Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 12 april 2018 [1]

Zaak C-99/17 P

Infineon Technologies AG
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Mededingingsregelingen – Europese markt voor smartcardchips – Netwerk van bilaterale contacten met het oog op de onderlinge afstemming van reacties op afnemers die prijsverlaging wensen – Betwisting van authenticiteit van bewijzen – Omvang van de rechterlijke toetsing – Volledige rechtsmacht”

1. De onderhavige hogere voorziening, ingesteld door Infineon Technologies AG (hierna: „rekwirante”), strekt tot vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 december 2016, Infineon Technologies/Commissie (T-758/14, niet gepubliceerd; EU:T:2016:737; hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van haar beroep strekkende, primair, tot nietigverklaring van besluit C(2014) 6250 final van de Commissie van 3 september 2014 in een procedure op grond van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst [Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER)] (zaak AT.39574 – Smartcardchips) (hierna: „litigieus besluit”) en, subsidiair, tot verlaging van het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete.

2. Op verzoek van het Hof zal de onderhavige conclusie zich toespitsen op twee rechtsvragen die rekwirante tot staving van haar hogere voorziening heeft opgeworpen. Deze twee vragen hebben betrekking op, enerzijds, de voorwaarden waaronder de volledige rechtsmacht dient te worden uitgeoefend en, anderzijds, de betwisting van de authenticiteit van de bewijsmiddelen waarop de Europese Commissie zich heeft gebaseerd.

I. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening nr. 1/2003

3. Volgens artikel 31 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] [2] heeft „[h]et Hof van Justitie […] volledige rechtsmacht ter zake van beroep tegen [besluiten] van de Commissie waarin een geldboete of een dwangsom wordt vastgesteld. Het kan de opgelegde geldboete of dwangsom intrekken, verlagen of verhogen”.

1 Originele taal: Frans.

2 PB 2003, L 1, blz. 1.

B. Richtsnoeren voor de berekening van geldboeten

4. De richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 [3] worden opgelegd (hierna: „richtsnoeren voor de berekening van geldboeten"), bepalen onder het opschrift „Aanpassing van het basisbedrag [van de geldboete]" het volgende:

„[…]

B. Verzachtende omstandigheden

29. Het basisbedrag van de boete kan worden verlaagd wanneer de Commissie vaststelt dat er sprake is van verzachtende omstandigheden, zoals:

– […]

– […]

– wanneer de betrokken onderneming aantoont dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was en zij vervolgens bewijst dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen; het loutere feit dat een onderneming korter aan een inbreuk heeft deelgenomen dan de andere ondernemingen wordt niet als een verzachtende omstandigheid beschouwd, omdat hiermee bij de vaststelling van het basisbedrag reeds rekening wordt gehouden;

[…]"

II. Voorgeschiedenis van het geding

5. De voorgeschiedenis van het geding en de belangrijkste elementen van het litigieuze besluit zijn uiteengezet in de punten 1 tot en met 40 van het bestreden arrest. Zij kunnen worden samengevat als volgt.

6. De Commissie is op 22 april 2008 door Renesas Technology Corp. en haar dochtermaatschappijen (hierna: „Renesas") in kennis gesteld van het bestaan van een mededingingsregeling in de sector smartcardchips, waarbij Renesas heeft verzocht om haar immuniteit tegen een geldboete te verlenen op grond van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken [4] (hierna: „mededeling inzake medewerking"). Nadat de Commissie onaangekondigde controles ter plaatse bij verschillende ondernemingen in deze sector had verricht en hun om inlichtingen had verzocht, heeft zij op 28 maart 2011 de procedure als bedoeld in artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 ingeleid tegen Koninklijke Philips NV en Philips Frankrijk (hierna: „Philips"), Renesas en Samsung Electronics CO., Ltd, en Samsung Semiconductor Europe GmbH (hierna samen: „Samsung").

7. In april 2011 is de Commissie gesprekken met het oog op een schikking in de zin van artikel 10 bis van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101 VWEU] en [102 VWEU] [5] begonnen met Renesas, Samsung en Philips. Deze gesprekken zijn opgeschort in oktober 2012.

3 PB 2006, C 210, blz. 2.

4 PB 2006, C 298, blz. 17.

5 PB 2004, L 123, blz. 18.

8. Op 18 april 2013 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar gericht aan Renesas, Hitachi, Mitsubishi Electric Corp., Samsung, rekwirante en Philips. De hoorzitting heeft plaatsgevonden op 20 november 2013.

9. Op 3 september 2014 heeft de Commissie het litigieuze besluit genomen. In dat besluit heeft de Commissie vastgesteld dat vier ondernemingen, te weten rekwirante, Philips, Renesas en Samsung, hadden deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk op artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst in de sector smartcardchips met EER-dekking (hierna: „betrokken inbreuk"). Deze inbreuk, die zou hebben plaatsgevonden tussen 24 september 2003 en 8 september 2005, had betrekking op smartcardchips, die worden gebruikt in de SIM-kaarten van mobiele telefoons, bankkaarten, identiteitskaarten en paspoorten, betaaltelevisie en diverse andere toepassingen.

10. Ten tijde van de betrokken inbreuk werd de markt voor smartcardchips, die uit twee segmenten bestaat – te weten SIM smartcardchips (die voornamelijk worden gebruikt voor mobiele telefoons) en non-SIM smartcardchips (die worden gebruikt voor banken, beveiliging en identificatie) –, gekenmerkt door continue prijsdalingen, druk op de prijzen door de belangrijkste afnemers van de producenten van smartcardchips, een gebrek aan evenwicht tussen vraag en aanbod als gevolg van een toegenomen vraag en de constante en snelle technologische ontwikkelingen, alsook de structuur van de contractuele onderhandelingen met de afnemers.

11. De betrokken inbreuk was gebaseerd op een netwerk van bilaterale contacten tussen de adressaten van het litigieuze besluit tijdens bijeenkomsten of telefoongesprekken die wekelijks plaatsvonden in 2003 en 2004. Volgens de Commissie hebben de deelnemers aan de inbreuk zich schuldig gemaakt aan onderlinge afstemming van hun prijspolitiek ter zake van smartcardchips, door middel van contacten over prijsafspraken, met name specifieke prijsoffertes voor de belangrijkste afnemers, minimumprijzen en richtprijzen, het delen van standpunten over de prijsontwikkeling in het komende semester en de voornemens op het gebied van prijsafspraken, maar ook over de productiecapaciteit en het gebruik daarvan, het toekomstige marktgedrag en de onderhandelingen over contracten met gemeenschappelijke afnemers. Het tijdschema van de heimelijke contacten, waarvan de lijst is opgenomen in tabel nr. 4 van het litigieuze besluit, zou worden afgestemd op het ritme van de conjunctuurcyclus. Gelet op het doel ervan en het tijdstip waarop zij plaatsvonden, heeft de Commissie geconstateerd dat er een verband bestond tussen deze bilaterale contacten. Bovendien zouden de ondernemingen tijdens deze contacten soms openlijk melding hebben gemaakt van andere bilaterale contacten tussen de deelnemers aan de betrokken inbreuk, en zou de vergaarde informatie zijn doorgegeven aan de concurrenten.

12. De Commissie heeft de betrokken inbreuk gekwalificeerd als één enkele voortdurende inbreuk. De heimelijke contacten zouden onderling verband houden en complementair zijn. Door hun wisselwerking zouden zij hebben bijgedragen tot de verwezenlijking van alle mededingingsbeperkende gevolgen in het kader van een totaalplan met één enkel doel.

13. Volgens de Commissie hadden Samsung, Renesas en Philips kennis van de inbreuk in zijn geheel. Rekwirante daarentegen is enkel verantwoordelijk gehouden voor deze inbreuk voor zover zij heeft deelgenomen aan heimelijke praktijken met Samsung en Renesas, bij gebreke van bewijzen dat zij tevens contact heeft gehad met Philips of dat zij de subjectieve indruk heeft gehad deel te nemen aan de inbreuk in zijn geheel.

14. Tot slot is de Commissie van oordeel dat het gedrag van de betrokken ondernemingen ertoe strekte, de mededinging binnen de Unie te beperken en dat dit gedrag het handelsverkeer tussen de lidstaten en tussen de ondertekende partijen bij de EER merkbaar heeft beïnvloed.

