



Datum van
inontvangstneming

:

20/03/2014

Zaak C-74/14

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

10 februari 2014

Verwijzende rechter:

Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litouwen)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 januari 2014

Appellanten:

UAB „Eturas”
UAB „AAA Wrislit”
UAB „Baltic Clipper”
UAB „Baltic Tours Vilnius”
UAB „Daigera”
UAB „Feroną”
UAB „Freshtravel”
UAB „Guliverio kelionės”
UAB „Kelionių akademija”
UAB „Kelionių gurmanai”
UAB „Kelionių laikas”
turizmo UAB „Litamicus”
UAB „Megaturas”
UAB „Neoturas”

UAB „TopTravel”

UAB „Travelonline Baltics”

UAB „Vestekspress”

UAB „Visveta”

UAB „Zigzag Travel”

UAB „ZIP Travel”

Verwerende partij:

Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba

Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding

Geschil over de geldigheid en de rechtmatigheid van het besluit van de Litouwse Raad voor de Mededinging (Konkurencijos taryba) van 7 juni 2012 (hierna: „besluit”), waarbij deze heeft vastgesteld dat appellanten inbreuk hebben gemaakt op artikel 5 van de Mededingingswet (Konkurencijos įstatymas) van de Republiek Litouwen alsmede op artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en waarbij hij hun geldboeten heeft opgelegd.

Voorwerp en rechtsgrondslag van het prejudiciële verzoek

Uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU; artikel 267, derde alinea, VWEU.

Prejudiciële vragen

1. Moet artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat kan worden aangenomen dat wanneer ondernemingen een gemeenschappelijk geautomatiseerd informatiesysteem als in deze zaak aan de orde gebruiken en de Raad voor de Mededinging heeft bewezen dat in het systeem een mededeling over de beperking op het verlenen van kortingen is opgenomen en een technische beperking ten aanzien van het invoeren van een kortingspercentage is aangebracht, deze ondernemingen wisten, of hadden moeten weten, dat deze mededeling in het geautomatiseerde informatiesysteem voorkwam en dat zij, door zich niet tegen de toepassing van deze beperking op het verlenen van kortingen te verzetten, stilzwijgend met deze beperking op het verlenen van prijskortingen hebben ingestemd en dus aansprakelijk kunnen

worden gehouden voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen krachtens artikel 101, lid 1, VWEU?

2. Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord, welke factoren moeten dan in aanmerking worden genomen om te bepalen of de ondernemingen die een gemeenschappelijk geautomatiseerd informatiesysteem gebruiken, in omstandigheden als die in het hoofdgeding, hun gedragingen onderling hebben afgestemd in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU?

Aangevoerde bepalingen van Unierecht

Artikel 101, lid 1, VWEU.

Artikel 2 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.

Aangevoerde bepalingen van nationaal recht

Artikel 3, lid 15, (definitie van „overeenkomst”) en artikel 5 (verbod van mededingingsbepalende overeenkomsten) van de Mededingingswet (Konkurencijos įstatymas) van 23 maart 1999 (zoals gewijzigd op 22 maart 2012).

Korte uiteenzetting van de feiten en de procedure in het hoofdgeding

- 1 UAB Eturas is de houder van de exclusieve rechten op en beheerder van het geautomatiseerde informatiesysteem E-TURAS. Dit is een onlinesysteem dat geautomatiseerde informatie van de tour operators over reizen en aanverwante diensten verwerkt en systematiseert. Dit onlinesysteem voor reisboekingen, dat in 2008 is ontwikkeld en in gebruik is genomen en vanuit één enkele locatie wordt gecontroleerd (UAB Eturas), wordt erdoor gekenmerkt dat het geautomatiseerd is en ononderbroken in werking is en dat de gegevens geregeld worden bijgewerkt. Het E-TURAS-systeem, dat hetzelfde is voor alle reisbureaus die daar gebruik van hebben gemaakt (hierna: „reisbureaus”), is in hun bestaande websites geïntegreerd, dat wil zeggen dat het niet aan hun individuele noden is aangepast.
- 2 Aan de reisbureaus wordt een toegangsrecht tot het E-TURAS-systeem verleend nadat zij een standaarddienstenovereenkomst met de onderneming Eturas hebben ondertekend. Laatstgenoemde verbindt zich ertoe een reisbureau een niet-exclusieve en niet-overdraagbare licentie toe te kennen zonder het recht sublicenties te verlenen, waarmee zij – uitsluitend door gebruik van een eigen uniek wachtwoord – verbinding met de E-TURAS-server kunnen krijgen, terwijl het reisbureau zich ertoe verbindt de vastgestelde vergoeding voor het gebruik van de diensten te betalen. Deze overeenkomsten bevatten geen bepalingen die UAB

Eturas het recht geeft om de prijzen van de reisbureaus door middel van het E-TURAS-systeem te wijzigen.

