CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 6 september 2012 [1]

Zaak C-226/11

Expedia Inc.

[verzoek van de Cour de cassation (Frankrijk) om een prejudiciële beslissing]

„Mededinging — Artikel 81 EG — Merkbare beperking van mededinging — Beoordeling van merkbaarheid bij overeenkomsten met mededingingsbeperkende strekking — ‚De-minimisbekendmaking' van de Commissie — Marktaandelen die onder drempels van de-minimisbekendmaking liggen — Bevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten om desondanks artikel 81 EG toe te passen en sancties op te leggen — Artikel 3, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003"

I – Inleiding

1. Zijn de bekendmakingen van de Europese Commissie op het gebied van het mededingingsrecht bindend voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechtbanken? Dit is de kern van de problematiek waarover het Hof zich in de onderhavige prejudiciële procedure dient te buigen. De vraag rijst in de context van de zogenoemde „de-minimisbekendmaking" [2] (ook wel aangeduid als „bagatel-bekendmaking"), waarin de Commissie heeft aangegeven onder welke omstandigheden zij aanneemt dat sprake is van een *merkbare beperking van de mededinging* in de zin van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU).

2. De prejudiciële vraag is gesteld door de Franse Cour de cassation [3], waar een geding aanhangig is tussen het online reisbureau Expedia en de Franse mededingingsautoriteit. [4] Expedia had met de Franse nationale spoorwegmaatschappij Société nationale des chemins de fer (SNCF) een gezamenlijke onderneming opgericht voor de verkoop van treintickets en andere reisdiensten. Door deze samenwerking kreeg Expedia een geprivilegieerde toegang tot de door de SNCF gecreëerde website „voyages-sncf.com" en kwam zodoende in het genot van een preferentiële behandeling van haar diensten, die andere reisagentschappen werd onthouden. Aangezien dit volgens de Franse mededingingsautoriteit neerkwam op een verboden beperking van de mededinging, waardoor zowel artikel 81 EG als de overeenkomstige bepaling van het nationale mededingingsrecht werden geschonden, legde zij Expedia en de SNCF geldboetes op.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Bekendmaking van de 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).

3 — Rechter in cassatie.

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

3. Partijen in het hoofdgeding twisten vooral over de vraag of de litigieuze overeenkomst tussen Expedia en de SNCF een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81 EG tot gevolg had. Expedia stelt dat de door de Commissie in de de-minimisbekendmaking gehanteerde marktaandeeldrempel van 10 % in casu niet is bereikt, zodat de Franse mededingingsautoriteit ook geen merkbare beperking van de mededinging had mogen aannemen.

4. Tegen deze achtergrond wenst de Cour de cassation te vernemen of nationale instanties volgens artikel 3, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 [5] het recht hebben om ook beneden de genoemde marktaandeeldrempel van 10 % een merkbare beperking van de mededinging aan te nemen. In dit verband benadrukt de opperste Franse rechter met name dat de litigieuze overeenkomst tussen Expedia en de SNCF volgens de vaststellingen in het hoofdgeding niet alleen mededingingsbeperkende gevolgen, maar ook een mededingingsbeperkende strekking had.

5. Het antwoord van het Hof op het onderhavige prejudiciële verzoek zal doorslaggevend zijn voor de armslag waarover de nationale mededingingsautoriteiten en rechtbanken voortaan bij de toepassing van artikel 101 VWEU zullen beschikken. Bovendien biedt deze zaak de gelegenheid te verduidelijken welke eisen gelden met betrekking tot de vaststelling van het bestaan van een *mededingingsbeperkende strekking* op zowel het niveau van de Unie als dat van de lidstaten. Beide aspecten zijn van niet te onderschatten belang voor de werking van het gedecentraliseerde stelsel van toepassing van het kartelrecht dat door verordening nr. 1/2003 in het leven is geroepen.

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Bepalingen van Unierecht*

6. Bij de beantwoording van dit prejudiciële verzoek moet worden uitgegaan van het verbod op mededingingsverstorende overeenkomsten (hierna ook: „kartelverbod") in de versie van vóór het Verdrag van Lissabon, aangezien de in het hoofdgeding litigieuze beslissing van de Franse mededingingsautoriteit dateert van februari 2009. Op het vlak van het Unierecht zijn met betrekking tot deze zaak derhalve artikel 81, lid 1, EG en de tot uitvoering hiervan vastgestelde verordening nr. 1/2003 relevant. Op artikel 101 VWEU, waarop de verwijzende rechter zich heeft gebaseerd, zijn mijn opmerkingen betreffende artikel 81 EG echter naar analogie toepasselijk.

7. Ten aanzien van de „[v]erhouding tussen [...] artikel [...] 81 [EG] [...] en het nationale mededingingsrecht" bepaalt artikel 3 van verordening nr. 1/2003 het volgende:

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

2. De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, [EG] niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, [EG] voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, [EG] vallen. [...]

[...]"

5 — Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB L 1, blz. 1).

8. Artikel 11 van verordening nr. 1/2003, „Samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten", bepaalt:

„De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten passen de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toe."

9. Volledigheidshalve verwijs ik ook naar de toelichtingen in de punten 1, 6, 8, 14, 15, 22 en 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003:

„1. Teneinde een regeling tot stand te brengen waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst, dient voor een doeltreffende en eenvormige toepassing van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] in de gehele [Unie] te worden gezorgd. [...]

[...]

6. Ter verzekering van een doeltreffende toepassing van de communautaire mededingingsregels dienen de nationale mededingingsautoriteiten nauwer bij die toepassing te worden betrokken. Te dien einde moeten zij over de bevoegdheid beschikken het [Unierecht] toe te passen.

[...]

8. Teneinde de daadwerkelijke handhaving van de mededingingsregels van de [Unie] en de goede werking van de in deze verordening opgenomen samenwerkingsmechanismen te waarborgen, moeten de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties van de lidstaten ertoe verplicht worden ook de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] toe te passen wanneer ze het nationale mededingingsrecht toepassen op overeenkomsten en praktijken welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Om te zorgen voor gelijke spelregels in het kader van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen binnen de interne markt, moet [...] tevens de verhouding tussen de nationale wetgeving en het mededingingsrecht van de [Unie] bepaald worden. Daartoe moet worden bepaald dat de toepassing van nationale mededingingswetten op overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, [EG] niet mag leiden tot het verbieden van dergelijke overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen indien ze niet ook uit hoofde van het mededingingsrecht van de [Unie] verboden zijn. [...]

[...]

