Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 26. marts 2015[1]

Sag C-634/13 P

Total Marketing Services, der er indtrådt i rettighederne for Total Raffinage Marketing mod

Europa-Kommissionen

»Appel — konkurrence — karteller — markedet for paraffinvoks i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde og det tyske marked for »råparaffin« — prisfastsættelse og markedsopdeling — beslutning, hvormed der fastslås en overtrædelse af konkurrencereglerne — varigheden af deltagelsen i et ulovligt kartel — overtrædelsens ophør — afbrydelse af deltagelsen — bevisbyrde — offentlig afstandtagen — de øvrige karteldeltageres opfattelse af hensigten om at tage afstand«

I – **Indledning**

1. Med denne appel har Total Marketing Services, der er indtrådt i rettighederne for Total Raffinage Marketing (tidligere Total France SA, herefter »Total France«), nedlagt påstand om ophævelse af dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret i sagen Total Raffinage Marketing mod Kommissionen[2], hvormed Retten i det væsentlige forkastede appellantens søgsmål angående principalt en påstand om delvis annullation af Kommissionens beslutning K(2008) 5476 endelig af 1. oktober 2008 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/39. 181 – Lysvoks) (herefter »den omtvistede beslutning«), subsidiært en påstand om nedsættelse af den bøde, appellanten er blevet pålagt.

2. Selv om den foreliggende sag har tæt forbindelse til appellen i sagen Total mod Kommissionen (C-597/13 P), i hvilken sag jeg også i dag fremsætter mit forslag til afgørelse, er de retlige spørgsmål i den foreliggende sag helt anderledes. Disse retlige spørgsmål vedrører i det væsentlige spørgsmålet om, hvorvidt Rettens kontrol af appellantens deltagelse i det formodede kartel i visse perioder er utilstrækkelig eller fejlagtig. Den foreliggende sag giver således lejlighed til at foretage visse præciseringer med hensyn til bevisførelse for en virksomheds deltagelse i et ulovligt kartel og til navnlig at præcisere betingelserne for anvendelse af kriteriet for nævnte virksomheds offentlige afstandtagen.

II – **Baggrunden for tvisten**

3. Retten redegjorde for baggrunden for tvisten og for indholdet af den omtvistede beslutning i den appellerede doms præmis 1-17, som læseren henvises til.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — T-566/08, EU:T:2013:423, herefter »den appellerede dom«.

4. Med henblik på analysen af den foreliggende appel skal jeg blot nævne følgende.

5. Med den omtvistede beslutning fastslog Europa-Kommissionen, at appellanten og dennes moderselskab, der ejer næsten 100% af Total SA (herefter »Total«), sammen med andre virksomheder havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3, herefter »EØS-aftalen«) ved at deltage i et kartel på markedet for paraffinvoks i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) og på det tyske marked for »råparaffin«. Appellanten og dennes moderselskab, Total, var blandt adressaterne for den omtvistede beslutning.

6. Den omtvistede beslutning blev vedtaget i forlængelse af en undersøgelse indledt i foråret 2005 på grundlag af oplysninger fra et selskab. Efter gennemførelsen af denne undersøgelse nåede Kommissionen frem til den konklusion, at størstedelen af producenterne af paraffinvoks og »råparaffin« i EØS, heriblandt sagsøgeren, havde deltaget i en samlet, kompleks og vedvarende overtrædelse af artikel 81 EF og artikel 53 i EØS-aftalen, som omfattede hele EØS.

7. Denne overtrædelse bestod hovedsageligt i aftaler eller samordnet praksis i forbindelse med prisfastsættelse og udveksling og fremlæggelse af følsomme handelsoplysninger vedrørende paraffinvoks. For visse selskabers vedkommende, herunder appellanten, vedrørte overtrædelsen i forbindelse med paraffinvoks ligeledes fordelingen af kunder eller markeder og omfattede ligeledes »råparaffin« afsat til endelige kunder på det tyske marked (2., 95., 328. betragtning til den omtvistede beslutning og artikel 1 heri).

8. Overtrædelserne skulle være blevet vedtaget på konkurrencebegrænsende møder, af deltagerne kaldet »tekniske møder« eller nogle gange »Blauer Salon«-møder, og på »råparaffin-møder« specifikt helliget spørgsmål vedrørende »råparaffin«.

9. Ifølge Kommissionen havde medarbejdere i Total France deltaget direkte i overtrædelsen i hele den periode, hvori den fandt sted. Kommissionen holdt derfor Total France ansvarlig for selskabets deltagelse i kartellet (555. og 556. betragtning til den omtvistede beslutning). Total havde endvidere mellem 1990, og indtil overtrædelsen ophørte, direkte eller indirekte en kapitalandel på over 98% i Total France. Kommissionen fandt, at det på dette grundlag kunne formodes, at Total SA udøvede en afgørende indflydelse på Total France' adfærd, idet de to selskaber var en del af den samme virksomhed (557.-559. betragtning til den omtvistede beslutning).

10. Størrelsen af den bøde, der blev pålagt i nævnte sag, blev beregnet på grundlag af retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 [3], som var gældende på tidspunktet for fremsendelse af klagepunktsmeddelelsen.

11. På grundlag af disse retningslinjer nåede Kommissionen for appellanten og dennes moderselskab frem til et samlet bødebeløb på 128 163 000 EUR (785. betragtning til den omtvistede beslutning).

12. Følgende fremgår af den omtvistede beslutning:

»Artikel 1

Følgende virksomheder har overtrådt bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, [EF] og fra den 1. januar 1994 EØS-aftalens artikel 53 ved i de angivne tidsrum at have deltaget i en vedvarende aftale og/eller en samordnet praksis inden for paraffinvokssektoren i fællesmarkedet og fra den 1. januar 1994 i EØS:

[...]

3 — EUT 2006 C 210, s. 2 (herefter »2006-retningslinjerne«).

Total France […]: fra 3. den september 1992 til den 28. april 2005; og

[Total]: fra. den 3. september 1992 til den 28. april 2005.

For følgende virksomheder vedrører overtrædelsen ligeledes i de angivne tidsrum »råparaffin« afsat til endelige kunder på det tyske marked:

[...]

Total France […]: fra den 30. oktober 1997 til den 12. maj 2004; og

[Total]: fra. den 30. oktober 1997 til den 12. maj 2004.

Artikel 2

For den i artikel 1 omhandlede overtrædelse pålægges følgende bøder:

[...]

Total France [...] i fællesskab og solidarisk med [Total]: 128 163 000 EUR.

[...]«

III – **Den appellerede dom og dommen afsagt i sagen Total mod Kommissionen (T-548/08)**

13. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 17. december 2008 anlagde appellanten et søgsmål til prøvelse af den omtvistede beslutning baseret på i alt 11 anbringender. Et 12. anbringende blev rejst under retsmødet ved Retten.

14. Retten forkastede alle anbringenderne med undtagelse af det ottende vedrørende ulovligheden af den beregningsmetode, som er fastsat i punkt 24 i 2006-retningslinjerne. Retten fandt, at Kommissionen ved fastsættelsen af den multiplikator, der afspejler varigheden af Total France' deltagelse i overtrædelsen, tilsidesatte proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved at sidestille en deltagelsesperiode på 7 måneder og 28 dage (for paraffinvoks) og en deltagelsesperiode på 6 måneder og 12 dage (for »råparaffin«) med deltagelse i et helt år. Retten nedsatte derfor appellantens samlede bødebeløb fra 128 163 000 EUR til 125 459 842 EUR.

15. I den dom, der blev afsagt samme dag i sag Total mod Kommissionen (T-548/08, EU:T:2013:434), fandt Retten derimod, at det bødebeløb, der var pålagt appellantens moderselskab, henset til omstændighederne i nævnte sag, var passende (dommens præmis 224), og den nedsatte således ikke den bøde, der var pålagt moderselskabet Total, tilsvarende. Den forkastede endvidere alle de anbringender, som Total havde påberåbt sig i nævnte sag.

IV – **Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande**

16. Appellanten har nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves, idet Retten med urette har afvist, at appellantens deltagelse i overtrædelsen er ophørt efter den 12. maj 2004.