- 3 Vóór 27 augustus 2009 waren er geen beperkingen ten aanzien van het kortingspercentage in het E-TURAS-systeem. Het onderzoek van de Raad voor de Mededinging dat heeft geleid tot het besluit, was ingesteld naar aanleiding van inlichtingen die hij had verkregen van een reisbureau dat ook het E-TURAS-systeem gebruikte. Volgens deze inlichtingen kwamen de reisbureaus die georganiseerde pakketreizen verdeelden tot onderlinge overeenstemming over de kortingen die werden verleend aan klanten die pakketreizen online via het E-TURAS-systeem kochten.
- 4 Vaststaat dat de directeur van UAB Eturas voorafgaand aan de beperking op het verlenen van kortingen aan verschillende reisbureaus een e-mail heeft verzonden waarin hij hen verzocht te stemmen over een algemene verlaging van de kortingen van 4 % naar 1 %–3 % en over een specifiek wenselijk geacht kortingspercentage.
- 5 Hoewel er in het procesdossier bewijs voorhanden is dat een van de reisbureaus deze e-mail heeft ontvangen, is er geen bewijs dat andere reisbureaus deze hebben ontvangen of daarop hebben geantwoord. De Raad voor de Mededinging is er in zijn besluit van uitgegaan dat de reisbureaus waaraan de e-mail was verzonden, deze ook hadden ontvangen.
- 6 De directeur van UAB Eturas heeft aangegeven dat dit een rondvraag over een standaardkorting voor onlineboekingen was. Hij heeft zijn verklaring later gewijzigd en aangegeven dat UAB Eturas eenzijdig de beperking op het verlenen van kortingen had opgelegd en dat de rondvraag bij de reisbureaus fictief was.
- 7 Op 27 augustus 2009 is om 12.20 uur, voordat er technische beperkingen op het verlenen van kortingen in het E-TURAS-systeem zijn aangebracht, de volgende systeemmededeling in het veld Inlichtingen verschenen: „Na een evaluatie van de opmerkingen, voorstellen en wensen [...] van de reisbureaus zullen wij onlinekortingen van 0 % tot 3 % mogelijk maken, waaruit ieder kan kiezen [...] Bij de reisbureaus die hogere kortingen dan 3 % hebben aangeboden, zullen deze automatisch [...] worden verlaagd naar 3 %. [...]”. De directeur van UAB Eturas heeft verklaard dat deze mededelingen aan alle reisbureaus zijn verzonden. In het procesdossier bevindt zijn geen bewijs dat het personeel van appellanten deze systeemmededeling heeft gezien of gelezen.
- 8 Het bewijs dat de Raad voor de Mededinging heeft vergaard, toont aan dat bij de meerderheid van de reisbureaus die een kortingspercentage van meer dan 3 % hanteerden vóór 27 augustus 2009, het daadwerkelijke kortingspercentage na die datum is gezakt naar 3 %. Een aantal reisbureaus dat een kortingspercentage van 3 % had aangeboden vóór 27 augustus 2009, is datzelfde percentage blijven toepassen na de invoering van de beperking, terwijl andere reisbureaus hun eerste pakketreizen pas na 27 augustus 2009 via het E-TURAS-systeem hebben

verkocht. De lijst van de reisbureaus waaraan bij het besluit geldboeten zijn opgelegd, omvat ook bureaus die geen enkele pakketreis via het E-TURAS-systeem hebben verkocht in de periode waarin de beperking op het verlenen van kortingen gold.

