CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 16 juli 2015[1]

Zaak C-74/14

„Eturas” UAB
„Freshtravel” UAB
„Neoturas” UAB
„AAA Wrislit” UAB
„Visveta” UAB
„Baltic Clipper” UAB
„Guliverio kelionės” UAB
„Baltic Tours Vilnius” UAB
„Kelionių laikas” UAB
„Vestekspress” UAB
„Daigera” UAB
„Ferona” UAB
„Kelionių akademija” UAB
„Travelonline Baltics” UAB
„Kelionių gurmanai” UAB
„Litamicus” UAB
„Megaturas” UAB
„TopTravel” UAB
„Zigzag Travel” UAB
„ZIP Travel” UAB
tegen
Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba

[Verzoek van de Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (Litouwen) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Artikel 101, lid 1, VWEU — Bestanddelen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging — Reisbureaus die gebruikmaken van een gemeenschappelijk geautomatiseerd boekingssysteem — Beperking van het maximale kortingspercentage voor onlineboekingen — Mededeling van de systeembeheerder waarin die beperking wordt aangekondigd — Afstemming — Oorzakelijk verband tussen afstemming en marktgedrag — Bewijslast — Vermoeden van onschuld”

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

I – **Inleiding**

1. Zoals rechter Vesterdorf, fungerend als advocaat-generaal opmerkte in een vaak aangehaalde analyse van het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU, „kan het probleem vermoedelijk worden teruggebracht tot de vraag, vanaf welk moment de inbreuk kan worden geacht te zijn voltooid.[2]"

2. De Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas (hoogste administratieve rechter van Litouwen) werpt een vergelijkbare vraag op in het kader van een beroep tegen een besluit van de nationale mededingingautoriteit waarbij een aantal reisbureaus werd veroordeeld wegens het coördineren van het kortingspercentage dat zij hun klanten verleenden.

3. Wat deze zaak van andere onderscheidt, is dat het bewijs dat sprake is van afstemming voornamelijk betrekking heeft op de gedragingen van een derde partij, de eigenaar en beheerder van het internet-boekingssysteem waarvan de betrokken reisbureaus gebruikmaakten, die een technische beperking op het kortingspercentage instelde en deze beperking met een mededeling op de website bekend maakte. De verwijzende rechter twijfelt of dit bewijs voldoet aan de voor de vaststelling van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU vereiste standaard.

II – **Feiten, procedure en prejudiciële vragen**

4. „Eturas" UAB is houder van de exclusieve rechten op, en beheerder van, het onlinesysteem voor reisboekingen E-TURAS (hierna: „E-TURAS-systeem").

5. Het systeem staat onder controle van één enkele beheerder en kan worden geïntegreerd in de afzonderlijke websites van de reisbureaus die daartoe toestemming van Eturas hebben verkregen. Het desbetreffende standaardcontract van Eturas bevat geen bepalingen op grond waarvan de beheerder wijzigingen zou mogen aanbrengen in de prijzen van de diensten die door de deelnemende reisbureaus worden aangeboden.

6. In 2010 startte de Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba (de nationale mededingingsautoriteit van Litouwen; hierna: „Raad voor de Mededinging") een onderzoek op grond van informatie van een van de gebruikers van het E-TURAS-systeem, dat de reisbureaus die pakketreizen verkochten onderling de kortingen afstemden die zij verleenden aan klanten die zulke reizen online via het E-TURAS-systeem kochten.

7. Bij dit onderzoek bleek dat de directeur van Eturas enige tijd voor de gestelde beperking van de kortingspercentages 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 %. 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 beantwoord.

8. Op 27 augustus 2009 om 12.20 uur werd in het E-TURAS-systeem een technische beperking aangebracht die de kortingen bij onlineboekingen beperkte tot 3 %.

2 — Zie conclusie in de zaak Rhône-Poulenc/Commissie (T-1/89, EU:T:1991:38, blz. 939).

9. Dit werd voorafgegaan door de volgende systeemmededeling (hierna: „systeemmededeling van 27 augustus 2009”) die eerder diezelfde dag verscheen in het veld „Inlichtingen” van het E-TURAS-systeem:

„Na een evaluatie van de opmerkingen, voorstellen en wensen [...] van de reisbureaus zullen wij onlinekortingen van 0 % tot 3 % mogelijk maken, waaruit ieder individueel kan kiezen [...]. Bij de reisbureaus die hogere kortingen dan 3 % hebben aangeboden, zullen deze automatisch [...] worden verlaagd naar 3 %. [...]”

10. De directeur van Eturas heeft verklaard dat een dergelijke mededeling is verzonden aan alle reisbureaus die van het systeem gebruikmaakten.

11. De mogelijkheid om bepaalde klanten extra kortingen te verlenen (bijvoorbeeld door middel van een getrouwheidskortingscode) werd niet beperkt.

12. Uit het onderzoek kwam tevens naar voren dat de meerderheid van de reisbureaus die vóór 27 augustus 2009 een hoger kortingspercentage dan 3 % hanteerden, dit vervolgens terugbrachten tot 3 %. Verschillende reisbureaus hanteerden vóór 27 augustus 2009 echter al een lager kortingspercentage en bleven dit lagere percentage toepassen. Sommige reisbureaus boden voor 27 augustus 2009 geen diensten aan via E-TURAS. Weer andere reisbureaus hebben gedurende het onderzochte tijdvak geen enkele reis verkocht via E-TURAS.

13. In zijn besluit van 7 juni 2012 stelde de Raad voor de Mededinging vast dat 30 reisbureaus en Eturas zelf tussen 27 augustus 2009 en eind maart 2010 hebben deelgenomen aan een mededingingsverstorende praktijk ten aanzien van de kortingen op boekingen via het E-TURAS-systeem.

14. Volgens dat besluit ving de inbreuk aan op de datum waarop de mededeling over de beperking van de kortingen verscheen op het E-TURAS-systeem en de kortingspercentages met technische middelen werden beperkt. De reisbureaus hadden, als omzichtige ondernemingen, op die datum op de hoogte moeten zijn van die beperking.

