CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 26 maart 2015[1]

Zaak C-634/13 P

Total Marketing Services, rechtsopvolger van Total Raffinage Marketing,
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededinging — Mededingingsregelingen — Markt van paraffinewas in de Europese Economische Ruimte en markt van ‚slack wax' in Duitsland — Vaststelling van de prijzen en verdeling van de markten — Beschikking waarbij een inbreuk op de mededingingsregels wordt vastgesteld — Duur van de deelname aan een onrechtmatige mededingingsregeling — Beëindiging van de deelname — Onderbreking van de deelname — Bewijslast — Publiekelijke distantiëring — Perceptie van de overige karteldeelnemers van de intentie om zich te distantiëren"

I – **Inleiding**

1. Met deze hogere voorziening verzoekt Total Marketing Services, rechtsopvolger van Total Raffinage Marketing (voorheen Total France SA; hierna: „Total France"), om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie Total Raffinage Marketing/Commissie[2], waarbij haar beroep dat primair strekte tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking C(2008) 5476 definitief van de Commissie van 1 oktober 2008 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/39.181 – Kaarsenwas) (hierna: „litigieuze beschikking"), en subsidiair tot verlaging van de aan haar opgelegde geldboete, grotendeels is verworpen.

2. Hoewel de onderhavige zaak nauw samenhangt met de hogere voorziening in de zaak Total/Commissie (C-597/13 P), waarin ik vandaag eveneens conclusie neem, worden in casu toch heel andere rechtsvragen aan de orde gesteld. In deze hogere voorziening gaat het er met name om of de toetsing die het Gerecht heeft verricht met betrekking tot rekwirantes deelname aan het vermeende kartel gedurende bepaalde perioden niet ontoereikend of onjuist is. Deze zaak biedt daarmee de gelegenheid om bepaalde regels op het gebied van het bewijs van de deelname van een onderneming aan een verboden kartel in herinnering te brengen, en met name om te verduidelijken in welke omstandigheden er ruimte is voor toepassing van het criterium van publiekelijke distantiëring door de betrokken onderneming.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-566/08, EU:T:2013:423; hierna: „bestreden arrest".

II – **Voorgeschiedenis van het geding**

3. De voorgeschiedenis van het geding en de inhoud van de litigieuze beschikking zijn door het Gerecht samengevat in de punten 1 tot en met 17 van het bestreden arrest, waarnaar ik voor de details verwijs.

4. Ten behoeve van de analyse van deze hogere voorziening beperk ik mij ertoe het volgende in herinnering te brengen.

5. Bij de litigieuze beschikking heeft de Europese Commissie vastgesteld dat rekwirante en haar moedermaatschappij die haar voor bijna 100 % in handen had, te weten Total SA (hierna: „Total"), samen met andere ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81, lid 1, EG en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992 (PB 1994, L 1, blz. 3; hierna: „EER-Overeenkomst"), door deel te nemen aan een mededingingsregeling op de markt van paraffinewas in de Europese Economische Ruimte (EER) en op de markt van „slack wax" in Duitsland. Rekwirante en haar moedermaatschappij Total behoorden tot de adressaten van de litigieuze beschikking.

6. De litigieuze beschikking volgde op een onderzoek dat de Commissie in het voorjaar van 2005 was gestart naar aanleiding van de informatie die haar door een bedrijf was verstrekt. Op basis van dat onderzoek was de Commissie tot de conclusie gekomen dat de meerderheid van de producenten van paraffinewas en „slack wax" binnen de EER, waartoe ook rekwirante behoorde, deel had genomen aan één enkele complexe en voortdurende inbreuk op artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, die het grondgebied van de EER bestreek.

7. Die inbreuk bestond hoofdzakelijk in overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarbij de prijzen werden vastgesteld en commercieel gevoelige informatie werd uitgewisseld met betrekking tot paraffinewas. Voor bepaalde vennootschappen, waaronder rekwirante, had de inbreuk inzake paraffinewas tevens betrekking op de verdeling van klanten of markten. Verder had de door sommige vennootschappen, waaronder rekwirante, gepleegde inbreuk ook betrekking op aan eindafnemers op de Duitse markt verkochte „slack wax" (overwegingen 2, 95 en 328 alsmede artikel 1 van de litigieuze beschikking).

8. De inbreukmakende gedragingen zouden hebben plaatsgevonden tijdens mededingingsverstorende bijeenkomsten die door de deelnemers „technische bijeenkomsten" of soms „Blauer Salon"-bijeenkomsten werden genoemd, en tijdens „slack wax-bijeenkomsten" die specifiek aan kwesties betreffende „slack wax" waren gewijd.