- 9 Er zijn geen technische beperkingen geweest op de mogelijkheid van de reisbureaus die het E-TURAS-systeem gebruiken, om aanvullend onbeperkt getrouwheidskortingen te verlenen.
- 10 De Raad voor de Mededinging was van oordeel dat 27 augustus 2009 de datum was waarop de inbreuk had aangevangen, omdat dit de datum was waarop een mededeling over de beperking op het verlenen van kortingen voor online-bestellingen van pakketreizen in het E-TURAS-systeem is geplaatst en de keuzevrijheid van de reisbureaus ten aanzien van het kortingspercentage technisch is beperkt. De Raad voor de Mededinging heeft in het besluit vermeld dat de reisbureaus, als redelijke en omzichtige ondernemingen, op die datum wetenschap hadden, of hadden moeten hebben, van de beperking die aan het licht is gekomen, hoewel in het besluit niet voor elk van de reisbureaus is aangetoond dat zij ook daadwerkelijk wetenschap hadden van de inhoud van de systeemmededeling en vanaf wanneer. De Raad voor de Mededinging is tot het oordeel gekomen dat de inbreuk tot eind maart 2010 heeft geduurd, dus in totaal zeven maanden.
- 11 De meeste van de appellanten hebben verklaard dat in die periode hun omzet met via het E-TURAS-systeem verkochte pakketreizen een zeer klein deel van hun totale omzet vertegenwoordigde (bijvoorbeeld 0,12 %, 0,2 % of 0,0025 %), en dat de Raad voor de Mededinging deze stellingen van de appellanten ook niet betwist.
- 12 In aanmerking genomen dat vaak meerdere verkoopmethoden worden gebruikt om een specifieke pakketreis te verkopen en dat die elkaar aanvullen, terwijl de afnemers van de pakketreis in wezen hetzelfde product (dienst) ontvangen via die verschillende methoden, is de Raad voor de Mededinging tot de conclusie gekomen dat georganiseerde pakketreizen die via verschillende methoden worden verkocht (dat wil zeggen online en in de reisbureaus) onderling uitwisselbaar zijn en tot dezelfde productmarkt behoren. De Raad voor de Mededinging heeft vastgesteld dat de relevante markt in deze zaak de markt voor de verkoop van georganiseerde pakketreizen in Litouwen was. Gezien het feit dat de reisbureaus actief zijn op het gehele Litouwse grondgebied en de beperkingen ten aanzien van de kortingen ook op het gehele grondgebied golden en gezien het feit dat de activiteiten van de reisbureaus, vanwege de aard van de verkochte diensten, in verband staan met andere staten, is de Raad voor de Mededinging tot de conclusie gekomen dat de gedragingen van UAB Eturas en de reisbureaus die voorwerp van onderzoek waren, de handel tussen de lidstaten beïnvloedden, zodat hij artikel 101 VWEU heeft toegepast.
- 13 De Raad voor de Mededinging heeft in het besluit aangegeven dat de reisbureaus die het E-TURAS-systeem hebben gebruikt in de periode toen de

kortingspercentages voor via dat systeem verkochte pakketreizen tot 3 % was beperkt, hun eigen beoordeling hebben gemaakt van de werkwijze en de kwaliteiten van het systeem, de door UAB Eturas aangekondigde systeemmededeling en de informatie over de kortingen op de websites van de reisbureaus, en geen bezwaren hebben geuit. In dat licht meende de Raad voor de Mededinging dat die reisbureaus er redelijkerwijs van konden uitgaan dat alle reisbureaus die het systeem gebruikten, hun kortingen tot maximaal 3 % zouden beperken. De Raad voor de Mededinging heeft ook aangegeven dat die reisbureaus elkaar hadden geïnformeerd over de kortingen die zij in de toekomst wilden toepassen en dat zij dus indirect (door impliciete of stilzwijgende toestemming) hun gezamenlijke wil om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen hadden geuit. Hij heeft voorts opgemerkt dat deze gedragingen van de reisbureaus op de relevante markt moesten worden geacht onderling afgestemde feitelijke gedragingen te zijn en dat de reisbureaus een overeenkomst in de zin van de artikelen 3, lid 15, en 5 van de Mededingingswet hadden gesloten. De Raad voor de Mededinging heeft geoordeeld dat UAB Eturas, ondanks dat die niet op de relevante markt zoals vastgesteld actief was, een actieve rol in de onderling afgestemde feitelijke gedragingen had gespeeld en daartoe het initiatief had genomen.