15. Met het oog op de berekening van het bedrag van de geldboeten die overeenkomstig artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 en de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten zijn opgelegd, heeft de Commissie gepreciseerd dat de betrokken inbreuk opzettelijk was gepleegd. Ter berekening van het basisbedrag heeft zij een indicatieve waarde voor de jaaromzet berekend, gebaseerd op de werkelijke waarde van de omzet van de producten waarop de mededingingsregeling betrekking had, zoals gerealiseerd door de ondernemingen gedurende de maanden van hun actieve deelneming aan de betrokken inbreuk. Zij heeft een coëfficiënt van 16 % toegepast voor de ernst van de betrokken inbreuk. Zij is uitgegaan van een duur van 11 maanden en 17 dagen voor Philips, 18 maanden en 7 dagen voor rekwirante, 23 maanden en 2 dagen voor Renesas en 23 maanden en 15 dagen voor Samsung. Zij heeft een coëfficiënt van 16 % van de waarde van de omzet toegepast als aanvullend bedrag.

16. Wegens verzachtende omstandigheden heeft de Commissie het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete verlaagd met 20 %, omdat zij slechts verantwoordelijk voor de betrokken inbreuk was voor zover zij had deelgenomen aan heimelijke afspraken met Samsung en Renesas, en niet met Philips. Op grond van de mededeling inzake medewerking heeft zij aan Renesas immuniteit voor geldboeten toegekend en het bedrag van de geldboete van Samsung met 30 % verlaagd.

17. In artikel 1 van het litigieuze besluit heeft de Commissie vastgesteld dat de volgende ondernemingen hebben deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk, in de sector smartcardchips met EER-dekking, op artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst:

– rekwirante, van 24 september 2003 tot en met 31 maart 2005, „wegens haar onderlinge afstemming met Samsung en Renesas” [artikel 1, onder a)];

– Philips, van 26 september 2003 tot en met 9 september 2004 [artikel 1, onder b)];

– Renesas, van 7 oktober 2003 tot en met 8 september 2005 [artikel 1, onder c)], en

– Samsung, van 24 september 2003 tot en met 8 september 2005 [artikel 1, onder d)].

18. In artikel 2 van het litigieuze besluit heeft de Commissie geldboeten van een bedrag van 82 784 000 EUR opgelegd aan rekwirante [artikel 2, onder a)], 20 148 000 EUR aan Philips [artikel 2, onder b)], 0 EUR aan Renesas [artikel 2, onder c)], en 35 116 000 EUR aan Samsung [artikel 2, onder d)].

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

19. Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het Gerecht op 13 november 2014 (hierna: „verzoekschrift strekkend tot nietigverklaring”), heeft rekwirante beroep ingesteld strekkende, primair, tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en, subsidiair, tot verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboete.

20. Tot staving van haar beroep heeft rekwirante zes middelen aangevoerd. In het bestreden arrest heeft het Gerecht deze middelen afgewezen en daarmee het beroep van rekwirante in zijn geheel verworpen.

21. Met de eerste twee middelen die zij voor het Gerecht heeft aangevoerd en die betrekking hadden op de eerbiediging van de rechten van de verdediging en van het beginsel van behoorlijk bestuur, heeft rekwirante met name kritiek uitgeoefend op de processuele behandeling van een door Samsung in 2012 geproduceerd bewijsmiddel, te weten een interne e-mail van die onderneming van 3 november 2003, waarvan zij bovendien de authenticiteit betwistte.

22. Ter beoordeling van de tweede grief die tot staving van het eerste middel was geuit, heeft het Gerecht in de punten 76 tot en met 80 van het bestreden arrest in wezen vastgesteld dat de Commissie rekwirante in de administratieve fase in kennis had moeten stellen van haar eigen „wetenschappelijke beoordelingen" aangaande de echtheid van deze e-mail. Deze beoordelingen vormden namelijk belastende gegevens, omdat de Commissie op basis daarvan heeft geconcludeerd dat deze e-mail het geloofwaardige bewijs opleverde van de deelneming van rekwirante aan de betrokken inbreuk. Het Gerecht heeft echter in punt 85 van dit arrest geoordeeld dat het verzuim om deze beoordelingen ter kennis van rekwirante te brengen, niet van invloed is geweest op de uitkomst waartoe de Commissie in het litigieuze besluit is gekomen, op grond waarvan het de grief van rekwirante in punt 86 van het arrest heeft afgewezen.

23. Voor zover rekwirante de bewijskracht van een verklaring van een werknemer van Samsung heeft betwist aan de hand van de stelling dat een valse verklaring in Korea geen strafbaar feit opleverde en dat Samsung er na het mislukken van de schikking een specifiek belang bij had om „de feiten mooier voor te stellen", heeft het Gerecht in punt 93 van het bestreden arrest overwogen dat Samsung, in haar hoedanigheid van verzoeker in het kader van de mededeling inzake medewerking, zich in het geval van een valse verklaring blootstelde aan het risico om de voordelen van deze medewerking te verliezen.

24. Het Gerecht heeft voorts een argument afgewezen dat rekwirante in het kader van het tweede middel had aangevoerd, namelijk dat de Commissie om een onafhankelijk deskundigenonderzoek met betrekking tot de elektronische versie van de e-mail van 3 november 2003 had moeten vragen bij gebreke van een geldig bewijs van de echtheid ervan. In punt 118 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zijn reactie op dit argument aldus gemotiveerd dat de Commissie over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt bij haar beslissing om al dan niet aanvullende maatregelen te treffen en dat rekwirante in casu niet heeft aangetoond, gelet op de haar meegedeelde deskundigenrapporten en haar eigen wetenschappelijke beoordelingen, dat een dergelijk verzoek nodig was.

25. In het kader van het onderzoek van het derde – uit vier onderdelen bestaande – middel ontleend aan schending van artikel 101, lid 1, VWEU, heeft het Gerecht met name de stellingen van rekwirante onderzocht betreffende het gebrek aan geloofwaardigheid van de door Samsung geleverde bewijzen en het bewijs van het bestaan van een door rekwirante gepleegde inbreuk.

26. In de punten 143 tot en met 158 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de argumenten van rekwirante onderzocht, strekkend tot betwisting, in het kader van het tot staving van het derde middel aangevoerde tweede onderdeel, van de geloofwaardigheid van de door Samsung geleverde bewijzen.

27. In de eerste plaats heeft het Gerecht in de punten 143 en 144 van dit arrest geoordeeld dat deze argumenten geen doel treffen. Immers, gesteld al dat Samsung niet als een geloofwaardige getuige kan worden beschouwd en dat al haar verklaringen en schriftelijke bewijsstukken buiten beschouwing moeten worden gelaten, dan nog tast dit niet de beoordelingen van de Commissie aan – die zijn gebaseerd op de verklaringen en schriftelijke bewijsstukken van Renesas – dat rekwirante mededingingsbeperkende contacten met laatstgenoemde onderneming heeft gehad, zoals het contact van 31 maart 2005. Het Gerecht heeft in dit kader verwezen naar de punten 193 tot en met 201 van zijn arrest, aangezien het in de punten 197 tot en met 206 van dit arrest de argumenten van rekwirante strekkend tot betwisting van laatstgenoemd contact had onderzocht en verworpen.

28. In de tweede plaats „en wellicht ten overvloede" heeft het Gerecht in de punten 145 tot en met 157 van het bestreden arrest de grieven van rekwirante strekkend tot betwisting van de geloofwaardigheid van Samsung als getuige en de geloofwaardigheid van de verklaringen en van de bewijzen van laatstgenoemde onderneming onderzocht en afgewezen.

29. Het Gerecht heeft hiertoe met name overwogen dat, aangezien rekwirante niet de beoordelingen van de Commissie had betwist dat de verklaringen en de bewijzen van Samsung werden bevestigd door andere deelnemers aan de mededingingsregeling, in het bijzonder Renesas en NXP [6], al haar argumenten die ertoe strekten om Samsung als betrouwbare getuige in diskrediet te brengen ongegrond waren en dus moesten worden verworpen (punten 146 tot en met 149 van het bestreden arrest). Voorts is het Gerecht ingegaan op de grieven van rekwirante betreffende de betrouwbaarheid van de bewijzen waarop de Commissie zich had gebaseerd om de contacten van 3 en 7 november 2003 aan te tonen (punten 152 tot en met 157 van het bestreden arrest).

