Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 26 mars 2015[1]

Mål C-634/13 P

Total Marketing Services, som har trätt i stället för Total Raffinage Marketing,
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Marknaden för paraffinvax inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och den tyska marknaden för råparaffin — Prisfastställelse och uppdelning av marknader — Beslut i vilket en överträdelse av konkurrensreglerna konstaterats — Varaktigheten av deltagandet i en olaglig kartell — Deltagandets upphörande — Avbrott i deltagandet — Bevisbörda — Öppet avståndstagande — Övriga kartelldeltagares uppfattning om avsikten att öppet ta avstånd”

I – Inledning

1. I förevarande mål om överklagande har Total Marketing Services, som har trätt i stället för Total Raffinage Marketing (tidigare Total France SA, nedan kallat Total France), yrkat att domstolen ska upphäva den dom från Europeiska unionens tribunal, Total Raffinage Marketing/kommissionen,[2] genom vilken tribunalen i huvudsak ogillade den talan som Total France hade väckt i syfte att, i första hand, utverka en delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2008) 5476 slutlig av den 1 oktober 2008 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/39.181 – Ljusmassa) (nedan kallat det omtvistade beslutet) och, i andra hand, utverka en nedsättning av det bötesbelopp som Total France hade ålagts.

2. Även om förevarande mål har ett nära samband med förfarandet för överklagande i målet Total/kommissionen (C-597/13 P) i vilket jag också lägger fram mitt förslag till avgörande i dag, är det helt andra rättsliga frågor som avses i det här målet. De rättsliga frågorna i förevarande mål avser huvudsakligen huruvida tribunalens prövning av om klaganden under vissa perioder deltog i kartellen var otillräcklig eller felaktig. Förevarande mål ger således tillfälle att erinra om vad som krävs för att styrka att ett företag har deltagit i en kartell och ger framför allt tillfälle att precisera under vilka omständigheter kravet på att det berörda företaget öppet ska ha tagit avstånd från kartellen kan tillämpas.

II – Bakgrund till tvisten

3. Bakgrunden till tvisten och innehållet i det omtvistade beslutet har sammanfattats av tribunalen i punkterna 1–17 i den överklagade domen, och läsaren hänvisas till dessa för närmare uppgifter.

1 — Originalspråk: franska.

2 — T-566/08, EU:T:2013:423, nedan kallad den överklagade domen.

4. För bedömningen i förevarande mål om överklagande behöver det endast erinras om följande.

5. Europeiska kommissionen konstaterade i det omtvistade beslutet att Total France och dess moderbolag Total SA (nedan kallat Total), som äger nästan 100 procent av kapitalet i Total France, tillsammans med andra företag hade överträtt artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992 (EGT L 1, 1994, s. 3, nedan kallat EES-avtalet) genom att delta i en kartell på marknaden för paraffinvax inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och på den tyska marknaden för råparaffin. Klaganden och klagandens moderbolag, Total, finns med bland de företag som det omtvistade beslutet riktar sig till.

6. Det omtvistade beslutet antogs till följd av en utredning som hade inletts våren 2005 på grundval av information som lämnats av ett bolag. Av utredningen drog kommissionen slutsatsen att en majoritet av tillverkarna av paraffinvax och råparaffin inom EES, däribland klaganden, hade deltagit i en enda, komplex och fortlöpande överträdelse av artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet som omfattade EES-området.

7. Överträdelsen bestod huvudsakligen av avtal eller samordnade förfaranden avseende fastställande av priser samt utbyte och utlämnande av känsliga affärsuppgifter som berörde paraffinvax. Beträffande vissa bolag, däribland klaganden, inbegrep den överträdelse som berörde paraffinvax även uppdelning av kunder eller marknader och avsåg även råparaffin som såldes till slutkunder på den tyska marknaden (skälen 2, 95 och 328 samt artikel 1 i det omtvistade beslutet).

8. Överträdelserna begicks vid de konkurrensbegränsande möten som deltagarna kallade ”tekniska möten” eller ibland ”Blauer Salon-möten” och vid ”möten avseende råparaffin”, som särskilt avsåg frågor som rörde råparaffin.

9. Enligt kommissionen deltog anställda hos Total France direkt i överträdelsen så länge den varade. Kommissionen fann således att Total France var ansvarigt på grund av sitt deltagande i kartellen (skälen 555 och 556 i det omtvistade beslutet). Dessutom innehades 98 procent av aktiekapitalet i Total France mellan år 1990 och tidpunkten för överträdelsens upphörande direkt eller indirekt av Total. Kommissionen konstaterade att det därför kunde presumeras att Total utövade ett avgörande inflytande över Total France, eftersom de båda bolagen utgör ett och samma företag (skälen 557–559 i det omtvistade beslutet).

10. Det bötesbelopp som har ålagts i förevarande fall har beräknats på grundval av riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning (EG) nr 1/2003,[3] vilka var i kraft den dag då meddelandet om invändningar delgavs.

11. I enlighet med nämnda riktlinjer kom kommissionen fram till att Total France och dess moderbolag skulle åläggas ett sammanlagt bötesbelopp på 128 163 000 euro (skäl 785 i det omtvistade beslutet).

12. I det omtvistade beslutet anges följande:

”*Artikel 1*

Följande företag har överträtt artikel 81.1 [EG] och, från och med den 1 januari 1994, artikel 53 i EES-avtalet, genom att under de angivna perioderna delta i en fortlöpande överenskommelse och/eller ett samordnat förfarande inom paraffinvaxsektorn på den gemensamma marknaden och från och med den 1 januari 1994 inom EES:

3 — EUT C 210, 2006, s. 2, nedan kallade 2006 års riktlinjer.

…

Total France … : 3 september 1992–28 april 2005, och

[Total]: 3 september 1992–28 april 2005.

För följande företag inbegrep denna överträdelse för de angivna perioderna även råparaffin som såldes till slutkunder på den tyska marknaden:

…

Total France …: 30 oktober 1997–12 maj 2004, och

[Total]: 30 oktober 1997–12 maj 2004.

Artikel 2

För de överträdelser som avses i artikel 1 åläggs följande böter:

…

Total France … gemensamt och solidariskt ansvarigt med [Total]: 128 163 000 [euro].

…”

III – Den överklagade domen och domen i målet Total/kommissionen (T-548/08)

13. Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 17 december 2008 väckte klaganden talan mot det omtvistade beslutet och åberopade sammanlagt elva grunder. En tolfte grund åberopades under förhandlingen vid tribunalen.

14. Tribunalen underkände samtliga grunder, utom den åttonde, genom vilken det gjorts gällande att den beräkningsmetod som anges i punkt 24 i 2006 års riktlinjer är rättsstridig. Tribunalen ansåg att kommissionen, när den fastställde den multiplikationskoefficient som skulle återspegla varaktigheten av Total France deltagande i överträdelsen, hade åsidosatt proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling genom att likställa ett deltagande på 7 månader och 28 dagar (för paraffinvax) och ett deltagande på 6 månader och 12 dagar (för råparaffin) med deltagande under ett helt år. Tribunalen ändrade följaktligen det sammanlagda bötesbelopp som ålagts klaganden från 128 163 000 euro till 125 459 842 euro.

15. I den dom som meddelades samma dag i målet Total/kommissionen (T-548/08, EU:T:2013:434), ansåg tribunalen däremot att det bötesbelopp som hade ålagts Total France moderbolag, Total, var lämpligt (punkt 224 i domen) med hänsyn till omständigheterna i det målet och satte således inte ned det bötesbelopp som ålagts moderbolaget i motsvarande grad. Tribunalen underkände dessutom samtliga grunder som Total hade åberopat i det målet.