- 14 De Raad voor de Mededinging kwam in het besluit tot de vaststelling dat de appellanten zich schuldig hadden gemaakt aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101 VWEU en dat zij inbreuk op artikel 101 VWEU en op artikel 5 van de Mededingingswet hadden gemaakt, waarvoor hij hun geldboeten heeft opgelegd.
- 15 Appellanten zijn tegen het besluit van de Raad voor de Mededinging in beroep gegaan bij de bestuursrechtbank van Vilnius (Vilniaus apygardos administracinis teismas) (hierna: „rechter in eerste aanleg”). Bij uitspraak van 8 april 2013 heeft die rechtbank de beroepen gedeeltelijk gegrond verklaard en de opgelegde geldboeten verlaagd.
- 16 De Raad voor de Mededinging is bij de verwijzende rechterlijke instantie (de hoogste bestuursrechter van Litouwen) (Lietuvos vyriausiosis administracinis teismas) in hoger beroep gegaan. Hij vordert de vernietiging van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg en verwerping van de beroepen van appellanten. Appellanten zijn ook in hoger beroep gegaan. Zij verzoeken om de vernietiging van de uitspraak van de rechter in eerste aanleg en toewijzing van hun beroepen in hun geheel.

Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

- 17 Appellanten betogen dat zij zich niet schuldig hebben gemaakt aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101 VWEU en dus dat zij niet inbreuk op dat artikel of op artikel 5 van de Mededingingswet hebben

gemaakt. Zij stellen dat zij geen wil hebben geuit om de toegepaste kortingen te verlagen en zij geven te kennen dat de beperking op het verlenen van kortingen een eenzijdige handeling van UAB Eturas was. Sommige van de appellanten stellen dat zij de systeemmededeling in het E-TURAS-systeem niet hebben gelezen, dat zij de e-mail met het voorstel om over de beperking op het verlenen van kortingen te stemmen niet hebben ontvangen en dat zij niet aan de stemming hebben deelgenomen. Appellanten betogen dat zij zich, gezien de lage omzet die zij met het systeem behalen, niet verplicht voelden om dit nauwlettend in de gaten te houden en dat zij hun aandacht eerder op andere verkoopstrategieën hebben geconcentreerd. Zij leggen uit dat zij het systeem in kwestie hebben gebruikt omdat het gebruiksvriendelijk was en omdat het de mogelijkheid bood om informatie te verstrekken over beschikbare pakketreizen en die online te verkopen. Appellanten stellen tevens dat er in de relevante periode geen alternatieve informatiesystemen op de markt waren en dat het voor hen te duur zou zijn geweest om hun eigen systemen te ontwikkelen. Zij wijzen erop dat zij aanvullend getrouwheidskortingen konden verlenen, hetgeen betekent dat er in beginsel geen beperkingen op het verlenen van kortingen waren. Appellanten voeren voorts aan dat de Raad voor de Mededinging geen bewijs van wilsovereenstemming heeft kunnen leveren en dat hij de horizontale inbreuk dus niet heeft aangetoond.

- 18 De Raad voor de Mededinging betoogt dat het E-TURAS-systeem door appellanten werd gebruikt als instrument om hun gedragingen onderling af te stemmen en dat het de noodzaak voor bijeenkomsten wegnam, aangezien de gebruiksvoorwaarden van het E-TURAS-systeem appellanten in staat stelde om, zelfs zonder direct contact, tot wilsovereenstemming over de beperkingen op het verlenen van kortingen te komen. De Raad voor de Mededinging stelt dat het feit dat appellanten zich niet tegen de invoering van de beperkingen op het verlenen van kortingen in het E-TURAS-systeem hebben verzet, betekent dat zij de beperkingen stilzwijgend hebben aanvaard en dus hun gedragingen onderling hebben afgestemd. De Raad voor de Mededinging wijst er in de eerste plaats op dat het E-TURAS-systeem volgens eenvormige voorwaarden voor alle reisbureaus functioneerde, in de tweede plaats dat het gemakkelijk te herkennen was op de publiek toegankelijke websites van de reisbureaus, die informatie over de toepasselijke kortingen bevatten, in de derde plaats dat de reisbureaus geen bezwaren tegen de opgelegde beperking hebben geuit en in de vierde plaats dat zij tegenover elkaar duidelijk hebben gemaakt dat zij beperkte kortingen hanteerden en dat ook in de toekomst wilden doen, zodat zij elke onzekerheid over de kortingspercentages hebben weggenomen. De Raad voor de Mededinging geeft te kennen dat de beperkte omzet die appellanten met het E-TURAS-systeem hebben behaald, in de onderhavige zaak irrelevant is, omdat appellanten hun gedragingen ten aanzien van de toepasselijke kortingspercentages voor via het E-TURAS-systeem verkochte pakketreizen onderling hebben afgestemd. Bovendien hebben de onderling afgestemde feitelijke gedragingen in kwestie de prijzen voor pakketreizen die in de reisbureaus worden verkocht, negatief beïnvloed of kunnen beïnvloeden. De Raad voor de Mededinging betoogt dat het ontbreken van een alternatief informatiesysteem geen excuus is voor gedragingen die indruisen tegen

