ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

18 juni 2013 *

„Mededingingsregelingen — Artikel 101 VWEU — Verordening (EG) nr. 1/2003 — Artikelen 5 en 23, lid 2 — Subjectieve voorwaarden voor oplegging van een geldboete — Gevolgen van juridisch advies of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit — Mogelijkheid voor nationale mededingingsautoriteit om inbreuk op het mededingingsrecht van de Europese Unie vast te stellen zonder geldboete op te leggen”

In zaak C-681/11,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) bij beslissing van 5 december 2011, ingekomen bij het Hof op 27 december 2011, in de procedure

Bundeswettbewerbsbehörde,

Bundeskartellanwalt

tegen

Schenker & Co. AG,

ABX Logistics (Austria) GmbH,

Alpentrans Spedition und Transport GmbH,

Logwin Invest Austria GmbH,

DHL Express (Austria) GmbH,

G. Englmayer Spedition GmbH,

Express-Interfracht Internationale Spedition GmbH,

A. Ferstl Speditionsgesellschaft mbH,

Spedition, Lagerei und Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen Alois Herbst GmbH & Co. KG,

Johann Huber Spedition und Transportgesellschaft mbH,

Kapeller Internationale Spedition GmbH,

* Procestaal: Duits.

Keimelmayr Speditions- u. Transport GmbH,

Koch Spedition GmbH,

Maximilian Schludermann, in de hoedanigheid van curator over het vermogen van Kubicargo Speditions GmbH,

Kühne + Nagel GmbH,

Lagermax Internationale Spedition Gesellschaft mbH,

Morawa Transport GmbH,

Johann Ogris Internationale Transport- und Speditions GmbH,

Logwin Road + Rail Austria GmbH,

Internationale Spedition Schneckenreither Gesellschaft mbH,

Leopold Schöffl GmbH & Co. KG,

„Spedpack"-Speditions- und Verpackungsgesellschaft mbH,

Johann Strauss GmbH,

Thomas Spedition GmbH,

Traussnig Spedition GmbH,

Treu SpeditionsgesmbH,

Spedition Anton Wagner GmbH,

Gebrüder Weiss GmbH,

Wildenhofer Spedition und Transport GmbH,

Marehard u. Wuger Internat. Speditions- u. Logistik GmbH,

Rail Cargo Austria AG,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, K. Lenaerts, vicepresident, A. Tizzano, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešič en M. Berger, kamerpresidenten, E. Juhász (rapporteur), U. Lõhmus, E. Levits, A. Ó Caoimh, J.-C. Bonichot, J.-J. Kasel, M. Safjan, D. Šváby en A. Prechal, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 15 januari 2013,

gelet op de opmerkingen van:

— de Bundeswettbewerbsbehörde, vertegenwoordigd door T. Thanner, K. Frewein en N. Harsdorf Enderndorf als gemachtigden,

— de Bundeskartellanwalt, vertegenwoordigd door A. Mair als gemachtigde,

— Schenker & Co. AG, vertegenwoordigd door A. Reidlinger en F. Stenitzer, Rechtsanwälte,

— ABX Logistics (Austria) GmbH, Logwin Invest Austria GmbH en Logwin Road + Rail Austria GmbH, vertegenwoordigd door A. Ablasser-Neuhuber en G. Fussenegger, Rechtsanwälte,

— Alpentrans Spedition und Transport GmbH, Kapeller Internationale Spedition GmbH, Johann Strauss GmbH en Wildenhofer Spedition und Transport GmbH, vertegenwoordigd door N. Gugerbauer, Rechtsanwalt,

— DHL Express (Austria) GmbH, vertegenwoordigd door F. Urlesberger, Rechtsanwalt,

— G. Englmayer Spedition GmbH, Internationale Spedition Schneckenreither Gesellschaft mbH en Leopold Schöffl GmbH & Co. KG, vertegenwoordigd door M. Stempkowski en M. Oder, Rechtsanwälte,