— Den appellerede dom ophæves, idet Retten med urette har afvist, at der foreligger ubegrundet forskelsbehandling af nogen art mellem Repsol YPF Lubricantes y Especialidades SA, Repsol Petróleo SA og Repsol YPF SA (herefter »Repsol«) vedrørende varigheden af deres deltagelse i overtrædelsen.

— Den appellerede dom ophæves, idet Retten med urette har afvist, at appellantens deltagelse i overtrædelsen var afbrudt mellem den 26. maj 2000 og den 27. juni 2001.

— Den appellerede dom ophæves, idet Retten har undladt at tage stilling til anbringendet om, at der ikke er foretaget en undersøgelse af beviserne for, at appellanten har udvist en konkurrencebetonet adfærd på markedet.

— Der træffes endelig afgørelse i sagen i medfør af artikel 61 i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, og i denne forbindelse annulleres den omtvistede beslutning, for så vidt som den vedrører appellanten, og Domstolen nedsætter inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret den bøde, der er pålagt appellanten.

— Såfremt Domstolen ikke træffer endelig afgørelse i sagen, udsættes afgørelsen om sagens omkostninger, og sagen hjemvises til Retten til fornyet behandling i overensstemmelse med Domstolens dom.

— Endelig tilpligtes Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 69 at betale appellantens sagsomkostninger såvel for Retten som for Domstolen.

17. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne for Retten.

18. Parterne har afgivet skriftlige bemærkninger og fremsat mundtlige bemærkninger i retsmødet den 15. januar 2015.

V – **Analyse af appellen**

19. Appellen er baseret på fire anbringender angående henholdsvis:

— tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, reglerne for bevisførelse, princippet om uskyldsformodning og retssikkerhedsprincippet samt kravet om begrundelse, idet Retten har fastslået, at appellanten deltog i overtrædelsen efter mødet den 11.og den 12. maj 2004 og frem til den 28. april 2005

— tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, en urigtig gengivelse af beviserne og en manglende begrundelse, idet Retten har afvist, at appellanten trådte ud af kartellet efter mødet den 11. og den 12. maj 2004, men tiltrådte Repsols udtræden efter mødet den 3. og den 4. august 2004

— tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, princippet om uskyldsformodning, retssikkerhedsprincippet og ligebehandlingsprincippet samt kravet om begrundelse, idet Retten har fastslået, at appellanten ikke afbrød sin deltagelse i overtrædelsen mellem den 26. maj 2000 og den 26. juni 2001

— tilsidesættelse af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, princippet om individuelle straffe og sanktioner samt begrundelsespligten, idet Retten uden efterprøvelse har forkastet anbringendet om, at der ikke er taget hensyn til beviserne for, at appellanten har udvist konkurrencebetonet adfærd på markedet.

20. Kommissionen er af den opfattelse, at de anbringender, der blot har til formål at anmode Domstolen om at pådømme forhold, som Retten allerede har pådømt, i det væsentlige ikke kan antages til realitetsbehandling. Den har gjort gældende, at anbringenderne under alle omstændigheder er ugrundede.

21. Inden jeg går over til materielbehandlingen af de rejste spørgsmål, vil jeg sige lidt om formaliteten med hensyn til de rejste anbringender.

22. Det kan ikke nægtes, at det, som Kommissionen med rette har anført, ikke tilkommer Domstolen at bedømme de i stævningen for Retten fremsatte påstande endnu en gang, idet denne bedømmelse ikke henhører under Domstolens kompetence i forbindelse med en appel [4]. Domstolen har navnlig ikke kompetence til at fastlægge de faktiske omstændigheder og i princippet heller ikke til at bedømme de beviser, som Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen af de faktiske omstændigheder. Denne vurdering udgør således ikke – medmindre beviserne er gengivet forkert – et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens prøvelsesret [5].

23. Med hensyn til fastlæggelsen af varigheden af en overtrædelse har Domstolen allerede præciseret, at begreberne offentlig afstandtagen og videreførelse af en konkurrencebegrænsende praksis – som anbringenderne til støtte for denne appel navnlig henviser til – er faktiske situationer, hvis eksistens konstateres af den domstol, der realitetsbehandler sagen, fra sag til sag på baggrund af en bedømmelse af »et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier«, som den har fået forelagt, og dernæst »en samlet vurdering af alle relevante beviser og indicier«. Når disse beviser er blevet forskriftsmæssigt tilvejebragt, og de almindelige retsgrundsætninger og de processuelle regler om bevisbyrde og bevisførelse er blevet overholdt, er det alene Retten, der har kompetence til at vurdere, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt. Denne vurdering udgør således ikke – medmindre beviserne er gengivet forkert – et retsspørgsmål, der som sådan er undergivet Domstolens prøvelsesret [6].

24. Ikke desto mindre skal de appelanbringender, der ikke blot bestrider den materielle nøjagtighed og den bedømmelse af faktuelle forhold, som er lagt til grund for fastsættelsen af varigheden af appellantens deltagelse i kartellet, men som rejser tvivl om deres relevans og betydning og den beviskraft, som Retten har tillagt dem, antages til realitetsbehandling [7].

25. Med det første og det tredje anbringende anmodes Domstolen i det væsentlige om at undersøge, om de kriterier, som Kommissionen har opstillet, og som Retten har tiltrådt, særlig kriteriet om appellantens manglende offentlige afstandtagen og de øvrige deltageres opfattelse, for at bevise appellantens deltagelse i kartellet i to bestemte perioder, er retsstridige eller ej. Anbringenderne bør således antages til realitetsbehandling.

26. Denne præcisering er efter min opfattelse vigtig, da jeg i første omgang vil beskæftige mig med spørgsmålet om, hvorvidt Retten har begået en retlig fejl i forbindelse med kontrollen af bevisoptagelsen vedrørende appellantens deltagelse i kartellet, dels efter mødet den 11.og den 12. maj 2004, dels mellem den 26. maj 2000 og den 26. juni 2001, ved at henvise til den omstændighed, at appellanten ikke offentligt havde taget afstand fra dette kartel i disse perioder, og til de opfattelser, som medlemmerne af det pågældende kartel måtte have haft af appellantens deltagelse.

27. Det første og det tredje anbringende, som appellanten har rejst, vil således blive behandlet samlet.

4 — Jf. bl.a. domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 51) og Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen (C-70/12 P, EU:C:2013:351, præmis 26).

5 — Dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, præmis 70 og den deri nævnte retspraksis).

6 — Jf. dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, præmis 71 og 86 og den deri nævnte retspraksis).

7 — Jf. i denne retning, dom Siemens m.fl. mod Kommissionen (C-239/11 P, C-489/11 P og C-498/11 P, EU:C:2013:866, præmis 128-130 og den deri nævnte retspraksis).

A – *Det første og tredje anbringende om tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, reglerne for bevisførelse, princippet om uskyldsformodning og retssikkerhedsprincippet samt kravet om begrundelse, idet Retten har fastslået, at appellanten deltog i overtrædelsen dels efter mødet den 11. og den 12. maj 2004 og frem til den 28. april 2005, dels i perioden den 26. maj 2000 til den 26. juni 2001*

1. Parternes argumenter

28. Appellanten har med sit første anbringende gjort gældende, at Retten har begået flere retlige fejl ved at tiltræde Kommissionens opfattelse af appellantens deltagelse i overtrædelsen frem til den 28. april 2005.

29. For det første har Retten ved udelukkende at lægge vægt på konstateringen af, at appellanten ikke havde ført bevis for, at virksomheden havde taget offentlig afstand fra kartellet, vendt bevisbyrden i forbindelse med varigheden af appellantens deltagelse i overtrædelsen, hvor den skulle have kontrolleret, om Kommissionen havde opfyldt sin forpligtelse til at bevise, at overtrædelsen fandt sted uafbrudt i perioden mellem den 12. maj 2004 og den 28. april 2005, idet appellanten ikke havde deltaget i nogen ulovlige kontakter efter sidstnævnte dato.