30. In de punten 159 tot en met 208 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het derde onderdeel onderzocht dat tot staving van dit middel is aangevoerd en dat betrekking heeft op het bewijs van het bestaan van een inbreuk op artikel 101 VWEU. Rekwirante stelde dat geen van de elf contacten die zij met haar concurrenten had gehad, inbreuk maakte op deze bepaling. In dit verband heeft het Gerecht in punt 160 van het bestreden arrest geoordeeld, dat „rekwirante niet het oordeel van de Commissie betwist[te] dat de prijzen in beginsel jaarlijks werden vastgesteld, hetgeen bovendien ook blijkt uit de besprekingen waaraan rekwirante heeft deelgenomen. In deze omstandigheden volstaat het om voor de jaren 2003 tot en met 2005 te onderzoeken of rekwirante heeft deelgenomen aan één of, in voorkomend geval, twee mededingingsbeperkende besprekingen met Samsung of Renesas gedurende elk van deze drie jaren, om te kunnen concluderen of er al dan niet sprake is van een inbreuk op artikel 101 VWEU”.

31. In deze omstandigheden heeft het Gerecht het zinvol geacht om eerst vijf contacten tussen rekwirante en Samsung of Renesas te onderzoeken, te weten de contacten van 24 september 2003 (eerste contact), 3 november 2003 (tweede contact), 18 maart 2004 (zesde contact), 1 tot en met 8 juni 2004 (zevende contact) en 31 maart 2005 (elfde contact), waarbij het eerste en het elfde contact volgens de Commissie de begin- respectievelijk de einddatum vormden van de deelneming van rekwirante aan de betrokken inbreuk.

32. Volgens het Gerecht had het dus uitsluitend indien op grond van deze vijf contacten niet kon worden geconcludeerd tot het bestaan van de betrokken inbreuk, moeten onderzoeken of de overige contacten, zoals dat van 17 november 2003, die volgens rekwirante niet onrechtmatig waren, al dan niet hebben bijgedragen tot de vaststelling van het bestaan van deze inbreuk.

33. Het Gerecht heeft vervolgens alle argumenten van rekwirante met betrekking tot deze vijf contacten onderzocht en verworpen.

34. In het bijzonder heeft het Gerecht met betrekking tot het in de punten 161 tot en met 176 van het bestreden arrest onderzochte contact van 24 september 2003 tussen rekwirante en Samsung in de eerste plaats geoordeeld dat de betrokken informatie-uitwisseling over de prijzen, de huidige en toekomstige capaciteiten en de beoogde technologische ontwikkeling, vooral op een markt waar vraag en aanbod geconcentreerd zijn, rechtstreeks van invloed kon zijn op de handelsstrategie van de concurrenten (punten 164 tot en met 166 van zijn arrest). Het preciseerde in punt 168 van dit arrest dat geen enkele van de door rekwirante aangevoerde argumenten kon ontkrachten dat zij op zijn minst met Samsung van gedachten had gewisseld over de prijsprognoses voor het komende jaar.

35. In de tweede plaats heeft het Gerecht deze uitwisseling van naar zijn oordeel gevoelige informatie gekwalificeerd als een inbreuk naar strekking, gelet op de economische en juridische context van de betrokken markt, zoals is uiteengezet in punt 59 van het litigieuze besluit en door rekwirante voor het Gerecht niet is weersproken (punten 173 tot en met 175 van voornoemd arrest).

6 Blijkens het litigieuze besluit heeft NXP de activiteiten van Philips overgenomen vanaf haar oprichting op 29 september 2006. De Commissie heeft geoordeeld dat NXP niet had deelgenomen aan de betrokken inbreuk.

36. Wat meer specifiek de besprekingen over de productiecapaciteit aangaat, heeft het Gerecht in punt 176 van voornoemd arrest hieraan toegevoegd dat, enerzijds, de Commissie, aangezien zij had uiteengezet waarom zij van mening was dat de uitwisseling van informatie over de capaciteiten, gelet op de kenmerken van de markt, de mededinging kon beperken, niet het bestaan van mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt hoefde aan te tonen om de betrokken praktijk te kunnen kwalificeren als een inbreukmakende praktijk. Anderzijds, gesteld al dat de uitwisseling van informatie over de capaciteiten op zich niet volstond om tot het bestaan van een inbreuk naar strekking te kunnen concluderen, dan nog blijft het een feit, aldus het Gerecht, dat rekwirante niet heeft betwist dat de Commissie terecht heeft geconstateerd dat de uitwisseling van informatie over toekomstige prijzen een inbreuk naar strekking vormde.

37. Wat betreft het contact van 3 november 2003 tussen rekwirante en Samsung, dat is onderzocht in de punten 177 tot en met 185 van het bestreden arrest, heeft het Gerecht enerzijds opgemerkt dat rekwirante niet had aangetoond dat de objectieve redenen die de Commissie had aangevoerd ter rechtvaardiging van het bestaan van verschillende versies van de e-mail van dezelfde datum – waarvan rekwirante de echtheid betwistte – onjuist waren. Hoe dan ook bestond er een reeks aanwijzingen afkomstig uit andere bewijzen, dat de in voornoemde e-mail vermelde onrechtmatige besprekingen hadden plaatsgevonden. Het Gerecht heeft de e-mail van een werknemer van Renesas van 7 oktober 2003 en de e-mail van een werknemer van Samsung van 7 november 2003 onderzocht (punten 181 tot en met 183 van het bestreden arrest).

38. Anderzijds heeft het Gerecht naar aanleiding van het betoog dat het contact van 3 november 2003 geen beperking van de mededinging naar strekking vormde, overwogen dat het volstond om vast te stellen dat de Commissie niet gehouden is ten aanzien van elke onrechtmatige bespreking aan te tonen dat deze een dergelijke beperking oplevert, indien zij aantoont dat de betrokken praktijken, in hun geheel bezien, een beperking van de mededinging naar strekking vormen (punt 185 van het bestreden arrest).

39. Met betrekking tot het contact van 1 tot en met 8 juni 2004 tussen rekwirante en Samsung heeft het Gerecht in de punten 192 tot en met 196 van het bestreden arrest de argumenten van rekwirante verworpen. Onder verwijzing naar punt 216 van het litigieuze besluit heeft het op grond van een van Samsung afkomstig document geconstateerd dat er sprake was van een uitwisseling van gevoelige informatie.

40. Op grond van het onderzoek van de vijf voornoemde contacten heeft het Gerecht in punt 207 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „de Commissie geen blijkt heeft gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat rekwirante had deelgenomen aan mededingingsbeperkende besprekingen met Samsung en Renesas tussen 24 september 2003 en 31 maart 2005”.

41. Naar aanleiding van het vierde onderdeel, dat rekwirante tot staving van haar derde middel heeft aangevoerd en dat betrekking heeft op het feit dat het Gerecht, gelet op het ondeelbare karakter van de betrokken inbreuk, het litigieuze besluit slechts in zijn geheel nietig zou kunnen verklaren indien het in het bijzonder mocht concluderen dat de contacten van 3 en 17 november 2003 de mededinging niet beperkten, heeft het Gerecht in punt 211 van het bestreden arrest geoordeeld: „[Z]oals in punt 160 [van het bestreden arrest], is geconstateerd, heeft rekwirante niet betwist dat de vaststelling van de prijzen op de betrokken markt in beginsel jaarlijks plaatsvond. Aangezien is vastgesteld […] dat de Commissie geen blijk had gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat rekwirante aan vijf onrechtmatige contacten had deelgenomen tussen 2003 en 2005, doet het feit dat zij ten onrechte heeft geconcludeerd dat de andere contacten waarop zij zich heeft gebaseerd, zoals dat van 17 november 2003, in werkelijkheid de mededinging [beperkten], geen afbreuk aan de constatering dat rekwirante heeft deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk gedurende deze drie jaren. In tegenstelling dus tot wat rekwirante ter terechtzitting stelt, heeft de Commissie rechtens genoegzaam aangetoond dat zij had deelgenomen aan de betrokken inbreuk, ook al zouden de andere contacten dan de vijf voormelde geen inbreuk maken op artikel 101 VWEU.”

42. Wat betreft het vierde middel dat rekwirante subsidiair heeft aangevoerd en dat is ontleend aan een onjuiste toepassing van het begrip „één enkele voortdurende inbreuk", heeft het Gerecht in punt 215 van het bestreden arrest een samenvatting gegeven van de punten 285 tot en met 315 van het litigieuze besluit. Verder heeft het, in de punten 216 tot en met 223 van dit arrest, herinnerd aan de rechtspraak met betrekking tot de constatering van het bestaan van een dergelijke inbreuk en de deelneming van een onderneming aan een dergelijke inbreuk.