9. Volgens de Commissie hadden werknemers van Total France rechtstreeks aan de inbreuk deelgenomen tijdens de gehele duur ervan. De Commissie heeft Total France derhalve verantwoordelijk gehouden op grond van haar deelname aan het kartel (overwegingen 555 en 556 van de litigieuze beschikking). Bovendien was Total France tussen 1990 en het einde van de inbreuk direct of indirect voor meer dan 98 % in handen van Total. De Commissie heeft geoordeeld dat op grond daarvan kon worden vermoed dat Total een beslissende invloed uitoefende op het gedrag van Total France, daar beide vennootschappen deel uitmaakten van dezelfde onderneming (overwegingen 557-559 van de litigieuze beschikking).

10. Het bedrag van de in casu opgelegde geldboeten is berekend op basis van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 [3] worden opgelegd, die van kracht waren ten tijde van de betekening van de mededeling van punten van bezwaar.

3 — PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006".

11. Aan de hand van die richtsnoeren is de Commissie voor rekwirante en haar moedermaatschappij gekomen tot een totaal boetebedrag van 128 163 000 EUR (overweging 785 van de litigieuze beschikking).

12. Het dispositief van de litigieuze beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

De volgende ondernemingen hebben artikel 81, lid 1, [EG] en vanaf 1 januari 1994 artikel 53 van de EER-Overeenkomst geschonden door tijdens de aangegeven perioden deel te nemen aan één enkele voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de sector paraffinewas op de gemeenschappelijk markt en vanaf 1 januari 1994 in de EER:

[...]

Total France [...]: van 3 september 1992 tot 28 april 2005, en

[Total]: van 3 september 1992 tot 28 april 2005.

Wat de volgende ondernemingen betreft heeft de inbreuk voor de aangegeven perioden ook betrekking op aan eindafnemers op de Duitse markt verkochte ‚slack wax':

[...]

Total France [...]: van 30 oktober 1997 tot 12 mei 2004, en

[Total]: van 30 oktober 1997 tot 12 mei 2004.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk worden de volgende geldboeten opgelegd:

[...]

Total France [...] hoofdelijk en gezamenlijk met [Total]: 128 163 000 EUR."

III – **Bestreden arrest en arrest in de zaak Total/Commissie (T-548/08)**

13. Bij op 17 december 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft rekwirante beroep ingesteld tegen de litigieuze beschikking. Zij heeft daarbij in totaal elf middelen aangevoerd en is tijdens de terechtzitting voor het Gerecht met nog een twaalfde middel gekomen.

14. Het Gerecht heeft al die middelen afgewezen, met uitzondering van het achtste, dat was ontleend aan de onrechtmatigheid van de berekeningsmethode in punt 24 van de richtsnoeren van 2006. Het heeft geoordeeld dat de Commissie bij de vaststelling van de vermenigvuldigingscoëfficiënt ter weerspiegeling van de duur van de deelname van Total France aan de inbreuk het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel had geschonden, door een deelname van 7 maanden en 28 dagen (voor paraffinewas) en een deelname van 6 maanden en 12 dagen (voor „slack wax") gelijk te stellen met een deelname van een volledig jaar. Het Gerecht heeft het totaalbedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete daarom van 128 163 000 EUR verlaagd naar 125 459 842 EUR.

15. In het op dezelfde dag gewezen arrest in de zaak Total/Commissie (T-548/08, EU:T:2013:434) heeft het Gerecht daarentegen geoordeeld dat de aan rekwirantes moedermaatschappij Total opgelegde geldboete, gelet op de omstandigheden van het geval, passend was (punt 224 van het arrest). Het heeft daarom die geldboete niet in dezelfde mate verlaagd en bovendien alle door Total in die zaak aangevoerde middelen van de hand gewezen.

IV – **Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen**

16. Rekwirante verzoekt het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen in zoverre het Gerecht ten onrechte heeft uitgesloten dat rekwirante haar deelname aan de inbreuk na 12 mei 2004 heeft stopgezet;

— het bestreden arrest te vernietigen in zoverre het Gerecht ten onrechte heeft uitgesloten dat er sprake was van een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen rekwirante en Repsol YPF Lubricantes y Especialidades SA, Repsol Petróleo SA en Repsol YPF SA (hierna: „Repsol") wat de duur van hun deelname aan de inbreuk betreft;

— het bestreden arrest te vernietigen in zoverre het Gerecht ten onrechte heeft uitgesloten dat rekwirante haar deelname aan de inbreuk tussen 26 mei 2000 en 26 juni 2001 heeft onderbroken;

