>72</sup> De mededingingsautoriteiten van de lidstaten moeten niet minder, maar meer mogelijkheden voor een doeltreffende toepassing van het mededingingsrecht van de Unie krijgen.<sup>73</sup> In het decentrale stelsel van verordening nr. 1/2003 is het opsporen, vaststellen en eventueel bestraffen van inbreuken onderdeel van hun takenpakket<sup>74</sup>, wat tot de daadwerkelijke handhaving van de mededingingsregels van de Unie bijdraagt.

69 — Zie punt 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003, waarin de centrale rol van de organen van de Unie bij de toepassing van de in de artikelen 81 EG en 82 EG geformuleerde beginselen wordt beklemtoond; zie ook arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie* (aangehaald in voetnoot 17, punt 105, laatste gedeelte) en arrest van 14 december 2000, *Masterfoods (C-344/98, Jurispr. blz. I-11369, punt 46, eerste volzin)*, alsmede mijn conclusie in de zaak *Expedia* (aangehaald in voetnoot 28, punt 38).

70 — Zie ook punt 14 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

71 — Arrest *Tele 2 Polska* (aangehaald in voetnoot 33, punten 22-29 en 32).

72 — Punten 6, 7 en 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

73 — Punten 28 en 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

74 — Zie met name de artikelen 5, eerste volzin, en 6 alsmede de punten 6, 7 en 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

110. De ingevolge artikel 5, eerste alinea, laatste streepje, van verordening nr. 1/2003 aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten toekomende bevoegdheid om sancties op te leggen, omvat noodzakelijkerwijs ook de bevoegdheid om enkel vast te stellen dat een inbreuk is gepleegd (*argumentum a maiore ad minus*). Zonder de voorafgaande vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels zouden namelijk eventuele door een autoriteit aan de betrokken ondernemingen opgelegde sancties helemaal niet denkbaar zijn.

111. Het is absoluut niet zo dat nationale mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties hun bevoegdheid tot vaststelling van een inbreuk kwijtraken als zij van de oplegging van sancties afzien, bijvoorbeeld om een kroongetuige voor zijn medewerking tijdens de kartelprocedure te belonen. Om de daadwerkelijke handhaving van de Unierechtelijke mededingingsregels te waarborgen, kan het juist zelfs noodzakelijk zijn om in een dergelijk geval vast te stellen dat een inbreuk is gepleegd, ook al blijven sancties achterwege.

112. Als de nationale autoriteit of rechterlijke instantie niet alleen de oplegging van een sanctie, maar ook de loutere vaststelling van de inbreuk achterwege laat en de kartelprocedure jegens de betrokken onderneming simpelweg beëindigt, kan namelijk de onjuiste indruk ontstaan dat het marktgedrag van die onderneming rechtmatig was. Door de vaststelling van de inbreuk, wat in feite hetzelfde is als de vaststelling van de geldboete op nihil, wordt daarentegen zonder meer duidelijk gemaakt en vastgelegd dat de onderneming de Unierechtelijke mededingingsregels verwijtbaar heeft geschonden.

113. Of, en zo ja, op welke wijze de bevoegde nationale instanties gebruikmaken van de in artikel 5 van verordening nr. 1/2003 impliciet besloten liggende bevoegdheid tot vaststelling van een inbreuk zonder oplegging van sancties, is een kwestie die binnen de procedurele autonomie van de lidstaten valt. Dit betekent dat het nationale recht het aan de bevoegde autoriteit of rechterlijke instantie mag overlaten om te bepalen of een inbreuk wordt vastgesteld, maar evengoed in navolging van artikel 7, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 1/2003 als voorwaarde mag stellen dat er bij die vaststelling een legitiem belang bestaat, mits de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid<sup>75</sup> geëerbiedigd blijven.

114. Gelet op het doeltreffendheidsvereiste, dat tot uitdrukking komt in de doelstelling van een daadwerkelijke handhaving van het mededingingsrecht van de Unie<sup>76</sup>, zal er doorgaans een legitiem belang bij de vaststelling van een inbreuk bestaan, zelfs als van de oplegging van sancties wordt afgezien. Ten eerste kan een dergelijke vaststelling namelijk reden zijn om de betrokken onderneming in de toekomst als recidivist te bestraffen, mocht zij zich opnieuw aan een schending van de Europese mededingingsregels schuldig maken.<sup>77</sup> Bovendien heeft de vaststelling van een dergelijke inbreuk een afschrikkende signaalwerking jegens andere ondernemingen en draagt zij bij aan het vertrouwen van alle marktdeelnemers in de slagkracht van de mededingingsregels van de Europese interne markt. Niet in de laatste plaats maakt de vaststelling van de inbreuk door de bevoegde autoriteit het voor de door een kartel benadeelde ondernemingen en consumenten gemakkelijker om civielrechtelijke aanspraken jegens de karteldeelnemers geldend te maken.<sup>78</sup>

75 — Voor de betekenis van deze beginselen in de context van het mededingingsrecht, zie arrest van 20 september 2001, *Courage en Crehan* (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297), en arrest *Manfredi e.a.* (aangehaald in voetnoot 65).

76 — Zie met betrekking tot dit doel de in voetnoot 34 van deze conclusie vermelde verwijzingen.

77 — Punt 28, eerste streepje, van de richtsnoeren van 2006.

78 — Aangaande het belang van een particuliere handhaving van het mededingingsrecht, zie behalve de in voetnoot 75 aangehaalde arresten met name het door de Europese Commissie op 2 april 2008 gepresenteerde Witboek betreffende schadevergoedingsacties wegens schending van de communautaire mededingingsregels [COM(2008) 165 definitief]. In haar Witboek stelt de Commissie maatregelen voor die erop gericht zijn „een doeltreffend systeem van particuliere handhaving [van het mededingingsrecht] door middel van schadevergoedingsacties tot stand [te brengen] dat een aanvulling is op, maar niet in de plaats treedt van de publieke handhaving of deze in het gedrang brengt” (blz. 4, hoofdstuk 1.2). Ook het EVA-Hof heeft onlangs op het belang van de particuliere handhaving van het mededingingsrecht gewezen en beklemtoond dat het algemeen belang hiermee is gediend (arrest van 21 december 2012, *Schenker/Toezichthoudende autoriteit van de EVA*, E-14/11, punt 132).

## VI – Conclusie

115. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de prejudiciële vragen van het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

- „1) Een onderneming mag niet wegens schending van het Unierechtelijke kartelverbod worden beboet indien zij heeft gedwaald ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag (rechtsdwaling) en deze dwaling haar niet valt te verwijten.
- 2) De dwaling waarin een onderneming heeft verkeerd ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag, kan haar worden verweten indien zij heeft vertrouwd op een door een advocaat verstrekt juridisch advies of op de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit, waarin niet of in elk geval niet met zoveel woorden op de cruciale rechtsvraag wordt ingegaan.

Bij inbreuken waarvan de begindatum vóór 1 mei 2004 ligt, is een dergelijke rechtsdwaling bovendien verwijtbaar indien de onderneming niet tijdig bij de Europese Commissie een verzoek om een negatieve verklaring in de zin van artikel 2 van verordening (EEG) nr. 17 heeft ingediend.

- 3) Verordening (EG) nr. 1/2003 verbiedt de mededingingsautoriteiten van de lidstaten niet om enkel vast te stellen dat een onderneming het Unierechtelijke kartelverbod heeft geschonden en daarbij van de oplegging van een geldboete af te zien, mits de Unierechtelijke beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid geëerbiedigd blijven.”