43. In het licht van deze rechtspraak heeft het Gerecht vervolgens de vijf grieven van rekwirante onderzocht. In het bijzonder heeft het Gerecht in de punten 226 tot en met 232 van het bestreden arrest een grief betreffende een tegenstrijdigheid in het litigieuze besluit afgewezen. Naar aanleiding van een analyse van de overwegingen en het dispositief van dat besluit stelde het vast dat, „ook al heeft de Commissie in het dispositief, zonder onderscheid te maken tussen de vier adressaten van dat besluit, geconcludeerd dat zij allen hadden deelgenomen aan de betrokken inbreuk, dit niet wegneemt dat uit de overwegingen van dat besluit eenduidig volgt dat de Commissie van oordeel was dat deze ondernemingen hadden deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk, met dien verstande dat rekwirante, anders dan de drie andere bestrafte ondernemingen, niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor de betrokken inbreuk in zijn geheel" (punt 229 van dit arrest). Op basis van een uitlegging van het dispositief van het litigieuze besluit in het licht van de overwegingen ervan heeft het Gerecht echter in punt 231 van dit arrest geoordeeld „dat het dispositief aldus moet worden opgevat dat [de Commissie] rekwirante niet verantwoordelijk houdt voor de betrokken inbreuk in zijn geheel, in tegenstelling tot de andere adressaten van het [litigieuze] besluit, doch dat zij haar verantwoordelijk voor deze inbreuk acht voor zover zij onrechtmatige contacten heeft onderhouden met Samsung en Renesas. Weliswaar zijn de bewoordingen van het dispositief van het [litigieuze] besluit wat onhandig geformuleerd, […] doch dit laat onverlet dat het dispositief van dat besluit niet in tegenspraak is met de overwegingen ervan".

44. In de punten 236 tot en met 240 van dit arrest heeft het Gerecht voorts ook een grief betreffende schending van het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel in het kader van de berekening van de geldboete afgewezen. In punt 239 van dit arrest heeft het met name het bezwaar tegen de verlaging van de geldboete met 20 % die de Commissie rekwirante uit hoofde van verzachtende omstandigheden wegens haar beperkte deelneming aan de betrokken inbreuk had toegekend, ongegrond verklaard, omdat „rekwirante geen enkel specifiek argument naar voren brengt waaruit blijkt dat een verlaging met 20 % van het bedrag van de geldboete in casu niet evenredig zou zijn omdat zij slechts gedeeltelijk had deelgenomen aan de betrokken inbreuk".

45. De berekening van het bedrag van de geldboete is voorts door het Gerecht onderzocht in het kader van het vijfde en het zesde middel van rekwirante.

46. In het kader van het onderzoek, in de punten 255 tot en met 259 van het bestreden arrest, van het vijfde middel ontleend aan een onjuiste berekening van de geldboete omdat rekwirante niet zou hebben deelgenomen aan contacten inzake non-SIM smartcardchips, heeft het Gerecht enerzijds opgemerkt dat de prijzen van deze chips ter sprake waren gekomen tijdens het contact met Samsung op 24 september 2003 en dat dit niet door de argumenten van rekwirante kon worden ontkracht (punten 255 en 256 van dit arrest). Anderzijds heeft het Gerecht hieraan toegevoegd „dat […] rekwirante hoe dan ook geen enkel argument in haar memories aanvoert ter weerlegging van de beoordeling van de Commissie in 221 van het [litigieuze] besluit en in haar opmerkingen, dat er een correlatie bestaat tussen SIM smartcardchips en non-SIM smartcardchips" (punt 257 van voornoemd arrest), en heeft het het argument van rekwirante dat deze twee types smartcardchips niet tot dezelfde productmarkt behoorden, afgewezen (punt 258 van hetzelfde arrest).

47. In het kader van het zesde middel, ontleend aan schending van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten en van het evenredigheidsbeginsel, heeft het Gerecht in punt 270 van het bestreden arrest in het bijzonder overwogen dat de aan rekwirante opgelegde geldboete niet in strijd was met het evenredigheidsbeginsel. Het Gerecht baseerde deze conclusie in wezen op het feit, zoals uiteengezet in

punt 269 van dit arrest, dat het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete kan worden verklaard door het feit dat haar omzetcijfer veel hoger ligt dan dat van de andere bestrafte ondernemingen, en dat het enkel het economische belang van haar eigen deelneming aan de betrokken inbreuk weerspiegelt, aangezien het deel van de totale omzet dat afkomstig is van de verkoop van de producten waarop de betrokken inbreuk betrekking heeft, het best in staat is om het economische belang van deze inbreuk weer te geven.

IV. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

48. Met haar hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen;

– het litigieuze besluit nietig te verklaren voor zover dit betrekking heeft op rekwirante;

– subsidiair, de aan rekwirante in punt 457, onder a), van het litigieuze besluit opgelegde geldboete ten bedrage van 82 874 000 EUR te verlagen tot een evenredig bedrag;

– subsidiair, de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen voor een nieuwe behandeling, en

– de Commissie in de kosten te verwijzen.

49. De Commissie verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening af te wijzen;

– subsidiair, het verzoek tot verlaging van de aan rekwirante opgelegde geldboete af te wijzen, en

– rekwirante in de kosten te verwijzen.

V. Hogere voorziening

50. Tot staving van haar hogere voorziening voert rekwirante drie middelen aan die in wezen overeenkomen met de „drie rechtsvragen” in punt 2 van haar verzoekschrift in hogere voorziening. Zo is het eerste middel ontleend aan schending van artikel 263 VWEU wegens een incomplete en selectieve rechterlijke toetsing. In het kader van dit middel wordt in het bijzonder de vraag naar de echtheid van sommige bewijzen en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor de bewijslast aan de orde gesteld. Dit eerste middel is onlosmakelijk verbonden met het derde middel, dat is ontleend aan rechtsdwalingen met betrekking tot de berekening van de aan rekwirante opgelegde geldboete en miskenning van de volledige rechtsmacht. Tot slot heeft het tweede middel betrekking op de toepassing van artikel 101 VWEU en, meer in het bijzonder, van de begrippen beperking van de mededinging naar strekking en één enkele voortdurende inbreuk.

51. De rechtsvragen die het Hof in de onderhavige conclusie zou willen zien behandeld, worden besproken in het kader van de eerste twee onderdelen van het eerste middel in samenhang met het derde middel. Zoals namelijk in punt 2 van deze conclusie is uiteengezet, hebben zij enerzijds betrekking op het vereiste van een effectieve rechterlijke toetsing, hetgeen in casu verband houdt met de uitoefening van de volledige rechtsmacht, en anderzijds op de betwisting van de echtheid van de door de Commissie in aanmerking genomen bewijsstukken.

A. Effectieve rechterlijke toetsing en volledige rechtsmacht (eerste onderdeel van het eerste middel in samenhang met het derde middel)

1. Argumenten van partijen

52. Met het eerste onderdeel van het eerste middel in hogere voorziening komt rekwirante met name op tegen de conclusies in punt 160 van het bestreden arrest, dat als uitgangspunt dient voor een toetsing die rekwirante ontoereikend acht.

53. In wezen verwijt zij het Gerecht dat het slechts vijf van de elf beweerdelijk onrechtmatige contacten die door de Commissie zijn geconstateerd, heeft onderzocht, ofschoon zij al deze contacten had bestreden. De onjuistheid van de beoordelingen van de Commissie ten aanzien van een deel van de betwiste contacten had naar haar mening tot nietigverklaring van de overeenkomstige conclusies van de Commissie in het litigieuze besluit moeten leiden.

54. Rekwirante meent derhalve dat de door het Gerecht verrichte rechterlijke toetsing, in de in punt 160 van het bestreden arrest uiteengezette omstandigheden, incompleet en selectief is, zodat deze toetsing in strijd moet worden geacht met artikel 263 VWEU. Deze gedeeltelijke toetsing leidt er bovendien toe dat aan het bestreden arrest een motiveringsgebrek kleeft.

55. Voorts wettigen de onderzochte contacten volgens rekwirante niet de conclusie dat zij zich heeft schuldig gemaakt aan één enkele voortdurende inbreuk.