de eerlijke mededinging. Ten aanzien van de mogelijkheid om aanvullend (getrouwheids-)kortingen te verlenen merkt de Raad voor de Mededinging op dat het vaststellen van het kortingspercentage voor onlineboekingen nog steeds het gedrag van de reisbureaus heeft beïnvloed wat aanvullende kortingen boven dit maximum betrof. De Raad voor de Mededinging stelt tevens dat appellanten verplicht waren zich behoedzaam en verantwoordelijk te gedragen en niet onwetend konden zijn van mededelingen over praktijken die hun economische activiteiten aangingen en deze ook niet naast zich neer konden leggen.

Korte uiteenzetting van de motivering van de verwijzing

- 19 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie verwijst het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU naar een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking (arresten Hof van 16 december 1975, *Suiker Unie e.a./ Commissie*, 40/73–48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, *Jurispr. blz.* 1663, punt 26, en 31 maart 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85–C129/85, *Jurispr. blz.* I-1307, punt 63).
- 20 De criteria van coördinatie en samenwerking, die geenszins het bestaan van een uitgewerkt plan vooronderstellen, moeten worden gezien in het licht van de aan de mededingingsregels van het VWEU ten grondslag liggende gedachte dat iedere onderneming haar commerciële beleid op de gemeenschappelijke markt zelfstandig moet kunnen bepalen (arrest *Suiker Unie e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 173; arrest Hof van 14 juli 1981, *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, 172/80, *Jurispr. blz.* 2021, punt 13; arrest *Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 63; en arrest Hof van 28 mei 1998, *John Deere/Commissie*, C-7/95 P, *Jurispr. blz.* I-3111, punt 86). Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer gerechtigd is zijn beleid op een intelligente manier aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van zijn concurrenten aan te passen, maar staat onverbiddeijk in de weg aan elk 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 voornemens met betrekking tot het eigen marktgedrag, wanneer deze contacten tot doel of tot gevolg hebben dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of de verleende diensten, de grootte van de ondernemingen, hun aantal en de omvang van de betrokken markt, niet met de normale voorwaarden op die markt overeenkomen (arrest *Suiker Unie e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 174; arrest *Züchner/Bayerische Vereinsbank*, reeds aangehaald, punt 14; en arrest *John Deere/ Commissie*, reeds aangehaald, punt 87).

- 21 Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging omvat ook gedrag waarbij een onderneming strategische informatie aan een of meer van haar concurrenten meedeelt en deze concurrent of concurrenten deze aanvaard(t)(en) (arrest Gerecht van 15 maart 2000, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 en T-104/95, Jurispr. blz. II-491, punt 1849). Wanneer een onderneming van een concurrent strategische informatie ontvangt en in zijn antwoord niet duidelijk aangeeft dat hij dergelijke informatie niet wenst te ontvangen, wordt hij geacht deze informatie te hebben aanvaard en zijn marktgedrag daaraan te hebben aangepast (arresten Hof van 8 juli 1999, Hüls/Commissie, C-199/92 P, Jurispr. blz. I-4287, punt 162, en Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 121).
- 22 Daar staat tegenover dat het belang van het onschuldvermoeden, dat is neergelegd in artikel 6, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, reeds vele malen in de rechtspraak van het Hof van Justitie is onderstreept. In dit verband moet worden opgemerkt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest van 27 september 2011 in de zaak Menarini Diagnostics S.R.L. v. Italië heeft geoordeeld dat de bepalingen van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden ook van toepassing zijn in mededingingszaken. Gelet op de aard van de betrokken inbreuken alsmede op de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties, is het beginsel van het vermoeden van onschuld van toepassing op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels, die tot het opleggen van geldboetes of dwangsommen kunnen leiden (zie onder meer arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 21 februari 1984 in Öztürk v. Turkije en 25 augustus 1987 in Lutz v. Duitsland; arrest Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punten 149 en 150; en arrest Hof van 8 juli 1999, Montecatini/Commissie, C-235/92 P, Jurispr. blz. I-4539, punten 175 en 176).
- 23 Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat het in geval van een geschil over het bestaan van een schending van de mededingingsregels aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de elementen aan te dragen die het bestaan van de constitutieve elementen van een inbreuk rechtens genoegzaam bewijzen (arrest Hof van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punt 58). De Commissie dient bewijs te leveren van alle omstandigheden waaruit de deelneming van een onderneming aan een dergelijke inbreuk alsmede haar aansprakelijkheid voor de verschillende onderdelen ervan kan worden afgeleid. Wanneer de inbreuk mededingingsversturende overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedraging omvat, moet de Commissie aantonen dat deze onderneming met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en dat zij de materiële gedragingen die de andere ondernemingen met het oog op deze doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden

(Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 86 en 87). In aanmerking genomen dat de onderhavige zaak ook een inbreuk op artikel 101 VWEU betreft, rust de bewijslast, die volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie op de Europese Commissie rust, in nationale procedures op de nationale autoriteit die toezicht houdt op de mededinging, dus in deze zaak de Raad voor de Mededinging.

- 24 In zijn arrest van 14 mei 1998, *Buchmann/Commissie*, T-295/94, Jurispr. blz. II-813, heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen geoordeeld dat een onderneming aansprakelijk kan worden gehouden voor deelname aan een kartel, hoewel zij slechts aan een of meer van de bestanddelen direct heeft deelgenomen, wanneer wordt aangetoond dat zij wist, *of had moeten weten*, dat het mededingingsbeperkende gedrag waaraan zij deelnam onderdeel was van een globaal plan en dit globale plan alle bestanddelen van het kartel omvatte (punt 121).
- 25 Over het bestaan van stilzwijgende goedkeuring heeft het Hof van Justitie geoordeeld in zijn arrest van 3 december 2003, *Commissie/Volkswagen*, C-74/04 [P], Jurispr. blz. I-6585, waarin het Hof het volgende vaststelde: „[d]e wil van partijen kan zowel blijken uit de bepalingen van de betrokken dealerovereenkomst als uit het gedrag van partijen, inzonderheid de eventuele stilzwijgende instemming van de dealers met het verzoek van de constructeur” (punt [39]).
- 26 In zijn arrest van 26 oktober 2010, *Bayer/Commissie*, T-41/96, Jurispr. blz. I-3383, over het bestaan van met het mededingingsrecht strijdige verticale overeenkomsten, heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen vastgesteld dat de Commissie niet redelijkerwijs het standpunt kan innemen dat een schijnbaar eenzijdige gedraging van een producent, in het kader van zijn contractuele betrekkingen met zijn wederverkopers, een overeenkomst tussen ondernemingen in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU vormt, indien zij niet het bewijs levert dat de andere partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend met de handelwijze van de producent hebben ingestemd (punt 72). In zijn arrest van 6 januari 2004, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en Commissie/Bayer*, C-2/01 P en C-3/01 P, Jurispr. blz. I-23, heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat niet redelijkerwijs het bestaan van een overeenkomst kan worden aangenomen op basis van uitsluitend eenzijdige gedragingen van een van de contractpartijen, die zonder de medewerking van anderen in de praktijk konden worden gebracht (punt 101). De verwijzende rechter wenst te vernemen of deze criteria ook van toepassing zijn op het bewijs van het bestaan van horizontaal onderling afgestemde feitelijke gedragingen in een informatiesysteem als dat aan de orde in het hoofdgeding.
- 27 In het in casu door appellanten gebruikte informatiesysteem is een mededeling over de beperking op het verlenen van kortingen voor onlineverkoop van pakketreizen geplaatst. Daarin was onder meer opgenomen dat de beperking was

aangebracht naar aanleiding van de suggesties en wensen van de gebruikers van het informatiesysteem (reisbureaus). Tot de reisbureaus waaraan in deze zaak geldboeten zijn opgelegd, behoren de bureaus die zowel vóór als na de invoering van de beperking op het verlenen van kortingen een korting van 3 % hebben gehanteerd en bureaus die in de periode waarin de onderling afgestemde feitelijke gedragingen volgens de Raad voor de Mededinging zouden hebben plaatsgevonden, geen pakketreizen via the E-TURAS-systeem hebben verkocht, die stellen dat zij geen wetenschap hebben van de beperking op het verlenen van kortingen die was opgelegd. Uit de argumenten van de Raad voor de Mededinging volgt duidelijk dat de systeemmededeling het belangrijkste bestanddeel van het bewijs is, dat als basis heeft gediend voor de vaststelling van het besluit wat voornoemde reisbureaus betreft. In principe baseert de Raad voor de Mededinging zich dus op het vermoeden dat die reisbureaus wisten, of hadden moeten weten, van de beperking op het verlenen van kortingen die in het systeem was opgelegd.