— Express-Interfracht Internationale Spedition GmbH, vertegenwoordigd door D. Thalhammer, Rechtsanwalt,

— Kühne + Nagel GmbH, vertegenwoordigd door M. Fellner, Rechtsanwalt,

— Lagermax Internationale Spedition Gesellschaft mbH, vertegenwoordigd door K. Wessely, Rechtsanwältin,

— Johann Ogris Internationale Transport- und Speditions GmbH en Traussnig Spedition GmbH, vertegenwoordigd door M. Eckel, Rechtsanwalt,

— Gebrüder Weiss GmbH, vertegenwoordigd door I. Hartung, Rechtsanwältin,

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door L. D'Ascia, avvocato dello Stato,

— de Poolse regering, vertegenwoordigd door M. Szpunar en B. Majczyna als gemachtigden,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. von Lingen, M. Kellerbauer en L. Malferrari als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 28 februari 2013,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 101 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen de Bundeswettbewerbsbehörde (Oostenrijkse federale mededingingsautoriteit) en de Bundeskartellanwalt (Oostenrijkse federale kartelambtenaar), enerzijds, en 31 ondernemingen, waaronder Schenker & Co. AG (hierna: „Schenker"), anderzijds, over de vaststelling van een inbreuk op artikel 101 VWEU en op nationale kartelvoorschriften, en over de oplegging van een geldboete op grond van bepalingen van het nationale recht.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Punt 1 van de considerans van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] (PB 2003, L 1, blz. 1) luidt:

„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 [101 VWEU] en [102 VWEU] in de [...] Gemeenschap te worden gezorgd."

4 Artikel 5 van die verordening, met als opschrift „Bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten", luidt:

„De mededingingsautoriteiten van de lidstaten zijn in individuele gevallen bevoegd tot toepassing van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU]. Zij kunnen te dien einde, ambtshalve of naar aanleiding van een klacht, de volgende besluiten nemen:

— de beëindiging van een inbreuk bevelen;

— voorlopige maatregelen opleggen;

— toezeggingen aanvaarden;

— geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties opleggen.

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

5 Artikel 7 van verordening nr. 1/2003, met als opschrift „Vaststelling en beëindiging van inbreuken", bepaalt in lid 1:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU] vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. [...] De Commissie kan ook een reeds beëindigde inbreuk vaststellen, indien zij hierbij een legitiem belang heeft."

6 Artikel 10 van deze verordening, met als opschrift „Vaststelling van niet-toepasselijkheid", bepaalt in de eerste alinea:

„Indien het algemeen belang van de Gemeenschap met betrekking tot de toepassing van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] dit vereist, kan de Commissie ambtshalve bij beschikking vaststellen dat artikel [101 VWEU] niet op een overeenkomst, een besluit van een

ondernemersvereniging of een onderling afgestemde feitelijke gedraging van toepassing is, hetzij omdat niet aan de voorwaarden van artikel [101], lid 1, [VWEU] is voldaan, hetzij omdat aan de voorwaarden van artikel [101], lid 3, [VWEU] is voldaan."

7 Artikel 15, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 1/2003 is in de volgende bewoordingen gesteld:

„De mededingingsautoriteiten van de lidstaten kunnen eigener beweging voor de rechterlijke instanties in hun lidstaat schriftelijke opmerkingen maken betreffende onderwerpen in verband met de toepassing van artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU]. Met de toestemming van de betrokken rechterlijke instantie kunnen zij voor de nationale rechterlijke instanties in hun lidstaat ook mondelinge opmerkingen maken. Indien de coherente toepassing van artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU] zulks vereist, kan de Commissie, eigener beweging, schriftelijke opmerkingen bij de rechterlijke instanties van de lidstaten indienen. Met de toestemming van de betrokken rechterlijke instantie kan zij ook mondelinge opmerkingen maken."