56. Tot slot is zij van mening dat het Gerecht, als gevolg van deze selectieve toetsing, de ernst van de gestelde inbreuk niet ten volle heeft kunnen beoordelen en de opgelegde geldboete niet genoegzaam heeft kunnen toetsen. Dit laatste argument van rekwirante wordt herhaald en nader uitgewerkt in het kader van het derde middel in hogere voorziening betreffende rechtsdwalingen die het Gerecht zou hebben begaan bij het bepalen van het bedrag van de geldboete.

57. De Commissie betwist de gegrondheid van alle argumenten van rekwirante.

58. Meer concreet met betrekking tot de kritiek op punt 160 van het bestreden arrest is de Commissie van oordeel dat, aangezien rekwirante niet heeft betwist dat de prijzen van de smartcardchips in beginsel jaarlijks werden vastgesteld, het Gerecht heeft kunnen volstaan met het onderzoek van de vraag of rekwirante had deelgenomen aan ten minste één mededingingsbeperkend contact per jaar gedurende de periode van 2003 tot en met 2005. Het volstaat namelijk dat de economische resultaten van de mededingingsbeperkende contacten hun gevolgen blijven sorteren na de datum waarop zij hebben plaatsgevonden. In deze omstandigheden hoefde het Gerecht niet te rechtvaardigen waarom het had gekozen voor de vijf contacten die het heeft onderzocht en waarom het de deelneming van rekwirante aan de zes overige contacten niet had onderzocht. Rekwirante heeft geen enkel belang bij het verkrijgen van uitleg hieromtrent.

59. Voorts, in tegenstelling tot wat rekwirante stelt, heeft de door het Gerecht gekozen benadering haar niet belet om op adequate wijze te reageren op de argumenten met betrekking tot de ernst van de inbreuk en het bedrag van de geldboete, aldus de Commissie.

2. Analyse

a) Tweeledig karakter van de rechterlijke toetsing van de besluiten van de Commissie in een procedure op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU

60. Volgens punt 160 van het bestreden arrest heeft het Gerecht vastgesteld dat rekwirante niet de beoordeling van de Commissie heeft betwist dat de prijzen in beginsel jaarlijks werden vastgesteld. Op grond hiervan heeft het geoordeeld dat „het vol[stond] om met betrekking tot de jaren 2003 tot en met 2005 te onderzoeken of rekwirante [had] deelgenomen aan één of, in voorkomend geval, twee mededingingsbeperkende besprekingen met Samsung of Renesas gedurende elk van deze drie jaren, om te kunnen concluderen of er al dan niet sprake was van een inbreuk op artikel 101 VWEU. In deze omstandigheden [heeft] het Gerecht het zinvol geacht om eerst vijf contacten tussen rekwirante en Samsung of Renesas te onderzoeken […] waarbij het eerste en het elfde contact volgens de Commissie de begin- respectievelijk de einddatum vormden van de deelneming van rekwirante aan de betrokken inbreuk. Uitsluitend voor zover deze vijf contacten niet mochten volstaan om het bestaan van de betrokken inbreuk aan te tonen, zal het Gerecht dus onderzoeken of de andere contacten, zoals dat van 17 november 2003, waarvan rekwirante in haar memories en ter terechtzetting stelt dat zij niet onrechtmatig waren, al dan niet bijdragen tot de vaststelling van het bestaan van deze inbreuk".

61. Nadat het Gerecht de conclusies van de Commissie ten aanzien van de vijf door hem onderzochte contacten had overgenomen, heeft het de deelneming van rekwirante aan de betrokken inbreuk bevestigd zonder de argumenten met betrekking tot de overige contacten te onderzoeken.

62. In punt 211 van het bestreden arrest heeft het Gerecht namelijk geoordeeld dat „[aangezien] de Commissie geen blijk [had] gegeven van een onjuiste opvatting door vast te stellen dat rekwirante aan vijf onrechtmatige contacten had deelgenomen tussen 2003 en 2005, […] het feit dat zij ten onrechte heeft geconcludeerd dat de andere contacten waarop zij zich heeft gebaseerd, zoals dat van 17 november 2003, in werkelijkheid de mededinging [beperkten], geen afbreuk [doet] aan de constatering dat rekwirante heeft deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk gedurende deze drie jaren. In tegenstelling dus tot wat rekwirante ter terechtzitting stelt, heeft de Commissie rechtens genoegzaam aangetoond dat zij had deelgenomen aan de betrokken inbreuk, ook al zouden de andere contacten dan de vijf voormelde contacten geen inbreuk maken op artikel 101 VWEU".

63. Punt 160 van het bestreden arrest vormt dus de kern van de door rekwirante geuite kritiek. In tegenstelling tot de „keuze" die het Gerecht in dit punt van het bestreden arrest heeft gemaakt, had het alle contacten die door rekwirante zijn betwist, uitputtend moeten toetsen.

64. Het stelsel van rechterlijk toezicht op de besluiten van de Commissie in een procedure op grond van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU is tweeledig van aard. Enerzijds berust het op de „klassieke" toetsing van de wettigheid van de handelingen van de instellingen op grond van artikel 263 VWEU en anderzijds kan het krachtens artikel 261 VWEU en op verzoek van verzoekers worden aangevuld met de uitoefening van volledige rechtsmacht wat betreft de door de Commissie op dit gebied opgelegde sancties.[7]

7 Zie in die zin arresten van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 42); 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 71), en 26 januari 2017, Aloys F. Dornbracht/Commissie (C-604/13 P, EU:C:2017:45, punt 52).

b) Omvang van de wettigheidstoetsing

65. In casu heeft de Commissie in het litigieuze besluit geconcludeerd dat er sprake was van één enkele voortdurende inbreuk. Een dergelijke inbreuk kan worden omschreven als het resultaat van een voortgezette gedraging bestaande uit verschillende handelingen die, wegens hun identieke doel om de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verstoren, deel uitmaken van een „totaalplan", ofschoon een of meer onderdelen hiervan op zich ook afzonderlijk een schending van artikel 101 VWEU kunnen opleveren. In het kader van een dergelijke inbreuk mag de Commissie de verantwoordelijkheid voor die handelingen bepalen aan de hand van de deelneming aan de betrokken inbreuk in zijn geheel. [8]

66. Bovendien heeft het Hof gepreciseerd dat „een onderneming die aan een dergelijke enkele en complexe inbreuk heeft deelgenomen door middel van voor haar kenmerkende gedragingen die een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging met een mededingingsbeperkend doel in de zin van artikel [101, lid 1, VWEU] vormden en die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beoogden te leveren, aldus voor de gehele duur van haar deelneming aan die inbreuk eveneens aansprakelijk kan zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk". [9]

67. In het kader van een dergelijke enkele voortdurende inbreuk heeft het Gerecht geoordeeld dat het bij de wettigheidstoetsing van het litigieuze besluit zijn onderzoek mocht beperken tot de vraag of rekwirante al dan niet had deelgenomen „aan één of, in voorkomend geval, twee mededingingsbeperkende besprekingen gedurende elk van deze drie jaren [(dat wil zeggen van 2003 tot en met 2005)]" [10], waarbij de betrokken contacten volgens de Commissie het begin en het eind van de door rekwirante gepleegde inbreuk markeren.

68. Omdat het Gerecht bij deze keuze was uitgegaan van de premisse dat rekwirante de beoordeling van de Commissie dat de prijzen in beginsel jaarlijks werden vastgesteld, niet heeft betwist, is hier naar mijn mening geen sprake van een onjuiste voorstelling van de kenmerken van de betrokken inbreuk.

69. Immers, het feit dat een onderneming niet aan alle bestanddelen van een mededingingsregeling heeft deelgenomen of een ondergeschikte rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wel heeft deelgenomen, is niet relevant voor de vaststelling dat zij een inbreuk heeft gepleegd; die elementen zullen in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk en zo nodig bij de bepaling van de geldboete. [11] Het Gerecht heeft dus in het stadium van de wettigheidstoetsing geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door haar onderzoek te beperken tot vijf mededingingsbeperkende besprekingen verspreid over de drie jaren waarin de inbreuk plaatsvond.

70. Weliswaar betwist rekwirante in het kader van het vijfde onderdeel van het eerste middel de inleidende constatering van het Gerecht met betrekking tot het jaarlijkse karakter van de vaststelling van de prijzen [12], doch dit argument lijkt mij niet-ontvankelijk, omdat de onjuistheid van de stelling niet voor het Gerecht is aangevoerd, terwijl de Commissie het litigieuze besluit uitdrukkelijk heeft gebaseerd op de omstandigheid dat de prijzen van de smartcardchips in beginsel jaarlijks werden

8 Zie in die zin arresten van 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, EU:C:2004:6, punt 258); 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 41), en 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 49).