- 28 Dienaangaande moet worden vermeld dat de appellanten het informatie-(verkoop-) systeem in deze zaak tezamen met hun concurrenten hebben gebruikt (een feit waarvan zij wetenschap hadden of hadden moeten hebben) en dat zij dus verplicht waren om omzichtig, voorzichtig en oplettend te zijn; dat leidt tot de conclusie dat zij de kennisgevingen die via het systeem werden verzonden, gelezen moeten hebben, a fortiori omdat sommige van de appellanten aan wie de Raad voor de Mededinging een geldboete heeft opgelegd, hebben toegegeven dat zij de getalsmatige beperking op het verlenen van kortingen kenden en in de praktijk ook hebben aangehouden. Dit in aanmerking genomen, en ook het feit dat inbreuken op de mededingingsregels zich onderscheiden door latent gedrag en pogingen om het bewijs van een inbreuk zo veel mogelijk te verbergen, kan voormeld bewijs in de vorm van een systeemmededeling over de beperking op het verlenen van kortingen, in het licht van alle omstandigheden van de zaak, mogelijk toch worden geacht voldoende bewijs, of in ieder geval voldoende grond voor de aanname, te vormen dat appellanten stilzwijgend de beperking op het verlenen van kortingen hebben goedgekeurd. Daar staat tegenover dat, zoals reeds vermeld, voor de onderzoeken naar inbreuken op de mededingingsregels het vermoeden van onschuld geldt. In de onderhavige zaak is er geen bewijs dat appellanten voormelde mededeling ook daadwerkelijk hebben gelezen of zich er bewust van waren dat zij een onderling afgestemde feitelijke gedraging vormde die door de deelnemers aan het informatiesysteem tot uitvoering werden gebracht door een beperking op de hoogte van de kortingen voor onlineverkoop van reizen.
- 29 De verwijzende rechter wenst te vernemen of het loutere verzenden van een systeemmededeling over een beperking op het verlenen van kortingen, in de omstandigheden van de onderhavige zaak bewijs kan vormen dat volstaat voor de bevestiging of een vermoeden dat de ondernemingen die aan het systeem hebben deelgenomen, die stellen dat zij geen wetenschap hadden van de beperking op het verlenen van kortingen en het daadwerkelijk gehanteerde percentage niet hebben aangepast of die geen pakketreizen via het E-TURAS-systeem hebben verkocht,

wisten van de daarin opgenomen beperking op het verlenen van kortingen of daarvan hadden moeten weten.

- 30 Krachtens artikel 2 van verordening nr. 1/2003 dient in alle nationale of communautaire procedures tot toepassing van artikel 81 of artikel 82 van het Verdrag 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. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn de verdeling van de bewijslast, de aan het bewijs te stellen eisen en de juridische kwalificatie van de feiten rechtsvragen (arrest Hof van 1 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie*, C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 23 en 128; arrest Bundesverband der Arzneimittel-Importeure en Commissie/Bayer, reeds aangehaald, punt 61; arrest Hof van 6 april 2006, *General Motors/Commissie*, C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 51). De verwijzende rechter heeft in de onderhavige zaak twijfels over de verdeling van de bewijslast over de partijen en hij wenst te bepalen wanneer inbreuk op de mededingingsregels in artikel 101, lid 1, VWEU is gemaakt. Dit aspect is van belang voor de beslissing of de Raad voor de Mededinging al of niet voldoende feiten heeft aangetoond om de conclusie toe te laten dat inbreuk is gemaakt op het verbod in artikel 101, lid 1, VWEU en om het tijdstip te bepalen waarop de inbreuk is aangevangen, dat wil zeggen het moment vanaf wanneer de duur van de inbreuk moet worden berekend. Dit geeft aanleiding tot de hierboven vermelde prejudiciële vragen.