8 Naar luid van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 kan de Commissie bij beschikking geldboeten opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU.

9 Volgens artikel 23, lid 5, van die verordening „[hebben] [d]e op grond van lid 1 of lid 2 gegeven beschikkingen [...] geen strafrechtelijk karakter".

Oostenrijks recht

10 § 16 van het Kartellgesetz 1988 (Oostenrijkse kartelwet van 1988; BGBl. 600/1988), dat van 1 januari 1989 tot en met 31 december 2005 van kracht was, bepaalde:

„Bagatelkartels zijn kartels die op het moment van hun totstandkoming

1. een aandeel van minder dan 5 % in de voorziening van de totale binnenlandse markt en

2. een aandeel van minder dan 25 % in de voorziening van een eventuele binnenlandse lokale deelmarkt hebben."

11 § 18, lid 1, punt 1, van het Kartellgesetz 1988 luidde:

„De uitvoering, zelfs gedeeltelijk, van kartels is verboden onder de volgende voorwaarden:

1) vóór de definitieve goedkeuring ervan (§§ 23 en 26); dit geldt niet voor slechts naar hun gevolgen mededingingbeperkende kartels en voor bagatelkartels, tenzij door de toetreding [van een onderneming tot het kartel] de in § 16 bepaalde percentages worden overschreden".

12 § 1, lid 1, van het Kartellgesetz 2005 (Oostenrijkse kartelwet van 2005; BGBl. I, 61/2005), dat sinds 1 januari 2006 van kracht is, bepaalt:

„Verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke ertoe strekken of die ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst (kartels)."

13 In § 2, lid 2, punt 1, van het Kartellgesetz 2005 is bepaald:

„Van het verbod van § 1 zijn in elk geval uitgezonderd:

1) „[k]artels van ondernemingen waarvan het gezamenlijke marktaandeel op de totale binnenlandse markt niet meer dan 5 % en op een eventuele binnenlandse lokale deelmarkt niet meer dan 25 % bedraagt (bagatelkartels)".

14 § 29, punt 1, sub a en d, van het Kartellgesetz 2005 is in de volgende bewoordingen gesteld:

„Het kartelgerecht dient geldboeten op te leggen

1) van ten hoogste 10 % van de in het voorafgaande boekjaar behaalde totale omzet aan een onderneming of een ondernemingsvereniging, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid

a) inbreuk maakt op het kartelverbod (§ 1), het verbod van misbruik (§ 5), [...]

[...]

of

d) inbreuk maakt op artikel [101 VWEU] of artikel [102 VWEU]".

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

15 Blijkens de verwijzingsbeslissing waren verweersters in het hoofdgeding aangesloten bij de Spediteur-Sammelladungs-Konferenz (conferentie van groepagevervoerders; hierna: „SSK"). De SSK was een belangengemeenschap die werd gevormd door een deel van de gewone leden van het Zentralverband der Spediteure (centraal verbond van vervoerders; hierna: „Zentralverband"). Het als vereniging georganiseerde Zentralverband behartigt de collectieve belangen van vervoerders en logistieke dienstverleners met een vervoersvergunning.

16 Op 30 mei 1994 kreeg de SSK de rechtsvorm van een maatschap, waarbij de opschortende voorwaarde van goedkeuring door het Kartellgericht (kartelgerecht) werd overeengekomen. Volgens de punten 1 en 7.1 van de SSK-raamovereenkomst beoogde de SSK „verladers en eindverbruikers (vergeleken met de door de spoorwegen voor stukgoedvervoer in rekening gebrachte tarieven) gunstiger tarieven voor groepagevervoer over de weg en via het spoor te bieden, alsmede – door de invoering van gelijke concurrentievoorwaarden – eerlijke concurrentie onder haar leden te bevorderen, waarbij er met name [...] op wordt gelet dat zowel het Oostenrijkse kartelrecht als het kartelrecht van [de Europese Unie en van de Europese Economische Ruimte (EER)] wordt geëerbiedigd".