9 Arresten van 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 42), en 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 50).

10 Punt 160 van het bestreden arrest.

11 Zie in die zin arresten van 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, EU:C:2004:6, punt 86), en 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 45).

12 Zie punten 57 en 58 van de hogere voorziening.

vastgesteld.[13] Hoe dan ook treft dit argument geen doel, omdat rekwirante niet aantoont dat hier sprake zou zijn van een onjuiste voorstelling. Door in punt 160 van het bestreden arrest te preciseren dat „de prijzen *in beginsel* op jaarbasis werden vastgesteld"[14], heeft het Gerecht de vaststelling van de prijzen zeker niet beperkt tot een exclusief jaarlijkse vaststelling.

c) Omvang van de volledige rechtsmacht

71. De vraag naar de omvang van de toetsing door het Gerecht lijkt mij daarentegen van een andere strekking wanneer zij wordt gesteld in het kader van het tweede aspect van het stelsel van rechterlijk toezicht op de besluiten van de Commissie in een procedure op grond van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU.

72. Zoals ik namelijk in punt 64 van deze conclusie heb opgemerkt, kan de in artikel 263 VWEU bedoelde wettigheidstoetsing krachtens artikel 261 VWEU en op verzoek van verzoekers worden aangevuld met de uitoefening van volledige rechtsmacht wat betreft de door de Commissie in het kader van het mededingingsrecht opgelegde sancties.[15]

73. Ofschoon de volledige rechtsmacht geen autonome rechtsgang is, moet zij niettemin worden uitgeoefend los van de wettigheidstoetsing.[16] Met andere woorden, ook al heeft de wettigheidstoetsing geen onwettigheid aan het licht gebracht, dit betekent nog niet dat er geen specifiek toezicht hoeft te worden uitgeoefend in het kader van de volledige rechtsmacht.[17] Zoals ik in punt 69 van deze conclusie heb opgemerkt, is het juist in het kader van deze tweede toetsing dat de omstandigheid dat een onderneming niet heeft deelgenomen aan alle bestanddelen van een mededingingsregeling of een ondergeschikte rol heeft gespeeld bij de onderdelen waaraan zij wél heeft deelgenomen, in aanmerking moet worden genomen.

74. Het is tegenwoordig namelijk vaste rechtspraak dat teneinde te voldoen „aan de vereisten van een toetsing in volle omvang in de zin van artikel 47 van het Handvest" met betrekking tot de geldboete de Unierechter „verplicht [is], bij de uitoefening van de in de artikelen 261 en 263 VWEU bedoelde bevoegdheden elke grief, *rechtens of feitelijk*, te onderzoeken die erop is gericht aan te tonen dat het bedrag van de geldboete niet in overeenstemming is met de ernst en de duur van de inbreuk".[18]

13 Zie, bij de uiteenzetting van de feiten, punten 38-41 van het litigieuze besluit; bij de beschrijving van de gebeurtenissen (basisbeginselen van de organisatie van de mededingingsregeling), punten 68, 76 en 77 van het litigieuze besluit; bij de toepassing van artikel 101 VWEU op het onderhavige geval, punten 246 en 297 van het litigieuze besluit. Zie, met betrekking tot de niet-ontvankelijkheid van een nieuw middel, arrest van 12 mei 2016, Bank of Industry and Mine/Raad (C-358/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2016:338, punt 91).

14 Cursivering van mij.

15 Dat een dergelijk verzoek is gedaan, valt mijns inziens in casu niet te betwisten. Door het Gerecht te verzoeken de haar opgelegde geldboete te verlagen of in te trekken, heeft rekwirante immers onbetwistbaar aan het Gerecht gevraagd zijn volledige rechtsmacht uit te oefenen (zie met name punten 189 en 192 van haar verzoekschrift strekkend tot nietigverklaring). Zie in die zin arrest van 27 april 2017, FSL e.a./Commissie (C-469/15 P, EU:C:2017:308, punt 72), en de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak KME Germany e.a./Commissie (C-272/09 P, EU:C:2011:63, punt 78).

16 Zie in dit verband Muguet-Poullennec, G., „Sanctions prévues par le règlement nº 1/2003 à une protection juridictionnelle effective: les leçons des arrêts *KME* et *Chalkor* de la CJUE", *Revue Lamy de la concurrence: droit, économie, régulation*, 2012, nr. 32, blz. 57-78.

17 Zie in die zin Van Cleynenbreugel, P., „Constitutionalizing Comprehensively Tailored Judicial Review in EU Competition Law", *The Columbia Journal of European Law*, 2012, blz. 519-545, met name blz. 535 en 536; Forrester, I. S., „A challenge for Europe's judges: the review of fines in competition cases", *European Law Review*, 2011, deel 36, nr. 2, blz. 185-207, met name blz. 195.

18 Arrest van 10 juli 2014, Telefónica en Telefónica de España/Commissie (C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 200; cursivering van mij). Zie ook in die zin arrest van 27 april 2017, FSL e.a./Commissie (C-469/15 P, EU:C:2017:308, punt 75). In de doctrine is telkens weer benadrukt dat de noodzaak om alle betwiste feiten grondig en uitputtend te onderzoeken, een vereiste was dat voortvloeide uit artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en dus het fundamentele recht op een effectieve rechterlijke bescherming omvatte (zie in dit verband Wesseling, R., en Van der Woude, M., „The Lawfulness and Acceptability of Enforcement of European Cartel Law", *World Competition*, 35, 2012/4, blz. 573-598, met name blz. 582). Zie eveneens, ten aanzien van de vereisten van het recht op een effectieve rechterlijke bescherming in het mededingingsrecht, Van Cleynenbreugel, P., „Constitutionalizing Comprehensively Tailored Judicial Review in EU Competition Law", *The Columbia Journal of European Law*, 2012, blz. 519-545, met name blz. 5; Bellis, J.-Fr., „La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne", in Mahieu, St. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Brussel, Larcier, coll. Europe(s), 2014, blz. 217-233, met name blz. 217 en 218.

75. Dit vereiste van een toetsing in volle omvang kan ook worden verklaard door de beginselen van individualisering en differentiëring van de „straf" die, in de bewoordingen van advocaat-generaal Tizzano, twee kernbeginselen van elk sanctiesysteem op administratief- en strafrechtelijk gebied zijn [19] en impliciet in de lijn liggen van de rechtspraak van het Hof ter zake van de vaststelling van het bedrag van geldboeten in het mededingingsrecht.

76. Het is namelijk vaste rechtspraak van het Hof dat bij de vaststelling van de hoogte van de geldboeten „rekening [moet] worden gehouden met de […] duur [van de inbreuk] *en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de ernst van de inbreuken, zoals het gedrag van elk der ondernemingen, de rol die elk hunner heeft gespeeld om te komen tot de onderling afgestemde feitelijke gedragingen*, de winst die zij uit deze gedragingen hebben kunnen behalen, hun omvang, de waarde van de betrokken goederen en het gevaar dat dergelijke inbreuken opleveren voor de doelstellingen van de [Unie]". [20]

77. Overigens spreekt dit ook voor zich, want – nog altijd volgens het Hof – „moet de ernst van de inbreuk op individuele basis worden beoordeeld". [21]

78. Naar mijn mening kan het Gerecht dus enkel worden ontheven van de verplichting om het tweede stadium van het rechterlijk toezicht uit te oefenen wanneer de omstandigheden die met het oog op de vaststelling van het bedrag van de geldboete zijn aangevoerd, identiek zijn aan de omstandigheden waarop de in het kader van de wettigheidstoetsing aangevoerde argumenten zijn gebaseerd, *mits het Gerecht deze argumenten bij die gelegenheid alle heeft afgewezen*. [22]

79. In casu lijkt niet te zijn voldaan aan de tweede voorwaarde, omdat het Gerecht in het kader van de wettigheidstoetsing slechts vijf van de elf contacten die rekwirante op gedetailleerde wijze had betwist, heeft onderzocht.