30. For det andet har Retten anlagt en fejlagtig fortolkning af Domstolens og sin egen retspraksis ved at opstille det generelle princip, at en manglende offentlig afstandtagen i princippet udelukker, at overtrædelsen på nogen måde kan være ophørt. Kravet i denne retspraksis om en offentlig afstandtagen forklares således med virksomhedens deltagelse i ulovlige møder og med indicier for uafbrudt samordning i den omtvistede periode.

31. For det tredje skabes der med Rettens opfattelse en formodning, der indebærer en risiko for vilkårlighed og juridisk usikkerhed, eftersom Kommissionen vil kunne godtgøre, at en virksomhed har deltaget i et kartel i hele den periode, hvor kartellet har eksisteret, når virksomheden har deltaget i et enkelt konkurrencebegrænsende møde og ikke har taget offentligt afstand herfra. I den foreliggende sag vedrører de forhold, som Retten har fremført i den appellerede doms præmis 375 og 376, rent ensidige initiativer truffet af den virksomhed, der organiserede kartellet, hvilket allerhøjst kan være et udtryk for, at nævnte virksomhed havde ønsket, at appellanten deltog i de sidste tre tekniske møder. Appellanten fulgte imidlertid ikke op på disse initiativer. Endvidere fører den opfattelse, som Retten har givet udtryk for (den appellerede doms præmis 380), hvorefter den omstændighed, at appellanten ikke deltog i de sidste tekniske møder, ikke i sig selv godtgjorde, at denne ikke havde benyttet sig af de oplysninger, som virksomheden havde modtaget på tidligere møder, som denne havde deltaget i, og at denne ikke havde draget fordel af de aftaler, der blev indgået på disse møder, til en omvendelse af bevisbyrden. Dette ræsonnement afkræftes endvidere af den omstændighed, at kartellet udmøntede sig i en række samordninger, som fandt sted med meget korte mellemrum, dvs. i gennemsnit tre til fire måneder.

32. Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringende under alle omstændigheder er ugrundet, selv hvis det anses for at kunne antages til realitetsbehandling.

33. Appellantens fortolkning af retspraksis er efter Kommissionens opfattelse forkert. Appellanten har i det væsentlige henvist til Rettens domme, der hver gang vedrørte specifikke omstændigheder, der ikke nødvendigvis kan overføres på den foreliggende sag, navnlig fordi varigheden af en deltagelse i et kartel er en faktisk omstændighed, som der skal føres bevis for fra sag til sag på grundlag af omstændighederne. Kommissionen har fremhævet, at beviset for appellantens fortsatte overtrædelse er baseret på sammenfald mellem det forhold, at appellanten fortsat blev inviteret til møderne, hvilket må opfattes således, at den inviterende enhed opfattede den inviterede enhed som værende en del af kartellet, og det forhold, at appellanten ikke tog afstand fra kartellet, idet de to forhold hænger uløseligt sammen.

34. Kommissionen er af den opfattelse, at Domstolens retspraksis underbygger Kommissionens og Rettens holdning. I dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6) fastslog Domstolen således på ingen måde, at en virksomhed nødvendigvis skulle have deltaget i møder, før der kunne kræves en afstandtagen. Til gengæld er kriteriet om de øvrige kartelmedlemmers opfattelse allerede blevet klarlagt. Sammenfattende har Kommissionen anført, at Domstolens og Rettens retspraksis bekræfter, at en manglende afstandtagen er et meget væsentligt forhold, når andre indicier for en fortsat deltagelse i kartellet konstateres, og de øvrige kartelmedlemmers opfattelse er under alle omstændigheder væsentlig. Der etableres således ikke med retspraksis et hierarki mellem bevisformerne, idet Kommissionen og Retten i den foreliggende sag ikke udelukkende har baseret sig på appellantens manglende afstandtagen.

35. Under alle omstændigheder er dette anbringende ifølge Kommissionen faktuelt forkert. Kommissionen har således i 602. betragtning til den omtvistede beslutning langt fra udelukkende baseret sig på appellantens manglende offentlige afstandtagen, men har ligeledes fremført indicier, der skulle bedømmes i deres helhed, og som bekræftede appellantens fortsatte deltagelse i kartellet, og de øvrige deltageres opfattelse heraf. Retten har suverænt afgjort, hvilken værdi disse forhold skulle tillægges.

36. Med hensyn til bevisførelsen har Kommissionen anført, at den for det første har baseret sig på den omstændighed, at appellanten blev inviteret til tre møder, som blev afholdt inden gennemførelsen af kontrolundersøgelserne, og for det andet på den omstændighed, at den ikke finder, at e-mailen af 3. november 2004 alene kunne betragtes som en offentlig afstandtagen. Den omstændighed, at en fortsat deltagelse i kartellet anses for at være godtgjort, når der ikke foreligger bevis for det modsatte, hvilket bevis kan antage form af en egentlig offentlig afstandtagen, er i overensstemmelse med bevisbyrdereglernes principper. Den omstændighed, at en virksomhed ikke har deltaget i møderne, indebærer i øvrigt ikke, at den er udtrådt af kartellet. Appellantens betragtninger, hvorefter Retten ikke har konstateret faktiske omstændigheder, der i tidsmæssig henseende ligger tilstrækkeligt tæt på hinanden til at godtgøre en fortsat overtrædelse, er irrelevante, idet den foreliggende sag ikke drejer sig om en midlertidig afbrydelse af deltagelsen i kartellet, men om hvorvidt nævnte virksomhed var medlem af kartellet frem til dets ophør.

37. Parterne har fremført følgende i forbindelse med det tredje anbringende.

38. Appellanten har anført, at dennes repræsentant brat og oprørt forlod mødet den 25.og den 26. maj 2000, og at vedkommende ikke deltog i senere møder, hvilket også fremgår klart af den erklæring, som en virksomhed, der var medlem af kartellet, har fremsat (erklæring findes i sagsakterne). Det er ubestridt, at appellanten efter dette skænderi ikke deltog i nogen af de tre efterfølgende møder, indtil dennes nye repræsentant deltog i mødet den 26.og den 27. juni 2001. Appellanten har derimod fremhævet, at denne deltog i 18 af de 21 møder, der var blevet organiseret i de fem foregående år, dvs. omkring fire møder om året.

39. Ifølge appellanten udgør den konklusion, som Retten nåede frem til med den begrundelse, at appellanten ikke havde fremlagt beviser for, at denne offentligt havde taget afstand fra kartellet, uden at kontrollere, om Kommissionen havde opfyldt sin forpligtelse til at fremlægge beviser for, at appellanten fortsat deltog i kartellet, en tilsidesættelse af princippet om uskyldsformodning. Appellanten har henvist til dommen i sagen Gosselin Group mod Kommissionen [8], hvorefter genoptagelse af deltagelsen i et kartel er iboende i det forhold, at der er tale om en afbrydelse, og i den blotte omstændighed, at virksomheden deltog i kartellet både før og efter den pågældende periode, dermed er uden relevans.

8 — T-208/08 og T-209/08, EU:T:2011:287, præmis 161.

40. Hvad angår kriteriet om karteldeltagernes opfattelse har appellanten anført, at det aldrig er blevet påstået eller godtgjort, at denne blev opfattet som et medlem af kartellet mellem maj 2000 og juni 2001, og at det tværtimod fremgår af ovennævnte erklæring fra en anden virksomhed, som deltog i kartellet, at denne ikke nærede nogen tvivl om afbrydelsen af appellantens deltagelse i denne periode på 13 måneder. Under alle omstændigheder har Retten begået en retlig fejl ved at afvise enhver offentlig afstandtagen fra appellantens side på mødet den 25.og den26. maj 2000 i modsætning til dens tilgang vedrørende Repsols situation (jf. det andet anbringende), hvorefter kriteriet om offentlig afstandtagen er opfyldt, når det er godtgjort, at de øvrige deltagere i et møde nærer tvivl om den omhandlede virksomheds deltagelse. Retten havde således accepteret Repsols afstandtagen alene på grundlag af den omstændighed, at den virksomhed, der arrangerede møderne, ikke længere fremsendte officielle indbydelser.