IV – Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

16. Klaganden har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen eftersom tribunalen felaktigt uteslöt att klagandens deltagande i överträdelsen upphörde efter den 12 maj 2004,

— upphäva den överklagade domen eftersom tribunalen felaktigt uteslöt att det förelåg en omotiverad skillnad i behandlingen mellan klaganden och Repsol YPF Lubricantes y Especialidades SA, Repsol Petróleo SA och Repsol YPF SA (nedan kallade Repsol) vid bedömningen av hur länge de deltagit i överträdelsen,

— upphäva den överklagade domen eftersom tribunalen felaktigt uteslöt att klaganden avbröt sitt deltagande i överträdelsen mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001,

— upphäva den överklagade domen eftersom tribunalen underlät att pröva grunden enligt vilken bevisningen för klagandens konkurrensinriktade uppträdande på marknaden inte hade prövats,

— slutligt avgöra ärendet, i enlighet med artikel 61 i stadgan för Europeiska unionens domstol, och därvid ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del som det rör klaganden samt, inom ramen för sin fulla prövningsrätt, sätta ned de böter som ålagts klaganden,

— för det fallet att domstolen inte slutligt avgör ärendet, förordna att beslut om rättegångskostnaderna ska fattas vid ett senare tillfälle och återförvisa ärendet till tribunalen för avgörande i enlighet med domstolens dom,

— slutligen, i enlighet med artikel 69 i rättegångsreglerna, förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna såväl vid tribunalen som vid domstolen.

17. Kommissionen har yrkat att överklagandet ska ogillas och att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som uppkommit vid tribunalen.

18. Parterna har inkommit med sina respektive skriftliga yttranden samt yttrat sig muntligen vid förhandlingen den 15 januari 2015.

V – Bedömning av överklagandet

19. Till stöd för överklagandet har klaganden åberopat fyra grunder, vilka avser

— åsidosättande av artikel 101 FEUF, reglerna om bevisning, principen om oskuldspresumtion och rättssäkerhetsprincipen samt motiveringsskyldigheten, i den del tribunalen slog fast att klaganden deltog i överträdelsen efter mötet den 11 och 12 maj 2004 fram till den 28 april 2005,

— åsidosättande av principen om likabehandling, missuppfattning av bevisningen och bristande motivering, i den del tribunalen uteslöt att klaganden drog sig ur kartellen efter mötet den 11 och 12 maj 2004, men godtog att Repsol drog sig ur kartellen efter mötet den 3 och 4 augusti 2004,

— åsidosättande av artikel 101 FEUF, principen om oskuldspresumtion, rättssäkerhetsprincipen och principen om likabehandling samt motiveringsskyldigheten, i den del tribunalen slog fast att klaganden inte avbröt sitt deltagande i överträdelsen mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001,

— åsidosättande av principen om effektivt domstolsskydd, principen om att straff och påföljder ska vara individuella samt motiveringsskyldigheten, i den del tribunalen utan föregående prövning underkände grunden att bevisningen för klagandens konkurrensinriktade uppträdande inte hade beaktats.

20. Kommissionen anser, å sin sida, huvudsakligen att de grunder som endast syftar till att domstolen på nytt ska pröva omständigheter som tribunalen redan har prövat inte kan tas upp till prövning. Överklagandet kan i vart fall inte vinna bifall såvitt avser dessa grunder.

21. Innan jag går in på saken i de frågor som ska behandlas bör det sägas några ord om upptagandet till sakprövning av de grunder som har åberopats.

22. Så som kommissionen helt korrekt har påpekat ankommer det inte på domstolen att göra en ny prövning av en ansökan som ingetts till tribunalen, eftersom denna bedömning faller utanför domstolens behörighet i ett mål om överklagande.[4] Domstolen är varken behörig att fastställa de faktiska omständigheterna eller, i princip, att bedöma den bevisning som tribunalen har godtagit till stöd för dessa omständigheter. Denna bedömning utgör inte, med undantag för de fall då bevisningen har missuppfattats, en rättsfråga som ska prövas av domstolen.[5]

23. När det gäller att fastställa en överträdelses varaktighet har domstolen redan tidigare konstaterat att begreppen öppet avståndstagande och fortlöpande konkurrensbegränsande beteende – vilka det särskilt hänvisas till i de grunder som har åberopats till stöd för detta överklagande – avser faktiska omständigheter, vilka i det enskilda fallet ska fastställas av den domstol som avgör saken, på grundval av en bedömning av ”ett antal sammanträffanden och indicier” som har lagts fram för den och ”en helhetsbedömning av samtliga bevis och relevanta indicier”. Om bevisupptagningen har skett på ett riktigt sätt och de allmänna rättsprinciper och de processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits, är det tribunalen ensam som ska bedöma vilket värde som uppgifterna i målet ska tillmätas. Denna bedömning utgör således inte, med undantag för de fall då bevisningen har missuppfattats, en rättsfråga som ska prövas av domstolen.[6]

24. De grunder för överklagandet som inte endast syftar till att bestrida bevisningens materiella riktighet och bedömningen av den, vilken ligger till grund för fastställandet av hur länge klaganden deltog i kartellen, utan syftar till att ifrågasätta bevisningens relevans och betydelse samt det bevisvärde som tribunalen har tillmätt den, bör emellertid kunna tas upp till sakprövning.[7]

25. Genom den första och den tredje grunden i förevarande mål vill klaganden i huvudsak att domstolen ska pröva huruvida de kriterier som kommissionen tillämpade för att bevisa att klaganden hade deltagit under två fastställda perioder är rättsstridiga. Dessa kriterier, vilka godtogs av tribunalen, avser framför allt att klaganden inte öppet hade tagit avstånd från kartellen samt de övriga deltagarnas uppfattning om huruvida så var fallet. Det bör således konstateras att dessa grunder kan tas upp till prövning.

26. Efter denna viktiga precisering kommer jag nu att först behandla frågan om huruvida tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid prövningen av bevisningen för att klaganden deltog i kartellen dels efter mötet den 11 och 12 maj 2004, dels mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001, genom att hänvisa till den omständigheten att klaganden under dessa perioder inte öppet tog avstånd från kartellen och kartelldeltagarnas eventuella uppfattning om huruvida klaganden deltog i kartellen.

27. Den första och den tredje grunden som har anförts av klaganden kommer således att behandlas tillsammans.

4 — Se, bland annat, dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 51) och dom Quinn Barlo m.fl./kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punkt 26).

5 — Dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkt 70 och där angiven rättspraxis).

6 — Se dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkterna 71 och 86 samt där angiven rättspraxis).

7 — Se, för ett liknande resonemang, dom Siemens m.fl./kommissionen, C-239/11 P, C-489/11 P och C-498/11 P, EU:C:2013:866, punkterna 128–130 och där angiven rättspraxis.

A – *Den första och den tredje grunden: Åsidosättande av artikel 101 FEUF, reglerna om bevisning, principen om oskuldspresumtion och rättssäkerhetsprincipen samt motiveringsskyldigheten, i den del tribunalen slog fast att klaganden deltog i överträdelsen dels efter mötet den 11 och 12 maj 2004 fram till den 28 april 2005, dels mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001*

1. Parternas argument

28. Genom sin första grund har klaganden hävdat att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning på flera punkter genom att godta kommissionens synsätt att klaganden deltog i överträdelsen fram till den 28 april 2005.

29. För det första vände tribunalen på bevisbördan för hur länge klaganden deltagit i överträdelsen, genom att enbart konstatera att klaganden inte hade lagt fram någon bevisning för att företaget öppet hade tagit avstånd från kartellen. Detta trots att det ankom på tribunalen att kontrollera om kommissionen hade fullgjort sin skyldighet att lägga fram bevisning för att överträdelsen fortsatte oavbrutet mellan den 12 maj 2004 och den 28 april 2005, eftersom klaganden inte deltog i några samordnande kontakter efter det förstnämnda datumet.