80. Weliswaar heeft rekwirante zich in het gedeelte van haar verzoekschrift betreffende het verzoek om verlaging van de geldboete gebaseerd op de constateringen van de Commissie dat zij had deelgenomen aan zeven van de eenenveertig geïnventariseerde contacten [23], maar ik denk dat dit kan worden verklaard door de subsidiaire aard van haar verzoek. Aangezien rekwirante primair verzocht om nietigverklaring van het litigieuze besluit wegens het ontbreken van bewijs dat zij zich aan inbreukmakende gedragingen had schuldig gemaakt, gaat haar subsidiaire verzoek er stilzwijgend, doch logischerwijs van uit dat haar argumenten zijn afgewezen.

81. Deze procedurele methodologie doet niet af aan het feit dat de argumenten met betrekking tot de inbreukmakende aard van de elf door de Commissie in het litigieuze besluit genoemde contacten, voor zover zij gegrond leken, mogelijk van invloed konden zijn op de beoordeling van de opgelegde geldboete, omdat de omstandigheid dat een onderneming een ondergeschikte rol heeft gespeeld bij de onderdelen van een mededingingsregeling waaraan zij heeft deelgenomen, een element is dat in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk en zo nodig bij de bepaling van de geldboete. [24]

19 Zie conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, EU:C:2004:415, punt 130).

20 Arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 129; cursivering van mij). Zie, meer recent, arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 56).

21 Arrest van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punt 102).

22 Zie in die zin arrest van 26 januari 2017, Aloys F. Dornbracht/Commissie (C-604/13 P, EU:C:2017:45, punten 55 en 56).

23 Zie punten 167 en 191 van het verzoekschrift strekkend tot nietigverklaring.

24 Zie in die zin arresten van 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, EU:C:2004:6, punt 86), en 6 december 2012, Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 45). De relatieve ernst van de deelneming van een onderneming aan een inbreuk kan met name in aanmerking worden genomen in het kader van de beoordeling van verzachtende omstandigheden [zie in dit verband arrest van 11 juli 2013, Team Relocations e.a./Commissie (C-444/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:464, punten 104 en 106)].

82. Het lijkt erop dat het Gerecht niet op alle argumenten van rekwirante is ingegaan, of het nu in het kader van de wettigheidstoetsing is – waar het slechts de deelneming van rekwirante aan vijf mededingingsbeperkende besprekingen onderzoekt, ofschoon deze het onrechtmatige karakter van de elf door de Commissie in het litigieuze besluit geconstateerde contacten gemotiveerd heeft betwist – dan wel in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht, waar het stelt dat rekwirante „enkel betoogt […] dat zij een ondergeschikte rol heeft gespeeld bij het plegen van de betrokken inbreuk" [25] en dat „de reden waarom [zij] een geldboete met het hoogste bedrag krijgt opgelegd, is dat zij een veel grotere omzet heeft gerealiseerd dan de andere bestrafte ondernemingen" [26], aangezien het bedrag van de geldboete het economische belang van haar deelneming aan de betrokken inbreuk weerspiegelt.

83. Zonder af te doen aan de relevantie van deze laatste stelling en zonder te kunnen stellen dat het Gerecht tot een andere conclusie zou zijn gekomen indien het alle grieven van rekwirante had onderzocht, lijkt het erop dat het Gerecht niet op een juridisch correcte wijze alle wezenlijke factoren in aanmerking heeft genomen om de ernst van het aan rekwirante verweten gedrag te toetsen, en dat het niet rechtens genoegzaam antwoord heeft gegeven op het geheel van de door de rekwirante aangevoerde argumenten strekkend tot intrekking of verlaging van de geldboete. En dit is nu juist precies het voorwerp van de toetsing in hogere voorziening door het Hof. [27]

3. Conclusie met betrekking tot het eerste onderdeel van het eerste middel in samenhang met het derde middel

84. Op grond van mijn analyse van het eerste onderdeel van het eerste middel in samenhang met het derde middel ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet alle argumenten te onderzoeken die rekwirante had aangevoerd ten bewijze van de wettigheid van de contacten die de Commissie haar ten laste heeft gelegd.

B. De vraag naar het authentieke karakter van de bewijsmiddelen

1. Argumenten van partijen

85. Met het tweede onderdeel van haar eerste middel verwijt rekwirante het Gerecht dat het haar in punt 118 van het bestreden arrest de bewijslast heeft opgelegd van de onechtheid van een interne e-mail van Samsung van 3 november 2003. Aangezien de Commissie, waarop de bewijslast rust om de inbreuk aan te tonen, heeft nagelaten om overeenkomstig het beginsel van behoorlijk bestuur en gelet op de ernstige twijfel die rekwirante dienaangaande had geuit, de echtheid van deze e-mail aan te tonen, had dit bewijsmiddel niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

86. Gelet op de door haarzelf en Samsung ingediende opmerkingen, meent rekwirante dat de Commissie op zijn minst een onafhankelijke professionele deskundige had moeten benoemen om de echtheid van de e-mail te onderzoeken. Dit geldt temeer in procedures op het gebied van mededingingsregelingen gelet op het strafrechtelijke karakter ervan.

87. De Commissie bestrijdt het standpunt van rekwirante. Wanneer de echtheid van een bewijsstuk wordt betwist, is de geloofwaardigheid het enige relevante criterium; de bewijskracht ervan is naar haar mening in het licht van alle omstandigheden van het geval beoordeeld.

25 Punt 263 van het bestreden arrest.

26 Punt 269 van het bestreden arrest.

27 Zie in die zin arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02P–C-208/02P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 244).

88. De verplichting tot behoorlijk bestuur dwingt haar niet om de echtheid van een bewijsmiddel aan te tonen, zodat zij niet gehouden was een onafhankelijke professionele computerdeskundige te benoemen.

89. In casu heeft het Gerecht deze vereisten in acht genomen door de geloofwaardigheid van de interne e-mail te beoordelen in het licht van alle omstandigheden van het geval en door te oordelen dat de interne e-mail van Samsung van 3 november 2003 kon worden ingeroepen als onderdeel van een reeks bewijzen. De Commissie voegt hieraan toe dat deze beoordeling van de feiten door het Gerecht niet vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in geval van een onjuiste voorstelling van de bewijsstukken.

2. Analyse

a) Het onderscheid tussen de echtheid en de geloofwaardigheid van een bewijsmiddel

90. Wanneer de Commissie erin is geslaagd te bewijzen dat een onderneming heeft deelgenomen aan duidelijk mededingingsbeperkende bijeenkomsten van ondernemingen, staat het aan die onderneming om een andere verklaring voor de inhoud van die bijeenkomsten te geven. [28]

91. In dit verband „[kan] de enkele verwijzing door de betrokken onderneming naar het mogelijkerwijs voorvallen van een omstandigheid die de bewijskracht van [het] bewijs kan aantasten, niet ertoe […] leiden dat de Commissie het tegenbewijs moet leveren dat deze omstandigheid de bewijskracht van dat bewijs niet kon aantasten. De betrokken onderneming moet integendeel rechtens genoegzaam bewijzen dat de door haar aangevoerde omstandigheid zich heeft voorgedaan en dat deze omstandigheid afbreuk doet aan de bewijskracht van het bewijs waarop de Commissie zich baseert, tenzij zij een dergelijk bewijs niet kan leveren ten gevolge van het gedrag van de Commissie”. [29]

92. Meer algemeen kan worden gesteld dat in het Unierecht het beginsel van de vrije bewijslevering primeert. Uit dit beginsel volgt dat het enige relevante criterium ter beoordeling van aangedragen bewijzen de geloofwaardigheid ervan is. [30]

93. Hiertoe dient de Unierechter, in economisch ingewikkelde kwesties, onder meer de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te onderzoeken, aldus het Hof. [31]

94. Zonder het vorengaande in twijfel te trekken, ben ik van mening dat de vraag naar de echtheid van een bewijs noodzakelijkerwijs dient te worden gesteld vóór de beoordeling van de geloofwaardigheid ervan: een bewijs dat niet echt is, kan niet als geloofwaardig worden aangemerkt ook al zou het de schijn ervan hebben.

28 Zie in die zin arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 75).

29 Zie in die zin arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 76).

30 Zie in die zin arresten van 19 december 2013, Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:866, punt 128), en 27 april 2017, FSL e.a./Commissie (C-469/15 P, EU:C:2017:308, punt 38).