14. Het kan ook nuttig zijn dat de Commissie in uitzonderlijke gevallen, wanneer het algemeen belang van de [Unie] dat vereist, een beschikking van declaratoire aard geeft waarbij zij vaststelt dat het verbod van artikel 81 [EG] of dat van artikel 82 [EG] niet van toepassing is, dit om de rechtsregels te verduidelijken en voor een samenhangende toepassing ervan in de [Unie] te zorgen, in het bijzonder ten aanzien van nieuwe soorten overeenkomsten of feitelijke gedragingen waarover in de bestaande jurisprudentie of bestuurspraktijk geen precedenten bestaan.

15. De Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten moeten tezamen een netwerk van overheidsinstanties vormen, die de communautaire mededingingsregels in nauwe samenwerking toepassen. [...]

[...]

22. Om in een stelsel van parallelle bevoegdheden de eerbiediging van het beginsel van rechtszekerheid en een eenvormige toepassing van de communautaire mededingingsregels te waarborgen, moeten tegenstrijdige uitspraken worden vermeden. [...]

[...]

34. De in de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] vervatte beginselen [...] kennen de organen van de [Unie] een centrale plaats toe. Die centrale plaats dient te worden behouden, met dien verstande dat de lidstaten nauwer bij de toepassing van de [...] mededingingsregels [van de Unie] worden betrokken. [...]"

10. Met betrekking tot het onderhavige geval is bovendien de de-minimisbekendmaking van de Commissie uit het jaar 2001 relevant. Hierin heeft zij onder meer het volgende vastgesteld:

„[...]

2. In deze bekendmaking kwantificeert de Commissie met behulp van marktaandeeldrempels wat geen merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81 [EG] is. [...]

[...]

4. In gevallen die onder deze bekendmaking vallen zal de Commissie noch op verzoek, noch op eigen initiatief een procedure inleiden. Indien ondernemingen te goeder trouw aannemen dat een overeenkomst onder deze bekendmaking valt, zal de Commissie geen boetes opleggen. Hoewel de rechtbanken en autoriteiten van lidstaten niet aan deze bekendmaking gehouden zijn, is zij mede bedoeld als leidraad voor deze instanties bij de toepassing van artikel 81.

[...]

6. Deze bekendmaking doet geen afbreuk aan de uitlegging van artikel 81 [EG] die door het Hof van Justitie of het Gerecht van eerste aanleg [...] kan worden gegeven.

[...]

7. De Commissie is van mening dat overeenkomsten tussen ondernemingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig beïnvloeden, de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1 [EG]:

   a) indien het gezamenlijke marktaandeel van de partijen bij de overeenkomst op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter is dan 10 %, voor zover de overeenkomst is gesloten tussen ondernemingen die daadwerkelijke of potentiële concurrenten zijn op één of meer van deze markten (overeenkomsten tussen concurrenten) [...]

   [...]

[...]

11. De punten 7, 8 en 9 zijn niet van toepassing op overeenkomsten die één of meer van de onderstaande ‚hard-core'-restricties bevatten: [...]

   [...]"

B – *Bepalingen van nationaal recht*

11. Op het vlak van het Franse recht is om te beginnen artikel L. 420-1 van de Code de commerce (handelswetboek) relevant, dat in wezen hetzelfde verbod op kartelafspraken vastlegt als artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) op het niveau van de Unie.

12. In artikel L. 464-6-1 van de Code de commerce zijn bovendien de drempelwaarden van de de-minimisbekendmaking van de Commissie overgenomen en is vastgelegd dat het aan de mededingingsautoriteit staat om te bepalen of bij bagatelgevallen [6] al dan niet een procedure wordt ingeleid. Dit betekent dat wanneer de in de voornoemde bekendmaking vermelde marktaandeeldrempels door de bij een overeenkomst betrokken ondernemingen niet worden bereikt, de mededingingsautoriteit kan besluiten de procedure niet voort te zetten.

III – Feiten en hoofdgeding

13. De Franse nationale spoorwegmaatschappij SNCF had plannen om de verkoop van treintickets en reizen via internet verder te ontwikkelen en zocht in dat verband naar een ervaren partner. Haar keuze viel op Expedia, een op de verkoop van reizen via internet gespecialiseerde vennootschap naar VS-recht. In september 2001 sloten de SNCF en Expedia meerdere samenwerkingsovereenkomsten en richtten een gezamenlijke dochtervennootschap op, GL Expedia, die in 2004 werd omgedoopt in Agence Voyages-sncf.com (hierna: „Agence VSC"). De website voyages-sncf.com, die tot dan toe alleen maar werd gebruikt voor informatieverstrekking, reserveringen en de verkoop van treintickets, werd het werkterrein van de gezamenlijke vennootschap en bood na een reorganisatie naast de oorspronkelijke diensten ook die van een online reisbureau aan.

14. Naar aanleiding van een klacht van meerdere concurrenten verklaarde de Franse mededingingsautoriteit bij beslissing nr. 09-D-06 van 5 februari 2009 dat de SNCF en Expedia gebruik hebben gemaakt van volgens artikel L. 420-1 van de Code de Commerce en artikel 81 EG verboden kartelpraktijken. Volgens de verwijzende rechter stelde de mededingingsautoriteit vast dat de door de SNCF en Expedia overeengekomen praktijk een mededingingsbeperkende strekking had. Derhalve legde zij aan Expedia een geldboete op van 500 000 EUR en aan de SNCF een geldboete van 5 000 000 EUR.

15. Het verweer van Expedia in de bestuursrechtelijke procedure voor de mededingingsautoriteit stoelde in wezen op de argumentatie dat er sprake was van een berekeningsfout en dat de drempelwaarden van de de-minimisbekendmaking van de Commissie en de overeenkomstige drempels van artikel L. 464-6-1 van de Code de Commerce niet waren bereikt. [7] Daar geen sprake was van een marktaandeel van 10 %, had de nationale instantie in de ogen van Expedia geen sanctie volgens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003 mogen opleggen, aangezien de de-minimisbekendmaking vastlegt wanneer sprake is van een merkbare verstoring van de mededinging in de zin van artikel 81 EG. Het nationale mededingingsrecht mag op dit punt niet strenger zijn dan het Europese, aldus Expedia.

16. De mededingingsautoriteit wees dat argument van Expedia van de hand omdat Expedia en de SNCF op de betrokken markt voor online diensten van vakantiereisbureaus concurrenten zijn en over meer dan 10 % van de marktaandelen beschikken. Bovendien benadrukte de mededingingsautoriteit dat de overeenkomst tussen Expedia en de SNCF een mededingingsbeperkende strekking heeft.

6 — Voor zover het niet gaat om een overeenkomst in de zin van de Code des marchés publics (wetboek overheidsopdrachten).