30. För det andra tolkade tribunalen domstolens praxis och sin egen praxis felaktigt, när den som en allmän princip slog fast att det i princip är uteslutet att en överträdelse har upphört, om det inte har gjorts ett öppet avståndstagande. Att det i denna rättspraxis krävs ett öppet avståndstagande förklaras av att de företag som avses i den, hade deltagit i samordnande möten, och att det fanns indicier på att samordningen fortsatte oavbrutet under den omtvistade perioden.

31. För det tredje har tribunalen genom sitt resonemang skapat en presumtion som riskerar att leda till godtycklighet och rättslig osäkerhet, eftersom kommissionen i så fall skulle kunna fastställa att ett företag har deltagit i en kartell under hela den period som den pågick, så snart företaget deltagit i ett enda konkurrensbegränsande möte utan att öppet ta avstånd från det. De omständigheter som tribunalen har hänvisat till i punkterna 375 och 376 i den överklagade domen avser fullständigt ensidiga initiativ från det företag som organiserade kartellen, vilka på sin höjd visar att detta företag önskat att klaganden skulle närvara vid de tre sista tekniska mötena. Klaganden vidtog emellertid inga åtgärder till följd av dessa initiativ. Tribunalen har även vänt på bevisbördan genom att konstatera (i punkt 380 i den överklagade domen) att enbart den omständigheten att klaganden inte deltog i de sista tekniska mötena inte visar att företaget inte har använt de uppgifter som det erhållit vid tidigare möten som företaget deltagit i och att det inte har dragit vinning av de avtal som slutits vid dessa möten. Tribunalens resonemang motsägs dessutom av den omständigheten att kartellen genomfördes genom frekventa möten hållna med i genomsnitt tre eller fyra månaders mellanrum.

32. Kommissionen anser, för det fall den första grunden ska tas upp till sakprövning, att överklagandet ändå inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

33. Enligt kommissionen har klaganden tolkat rättspraxisen felaktigt. Klaganden har huvudsakligen hänvisat till tribunalens domar angående särskilda fall som inte nödvändigtvis kan överföras på förevarande mål, i synnerhet eftersom frågan om hur länge deltagandet i en överträdelse har pågått avser en faktisk omständighet, för vilken bevisning ska läggas fram i varje enskilt fall beroende på de särskilda omständigheterna. Kommissionen har betonat att bevisningen för att klaganden i förevarande fall fortsatte att delta i överträdelsen utgörs av den omständigheten att klaganden fortsatte att bjudas in till möten, vilket betyder att den som bjöd in klaganden uppfattade att denna deltog i kartellen, i förening med den omständigheten att klaganden inte tog avstånd från kartellen, och att dessa båda omständigheter oupplösligen hör samman.

34. Enligt kommissionen stöds kommissionens och tribunalens synsätt av domstolens praxis. I domen i målet Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P EU:C:2004:6) slog domstolen inte på något sätt fast att företaget i fråga måste ha deltagit i möten för att krav på ett avståndstagande ska kunna ställas. Däremot klargjordes att uppfattningen hos de övriga kartelldeltagarna är ett tydligt kriterium. Sammanfattningsvis har kommissionen hävdat att domstolens och tribunalens praxis bekräftar att avsaknaden av ett avståndstagande är mycket viktig bevisning när det föreligger andra indicier på ett fortsatt deltagande i kartellen, och att uppfattningen hos de övriga kartelldeltagarna under alla omständigheter är av väsentlig betydelse. I rättspraxis fastställs ingen hierarkisk ordning mellan bevismedlen, och varken kommissionen eller tribunalen har i förevarande fall grundat sig enbart på klagandens brist på avståndstagande från kartellen.

35. Enligt kommissionen saknar denna grund dessutom stöd i de faktiska omständigheterna. I skäl 602 i det omtvistade beslutet grundade sig kommissionen långt ifrån uteslutande på att klaganden inte öppet tagit avstånd, utan lade fram indicier som vid en samlad bedömning bekräftar att klaganden fortsatte att delta i kartellen samt att det var så de övriga deltagarna uppfattade det. Tribunalen gjorde en självständig bedömning av det bevisvärde som denna bevisning skulle tillmätas.

36. När det gäller bevisningen har kommissionen påpekat, för det första, att den grundade sig på den omständigheten att klaganden hade inbjudits till tre möten hållna innan inspektionerna genomfördes och, för det andra, att den inte ansåg att e-postmeddelandet av den 3 november 2004 ensamt kunde tjäna som ett öppet avståndstagande. Det faktum att det ansågs klarlagt att deltagandet i kartellen fortsatte i avsaknad av bevis på motsatsen, exempelvis ett faktiskt öppet avståndstagande, är förenligt med de bevisrättsliga principerna. Den omständigheten att ett företag inte deltar i möten betyder inte att det har dragit sig ur kartellen. Klagandens påpekanden, att de faktiska omständigheter som tribunalen fastställde inte låg tillräckligt nära varandra i tiden för att det skulle kunna konstateras att överträdelsen fortsatte, saknar betydelse, eftersom det i förevarande fall inte handlar om ett tillfälligt avbrott i deltagandet i en kartell, utan om huruvida företaget i fråga förblev medlem i kartellen ända till slutet.

37. Avseende den tredje grunden har parterna anfört följande.

38. Klaganden har påpekat att, såsom det tydligt framgår av det uttalande som gjordes av ett av de företag som deltog i kartellen (uttalande i ärendeakten), lämnade klagandens företrädare bryskt och i upprört tillstånd mötet den 25 och 26 maj 2000 och deltog därefter inte i fler möten. Det har inte bestritts att klaganden efter denna ordväxling inte deltog i något av de tre därpå följande mötena, förrän klagandens nya företrädare närvarade vid mötet den 26 och 27 juni 2001. Klaganden har betonat att företaget däremot deltog i 18 av de 21 möten som arrangerades under de fem åren innan dess, det vill säga i ungefär 4 möten per år.

39. Tribunalens slutsats, vilken den grundade på att klaganden inte hade lagt fram någon bevisning för att företaget öppet tagit avstånd från kartellen, dock utan att först kontrollera huruvida kommissionen hade uppfyllt sin skyldighet att lägga fram bevisning för att klaganden fortsatt att delta i kartellen, utgör enligt klaganden ett åsidosättande av principen om oskuldspresumtion. Klaganden har hänvisat till domen Gosselin Group/kommissionen,[8] i vilken det konstaterades att det, när det rör sig om ett avbrott, ligger i sakens natur att deltagandet i kartellen återupptas och att enbart den omständigheten att företaget i fråga har deltagit i kartellen såväl före som efter den aktuella perioden således saknar relevans.

8 — T-208/08 och T 209/08, EU:T:2011:287, punkt 161.

40. Beträffande kriteriet avseende kartelldeltagarnas uppfattning har klaganden gjort gällande att det aldrig har påstått eller visats att klaganden uppfattades som en deltagare i kartellen mellan maj månad 2000 och juni månad 2001 och att det, tvärtom, framgår av det ovannämnda uttalandet av ett annat företag som deltog i kartellen att detta företag inte hyste några tvivel om att klaganden avbrutit sitt deltagande under denna trettonmånadersperiod. Tribunalen gjorde sig under alla omständigheter skyldig till felaktig rättstillämpning genom att utesluta att klaganden öppet tagit avstånd under mötet den 25 och 26 maj 2000, tvärtemot vad den ansåg i fallet Repsol (se den andra grunden), i vilket den konstaterade att kravet på ett öppet avståndstagande kan vara uppfyllt närhelst det konstateras att de övriga mötesdeltagarna är osäkra på företagets deltagande. Tribunalen godtog att Repsol tagit avstånd enbart på grundval av den omständigheten att företaget inte längre fick några officiella inbjudningar från det företag som arrangerade mötena.