31 Zie in die zin arrest van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 54).

95. We moeten dus terugkeren naar het grondbeginsel dat het in het geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk – ook op het gebied van het mededingingsrecht – aan de Commissie staat om de door haar vastgestelde inbreuken te bewijzen en de bewijzen te leveren die rechtens genoegzaam aantonen dat de feiten die een inbreuk vormen, zijn gepleegd. [32] Eventuele twijfel die bij de rechter leeft, dient dus in het voordeel te spelen van de onderneming waaraan het besluit houdende vaststelling van een inbreuk is gericht. [33]

96. Concreet betekent dit dat, indien het Hof constateert dat er twijfel blijft bestaan omtrent de volledigheid van een betwist document en/of over de vraag of het op rechtmatige wijze is verkregen, dit document buiten beschouwing moet worden gelaten. [34] Het gaat hier om de vraag naar de toelaatbaarheid van het bewijs, niet meer en niet minder. Enkel en alleen wanneer het door de Commissie geleverde bewijsmateriaal toelaatbaar is, kan de geloofwaardigheid ervan worden onderzocht. [35]

b) Toepassing op het onderhavige geval

97. In casu betwist rekwirante de echtheid van een interne e-mail van Samsung die op 3 november 2003 door een van haar werknemers is verzonden. Enerzijds bestaan er verschillende geprinte versies van deze e-mail en anderzijds is in de twee door rekwirante overgelegde deskundigenrapporten in wezen geconcludeerd dat het niet mogelijk was de echtheid ervan te bevestigen.

98. Deze argumenten zijn door rekwirante gedetailleerd uiteengezet in de punten 68 tot en met 86 van haar verzoekschrift strekkend tot nietigverklaring. In de eerste plaats verwees zij naar een eerste geprinte versie waarin een geadresseerde of geadresseerde „in kopie conform" ontbrak en die om 03.27 uur (Europese tijd) zou zijn verzonden, terwijl de in de betrokken e-mail vermelde telefonische oproep van de werknemer van Infineon op dezelfde dag zou hebben plaatsgevonden. In de tweede plaats benadrukte zij de verschillen tussen de overgelegde eerste versie van de e-mail en de twee latere versies, waarop in tegenstelling tot op de eerste versie wél een geadresseerde en zes andere geadresseerden „in kopie conform" alsook verschillende tijdstippen van verzending stonden vermeld. In de derde plaats beriep rekwirante zich op een deskundigenrapport waarin de geraadpleegde onafhankelijke deskundige verklaarde dat de e-mail van 3 november 2003 niet boven redelijke twijfel verheven als authentiek kon worden beschouwd, hetgeen door dezelfde deskundige is bevestigd in een tweede rapport.

99. In weerwil hiervan heeft het Gerecht in punt 181 van het bestreden arrest geoordeeld dat de Commissie „terecht heeft geconcludeerd dat rekwirante had deelgenomen aan […] [onrechtmatige] besprekingen" door zich onder meer te baseren op het feit „dat in geen enkel deskundigenonderzoek [was] vastgesteld dat de e-mail van 3 november 2003 geen authentiek en actueel bewijs opleverde, hetgeen rekwirante bovendien niet voor [hem] [had] aangetoond". Het vervolgde in punt 182 van het bestreden arrest dat rekwirante niet „het bewijs [had] geleverd dat de door de Commissie aangevoerde objectieve redenen ter onderbouwing van het feit dat er verschillende versies van deze e-mail bestonden, onjuist waren".

32 Zie in die zin arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 71).

33 Zie in die zin arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punten 72 en 73).

34 Zie in die zin arrest van 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle Erling e.a./Raad en Commissie (197/80–200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, EU:C:1981:311, punt 16).

35 Zie in die zin Bellis, J.-Fr., „La charge de la preuve en matière de concurrence devant les juridictions de l'Union européenne", dans Mahieu, St. (dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, Brussel, Larcier, coll. Europe(s), 2014, blz. 217-233, met name blz. 221. Ik voeg hieraan toe dat het Hof het strafrechtelijke karakter van geldboeten opgelegd wegens inbreuken op het mededingingsrecht weliswaar nooit uitdrukkelijk heeft erkend, doch dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM") heeft geoordeeld dat een geldboete opgelegd wegens schending van het mededingingsrecht van strafrechtelijke aard was, zodat artikel 6, § 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden in casu van toepassing was, wat het strafrechtelijke gedeelte ervan betreft (EHRM, 27 september 2011, A. Menarini Diagnostics tegen Italië, verzoekschrift nr. 43509/08, CE:ECHR:2011:0927JUD004350908, punt 44). Ondanks het feit dat het EHRM zijn onderzoek beperkt tot het hem ter beoordeling voorgelegde geval, wettigen de bouwstenen van zijn motivering dat zijn conclusie algemene geldigheid heeft.

100. Aldus heeft het Gerecht naar mijn mening blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het niet de bewijsstandaard heeft gehanteerd die vereist is op het gebied van geldboeten opgelegd wegens inbreuken op het mededingingsrecht. Immers, ook los van de verschillen met betrekking tot de essentiële bestanddelen van een e-mail, zoals de geadresseerden of het tijdstip van verzending, blijkt uit de door rekwirante overgelegde deskundigenrapporten dat het niet mogelijk was de echtheid van de e-mail van 3 november 2003 met zekerheid vast te stellen. Gelet op deze elementen had het Gerecht dit bewijs buiten beschouwing moeten laten: het stond aan de Commissie om het positieve bewijs van de echtheid van de e-mail van 3 november 2003 te leveren door, in voorkomend geval, de door rekwirante verlangde instructiemaatregel te treffen.

101. Het Gerecht heeft echter eveneens geoordeeld dat het feit dat de in de e-mail van 3 november 2003 vermelde onrechtmatige besprekingen hadden plaatsgevonden, ook uit andere bewijzen bleek, omdat het geheel immers bestond uit een „reeks van aanwijzingen”. [36]

102. In tegenstelling echter tot de vraag of de regels inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn nageleefd, is het Hof niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht tot staving van die feiten in aanmerking heeft genomen. Wanneer die bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en regels van procesrecht inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het enkel aan het Gerecht te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen. Die beoordeling vormt dus, behoudens in het geval van een verdraaiing van de voor het Gerecht overgelegde bewijzen, geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. [37]

103. Dus ook al zijn de door het Gerecht gehanteerde gegevens discutabel, dit neemt niet weg dat het gaat om feitelijke beoordelingen die buiten het bereik van de toetsing door het Hof in hogere voorziening vallen. Aangezien het Gerecht heeft vastgesteld dat andere documenten bevestigen dat er onrechtmatige besprekingen tussen de bij de inbreuk in kwestie betrokken concurrenten hebben plaatsgevonden, treft het argument betreffende de echtheid van de e-mail van 3 november 2003 hoe dan ook geen doel.

VI. Terugverwijzing van de zaak naar het Gerecht

104. Naar aanleiding van mijn analyse van het eerste onderdeel van het eerste middel, in samenhang met het derde middel, concludeer ik dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet elk van de argumenten te onderzoeken die rekwirante had aangevoerd ten bewijze van de wettigheid van de contacten die de Commissie haar ten laste had gelegd.

105. Overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht wanneer de hogere voorziening gegrond is. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening terugverwijzen naar het Gerecht.

106. In casu ben ik van mening dat de zaak niet in staat van wijzen is. Immers, het onderzoek naar de gegrondheid van de argumenten van rekwirante zou het Hof ertoe brengen een uitspraak te doen over feitelijke vragen op grond van gegevens die niet door het Gerecht in het bestreden arrest zijn beoordeeld. Bovendien zijn de feitelijke beweringen met betrekking tot de grond van de zaak niet voor het Hof bepleit.

36 Punt 181 van het bestreden arrest. Zie tevens punt 183 van het bestreden arrest.

37 Zie in die zin arresten van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punten 38 en 56), en 19 december 2013, Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, niet gepubliceerd, EU:C:2013:866, punten 39, 76, 77 en 129).

107. Derhalve moet de zaak naar het Gerecht worden terugverwezen met aanhouding van de beslissing over de kosten.

VII. Conclusie

108. Gelet op de voorgaande overwegingen en onverminderd het onderzoek van de overige middelen, geef ik het Hof in overweging:

– het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 december 2016, Infineon Technologies/Commissie (T-758/14, niet gepubliceerd, EU:T:2016:737), te vernietigen voor zover het Gerecht niet elk van de argumenten heeft onderzocht die rekwirante had aangevoerd ten bewijze van de wettigheid van de contacten die de Commissie haar ten laste had gelegd, en

– de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing over de kosten aan te houden.