CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 3 juli 2007 [1]

I — Inleiding

1. Onder welke omstandigheden kan een inbreuk op de mededingingsregels door een onderneming die vroeger op de betrokken markt actief was, aan haar opvolger op die markt worden toegerekend? Dit is in wezen de vraag die in casu door de Italiaanse Consiglio di Stato aan het Hof wordt voorgelegd.

2. De achtergrond van deze zaak wordt gevormd door een afspraak die tussen 1993 en 2001 in Italië de detailhandelsprijzen op de markt voor sigaretten in strijd met de mededingingsvoorschriften heeft beïnvloed en door de Italiaanse mededingingsautoriteit is ontdekt. Oorspronkelijk was de autonome administratie van staatsmonopolies bij deze afspraak betrokken, maar haar werkzaamheden op het gebied van de productie en de verkoop van tabaksfabrikaten, met inbegrip van haar deelneming aan het kartel, werden vanaf maart 1999 door het nieuw opgerichte en nadien geprivatiseerde Ente Tabacchi Italiani overgenomen. Aan deze laatste onderneming moet nu — althans dit is de wens van de Italiaanse mededingingsautoriteit — naast haar eigen deelneming aan het kartel vanaf maart 1999 ook de eerdere deelneming aan het kartel van de monopolieautoriteit van de Staat worden toegerekend en met een geldboete bestraft.

3. De grenzen van een dergelijke toerekening van inbreuken op de mededingingsregels bij de opvolging van ondernemingen zijn van groot praktisch belang voor de concrete regeling van de overdracht, herstructurering of privatisering van ondernemingen, omdat naar gelang van de criteria die door mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties bij de toerekening van mededingingsinbreuken worden gehanteerd, de aansprakelijkheidsrisico's voor de vervreemders en de verkrijgers van ondernemingen variëren.

4. Ook vanuit een andere gezichtshoek is het onderhavige geval van groot belang: het besluit van de Italiaanse mededingingsautoriteit om een boete op te leggen, is alleen gebaseerd op het nationale mededingingsrecht, dat echter is afgestemd op het

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

gemeenschapsrecht, waarvan in casu om uitlegging door het Hof wordt verzocht. Of een verzoek om een prejudiciële beslissing onder dergelijke omstandigheden ontvankelijk kan zijn, is voor de toekomstige samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties op het gebied van het mededingingsrecht van grote betekenis, temeer daar het nationale en het gemeenschapsrecht op dit gebied steeds meer op elkaar inwerken.

II — Rechtskader

5. Het *communautaire rechtskader* van deze zaak wordt bepaald door de artikelen 81 EG en volgende, en artikel 3, lid 1, sub g, EG. Wat het *nationale recht* betreft, kan enerzijds worden gewezen op bepalingen van het Italiaanse mededingingsrecht en anderzijds op enkele bepalingen inzake het beheer van het Italiaanse tabaksmonopolie.

A — *Het Italiaanse mededingingsrecht*

6. Wat het Italiaanse mededingingsrecht betreft, is wet nr. 287 van 10 oktober 1990 betreffende bepalingen ter bescherming van de mededinging en de markt [2] relevant, waarvan titel I met name de volgende bepalingen bevat:

„*Artikel 1*

1. De bepalingen van deze krachtens artikel 41 van de Grondwet ter bescherming en waarborging van het recht op economische initiatieven vastgestelde wet, gelden voor kartelafspraken, misbruik van machtsposities en concentratie van ondernemingen die niet onder de werkingssfeer van de artikelen 65 en/of 66 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, de artikelen 85 en/of 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG), de verordeningen van de EEG of communautaire handelingen met dezelfde rechtsgevolgen vallen.

[...]

4. De uitlegging van de in deze titel opgenomen bepalingen geschiedt volgens de beginselen van de rechtsorde van de Europese Gemeenschappen op het gebied van het mededingingsrecht.

2 — Legge 10 ottobre 1990, nr. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato (GURI nr. 240 van 13 oktober 1990, blz. 3); hierna: „wet nr. 287/1990".

Artikel 2

1. Als kartelafspraken worden beschouwd overeenkomsten en/of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, alsook besluiten, ook wanneer zij op grond van statutaire of reglementaire bepalingen zijn vastgesteld, van consortia, ondernemersverenigingen en andere soortelijke organisaties.

2. Kartelafspraken tussen ondernemingen die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de nationale markt of een wezenlijk deel daarvan wezenlijk wordt verhinderd, beperkt of vervalst, zijn verboden, ook wanneer zij bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beletten of beperken van de productie, de afzet of de toegang tot de markt, de investeringen, de technische ontwikkeling of de technologische vooruitgang;

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van objectief ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

3. Verboden kartelafspraken zijn van rechtswege nietig."

7. Titel II van wet nr. 287/90 voorziet in de oprichting van een nationale mededingingsautoriteit onder de naam *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (hierna: „Autorità Garante"), waaraan in artikel 15, lid 1, van die wet de volgende bevoegdheden zijn toegekend:

„Wanneer [...] de Autorità Garante inbreuken op de artikelen 2 of 3 vaststelt, stelt zij aan de betrokken ondernemingen en organisaties een termijn voor de beëindiging van

deze inbreuken. Rekening houdend met de ernst en de duur van zware inbreuken legt zij bovendien een administratieve geldboete op van maximaal 10 % van de omzet die de betrokken onderneming of organisatie in het laatste boekjaar vóór de toezending van de ingebrekestelling heeft behaald, en stelt zij de termijn vast waarbinnen de onderneming de boete moet betalen."

8. In titel VI van wet nr. 287/90 is artikel 31 opgenomen, dat als volgt luidt:

„De wegens inbreuken op deze wet opgelegde administratieve geldboetes zijn, voor zover van toepassing, onderworpen aan de bepalingen van hoofdstuk I, sectie I en II, van wet nr. 689 van 24 november 1981."

B — *Bepalingen inzake het beheer van het Italiaanse tabaksmonopolie*

9. Bij koninklijk wetsdecreet [3] nr. 2258 van 8 december 1927 [4] werd in Italië een autonome administratie van staatsmonopolies, de zogenoemde *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato* (hierna: „AAMS") opgericht. AAMS is een administratief orgaan van de staat dat ook thans nog onder het ministerie van Economie en Financiën [5] valt. AAMS is zowel in administratieve als in financiële en boekhoudkundige zin autonoom, doch heeft geen rechtspersoonlijkheid. Tot en met februari 1999 was aan AAMS onder meer het Italiaanse tabaksmonopolie toevertrouwd.

10. Bij wetsdecreet [6] nr. 283 van de President van de Republiek van 9 juli 1998 [7] werd een openbaar economisch lichaam opgericht [8] onder de naam *Ente Tabacchi Italiani* (hierna: „ETI"). Aan dit lichaam werden bij wet alle activiteiten van AAMS op het gebied van productie en handel overgedragen, met uitzondering van loterijen. Ten aanzien van de aan haar overgedragen gebieden is ETI de rechtsopvolgster van AAMS, waarvan zij alle activa en passiva, rechten en vermogensbestanddelen heeft verworven. [9] Op 1 maart 1999 is ETI met haar werkzaamheden gestart.

11. In het begin stond ETI onder controle van het ministerie van Economie en Financiën, dat haar richtlijnen voor haar werkzaamheden voorschreef, haar directie

3 — Regio decreto-legge.

4 — Omgezet in wet nr. 3474 van 6 december 1928.

5 — Ministero dell'Economia e delle Finanze.

6 — Decreto legislativo.

7 — GURI nr. 190 van 17 augustus 1998, blz. 3 (hierna: „verordening nr. 283/1998").

8 — Ente pubblico economico.

9 — Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 283/1998.

benoemde en op de besluiten daarvan toezicht uitoefende.[10] Zoals echter van meet af aan de bedoeling was[11], werd ETI vervolgens op 23 juni 2000 omgezet in een naamloze vennootschap, Ente Tabacchi Italiani — ETI SpA genaamd. Haar maatschappelijk kapitaal was oorspronkelijk volledig in handen van het ministerie van Economie en Financiën, maar in 2003 werd ETI ten slotte geprivatiseerd en sindsdien wordt zij uitsluitend gecontroleerd door British American Tobacco plc, een holding naar Engels recht die deel uitmaakt van de groep BAT — British American Tobacco.

12. AAMS behartigt harerzijds sedert 1 maart 1999 alleen nog staatstaken op het gebied van tabaksfabrikaten[12] en is op dit terrein niet langer economisch actief. Op het gebied van weddenschappen en kansspelen, inzonderheid het loterijwezen, heeft AAMS daarentegen — volgens de inlichtingen waarover het Hof beschikt — haar economische activiteit ook na dit tijdstip voortgezet.

III — Feiten en hoofdgeding

13. Bij besluit nr. 11795 van 13 maart 2003[13] constateerde de Autorità Garante dat verscheidene vennootschappen van de Philip Morris groep[14] tussen 1993 en 2001 aanvankelijk met AAMS en later met ETI een kartel hadden gevormd dat ertoe strekte en tot gevolg had dat de mededinging inzake de detailhandelprijs van sigaretten op de Italiaanse binnenlandse markt aanzienlijk en duurzaam werd beïnvloed. Wegens inbreuk op artikel 2, lid 2, sub a en b, van wet nr. 287/1990 legde de Autorità Garante aan de deelnemers van het kartel geldboeten op, die voor Philip Morris in totaal 50 miljoen EUR bedroegen en voor ETI 20 miljoen EUR. Bovendien beval de Autorità Garante de deelnemers aan het kartel de inbreuken te beëindigen.