15. De Raad voor de Mededinging was van oordeel dat de reisbureaus die tijdens het relevante tijdvak van het E-TURAS-systeem gebruikmaakten en geen bezwaar hadden gemaakt, voor deze inbreuk aansprakelijk konden worden gehouden. Die reisbureaus konden in redelijkheid aannemen dat de overige gebruikers van het systeem hun kortingen eveneens tot een maximum van 3 % zouden beperken. Zij hadden elkaar dus ingelicht over de kortingspercentages die zij van plan waren voortaan te gebruiken en zo indirect – met hun impliciete of stilzwijgende goedkeuring – hun onderlinge overeenstemming met betrekking tot het gedrag op de relevante markt kenbaar gemaakt. De Raad merkte voorts op dat dit gedrag van de reisbureaus op de relevante markt moest worden behandeld als een onderling afgestemde feitelijke gedraging. De Raad voor de Mededinging was van oordeel dat Eturas, hoewel zelf niet actief op de relevante markt, een rol had gespeeld door de inbreuk te faciliteren.

16. De Raad voor de Mededinging kwam derhalve tot de conclusie dat Eturas en de betrokken reisbureaus inbreuk hadden gemaakt op zowel artikel 101, lid 1, VWEU als artikel 5 van de Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (mededingingswet van de Republiek Litouwen), en legde hun boetes op. Het reisbureau dat de Raad voor de Mededinging over de inbreuk had ingelicht, genoot in ruil hiervoor op grond van de clementieregeling immuniteit van de boete.

17. Verzoeksters in het hoofdgeding vochten het besluit van de Raad voor de Mededinging aan voor de Vilniaus apygardos administracinis teismas (administratieve rechtbank voor het district Vilnius). Bij beslissing van 8 april 2013 verklaarde de rechtbank de beroepen gedeeltelijk gegrond en verlaagde de opgelegde boetes.

18. Zowel verzoeksters in het hoofdgeding als de Raad voor de Mededinging stelden hoger beroep in bij de Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas.

19. Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat zij zich niet aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU of het nationale recht hebben schuldig gemaakt. De betrokken reisbureaus stellen dat hun oogmerk om kortingen te beperken niet is aangetoond en dat de technische beperking op een eenzijdige handeling van Eturas berustte. Sommige verzoeksters beweren de systeemmededeling niet te hebben gelezen. Wegens het geringe belang van het boekingssysteem – de inkomsten van de via E-TURAS verkochte pakketreizen bedroegen slechts een fractie van hun totale opbrengsten (namelijk 0,12 %, 0,2 % of 0,0025 %) – volgden de reisbureaus het systeem niet op de voet. Zij lichten toe dat zij van het systeem gebruikmaakten vanwege het gemak voor de onlineverkoop, dat alternatieve systemen op de markt ontbraken en dat de ontwikkeling van een eigen onlinesysteem onoverkomelijke kosten voor hen had meegebracht. In principe werden kortingen niet beperkt, aangezien de reisbureaus de mogelijkheid behielden om op individuele basis extra kortingen voor trouwe klanten te blijven verlenen.

20. De Raad voor de Mededinging voert aan dat het E-TURAS-systeem een instrument was van verzoeksters om hun handelingen af te stemmen en de noodzaak van bijeenkomsten wegnam, aangezien de voorwaarden voor het gebruik van het systeem hen in staat stelden „wilsovereenstemming” te bereiken over beperkingen op kortingen, zonder dat zij rechtstreeks onderling contact hoefden te hebben. Wie zich niet verzette tegen de beperking van de kortingen werd geacht er stilzwijgend mee in te stemmen. Het E-TURAS-systeem functioneerde volgens uniforme voorwaarden en was eenvoudig te herkennen op de websites van de reisbureaus, die informatie bevatten over de toepasselijke kortingen. De reisbureaus maakten geen bezwaar tegen de opgelegde beperking en maakten elkaar zo duidelijk dat zij de beperkte kortingen toepasten, wat elke onzekerheid ten aanzien van de kortingspercentages wegnam. Verzoeksters waren gehouden om met omzichtigheid en verantwoordelijkheid te werk te gaan en hadden mededelingen betreffende praktijken die van invloed waren op hun economische activiteiten niet mogen negeren of daaraan voorbijgaan.

21. De Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas heeft twijfels over de juiste uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU en met name over de verdeling van de bewijslast bij toepassing van die bepaling.

22. De verwijzende rechter geeft aan dat dit aspect doorslaggevend is voor de beslissing of de Raad voor de Mededinging wel over voldoende gegevens beschikte voor de gevolgtrekking dat er sprake is van een inbreuk en voor de bepaling van het tijdstip met ingang waarvan de duur van die inbreuk berekend moet worden. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt duidelijk dat de Raad voor de Mededinging voor het aantonen van de inbreuk hoofdzakelijk afging op de systeemmededeling van 27 augustus 2009. Daarmee heeft de Raad voor de Mededinging zich in feite gebaseerd op het vermoeden dat de reisbureaus die de mededeling ontvingen, van de beperking op de hoogte waren of hadden moeten zijn.

23. Volgens de verwijzende rechter kan enerzijds worden gesteld dat verzoeksters het E-TURAS-systeem samen met hun concurrenten gebruikten en derhalve verplicht waren om zorgvuldig te werk te gaan en de aankondigingen die via het systeem werden gedaan nauwlettend te volgen. Sommige van hen gaven toe inderdaad te hebben geweten van de beperking van de kortingen en zich eraan te hebben gehouden. Gelet op het clandestiene karakter van mededingingsverstorende praktijken kan wellicht, in het licht van alle omstandigheden van de zaak, bewijs dat op het bestaan van een systeem berust, volstaan. Anderzijds geldt voor inbreuken op het mededingingsrecht een vermoeden van onschuld. In de onderhavige zaak is niet bewezen dat verzoeksters de systeemmededeling ook werkelijk hebben gelezen en hebben beseft dat deze een, door alle gebruikers van het systeem in de praktijk gebrachte, afgestemde mededingingsverstorende gedraging vormde.

24. De verwijzende rechter wenst derhalve te vernemen of de loutere verzending van een systeemmededeling inzake een beperking van kortingen, in de omstandigheden van de onderhavige zaak voldoende bewijs vormt voor de vaststelling of de toepassing van een vermoeden dat de aan het systeem gelieerde marktdeelnemers van de beperking op de hoogte waren of hadden moeten zijn, ook al beweren sommige van hen nooit van de beperking te hebben geweten, en hebben sommigen hun feitelijke kortingspercentages niet gewijzigd of in het relevante tijdvak via het E-TURAS-systeem zelfs helemaal geen pakketreizen verkocht.

25. In dit verband heeft de Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas bij beschikking van 17 januari 2014, bij het Hof ontvangen op 10 februari 2014, verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 101, lid 1, VWEU 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?”