41. Kommissionen har i första hand gjort gällande att denna grund inte kan tas upp till prövning. I andra hand har den gjort gällande att denna grund ska underkännas, eftersom kommissionen inte grundade sin bedömning av huruvida klaganden fortsatte att delta i kartellen under denna period enbart på att företaget inte tagit avstånd från den. Av skäl 603 i det omtvistade beslutet framgår att mot bakgrund av sammanhanget som helhet kan den omständigheten att klaganden inte deltog i tre på varandra följande möten, men därefter regelbundet deltog från och med juni månad 2001 sedan klagandens företrädare hade bytts ut, inte betraktas som ett avbrott i deltagandet i själva kartellen. När tribunalen bekräftade denna bedömning grundade den sig inte enbart på klagandens brist på avståndstagande, utan prövade de omständigheter under vilka klagandens företrädare hade lämnat mötet den 26 maj 2000. Efter denna prövning slog tribunalen fast att detta inte utgjorde ett öppet avståndstagande. Kommissionen har tillagt att den omständigheten att klagandens företrädare lämnade mötet inte visar att företaget drog sig ur kartellen, utan snarare berodde på oenighet om hur kartellen skulle genomföras. Inte heller i Sasols uttalanden har händelsen vid mötet den 26 maj 2000 beskrivits som att klaganden drog sig ur kartellen.

42. Kommissionen har vidare hävdat att den under alla omständigheter har bevisat, i enlighet med principerna i domstolens praxis, att klaganden deltog i kartellen under hela den omtvistade perioden. [9] Bevisen för hur länge ett företag har deltagit i en kartell är för övrigt en fråga om faktiska omständigheter. Den omständigheten att det i förevarande fall inte finns någon bevisning för att det förekom konkurrensbegränsande kontakter eller deltagande i sådana kontakter under en ettårsperiod räcker inte i sig för att fastställa att deltagandet i kartellen hade avbrutits. [10] Klagandens argument att denna frånvaro, på grund av sin varaktighet och kontinuitet, var av en exceptionell karaktär visar inte att klaganden inte deltog i kartellen, eftersom klaganden även vid tidigare tillfällen varit frånvarande från samordnande möten. Som tribunalen har betonat kunde klaganden däremot, under den omtvistade perioden, dra nytta av de uppgifter som erhållits under tidigare möten och de avtal som slutits. Enligt kommissionen var det således korrekt av tribunalen att slå fast att denna frånvaro från ett fåtal möten endast var en enstaka händelse kopplad till en viss person och inte på något sätt utgjorde ett avbrott i klagandens deltagande i kartellen.

2. Bedömning

43. Innan jag granskar de parametrar som kommissionen använde sig av, och som bekräftades av tribunalen, för att fastställa att klaganden deltog i kartellen under båda de omtvistade perioderna, det vill säga mellan den 12 maj 2004 och den 28 april 2005 (nedan kallad perioden efter det att deltagandet upphört) respektive mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001 (nedan kallad perioden då avbrott

9 — Dom Technische Unie/kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593, punkt 169) och dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 260).

10 — Dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 75).

gjordes), tycks det mig lämpligt att göra ett antal påpekanden beträffande de principer som är tillämpliga i fråga om bevisningen för hur länge ett företag deltagit i en kartell och i samband med detta förtydliga hur kravet i domstolens praxis på ett öppet avståndstagande av det berörda företaget ska förstås. [11]

a) Rättspraxis avseende bevisbördan för ett företags deltagande i en kartell och kravet på öppet avståndstagande

44. Innan jag går in på de invändningar som har framställts i förevarande mål om överklagande bör det erinras om vissa principer som är tillämpliga i fråga om bevisningen och bevisbördan avseende konkurrensbegränsande beteenden.

45. Det ska inledningsvis erinras om att det ankommer på kommissionen att bevisa inte bara deltagandet i en kartell, utan även deltagandets varaktighet. Enligt principen om oskuldspresumtion ska bedömningen vara till företagets fördel i den mån det föreligger tvivel om hur länge ett företag deltagit i en överträdelse och om huruvida deltagandet varit fortlöpande. [12]

46. När det gäller att fastställa hur länge ett givet företag har deltagit i en överträdelse, förefaller det klart att när det inte finns någon bevisning som gör det möjligt att direkt fastställa överträdelsens varaktighet, ska kommissionen åtminstone lägga fram bevisning för omständigheter som ligger tillräckligt nära varandra i tiden, så att det skäligen kan anses att överträdelsen har pågått oavbrutet mellan två angivna datum. Domstolen har slagit fast att förekomsten av en överträdelse måste härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans och när annan hållbar förklaring saknas kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett. [13]

47. Domstolen tycks härvid ha gjort åtskillnad beroende på om det rört sig om att fastställa vilken dag deltagandet i en kartell upphörde eller under vilka perioder deltagandet eventuellt avbrutits. Detta tycks mig framgå särskilt av domen kommissionen mot Verhuizingen Coppens, [14] i vilken domstolen ansåg att kommissionen hade fog för att finna att bolaget i fråga kunde hållas ansvarigt för att ha deltagit i det aktuella avtalet oavbrutet under hela perioden från den 13 oktober 1992 till den 29 juli 2003, trots att det inte fanns några bevis för att bolaget tagit aktiv del i skenanbudsavtalet under åren 1994 och 1995.

48. Domstolen har preciserat att den omständigheten att konkret bevisning för att ett företag har genomfört ett konkurrensbegränsande avtal inte har lagts fram beträffande vissa bestämda perioder inte hindrar att överträdelsen kan anses omfatta en helhetsperiod som är längre än förstnämnda perioder, om ett sådant konstaterande grundas på objektiva och samstämmiga indicier. Att den konkurrensbegränsande samverkan, inom ramen för en överträdelse som pågår under flera år, kommer till uttryck vid olika perioder, som kan vara mer eller mindre åtskilda i tiden, påverkar inte förekomsten av denna samverkan, förutsatt att de olika handlingar som är en del av överträdelsen har samma syfte och ingår i en enda och fortlöpande överträdelse. [15]

11 — Se, särskilt, dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P EU:C:2004:6, punkterna 81 och 82 och där angiven rättspraxis).

12 — Se, för ett liknande resonemang, dom Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen (C-403/04 P och C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 52).

13 — Dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 57) och dom Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen (C-403/04 P och C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 51).

14 — C-441/11 P, EU:C:2012:778.

15 — Se dom Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6, punkt 260), och dom Technische Unie/kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593, punkt 169).

49. Med beaktande av de grundläggande regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen på området utesluter denna rättspraxis inte, enligt min mening, att det ändå kan fastställas att ett företag faktiskt har avbrutit sitt deltagande i en kartell under en viss period. Beroende på de konkurrensbegränsande kontakternas regelbundenhet och huruvida avbrottets längd var betydande jämfört med den totala period under vilken kartellen pågick, vilket det uteslutande ankommer på den domstol som avgör saken att kontrollera, är det fullständigt möjligt att anse att företaget inte deltog i kartellen under en eller flera bestämda perioder.

50. Svaret på frågan om huruvida det är av betydelse att det inte finns någon materiell bevisning för ett företags deltagande under vissa perioder beror med andra ord på omständigheterna i det enskilda fallet. För att illustrera vad jag menar kan som exempel nämnas en kartell som pågår under ett tiotal år och som genomförs genom möten mellan konkurrenter flera gånger per år vilka har ett konkurrensbegränsande syfte. Att ett företags företrädare eventuellt inte närvarat vid två möten saknar betydelse när det finns andra objektiva och samstämmiga indicier på att företaget deltog under perioden i fråga.

51. Hur ska kravet på ett öppet avståndstagande av företaget förstås i detta sammanhang?

52. För att besvara denna fråga ska det erinras om de omständigheter under vilka detta kriterium utarbetades och särskilt omständigheterna i målet Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, EU:C:2004:6).

53. I det ovan nämnda målet invände det anklagade bolaget mot att kommissionen hade grundat sig på argumentet att bolaget inte öppet hade tagit avstånd från avtalet och att tribunalen hade godtagit detta argument.