7 — Volgens Expedia had de mededingingsautoriteit bij de vaststelling van het aandeel aan de betrokken markt voor online diensten van vakantiereisbureaus niet mogen uitgaan van het marktaandeel dat met de totaliteit van de diensten van de website voyages-sncf.com werd bereikt. Slechts 20 % van de omzet van die website komt volgens Expedia voor rekening van de litigieuze gezamenlijke vennootschap Agence VSC.

17. Tegen de beslissing van de mededingingsautoriteit tekende Expedia bezwaar aan bij de Cour d'appel de Paris. De Cour d'appel ging niet rechtstreeks in op het vraagstuk van de berekening van de marktaandelen van Agence VSC op de betrokken markt. Veeleer stelde zij in haar arrest van 23 februari 2010 onder verwijzing naar de ‚kan'-bepaling van artikel L. 464-6-1 van de Code de Commerce dat kartels ook kunnen worden vervolgd en bestraft wanneer de marktaandeeldrempels niet zijn bereikt. Voor zover is voldaan aan de voorwaarden van artikel 81 EG – hetgeen volgens de Cour d'appel in casu het geval is – staat ook artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003 niet in de weg aan het opleggen van geldboetes.

18. Naar aanleiding van het door Expedia tegen het arrest van de Cour d'appel ingestelde cassatieberoep is de procedure thans aanhangig bij de Cour de Cassation [8] (hierna: „verwijzende rechter").

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

19. Bij arrest van 10 mei 2011, ingeschreven ter griffie van het Hof op 16 mei 2011, heeft de Franse Cour de cassation de behandeling van de zaak geschorst en het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de volgende vraag:

Moeten artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003 aldus worden uitgelegd dat zij zich ertegen verzetten dat een nationale mededingingsautoriteit op de dubbele grondslag van artikel 101, lid 1, VWEU en het nationale mededingingsrecht optreedt tegen overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, maar waarbij niet de drempels worden bereikt die de Europese Commissie heeft vastgesteld in haar bekendmaking van 22 december 2001 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 C 368, blz. 13), en daarbij sancties oplegt?

20. In de procedure voor het Hof hebben Expedia en de Franse mededingingsautoriteit, de Franse, de Ierse, de Italiaanse en de Poolse regering, de Europese Commissie evenals de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van de Ierse, de Italiaanse en de Poolse regering waren die partijen ook vertegenwoordigd ter terechtzitting op 27 juni 2012.

V – Beoordeling

21. Uitgangspunt van de redenering ter opheldering van deze problematiek zou artikel 3 van verordening nr. 1/2003 moeten zijn. Die bepaling legt een nauw verband tussen het kartelrecht van de Unie en dat van de lidstaten. [9] Wanneer op een overeenkomst van ondernemingen die de handel tussen de lidstaten kan beïnvloeden, nationaal mededingingsrecht wordt toegepast, moet ingevolge artikel 3, lid 1, eerste volzin, van verordening nr. 1/2003 tevens artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) toepassing vinden. [10]

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Arrest van 14 februari 2012, Toshiba Corporation e.a. („Toshiba", C-17/10, punt 77).

10 — Zie mijn conclusie van 8 september 2011 in de zaak Toshiba (aangehaald in voetnoot 9, punt 78).

22. Indien sprake is van een dergelijke parallelle toepassing van het kartelrecht van de Unie en dat van de lidstaten, waarborgt artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003 bovendien dat de hoger geplaatste normen van het Uniekartelrecht voorrang genieten. Met andere woorden: overeenkomsten tussen ondernemingen mogen slechts dan uit hoofde van het nationale kartelrecht worden verboden wanneer zij ook volgens het Unierecht verboden zijn.[11] Het nationale mededingingsrecht mag dus qua gevolgen niet strenger zijn dan artikel 81 EG.

23. Aangezien in het kader van artikel 81 EG volgens vaste rechtspraak slechts overeenkomsten tussen ondernemingen[12] mogen worden vervolgd en bestraft die een *merkbare* beperking van de mededinging tot doel of tot gevolg hebben[13], dient volgens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 1/2003 het criterium van de merkbaarheid ook in aanmerking te worden genomen wanneer – zoals in casu – kartelrecht van de Unie en nationaal kartelrecht voor nationale instanties of rechters parallel toepasselijk is.

24. In dit verband wenst de Cour de cassation te vernemen of de nationale instanties bij de beoordeling van de merkbaarheid van een mededingingsbeperking gehouden zijn de criteria te hanteren die op het niveau van de Unie in de de-minimisbekendmaking van de Commissie zijn gepubliceerd. De verwijzende rechter vraagt zich met name af of een nationale instantie een merkbare mededingingsbeperking mag aannemen wanneer de door haar onderzochte overeenkomst weliswaar niet de in de de-minimisbekendmaking van de Commissie vastgelegde marktaandeeldrempels bereikt, maar wel een mededingingsverstorend doel heeft.

25. Van de partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, is alleen Expedia van mening dat de nationale mededingingsautoriteiten en rechters aan de marktaandeeldrempels van de de-minimisbekendmaking gebonden zijn, en dit ook wanneer de betrokken overeenkomst een mededingingsverstorend doel heeft. Alle bij de procedure betrokken instanties en regeringen stellen zich daarentegen op het standpunt dat de de-minimisbekendmaking voor nationale instanties niet dwingend is. Sommige partijen stellen zelfs dat voor de vervolging van een overeenkomst tussen ondernemingen geen concrete toetsing van de merkbaarheid van de mededingingsbeperking vereist is.

A – *Geen dwingende rechtsgevolgen van de de-minimisbekendmaking*

26. Zoals het Hof in een ander verband reeds heeft opgemerkt, hebben bekendmakingen van de Commissie op het vlak van het Europese mededingingsrecht voor de nationale instanties en rechters geen dwingende rechtsgevolgen.[14] Dit geldt ook in casu voor de de-minimisbekendmaking en de hierin vastgelegde marktaandeeldrempels, hetgeen niet alleen blijkt uit de tekst van die bekendmaking, maar ook uit de doelstelling ervan en de context waarin zij is vastgesteld.

11 — Punt 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

12 — Ter vereenvoudiging vermeld ik in deze conclusie niet de door artikel 81 EG eveneens bestreken besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen. Hierop zijn de opmerkingen in de conclusie naar analogie van toepassing.