26. In de onderhavige procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verschillende van de verzoeksters in het hoofdgeding [3], de Litouwse en de Oostenrijkse regering en de Commissie. Enkele verzoeksters in het hoofdgeding [4], de Raad voor de Mededinging, de Litouwse regering en de Commissie zijn ter terechtzitting van 7 mei 2015 in hun pleidooien gehoord.

III – **Analyse**

A – *Inleiding*

27. De onderhavige zaak biedt het Hof de zeldzame gelegenheid om het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging” uit te leggen, los van de eraan gerelateerde begrippen „overeenkomst” of „besluit van een ondernemersvereniging”. [5]

28. Om te beginnen zal ik de rechtspraak van het Hof inzake onderling afgestemde feitelijke gedragingen in herinnering roepen.

3 — „AAA Wrislit” UAB, „Visveta” UAB, „Baltic Clipper” UAB, „Guliverio kelionės” UAB, „Baltic Tours Vilnius” UAB, „Kelionių laikas” UAB, „Vestekspress” UAB, „Kelionių akademija” UAB, „Travelonline Baltics” UAB en „Megaturas” UAB.

4 — „AAA Wrislit” UAB, „Vestekspress” UAB, „Kelionių akademija” UAB, „Travelonline Baltics” UAB, „Visveta” UAB, „Baltic Clipper” UAB, „Megaturas” UAB en „Keliautojų klubas” UAB.

5 — Voor een eerdere zaak hierover, zie arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343).

29. Volgens artikel 101, lid 1, VWEU zijn onverenigbaar met de interne markt en verboden: alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

30. De begrippen „overeenkomst", „besluiten van ondernemersverenigingen" en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen" dekken in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard, die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren. [6]

31. Het Hof heeft bij verschillende gelegenheden geoordeeld dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging verwijst 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. [7]

32. Met betrekking tot het criterium van de coördinatie heeft het Hof uitgesproken dat de Verdragsbepalingen inzake de mededinging berusten op de voorstelling, dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze eis van zelfstandigheid staat in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen marktdeelnemers waardoor een onderneming het marktgedrag van concurrenten beïnvloedt of hen informeert over beslissingen of afwegingen wat haar eigen marktgedrag betreft, voor zover op deze wijze mededingingsvoorwaarden kunnen ontstaan die niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen. [8]

33. Volgens vaste rechtspraak vereist het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, behalve de afstemming tussen de ondernemingen, een daaropvolgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide. De ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven worden vermoed – behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs – bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie, met name wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden (hierna: „vermoeden van Anic"). [9]

34. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat het „vermoeden van Anic" (dat wil zeggen het vermoeden van een oorzakelijk verband tussen de afstemming en het marktgedrag van de deelnemende ondernemingen) ook kan gelden in het geval dat er slechts van één enkel contact tussen concurrenten sprake was. [10]

35. Zoals het Hof in zijn arrest T-Mobile Netherlands e.a. heeft geoordeeld, hangt het van het onderwerp van de afstemming en van de specifieke marktomstandigheden af, hoe vaak, met welke regelmaat en in welke vorm concurrenten met elkaar in contact moeten treden om van een afstemming van hun marktgedrag te kunnen uitgaan. Wanneer de betrokken ondernemingen een kartel vormen met een complex systeem van afstemming ten aanzien van een groot aantal aspecten van hun marktgedrag, kan een regelmatig contact gedurende een lange periode noodzakelijk zijn.

6 — Zie arrest Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 131).

7 — Zie arresten Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 26) en Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 115).

8 — Zie arresten Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 174) en Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 117).

9 — Zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punten 118 en 121) en Hüls/Commissie (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punten 161 en 162).

10 — Zie in die zin arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 59).

Indien daarentegen slechts een op zichzelf staande afstemming voor een eenmalige aanpassing van het marktgedrag ten aanzien van één mededingingsparameter wordt beoogd, kan een eenmalig contact voldoende zijn om het door de betrokken ondernemingen nagestreefde mededingingsverstorende doel te realiseren. [11]

36. Bovendien hoeft, net als in het geval van een mededingingsverstorende overeenkomst, niet te worden gelet op de concrete gevolgen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging wanneer blijkt dat zij ertoe strekt de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, te beperken of te vervalsen. [12]

B – *Uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU*

37. De verwijzende rechter wenst met zijn twee vragen, die ik tezamen zal bespreken, in wezen te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging ook de situatie bestrijkt waarin verschillende reisbureaus aan een gemeenschappelijk boekingssysteem deelnemen en de beheerder van dat systeem een mededeling plaatst om de gebruikers in te lichten dat de voor klanten geldende kortingen tot een uniform maximumpercentage beperkt zullen worden, welke mededeling wordt gevolgd door een technische beperking van de keuze van het kortingspercentage.

38. De verwijzende rechter vraagt dan ook of, en zo ja, onder welke omstandigheden de reisbureaus die van dat ongeoorloofde initiatief kennisnemen en het boekingssysteem blijven gebruiken, voor de inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU aansprakelijk gesteld kunnen worden.

39. Volgens vaste rechtspraak [13] omvat een onderling afgestemde feitelijke gedraging drie bestanddelen: ten eerste, afstemming tussen ondernemingen, ten tweede, marktgedrag, en ten derde, een oorzakelijk verband tussen beide.

40. De onderhavige zaak heeft voornamelijk betrekking op het eerstgenoemde bestanddeel, de afstemming tussen ondernemingen.

41. Wanneer die afstemming eenmaal is aangetoond, zou het in feite niet moeilijk moeten zijn om op basis van de feiten van de onderhavige zaak de overige twee bestanddelen – marktgedrag en oorzakelijk verband – aan te tonen. In overeenstemming met het „vermoeden van Anic” kan het werkelijke marktgedrag worden aangenomen jegens die ondernemingen die meedoen aan samenspanningspraktijken en op de markt actief blijven. In de onderhavige zaak kan het marktgedrag bovendien worden afgeleid uit het feit dat de beperking van de kortingspercentages langs technische weg tot stand was gekomen en derhalve automatisch werd toegepast voor alle reisbureaus die het E-TURAS-systeem bleven gebruiken.