54. Domstolen bekräftade det synsätt som hade framförts av kommissionen och godtagits av tribunalen. Domstolen slog fast att kommissionen endast behövde visa att det berörda företaget hade deltagit i möten under vilka konkurrensbegränsande avtal slutits, utan att öppet motsätta sig detta, för att styrka att företaget i fråga hade deltagit i kartellen. *När deltagandet vid sådana sammanträden väl har visats*[16] åligger det företaget i fråga att anföra omständigheter som visar att företaget deltog i mötena utan någon som helst konkurrensfientlig inställning, genom att styrka att företaget förklarat för sina konkurrenter att det deltog i mötena med en annan inställning än dessa (punkt 81 i domen).

55. Det är på detta sätt som kravet på öppet avståndstagande ska förstås, nämligen att det vilar på den nödvändiga premissen att företaget har deltagit i ett konkurrensbegränsande möte eller har haft kontakter av konkurrensbegränsande karaktär. Domstolen preciserade att ”[s]kälet för denna rättsprincip är att företaget, genom att delta i nämnda sammanträde utan att öppet ta avstånd från det som där avhandlas, ger övriga deltagare intrycket av att det instämmer med vad som beslutas på sammanträdet och att företaget kommer att rätta sig därefter” (se punkt 82 i domen).

56. Kravet på ett öppet avståndstagande gör det med andra ord möjligt att på grundval av konkreta indicier presumera att ett företag som har deltagit i möten som har haft ett konkurrensbegränsande syfte har deltagit i en kartell som omfattas av förbudet i artikel 101.1 FEUF. När det saknas bevis för att företaget, om så endast passivt, har deltagit i ett möte som har haft ett konkurrensbegränsande syfte kan det, enligt min mening, inte hänvisas till att företaget inte öppet har tagit avstånd. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer påpekade i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet[17] att om ett företag, tillsammans med sina konkurrenter på marknaden, deltar i ett eller flera möten som leder till ett mot konkurrensen stridande avtal, kan man med stöd av presumtionstekniken, i avsaknad av ett uttryckligt avståndstagande, dra slutsatsen att företaget är part i

16 — Min kursivering.

17 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i målet Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkterna 127–131).

avtalet, särskilt som företaget därefter medverkar i åtgärder för att genomföra det konkurrensbegränsande avtalet. Han preciserade att för att visa att presumtionen är välgrundad måste man *”utgå från de händelser som fastställts*[18] för att … komma fram till ståndpunkten att vissa bestämda omständigheter är styrkta”.[19]

57. Enligt detta resonemang, vilket följer den logik som redan tidigare har tillämpats i flera mål med avseende på användningen av presumtioner,[20] kan kommissionen inte, när det inte finns några som helst bevis för konkurrensbegränsande kontakter eller samordning mellan ett företag och övriga deltagare i en kartell, dra slutsatsen att företaget har fortsatt att delta i kartellen enbart på grund av att företaget inte har tagit avstånd från den.

58. Kravet på ett öppet avståndstagande är således endast tillämpligt om företaget faktiskt har deltagit i samordnande möten, eller om det åtminstone finns indicier på att samordning förekommit under en viss period. Detta krav ska således tillämpas endast i en situation där det mot bakgrund av konkret bevisning som samlats in under utredningen kan presumeras att det anklagade företaget har fortsatt att delta i kartellen. Att ett företag inte öppet har tagit avstånd från en kartell bevisar inte ensamt att företaget deltagit i kartellen.

59. Domstolen har vid flera tillfällen haft tillfälle att erinra om dessa principer.[21]

60. Av ovanstående överväganden framgår att ett öppet avståndstagande ska ses som en skyldighet som åligger det berörda företaget, så att kan visas att det inte längre deltog i en kartell under en viss period, trots att det verkade som om det deltog. Kravet på ett öppet avståndstagande är således endast relevant om företaget faktiskt har deltagit i samordnande möten, eller om det åtminstone finns indicier på att samordning har förekommit under en viss period.

61. Denna princip ska betonas med kraft för att förhindra risken för en skadlig glidning i tolkningen av de principer som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen avseende konkurrensbegränsande beteenden.

b) Tillämpningen i förevarande fall: Nödvändig åtskillnad mellan bevisningen för att deltagandet i kartellen slutgiltigt upphört och bevisningen för att deltagandet avbrutits

i) Bevisningen för klagandens deltagande under perioden efter det att deltagandet upphört (den första grunden)

62. Såsom kommissionen har betonat i sina skriftliga inlagor drog den i det omtvistade beslutet slutsatsen att klaganden deltog i överträdelsen fram till dess att kommissionen genomförde sina kontroller den 28 april 2005, eftersom företaget, även om det inte har fastställts att det deltog i de möten som hölls efter den 11 och 12 maj 2004, inte har lagt fram några bevis för att det formellt drog sig ur kartellen vid det datumet. Tribunalen konstaterade, efter en bedömning av de omständigheter som det redogörs för i skäl 602 i det omtvistade beslutet, att klaganden enligt de övriga kartelldeltagarnas uppfattning inte hade tagit avstånd från kartellen.

18 — Min kursivering.

19 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i målet Aalborg Portland m.fl./kommissionen (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkt 128).

20 — Se, för ett liknande resonemang, dom Hüls/kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punkt 155) och dom Montecatini/kommissionen (C-235/92 P, EU:C:1999:362, punkt 181).

21 — Se, särskilt, dom Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P till C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkterna 142–145), beslut Adriatica di Navigazione/kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105, punkterna 48–54) och dom Comap/kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punkterna 73–76), när det gäller företag avseende vilka det hade fastställts att de hade deltagit i möten som hade ett konkurrensbegränsande syfte.

63. Det ska erinras om att kommissionen i skäl 602 i det omtvistade beslutet konstaterade följande:

”[Klaganden] har uppgett att den inte har deltagit i något av de möten som ägde rum efter mötet den 11 och den 12 maj 2004 och att dess företrädare ställt in sin resa till mötet den 3 och den 4 november 2004. Detta skedde, enligt ett internt meddelande, på inrådan av företrädarens överordnade. Kommissionen finner att det saknas bevis för att företaget dragit sig ur kartellen. När det är fråga om en komplex överträdelse innebär den omständigheten att ett företag inte deltagit i ett möte eller inte delat den uppfattning som kom till uttryck vid ett möte inte att företaget har upphört att delta i en fortlöpande överträdelse. För att en överträdelse ska anses ha upphört måste företaget klart ha tagit avstånd från kartellen. [Klaganden] har … inte inkommit med exakta bevis för att företaget självständigt antagit en ensidig strategi på marknaden och klart och öppet tagit avstånd från kartellens verksamhet. Tvärtom styrker den bevisning som kommissionen förfogar över att [klaganden] erhållit en officiell inbjudan till tre senare tekniska möten (det vill säga de tre sista tekniska möten som organiserades innan inspektionen genomfördes). [Klagandens] företrädare bekräftade att han skulle delta i mötet den 3 och den 4 november 2004, även om det därefter visade sig att han ställde in resan. Vad gäller mötet den 23 och den 24 februari 2005 hade [Sasol Wax International AG, Sasol Holding in Germany GmbH och Sasol Limited, som arrangerade mötet, nedan kallade Sasol] redan bokat ett rum till företrädaren för [klaganden] på det hotell där mötet ägde rum, vilket därefter avbokades. Det kan härav konstateras att det stod klart för Sasol och andra deltagare att [klaganden] deltog i kartellen ända till slutet. Dessutom skilde sig de diskussioner som fördes vid mötena inte i någon större utsträckning från dem som fördes vid tidigare möten, utan deltagarna fortsatte att diskutera prishöjningar utan att nämna att [klaganden] försökt att dra sig ur kartellen (se skälen 175, 176 och 177). Det var inte heller ovanligt att företagen inte deltog i vissa möten under den tid kartellen var verksam. Dessa två omständigheter visar att det inte uppfattades som att [klaganden] hade lämnat den konkurrensbegränsande samverkan efter mötet i maj 2004. Det interna meddelandet från [klagandens] företrädare om skälen till att vederbörande inte skulle delta i ett möte kan under inga omständigheter uppfattas som ett offentligt avståndstagande. Eftersom det inte finns några andra uppgifter som tyder på att [klaganden] tagit avstånd från kartellen finner kommissionen inte att företagets deltagande i kartellen upphörde före genomförandet av inspektionerna.”