41. Kommissionen har principalt gjort gældende, at anbringendet må afvises. Kommissionen har subsidiært gjort gældende, at dette anbringende er ugrundet, da den ikke havde baseret sin vurdering af appellantens fortsatte deltagelse i kartellet i denne periode alene på en manglende afstandtagen. Det fremgår således af 603. betragtning til den omtvistede beslutning, at appellantens manglende deltagelse i tre på hinanden følgende møder efterfulgt af en regelmæssig deltagelse fra juni 2001, fra det tidspunkt, hvor appellanten fik en ny repræsentant, henset til hele sammenhængen ikke kunne udgøre en afbrydelse af deltagelsen i selve kartellet. Retten tiltrådte denne analyse ved ikke alene at basere sig på den manglende afstandtagen, men også på en undersøgelse af de omstændigheder, der førte til, at appellantens repræsentant forlod mødet den 26. maj 2000. Retten konkluderede på grundlag af denne analyse, at dette ikke udgjorde en offentlig afstandtagen. Kommissionen har tilføjet, at den omstændighed, at appellantens repræsentant forlod mødet, ikke var et udtryk for en udtræden af kartellet, men snarere skyldtes en uenighed om retningslinjerne for kartellet. Desuden beskrives hændelsen på mødet den 26. maj 2000 ikke i Sasols erklæringer som appellantens udtræden af kartellet.

42. Kommissionen har endvidere bemærket, at den under alle omstændigheder har ført bevis for appellantens deltagelse i kartellet i hele den omtvistede periode, idet den har anvendt principper udledt af Domstolens retspraksis [9]. Bevis for varigheden af en virksomheds deltagelse i et kartel er i øvrigt en faktisk omstændighed. I den foreliggende sag er manglende beviser for konkurrencebegrænsende kontakter eller deltagelse i sådanne kontakter i en periode på et år ikke i sig selv tilstrækkeligt til at godtgøre, at deltagelsen i kartellet har været afbrudt [10]. Appellantens argument om, at dette fravær på grund af dets varighed og kontinuitet var af en særlig karakter, er ikke holdbart, da appellanten ligeledes flere gange var fraværende fra ulovlige møder. Retten har derimod fremhævet, at appellanten i den omtvistede periode kunne udnytte de oplysninger, denne havde fra tidligere møder, og de indgåede aftaler. Ifølge Kommissionen har Retten således med rette fastslået, at denne manglende deltagelse i nogle møder blot var en enkeltstående hændelse knyttet til en person og ikke havde noget at gøre med en afbrydelse af appellantens deltagelse i kartellet.

9 — Domme Technische Unie mod Kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593, præmis 169) og Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 260).

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

2. Bedømmelse

43. Inden jeg går over til at undersøge de parametre, Kommissionen har lagt til grund, og som Retten har tiltrådt for at godtgøre appellantens deltagelse i de to omtvistede perioder, dvs. henholdsvis perioden mellem den 12. maj 2004 og den 28. april 2005 (perioden med ophør) og perioden mellem den 26. maj 2000 og den 26. juni 2001 (suspensions-/afbrydelsesperioden), finder jeg det hensigtsmæssigt at redegøre for principperne for bevisførelse med hensyn til varigheden af en virksomheds deltagelse i et kartel og i denne forbindelse forklare, hvordan henvisningen i Domstolens retspraksis til den pågældende virksomheds offentlige afstandtagen [11] skal forstås.

a) Den lære, der kan udledes af retspraksis om bevisbyrden i tilknytning til en virksomheds deltagelse i et kartel og om kravet om offentlig afstandtagen

44. Med henblik på behandling af de klagepunkter, der er fremsat i forbindelse med den foreliggende appel, skal man holde sig visse nøgleprincipper vedrørende bevisførelse og bevisbyrde i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd for øje.

45. Det skal først og fremmest fremhæves, at det påhviler Kommissionen at bevise ikke blot en deltagelse i et kartel, men også denne deltagelses varighed. I henhold til uskyldsformodningen skal enhver tvivl om varigheden eller en virksomheds fortsatte deltagelse i en overtrædelse komme nævnte virksomhed til gode [12].

46. Vedrørende nærmere bestemt fastsættelsen af varigheden af en given virksomheds deltagelse i en overtrædelse er det tilsyneladende fastslået, at Kommissionen, når der ikke findes beviser, der direkte kan godtgøre en overtrædelses varighed, i det mindste skal fremlægge beviser vedrørende faktiske omstændigheder, der ligger tilstrækkeligt tæt på hinanden i tid, så det med rimelighed kan medgives, at denne overtrædelse fortsatte uafbrudt mellem to præcise datoer. Domstolen har således anerkendt, at den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende adfærd, kan udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet og i mangel af en anden logisk forklaring, kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne [13].

47. Endelig ser det ud til, at der er blevet sondret mellem fastsættelse af en dato for ophør af en deltagelse i et kartel og de eventuelle perioder, hvor denne deltagelse har været afbrudt. Dette fremgår efter min opfattelse navnlig af den dom, der er afsagt i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens [14], hvorved Domstolen tiltrådte, at Kommissionen med rette kunne holde det berørte selskab ansvarligt for at have deltaget i den pågældende aftale uafbrudt i hele perioden mellem den 13. oktober 1992 og den 29. juli 2003, selv om der ikke forelå nogen beviser for, at selskabet deltog aktivt i aftalen om proformatilbud i årene 1994 og 1995.

48. Domstolen har således præciseret, at den omstændighed, at der ikke blev fremlagt et konkret bevis for, at en virksomhed har gennemført en konkurrencebegrænsende aftale i visse bestemte perioder, ikke er til hinder for, at overtrædelsen anses for at være fortsat under en længere samlet periode end denne, eftersom en sådan konstatering hviler på objektive og samstemmende indicier. I forbindelse

11 — Jf. navnlig dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 81 og 82 og den deri nævnte retspraksis).

12 — Jf. i denne retning, dom Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 52).

13 — Domme 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 og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 57) samt Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen (C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 51).

14 — C-441/11 P, EU:C:2012:778.

med en overtrædelse, der strækker sig over flere år, forbliver det forhold, at kartellet viser sig under forskellige tidspunkter, der kan adskilles af længere eller kortere mellemrum, uden betydning for, at dette kartel eksisterer, for så vidt som de forskellige handlinger, der er en del af denne overtrædelse, forfølger et eneste formål og er omfattet af en enkelt, vedvarende overtrædelse [15].

49. Henset til de grundlæggende regler for bevisførelse og bevisoptagelse på området kan denne retspraksis efter min opfattelse ikke resultere i, at enhver mulighed for at fastslå, at en virksomhed rent faktisk har afbrudt sin deltagelse i et kartel i en vis periode, udelukkes. Afhængigt af intervallerne mellem de omtvistede kontakter og af, om den angivelige afbrydelse er væsentlig eller ej i forhold til kartellets samlede varighed, hvilket det alene tilkommer den domstol, der realitetsbehandler sagen, at kontrollere, kan det meget vel fastslås, at den pågældende virksomhed ikke har deltaget i det omtvistede kartel i en eller flere specifikke perioder.

50. Med andre ord afhænger besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt manglen på materielle beviser for en virksomheds deltagelse i bestemte perioder er væsentlig eller ej, af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i hvert enkelt tilfælde. Som illustration kan jeg nævne eksemplet med et kartel, der strækker sig over en periode på ti år, og som har manifesteret sig i flere årlige møder mellem konkurrenter med et konkurrencebegrænsende formål. En virksomheds repræsentants fravær fra to møder forekommer ubetydelig, hvis der findes andre objektive og samstemmende indicier for, at den pågældende virksomhed har deltaget i løbet af den pågældende periode.

51. Hvordan skal kravet om virksomhedens offentlige afstandtagen forstås i denne sammenhæng?

52. For at besvare det spørgsmål er det hensigtsmæssigt at vende tilbage til de omstændigheder, der lå til grund for fastsættelsen af kravet, særligt de omstændigheder, der gav anledning til dom Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6).

53. Jeg skal minde om, at det anklagede selskab i denne sag rejste tvivl om den omstændighed, at Kommissionen henviste til det forhold, at selskabet ikke offentligt havde taget afstand fra aftalen, hvilket Retten tilsluttede sig.