42. Ik merk op dat de prejudiciële vragen geen betrekking hebben op de aansprakelijkheid van Eturas zelf, die het kartel heeft gefaciliteerd. Het Hof heeft zich nog niet uitgesproken of een derde die niet actief is op de relevante markt maar slechts fungeert als secretariaat, voor de inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU aansprakelijk kan worden gehouden. Deze vraag werd onlangs besproken in de zaak AC Treuhand/Commissie door advocaat-generaal Wahl, die het standpunt innam dat artikel 101, lid 1, VWEU niet kan worden toegepast op een adviesbureau dat niet actief is op de relevante markt of op een daaraan gerelateerde markt. [14] Ik beperk mijzelf tot de opmerking dat de onderhavige zaak zich

11 — Ibid., punt 60.

12 — Zie arresten Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, EU:C:1966:41, blz. 517), T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punt 29) en Dole Food en Dole Fresh Fruit Europe/Commissie (C-286/13 P, EU:C:2015:184, punt 127).

13 — Zie punt 33 van deze conclusie.

14 — Zie conclusie van advocaat-generaal Wahl in de zaak AC-Treuhand/Commissie (C-194/14 P, EU:C:2015:350).

van dat geval onderscheidt in de zin dat Eturas, wegens de licentieovereenkomsten die zij met hen heeft afgesloten, een contractuele band heeft met alle betrokken reisbureaus en tevens als onderneming werkzaam is op de markt van licenties voor onlineboekingssystemen, die een band heeft met de markt van reisbureaus.

43. In de onderstaande analyse zal ik ingaan op de juridische voorwaarden die vereist zijn voor het bestaan van een afstemming tussen ondernemingen, en tevens enige daaraan gerelateerde kwesties bespreken: de beweerde eenzijdige gedragingen van een derde partij, de mogelijkheden voor de betrokken onderneming om zich van de inbreuk te distantiëren en de verenigbaarheid van de bewijsrechtelijke vereisten met het beginsel van het vermoeden van onschuld.

1. Afstemming tussen ondernemingen

44. Het Hof is nog niet in de gelegenheid geweest om duidelijk te maken welke omstandigheden een eenzijdige mededeling kan resulteren in een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de afzender en de adressaten ervan.

45. Volgens vaste rechtspraak van het Gerecht vooronderstelt het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging het bestaan van wederkerige contacten. Aan deze voorwaarde wordt voldaan, wanneer een concurrent is verzocht om zijn voornemens of toekomstig marktgedrag aan een andere concurrent mee te delen, of wanneer deze laatste die mededeling heeft aanvaard. [15]

46. Ook ik ben van mening dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging wederkerigheid impliceert. Een onderling afgestemde gedraging berust per definitie op consensus. [16] Aan de mate waarin die consensus geformaliseerd dient te zijn, mogen evenwel geen al te strikte eisen worden gesteld, aangezien dit zou afdoen aan de flexibiliteit die het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging eigen is.

47. In het bijzonder zou wederkerigheid ook stilzwijgende instemming moeten omvatten.

48. Of stilzwijgende instemming, en daarmee het bestaan van een consensus om samen te werken in plaats van elkaar te beconcurreren, kan worden vastgesteld, hangt af van de context waarin de mededeling wordt gedaan.

49. Ten eerste kan, wanneer een onderneming informatie ontvangt over een ongeoorloofd initiatief en zich daartegen niet verzet, dit berusten in het initiatief worden afgeleid uit het achterwege blijven van een reactie, mits de omstandigheden zich lenen voor de totstandkoming van een stilzwijgende overeenstemming. Het achterwegen laten van verzet tegen een ongeoorloofde mededeling is laakbaar omdat het enkele ontbreken van een reactie van de adressaat onder bepaalde omstandigheden bij de andere partij of partijen de indruk wekt dat de adressaat het ongeoorloofde initiatief onderschrijft en zich daarnaar zal gedragen. [17] Om tot een bewuste deelname van de adressaat aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging te kunnen concluderen, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressaat geacht kan worden zich te realiseren dat zijn concurrent zijn stilzwijgen zal opvatten als instemming, en zelfs bij ontbreken van een reactie op wederkerig gedrag zal rekenen.

15 — Zie arresten 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, EU:T:2000:77, punt 1849) en BPB/Commissie (T-53/03, EU:T:2008:254, punten 153 en 182).

16 — Dit is reeds puur begripsmatig het geval, aangezien „samenwerking [...] per definitie een bewuste gedraging is"; aldus Black, O., *Conceptual foundations of antitrust*, Cambridge, 2005, blz. 142.

17 — Zie in die zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 82).

50. Ten tweede kan een dergelijke interactie, wanneer de afzender van de informatie geen concurrent maar een derde is, enkel een horizontale samenspanning tussen concurrenten bewerkstelligen wanneer de adressaat geacht kan worden te beseffen dat de door de derde overgebrachte informatie afkomstig is van een concurrent of ten minste ook aan een concurrent is medegedeeld.

51. Om het bestaan van een afstemming te kunnen vaststellen in een situatie als in het hoofdgeding, waar zowel sprake is van een indirecte mededeling via een derde als van een ontbreken van een expliciete reactie, moet de context van de interactie zodanig zijn dat de adressaat geacht kan worden zich te realiseren dat het ongeoorloofde initiatief afkomstig is van een concurrent of ten minste ook is meegedeeld aan een concurrent of concurrenten, die zelfs bij ontbreken van een reactie op een wederkerige handelwijze zullen rekenen.

52. Het is aan de verwijzende rechter om vast te stellen of deze analyse past op de omstandigheden van de onderhavige zaak.

53. De verwijzende rechter zou met name eerst moeten vaststellen of de betrokken ondernemingen, gelet op de ongebruikelijke vorm van de mededeling, geacht kunnen worden kennis te hebben genomen van de inhoud van de systeemmededeling van 27 augustus 2009.

54. In dit verband vraagt de verwijzende rechter of ervan mag worden uitgegaan dat de gebruikers van het E-TURAS-systeem van de systeemmededeling op de hoogte waren.

55. Ik merk op dat de toepassing van vermoedens in het mededingingsrecht gerechtvaardigd is wanneer de gevolgtrekking op basis van ervaringsregels hoogstwaarschijnlijk juist is, en mits het vermoeden weerlegbaar is. [18]

56. Wanneer de verwijzende rechter het, gelet op de kenmerken van het boekingssysteem en de duur van de inbreuk, hoogst waarschijnlijk acht dat een redelijk oplettende en omzichtige marktdeelnemer kennis zou hebben gekregen van de systeemmededeling en de daarmee verband houdende beperking, zou hij eveneens tot het oordeel kunnen komen dat de hoge mate van waarschijnlijkheid van de juistheid van die gevolgtrekking de toepassing rechtvaardigt van een weerlegbaar vermoeden dat de betrokken reisbureaus op 27 augustus 2009 bekend waren met het ongeoorloofde initiatief. Het blijft mogelijk dat een bepaalde onderneming niet meteen op 27 augustus 2009 kennis kreeg van de systeemmededeling of, in uitzonderlijke omstandigheden, dat zij er in het geheel geen kennis van heeft gekregen. In dit geval moet de bewijslast om het vermoeden te weerleggen evenwel rusten bij de onderneming in kwestie, die het beste in staat is om licht op de zaak te werpen.