17 Op 28 juni 1994 werd bij het Kartellgericht een verzoek ingediend om de SSK als „Vereinbarungskartell" goed te keuren. Daarin werden de belangrijkste bepalingen van voormelde raamovereenkomst toegelicht en werd het kartel in het licht van het recht van de Unie en van de EER beoordeeld. Er werd uiteengezet dat de SSK enkel betrekking had op het groepagevervoer binnen Oostenrijk, zodat het vervoer tussen Oostenrijk en de overige EER-lidstaten niet ongunstig werd beïnvloed. Voorts werd gepreciseerd dat er wegens het zeer geringe aandeel op de betrokken markt, namelijk minder dan 2 % van de Oostenrijkse markt voor goederenvervoer, geen sprake was van een merkbare beperking van de mededinging en dat de markt niet was afgeschermd en voor buitenlandse aanbieders toegankelijk was. De Paritätische Ausschuss für Kartellangelegenheiten (paritair comité voor mededingingszaken) was van mening dat de SSK economisch gezien niet gerechtvaardigd was, waarop de hierboven bedoelde goedkeuringsaanvraag werd ingetrokken.

18 Bij memorie van 6 februari 1995 heeft het Zentralverband het Kartellgericht verzocht om vaststelling dat de SSK een bagatelkartel („Bagatellkartell") in de zin van § 16 van het Kartellgesetz 1988 was en dus zonder goedkeuring kon worden uitgevoerd. In de memorie werd volledige openheid verschaft over de oprichting van de SSK, de totstandkoming van de raamovereenkomst, het model van de toekomstige gemeenschappelijke tariefregeling en het systeem voor bijzondere klanten. Bij beschikking van 2 februari 1996 stelde het Kartellgericht vast dat de SSK een bagatelkartel in de zin van § 16 van die wet was. Die beschikking werd niet aangevochten en werd daarmee definitief.

19 Ook het door de „Kartellbevollmächtigte" (kartelvertegenwoordiger) van de SSK geraadpleegde advocatenkantoor meende dat de SSK een bagatelkartel was. Bij brief van 11 maart 1996 wees dit kantoor op de punten waarop bij de uitvoering van de SSK als bagatelkartel moest worden gelet. In dat schrijven werd echter niet ingegaan op de vraag of het bagatelkartel verenigbaar was met het kartelrecht van de Unie.

20 In het vooruitzicht van de inwerkingtreding van het Kartellgesetz 2005 per 1 januari 2006 heeft het Zentralverband het hierboven bedoelde advocatenkantoor verzocht om de gevolgen van die nieuwe wet voor de SSK te onderzoeken. In zijn antwoord van 15 juli 2005 wees het advocatenkantoor erop dat moest worden onderzocht of de SSK meer dan 5 % van de binnenlandse markt in handen had en, zo ja, of de in het kader van de SSK gemaakte afspraken van het kartelverbod waren uitgezonderd. In het antwoord werd niet ingegaan op de vraag of de SSK verenigbaar was met het kartelrecht van de Unie.

21 Het Zentralverband kreeg via een enquête per e-mail inzicht in de marktaandelen van de SSK-leden in het binnenlandse groepagevervoer van stukgoed voor de jaren 2004, 2005 en 2006. Bij de berekening van de verschillende marktaandelen hanteerde het Zentralverband de beginselen betreffende de afbakening van de markt en de marktaandeelberekening die ten grondslag lagen aan het door het Zentralverband ingediende verzoek tot vaststelling en aan de declaratoire beschikking van het Kartellgericht op dat verzoek. Uit de enquête bleek dat het marktaandeel van de SSK in 2005 en 2006 3,82 % respectievelijk 3,23 % bedroeg. In elk geval de belangrijkste SSK-leden werden ervan in kennis gesteld dat de 5 %-drempel ook voor die twee jaren niet was overschreden. Volgens de verwijzende rechter is uitgesloten dat die drempel in de jaren tot en met 2004 door de toetreding van nieuwe leden was overschreden.