13 — Arresten van 30 juni 1966, LTM/MBU (56/65, Jurispr. blz. 392); 9 juli 1969, Völk (5/69, Jurispr. blz. 295, punt 7); 6 mei 1971, Cadillon (1/71, Jurispr. blz. 351, punt 9); 25 november 1971, Béguelin Import (22/71, Jurispr. blz. 949, punt 16); 28 april 1998, Javico (C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punt 12); 28 mei 1998, Deere/Commissie (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 77); 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 50), en 2 april 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Jurispr. blz. I-2437, punt 68).

14 — Arrest van 14 juni 2011, Pfleiderer (C-360/09, Jurispr. blz. I-5161, punt 21); in soortgelijke zin reeds arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 209), waarin het Hof heeft vastgesteld dat bekendmakingen van de Commissie niet als rechtsregels kunnen worden aangemerkt, evenals arrest van 29 september 2011, Arkema/Commissie (C-520/09 P, Jurispr. blz. I-8901, punt 88), waaruit volgt dat de door de Commissie gepubliceerde richtsnoeren slechts gedragsregels vormen.

27. Reeds uit de *tekst* van de de-minimisbekendmaking volgt zonder enige twijfel dat hierin alleen maar de rechtsopvatting van de Commissie tot uitdrukking komt [15] en dat de rechtbanken en autoriteiten van de lidstaten „niet aan deze bekendmaking gehouden zijn". [16] Dat dit a priori ook voor de Unierechter geldt, volgt uit de uitdrukkelijke vaststelling in de bekendmaking dat deze „geen afbreuk" doet aan de uitlegging van artikel 81 EG door het Hof en het Gerecht. [17]

28. En ook het met de de-minimisbekendmaking nagestreefde *doel* pleit tegen het dwingende karakter van de hierin gemaakte opmerkingen. De Commissie beoogde met de bekendmaking namelijk alleen maar, haar administratieve praktijk bij de toepassing van artikel 81 EG transparant te maken [18] en een leidraad met nuttige aanwijzingen betreffende de uitlegging ter beschikking te stellen van de op de interne markt actieve ondernemingen en de autoriteiten en de rechtbanken van de lidstaten. [19]

29. Die indruk wordt bevestigd door een blik op de *context* van de de-minimisbekendmaking. De Commissie heeft de bekendmaking niet in het kader van de uitoefening van haar wetgevende bevoegdheden gepubliceerd, maar veeleer in haar hoedanigheid van mededingingsautoriteit van de Europese Unie. Enerzijds moet de bekendmaking worden beschouwd als toelichting op de administratieve praktijken van de Commissie zelf, anderzijds brengt zij hierin een algemeen advies of een aanbeveling uit betreffende het mededingingsbeleid, in het kader van haar verantwoordelijkheid voor de handhaving en de ontwikkeling van een stelsel van onvervalste mededinging op de Europese interne markt. [20] Hiertoe is zij bevoegd uit hoofde van artikel 85 EG juncto artikel 211, tweede streepje, EG (thans artikel 105 VWEU juncto artikel 292, vierde volzin, VWEU). [21]

30. Dergelijke adviezen of aanbevelingen zijn echter niet verbindend (artikel 249, vijfde alinea, EG, thans artikel 288, vijfde alinea, VWEU). Juridisch bindende bepalingen ter verwezenlijking van de in de Europese Verdragen neergelegde mededingingsregels kunnen alleen maar door de Raad worden vastgesteld in de vorm van verordeningen of richtlijnen (artikel 83 EG, thans artikel 103 VWEU [22]). Alleen verordeningen betreffende groepen overeenkomsten mogen door de Commissie worden vastgesteld, en ook dit slechts wanneer zij door de Raad hiertoe is gemachtigd (artikel 85, lid 3, EG, thans artikel 105, lid 3, VWEU).

31. Afgezien daarvan is de Commissie volgens artikel 10 van verordening nr. 1/2003 weliswaar bevoegd om in uitzonderingsgevallen een beschikking van declaratoire aard te geven tot vaststelling van de niet-toepasbaarheid van artikel 81 EG. Maar dergelijke beschikkingen kunnen alleen betrekking hebben op individuele gevallen („een overeenkomst") en zijn bovendien met name bedoeld voor nieuwe soorten van overeenkomsten of gedragingen. [23] Verder gaande algemene opmerkingen betreffende het mededingingsbeleid, zoals die inzake de merkbaarheid van mededingingsbeperkingen in de de-minimisbekendmaking, zouden buiten de grenzen van artikel 10 van verordening nr. 1/2003 treden.

15 — Zie met name punt 2 („[...] kwantificeert de Commissie [...]"), punt 7 („De Commissie is van mening [...]") en punt 9 van de de-minimisbekendmaking („De Commissie is voorts van mening [...]").

16 — Punt 4, laatste volzin, van de de-minimisbekendmaking.

17 — Punt 6 van de de-minimisbekendmaking.

18 — Punt 4, eerste en tweede volzin, van de de-minimisbekendmaking.

19 — Punt 4, laatste volzin, van de de-minimisbekendmaking.

20 — Aangaande de betekenis van de Europese mededingingsregels voor de werking van de interne markt, zie arresten van 1 juni 1999, Eco Swiss (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punt 36); 20 september 2001, Courage en Crehan (C-453/99, Jurispr. blz. I-6297, punt 20), en – met betrekking tot de juridische situatie na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon – 17 februari 2011, TeliaSonera Sverige (C-52/09, Jurispr. blz. I-527, punt 20).

21 — Aangaande de rol van de Commissie bij de bepaling van het mededingingsbeleid van de Europese Unie, zie het fundamentele arrest van 14 december 2000, Masterfoods en HB (C-344/98, Jurispr. blz. I-11369, punt 46, eerste volzin).

22 — In dezelfde zin maar met betrekking tot de sector overheidssteun, artikel 89 EG (thans artikel 109 VWEU).

23 — Zie punt 14 van de considerans van verordening nr. 1/2003 en arrest van 3 mei 2011, Tele 2 Polska (C-375/09, Jurispr. blz. I-3055, punt 25).