57. De toepassing van bewijsrechtelijke vermoedens door de nationale instanties is echter een aangelegenheid van nationaal recht, tenzij het vermoeden voortvloeit uit artikel 101, lid 1, VWEU als uitgelegd door het Hof, en derhalve deel uitmaakt van het toepasselijke Unierecht. [19] Bewijsrechtelijke vermoedens omtrent de vaststelling of een onderneming geacht kan worden een bepaalde mededeling te hebben ontvangen en gelezen, zijn mijns inziens noch af te leiden uit het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging als uitgelegd door het Hof, noch zijn zij daar naar hun aard aan gerelateerd, en zijn derhalve een zaak van nationaal recht.

58. De verwijzende rechter moet voorts uitmaken of de ondernemingen geacht kunnen worden zich ervan bewust te zijn dat de informatie over een beperking van de kortingspercentages afkomstig was van hun concurrenten of althans tevens was meegedeeld aan hun concurrenten, en dat het aannemelijk was dat die concurrenten zelfs bij ontbreken van uitdrukkelijke instemming zouden rekenen op wederkerig gedrag.

18 — Zie punten 97-99 van deze conclusie.

19 — Zie in die zin arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 50-52).

59. Langs welke weg de mededeling wordt overgebracht is naar mijn mening op zichzelf niet van belang, vooral omdat te verwachten valt dat de deelnemers aan een samenspanning gebruik zullen maken van de door de voortschrijdende technologie geboden mogelijkheden. De vorm van de mededeling kan echter wel van betekenis zijn bij de beoordeling van de context waarin de interactie plaatsvond.

60. In dit opzicht ben ik het niet eens met de opvatting van de Commissie, dat het versturen van een bericht via het veld „inlichtingen" van een geautomatiseerd systeem geheel kan worden gelijkgesteld aan andere in het bedrijfsleven gebruikte communicatiemethoden, zoals deelname aan een bijeenkomst of uitwisseling van e-mails. Mededelingen van een systeembeheerder zijn geen gebruikelijk kanaal voor communicatie tussen bedrijven. Bovendien zijn ondernemingen die van hetzelfde geautomatiseerde systeem gebruikmaken, geen partners in een commerciële dialoog: de band tussen hen is duidelijk zwakker dan die tussen ondernemingen die contact onderhouden per e-mail of gezamenlijke bijeenkomsten.

61. In de onderhavige zaak vindt de ongebruikelijke wijze van communicatie echter een tegenwicht in andere omstandigheden.

62. De systeemmededeling van 27 augustus 2009 bevat een duidelijke boodschap die niet anders kan worden opgevat dan een initiatief om deel te nemen aan een ongeoorloofde mededingingsverstorende praktijk. Zowel uit de bewoordingen van die boodschap als de wijze van communicatie kan worden afgeleid dat deze gelijktijdig is gericht tot alle aan het E-TURAS-systeem deelnemende concurrenten. Het initiatief was des te geloofwaardiger omdat het afkomstig was van een derde partij die, als gemeenschappelijke contractspartij en systeembeheerder van een gemeenschappelijk boekingssysteem, banden had met alle overige gebruikers van het systeem, en tevens over de technische middelen beschikte om de uitkomst van de afstemming ten uitvoer te brengen. Het gebruik van die technische middelen door de systeembeheerder is een zeer effectieve wijze van faciliteren, die indirect bewijs oplevert van het bestaan van een afstemming.

63. De ondernemingen die met de systeemmededeling bekend waren, moeten derhalve hebben beseft dat het initiatief, zonder spoedige reactie van hun kant, automatisch en onmiddellijk voor alle gebruikers van het systeem in de praktijk zou worden gebracht.

64. De onderhavige beperking van de mededinging is voorts duidelijk van horizontale aard. De toepassing van een uniform maximaal kortingspercentage door concurrenten vereist wederzijds vertrouwen, want een onderneming zal zich slechts aan een dergelijk initiatief conformeren wanneer dezelfde beperking horizontaal op haar concurrenten van toepassing is. Door de beperking te steunen, gedragen de betrokken ondernemingen zich niet als marktdeelnemers die met elkaar in concurrentie staan. Het heeft daarom mijns inziens voor verzoeksters geen zin om een parallel te trekken met de rechtspraak van het Hof inzake verticale beperkingen, volgens welke het loutere voortzetten van handelsbetrekkingen in de situatie dat een producent eenzijdig een mededingingsbeperkende maatregel heeft opgelegd, niet betekent dat de groothandelaars daarin stilzwijgend berusten. [20]

65. Verder vertoont de onderhavige zaak, anders dan door verzoeksters ter terechtzitting werd gesuggereerd, geen overeenkomst met de zogenoemde „hub and spoke collusion" (stervormig kartel), waarbij concurrenten via een gemeenschappelijke handelspartner informatie uitwisselen in verticale verhoudingen, zoals uitwisselingen tussen distributeurs via een gemeenschappelijke leverancier. [21] Bij een dergelijke indirecte uitwisseling moet ook naar de houding van de betrokken partijen worden gekeken, aangezien het doorgeven van gevoelige marktinformatie tussen een distributeur en diens

20 — Zie arresten Bayer/Commissie (T-41/96, EU:T:2000:242, punt 173) en BAI en Commissie/Bayer (C-2/01 P en C-3/01 P, EU:C:2004:2, punt 141).

21 — Zie Odudu, O., „Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion", *European Competition Journal*, deel 7, nr. 2, blz. 205.

leverancier beschouwd zou kunnen worden als een legitieme commerciële handelswijze. De onderhavige zaak heeft daarentegen betrekking op een boodschap die gelijktijdig aan alle betrokken ondernemingen is gezonden door hun gemeenschappelijke handelspartner en, gelet op de inhoud ervan, in geen geval kan worden geacht deel uit te maken van een legitieme commerciële dialoog.