22 Op 11 oktober 2007 heeft de Commissie bekendgemaakt dat daags tevoren door een aantal van haar ambtenaren onaangekondigde inspecties in de kantoren van verschillende internationale expeditiebedrijven waren uitgevoerd en dat zij reden had om aan te nemen dat de betrokken ondernemingen wellicht inbreuk hadden gemaakt op in het EG-Verdrag opgenomen bepalingen die concurrentiebeperkende handelspraktijken verbieden.

23 Op 29 november 2007 hebben het bestuur van de SSK en het presidium van het Zentralverband met een vertegenwoordiger van het door de SSK in de arm genomen advocatenkantoor gesproken over de toepassing van het Oostenrijkse en het Europese mededingingsrecht op de samenwerking in het kader van de SSK en het Zentralverband. Daarbij werden voor het eerst twijfels geuit omtrent de rechtmatigheid van de SSK als bagatelkartel. Er werd gewezen op het risico dat het kartelrecht van de Unie toepassing zou vinden, aangezien het niet eenvoudig is om vast stellen of overeenkomsten of afspraken de handel tussen lidstaten daadwerkelijk ongunstig kunnen beïnvloeden. Daarop besloot het bestuur van de SSK unaniem tot onmiddellijke ontbinding van de SSK.

24 Op 18 februari 2010 heeft de Bundeswettbewerbsbehörde het Oberlandesgericht Wien in zijn hoedanigheid van Kartellgericht verzocht om vast te stellen dat Schenker inbreuk had gemaakt op met name artikel 101 VWEU, zonder haar evenwel een geldboete op te leggen, en om de andere verweersters daarentegen wel een geldboete op te leggen wegens inbreuk op artikel 101 VWEU. Volgens de Bundeswettbewerbsbehörde hadden verweersters vanaf 1994 tot en met 29 november 2007

deelgenomen aan één enkele, complexe en veelvoudige inbreuk op het nationale en het Europese kartelrecht, doordat zij voor heel Oostenrijk afspraken hadden gemaakt over de tarieven voor het binnenlands groepagevervoer.

25 Verweersters hebben verzocht om afwijzing van de vordering van de Bundeswettbewerbsbehörde en – met uitzondering van Schenker – gesteld dat hen geen schuld trof omdat de SSK door het Kartellgericht als bagatelkartel was aangemerkt en algemene bekendheid genoot, en omdat zij deskundig advies hadden ingewonnen van een betrouwbare juridische adviseur met ervaring op het gebied van het mededingingsrecht. Het recht van de Unie was volgens hen niet van toepassing omdat de mededingingsbeperking geen gevolgen had gehad voor de handel tussen de lidstaten.

26 Bij beschikking van 22 februari 2011 heeft het Oberlandesgericht Wien de vordering van de Bundeswettbewerbsbehörde afgewezen.

27 Daartoe overwoog het onder meer dat de betrokken ondernemingen bij hun prijsafspraken geen foutief handelen viel te verwijten, aangezien zij zich konden beroepen op de beschikking van 2 februari 1996 waarbij het Kartellgericht had vastgesteld dat hun overeenkomst een bagatelkartel was. Volgens het Oberlandesgericht Wien volgt uit deze beschikking dat de SSK geen gevolgen heeft gehad voor de handel tussen de lidstaten en dat er dus geen sprake was van een inbreuk op artikel 101 VWEU. Voorts is het Oberlandesgericht Wien van oordeel dat de betrokken ondernemingen ook geen foutief handelen valt te verwijten omdat de bij het kartel betrokken ondernemingen vooraf bij een in mededingingsrecht gespecialiseerd advocatenkantoor juridisch advies hadden ingewonnen over de rechtmatigheid van hun gedrag.