32. Bovendien volgt uit het feit dat de de-minimisbekendmaking in de C-reeks van het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* is gepubliceerd, dat het niet de bedoeling was hiermee bindende rechtsregels vast te stellen. In tegenstelling tot de L-reeks van het Publicatieblad strekt de C-reeks namelijk niet tot bekendmaking van juridisch bindende handelingen, maar enkel van mededelingen, aanbevelingen en adviezen betreffende de Europese Unie. [24]

33. Ten slotte volgt ook uit het op het niveau van de Unie erkende beginsel van de legaliteit van straffen (nulla poena sine lege) [25] niet dat de de-minimisbekendmaking als bindende rechtsregel moet worden beschouwd. In tegenstelling tot de kennelijke opvatting van Expedia vormt de de-minimisbekendmaking op zich namelijk niet de rechtsgrondslag voor de stappen van de mededingingsautoriteiten tegen mededingingsverstorende overeenkomsten tussen ondernemingen. Het Unierechtelijke kartelverbod is veeleer reeds verankerd op het niveau van het primaire recht, in artikel 81 EG, dat wil zeggen in een verdragsbepaling die zowel ten gunste als ten laste van ondernemingen rechtstreekse gevolgen teweegbrengt. [26] En wat de door de Franse mededingingsautoriteit opgelegde sancties betreft: deze vloeien voort uit de nationale wetgeving. [27]

34. In het licht van het voorgaande stel ik derhalve vast dat de de-minimisbekendmaking op zich geen bindende rechtsgevolgen teweegbrengt.

B – *De de-minimisbekendmaking als indicatieve leidraad voor de toepassing van artikel 81 EG (artikel 101 VWEU)*

35. Alhoewel de de-minimisbekendmaking, zoals gezien, geen bindende rechtsgevolgen teweegbrengt, zou het verkeerd zijn aan te nemen dat zij voor kartelprocedures geen enkel juridisch belang heeft. [28] Publicaties als de de-minimisbekendmaking hebben namelijk een „soft law"-karakter, waarvan de relevantie in kartelprocedures – zowel op Europees als op nationaal niveau – niet mag worden onderschat.

36. Met het oog op kartelrechtelijke administratieve procedures *op het niveau van de Unie* is in de rechtspraak erkend dat de Commissie zichzelf bindt door de vaststelling van bekendmakingen betreffende haar administratieve praktijk. Zij legt dan gedragsregels vast waarvan zij in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling. [29] Een dergelijke zelfbinding vloeit ook voort uit de in casu relevante de-minimisbekendmaking, waarin de Commissie uitdrukkelijk vaststelt dat zij in bagatelgevallen „noch op verzoek, noch op eigen initiatief een procedure [zal] inleiden". [30] Voorts verklaart de Commissie hierin dat zij geen geldboetes zal opleggen indien ondernemingen te goeder trouw aannemen dat een overeenkomst onder de de-minimisbekendmaking valt. [31]

24 — Arrest van 12 mei 2011, Polska Telefonia Cyfrowa (C-410/09, Jurispr. blz. I-3853, punt 35).

25 — Zie enerzijds artikel 49 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en anderzijds arresten van 7 januari 2004, X (C-60/02, Jurispr. blz. I-651, punt 63); 3 mei 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Jurispr. blz. I-3633, punt 49), en 29 maart 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Commissie (C-352/09 P, Jurispr. blz. I-2359, punt 80).

26 — Vaste rechtspraak: zie arrest van 30 januari 1974, BRT/SABAM (127/73, Jurispr. blz. 51, punten 15-17); arrest Courage en Crehan (aangehaald in voetnoot 20, punt 23), en arresten van 13 juli 2006, Manfredi e.a. (C-295/04-C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punten 39, 58 en 59), en 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a. („T-Mobile", C-8/08, Jurispr. blz. I-4529, punten 49 en 50).

27 — Zie ook artikel 5, eerste alinea, laatste streepje, van verordening nr. 1/2003.

28 — In dezelfde zin arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 14, punt 211, laatste volzin).

29 — Arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 14, punten 209-211); arrest van 21 september 2006, JCB Service/Commissie (C-167/04 P, Jurispr. blz. I-8935, punten 207 en 208); arrest Arkema/Commissie (aangehaald in voetnoot 14, punt 88) en arrest van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, Jurispr. blz. I-12789, punt 100); in diezelfde zin, aangaande het recht inzake overheidssteun, bijvoorbeeld arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie (C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 62); zie ook – buiten het vlak van het mededingingsrecht – arrest van 1 december 1983, Blomefield/Commissie (190/82, Jurispr. blz. 3981, punt 20).

30 — Punt 4, eerste volzin, van de de-minimisbekendmaking.

31 — Punt 4, tweede volzin, van de de-minimisbekendmaking.

37. Wat kartelrechtelijke procedures *op het niveau van de lidstaten* betreft, wil de de-minimisbekendmaking uitdrukkelijk als „leidraad" dienen voor de nationale rechtbanken en autoriteiten, alhoewel die rechters en instanties „niet aan [de] bekendmaking gehouden zijn". [32] Een dergelijke leidraad is van wezenlijk belang voor de werking van het gedecentraliseerde stelsel van toepassing van het kartelrecht, dat door verordening nr. 1/2003 is geschapen. [33] De leidraad vormt een middel ter bereiking van het fundamentele doel van een doeltreffende en eenvormige toepassing van de artikelen 81 en 82 EG (thans artikelen 101 en 102 VWEU). [34] Tegelijkertijd draagt hij bij tot de schepping van gelijke concurrentievoorwaarden op de interne markt („level playing field") [35] en tot meer rechtszekerheid voor de betrokken ondernemingen. [36] Dit is ook door Expedia geheel terecht benadrukt.

38. De in het stelsel van verordening nr. 1/2003 vast verankerde leidinggevende rol van de Commissie bij de organisatie van het Europese mededingingsbeleid [37] zou worden ondermijnd indien de autoriteiten en rechtbanken van de lidstaten een bekendmaking van de Commissie op het vlak van het mededingingsbeleid gewoonweg buiten beschouwing zouden laten. Uit de voor alle nationale instanties geldende verplichting tot loyale samenwerking (artikel 10 EG, thans artikel 4, lid 3, VEU) [38] volgt derhalve dat de nationale autoriteiten en rechtbanken bekendmakingen van de Commissie op het vlak van het mededingingsbeleid – bijvoorbeeld de de-minimisbekendmaking – bij de uitoefening van de hun door verordening nr. 1/2003 toegekende bevoegdheden naar behoren in aanmerking moeten nemen. [39]

39. Zelfs al vloeien uit de de-minimisbekendmaking van de Commissie voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechtbanken dus geen dwingende bepalingen voort aangaande de mededingingsrechtelijke beoordeling van overeenkomsten tussen ondernemingen, moeten die autoriteiten en rechtbanken de in de bekendmaking tot uitdrukking komende inschatting van de Commissie betreffende de merkbaarheid van mededingingsbeperkingen wel in aanmerking nemen en moeten zij, mochten zij hiervan afwijken, redenen opgeven die vatbaar zijn voor toetsing door de rechter. [40]

40. Maar hieruit volgt uiteraard geen absoluut verbod voor de nationale mededingingsautoriteiten en rechtbanken om op te treden tegen overeenkomsten tussen ondernemingen die onder de door de Commissie gedefinieerde marktaandeeldrempels liggen.