54. Domstolen stadfæstede den tilgang, som Kommissionen havde argumenteret for, og som Retten havde tilsluttet sig. Domstolen fastslog i denne sag, at det var tilstrækkeligt, at Kommissionen beviste, at den pågældende virksomhed havde deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra, for at føre tilstrækkeligt bevis for, at denne virksomhed deltog i kartellet. Domstolen udtalte således, at *når deltagelsen i sådanne møder er blevet bevist* [16], påhviler det virksomheden at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, og herved påvise, at den over for konkurrenterne havde oplyst, at den deltog i møderne med et andet formål end deres (jf. dommens præmis 81).

55. Kravet om offentlig afstandtagen skal forstås på denne måde, og nævnte krav er baseret på den væsentlige præmis, at virksomheden har deltaget i et møde eller har haft konkurrencebegrænsende kontakter. Domstolen sørgede således for at præcisere, at »[b]egrundelsen for dette retsprincip er, at virksomheden, der har deltaget i det nævnte møde uden offentligt at tage afstand fra det, der blev drøftet, har givet de andre deltagere det indtryk, at den tilsluttede sig mødets resultat og ville rette sig efter det« (jf. dommens præmis 82).

15 — Jf. i denne forbindelse domme Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 260) og Technische Unie mod Kommissionen (C-113/04 P, EU:C:2006:593, præmis 169).

16 — Min fremhævelse.

56. Med andre ord gør kriteriet om manglende offentlig afstandtagen det muligt at opretholde den på konkrete indicier baserede formodning for, at en virksomhed, der har deltaget i møder med et konkurrencebegrænsende formål, formodes at have deltaget i et kartel, der er omfattet af forbuddet i artikel 101, stk. 1, TEUF. Henvisningen til manglende offentlig afstandtagen kan efter min opfattelse ikke afhjælpe fraværet af beviser for deltagelse, om end kun passivt, i et møde med et konkurrencebegrænsende formål. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer bemærkede i denne sag [17], at hvis en virksomhed sammen med sine konkurrenter på markedet deltager i et eller flere møder, der munder ud i en konkurrencebegrænsende aftale, må der gælde en formodning for, at den pågældende virksomhed, i mangel af en udtrykkelig tilkendegivelse af det modsatte, deltager i kartellet, og dette princip gør sig senere gældende for så vidt angår foranstaltningerne til gennemførelse af den konkurrencebegrænsende aftale. Generaladvokaten præciserede, at der for at påvise, at en sådan formodning er velbegrundet, skal tages udgangspunkt »i en række *godtgjorte forhold*, [18] som […] gør det muligt at konkludere, at visse faktiske omstændigheder må anses for bevist« [19].

57. Denne løsning, der indgår logisk i den løsning, der allerede var blevet udledt af flere sager vedrørende anvendelse af visse formodninger [20], indebærer, at Kommissionen, når der ikke foreligger nogen beviser for ulovlige møder eller aktiviteter mellem en virksomhed og andre deltagere i et kartel, ikke blot kan konkludere, at en virksomheds deltagelse fortsætter alene på grundlag af den konstatering, at den var forpligtet til at tage afstand fra kartellet.

58. Kravet om offentlig afstandtagen har således kun betydning, hvis virksomheden rent faktisk har deltaget i ulovlige møder eller i det mindste, hvis der foreligger beviser for samordning i en bestemt periode. Det træder således kun i kraft i en situation, hvor det på grundlag af konkrete elementer indsamlet i forbindelse med forberedelse af sagen kan formodes, at den anklagede virksomhed fortsat har deltaget i kartellet. En virksomheds manglende offentlige afstandtagen til et kartel kan ikke alene udgøre et bevis for en sådan deltagelse.

59. Domstolen har ved flere lejligheder haft mulighed for at gøre opmærksom på disse principper [21].

60. Det fremgår af alle ovenstående betragtninger, at kravet om offentlig afstandtagen skal forstås som en forpligtelse, der påhviler den berørte virksomhed, således at denne kan godtgøre, at den ikke længere deltog i et kartel i en bestemt periode til trods for dens tilsyneladende deltagelse heri. Det bemærkes således, at kravet om offentlig afstandtagen kun giver mening, hvis virksomheden rent faktisk har deltaget i ulovlige møder, eller hvis der i det mindste foreligger indicier for samordning i en bestemt periode.

61. Dette princip skal fremhæves på det kraftigste, da der ellers er risiko for en skadelig forskydning af fortolkningen af principperne om bevisbyrde og bevisførelse i forbindelse med konkurrencebegrænsende adfærd.

17 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkt 127-131).

18 — Min fremhævelse.

19 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkt 128).

20 — Jf. i samme retning domme Hüls mod Kommissionen (C-199/92 P, EU:C:1999:358, præmis 155) og Montecatini mod Kommissionen (C-235/92 P, EU:C:1999:362, præmis 181).

21 — Jf. bl.a. dom Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 142-145), kendelse Adriatica di Navigazione mod Kommissionen (C-111/04 P, EU:C:2006:105, præmis 48-54) og dom Comap mod Kommissionen (C-290/11 P, EU:C:2012:271, præmis 73-76) vedrørende virksomheder, for hvilke det er fastslået, at de havde deltaget i møder med et konkurrencebegrænsende formål.

b) Anvendelsen på den foreliggende sag: en nødvendig sondring mellem bevis for endeligt ophør af deltagelsen i kartellet og bevis for afbrydelse/suspension af deltagelsen

i) Bevis for appellantens deltagelse i perioden med ophør (første anbringende)

62. Som Kommissionen har fremhævet i sine skriftlige indlæg, konkluderede den i den omtvistede beslutning, at appellanten havde deltaget i overtrædelsen frem til den kontrol, som Kommissionen foretog den 28. april 2005, idet denne, til trods for den omstændighed, at det ikke var godtgjort, at appellanten havde deltaget i de møder, der blev afholdt efter mødet den 11.og den12. maj 2004, ikke havde fremlagt nogen beviser for, at virksomheden formelt var udtrådt af kartellet på dette tidspunkt. Retten konkluderede på grundlag af en bedømmelse af de faktiske omstændigheder i tilknytning til 602. betragtning til den omtvistede beslutning, at appellanten ikke efter de øvrige deltageres opfattelse havde taget afstand fra kartellet.

63. Det skal fremhæves, at Kommissionen i 602. betragtning til den omtvistede beslutning fastslog følgende:

»[Appellanten] har udtalt, at virksomheden ikke deltog i noget teknisk møde efter mødet den 11. og den 12. maj 2004, og tilføjet, at dens repræsentant ifølge en intern besked aflyste sin rejse til mødet den 3. og den 4. november 2004 efter råd fra sin overordnede. Det bemærkes, at der ikke foreligger noget bevis for en eventuel udtræden af kartellet. Når der er tale om komplekse overtrædelser, indebærer den omstændighed, at en virksomhed ikke er til stede på et møde eller er uenig i, hvad der drøftes på et møde, ikke, at virksomheden er ophørt med at deltage i en vedvarende overtrædelse. For at bringe overtrædelsen til ophør skal virksomheden klart tage afstand fra kartellet. [Appellanten] har ikke fremlagt noget konkret bevis for, at virksomheden, fuldstændig uafhængigt, anlagde en ensidig strategi på markedet og klart og åbent tog afstand fra kartellets aktiviteter. Tværtimod viser de beviser, Kommissionen er i besiddelse af, at [appellanten] modtog de officielle indbydelser til de tre følgende tekniske møder (dvs. de sidste tre tekniske møder, før kontrolundersøgelserne blev foretaget). Det bemærkes, at [appellantens] repræsentant bekræftede, at han ville deltage i mødet den 3. og den 4. november 2004, selv om det fremgår, at han senere aflyste sin rejse. På samme måde havde [Sasol Wax International AG, Sasol Holding in Germany GmbH og Sasol Limited, der organiserede dette møde, herefter »Sasol«] hvad mødet den 23. og den 24. februar 2005 angår allerede reserveret et værelse til [appellantens] repræsentant på det hotel, hvor mødet fandt sted, om end reservationen senere blev aflyst. Kommissionen udleder heraf, at det stod klart for Sasol og de øvrige deltagere, at [appellanten] havde deltaget i kartellet, indtil det ophørte. Det bemærkes ligeledes, at de drøftelser, som blev ført på møderne, ikke var fundamentalt anderledes end dem, der var blevet ført på de foregående møder, men at deltagerne fortsatte med at diskutere prisforhøjelser uden at henvise til en eller anden form for forsøg fra [appellantens] side på at forlade kartellet (jf. 175., 176. og 177. betragtning), og at det ikke var usædvanligt, at nogle virksomheder ikke deltog i visse møder, mens kartellet varede. De nævnte to omstændigheder beviser, at [appellanten] ikke blev anset for at have forladt kartellet efter mødet i maj 2004. Den interne besked fra [appellantens] repræsentant om grundene til, at denne ikke deltog i et møde, kan under ingen omstændigheder anses for at være en offentlig afstandtagen. Eftersom ingen andre oplysninger tyder på, at [appellanten] tog afstand fra kartellet, finder Kommissionen, at [appellantens] deltagelse i det ikke var ophørt før kontrolundersøgelserne.«

64. Retten tiltrådte i den appellerede dom Kommissionens opfattelse vedrørende kriteriet om offentlig afstandtagen og de øvrige karteldeltageres opfattelse heraf og fastslog, at appellanten ifølge de øvrige deltageres opfattelse ikke offentligt havde taget afstand fra kartellet [22].