64. I den överklagade domen godtog tribunalen kommissionens synsätt i fråga om kravet på öppet avståndstagande och övriga kartelldeltagares uppfattning samt konstaterade att klaganden enligt de övriga deltagarnas uppfattning inte öppet hade tagit avstånd från kartellen. [22]

65. Tribunalen hänvisade vidare till ett internt e-postmeddelande av den 3 november 2004 som skickats av en av klagandens anställda, vilket hade följande lydelse: ”Med beaktande av syftet med mötet i Österrike följer jag Thibaults rekommendation. Jag ställer in min resa till Wien (med planerad avgång denna eftermiddag).” Tribunalen slog fast att ett internt e-postmeddelande som övriga deltagare inte fått del av inte kan anses utgöra ett öppet avståndstagande. [23]

66. Tribunalen påpekade för fullständighetens skull att endast den omständigheten att klaganden inte deltog i de sista tekniska mötena inte visar att företaget inte har använt de uppgifter om konkurrenternas priser som erhållits vid tiotals tidigare tekniska möten, i vilka företaget deltagit, eller att företaget inte har dragit vinning av de avtal om uppdelning av marknaderna och kunderna som slutits vid tidigare tekniska möten. Tribunalen slog fast att klaganden inte hade förebringat någon bevisning som visade att företaget hade upphört att genomföra kartellen den 12 maj 2004. [24]

22 — Se punkterna 372–375 i den överklagade domen.

23 — Se punkterna 378 och 379 i den överklagade domen.

24 — Se punkt 380 i den överklagade domen.

67. Frågan är således huruvida kommissionen, trots dessa konstateranden, kunde dra slutsatsen, vilken bekräftades av tribunalen i den överklagade domen, att klaganden deltog i kartellen även efter mötet den 11 och 12 maj 2004. Det bör särskilt prövas huruvida kommissionen kunde grunda denna slutsats på att klaganden inte formellt hade dragit sig ur kartellen och inte hade lagt fram någon bevisning för att företaget öppet tagit avstånd från kartellen.

68. Enligt min mening ska denna fråga besvaras nekande, för att inte åsidosätta ovan angivna principer som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen avseende konkurrensbegränsande beteenden.

69. Det har inte bestritts att klaganden i förevarande mål inte deltog i de sista av kartellens tekniska möten, vilka hölls mellan den 12 maj 2004 (den dag då klaganden för sista gången deltog i ett möte) och den 29 april 2005 (den dag då kommissionens inspektioner genomfördes). Det finns inte heller några indicier på att klaganden hade någon som helst kontakt med kartelldeltagarna under denna period.

70. Det finns under dessa omständigheter inte ens en tillstymmelse till bevisning för att klaganden efter mötet den 11 och 12 maj 2004 fortsatte att delta i kartellen, vare sig genom att delta i möten eller genom att ägna sig åt annan samordnande verksamhet.

71. De övriga kartelldeltagarnas eventuella uppfattning om huruvida klaganden fortsatte att delta i kartellen efter detta datum är enligt min mening inte ett avgörande kriterium. Förutom att det inte tydligt har fastställts att deltagarna hade denna uppfattning, även om det påstås framgå av inbjudningarna och hotellbokningarna, utgör en sådan uppfattning inte på något sätt ett indicium på ett aktivt eller passivt deltagande i kartellen.

72. Såsom det har anförts bland annat vid förhandlingen var kommissionen fast övertygad om att klaganden, till skillnad från andra företag,[25] fortsatte att ingå i kartellen. Ett sådant påstående måste grundas på konkreta indicier och inte på en känsla eller ett subjektivt intryck som grundar sig på övriga kartelldeltagares eventuella uppfattning.

73. Av ovanstående överväganden följer att den överklagade domen ska frånkännas giltighet på denna punkt. Det var enligt min mening fel av tribunalen att bekräfta slutsatsen att klaganden deltog i kartellen efter mötet den 11 och 12 maj 2004 och fram till inspektionerna i april månad 2005.

74. Den överklagade domen bör således upphävas i denna del. De konkreta följderna av upphävandet för det bötesbelopp som har ålagts klaganden behandlas längre ned.

ii) Bevisningen för att klaganden deltog i kartellen mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001 (den tredje grunden)

75. Även om ovanstående överväganden delvis är tillämpliga även på klagandens deltagande i kartellen mellan den 26 maj 2000 och den 26 juni 2001, finns här en väsentlig skillnad, eftersom det inte rör sig om huruvida klaganden fullständigt upphörde med sitt deltagande, utan om huruvida deltagandet avbröts under en viss period.

25 — Framför allt avses Repsols särskilda situation och huruvida detta företags situation var jämförbar med klagandens. Tribunalen påpekade att till skillnad från Repsol har det avseende klaganden inte konstaterats att de officiella inbjudningarna till de tekniska mötena upphörde att komma efter den 4 augusti 2004, och för klagandens företrädare bokades till och med hotellrum (se, bland annat, punkterna 385–388 i den överklagade domen).

76. De principer som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen avseende konkurrensbegränsande beteenden är med andra ord de samma. Det som skiljer sig är deras tillämpning på de omständigheter som ska styrkas, det vill säga ett tillfälligt avbrott respektive ett slutgiltigt upphörande vad gäller deltagandet i en kartell.

77. Som jag har angett ovan måste bevisningen behandlas annorlunda när den ligger till grund för kommissionens slutsats om huruvida ett företag har avbrutit sitt deltagande i en kartell, eftersom den i hög grad är beroende av samtliga omständigheter som kringgärdar det påstådda avbrottet och den påstådda samordnande verksamhetens särdrag, såsom dess frekvens och komplexitet.

78. Såväl kommissionen (se skäl 603 i det omtvistade beslutet) som tribunalen (punkterna 394–403 i den överklagade domen) har enligt min mening noggrant prövat de omständigheter under vilka klagandens företrädare lämnade mötet den 25 och 26 maj 2000 och de konkurrensbegränsande kontakterna.

79. Denna prövning kan inte ifrågasättas i förevarande mål om överklagande, eftersom det inte framgår att omständigheterna har missuppfattats. Synsättet tycks mig dessutom till stor del förenligt med den rättspraxis enligt vilken den omständigheten att sådan bevisning inte har lagts fram beträffande vissa bestämda perioder inte hindrar att överträdelsen kan anses omfatta en övergripande tidsperiod som är längre än dessa perioder, om ett sådant konstaterande grundas på objektiva och samstämmiga indicier. Att den konkurrensbegränsande samverkan, inom ramen för en överträdelse som pågår under flera år, kommer till uttryck vid olika perioder, som kan vara mer eller mindre åtskilda i tiden, påverkar inte förekomsten av denna samverkan, förutsatt att de olika handlingar som är en del av överträdelsen har samma syfte och ingår i en enda och fortlöpande överträdelse. [26]

80. Bedömningen av huruvida de olika åtgärder som vidtagits inom ramen för den aktuella kartellen har samma syfte och ingår i en enda och fortlöpande överträdelse har inte ifrågasatts i förevarande fall och faller under alla omständigheter utanför domstolens behörighet i förevarande mål om överklagande.