32 — Punt 4, laatste volzin, van de de-minimisbekendmaking.

33 — Zie ook de punten 6 en 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

34 — Zie in dit verband de preambule van verordening nr. 1/2003, met name de punten 1 en 22 van de considerans. Het belang van de doeltreffende toepassing van de artikelen 81 en 82 EG (thans artikelen 101 en 102 VWEU) is recentelijk bijvoorbeeld ook nadrukt in de arresten van 11 juni 2009, X (C-429/07, Jurispr. blz. I-4833, punten 33-35), en 7 december 2010, VEBIC (C-439/08, Jurispr. blz. I-12471, met name punten 59 en 61).

35 — Zie in dit verband ook punt 8 van de considerans van verordening nr. 1/2003, punt 169 van mijn conclusie van 29 april 2010 in de zaak Akzo Nobel Chemicals en Akcros Chemicals/Commissie (C-550/07 P, Jurispr. 2010, blz. I-8301) en punt 118 van mijn conclusie in de zaak Toshiba (aangehaald in voetnoot 9).

36 — Zie in dit verband ook punt 22 van de considerans van verordening nr. 1/2003 en punt 36 van de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 27 april 2006 in de zaak Vulcan Silkeborg (C-125/05, Jurispr. blz. I-7637).

37 — Arrest Masterfoods en HB (aangehaald in voetnoot 21, punt 46, eerste volzin); zie bovendien punt 34 van de considerans van verordening nr. 1/2003, waarin de nadruk wordt gelegd op de centrale rol van de organen van de Unie bij de verwezenlijking van de in de artikelen 81 EG en 82 EG neergelegde beginselen.

38 — Aangaande het belang van het beginsel van loyale samenwerking tussen de lidstaten en de organen van de Unie op het vlak van het mededingingsbeleid, zie met name arresten Masterfoods en HB (aangehaald in voetnoot 21, punt 56), X (aangehaald in voetnoot 34, punt 21) en Tele 2 Polska (aangehaald in voetnoot 23, punt 26). De relevantie van een nauwe samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten wordt bovendien benadrukt in artikel 11, lid 1, en in de preambule van verordening nr. 1/2003 (zie bijvoorbeeld de punten 8 en 15 van de considerans).

39 — In diezelfde zin, met betrekking tot een aanbeveling van de Commissie, arrest van 13 december 1989, Grimaldi (C-322/88, Jurispr. blz. 4407, punten 18 en 19).

40 — Dergelijke redenen kunnen ofwel per geval worden aangegeven, dan wel in de vorm van een bekendmaking van de betrokken nationale mededingingsautoriteit betreffende haar vervolgingsbeleid.

41. Enerzijds zijn marktaandelen namelijk slechts één van verschillende criteria van kwantitatieve en kwalitatieve aard aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een overeenkomst tussen ondernemingen al dan niet een merkbare mededingingsbeperkende werking heeft. Zoals de Italiaanse regering terecht opmerkt, speelt naast de marktaandelen van de betrokken ondernemingen ook de globale economische en juridische context van de concrete overeenkomst een rol. [41]

42. Anderzijds kunnen er op de verschillende markten in de lidstaten bijzondere nationale of regionale mededingingsproblemen bestaan waarop de betrokken instantie of rechtbank doelmatig moet kunnen reageren. De Franse mededingingsautoriteit heeft in de procedure voor het Hof bovendien terecht aangevoerd dat er objectieve verschillen in de vervolgingspraktijk van de mededingingsautoriteiten kunnen bestaan, alhoewel al die instanties deel uitmaken van het Europese mededingingsnetwerk (ECN) [42] en hun beleid onderling nauw afstemmen. [43]

43. De nationale mededingingsautoriteiten en rechtbanken mogen derhalve ook onder de drempelwaarden van de de-minimisbekendmaking optreden tegen overeenkomsten tussen ondernemingen voor zover zij de door de Commissie in die bekendmaking vastgelegde aanwijzingen naar behoren in aanmerking hebben genomen en in het concrete geval andere criteria dan de marktaandelen van de betrokken ondernemingen een aanwijzing vormen voor de merkbaarheid van de mededingingsbeperking.

C – *Irrelevantie van de marktaandeeldrempels van de de-minimisbekendmaking met betrekking tot de beoordeling van overeenkomsten tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel*

44. Thans moet nog worden onderzocht in hoeverre de marktaandeeldrempels van de de-minimisbekendmaking relevantie genieten als leidraad voor de nationale autoriteiten en rechtbanken in gevallen waarin het gaat om overeenkomsten tussen ondernemingen *met een mededingingsbeperkend doel*. Volgens de verwijzende rechter staat namelijk vast dat de litigieuze overeenkomst tussen Expedia en de SNCF een mededingingsbeperkend doel had [44], ook al hebben Expedia, de Franse regering en de Commissie hieromtrent voor het Hof twijfels geuit.

45. Tegen deze achtergrond moet worden nagegaan of volgens de de-minimisbekendmaking een merkbare beperking van de mededinging kan worden aangenomen indien de in die bekendmaking door de Commissie vastgelegde marktaandeeldrempels weliswaar niet worden bereikt, maar de betrokken overeenkomst een mededingingsbeperkend doel heeft. Met name ter terechtzitting is gebleken dat een verduidelijking van de zijde van het Hof bijzonder wenselijk zou zijn.

46. Om te beginnen wil ik erop wijzen dat het feit dat een handeling van de Commissie als de de-minimisbekendmaking geen bindende kracht heeft, het Hof niet belet hieraan in het kader van een prejudiciële procedure volgens artikel 267, eerste alinea, sub b, VWEU uitlegging te geven. [45]

41 — In die zin arrest Cadillon (aangehaald in voetnoot 13, punt 8); arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie („IAZ”, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 25); 12 september 2000, Pavlov e.a. (C-180/98-C-184/98, Jurispr. blz. I-6451, punt 91), en 20 november 2008, Beef Industry Development Society en Barry Brothers („BIDS”, C-209/07, Jurispr. blz. I-8637, punten 16 en 21); arrest T-Mobile (aangehaald in voetnoot 26, punt 27) en arrest van 13 oktober 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Jurispr. blz. I-9419, punt 35).

42 — In het Engels: European Competition Network (ECN).

43 — Aangaande dat netwerk, zie punt 15 van de considerans van verordening nr. 1/2003.

44 — In het prejudiciële verzoek van de Cour de cassation staat met betrekking tot de overeenkomst tussen Expedia en de SNCF uitdrukkelijk dat „de Conseil onweersproken heeft vastgesteld dat [die] praktijk een mededingingsbeperkend doel had”.