22 — Jf. den appellerede doms præmis 372-375.

65. Retten henviste endvidere til den interne e-mail af 3. november 2004 afsendt af en medarbejder hos appellanten med følgende ordlyd: »I betragtning af formålet med mødet i Østrig følger jeg Thibaults henstilling. Jeg aflyser min rejse til Wien (afrejse oprindelig fastsat til i eftermiddag)« og konkluderede, at en sådan intern e-mail, der ikke blev sendt til de øvrige deltagere, ikke kunne udgøre en offentlig afstandtagen [23].

66. Retten bemærkede for fuldstændighedens skyld, at den blotte omstændighed, at appellanten ikke deltog i de sidste tekniske møder, ikke på nogen måde viser, at denne ikke gjorde brug af de oplysninger om konkurrenternes priser, som appellanten havde modtaget på de ca. ti tidligere tekniske møder, som appellanten havde deltaget i, og at appellanten ikke havde draget fordel af de aftaler om deling af markeder og kunder, som var kommet i stand på de pågældende møder. Retten konkluderede, at appellanten ikke havde fremlagt noget bevis for, at denne var ophørt med at udmønte kartellet i praksis den 12. maj 2004 [24].

67. Spørgsmålet er dermed, om Kommissionen til trods for det således fastslåede kunne nå frem til den konklusion, som Retten tiltrådte i den appellerede dom, hvorefter appellanten havde deltaget i kartellet også efter mødet den 11.og den 12. maj 2004. Der skal navnlig tages stilling til, om det i denne forbindelse var muligt at tage hensyn til den omstændighed, at appellanten ikke formelt var udtrådt af kartellet, og at denne dermed ikke havde ført bevis for sin offentlige afstandtagen til kartellet.

68. Efter min opfattelse skal dette spørgsmål besvares benægtende, da ovennævnte principper for bevisbyrde og bevisførelse i tilknytning til konkurrencebegrænsede adfærd ellers ville blive tilsidesat.

69. Det er i den foreliggende sag ubestridt, at sagsøgeren ikke har deltaget i kartellets sidste tekniske møder, som blev afholdt mellem den 12. maj 2004 (dato for appellantens sidste deltagelse i disse møder) og den 29. april 2005 (dato for gennemførelse af Kommissionens kontrolundersøgelser). Det er ligeledes ubestridt, at der ikke findes nogen indicier for, at appellanten skulle have haft nogen som helst kontakt med deltagerne i det omtvistede kartel i løbet af denne periode.

70. Under disse omstændigheder fandtes der intet som helst bevis for, at appellanten efter møderne den 11. og den 12. maj 2004 fortsat deltog i det omtvistede kartel, hverken i de pågældende møder eller i andre ulovlige foranstaltninger.

71. Den opfattelse, som de øvrige deltagere i kartellet måtte have af appellantens fortsatte deltagelse i kartellet efter disse datoer, er ikke et afgørende kriterium. Ud over, at denne opfattelse, der skulle have udmøntet sig i indbydelser og hotelreservationer, efter min opfattelse ikke er klart godtgjort, er den heller ikke på nogen måde et indicium for en aktiv eller stiltiende deltagelse i kartellet.

72. Den omstændighed, der navnlig blev fremført under retsmødet, at Kommissionen har kunnet være fuldstændig overbevist om, at appellanten i modsætning til andre virksomheder [25] fortsat deltog i kartellet, skal baseres på konkrete indicier og ikke på en subjektiv følelse eller et subjektivt indtryk, der alt efter tilfældet underbygges af de øvrige karteldeltageres formodede opfattelse.

73. Det følger af alle ovenstående betragtninger, at den appellerede dom skal kontrolleres på dette punkt. Det er efter min opfattelse med urette, at Retten tiltrådte konklusionen om, at appellanten deltog i kartellet efter møderne den 11.og den 12. maj 2004 og frem til kontrolundersøgelserne i april 2005.

23 — Jf. den appellerede doms præmis 378 og 379.

24 — Jf. den appellerede doms præmis 380.

25 — Der er navnlig tale om Repsols særlige situation og sammenligneligheden af Repsols og appellantens situation. Retten bemærkede således, at det ikke var blevet konstateret, at fremsendelsen af officielle indbydelser til de tekniske møder til appellanten var ophørt efter den 4.8.2004, og at der endog var blevet reserveret hotelværelser til dennes repræsentant, hvilket adskiller sig fra Repsols situation (jf. bl.a. den appellerede doms præmis 385-388).

74. Den appellerede dom bør således ophæves på dette punkt. De konkrete følger, som en sådan ophævelse har på størrelsen af den bøde, der er pålagt appellanten, vil blive undersøgt i det følgende.

ii) Bevis for appellantens deltagelse i kartellet mellem den 26. maj 2000 og den 26. juni 2001 (tredje anbringende)

75. Selv om ovenstående betragtninger gælder tilsvarende med hensyn til beviset for appellantens deltagelse mellem den 26. maj 2000 og den 26. juni 2001, findes der en nuanceforskel i den omstændighed, at det her ikke drejer sig om, hvorvidt appellanten har bragt sin deltagelse til fuldstændigt ophør, men om denne eventuelt har afbrudt denne deltagelse i en bestemt periode.

76. Med andre ord er principperne for bevisbyrde og bevisførelse for konkurrencebegrænsende adfærd de samme. Det er anvendelsen af disse principper på de faktiske omstændigheder, dvs. henholdsvis en midlertidig afbrydelse og et endeligt ophør af deltagelsen i kartellet, der er forskellig.

77. Som tidligere anført må det således fastslås, at de forhold, der foranlediger Kommissionen til at konkludere, om en virksomheds deltagelse i et kartel er blevet afbrudt eller ej, skal fortolkes anderledes, da de i høj grad afhænger af alle omstændighederne i tilknytning til den formodede afbrydelse og de særlige kendetegn ved de påtalte ulovlige foranstaltninger som f.eks. deres hyppighed og deres kompleksitet.

78. I den foreliggende sag har såvel Kommissionen (jf. 603. betragtning til den omtvistede beslutning) som Retten (jf. den appellerede doms præmis 394-403) efter min opfattelse gennemført en udførlig undersøgelse af de omstændigheder, under hvilke appellantens repræsentant forlod mødet den 25.og den 26. maj 2000 og de nævnte konkurrencebegrænsende møder.

79. Bortset fra, at der ikke, i fraværet af en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, kan rejses tvivl om denne undersøgelse i forbindelse med en appel, forekommer den valgte tilgang mig i vid udstrækning at være i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter den omstændighed, at der ikke blev fremlagt et sådant bevis for visse bestemte perioder, ikke er til hinder for, at overtrædelsen kan anses for at foreligge i en periode, der samlet set er længere end denne, såfremt en sådan konstatering hviler på objektive og samstemmende indicier. I forbindelse med en overtrædelse, der strækker sig over flere år, er den omstændighed, at kartellet viser sig under forskellige perioder, som kan adskilles af længere eller kortere mellemrum, fortsat uden betydning for, at dette kartel eksisterer, for så vidt som de forskellige handlinger, der er en del af denne overtrædelse, forfølger et enkelt formål og er omfattet af en samlet og vedvarende overtrædelse [26].