66. Aangezien de onderhavige beperking verband hield met een eenmalige aanpassing van het marktgedrag ten aanzien van één mededingingsparameter, als bedoeld in het arrest T-Mobile Netherlands e.a., is het duidelijk dat één interactiegelegenheid voldoende was om dit doel te bereiken. [22]

67. Wanneer deze situatie zich voordoet (wat door de nationale rechter dient te worden uitgemaakt), moet de onderneming die kennis kreeg van de systeemmededeling van 27 augustus 2009 en gebruik bleef maken van het systeem zonder zich publiekelijk van het ongeoorloofde initiatief te distantiëren of het aan de administratieve autoriteiten te melden, geacht worden met dat initiatief te hebben ingestemd en dus aan een afstemming te hebben deelgenomen.

68. Aangezien de afgestemde gedraging in kwestie een poging vormt om de vrije prijsvorming te beïnvloeden, is deze er bovendien kennelijk op gericht de mededinging te beperken.

69. Of de gedraging ook werkelijk gevolgen had die de mededinging op de markt verstoorden, is derhalve niet van belang.

70. Anders dan enkele verzoeksters in het hoofdgeding betogen, doet dan ook niet ter zake of een bepaald reisbureau voorafgaand aan de invoering van de beperking een hoger kortingspercentage hanteerde, en zelfs of het na dat tijdstip eigenlijk wel pakketreizen heeft verkocht via het E-TURAS-systeem. Evenmin doet ter zake dat de reisbureaus de mogelijkheid behielden om aan bepaalde klanten buiten het E-TURAS-systeem extra kortingen te verlenen. Voor elke onderneming die tijdens het relevante tijdvak diensten via het E-TURAS-systeem bleef aanbieden, geldt dat de beperking haar marktgedrag kon beïnvloeden, wat volstaat om te constateren dat er van deelname aan de inbreuk sprake was.

71. Ik ben derhalve van oordeel dat, onder de in de verwijzingsbeslissing beschreven omstandigheden, de aan het gemeenschappelijk boekingssysteem deelnemende ondernemingen die kennis kregen van het ongeoorloofde initiatief als aangekondigd in de systeemmededeling van 27 augustus 2009, en dit systeem vervolgens bleven gebruiken, aansprakelijk gesteld kunnen worden voor deelname aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

2. De beweerde eenzijdige gedraging van een derde partij

72. Verschillende verzoeksters in het hoofdgeding betogen in hun schriftelijke opmerkingen dat de beweerde mededingingsbeperking het resultaat is van een eenzijdige gedraging van Eturas.

22 — Zie punt 35 van deze conclusie.

73. Ik geef toe dat in het geval dat een ongeoorloofd initiatief kenbaar wordt gemaakt door een derde partij, die zelf ook als onderneming actief is op een gerelateerde markt, de mogelijkheid om de resulterende beperking toe te schrijven aan het eenzijdige gedrag van die derde partij niet moet worden uitgesloten. Dit zou mijns inziens het geval kunnen zijn, wanneer zowel het ongeoorloofde initiatief zelf als de gedragingen waarmee dit in praktijk wordt gebracht, uitsluitend kunnen worden toegeschreven aan die in zijn eigen belang handelende derde partij. [23]

74. In de onderhavige zaak lijkt een dergelijke stelling echter niet te worden gestaafd door de feiten zoals deze zijn beschreven in de verwijzingsbeslissing.

75. Hoewel de prejudiciële vraag slechts verwijst naar de door Eturas op 27 augustus 2009 aangebrachte technische beperking en de desbetreffende systeemmededeling, blijkt uit de verwijzingsbeschikking dat deze handelingen zijn voorafgegaan door voorbereidende contacten tussen Eturas en althans sommige van de betrokken ondernemingen.

76. Ten eerste noemt de systeemmededeling van 27 augustus 2009 als beweegreden voor het handelen van Eturas uitdrukkelijk „een evaluatie van de opmerkingen, voorstellen en wensen [...] van de reisbureaus". Ten tweede blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat Eturas, alvorens de kortingspercentages te beperken, een e-mail heeft gestuurd aan verscheidene reisbureaus met het verzoek te stemmen over een algemene verlaging van kortingspercentages, alsook over het specifieke gewenste percentage, zij het dat er geen gegevens zijn (behalve voor één onderneming) waaruit blijkt dat de betrokken reisbureaus die e-mail hebben ontvangen of beantwoord. Ten derde heeft de directeur van Eturas verklaard dat hij een rondvraag heeft gehouden over een standaardkorting voor onlineboekingen, een verklaring die hij later echter heeft gewijzigd.

77. Ik merk op dat het in zaken betreffende geheime mededingingsverstorende praktijken van groot belang is het bewijs in zijn geheel te beschouwen. De bewijsmiddelen waarvan de administratieve instantie gebruik wenst te maken om een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU aan te tonen moeten niet afzonderlijk maar gezamenlijk worden bezien. [24]

78. Hoewel de bewijzen voor de voorbereidende contacten tussen reisbureaus en Eturas fragmentarisch en deels niet meer dan indirecte aanwijzingen zijn, kunnen die gegevens niet geheel worden weggelaten uit het totale bewijsmateriaal dat de inbreuk moet aantonen.

79. Bovendien weerlegt de ter terechtzitting door verzoeksters in het hoofdgeding geboden alternatieve verklaring voor de handelwijze van Eturas, namelijk dat Eturas handelde in een poging om het systeem aantrekkelijk te houden voor verschillende grote reisbureaus, niet de stelling dat het initiatief afkomstig was van de reisbureaus zelf en Eturas slechts optrad als stroman van de leden van het kartel, zoals de gegevens in het dossier van de verwijzende rechter lijken aan te tonen.

80. Zelfs indien werd aangenomen dat een gemeenschappelijke commerciële partner, die het kartel faciliteerde, hierbij uit eigen beweging handelde in een poging de loyaliteit van zijn klanten te versterken en hun door het beperken van de mededinging een hogere winst probeerde te verzekeren, zou dit niet de aansprakelijkheid uitsluiten van de leden van het kartel die dat ongeoorloofde initiatief stilzwijgend goedkeurden.