81. En analogi kan således dras mellan den fråga som ska prövas i förevarande mål och den som domstolen prövade i domen kommissionen/Verhuizingen Coppens, i vilket domstolen slog fast att den omständigheten att det inte finns några bevis för att det förekommit konkurrensbegränsande kontakter eller deltagande i sådana kontakter under en ettårsperiod inte i sig räcker för att fastställa att deltagandet hade avbrutits. [27]

82. Jag anser således att överklagandet inte kan bifallas på den tredje grunden.

B – *Den andra grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling, missuppfattning av bevisningen och bristande motivering, eftersom tribunalen uteslöt att klaganden hade dragit sig ur kartellen efter mötet den 11 och 12 maj 2004, men godtog att Repsol hade dragit sig ur kartellen efter mötet*

1. Parternas argument

83. Klagandens andra grund består av två delar.

26 — Dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 72).

27 — Dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 75).

84. Genom den första delgrunden har klaganden i huvudsak gjort gällande att tribunalens slutsats, som grundade sig på det felaktiga antagandet att Repsol inte fick några fler ”officiella” inbjudningar efter mötet den 11 och 12 maj 2004, vilar på bevisning som har missuppfattats och i flera avseenden är behäftad med en bristande motivering.

85. Den andra delgrunden avser åsidosättande av principen om icke-diskriminering. Klaganden har hävdat att tribunalen när den granskade hur länge klaganden hade deltagit i kartellen utgick från andra och strängare kriterier än de som tillämpats avseende Repsol. Tribunalen krävde att klaganden skulle visa att företaget öppet hade tagit avstånd från kartellen, medan den godtog att Repsol hade dragit sig ur kartellen trots att detta företag inte öppet tagit avstånd från den.

86. Kommissionen har huvudsakligen gjort gällande att denna grund är utan verkan, eftersom inget av de framförda argumenten avser Total, utan rör Repsols särskilda situation. Kommissionen anser att överklagandet i vart fall inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

2. Bedömning

87. För det fallet att den först grunden skulle underkännas, uppkommer frågan om huruvida klaganden har behandlats annorlunda än Repsol.

88. Det ska påpekas att, enligt vad som anges i skäl 604 i det omtvistade beslutet, kommissionen bland annat ansåg att Repsols situation skiljde sig från Totals situation, eftersom bokningen av hotellrum inför mötena den 3 och 4 november 2004 respektive den 23 och 24 februari 2005 visar att Sasol var övertygat om att Total skulle delta vid mötet, medan det inte var lika övertygat i fråga om Repsol.

89. Tribunalen ansåg i punkterna 385–389 i den överklagade domen i huvudsak att situationerna för de båda företagen skiljde sig åt med beaktande av de övriga kartelldeltagarnas uppfattning om huruvida de hade tagit avstånd från kartellen, denna uppfattning kom till uttryck genom officiella inbjudningar och hotellbokningar.

90. Jag å min sida anser att, för det fallet att den första grunden skulle underkännas, denna grund bör förklaras verkningslös.

91. Som kommissionen helt korrekt har påpekat, avser klagandens argumentering inte den egna situationen, utan situationen för Repsol. Även om tribunalen skulle ha gjort en felaktig bedömning, kan klaganden inte åberopa detta till sin egen förmån, för att till exempel få fastställt att företaget deltog i kartellen under en kortare period än vad som tidigare fastställts.

92. Enligt fast rättspraxis ska nämligen principen om likabehandling tillämpas mot bakgrund av legalitetsprincipen. Ingen kan åberopa en rättsstridig åtgärd som gynnat någon annan till sin egen förmån. [28]

93. Jag anser således att, även för det fallet att det skulle anses att tribunalens resonemang i punkterna 385–389 i den överklagade domen är behäftat med en felaktighet, klagandens andra grund ska underkännas.

28 — Se dom The Rank Group (C-259/10 och C-260/10, EU:C:2011:719, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

C – Den fjärde grunden: Åsidosättande av principen om effektivt domstolsskydd, principen om att straff och påföljder ska vara individuella samt motiveringsskyldigheten, eftersom tribunalen utan föregående prövning underkände grunden att den ekonomiska bevisningen för klagandens konkurrensinriktade uppträdande inte hade beaktats

1. Parternas argument

94. Klaganden har påpekat att tribunalen har, enligt artikel 31 i förordning nr 1/2003 [29], obegränsad behörighet i konkurrensmål och att den, även om kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning inom områden som kräver komplicerade ekonomiska bedömningar, inte ska avstå från att pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. [30] Enligt principen att straff och påföljder ska vara individuella, krävs dessutom att frågan om huruvida ett företag har avstått från att genomföra en kartell ska bedömas individuellt för varje företag, bland annat vad gäller beräkningen av de böter det ska åläggas.

95. Klaganden har hävdat att tribunalen inte gav något svar på klagandens grund att den ekonomiska bevisningen för att företaget hade betett sig på ett sätt som är förenligt med konkurrensreglerna inte hade beaktats samt att den inte prövade denna bevisnings relevans och innehåll. Klaganden hade lämnat in en djupgående ekonomisk analys först till kommissionen och senare till tribunalen som täckte hela den period som överträdelsen pågick och som visade att företaget aldrig genomförde de avtal som slöts vid de tekniska mötena. Denna analys förbigicks i tystnad i det omtvistade beslutet, och likaså i den överklagade domen, i den mån punkterna 406 och 407 inte innehåller något svar på klagandens argument att det inte gjorts någon granskning av klagandens ekonomiska analys i syfte att, inom ramen för prövningen av den sanktion som företaget ålagts och framför allt vid bedömningen av eventuella förmildrande omständigheter, göra en individuell bedömning av huruvida företaget betett sig konkurrensinriktat. Klaganden har härvid påpekat att tribunalens resonemang vid prövningen av den andra grunden i ansökan, vilken det hänvisas till i punkt 407 i den överklagade domen (se, bland annat, punkterna 186 och 237), rör det övergripande genomförandet av kartellen och inte vart och ett av de involverade företagens individuella beteende.

96. Kommissionen har hävdat att denna grund ska avvisas och att överklagandet i vart fall inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

2. Bedömning

97. Denna grund ska enligt min mening underkännas.

98. Det framgår nämligen att tribunalen förde ett omfattande resonemang för att svara på de argument och handlingar som klaganden anfört för att visa att företaget inte hade genomfört kartellen.

99. I punkterna 163–190 i den överklagade domen, vilka avser prövningen av den andra grunden, underkände tribunalen klagandens argument att företaget aldrig hade genomfört priskartellen. Tribunalen grundade sig särskilt på bevisning från tiden innan undersökningen inleddes (*in tempore non suspecto*), såsom skrivelser som klaganden skickat för att informera om sina prishöjningar gentemot kunderna (se, till exempel, punkt 189 i domen).

29 — Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1)

30 — Dom Kone m.fl./kommissionen (C-510/11 P, EU:C:2013:696, punkt 28).

100. I punkterna 243–259 i den överklagade domen, vilka även de avser prövningen av den andra grunden som åberopades i första instans, redogjorde tribunalen dessutom i detalj för det resonemang genom vilket den kommit fram till att klaganden inte hade lagt fram någon bevisning som styrkte att företaget hade betett sig på ett konkurrensinriktat sätt på marknaden, tvärtemot vad som hävdades i den ekonomiska analys som klaganden gett in till tribunalen.

101. Tribunalen har således, enligt min mening, fullgjort sin skyldighet att kontrollera och pröva kommissionens bedömning av den bevisning som klaganden lagt fram avseende sitt beteende på marknaden.

102. Klagandens invändning att tribunalen endast gjorde en ekonomisk ”helhetsbedömning” utan att ta hänsyn till klagandens individuella situation är således ogrundad.

VI – Slutsats i denna del

103. Som jag har angett ovan anser jag att överklagandet ska bifallas såvitt avser den första grunden och att den överklagade domen således ska upphävas i den del som tribunalen felaktigt uteslöt att klagandens deltagande i överträdelsen upphörde efter den 12 maj 2004.