28 Wat Schenker betreft, die een clementieverzoek had ingediend en in het kader van de kartelrechtelijke onderzoeksprocedure met de autoriteiten had meegewerkt, had de Bundeswettbewerbsbehörde verzocht om vast te stellen dat inbreuk was gemaakt op artikel 101 VWEU en op het Oostenrijkse kartelrecht, zonder een geldboete op te leggen. Die vordering is door het Oberlandesgericht Wien afgewezen op grond dat uit hoofde van de artikelen 5, 7 en 10 van verordening nr. 1/2003 alleen de Europese Commissie inbreuken kan vaststellen zonder een geldboete op te leggen.

29 De Bundeswettbewerbsbehörde en de Bundeskartellanwalt hebben hoger beroep ingesteld tegen de beschikking van het Oberlandesgericht Wien. Bij memorie van 12 september 2011 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 15 van verordening nr. 1/2003 schriftelijke opmerkingen ingediend over de bij het Oberste Gerichtshof aanhangige zaak.

30 In deze omstandigheden heeft het Oberste Gerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

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

Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

a) Is dwaling ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag een onderneming niet te verwijten, indien deze onderneming zich conform het advies van een juridisch adviseur met ervaring op het gebied van het mededingingsrecht heeft gedragen en de onjuistheid van dat advies noch evident was, noch door de onderneming had kunnen worden vastgesteld als zij de oplettendheid had betracht die in redelijkheid van haar kon worden verwacht?

b) Is dwaling ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag een onderneming niet te verwijten, indien deze onderneming heeft vertrouwd op de juistheid van de beslissing van een nationale mededingingsautoriteit die het betrokken gedrag uitsluitend naar nationaal mededingingsrecht heeft beoordeeld en toelaatbaar heeft geacht?

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

Beantwoording van de prejudiciële vragen

31 Met zijn vragen wenst de verwijzende rechter duidelijkheid te verkrijgen over de subjectieve voorwaarden voor de oplegging van een geldboete aan een onderneming die inbreuk op de mededingingsvoorschriften van de Unie heeft gemaakt, en in het bijzonder over de invloed die een juridisch advies of een besluit van een nationale mededingingsautoriteit kan hebben op die voorwaarden. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of een nationale mededingingsautoriteit kan vaststellen dat inbreuk is gemaakt op de mededingingsvoorschriften van de Unie zonder aan de onderneming die deze inbreuk heeft begaan een geldboete op te leggen, wanneer deze onderneming aan een clementieprogramma heeft deelgenomen.

32 Deze vragen zijn gesteld in het kader van een nationale mededingingsprocedure betreffende de toepassing van artikel 101 VWEU door de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties op een tijdvak dat loopt van het jaar 1994 tot en met 29 november 2007, en dus gedeeltelijk na 1 mei 2004 valt, de datum vanaf wanneer verordening nr. 1/2003 van toepassing is. Voorts haalt de verwijzende rechter in de toelichting bij de vragen niet alleen de relevante Verdragsbepaling maar ook die verordening aan als rechtsgrondslag voor zijn vragen.

Eerste vraag

33 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die op deze bepaling inbreuk heeft gemaakt, aan de oplegging van een geldboete kan ontkomen wanneer de inbreuk het gevolg is van het feit dat deze onderneming ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag heeft gedwaald wegens de strekking van een juridisch advies van een advocaat of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit.

34 Volgens artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 kan de Commissie bij beschikking geldboeten opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer deze „opzettelijk of uit onachtzaamheid" inbreuk maken op artikel 101 VWEU of artikel 102 VWEU.

35 Artikel 5 van verordening nr. 1/2003 omschrijft de bevoegdheid van de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU en bepaalt dat deze autoriteiten onder meer geldboeten, dwangsommen of overeenkomstig hun nationaal recht andere sancties kunnen opleggen. Uit de bewoordingen van voormeld artikel blijkt echter niet dat de in deze verordening bedoelde uitvoeringsmaatregelen slechts kunnen worden vastgesteld wanneer is voldaan aan subjectieve voorwaarden.