23 — Om een denkbeeldig voorbeeld te geven: als een partij die onlineboekingen verzorgt, besluit de prijsstellingsmogelijkheden van de aan het systeem deelnemende ondernemingen te beperken, en daarbij uitsluitend in haar eigen belang handelt, met het oogmerk haar inkomsten uit commissies te maximaliseren of de mededinging op de markt voor boekingssystemen te beperken, valt naar mijn mening moeilijk te concluderen dat de gebruikers van het systeem alleen omdat zij zich daartegen niet hebben verzet, aan een horizontale samenspanning hebben deelgenomen. Mijns inziens zou dit denkbeeldige gedrag onderzocht moeten worden als een reeks verticale overeenkomsten, of als een mogelijk onder artikel 102 VWEU vallende eenzijdige gedraging.

24 — Zie in die zin arrest Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:70, punt 68) en conclusie van advocaat-generaal Vesterdorf in de zaak Rhône-Poulenc/Commissie (T-1/89, EU:T:1991:38, blz. 954).

81. Zo zou zelfs de aanname dat Eturas in de onderhavige zaak uit eigen beweging handelde teneinde de loyaliteit te verzekeren van de reisbureaus die het E-TURAS-systeem gebruikten, niet in de weg staan aan de vaststelling dat sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen die reisbureaus, aangezien de handelwijze van Eturas, zelfs volgens deze alternatieve verklaring, zou zijn ingegeven door de belangen van zijn klanten die het initiatief stilzwijgend goedkeurden.

3. Het afstand nemen van de afgestemde gedraging

82. Een hiermee verwante kwestie is, of de betrokken ondernemingen over de mogelijkheid beschikken om zichzelf van de inbreuk te distantiëren.

83. Volgens vaste rechtspraak volstaat het dat de administratieve instantie aantoont dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten, zonder zich daar duidelijk tegen te verzetten, om de deelname van die onderneming aan de mededelingsregeling te bewijzen. In dergelijke omstandigheden dient die onderneming aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt, dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam. [25]

84. Aan dit beginsel ligt ten grondslag dat een onderneming die aan die bijeenkomst deelneemt zonder zich publiekelijk van de inhoud daarvan te distantiëren, bij de andere deelnemers de indruk wekt dat zij het eens is met het resultaat daarvan en dat zij zich daaraan zal houden. In dat verband leidt de stilzwijgende goedkeuring van een onrechtmatig initiatief, waarvan niet publiekelijk afstand wordt genomen of dat niet bij de administratieve instanties wordt aangegeven, ertoe dat het voortbestaan van de inbreuk wordt bevorderd en de ontdekking ervan wordt bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk, waarvoor de onderneming derhalve aansprakelijk kan worden gesteld. [26]

85. Het feit dat een onderneming geen gevolg geeft aan de resultaten van zulke bijeenkomsten ontheft haar niet van haar aansprakelijkheid, tenzij zij zich publiekelijk heeft gedistantieerd van wat daar is overeengekomen. Bovendien is de rol die een onderneming in een mededingingsregeling heeft gespeeld niet relevant voor de vaststelling van haar aansprakelijkheid, en dient deze slechts in aanmerking te worden genomen bij de beoordeling van de zwaarte van de inbreuk en de bepaling van de geldboete. [27]

86. Mijns inziens laat deze rechtspraak, hoewel deze oorspronkelijk de onbedoelde deelneming aan een collusieve bijeenkomst betrof, zich goed toepassen op de omstandigheden van de onderhavige zaak.

87. Een onderneming die een onlineboekingssysteem gebruikt dat wordt benut als platform voor een mededingingsverstorende praktijk beschikt namelijk over twee uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende mogelijkheden om zich effectief van die handelswijze te distantiëren: zij kan zich publiekelijk van de inhoud van het ongeoorloofde initiatief distantiëren of er melding van doen aan de administratieve autoriteiten.

25 — Zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 96) en Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 81).

26 — Zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 82 en 84).

27 — Zie arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 85 en 86).

88. Het zou naar mijn mening duidelijk onredelijk zijn om van een onderneming te verlangen dat zij van haar tegenstand blijk geeft aan alle deelnemers aan de afgestemde gedraging. Met name is het, gezien de onderhavige omstandigheden, zeer goed mogelijk dat de identiteit van alle betrokken concurrenten niet meteen valt te achterhalen. Sommige verzoeksters in het hoofdgeding stelden niet op de hoogte te zijn geweest van de identiteit van andere gebruikers van het E-TURAS-systeem.

89. De tegenstand moet evenwel openbaar worden gemaakt op een wijze die voor de betrokken onderneming in redelijkheid haalbaar is, dat wil zeggen op zijn minst door het verwittigen van de systeembeheerder die de beperking aankondigde, alsmede van andere ondernemingen waarvan de identiteit mogelijk bekend is.

90. De onderneming in kwestie moet met voldoende duidelijkheid verklaren dat zij het initiatief niet onderschrijft en voornemens is er geen gevolg aan te geven. Zo is het bijvoorbeeld niet voldoende wanneer de betrokken onderneming de mededeling naast zich neer legt of haar eigen werknemers opdracht geeft de handelwijze niet te volgen. Het zou evenmin volstaan dat zij haar tegenstand enkel laat uitkomen in haar marktgedrag, bijvoorbeeld, zoals sommige verzoeksters in de onderhavige zaak suggereerden, door individuele kortingen te verlenen als tegenwicht tegen de algemene beperking. Zonder publiekelijk geuit verzet zou zodanig gedrag nauwelijks te onderscheiden zijn van gewoon „vals spelen” ten opzichte van de overige leden van het kartel.

91. Anderzijds kan de verplichting om tegenstand te bieden tegen de beperking, anders dan de Raad voor de Mededinging ter terechtzitting heeft betoogd, zich niet uitstrekken tot een verplichting het onlineboekingssysteem te verlaten.

92. Ik onderschrijf dat de betrokken onderneming niet alleen van haar tegenstand moet laten blijken, maar ook een onafhankelijke koers dient te volgen op de markt. In de onderhavige zaak vereist het publiekelijk afstand nemen mede dat de onderneming alle redelijke middelen inzet om de beperking niet toe te passen, zoals het informeren van de klanten via haar website, en, wanneer deze middelen niet doeltreffend zijn, dat zij aangifte doet bij de administratieve autoriteiten. Deze verplichting kan niet worden opgerekt tot een vereiste dat de commerciële betrekkingen met Eturas verbroken worden, aangezien dit de toegang van het reisbureau tot een overigens legaal distributiekanaal zou afsnijden.

93. Tot slot moet de onderneming haar verzet snel kenbaar maken, hoe dan ook binnen een redelijke termijn na op de hoogte te zijn geraakt van het ongeoorloofde initiatief. Doet zij dit niet binnen een redelijke termijn, is zij aansprakelijk vanaf het moment waarop zij van dat initiatief kennis kreeg of vermoed wordt kennis te hebben gekregen.