14. In haar besluit hield de Autorità Garante ETI eveneens verantwoordelijk voor de deelneming van AAMS aan het kartel in de periode vóór 1 maart 1999. Zij baseerde dit op het feit dat AAMS op het gebied van de productie en verkoop van tabaksproducten haar economische activiteit had beëindigd, en dat deze economische activiteit door ETI was overgenomen.

15. Tegen het besluit van de Autorità Garante kwamen zowel Philip Morris alsook ETI op bij het Tribunale amministrativo regionale del Lazio[15] (hierna: „TAR"). Ter-

10 — Aldus de op verzoek van het Hof door de Italiaanse regering gegeven toelichting.

11 — Artikel 1, lid 6, van verordening nr. 283/1998.

12 — Als voorbeelden worden genoemd het toezicht op de handel in rookwaar en het verlenen van concessies voor de verkoop van tabaksproducten aan het publiek.

13 — Provvedimento 13 marzo 2003, n. 11795, I 479 „Variazione di prezzo di alcune marche di tabacchi" (*Bollettino settimanale*, jaargang XIII, nr. 11/2003, blz. 5). Dit besluit was voorafgegaan door een in juni 2001 gestart onderzoek.

14 — Philip Morris Products SA, Philip Morris Holland BV, Philip Morris GmbH, Philip Morris Products Inc. en Philip Morris International Management SA. Eenvoudigheidshalve worden al deze ondernemingen hierna gezamenlijk „Philip Morris" genoemd.

15 — Administratieve rechtbank voor het gebied Lazio, zetelend te Rome.

wijl het beroep van Philip Morris in eerste aanleg werd verworpen, stelde het TAR ETI in zoverre in het gelijk dat de deelneming van AAMS aan het kartel niet aan haar mocht worden toegerekend. Dit leidde tot gedeeltelijke nietigverklaring van het besluit van de Autorità Garante. Daarbij baseerde het TAR zich op het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid in de zin van de artikelen 1 en 7 van wet nr. 689/81, waarnaar artikel 31 van wet nr. 287/1990 verwijst. Het zette uiteen dat hetzelfde beginsel ook in het gemeenschapsrecht geldt. Het criterium van de objectieve economische continuïteit zou alleen in restrictief uit te leggen uitzonderingsgevallen, waarvan in casu geen sprake was, kunnen worden toegepast.

16. Zowel ETI en Philip Morris als de Autorità Garante zijn van de uitspraak in eerste aanleg in beroep gegaan, welke procedure thans aanhangig is bij de Italiaanse Consiglio di Stato[16] (hierna ook: „verwijzende rechter") als hoogste administratieve rechter. De Consiglio di Stato heeft de grieven van ETI en Philip Morris betreffende het bestaan van een kartelafspraak afgewezen en onderzoekt thans de in het kader van het hoger beroep van de Autorità Garante aan de orde gestelde vraag betreffende de toerekening aan ETI van de deelneming van AAMS aan het kartel voor de periode „die aan haar oprichting voorafging".

16 — Raad van State.

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

17. Bij beschikking van 8 november 2005, ingekomen bij het Hof op 27 juni 2006, heeft de Consiglio di Stato de bij hem aanhangige procedure geschorst en aan het Hof de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

„1) Welk criterium moet ingevolge de artikelen 81 EG en volgende en de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht worden toegepast om te bepalen aan welke onderneming de sanctie wegens inbreuk op de mededingingsregels moet worden opgelegd, in het geval dat in het kader van een als één geheel bestrafte handelwijze, het laatste deel van de gedragingen is begaan door een onderneming die de oorspronkelijke onderneming in de betrokken economische sector heeft opgevolgd, wanneer het oorspronkelijke lichaam weliswaar niet heeft opgehouden te bestaan, doch in de betrokken economische sector waarin de sanctie is opgelegd, niet meer actief is als handelsonderneming?

2) Rust bij de bepaling van degene aan wie de sanctie moet worden opgelegd, op de overheidsinstelling die bevoegd is voor de toepassing van de antitrustregeling, de taak om discretionair te beoordelen of er sprake is van omstandigheden die rechtvaardigen dat de economische opvolger aansprakelijk wordt gesteld voor inbreuken op de mededingingsregels die zijn begaan door de rechts-

persoon waarvan hij de opvolger is, ook wanneer de voorganger op het tijdstip van de beslissing niet heeft opgehouden te bestaan, om te voorkomen dat afbreuk zou worden gedaan aan de nuttige werking van de mededingingsregels door wijzigingen in de rechtsvorm van de ondernemingen?"

18. ETI, Philip Morris, de Italiaanse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen hebben bij het Hof schriftelijke en mondelinge opmerkingen ingediend.

V — Beoordeling

A — *Ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing*

19. Voorwerp van het bij de Italiaanse rechterlijke instanties aanhangige hoofdgeding is een besluit van de Italiaanse mededingingsautoriteit, Autorità Garante, in een kartelzaak. Dit besluit is alleen gebaseerd op het nationale mededingingsrecht, meer in het bijzonder op wet nr. 287/1990. Ter beoordeling van de rechtmatigheid ervan acht de verwijzende rechter evenwel de uitlegging van het EG-mededingingsrecht noodzakelijk. Daarbij verwijst hij naar artikel 1, lid 4, van wet nr. 287/1990, volgens welke bepaling de grondbeginselen van het mededingingsrecht van de Gemeenschap de basis vormen voor de uitlegging van de bepalingen van titel I van die wet en derhalve ook voor het nationale recht relevant zijn.

20. In verband daarmee zie ik mij genoopt hierna enige opmerkingen te maken over de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen, inzonderheid over hun belang voor een beslissing in het hoofdgeding.

1. Inleidende opmerkingen

21. De loutere omstandigheid dat het gemeenschapsrecht in casu slechts via een verwijzing in het nationale recht een rol speelt, doet niet af aan de relevantie van de door de Consiglio di Stato gestelde prejudiciële vragen noch aan de bevoegdheid van het Hof om deze vragen te beantwoorden.

22. Volgens vaste rechtspraak, die haar oorsprong vindt in het arrest Dzodzi (hierna: „Dzodzi-rechtspraak") [17], staat namelijk de

17 — Arrest van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punt 36); zie eveneens arresten van 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punt 25); 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161, punt 25) en Giloy (C-130/95, Jurispr. blz. I-4291, punt 21); 11 januari 2001, Kofisa Italia (C-1/99, Jurispr. blz. I-207, punt 21); 17 maart 2005, Feron (C-170/03, Jurispr. blz. I-2299, punt 11); 16 maart 2006, Poseidon Chartering (C-3/04, Jurispr. blz. I-2505, punt 15), en 14 december 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Jurispr. blz. I-11987, punt 19); zie ook arrest van 7 januari 2003, BIAO (C-306/99, Jurispr. blz. I-1, punt 90).

tekst van artikel 234 EG noch het doel van de prejudiciële procedure in de weg aan de beantwoording van prejudiciële vragen over de uitlegging van bepalingen van het gemeenschapsrecht waarnaar het nationale recht alleen verwijst, om zuiver interne situaties te regelen.

23. Juist het tegendeel is het geval: zoals het Hof al meerdere malen heeft erkend, is het voor de rechtsorde van de Gemeenschap van evident belang dat ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen iedere bepaling van gemeenschapsrecht, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moet vinden, op eenvormige wijze wordt uitgelegd. [18]

24. Op het vlak van het mededingingsrecht is een zo eenvormig mogelijke uitlegging en toepassing van de op communautair niveau geldende bepalingen bijzonder belangrijk [19], omdat het nationale recht op dit gebied heel vaak is geënt op het gemeenschapsrecht. Dit dateert niet van de inwerkingtreding van verordening (EG) nr. 1/2003 [20], die een vervlechting van het nationale mededingingsrecht en het gemeenschapsrecht tot gevolg had. Reeds daarvóór, dat wil zeggen toen verordening nr. 17 [21] nog van kracht was, liet het nationale mededingingsrecht van talrijke lidstaten zich voor de oplossing van zuiver interne situaties door het gemeenschapsrecht inspireren. Dit laatste geldt niet in de laatste plaats voor de Italiaanse wet nr. 287/1990, die op het hoofdgeding van toepassing is.

25. Tegen deze achtergrond is ook de samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties op het gebied van het mededingingsrecht van bijzonder belang. Zij draagt bij tot de grootst mogelijke rechtszekerheid en tot vergelijkbare mededingingsvoorwaarden voor alle marktdeelnemers waarop het gemeenschapsrecht — al dan niet rechtstreeks — van toepassing is.

26. Nochtans betwijfelt de Commissie of het verzoek om een prejudiciële beslissing in

18 — Arrest Dzodzi (aangehaald in voetnoot 17, punt 37) en arrest van 25 juin 1992, Federconsorzi (C-88/91, Jurispr. blz. I-4035, punt 7); zie ook de in voetnoot 17 aangehaalde arresten Leur-Bloem (punt 32), Giloy (punt 28), Kofisa Italia (punt 32), Poseidon Chartering (punt 16), en Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 20), alsook arresten van 11 oktober 2001, Adam (C-267/99, Jurispr. blz. I-7467, punt 27); 15 januari 2002, Andersen en Jensen (C-43/00, Jurispr. blz. I-379, punt 18); 15 mei 2003, Salzmann (C-300/01, Jurispr. blz. I-4899, punt 34), en 29 april 2004, British American Tobacco (C-222/01, Jurispr. blz. I-4683, punt 40). Zie bovendien de rechtspraak van het Hof inzake zijn bevoegdheid om bepalingen in gemengde internationale overeenkomsten uit te leggen, waaronder met name het arrest van 16 juni 1998, Hermès (C-53/96, Jurispr. blz. I-3603, punt 32).