36 Voeren de lidstaten evenwel in het kader van de toepassing van artikel 5 van verordening nr. 1/2003, in het algemeen belang van een eenvormige toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU in de Unie, subjectieve voorwaarden in, dan dienen deze voorwaarden, om niet af te doen aan de doeltreffendheid van het Unierecht, minstens zo streng te zijn als die waarin is voorzien bij artikel 23 van verordening nr. 1/2003.

37 Wat de vraag betreft of een inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid is begaan en als zodanig overeenkomstig artikel 23, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 1/2003 met een geldboete kan worden bestraft, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat aan deze voorwaarde is voldaan wanneer de onderneming niet onkundig kan zijn van het mededingingverstorende karakter van haar gedrag, ongeacht of zij zich ervan bewust is, de mededingingsregels van het Verdrag te schenden (zie arresten van 8 november 1983, IAZ International Belgium e.a./Commissie, 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punt 45; 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 107, en 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, Jurispr. blz. I-9555, punt 124).

38 Het feit dat de betrokken onderneming haar gedrag waarop de vaststelling van de inbreuk gebaseerd is, juridisch onjuist heeft gekwalificeerd, kan er dus niet toe leiden dat haar geen geldboete wordt opgelegd wanneer zij niet onkundig kon zijn van het mededingingverstorende karakter van dat gedrag.

39 Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de leden van de SSK voor heel Oostenrijk afspraken hebben gemaakt over hun tarieven voor het binnenlandse groepagevervoer. Ondernemingen die rechtstreeks afspraken maken over hun verkoopprijzen kunnen uiteraard niet onkundig zijn van het mededingingverstorende karakter van hun gedrag. Hieruit volgt dat in een situatie zoals die van het hoofdgeding is voldaan aan de voorwaarde van artikel 23, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 1/2003.

40 Tot slot zij eraan herinnerd dat de nationale mededingingsautoriteiten bij uitzondering kunnen beslissen om geen geldboete op te leggen hoewel een onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk heeft gemaakt op artikel 101 VWEU. Dat kan met name het geval zijn wanneer een algemeen beginsel van Unierecht, zoals het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, zich verzet tegen de oplegging van een geldboete.

41 Niemand kan evenwel schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen aanvoeren, wanneer er geen sprake is van concrete toezeggingen die door de bevoegde overheidsinstantie aan hem zijn gedaan (zie arresten van 17 maart 2011, AJD Tuna, C-221/09, Jurispr. blz. I-1655, punt 72, en 14 maart 2013, Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11, punt 25). Hieruit volgt dat een juridisch advies van een advocaat in geen geval bij een onderneming een gewettigd vertrouwen kan wekken dat haar gedrag geen inbreuk maakt op artikel 101 VWEU of geen aanleiding zal geven tot oplegging van een geldboete.

42 Aangezien de nationale mededingingsautoriteiten niet bevoegd zijn tot vaststelling van een negatief besluit, dat wil zeggen een besluit waarbij wordt geoordeeld dat artikel 101 VWEU niet geschonden is (arrest van 3 mei 2011, Tele2 Polska, C-375/09, Jurispr. blz. I-3055, punten 19-30), kunnen zij bij ondernemingen geen gewettigd vertrouwen wekken dat hun gedrag geen inbreuk maakt op deze bepaling. Bovendien blijkt uit de formulering van de eerste vraag dat de nationale mededingingsautoriteit het gedrag van de in het hoofdgeding betrokken ondernemingen slechts heeft getoetst vanuit het oogpunt van het nationale mededingingsrecht.