80. Bedømmelsen af spørgsmålet om, hvorvidt de forskellige foranstaltninger, der udgør en del af nævnte kartel i den foreliggende sag, forfølger et enkelt formål og er omfattet af en samlet og vedvarende overtrædelse, er ikke blevet bestridt i den foreliggende sag og beror under alle omstændigheder på en undersøgelse, som Domstolen ikke har kompetence til at gennemføre i forbindelse med den foreliggende appel.

81. Der kan således etableres en analogi mellem det spørgsmål, der er rejst i den foreliggende sag, og det spørgsmål, som Domstolen behandlede i dommen i sagen Kommissionen mod Verhuizingen Coppens, hvori den fastslog, at manglende beviser for konkurrencebegrænsende kontakter eller for deltagelse i sådanne kontakter i en periode på et år ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at godtgøre, at kartellet er blevet opløst [27].

82. Det tredje anbringende bør således efter min opfattelse forkastes.

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

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

B – *Det andet anbringende om, at Retten har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, gengivet beviserne urigtigt og tilsidesat sin begrundelsespligt, idet Retten har afvist, at appellanten trådte ud af kartellet efter mødet den 11.og den 12. maj 2004, men tiltrådte Repsols udtræden efter mødet*

1. Parternes argumenter

83. Appellantens andet anbringende er opdelt i to led.

84. Med det første led har appellanten i det væsentlige gjort gældende, at Rettens konklusion, der er baseret på det fejlagtige faktiske postulat, at Repsol ikke længere modtog »officielle« indbydelser efter mødet den 11.og den 12. maj 2004, beror på en urigtig gengivelse af beviserne og i flere henseender er ubegrundet.

85. Med det andet led henvises der til en tilsidesættelse af princippet om ikke-diskrimination. Appellanten har bemærket, at Retten har undersøgt varigheden af virksomhedens deltagelse i kartellet på grundlag af andre og mere restriktive kriterier end for Repsols vedkommende. Retten har således underlagt appellanten et krav om offentlig afstandtagen, mens Repsols udtræden blev anerkendt selv uden afstandtagen.

86. Kommissionen har principalt gjort gældende, at anbringendet er uvirksomt, idet ingen af de fremførte argumenter vedrørte Total, men derimod Repsols særlige situation. Kommissionen har gjort gældende, at anbringendet under alle omstændigheder er ugrundet.

2. Bedømmelse

87. Hvis det antages, at det første anbringende ikke tages til følge, opstår spørgsmålet, om appellanten er blevet behandlet anderledes end Repsol.

88. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen i 604. betragtning til den omtvistede beslutning navnlig fandt, at Repsols sag var forskellig fra Totals, da reservationen af hotelværelser til møderne den 3.og den 4. november 2004 og den 23.og den 24. februar 2005 viste, at Sasol var overbevist om, at Total ville deltage i mødet, men ikke var overbevist om, at Repsol ville deltage.

89. Retten fandt i den appellerede doms præmis 385-389 i det væsentlige, at der var forskel på disse to virksomheders situationer, henset til den opfattelse, som de øvrige deltagere i kartellet havde haft af deres afstandtagen, en opfattelse, der manifesterede sig i fremsendelsen af officielle invitationer og hotelreservationer.

90. Hvis det første anbringende forkastes, bør dette anbringende erklæres uvirksomt.

91. Som Kommissionen med rette har bemærket, vedrører appellantens argumenter ikke dennes egen særlige situation, men Repsols. Selv hvis det antages, at Retten har foretaget et fejlskøn, kan appellanten ikke påberåbe sig dette til egen fordel til navnlig at få nedsat varigheden af sin deltagelse i nævnte kartel.

92. Det står således fast, at overholdelsen af ligebehandlingsprincippet skal forenes med overholdelsen af legalitetsprincippet. Ingen kan til egen fordel påberåbe sig en ulovlighed, der er begået til fordel for andre [28].

28 — Jf. dom The Rank Group (C-259/10 og C-260/10, EU:C:2011:719, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

93. Selv hvis det fastslås, at Rettens ræsonnement i den appellerede doms præmis 385-389 er behæftet med en fejl, bør appellantens andet anbringende efter min opfattelse forkastes.

C – *Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse, princippet om individuelle straffe og sanktioner samt begrundelsespligten, idet Retten uden efterprøvelse har forkastet anbringendet om, at der ikke er taget hensyn til de økonomiske beviser for, at appellanten har udvist konkurrencebetonet adfærd*

1. Parternes argumenter

94. Appellanten har bemærket, at Retten i henhold til artikel 31 i forordning nr. 1/2003 [29] træffer afgørelse i konkurrencesager med fuld prøvelsesret, og selv om Kommissionen er tillagt et vidt skøn for så vidt angår økonomiske vurderinger, indebærer dette ikke, at Retten skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art [30]. Endvidere kræver princippet om individuelle straffe, at en manglende deltagelse i kartellet bedømmes individuelt for hver enkelt virksomhed, navnlig i forbindelse med beregningen af den bøde, de skal pålægges.

95. Appellanten har gjort gældende, at Retten havde undladt at besvare virksomhedens anbringende om manglende hensyntagen til økonomiske beviser for, at appellanten havde overholdt konkurrencereglerne, og ligeledes havde undladt at undersøge disse bevisers relevans og indhold. Appellanten havde således forelagt Kommissionen og efterfølgende Retten en indgående økonomisk analyse omfattende hele overtrædelsesperioden, hvoraf det fremgik, at appellanten aldrig havde gennemført de aftaler, der blev indgået på de tekniske møder. Denne analyse blev forbigået i stilhed i den omtvistede beslutning, men også i den appellerede dom, for så vidt som præmis 406 og 407 ikke besvarede appellantens argumenter om, at dennes økonomiske analyse overhovedet ikke var blevet taget i betragtning med henblik på en individuel bedømmelse af dennes konkurrencemæssige adfærd i forbindelse med kontrollen af sanktionen og navnlig af de formildende omstændigheder. Appellanten har i denne forbindelse bemærket, at Rettens fremstilling i forbindelse med prøvelsen af stævningens andet anbringende, hvortil der henvises i den appellerede doms præmis 407 (jf. bl.a. præmis 186 og 237), vedrører gennemførelsen af kartellet samlet set og ikke hver enkelt af de implicerede virksomheders individuelle adfærd.

96. Kommissionen har principalt gjort gældende, at anbringendet bør afvises, og at det under alle omstændigheder er ugrundet.

2. Bedømmelse

97. Dette anbringende bør efter min opfattelse forkastes.

98. Det fremgår, at Retten har foretaget en grundig prøvelse for at kunne besvare de argumenter og dokumenter, som appellanten har fremlagt med henblik på at godtgøre, at denne ikke har gennemført kartellet.

99. I den appellerede doms præmis 163-190, der indgår i prøvelsen af det andet anbringende, har Retten forkastet appellantens argument om, at denne ikke har gennemført prisaftalerne. Retten har bl.a. baseret sig på beviser in tempore non suspecto såsom appellantens fremsendelse af prisskrivelser, hvori denne har meddelt kunderne prisforhøjelser (jf. bl.a. dommens præmis 189).

29 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i […] artikel 81 [EF] og 82 [EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

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

100. Retten har endvidere i den appellerede doms præmis 243-259, der ligeledes vedrører prøvelsen af det andet anbringende i første instans, præcist gengivet det ræsonnement, der skulle godtgøre, at appellanten ikke havde fremlagt beviser for, at denne havde udvist en konkurrencemæssig adfærd på markedet i modsætning til, hvad appellanten hævdede i den økonomiske analyse, der blev fremlagt for Retten.

101. Retten har således opfyldt sin kontrolfunktion i forhold til Kommissionens analyse af de forhold, som appellanten havde gjort gældende vedrørende sin adfærd på markedet.

102. Appellantens klagepunkt om, at Retten alene skulle have foretaget en »samlet« økonomisk analyse uden hensyntagen til appellantens individuelle situation, er således ugrundet.