19 — Zie dienaangaande mijn conclusie van 13 juli 2006 in de zaak Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (arrest aangehaald in voetnoot 17), punten 21 e.v.

20 — 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; hierna: „verordening nr. 1/2003"). Door middel van deze verordening werden de bepalingen voor de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG gemoderniseerd en de rol van de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties in het kader van de toepassing van het Europese mededingingsrecht versterkt; zie dienaangaande de zesde, de zevende en de vijftiende overweging van de considerans van verordening nr. 1/2003, alsmede de artikelen 5 en 6 daarvan.

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

casu ontvankelijk is. Om diverse redenen is zij van mening dat de Dzodzi-rechtspraak in het onderhavige geval niet relevant is.

27. Ik stel voorop dat geen enkel bezwaar van de Commissie mij overtuigt. De Commissie raakt verstrikt in de details van de Italiaanse bepalingen en ziet daarbij over het hoofd dat het in de prejudiciële procedure niet de taak van het Hof is om het nationale recht uit te leggen. [22] Zij gaat er eveneens aan voorbij dat er een vermoeden van relevantie rust op de prejudiciële vragen die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, waarvan het Hof de juistheid niet behoeft na te gaan. [23] Wanneer de gestelde prejudiciële vragen betrekking hebben op de uitlegging van het gemeenschapsrecht, is het Hof in beginsel verplicht daarop te antwoorden. [24]

28. Ik zal thans uitvoerig ingaan op de bezwaren van de Commissie.

22 — Vaste rechtspraak; zie onder meer arresten van 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze (C-222/04, Jurispr. blz. I-289, punt 63), en 13 juli 2006, Manfredi (C-295/04–C-298/04, Jurispr. blz. I-6619, punt 70).

23 — Arrest Salzmann (aangehaald in voetnoot 18, punt 31); arresten van 1 december 2005, Burtscher (C-213/04, Jurispr. blz. I-10309, punt 35), en 7 juni 2007, Van der Weerd e.a. (C-222/05–C-225/05, Jurispr. blz. I-4233, punt 22).

24 — Vaste rechtspraak; zie onder meer arrest van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59); arrest Dzodzi (aangehaald in voetnoot 17, punt 35); arrest van 23 november 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 15), en arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (aangehaald in voetnoot 17, punt 17).

2. De bezwaren van de Commissie tegen de ontvankelijkheid

29. In totaal heeft de Commissie vier bezwaren tegen de ontvankelijkheid van het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Consiglio di Stato. In de eerste plaats meent zij, dat de van toepassing zijnde Italiaanse wettelijke bepalingen in het geheel geen verwijzing naar het gemeenschapsrecht bevatten. In de tweede plaats voert zij aan dat een eventuele verwijzing in ieder geval niet onvoorwaardelijk en bindend is. In de derde plaats ziet de Commissie het belang niet in van de uitlegging van het gemeenschapsrecht. En in de vierde plaats beroept zij zich op het ontbreken van voorschriften in het gemeenschapsrecht.

a) Eerste bezwaar: het ontbreken van elke verwijzing naar het gemeenschapsrecht

30. Met haar eerste bezwaar betwist de Commissie dat het Italiaanse recht voor situaties als het onderhavige geval naar het gemeenschapsrecht verwijst. Alleen titel I van wet nr. 287/1990 moet in overeenstemming met het gemeenschapsrecht worden uitgelegd. In casu zijn evenwel niet de materiële bepalingen van deze titel I van

toepassing, maar de strafbepalingen in titel II en titel VI van wet nr. 287/1990, omdat het uitsluitend gaat om de „toerekening van de sanctie" aan een concrete natuurlijke of rechtspersoon. In zoverre is het Italiaanse recht juist niet geënt op het gemeenschapsrecht. Het geding moet derhalve zuiver naar nationaal recht worden beslist.

31. Deze redenering overtuigt mij niet. Anders dan de Commissie lijkt aan te nemen, ligt het namelijk geenszins voor de hand dat de toerekening van inbreuken op de mededingingsvoorschriften in gevallen van opvolging van ondernemingen uitsluitend tot het gebied van de *sanctiebepalingen* behoort en geheel los van de *materiële voorschriften van het mededingingsrecht* en het begrip ondernemingen kan worden beoordeeld. Zo toetst het Hof bijvoorbeeld de vraag naar de toerekening van inbreuken op de mededingingsvoorschriften niet alleen in de context van de relevante boetebepalingen (artikel 15 van verordening nr. 17, thans artikel 23 van verordening nr. 1/2003), maar ook in samenhang met de bepalingen van materieel recht van artikel 81 EG [25], waarbij niet in de laatste plaats het criterium van de economische continuïteit, respectievelijk identiteit van de onderneming een belangrijke rol kan spelen. [26]

32. Wanneer nu de Consiglio di Stato in het kader van het nationale Italiaanse mededingingsrecht voornemens is een vergelijkbare methode toe te passen, kan het Hof, indien het niet in tegenspraak met zijn eigen rechtspraak wil handelen, dit niet als kennelijk irrelevant afdoen.

33. Inderdaad kan het Hof het verzoek om een prejudiciële beslissing van de Consiglio di Stato niet-ontvankelijk verklaren, wanneer *duidelijk* blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. [27] Indien derhalve vaststond dat het Italiaanse recht voor situaties als de onderhavige niet op het gemeenschapsrecht is geënt, zouden de aan het Hof voorgelegde vragen ter uitlegging van het gemeenschapsrecht wegens gebrek aan relevantie niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. [28]

34. Daarvan is in casu echter geen sprake. De Consiglio di Stato gaat er in zijn verwijzingsbeschikking van uit dat titel I van wet nr. 287/1990 met de daarin vervatte verwijzing naar het gemeenschapsrecht voor het

25 — De samenhang tussen artikel 81 EG (vroeger artikel 85 EEG-Verdrag) en het toerekeningsprobleem komt met name tot uiting in de arresten van 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie (29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 9), en 7 januari 2004, 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, Jurispr. blz. I-123, punt 59).

26 — Arrest CRAM en Rheinzink/Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 9) en arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 145).

27 — Vaste rechtspraak, zie arrest Bosman (aangehaald in voetnoot 24, punten 59 en 61); arrest van 10 januari 2006, IATA en ELFAA (C-344/04, Jurispr. blz. I-403, punt 24); arresten Asnef-Equifax (aangehaald in voetnoot 24, punt 17), en Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (aangehaald in voetnoot 17, punt 17).

28 — Zie eveneens in deze zin de in voetnoot 17 aangehaalde arresten Dzodzi (punt 40), Gmurzynska-Bscher (punt 23), Leur-Bloem (punt 26), Giloy (punt 22) en Kofisa Italia (punt 22).

geschil in het hoofdgeding van belang is.[29] Alleen deze constatering van het nationale rechtskader is bindend voor het Hof in het kader van de prejudiciële procedure.

35. Zoals al opgemerkt, staat het niet aan het Hof om zich in het kader van een prejudiciële verwijzing uit te spreken over de uitlegging van nationale bepalingen en te beoordelen of de verwijzende rechter deze correct uitlegt.[30] Met name is het in een situatie als de onderhavige uitsluitend de taak van de verwijzende rechter om de juiste strekking van een verwijzing van het nationale recht naar het gemeenschapsrecht te beoordelen. In zijn antwoord aan de nationale rechter kan het Hof geen rekening houden met de algemene opzet van de nationale bepalingen die naar het gemeenschapsrecht verwijzen, doch tegelijkertijd bepalend zijn voor de strekking van die verwijzing.[31]

36. Het eerste bezwaar van de Commissie is derhalve ongegrond.

b) Tweede bezwaar: het ontbreken van een onvoorwaardelijke en bindende verwijzing naar het gemeenschapsrecht

37. In het kader van haar tweede bezwaar betoogt de Commissie dat zelfs wanneer de verwijzing naar het gemeenschapsrecht in artikel 1, lid 4, van wet nr. 287/1990 van toepassing zou zijn, zij niet rechtstreeks en onvoorwaardelijk is; voorts is de uitlegging van het gemeenschapsrecht door het Hof hier niet bindend voor de nationale rechterlijke instanties. Evenals in de zaak Kleinwort Benson[32] is derhalve het verzoek om een prejudiciële beslissing in casu niet-ontvankelijk.

38. Dit betoog is evenmin overtuigend.

39. Volgens het arrest Kleinwort Benson is het namelijk doorslaggevend of de nationale wetgever tussen zuiver interne situaties en situaties die in het gemeenschapsrecht zijn geregeld onderscheid maakt, dan wel beide soorten situaties gelijk wil behandelen en zich derhalve ten aanzien van beide door het gemeenschapsrecht laat leiden.[33] Het is daarbij niet van betekenis of het nationale

29 — Ter terechtzitting voor het Hof heeft Philip Morris aanvullend verwezen naar arrest nr. 1189 van de Consiglio di Stato van 2 maart 2001 (en met name naar de punten 4.4 e.v.), waarin de verwijzende rechter zich, met betrekking tot de boetebepalingen, heeft laten leiden door het gemeenschapsrecht en de rechtspraak van het Hof.

30 — Arresten van 3 oktober 2000, Corsten (C-58/98, Jurispr. blz. I-7919, punt 24); 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/01, Jurispr. blz. I-5257, punt 42), en 12 januari 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Jurispr. blz. I-589, punt 21).

31 — Arresten Dzodzi (punten 41 en 42) en Leur-Bloem (punt 33), beide aangehaald in voetnoot 17.

32 — Arrest van 28 maart 1995 (C-346/93, Jurispr. blz. I-615).