45 — In die zin arrest Grimaldi (aangehaald in voetnoot 39, punten 8 en 9, betreffende het arbeidsrecht); ook in het arrest van 2 april 2009, Lodato Genaro & C. (C-415/07, Jurispr. blz. I-2599, betreffende overheidssteun), heeft het Hof naar aanleiding van een prejudicieel verzoek uitlegging gegeven aan juridisch niet bindende richtsnoeren van de Commissie.

47. Inhoudelijk stoelt de de-minimisbekendmaking op de rechtspraak van het Hof, dat heeft vastgesteld dat het kartelverbod van artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) alleen van toepassing is op *merkbare* beperkingen van de mededinging.[46] Die fundamentele vaststelling van het Hof bestrijkt zowel overeenkomsten tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel als dergelijke overeenkomsten met een mededingingsbeperkende werking.[47] Met andere woorden: het vereiste van de merkbaarheid geldt in beginsel zowel voor beoogde als voor daadwerkelijke beperkingen van de mededinging.

48. Dit betekent echter niet dat in beide gevallen dezelfde eisen worden gesteld waar het gaat om het *aantonen van de merkbaarheid*. Integendeel, die eisen verschillen naargelang van de vraag of een overeenkomst tussen ondernemingen een mededingingsbeperkend doel of alleen maar een mededingingsbeperkende werking heeft.

49. Want slechts wanneer er geen toereikende aanwijzingen zijn dat een bepaalde overeenkomst een mededingingsbeperkend doel heeft, moet met het oog op de toepassing van artikel 81, lid 1, EG worden aangetoond dat deze concrete mededingingsbeperkende gevolgen heeft. Indien echter vaststaat dat de betrokken overeenkomst een mededingingsbeperkend doel heeft, behoeft volgens vaste rechtspraak niet meer concreet te worden aangetoond dat die overeenkomst de mededinging ongunstig beïnvloedt. In dat geval kan er mee worden volstaan uiteen te zetten dat de overeenkomst concreet de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.[48]

50. Deze uiteenlopende bewijsnormen vloeien voort uit het feit dat beoogde beperkingen van de mededinging reeds uit hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de mededinging.[49] Overeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel zijn naar algemene opvatting maatschappelijk schadelijk.[50] Zij kunnen dan ook moeilijk als bagateldelicten worden beschouwd. Integendeel, er moet van worden uitgegaan dat ondernemingen die een overeenkomst met een mededingingsbeperkend doel sluiten, altijd voornemens zijn de mededinging merkbaar te beperken, ongeacht hun marktaandeel en omzet.

51. Die rechtstreeks uit artikel 81 EG voortvloeiende regels mag de Commissie in haar de-minimisbekendmaking niet tegenspreken.[51] Daarom zijn de marktaandeeldrempels volgens die bekendmaking ook niet van toepassing op bepaalde „‚hard-core'-restricties".[52] Ter terechtzitting heeft de Commissie echter erkend dat hieraan uiteraard geen definitieve opsomming van alle overeenkomsten met een mededingingsbeperkende werking verbonden is.[53]

46 — Zie de in voetnoot 13 aangehaalde rechtspraak.

47 — Arresten Völk (aangehaald in voetnoot 13, punt 7) en Cadillon (aangehaald in voetnoot 13, punten 9 en 10), die beiden betrekking hadden op een alleenverkoopovereenkomst met absolute gebiedsbescherming, dat wil zeggen een overeenkomst met een mededingingsbeperkend doel; zie voorts arrest van 24 oktober 1995, Bayerische Motorenwerke (C-70/93, Jurispr. blz. I-3439, punt 18), en arrest Pedro IV Servicios (aangehaald in voetnoot 13, punt 68), waarin beide malen de formulering „[...] ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar wordt beperkt [...]" voorkomt.

48 — Arrest T-Mobile (aangehaald in voetnoot 26, punten 28-31); zie bovendien arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 322, 390); arrest BIDS (aangehaald in voetnoot 41, punten 15 en 16); arresten van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punt 55), en 4 oktober 2011, Football Association Premier League e.a. („FAPL", C-403/08 en C-429/08, Jurispr. blz. I-9083, punt 135), en arresten KME Germany e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 65) en Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (aangehaald in voetnoot 41, punt 34).

49 — Arresten BIDS (aangehaald in voetnoot 41, punt 17) en T-Mobile (aangehaald in voetnoot 26, punt 29).

50 — Zie aangaande de gehele problematiek ook mijn conclusie van 19 februari 2009 in de zaak T-Mobile (aangehaald in voetnoot 26, met name punten 42-47), en de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 12 september 2006 in de zaak Dalmine/Commissie (C-407/04 P, Jurispr. 2007, blz. I-829, punt 136).

51 — In die zin – met betrekking tot bekendmakingen van de Commissie op het vlak van overheidssteun – arrest Duitsland/Commissie (aangehaald in voetnoot 29, punt 62) en arrest van 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punten 65 en 66).

52 — Punt 11 van de de-minimisbekendmaking.

53 — Zo heeft het Hof bijvoorbeeld in het arrest T-Mobile (aangehaald in voetnoot 26, met name punten 32-39) bevestigd dat de uitwisseling van gevoelige prijsinformatie tussen concurrenten een mededingingsbeperkend doel heeft. Als „‚hard-core'-restrictie" in de zin van de de-minimisbekendmaking zou een dergelijke praktijk van ondernemingen hooguit kunnen worden gekwalificeerd indien wordt uitgegaan van een bijzonder ruime uitlegging van de in punt 11.1, sub a, van de de-minimisbekendmaking vermelde „overeenkomsten" die „indirect [...] tot doel hebben [...] de prijzen bij verkoop van de producten aan derden vast te stellen".

52. De niet-toepassing van de de minimis-marktaandeeldrempels op overeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel is niet alleen zinvol vanuit juridisch oogpunt, maar ook vanuit het oogpunt van het mededingingsbeleid: marktaandeeldrempels zoals die van de de-minimisbekendmaking zorgen voor rechtszekerheid. Zij vormen een zekerheidszone (Engels: „safe harbour") binnen de grenzen waarvan de bij een overeenkomst betrokken ondernemingen niet hoeven te vrezen in strijd met het kartelverbod te handelen. Een dergelijke preferentiële behandeling kan niet bedoeld zijn voor ondernemingen die overeenkomsten met een mededingingsbeperkend doel sluiten. Anders zouden ondernemingen waarvan de marktaandelen onder de drempels van de de-minimisbekendmaking liggen, als het ware worden aangemoedigd om van echte onderlinge mededinging af te zien en zich in strijd met fundamentele beginselen van de interne markt tot kartels aaneen te sluiten. Hierop heeft met name Polen terecht gewezen.