VI – **Foreløbig konklusion**

103. Som tidligere bemærket mener jeg, at det første appelanbringende er begrundet, og den appellerede dom bør derfor ophæves, for så vidt som Retten med urette har afvist, at appellantens deltagelse i overtrædelsen ophørte efter den 12. maj 2004.

104. Den foreslåede delvise ophævelse af den appellerede dom medfører nødvendigvis en fornyet vurdering af størrelsen af den bøde, der er pålagt appellanten, så den afspejler varigheden af appellantens deltagelse i nævnte overtrædelse korrekt. Sagen bør efter min opfattelse pådømmes i henhold til artikel 61, stk. 1, andet punktum, i statutten for Domstolen.

105. Da Domstolen inden for rammerne af dens ret til selv at træffe endelig afgørelse har fuld prøvelsesret, som det fremgår af artikel 261 TEUF, sammenholdt med artikel 31 i forordning nr. 1/2003, kan den frit fastsætte det nye bødebeløb [31].

106. Selv om denne kompetence giver EU's retsinstanser beføjelse til ud over en simpel legalitetskontrol af bøden at anlægge sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, skal det ligeledes fremhæves, at udøvelsen af den fulde prøvelsesret ikke svarer til en kontrol af egen drift, og at proceduren er kontradiktorisk [32].

107. Jeg vil således foreslå Domstolen, at den begrænser sig til at nedsætte bødens størrelse for at korrigere den retlige fejl, der er påvist i forbindelse med prøvelsen af det tredje anbringende.

108. Frem for at fastsætte et vilkårligt beløb foreslår jeg endvidere, at den ud fra et ønske om sammenhæng og forudsigelighed holder sig til den i 2006-retningslinjerne fastsatte metode, som Retten har finpudset og justeret for så vidt angår den multiplikator, der skal anvendes [33], og at den således beregner bødebeløbet på ny under hensyntagen til overtrædelsens kortere varighed.

109. Som Retten fremhævede i den appellerede doms præmis 565, tog Kommissionen ved beregningen af den bøde, sagsøgeren blev pålagt, 18% af værdien af den årlige afsætning af paraffinvoks og 15% af værdien af den årlige afsætning af »råparaffin« i betragtning i forbindelse med overtrædelsens grovhed. De derved fremkomne beløb [34] blev under hensyn til overtrædelsens varighed multipliceret med en faktor på 13 for paraffinvoks og en faktor på 7 for »råparaffin«. Medtaget »adgangsgebyret« anvendte Kommissionen sammenlagt multiplikatoren 14 for paraffinvoks og 7 for »råparaffin«.

31 — Dom Kommissionen mod Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis).

32 — Jf. navnlig dom Kommissionen mod Parker Hannifin Manufacturing og Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, præmis 74 og 76 og den deri nævnte retspraksis).

33 — Jf. den appellerede doms præmis 561, 566 og 567.

34 — Henset til værdien af den årlige afsætning på de pågældende markeder, der repræsenterede 31 133 865 EUR (heraf 1 993 620 EUR for »råparaffin«) (jf. 640. betragtning og den appellerede doms præmis 13, disse beløb ligger på henholdsvis 5 245 244 EUR (for markedet for paraffinvoks) og 299 043 EUR (for markedet for »råparaffin«).

110. For at afhjælpe de i den appellerede doms præmis 561 fastslåede ulovligheder ved at tilpasse den bøde, der er pålagt appellanten under hensyntagen til den nøjagtige varighed af dennes deltagelse i overtrædelsen, blev den multiplikator, der anvendes på varigheden af appellantens deltagelse, af Retten fastsat til 12,64 (hertil kommer et point i form af adgangsgebyret) for så vidt angår paraffinvoks (12 år, 7 måneder og 28 dage) [35] og til 6,53 for så vidt angår »råparaffin« (6 år, 6 måneder og 12 dage) [36]. Efter anvendelse af en faktor på 1,7 [37] under hensyn til den afskrækkende virkning blev bødens størrelse fastsat til 121 626 710 EUR for paraffinvoks og til 3 833 132 EUR for »råparaffin«, dvs. appellanten blev pålagt en samlet bøde på 125 459 842 EUR.

111. I denne sag foreslår jeg, at bødeberegningsfaserne gennemgås igen under hensyntagen til den ulovlige fastsættelse af varigheden af appellantens deltagelse i kartellet vedrørende markedet for paraffinvoks. Da varigheden af appellantens deltagelse bør nedsættes til 11 år, 7 måneder og 15 dage, bør den multiplikator, der anvendes på det for overtrædelsen fastsatte beløb (dvs. det beløb, der både tager overtrædelsens varighed og adgangsgebyret i betragtning) på det pågældende marked, nedsættes fra 13,64 til 12,62, hvorefter det foreløbige beløb bliver på ca. 66 194 974 EUR. Efter anvendelse af faktoren 1,7 under hensyn til den afskrækkende virkning nedsættes bøden til ca. 112 531 456 EUR for paraffinvoks. Når det samlede beløb fastsat for »råparaffin«, dvs. 3 833 132 EUR, lægges til, bliver den samlede bøde, der pålægges appellanten, på ca. 116 364 588 EUR.

112. Det foreslås således, at appellanten pålægges en bøde afrundet til 116 364 588 EUR.

VII – **Sagens omkostninger**

113. I medfør af procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen, såfremt der gives appellanten medhold, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagsomkostningerne.

114. I henhold til Domstolens procesreglements artikel 138, stk. 1, sammenholdt med procesreglementets artikel 184, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Procesreglementets artikel 138, stk. 3, præciserer, at hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, bærer hver part sine egne omkostninger. Ifølge samme bestemmelse kan Domstolen dog, hvis dette efter omstændighederne findes begrundet, beslutte, at en part, ud over at bære sine egne omkostninger, skal betale en del af modpartens omkostninger.

115. Henset til de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, bør det for så vidt angår sagsomkostningerne i første instans bestemmes, at Total Raffinage Marketing bærer otte tiendedele af sine egne omkostninger og betaler otte tiendedele af Kommissionens omkostninger. Kommissionen bærer to tiendedele af sine egne omkostninger og betaler to tiendedele af Total Raffinage Marketings omkostninger.

116. Med hensyn til den foreliggende sag foreslås det, at hver af parterne betaler sine egne omkostninger i tilknytning til appelsagen.

35 — Dvs. et beløb på ca. 71 545 123 EUR.

36 — Dvs. et beløb på ca. 1 952 750,79 EUR.

37 — Anvendt på hvert beløb resulterer denne faktor i beløb på ca. 121 626 717,87 og 3 319 676,34 EUR. Disse beløb blev dog fastsat til henholdsvis 121 626 710 og 3 833 132 EUR.

VIII – **Forslag til afgørelse**

117. Henset til det ovenstående foreslår jeg Domstolen, at den træffer følgende afgørelse:

»1) Dom Total Raffinage Marketing mod Kommissionen (T-566/08, EU:T:2013:423) ophæves, for så vidt som Retten med urette har afvist, at appellantens deltagelse i overtrædelsen var ophørt efter den 12. maj 2004.

2) Artikel 1 i Kommissionens beslutning K(2008) 5476 endelig af 1. oktober 2008 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/39.181 – Lysvoks) annulleres, for så vidt som det heri fastslås, at appellanten deltog i en vedvarende aftale og/eller en samordnet praksis inden for sektoren for paraffinvoks i fællesmarkedet i perioden mellem den 12. maj 2004 og den 28. april 2005.

3) Den bøde, der pålægges Total Raffinage Marketing i artikel 2 i beslutning K(2008) 5476 endelig, fastsættes til 116 364 588 EUR.

4) Med hensyn til omkostningerne i tilknytning til sagen i første instans bærer Total Raffinage Marketing otte tiendedele af sine egne omkostninger og betaler otte tiendedele af Europa-Kommissionens omkostninger. Kommissionen bærer to tiendedele af sine egne omkostninger og betaler to tiendedele af Total Raffinage Marketings omkostninger.

5) Hver af parterne bærer sine egne omkostninger i tilknytning til den foreliggende appelsag.«