33 — Zie in deze zin het commentaar op het arrest Kleinwort Benson in latere arresten, inzonderheid arresten Leur-Bloem (punten 29 fine en 31), Giloy (punten 25 fine en 27) en Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punten 21 fine en 22), alle aangehaald in voetnoot 17. Het arrest Poseidon Chartering (aangehaald in voetnoot 17, punt 17) is op dezelfde gedachte gebaseerd.

recht uitdrukkelijk of alleen impliciet naar het gemeenschapsrecht verwijst; beslissend is veeleer de *inhoudelijke oriëntatie* op het gemeenschapsrecht. [34]

40. Voor zover ik kan vaststellen heeft de Italiaanse wetgever geen onderscheid gemaakt tussen zuiver interne situaties en situaties die in het gemeenschapsrecht zijn geregeld. In beide gevallen geldt de verwijzing naar het gemeenschapsrecht overeenkomstig artikel 1, lid 4, van wet nr. 287/1990. Reeds deze omstandigheid pleit voor de ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen van de Consiglio di Stato in de zin van de Dzodzi-rechtspraak, met inbegrip van het arrest Kleinwort Benson.

41. Anders dan de Commissie meent, is de onderhavige zaak bovendien geenszins vergelijkbaar met de zaak Kleinwort Benson.

42. Enerzijds beperkt de nationale wetgever zich in de zaak Kleinwort Benson ertoe, het Europese recht (het ging om het te Brussel gesloten Executieverdrag) slechts gedeeltelijk als voorbeeld te nemen en de bewoordingen daarvan ook slechts gedeeltelijk over te nemen. Het nationale recht liet zich door het Europese recht inspireren, maar bevatte geen rechtstreekse en onvoorwaardelijke verwijzing daarnaar. Integendeel, het aanvaardde zelfs uitdrukkelijk afwijkingen daarvan en wijzigingen „die tot verschillen leiden". [35]

43. Hiervan is in artikel 1, lid 4, van wet nr. 287/1990 geen sprake. Deze bepaling bevat juist een uitdrukkelijke verwijzing naar de „beginselen van de rechtsorde van de Europese Gemeenschappen op het gebied van het mededingingsrecht". In ieder geval kan aan de tekst van deze bepaling noch aan de verwijzingsbeschikking of het dossier worden ontleend dat deze verwijzing naar het gemeenschapsrecht aan enigerlei voorwaarde is gebonden.

44. Anderzijds moesten de nationale rechterlijke instanties krachtens de in de zaak Kleinwort Benson op nationale situaties van toepassing zijnde nationale bepalingen alleen met de rechtspraak van het Hof „rekening houden", zonder daaraan echter gebonden te zijn. [36]

34 — Op dit punt is het arrest BIAO (aangehaald in voetnoot 17, punten 92 en 93) bijzonder duidelijk.

35 — Arrest Kleinwort Benson (aangehaald in voetnoot 32, punten 9, 10 en 16-18). Het Hof heeft later deze aspecten van het arrest Kleinwort Benson benadrukt, bijvoorbeeld in zijn arresten Leur-Bloem (punt 29), Giloy (punt 25), Kofisa Italia (punt 30), BIAO (punt 93) en Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (punt 21), alle aangehaald in voetnoot 17.

36 — Arrest Kleinwort Benson (aangehaald in voetnoot 32, punten 10 en 20-23). Het Hof heeft dit aspect van het arrest Kleinwort Benson ook in latere arresten benadrukt, bijvoorbeeld in de arresten Leur-Bloem (punt 29) en Giloy (punt 25), beide aangehaald in voetnoot 17.

45. Anders dan de Commissie meent, is van een dergelijke ontbrekende binding van de nationale rechterlijke instanties in casu geen sprake: de uitlegging van de bepalingen van titel I van wet nr. 287/1990 „geschiedt volgens de beginselen van de rechtsorde van de Europese Gemeenschappen op het gebied van het mededingingsrecht" (artikel 1, lid 4, van wet nr. 287/1990). Aan de tekst van deze bepaling noch aan de verwijzingsbeschikking of het dossier kan worden ontleend dat in het kader van deze uitlegging de rechtspraak van het Hof niet bindend is. [37]

46. De Commissie zelf levert geen enkel bewijs voor haar stelling dat het gemeenschapsrecht voor degenen die het recht in Italië toepassen slechts één van de talrijke elementen bij de uitlegging van de relevante nationale wettelijke bepalingen is, maar niet het beslissende element, en dat de Italiaanse rechterlijke instanties wettelijk niet verplicht zijn de rechtspraak van het Hof naar het nationale recht te transponeren. Alle andere deelnemers aan de procedure hebben ter terechtzitting benadrukt dat de Italiaanse rechterlijke instanties in een geval als het onderhavige aan de rechtspraak van het Hof zijn gebonden.

47. Hoe dan ook behoort echter uiteindelijk beslissend te zijn of de beantwoording van de prejudiciële vragen voor de verwijzende rechter *van nut kan zijn* of niet. De prejudiciële procedure van artikel 234 EG is een instrument van rechterlijke samenwerking, dat het Hof in staat stelt de nationale rechters de elementen voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht te verschaffen die zij nodig kunnen hebben om het effect te beoordelen van een bepaling van nationaal recht in een bij hen aanhangig geding. [38] Met het oog hierop beschikt de verwijzende rechter over een beoordelingsmarge. [39]

48. Op grond van deze overwegingen is het tweede bezwaar van de Commissie eveneens ongegrond.

c) Derde bezwaar: de uitlegging van het gemeenschapsrecht is niet van belang

49. Met haar derde bezwaar houdt de Commissie staande dat in het onderhavige geval — anders dan in de zaken Bronner [40] en Asnef-Equifax [41] — een uitlegging van het gemeenschapsrecht niet van belang is, omdat dit hoe dan ook niet parallel aan het nationale recht van toepassing kan zijn.

37 — In vergelijkbare omstandigheden heeft het Hof bijvoorbeeld ook in de arresten Kofisa Italia (punt 31) en Poseidon Chartering (punt 18), beide aangehaald in voetnoot 17, een parallel met de zaak Kleinwort Benson van de hand gewezen.

38 — Arrest Salzmann (aangehaald in voetnoot 18, punt 28) en arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom (C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 77).

39 — Volgens de vaste rechtspraak betreffende de relevantie van prejudiciële vragen; zie onder meer arresten Bosman (aangehaald in voetnoot 24, punt 59), EVN en Wienstrom (aangehaald in voetnoot 38, punt 74), Asnef-Equifax (aangehaald in voetnoot 24, punt 15) en Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (aangehaald in voetnoot 17, punt 16).

40 — Arrest van 26 november 1998 (C-7/97, blz. I-7791).

41 — Arrest aangehaald in voetnoot 24.

50. Ook dit argument is niet overtuigend. De Commissie ziet over het hoofd dat de Dzodzi-rechtspraak niet beperkt is tot situaties waarin het gemeenschapsrecht en het nationale recht eventueel naast elkaar toepasselijk kunnen zijn.

51. Het is juist dat het mededingingsrecht in de eerste plaats daardoor wordt gekenmerkt dat niet zelden op één en dezelfde situatie zowel nationale bepalingen alsook het gemeenschapsrecht van toepassing kunnen zijn. [42] Dit is telkens het geval wanneer de werkingssfeer van het nationale mededingingsrecht en die van het communautaire mededingingsrecht elkaar overlappen, wanneer derhalve overeenkomsten tussen ondernemingen niet alleen onder het nationale mededingingsrecht vallen doch eveneens onder artikel 81 EG, omdat zij de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden in de zin van deze bepaling. Al vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 was in dergelijke gevallen het belang bij een uniforme uitlegging en de toepassing van het gemeenschapsrecht bijzonder evident. [43]

52. Daaruit volgt evenwel geenszins dat alleen bij parallelle toepassing van nationale en gemeenschapsrechtelijke bepalingen de beantwoording van prejudiciële vragen van belang is in de zin van de Dzodzi-rechtspraak. Integendeel, die rechtspraak had tot dusverre overwegend betrekking op situaties waarin het gemeenschapsrecht als zodanig in het geheel niet van toepassing was en een parallelle toepassing van het gemeenschapsrecht en het nationale recht dus van meet af aan was uitgesloten. [44]

53. Ook in het mededingingsrecht is het belang bij een uniforme uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht niet beperkt tot situaties waarin het gemeenschapsrecht en het nationale recht parallel van toepassing zijn, omdat die situaties onder de werkingssfeer van beide rechtsstelsels vallen. De wetgeving van vele lidstaten laat zich *ook voor zuiver nationale situaties* die uitsluitend onder de werkingssfeer van het nationale mededingingsrecht vallen, leiden door de overeenkomstige bepalingen van het gemeenschapsrecht, zodat dit daarop *indirect wordt toegepast*. Deze tendens kan niet eerst sedert de inwerkingtreding van de — in casu nog niet van toepassing zijnde — verordening nr. 1/2003 worden geconstateerd. De hier aan de orde zijnde bepalingen van het Italiaanse mededingingsrecht, die

42 — Arrest van 13 februari 1969, Walt Wilhelm (14/68, Jurispr. blz. 1, punt 3); zie in dezelfde zin arresten van 10 juli 1980, Giry en Guerlain (253/78 en 1/79–3/79, Jurispr. blz. 2327, punt 15), en 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a. (C-67/91, Jurispr. blz. I-4785, punt 11), en arresten Bronner (aangehaald in voetnoot 40, punt 19) en Asnef-Equifax (aangehaald in voetnoot 24, punt 20).