104. Detta delvisa upphävande av den överklagade domen nödvändiggör en ny beräkning av det bötesbelopp som klaganden ska betala, så att det korrekt speglar den tid som klaganden deltog i överträdelsen. Jag anser att ärendet är färdigt för avgörande i den mening som avses i artikel 61.1 andra meningen i domstolens stadga.

105. Eftersom domstolen inom ramen för sin rätt att avgöra ärendet har en obegränsad behörighet i den mening som avses i artikel 261 FEUF jämförd med artikel 31 i förordning nr 1/2003, kan den fritt bestämma det nya bötesbeloppet. [31]

106. Även om unionsdomstolen förutom att pröva böternas lagenlighet också är behörig att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning avseende böternas lämplighet, ska det betonas att utövandet av denna obegränsade behörighet inte är att likställa med en prövning ex officio och att förfarandet är kontradiktoriskt. [32]

107. Jag föreslår därför att domstolen begränsar sig till att beräkna om bötesbeloppet till ett lägre belopp, i syfte att rätta till den felaktiga rättstillämpning som konstaterats vid prövningen av den tredje grunden.

108. I stället för att ange ett godtyckligt belopp föreslår jag dessutom att domstolen, för enhetlighetens och förutsebarhetens skull, håller sig till den metod som fastställts i 2006 års riktlinjer, vilken har finslipats och justerats av tribunalen när det gäller den multiplikationskoefficient som ska tillämpas, [33] och att den vid den nya beräkningen av bötesbeloppet beaktar den kortare period som överträdelsen pågick.

31 — Dom kommissionen/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punkt 79 och där angiven rättspraxis).

32 — Se, bland annat, dom kommissionen/Parker Hannifin Manufacturing och Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punkterna 74 och 76 samt där angiven rättspraxis).

33 — Se punkterna 561, 566 och 567 i den överklagade domen.

109. Såsom tribunalen erinrade om i punkt 565 i den överklagade domen beaktade kommissionen vid beräkningen av det bötesbelopp som ålagts klaganden på grund av överträdelsens allvar 18 procent av det årliga försäljningsvärdet för paraffinvax och 15 procent av det årliga försäljningsvärdet för råparaffin. De på så sätt beräknade beloppen [34] multiplicerades med hänsyn till överträdelsens varaktighet med koefficienten 13 för paraffinvax och 7 för råparaffin. Tilläggsbeloppet medräknat använde kommissionen multiplikationskoefficienten 14 för paraffinvax och 7 för råparaffin.

110. För att avhjälpa den rättsstridighet som hade konstaterats i punkt 561 i den överklagade domen, genom en justering av det bötesbelopp som klaganden hade ålagts så att hänsyn togs till överträdelsens exakta varaktighet, fastställde tribunalen den multiplikationskoefficient som skulle användas med hänsyn till överträdelsens varaktighet till 12,64 (till vilket tillkom en punkt för tilläggsbeloppet) för paraffinvax (12 år, 7 månader och 28 dagar) [35] och till 6,53 för råparaffin (6 år, 6 månader och 12 dagar) [36]. Efter tillämpning av koefficienten 1,7 [37], i avskräckande syfte fastställdes bötesbeloppet till 121 626 710 euro för paraffinvax och 3 833 132 euro för råparaffin, och de sammanlagda böter som klaganden ålades uppgick således till 125 459 842 euro.

111. Jag föreslår att de olika stegen i beräkningen av bötesbeloppet görs om med hänsyn till den rättsstridighet som begicks vid fastställandet av den period under vilken klaganden deltog i kartellen på marknaden för paraffinvax. Eftersom den period under vilken klaganden deltog bör ändras till 11 år, 7 månader och 15 dagar, bör den multiplikationskoefficient som ska tillämpas på det belopp som fastställts för överträdelsen på nämnda marknad (det vill säga det belopp som fastställts med beaktande av överträdelsens varaktighet plus tilläggsbeloppet) ändras från 13,64 till 12,62, vilket ger ett belopp på omkring 66 194 974 euro. Efter tillämpning av koefficienten 1,7 i avskräckande syfte, bör bötesbeloppet enligt mina beräkningar sättas ned till omkring 112 531 456 euro för paraffinvax. Med tillägg av det slutliga belopp som fastställts för råparaffin, det vill säga 3 833 132 euro, bör det sammanlagda bötesbelopp som ska åläggas klaganden fastställas till omkring 116 364 588 euro.

112. Det föreslås således att det bötesbelopp som klaganden ska åläggas efter avrundning fastställs till 116 364 588 euro.

VII – Rättegångskostnader

113. Enligt artikel 184.2 i rättegångsreglerna ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet bifalls och domstolen avgör målet slutligt.

114. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler, jämförd med artikel 184.1 i samma rättegångsregler, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. I artikel 138.3 i rättegångsreglerna anges att om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, ska vardera parten bära sina rättegångskostnader. Enligt denna bestämmelse får domstolen emellertid besluta att en part, förutom att bära sina egna rättegångskostnader, ska ersätta en del av den andra partens rättegångskostnader, om det framstår som skäligt med hänsyn till omständigheterna i målet.

34 — Med beaktande av det årliga försäljningsvärdet på de berörda marknaderna, vilket uppgick till 31 133 865 euro (varav 1 993 620 euro för råparaffin) (se skäl 640 och punkt 13 i den överklagade domen), uppgår dessa belopp till 5 245 244 euro (för marknaden för paraffinvax) respektive 299 043 euro (för marknaden för råparaffin).

35 — Det vill säga ett belopp på omkring 71 545 123 euro.

36 — Det vill säga ett belopp på 1 952 750,79 euro.

37 — När denna koefficient tillämpas på beloppen i fråga ger det ett belopp på omkring 121 626 717,87 respektive 3 319 676,34 euro. Dessa belopp fastställds dock till 121 626 710 respektive 3 833 132 euro.

115. Med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål föreslår jag, beträffande de kostnader som uppkommit i första instans, att Total Raffinage Marketing förpliktas att bära åtta tiondelar av sina rättegångskostnader och ersätta åtta tiondelar av kommissionens rättegångskostnader, medan kommissionen förpliktas att bära två tiondelar av sina rättegångskostnader och ersätta två tiondelar av rättegångskostnaderna för Total Raffinage Marketing.

116. Vad gäller det aktuella förfarandet föreslår jag att vardera parten förpliktas att bära sina rättegångskostnader för överklagandet.

VIII – Förslag till avgörande

117. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen avgör målet enligt följande:

1) Domen Total Raffinage Marketing/kommissionen (T-566/08, EU:T:2013:423) upphävs i den del som tribunalen felaktigt uteslöt att klagandens deltagande i överträdelsen upphörde efter den 12 maj 2004.

2) Artikel 1 i kommissionens beslut K(2008) 5476 slutlig av den 1 oktober 2008 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/39.181 – Ljusmassa) ogiltigförklaras i den del det där fastställs att klaganden deltog i en fortlöpande överenskommelse och/eller ett samordnat förfarande inom paraffinvaxsektorn på den gemensamma marknaden under perioden från den 12 maj 2004 till den 28 april 2005.

3) Det bötesbelopp som Total Raffinage Marketing åläggs i artikel 2 i kommissionens beslut K(2008) 5476 slutlig fastställs till 116 364 588 euro.

4) Vad beträffar rättegångskostnaderna för förfarandet i första instans ska Total Raffinage Marketing bära nio tiondelar av sina rättegångskostnader och ersätta nio tiondelar av Europeiska kommissionens rättegångskostnader. Kommissionen ska bära en tiondel av sina rättegångskostnader och ersätta en tiondel av rättegångskostnaderna för Total Raffinage Marketing.

5) Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader för förevarande överklagandeförfarande.