4. De bewijsrechtelijke vereisten en het vermoeden van onschuld

94. Gezien de door de verwijzende rechter geuite twijfels, wil ik enige afsluitende opmerkingen maken over de verenigbaarheid van het beginsel van het vermoeden van onschuld met de vereisten waaraan het bewijs van een onderling afgestemde feitelijke gedraging moet voldoen.

95. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is het beginsel van het vermoeden van onschuld, thans vervat in artikel 48, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, van toepassing op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels. [28]

28 — Zie in die zin arresten Hüls/Commissie (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punten 149 en 150) en Montecatini/Commissie (C-235/92 P, EU:C:1999:362, punten 175 en 176).

96. Binnen het stelsel van publiekrechtelijke handhaving van het mededingingsrecht van de Unie staat het aan de Commissie om bewijzen te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan van de bestanddelen van een inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU aantonen. Het bewijsmateriaal dat de Commissie aandraagt dient nauwkeurig en onderling overeenstemmend te zijn. [29] Eventuele twijfel die bij de rechter leeft, dient in het voordeel te spelen van de onderneming waaraan de beschikking houdende vaststelling van een inbreuk is gericht. [30]

97. Het beginsel van het vermoeden van onschuld sluit evenwel niet uit dat in het mededingingsrecht gebruik wordt gemaakt van weerlegbare vermoedens. [31]

98. Voorbeelden van dergelijke vermoedens zijn het „vermoeden van Anic" en het vermoeden dat een moedermaatschappij die 100 % van het kapitaal van een dochteronderneming in handen heeft, een beslissende invloed uitoefent op het commercieel beleid van die dochteronderneming. [32] Het Hof heeft ook verklaard dat, wanneer de Commissie erin is geslaagd te bewijzen dat een onderneming heeft deelgenomen aan duidelijk mededingingsverstorende bijeenkomsten van ondernemingen, het aan die onderneming staat een andere verklaring voor de inhoud van die bijeenkomsten te geven en de bevindingen van de Commissie te weerleggen. [33]

99. Deze vermoedens verleggen de bewijslast niet naar degene tot wie de beslissing van de mededingingsautoriteit is gericht. Zij stellen die autoriteit in de gelegenheid om op grond van ervaringsregels een bepaalde conclusie te trekken. [34] De hierop gebaseerde voorlopige conclusie kan weerlegd worden door tegenbewijs, bij ontbreken waarvan die conclusie toereikend geacht wordt om te voldoen aan de vereisten ten aanzien van de bewijslast, die blijft rusten op de administratieve autoriteit. Het teruggrijpen op zulke vermoedens wordt gerechtvaardigd door de noodzaak het nuttig effect van de Unierechtelijke mededingingsregels te verzekeren, aangezien bij ontbreken ervan het leveren van het bewijs van een inbreuk in de praktijk uiterst moeilijk of onmogelijk zou kunnen worden.

100. Voor zover zulke vermoedens voortvloeien uit artikel 101, lid 1, VWEU zoals uitgelegd door het Hof en als zodanig integraal deel uitmaken van het toepasselijke Unierecht, vallen zij niet onder de werkingssfeer van het beginsel van de autonomie van het nationale procesrecht [35], en zijn dus bindend voor de nationale autoriteiten bij hun toepassing van de mededingingsregels van de Unie. [36]

101. Zo kunnen de Raad voor de Mededinging en de verwijzende rechter in de onderhavige zaak zonder het beginsel van het vermoeden van onschuld te schenden uitgaan van het vermoeden dat een onderneming die kennis kreeg van de systeemmededeling van 27 augustus 2009 en gebruik bleef maken van het E-TURAS-systeem, stilzwijgend instemde met het ongeoorloofde initiatief. Het is aan de betrokken onderneming om bewijzen aan te dragen dat zij haar verzet tegen dat initiatief heeft kenbaar gemaakt, of om te bewijzen dat de afstemming geen invloed kon uitoefenen op haar marktgedrag.

29 — Zie arresten Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, EU:C:1998:608, punt 58), BAI en Commissie/Bayer (C-2/01 P en C-3/01 P, EU:C:2004:2, punt 62) en E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punten 72 en 73).

30 — Zie arrest E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 72).

31 — Voor een analyse van het gebruik van zulke vermoedens in het mededingingsrecht, zie conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punten 89-93).

32 — Zie respectievelijk punt 33 van deze conclusie en arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punt 60).

33 — Zie arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 87) en E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 75).

34 — Zie conclusies van advocaat-generaal Kokott in de zaken T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:110, punt 89) en Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punt 72).

35 — Men zou kunnen stellen dat de nationale autoriteiten bij de toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU in het algemeen zijn gebonden aan de rechtspraak van het Hof betreffende de procedurele garanties van de rechten van de verdediging in het kader van de handhaving van het mededingingsrecht. Zie Kowalik-Bańczyk, K., *Prawo do obrony w unijnych postępowaniach antymonopolowych* , Warschau, 2012, blz. 546.

36 — Zie in die zin arrest T-Mobile Netherlands e.a. (C-8/08, EU:C:2009:343, punten 50-52).

102. Wanneer de administratieve autoriteit of de nationale rechter deze gevolgtrekking maakt, hebben zij niet de bewijslast omgekeerd, de rechten van de verdediging geschonden of het vermoeden van onschuld opzijgezet.

IV – **Conclusie**

103. Derhalve geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen van de Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas te beantwoorden als volgt:

„Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging de situatie omvat waarin verscheidene reisbureaus gebruikmaken van een gemeenschappelijk onlinesysteem voor het boeken van reizen, en de beheerder van dat systeem een mededeling plaatst om de gebruikers te informeren dat na de voorstellen en wensen van de betrokken ondernemingen de voor klanten geldende kortingen tot een uniform maximumpercentage worden beperkt, welke mededeling wordt gevolgd door het aanbrengen van een technische beperking op de keuze van het kortingspercentage dat de gebruikers van het systeem tot hun beschikking hebben. De ondernemingen die kennis krijgen van dat ongeoorloofde initiatief en gebruik blijven maken van het systeem zonder zich publiekelijk van dat initiatief te distantiëren of het aan de administratieve autoriteiten te melden, zijn aansprakelijk voor deelneming aan die onderling afgestemde feitelijke gedraging.”