43 — Sedert de inwerkingtreding van verordening nr. 1/2003 is het de nationale mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zelfs uitdrukkelijk verboden hun nationale mededingingsrecht geïsoleerd toe te passen wanneer een situatie tegelijkertijd ook binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG valt. Voortaan moet volgens verordening nr. 1/2003 op dergelijke situaties parallel aan het nationale mededingingsrecht ook artikel 81 EG worden toegepast, waarbij dan rekening moet worden gehouden met de voorrang van het gemeenschapsrecht (zie in deze zin artikel 3, lid 2, eerste volzin, van de verordening).

44 — Dit wordt bijvoorbeeld bijzonder duidelijk in de arresten Leur-Bloem (punt 27), Giloy (punt 23), BIAO (punt 90), Feron (punt 10) en Poseidon Chartering (punt 17), alle aangehaald in voetnoot 17, en in het arrest Andersen en Jensen (aangehaald in voetnoot 18, punten 16 en 19).

reeds in 1990 werden vastgesteld, tonen duidelijk aan dat een dergelijke inhoudelijke oriëntatie op het gemeenschapsrecht al veel eerder gebruikelijk was.

54. Ongeacht of het EG-mededingingsrecht *parallel* aan het nationale mededingingsrecht wordt toegepast of dat het alleen maar *indirect* via een verwijzing in het nationale mededingingsrecht relevant is voor zuiver nationale situaties, moet het hoe dan ook uniform worden uitgelegd en toegepast teneinde de grootst mogelijke rechtszekerheid en vergelijkbare mededingingsvoorwaarden voor alle marktdeelnemers te waarborgen waarvoor het gemeenschapsrecht — direct of indirect — geldt. Dit te verzekeren is in situaties waarin het mededingingsrecht aan de orde is, een van de voornaamste doeleinden van de prejudiciële procedure van artikel 234 EG.

55. Bijgevolg aanvaardt ook het Hof in gevallen waarin het mededingingsrecht aan de orde is de ontvankelijkheid van prejudiciële verzoeken niet alleen wanneer een parallelle toepassing van het EG-mededingingsrecht en het nationale mededingingsrecht mogelijk lijkt [45], maar ook wanneer alleen het nationale recht van toepassing is en het EG-mededingingsrecht slechts indirect, via een verwijzing in het nationale recht, relevant is. [46]

56. Ook het derde bezwaar van de Commissie treft derhalve geen doel.

d) Vierde bezwaar: het ontbreken van voorschriften in het gemeenschapsrecht

57. Het vierde en laatste bezwaar van de Commissie is gebaseerd op artikel 5 van verordening nr. 1/2003, meer concreet op het vierde gedachtestreepje daarvan. Uit deze bepaling blijkt dat de nationale mededingingsautoriteiten in kartelprocedures altijd *in het betrokken nationale recht voorziene sancties* opleggen, zelfs wanneer zij het gemeenschapsrecht (artikel 81 EG) toepassen. Op grond hiervan concludeert de Commissie dat het gemeenschapsrecht geen voorschriften bevat voor een geval als het onderhavige, waarin het alleen gaat om de „toerekening van de sanctie". Derhalve is het ook niet van belang hoe dat recht moet worden uitgelegd.

45 — Arresten Bronner (aangehaald in voetnoot 40, punten 18-20) en Asnef-Equifax (aangehaald in voetnoot 24, punten 19-21).

46 — Arrest Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (aangehaald in voetnoot 17, met name punten 19-21).

58. Deze zienswijze is niet overtuigend, omdat, zoals al vermeld [47], het geenszins vanzelf spreekt dat de toerekening van inbreuken op mededingingsregels in gevallen van opvolging van ondernemingen uitsluitend tot het gebied van de *sanctiebepalingen* behoort en zonder rekening te houden met de *materiële voorschriften van het mededingingsrecht* kan worden beoordeeld.

59. Het gaat hier niet in de eerste plaats om de vraag of bijvoorbeeld strafrechtelijke of administratieve sancties kunnen worden toegepast en of dergelijke sancties eventueel aan natuurlijke personen, zoals de leidinggevenden van ondernemingen die aan een kartel deelnemen, kunnen worden opgelegd. Veeleer gaat het om de vaststelling of een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor de inbreuk op de mededingingsregels die in een bepaalde periode door een andere onderneming is gepleegd. Anders dan de Commissie meent, kan dit probleem niet worden teruggebracht tot de loutere „toerekening van de sanctie", aangezien het gaat om de *toerekening van de inbreuk op de mededingingsregels* in haar totaliteit. Dienovereenkomstig beoordeelt het Hof deze vraag niet uitsluitend in samenhang met de sanctiebepalingen maar eveneens in samenhang met de *materieelrechtelijke bepalingen* van artikel 81 EG. [48]

60. Het vierde gedachtestreepje van artikel 5 van verordening nr. 1/2003 geeft echter alleen uitsluitsel over de *sanctiebepalingen* die een nationale autoriteit kan toepassen in een door haar ingeleide kartelprocedure. Bijgevolg kunnen uit deze bepaling voor de beantwoording van de in casu van belang zijnde vraag betreffende de *toerekening van inbreuken op de mededingingsregels* in een geval waarin de onderneming is opgevolgd geen duidelijke conclusies worden getrokken.

61. Het vierde bezwaar van de Commissie moet derhalve eveneens worden afgewezen.

3. Slotopmerking inzake de ontvankelijkheid

62. Volledigheidshalve merk ik nog op dat ook het arrest Ynos [49] geen enkel element bevat dat in de weg zou staan aan de toepassing van de Dzodzi-rechtspraak op het onderhavige geval.

63. In de zaak Ynos heeft het Hof geen afstand genomen van de Dzodzi-rechtspraak. Het achtte zich niet bevoegd om een uitspraak te doen op het prejudiciële verzoek, omdat de feiten van dat geding zich nog vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de Europese Unie, derhalve *buiten de tem-*

47 — Zie dienaangaande de opmerkingen inzake het eerste bezwaar van de Commissie, met name punt 31 van deze conclusie.

48 — Zie nogmaals punt 31 van deze conclusie alsmede de in voetnoot 25 aangehaalde arresten CRAM en Rheinzink/Commissie (punt 9) en Aalborg Portland e.a./Commissie (punt 59).

49 — Arrest van 10 januari 2006 (C-302/04, Jurispr. blz. I-371).

porele werkingssfeer van het gemeenschapsrecht hadden voorgedaan,[50] Eerst vanaf de datum van toetreding acht het Hof zich namelijk bevoegd het gemeenschapsrecht uit te leggen met het oog op de toepassing daarvan in een nieuwe lidstaat.[51]

4. Voorlopige conclusie

64. Op grond van bovenstaande overwegingen kom ik tot de conclusie dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is.

B — *Inhoudelijke beoordeling van de prejudiciële vragen*

65. Met zijn beide vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, onder welke omstandigheden het gemeenschapsrecht de toerekening van een inbreuk op de mededingingsregels aan de marktopvolger van de karteldeelnemer toestaat[52] (eerste vraag), en of de mededingingsautoriteit in het kader van een dergelijke toerekening over een beoordelingsmarge beschikt (tweede vraag).

66. Dit is bepalend om in de hoofdzaak te kunnen beoordelen of de Autorità Garante de deelneming van AAMS aan het kartel terecht aan ETI heeft toegekend, dan wel of zij in plaats daarvan AAMS en ETI afzonderlijk en alleen voor de duur van hun respectieve deelneming aan het kartel ter verantwoording had moeten roepen. Terwijl de Italiaanse regering pleit voor toerekening aan ETI, nemen zowel ETI zelf alsook Philip Morris en de Commissie het tegenovergestelde standpunt in.

1. Criteria voor de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels (eerste vraag)

67. De eerste vraag van de Consiglio di Stato betreft de criteria voor de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels in geval van opvolging van ondernemingen.

68. Het fundamentele probleem van de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels vloeit voort uit de omstandigheid dat de adressaten van de mededingingsregels en de adressaten van beslissingen van de mededingingsautoriteiten niet noodzakelijkerwijs dezelfde zijn.

50 — Arrest Ynos (aangehaald in voetnoot 49, punt 37).

51 — Arrest Ynos (aangehaald in voetnoot 49, punt 36).

52 — Het daarmee verwante probleem van de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels binnen een concern, bijvoorbeeld tussen een dochter- en een moedervennootschap, is in de onderhavige zaak niet aan de orde en wordt hierna dus niet uitvoerig besproken. Evenmin betreft deze zaak de vraag of en onder welke omstandigheden de marktopvolger aansprakelijk is voor schulden voortvloeiend uit aan zijn voorganger opgelegde boeten.