43 Op de eerste vraag moet dus worden geantwoord dat artikel 101 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming die op deze bepaling inbreuk heeft gemaakt, niet aan de oplegging van een geldboete kan ontkomen wanneer de inbreuk het gevolg is van het feit dat deze onderneming ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag heeft gedwaald wegens de strekking van een juridisch advies van een advocaat of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit.

Tweede vraag

44 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de nationale mededingingsautoriteiten en de nationale rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van artikel 101 VWEU, een inbreuk op deze bepaling kunnen vaststellen zonder een geldboete op te leggen wanneer de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan een nationaal clementieprogramma.

45 Het is juist dat artikel 5 van verordening nr. 1/2003 niet met zoveel woorden voorziet in de bevoegdheid van de nationale mededingingsautoriteiten om een inbreuk op artikel 101 VWEU vast te stellen zonder een geldboete op te leggen, maar deze bepaling sluit dit evenmin uit.

46 De waarborging van de doeltreffende toepassing van artikel 101 VWEU in het algemeen belang (zie arrest van 7 december 2010, VEBIC, C-439/08, Jurispr. blz. I-12471, punt 56) vereist evenwel dat de nationale mededingingsautoriteiten slechts in uitzonderingsgevallen geen geldboete opleggen wanneer een onderneming opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk heeft gemaakt op deze bepaling.

47 Bovendien moet worden opgemerkt dat in het kader van een nationaal clementieprogramma slechts van de oplegging van een geldboete kan worden afgezien voor zover bedoeld programma zo wordt uitgevoerd dat geen afbreuk wordt gedaan aan de eis van de doeltreffende en eenvormige toepassing van artikel 101 VWEU.

48 Wat betreft de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten te verlagen op grond van haar eigen clementieprogramma, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat een verlaging van een geldboete in geval van medewerking van de aan inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie deelnemende ondernemingen, slechts gerechtvaardigd is indien een dergelijke medewerking de taak van de Commissie verlicht om de inbreuk vast te stellen en daaraan in voorkomend geval een einde te maken, waarbij het gedrag van de onderneming ook blijk dient te geven van een werkelijke geest van medewerking (zie in die zin 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, punten 393, 395 en 396).

49 Wat de immuniteit of de niet-oplegging van een geldboete betreft, zij opgemerkt dat een dergelijke behandeling, die overigens in het hoofdgeding aan de orde is, teneinde geen afbreuk te doen aan de doeltreffende en eenvormige toepassing van artikel 101 VWEU, beperkt dient te blijven tot hoogst uitzonderlijke situaties, zoals wanneer de medewerking van een onderneming doorslaggevend was voor de opsporing van en het doeltreffend optreden tegen het kartel.

50 Bijgevolg dient op de tweede vraag te worden geantwoord dat artikel 101 VWEU en de artikelen 5 en 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 aldus moeten worden uitgelegd dat, wanneer het bestaan van een inbreuk op artikel 101 VWEU is aangetoond, de nationale mededingingsautoriteiten zich in uitzonderingsgevallen kunnen beperken tot vaststelling van deze inbreuk zonder een geldboete op te leggen, wanneer de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan een nationaal clementieprogramma.

Kosten

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

Het Hof (Grote kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 101 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een onderneming die op deze bepaling inbreuk heeft gemaakt, niet aan de oplegging van een geldboete kan ontkomen wanneer de inbreuk het gevolg is van het feit dat deze onderneming ten aanzien van de rechtmatigheid van haar gedrag heeft gedwaald wegens de strekking van een juridisch advies van een advocaat of van een besluit van een nationale mededingingsautoriteit.**

2) **Artikel 101 VWEU en de artikelen 5 en 23, lid 2, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU], moeten aldus worden uitgelegd dat, wanneer het bestaan van een inbreuk op artikel 101 VWEU is aangetoond, de nationale mededingingsautoriteiten zich in uitzonderingsgevallen kunnen beperken tot vaststelling van deze inbreuk zonder een geldboete op te leggen, wanneer de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan een nationaal clementieprogramma.**

ondertekeningen