53. Al met al stel ik derhalve vast dat de marktaandeeldrempels van de de-minimisbekendmaking niet relevant zijn wanneer het gaat om de beoordeling van de merkbaarheid van beperkingen van de mededinging die uitgaan van overeenkomsten tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel. Dit is terecht benadrukt door de Franse mededingingsautoriteit en door de Franse, de Italiaanse en de Ierse regering. Ook de Commissie heeft zich ter terechtzitting in wezen achter die opvatting geschaard.

54. Nu is in de rechtspraak een klein aantal arresten te vinden waarin het Hof het kartelverbod ook niet-toepasselijk heeft verklaard in het geval van overeenkomsten tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel voor zover de betrokken overeenkomst „wegens de zwakke positie welke belanghebbenden op de markt voor de betrokken producten innemen, de markt slechts in zeer geringe mate beïnvloedt". [54] Hieruit mag echter niet ten onrechte worden opgemaakt dat de merkbaarheid van beoogde beperkingen van de mededinging aan de hand van marktaandeeldrempels moet worden gemeten en al helemaal niet aan de hand van de drempels die ook ten grondslag worden gelegd aan de beoordeling van de merkbaarheid van daadwerkelijke beperkingen van de mededinging. [55] Zo niet, zou het fundamentele verschil tussen beoogde en daadwerkelijke beperkingen van de mededinging ten onrechte vervagen.

55. Het Hof heeft dan ook zelfs bij naar verhouding geringe marktaandelen die duidelijk onder de in casu relevante de minimis-drempel van 10 % liggen, niet geaarzeld vast te stellen dat de beperking van de mededinging een merkbaar karakter had, voor zover de betrokken ondernemingen met hun praktijken een mededingingsbeperkend doel nastreefden. [56] Sommige arresten van de Unierechters verlangden zelfs geheel geen concrete aanwijzingen voor de merkbaarheid van de beperking van de mededinging wanneer vaststond dat een overeenkomst tussen ondernemingen een mededingingsbeperkend doel had. [57]

54 — Arresten Völk (aangehaald in voetnoot 13, punt 7) en Cadillon (aangehaald in voetnoot 13, punt 9).

55 — De opmerkingen van het Hof in het arrest Völk (aangehaald in voetnoot 13, punt 7) hadden betrekking op marktaandelen van minder dan 1 %.

56 — Arresten van 1 februari 1978, Miller International Schallplatten/Commissie („Miller", 19/77, Jurispr. blz. 131, punt 7 juncto punten 9 en 10); 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie („Musique Diffusion française", 100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 82 juncto punten 3 en 4), en 25 oktober 1983, AEG-Telefunken/Commissie („AEG", 107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 43 juncto punt 58).

57 — In de rechtspraak van het Hof wil ik hier met name verwijzen naar de arresten LTM/MBU (aangehaald in voetnoot 13, blz. 306, punt 3 van het dictum), Deere/Commissie (aangehaald in voetnoot 13, punt 75), BIDS (aangehaald in voetnoot 41, punt 15) en FAPL (aangehaald in voetnoot 48, punten 135 en 136), waarin het criterium van de merkbaarheid telkens uitsluitend met betrekking tot de mededingingsbeperkende *gevolgen*, maar niet in verband met de mededingingsbeperkend *doel* van een overeenkomst wordt genoemd. In de rechtspraak van het Gerecht zie bijvoorbeeld de arresten van 8 juli 2004, Mannesmannröhren-Werke/Commissie (T-44/00, Jurispr. blz. II-2223, punten 129-131), Dalmine/Commissie (T-50/00, Jurispr. blz. II-2395, punt 225) en JFE Engineering e.a./Commissie (T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punten 383 en 384), alsmede arrest van 8 juli 2008, BPB/Commissie (T-53/03, Jurispr. blz. II-1333, punt 90, laatste volzin).

56. Tegen deze achtergrond moet worden geconcludeerd dat met betrekking tot het aantonen van de merkbaarheid van de beoogde beperking van de mededinging in geen geval hogere eisen mogen worden gesteld dan die welke gelden in het kader van de zogenoemde „voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten" van artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101, lid 1, VWEU) met betrekking tot het aantonen van de merkbaarheid van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten. [58]

57. Indien dus – zoals in casu – vaststaat dat een overeenkomst tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden [59], dan kan daaruit zonder meer worden geconcludeerd dat die overeenkomst de mededinging binnen de interne markt merkbaar kan verhinderen, beperken of vervalsen.

VI – Conclusie

58. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging de vraag van de Franse Cour de cassation als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 81, lid 1, EG en artikel 3, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 moeten aldus worden uitgelegd dat de mededingingsautoriteit van een lidstaat een overeenkomst tussen ondernemingen zelfs dan wegens schending van het mededingingsrecht mag vervolgen en bestraffen wanneer de door de Europese Commissie in haar ‚de-minimisbekendmaking' vastgelegde marktaandeeldrempels niet zijn bereikt, voor zover de nationale instantie die bekendmaking naar behoren in aanmerking neemt en op andere wijze aantoont dat de overeenkomst een merkbare beperking van de mededinging tot doel of tot gevolg heeft.

2) De ‚de-minimisbekendmaking' van de Commissie moet aldus worden uitgelegd dat de hierin neergelegde marktaandeeldrempels niet relevant zijn bij de beoordeling van de merkbaarheid van beperkingen van de mededinging die uitgaan van overeenkomsten tussen ondernemingen met een mededingingsbeperkend doel."

58 — Volgens vaste rechtspraak moet reeds vanaf een duidelijk geringer marktaandeel dan 10 % – normaliter reeds vanaf ongeveer 5 % – worden uitgegaan van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten (zie bijvoorbeeld de in voetnoot 56 aangehaalde arresten Miller, punt 9, Musique Diffusion française, punt 86 juncto punt 82, en AEG, punten 56-58). Ook de Commissie noemt in haar „Richtsnoeren betreffende het begrip ‚beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag" (PB 2004, C 101, blz. 81) een marktaandeeldrempel van 5 % als één van meerdere criteria tot kwantificering van de merkbaarheid van de beperking van de handel (zie met name punt 52 van die richtsnoeren).

59 — Dat de litigieuze overeenkomst tussen Expedia en de SNCF de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, is de fundamentele stelling die ten grondslag ligt aan de prejudiciële vraag en het gehele prejudiciële verzoek van Cour de cassation in de onderhavige zaak.