69. Terwijl namelijk de mededingingsregels tot *ondernemingen* zijn gericht en ongeacht hun organisatie en rechtsvorm rechtstreeks daarop van toepassing zijn, kunnen de beslissingen van de mededingingsautoriteiten ter bestraffing van inbreuken op de mededingingsregels alleen tot *personen* zijn gericht, niet in de laatste plaats omdat dergelijke beslissingen eventueel ten uitvoer moeten worden gelegd. [53] Dat is de reden waarom in elke zaak waarin een mededingingsautoriteit een inbreuk op de mededingingsregels vervolgt, de vraag rijst aan welke persoon in concreto deze inbreuk moet worden toegerekend. [54]

a) Persoonlijke aansprakelijkheid en economische continuïteit

70. Bij de keuze van de criteria voor de toerekening moet zowel worden gelet op het punitieve karakter van de opgelegde maatregelen als met het doel daarvan. De maatregelen beogen de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels ter bescherming van de mededinging tegen vervalsingen (artikel 3, lid 1, sub g, EG); zij moeten derhalve de marktdeelnemers ontmoedigen om inbreuken op de mededingingsregels te plegen. [55]

— Het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid

71. Uit het punitieve karakter van de door de mededingingsautoriteiten ter bestraffing van inbreuken op de mededingingsregels uitgevaardigde maatregelen — inzonderheid geldboeten — blijkt dat het in elk geval om een materie gaat die nauw verwant is met het strafrecht. Beslissend voor de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels is derhalve *het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid* [56], dat op zijn beurt in het beginsel van de rechtsstaat en het schuldbeginsel is verankerd. [57] Persoonlijke aansprakelijkheid betekent dat een inbreuk op de mededingingsregels in beginsel moet worden

53 — Volgens artikel 256, lid 1, EG vormen de beschikkingen van de Commissie die een geldelijke verplichting inhouden, executoriale titels. Terwijl in de Duitse versie van het Verdrag een precisering ontbreekt, kan uit tal van andere taalversies worden opgemaakt dat het moet gaan om de tenuitvoerlegging van tot natuurlijke of rechtspersonen gerichte beschikkingen; zie bijvoorbeeld de Franse („personnes"), de Italiaanse („persone"), de Engelse („persons"), de Portugese („pessoas") en de Spaanse („personas") versie alsmede — bijzonder duidelijk — de Nederlandse versie („natuurlijke of rechtspersonen").

54 — Bijzonder duidelijk in dit opzicht is het arrest van het Gerecht van 17 december 1991, Enichem Anic/Commissie (T-6/89, Jurispr. blz. II-1623, punt 236); zie in dezelfde zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 60).

55 — Zie daartoe arrest van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie (41/69, Jurispr. blz. 661, punt 173), volgens hetwelk de sancties tot doel hebben „zowel ongeoorloofde gedragingen tegen te gaan als herhaling daarvan te voorkomen"; zie eveneens arrest van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie (C-76/06 P, Jurispr. blz. I-4405, punt 22). Zie bovendien, aangaande het doel van voorkoming van toekomstige inbreuken door middel van afschrikking, arresten van 29 juni 2006, Showa Denko/Commissie (C-289/04 P, Jurispr. blz. I-5859, punt 61), en SGL Carbon/Commissie (C-308/04 P, Jurispr. blz. I-5977, punt 37).

56 — Arrest Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punt 145). Ook in de nationale rechtsstelsels van de lidstaten vormt het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid doorgaans het uitgangspunt voor de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels.

57 — Zie dienaangaande de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 11 februari 2003 bij het arrest Aalborg Portland/Commissie (aangehaald in voetnoot 25), punten 63-65. Het schuldbeginsel komt bijvoorbeeld ook tot uiting in artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003, volgens welke bepaling *opzettelijk* of *onachtzaam* handelen kan worden gestraft met een geldboete.

toegerekend aan de natuurlijke of rechtspersoon die de aan het kartel deelnemende onderneming leidt [58]; anders gezegd: zij die deze onderneming in rechte vertegenwoordigen, zijn aansprakelijk.

72. Deze aansluiting bij de persoonlijke aansprakelijkheid draagt doorgaans tegelijkertijd bij tot een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels, aangezien de exploitant van een onderneming haar marktgedrag op doorslaggevende wijze kan beïnvloeden; dat gedrag moet hij met het oog op de opgelegde sancties corrigeren, opdat de onderneming zich in de toekomst aan de mededingingsregels houdt. Tegelijkertijd gaat van de sanctie een generaal-preventieve werking uit, doordat zij ook andere marktdeelnemers ervan afschrikt inbreuken op de mededingingsregels te plegen.

73. Op grond van herstructureringen, overdrachten van ondernemingen en andere wijzigingen kan het uiteraard voorkomen dat degene die ten tijde van de bestraffing van de inbreuk op de mededingingsregels een aan het kartel deelnemende onderneming exploiteert, niet meer dezelfde is als degene die de onderneming ten tijde van het plegen van de inbreuk exploiteerde. In een dergelijk geval volgt uit het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid, dat de inbreuk op de mededingingsregels in beginsel moet worden toegerekend aan de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming ten tijde van de inbreuk leidde (*oorspronkelijke exploitant*), ook wanneer ten tijde van de beschikking van de mededingingsautoriteiten iemand anders voor de exploitatie verantwoordelijk is (*nieuwe exploitant*). [59] Heeft de onderneming ook onder verantwoordelijkheid van de nieuwe exploitant de inbreuk voortgezet, dan moet de inbreuk op de mededingingsregels aan de nieuwe exploitant worden toegerekend vanaf het tijdstip dat hij de onderneming heeft overgenomen. [60]

— Risico's van een te formalistische hantering van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid

74. Wanneer evenwel de oorspronkelijke exploitant van de onderneming niet meer bestaat of geen noemenswaardige economische activiteit meer uitoefent, dreigt de sanctie op de inbreuk op de mededingingsregels haar doel voorbij te schieten. Een al te formalistische hantering van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid zou er dus toe kunnen leiden, dat het doel van sancties op inbreuken op de mededingingsregels, te weten de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels, wordt verijdeld. [61]

58 — Zie in deze zin arresten van 16 november 2000, KNP BT/Commissie (C-248/98 P, Jurispr. blz. I-9641, punt 71); Cascades/Commissie (C-279/98 P, Jurispr. blz. I-9693, punt 78); Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 37), en SCA Holding/Commissie (C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 27); zie voorts arrest Gerecht van 14 mei 1998, SCA Holding/Commissie (T-327/94, Jurispr. blz. II-1373, punt 63).

59 — Zie daartoe wederom de in voetnoot 58 aangehaalde rechtspraak; in dezelfde zin arrest Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punt 145).

60 — Zie inzonderheid arrest Cascades/Commissie (aangehaald in voetnoot 58, punten 77-80).

61 — De arresten CRAM en Rheinzink/Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 9), Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punt 146, laatste volzin) en Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 59) tonen aan, dat het Hof aan deze omstandigheid bijzondere aandacht schenkt; zie eveneens arresten Gerecht van 11 maart 1999, NMH Stahlwerke/Commissie (T-134/94, Jurispr. blz. II-239, punt 127), en 20 maart 2002, HFB e.a./Commissie (T-9/99, Jurispr. blz. II-1487, punten 106 en 107).

Bovendien zouden dan de exploitanten van ondernemingen in de verleiding kunnen komen zich door bepaalde organisatorische wijzigingen doelbewust aan hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid te onttrekken.

— Criterium van de economische continuïteit

75. Met het oog op de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels kan het derhalve noodzakelijk zijn een inbreuk op de mededingingsregels *bij wijze van uitzondering* niet aan de oorspronkelijke, maar aan de nieuwe exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming toe te rekenen.

76. Een dergelijke toerekening aan de nieuwe exploitant komt echter slechts dán in aanmerking wanneer deze uit economisch oogpunt daadwerkelijk als de opvolger van de oorspronkelijke exploitant kan worden beschouwd [62], wanneer hij derhalve de aan het kartel deelnemende onderneming voortzet [63] (*criterium van de economische continuïteit*). [64]

77. Bovendien moeten bijzondere omstandigheden aanwezig zijn die rechtvaardigen dat van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid wordt afgeweken. Daartoe hebben zich in de rechtspraak in wezen twee categorieën van gevallen ontwikkeld.

78. In de eerste plaats speelt het criterium van de economische continuïteit een rol bij wijzigingen die alleen betrekking hebben op de exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming en ertoe leiden dat deze juridisch niet meer bestaat. [65] Zo waarborgt de inachtneming van de economische continuïteit dat rechtspersonen zich niet door eenvoudige wijzigingen in hun rechtsvorm of naam aan hun mededingingsrechtelijke aansprakelijkheid kunnen onttrekken. [66] Ditzelfde moet bijvoorbeeld gelden voor een fusie waarbij de oorspronkelijke exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming van zijn rechtspersoonlijkheid afziet ten gunste van een andere rechtspersoon die in zijn rechten treedt.

79. In de tweede plaats past de rechtspraak het criterium van de economische continuïteit ook toe op herstructureringen binnen een groep ondernemingen, waarbij de oorspronkelijke exploitant niet noodzakelijkerwijs ophoudt juridisch te bestaan, maar geen noemenswaardige economische activiteit

62 — Zie in dezelfde zin arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 84).

63 — Zie in dezelfde zin arresten CRAM en Rheinzink/Commissie (punt 9) en Aalborg Portland e.a./Commissie (punt 59), aangehaald in voetnoot 25.

64 — Arresten Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punt 145) en Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 359).

65 — Arrest Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punt 145).

66 — Zie in dezelfde zin arresten CRAM en Rheinzink/Commissie (punt 9) en Aalborg Portland e.a./Commissie (punt 59), aangehaald in voetnoot 25.

meer uitoefent, zelfs niet op een andere markt dan die waarop het kartel werkzaam is.[67] Wanneer namelijk tussen de oorspronkelijke en de nieuwe exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming een structurele band bestaat[68], kunnen de betrokkenen hun kartelrechtelijke aansprakelijkheid met behulp van te hunner beschikking staande juridische structuren — al dan niet opzettelijk — ontlopen. Zo zou de oorspronkelijke exploitant van de onderneming bijvoorbeeld op grond van een interne herstructurering een „lege huls zonder inhoud" kunnen worden. Een aan hem opgelegde kartelrechtelijke sanctie zou dan geen enkel effect hebben.[69]

winsten en waardevermeerderingen van de onderneming als gevolg van de deelneming aan het kartel[70], en dat anderzijds ook de sanctie als zodanig effect sorteert. Immers, alleen de economisch actieve exploitant kan zijn invloed aanwenden opdat de onderneming zich in de toekomst aan de mededingingsregels houdt. Indien de sanctie werd opgelegd aan de economisch niet meer actieve, oorspronkelijke exploitant van de onderneming, zou zij niet een vergelijkbaar effect hebben. Ook de generaal-preventieve afschrikkende werking op andere marktdeelnemers zou dan op zijn minst geringer zijn.

— Aan de toepassing van het criterium van de economische continuïteit gestelde grenzen

80. Alleen door de inbreuk op de mededingingsregels aan de nieuwe exploitant van de onderneming toe te rekenen, kan in de genoemde gevallen worden gewaarborgd dat enerzijds die persoon aansprakelijk wordt gehouden die profiteert van de eventuele

81. Nochtans mag het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid niet met een beroep op de economische continuïteit worden uitgehold en praktisch in het tegendeel worden gewijzigd. Het criterium van de economische continuïteit dient namelijk het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid niet te vervangen, maar alleen aan te vullen voor zover dit nodig is om inbreuken op het mededingingsrecht zowel adequaat als effectief te bestraffen en aldus bij te dragen tot de doeltreffende uitvoering van de mededin-

67 — Zie in deze zin arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 359); het Hof benadrukt dat het criterium van de economische continuïteit niet van toepassing is in een geval van „twee bestaande en functionerende ondernemingen waarvan de ene een deel van haar activiteiten aan de andere had overgedragen"; in dezelfde zin arrest NMH Stahlwerke/Commissie (aangehaald in voetnoot 61, punten 127-137).

68 — Zie, voor de betekenis van een „structurele band", arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 359 juncto punt 344). In die zaak achtte het Hof een deelneming van 50 % van de oorspronkelijke exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming in de nieuwe exploitant voldoende om te aanvaarden dat tussen beiden een „structurele band" bestond.

69 — Daarbij is inzonderheid van belang dat de omzetten van de ondernemingen bij de berekening van geldboeten een beslissende rol spelen (zie bijvoorbeeld artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003). Wanneer een onderneming geen noemenswaardige omzet meer behaalt, kan haar ook geen doeltreffende geldboete meer worden opgelegd.

70 — In de rechtspraak is erkend dat de winst die een onderneming uit haar mededingingsverstorende praktijken heeft behaald, een van de factoren is die worden meegewogen bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk, en dat de inaanmerkingneming van deze factor beoogt te verzekeren dat van de geldboete een afschrikkende werking uitgaat (zie 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 260 en 292).

gingsregels. Dienovereenkomstig dient slechts bij uitzondering een beroep op het criterium van de economische continuïteit te worden gedaan.

82. Dit sluit niet uit dat nieuwe categorieën gevallen aan de twee genoemde kunnen worden toegevoegd.[71] Aan de toepassing van het criterium van de economische continuïteit worden evenwel bijzonder strikte grenzen gesteld wanneer de aan het kartel deelnemende onderneming wordt vervreemd aan een onafhankelijke derde, en tussen de oorspronkelijke en de nieuwe exploitant geen structurele band bestaat. In dat geval zou een beroep op het criterium van de economische continuïteit en daarmee ook de toerekening van de inbreuk op het mededingingsrecht aan de nieuwe exploitant alleen moeten zijn toegestaan wanneer de onderneming onder aanwending van *manoeuvres* is overgedragen, dat wil zeggen met het specifieke doel te ontkomen aan sancties wegens schending van de mededingingsregels.[72]

83. Wanneer daarentegen dergelijke manoeuvres ontbreken en de onderneming door de onafhankelijke derde tegen marktcondities is verworven, zou geen beroep op het criterium van de economische continuïteit moeten worden gedaan. Voor de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels is dan namelijk een afwijking van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid niet strikt noodzakelijk. De sanctie wegens schending van de mededingingsregels kan in dat geval doorgaans ook gevolgen sorteren ten aanzien van de oorspronkelijke exploitant van de onderneming.

84. Bovendien staat het bij een vervreemding tegen marktcondities geenszins vast, dat alleen de nieuwe exploitant profiteert van eventuele winsten en waardevermeerderingen van de onderneming die uit haar deelneming aan het kartel voortvloeien. Veeleer hangt dit af van hetgeen tussen de verkoper en de koper is overeengekomen, zoals met name de omstandigheid of daarbij de dreiging van eventuele geldboeten wegens schending van de mededingingsregels de prijs al dan niet heeft gedrukt.

b) Bijzonderheden van de onderhavige zaak

85. Ofschoon het niet op de weg van het Hof ligt om zelf de feiten van het hoofdgeding te beoordelen, kan het de verwijzende rechter niettemin met het oog op de bijzonderheden van deze feiten alle nuttige aanwijzingen geven die de oplossing van het hoofdgeding kunnen vergemakkelijken. In dit verband moet op het volgende worden gewezen.

86. De onderhavige zaak wordt gekenmerkt door de omstandigheid dat de Italiaanse Staat via zijn eigen onderneming AAMS aanvankelijk op twee gebieden — kansspelen

71 — Zie punten 78 en 79 van deze conclusie.

72 — Zie in deze zin arresten Commissie/Anic Partecipazioni (aangehaald in voetnoot 26, punten 145 en 146, laatste volzin) en HFB/Commissie (aangehaald in voetnoot 61, punt 107); zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25), punten 66 en 67.

en loterijen enerzijds en de tabakssector anderzijds — economisch actief was. Slechts één van deze twee gebieden, te weten de productie van en de handel in tabaksproducten, werd vervolgens aan het speciaal daartoe opgerichte openbare economische lichaam ETI overgedragen, dat eerst nog onder het toezicht van het ministerie van Economie en Financiën stond en pas later in een naamloze vennootschap werd omgezet en geprivatiseerd.

87. Het betrof derhalve in een eerste fase alleen een interne herstructurering waarbij de betrokken economische activiteiten van de Staat op het gebied van kansspelen enerzijds en tabak anderzijds beide onder het ministerie van Economie en Financiën bleven ressorteren en aan diens toezicht bleven onderworpen. In een tweede fase werden evenwel de economische activiteiten van de Staat in de tabaksector aan de invloedssfeer van het ministerie van Economie en Financiën onttrokken en naar de particuliere sector overgeheveld.

88. Vaststaat dat het openbare economische lichaam ETI en de naamloze vennootschap ETI SpA als *economische opvolgers* van AAMS op het gebied van de productie en de handel in tabaksproducten moeten worden beschouwd. Daarvoor pleit niet alleen de formele overdracht van die activiteiten aan ETI en de positie van ETI als rechtsopvolgster van AAMS ten aanzien van al haar activa en passiva, rechten en vermogensbestanddelen.[73] Ook in economisch opzicht heeft ETI volgens de mij ter beschikking staande informatie de rol van AAMS naadloos overgenomen, met inbegrip van de deelneming aan het kartel met Philip Morris.

89. De omstandigheid dat ETI de exploitatie van AAMS op het gebied van de productie en de handel in tabaksproducten voortzet, waarmee aan het criterium van de economische continuïteit is voldaan, volstaat nog niet om ETI in afwijking van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid verantwoordelijk te stellen voor de schending van de mededingingsregels door AAMS. Immers, zoals reeds vermeld[74], dient het criterium van de economische continuïteit niet in de plaats te komen van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid, maar dient het dit alleen aan te vullen voor zover dit nodig is om inbreuken op het mededingingsrecht zowel op adequate als doeltreffende wijze te bestraffen en aldus bij te dragen tot de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels.

90. In een geval als het onderhavige kan een dergelijke noodzaak niet worden aangetoond.

73 — Verordening nr. 283/1998; zie daartoe punt 10 van deze conclusie.

74 — Zie punt 81 van deze conclusie.

— Voortzetting van de economische activiteit van AAMS

91. In de eerste plaats dient niet uit het oog te worden verloren dat de economische activiteit van AAMS niet volledig op ETI is overgegaan; AAMS bestaat volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter nog steeds als zelfstandige marktdeelnemer met noemenswaardige activiteiten op het gebied van kansspelen en loterijen. De onderhavige situatie kan daarom niet worden vergeleken met die waarin de oorspronkelijke exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming juridisch niet meer bestaat of hoe dan ook als marktdeelnemer geen rol meer speelt. [75]

92. Dienovereenkomstig vergt het doel van de sanctie ook niet noodzakelijkerwijs, dat deze wordt opgelegd aan ETI in plaats van aan AAMS. Een ten laste van AAMS als oorspronkelijke exploitant van de onderneming uitgevaardigde sanctie kan juist een bijzonder preventief effect hebben en aldus bijdragen tot de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels. AAMS neemt immers nog steeds deel aan het economisch leven en kan door middel van een sanctie worden aangespoord zich in de toekomst aan de mededingingsregels te houden.

93. Erkend moet worden dat een door het staatsbedrijf AAMS te betalen geldboete naar de Staat zou terugvloeien, maar de financiële en boekhoudkundige autonomie van AAMS [76] doen vermoeden dat de sanctie nochtans op het individuele marktgedrag van AAMS van invloed kan zijn.

94. De omstandigheid dat AAMS in de tabakssector geen economische activiteiten meer uitoefent, staat er niet aan in de weg dat haar op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid schendingen van de mededingingsregels worden toegerekend. [77] De door haar te betalen geldboete kan hoe dan ook nog een generaal-preventief effect hebben, zodat de in deze economische branche actieve ondernemingen worden aangespoord zich voortaan overeenkomstig het mededingingsrecht te gedragen en worden ontmoedigd om nieuwe inbreuken op het mededingingsrecht te plegen.

75 — Zie dienaangaande punten 78 en 79 van deze conclusie.

76 — Zie punt 9 van deze conclusie. Ter terechtzitting heeft de gemachtigde van de Italiaanse regering dienaangaande volledigheidshalve uiteengezet dat AAMS een aparte begroting heeft; los van die van het ministerie van Economie en Financiën.

77 — Zie dienaangaande de zaak Commissie/Anic Partecipazioni (arrest aangehaald in voetnoot 26, punt 145), waarin Anic zich had teruggetrokken uit de door het kartel bestreken economische branche en zij nochtans op grond van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid verantwoordelijk werd gehouden; dit wordt verduidelijkt in het latere arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 359), waarin de zaak Commissie/Anic Partecipazioni wordt omschreven als „het geval van twee bestaande en functionerende ondernemingen waarvan de ene *een deel van haar activiteiten* aan de andere had overgedragen" (cursivering van mij).

— Privatisering en vervreemding van ETI aan een onafhankelijke derde

95. In de tweede plaats moet worden bedacht dat ETI intussen is omgezet in een naamloze vennootschap en is geprivatiseerd, zoals dit overigens van meet af aan de bedoeling is geweest. In dit verband bestaan er geen aanwijzingen dat van de overgang van de onderneming op ETI misbruik is gemaakt met de bedoeling mededingingsrechtelijke sancties te omzeilen.

96. Voor zover ik kan beoordelen bestonden voorts, in ieder geval ten tijde van de oplegging van de sanctie, tussen AAMS als vroegere exploitante van de aan het kartel deelnemende onderneming en ETI als de nieuwe exploitant geen structurele banden meer. Veeleer bevond de onderneming zich bij de oplegging van de sanctie al in handen van de onafhankelijke derde.

97. Dit heeft tot gevolg dat de onderhavige zaak niet zozeer op een herstructurering binnen een groep ondernemingen lijkt als wel op een verkoop van een onderneming aan een onafhankelijke derde tegen marktcondities, waarop het criterium van de economische continuïteit, zoals al toegelicht [78], niet behoort te worden toegepast.

78 — Zie punten 81-84 van deze conclusie.

98. Anders dan de Italiaanse regering, zie ik ook in een eventuele uit het kartel voortvloeiende waardevermeerdering van de door ETI voortgezette onderneming geen aanleiding af te wijken van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid. Zoals immers al vermeld, profiteert niet noodzakelijkerwijs alleen de nieuwe exploitant van de onderneming van een dergelijke waardevermeerdering. Het is juist zeer wel mogelijk dat een dergelijke waardevermeerdering ten tijde van haar volledige privatisering in de koopprijs van de aandelen van ETI SpA is verdisconteerd, in welk geval zij ten goede zou komen aan de verkoper, de Italiaanse Staat.

99. Ter afsluiting wijs ik erop dat het met het oog op de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels geen verschil behoort te maken of een particulier, dan wel de staat de aan een kartel deelnemende onderneming aan een onafhankelijke derde heeft verkocht. Hoe dan ook dient de staat niet te worden bevoordeeld boven een particuliere verkoper.

100. De Commissie is van mening dat onder bepaalde omstandigheden de aansprakelijkheid voor de inbreuk op de mededingingsregels door een overheidsonderneming in het geval van privatisering volgens het beginsel van de economische continuïteit op de nieuwe particuliere exploitant moet overgaan. Zij acht dit met name juist voor het geval de staat in het kader van zijn bijzondere organisatorische structuur waarvan

de geprivatiseerde onderneming oorspronkelijk deel uitmaakte, na de privatisering geen economische activiteit meer uitoefent, ook al is hij in het kader van andere structuren — die bijvoorbeeld onder de bevoegdheid van andere ministeries vallen — wellicht nog wél economisch actief. [79]

101. Daartegen kan evenwel worden ingebracht, dat de loutere privatisering van een overheidsonderneming de staat niet van zijn aansprakelijkheid voor eventuele inbreuken op de mededingingsregels door voordien door hem geëxploiteerde ondernemingen mag bevrijden. Deze aansprakelijkheid van de staat is veeleer de logische consequentie van zijn economische activiteit, waarbij hij zich in beginsel niet mag onttrekken aan de mededingingsregels die voor alle ondernemingen gelden (zie ook artikel 86, lid 1, EG). Wanneer derhalve een particulier krachtens het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid aansprakelijk blijft voor inbreuken op het mededingingsrecht door een door hem geëxploiteerde onderneming ook nadat deze is verkocht, kan voor de staat alleen maar hetzelfde gelden.

102. Overigens is het niet nodig over het door de Commissie aan de orde gestelde probleem thans een definitief oordeel te vellen. In de onderhavige zaak staat immers volgens de inlichtingen van de verwijzende rechter hoe dan ook vast dat de Italiaanse Staat nog steeds via AAMS economisch actief is. Zijn economische activiteit wordt derhalve in dezelfde organisatorische structuur voortgezet waaruit de later op ETI overgedragen en geprivatiseerde activiteit is voortgekomen.

103. Concluderend ben ik derhalve van mening dat mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties het in een geval als het onderhavige bij het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid moeten houden en de inbreuk op de mededingingsregels niet moeten toerekenen volgens het beginsel van de economische continuïteit.

2. Eventuele beoordelingsmarge van de mededingingsautoriteiten in het kader van de toerekening (tweede vraag)

104. Met zijn tweede vraag wenst de Consiglio di Stato in wezen te vernemen of de bevoegde mededingingsautoriteit een inbreuk op de mededingingsregels discretionair aan hetzij de oorspronkelijke hetzij de

79 — Bij wijze van voorbeeld wijst de Commissie erop dat de staatsbedrijven in de sectoren post en spoorwegen in Italië traditioneel tot andere organisatiestructuren behoren en met name onder andere ministeries vallen dan AAMS.

nieuwe exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming kan toerekenen, ter verzekering dat aan de nuttige werking van de mededingingsregels geen afbreuk wordt gedaan.

105. Zoals al vermeld, moet een inbreuk op de mededingingsregels bij opvolging van de onderneming volgens het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid worden toegerekend. Het criterium van de economische continuïteit dient niet in de plaats te komen van het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid doch dit alleen maar aan te vullen voor zover dit nodig is om inbreuken op de mededingingsregels zowel adequaat als effectief te bestraffen en aldus bij te dragen tot de doeltreffende uitvoering van de mededingingsregels.

106. Hieruit volgt dat de bevoegde mededingingsautoriteiten, evenals de bevoegde rechters, niet het recht hebben naar goeddunken te beslissen of zij de inbreuk op de mededingingsregels door een onderneming hetzij aan haar oorspronkelijke hetzij aan haar nieuwe exploitant zullen toerekenen. Het criterium van de economische continuïteit kan alleen worden gehanteerd wanneer de sanctie wegens inbreuken op de mededingingsregels haar doel zou missen indien uitsluitend het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid werd toegepast.

107. Of een sanctie wegens inbreuken op de mededingingsregels haar doel zou missen, kan in het concrete geval een beoordeling van ingewikkelde economische feiten vergen.

108. Zo dient eventueel te worden beoordeeld of de oorspronkelijke exploitant van de aan het kartel deelnemende onderneming ten tijde van de bestraffing van de inbreuk nog een noemenswaardige economische activiteit uitoefent, zodat een hem opgelegde sanctie effectief kan bijdragen tot de uitvoering van de mededingingsregels. Ook het al dan niet bestaan van een structurele band tussen de oorspronkelijke en de nieuwe exploitant van de onderneming kan een dergelijke beoordeling van ingewikkelde economische verbanden vereisen, evenals de vraag of de onderneming tegen marktcondities dan wel met bedrieglijke bedoelingen aan de nieuwe exploitant is verkocht.

109. Zoals de Commissie terecht beklemtoont, beschikt de bevoegde mededingingsautoriteit bij het maken van dergelijke beoordelingen krachtens het gemeenschapsrecht over een beoordelingsmarge. [80]

80 — Zie vaste rechtspraak: arresten van 11 juli 1985, Remia e.a./Commissie (42/84, Jurispr. blz. 2545, punt 34); 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62), en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 25, punt 279).

VI — Conclusie

110. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de door de Consiglio di Stato gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) a) Volgens het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid moet de inbreuk op de mededingingsregels door een onderneming in beginsel worden toegerekend aan de oorspronkelijke exploitant die ten tijde van de inbreuk verantwoordelijk was voor de onderneming, ook wanneer ten tijde van de vaststelling van de beschikking van de mededingingsautoriteit een nieuwe exploitant verantwoordelijk is voor de onderneming.

Dit geldt eveneens wanneer de onderneming ten tijde van de inbreuk werd geëxploiteerd door de staat en nadien aan een particulier is overgedragen.

b) Alleen bij wijze van uitzondering moet de inbreuk op de mededingingsregels aan de nieuwe exploitant van de onderneming worden toegerekend, namelijk wanneer

— de nieuwe exploitant de exploitatie van onderneming tot de datum van de beschikking van de mededingingsautoriteit heeft voortgezet;

— de oorspronkelijke exploitant ten tijde van de beschikking van de mededingingsautoriteit juridisch niet meer bestaat of geen noemenswaardige economische activiteit meer uitoefent, zelfs niet op een andere dan de door het kartel bestreken markt, en

— hetzij tussen de nieuwe en de oorspronkelijke exploitant een structurele band bestaat, hetzij de onderneming met bedrieglijke bedoelingen, ter omzeiling van kartelrechtelijke sancties, aan de nieuwe exploitant is overgedragen.

2) De bevoegde mededingingsautoriteit beschikt niet over een beoordelingsbevoegdheid bij de toerekening van inbreuken op de mededingingsregels. Zij beschikt echter wel over een beoordelingsmarge voor zover zij in het kader van deze toerekening ingewikkelde economische feiten moet beoordelen."