— het bestreden arrest te vernietigen in zoverre het Gerecht niet heeft geantwoord op het middel dat het bewijs voor het concurrentiegedrag van rekwirante op de markt niet was onderzocht;

— definitief uitspraak te doen overeenkomstig artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en daarbij de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover deze betrekking heeft op rekwirante, en in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht de aan rekwirante opgelegde geldboete te verlagen;

— ingeval het Hof niet definitief uitspraak zou doen in de onderhavige zaak, de beslissing omtrent de kosten aan te houden en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een nieuwe behandeling met inachtneming van het arrest van het Hof;

— overeenkomstig artikel 69 van het Reglement voor de procesvoering de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure voor het Gerecht en voor het Hof.

17. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirante in de kosten, met inbegrip van de kosten van de procedure voor het Gerecht.

18. Partijen hebben hun respectieve standpunten schriftelijk uiteengezet en pleidooi gehouden ter terechtzitting van 15 januari 2015.

V – **Analyse van de hogere voorziening**

19. De hogere voorziening is gebaseerd op de volgende vier middelen:

— schending van artikel 101 VWEU, van de regels inzake de bewijsvoering, van het beginsel van het vermoeden van onschuld, van het rechtszekerheidsbeginsel alsook van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht heeft geoordeeld dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 en tot en met 28 april 2005 aan de inbreuk heeft deelgenomen;

— schending van het gelijkheidsbeginsel, onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal en schending van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht heeft uitgesloten dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 uit het kartel is gestapt, maar heeft erkend dat Repsol zich na de bijeenkomst van 3 en 4 augustus 2004 uit het kartel heeft teruggetrokken;

— schending van artikel 101 VWEU, van het beginsel van het vermoeden van onschuld, van de beginselen van rechtszekerheid en gelijke behandeling alsook van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht heeft geoordeeld dat rekwirante haar deelname aan de inbreuk tussen 26 mei 2000 en 26 juni 2001 niet heeft onderbroken;

— schending van de beginselen van effectieve rechterlijke bescherming en van het persoonlijke karakter van straffen en sancties alsook van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht het middel inzake de niet-inaanmerkingneming van het bewijs voor het concurrentiegedrag van rekwirante heeft afgewezen zonder het te hebben onderzocht.

20. De Commissie is van mening dat de middelen, die volgens haar gewoonweg van het Hof verlangen dat het de beoordeling van het Gerecht nog eens overdoet, in wezen niet-ontvankelijk zijn. Zij acht ze hoe dan ook ongegrond.

21. Alvorens inhoudelijk op de opgeworpen vragen in te gaan, zal ik enkele woorden wijden aan de ontvankelijkheid van de aangevoerde middelen.

22. Zoals de Commissie zeer terecht heeft gememoreerd, is het niet aan het Hof om het bij het Gerecht ingediende verzoek opnieuw te onderzoeken. Een dergelijke herbeoordeling behoort immers niet tot de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening. [4] Met name is het Hof niet bevoegd om de feiten vast te stellen, en in beginsel evenmin om het bewijs te onderzoeken waarop het Gerecht zijn feitelijke vaststellingen heeft gebaseerd. Deze beoordeling levert dan ook geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens wanneer dat bewijs onjuist is opgevat. [5]

23. Wat de vaststelling van de duur van een inbreuk betreft, heeft het Hof reeds gepreciseerd dat met de begrippen publiekelijke distantiëring en voortzetting van een mededingingsverstorende praktijk – waaraan de in het kader van deze hogere voorziening aangevoerde middelen met name refereren – uitdrukking wordt gegeven aan feitelijke situaties, waarvan het bestaan van geval tot geval door de feitenrechter wordt vastgesteld op basis van een beoordeling van „een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen” die hem zijn voorgelegd, en na een „algemene evaluatie van alle relevante bewijzen en aanwijzingen”. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen alsmede de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de voorgelegde bewijzen. Deze beoordeling vormt dus, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van dat bewijsmateriaal, geen rechtsvraag die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof. [6]

24. Dit neemt niet weg dat in hogere voorziening aangevoerde middelen die niet louter de materiële juistheid betwisten van de feiten die in aanmerking zijn genomen om de duur van de deelname van de rekwirant aan het kartel aan te tonen, alsmede de wijze waarop die feiten zijn beoordeeld, maar die vraagtekens zetten bij de relevantie en het belang van die feiten en bij de bewijskracht die het Gerecht daaraan heeft toegekend, ontvankelijk moeten worden verklaard. [7]

4 — Zie onder meer arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 51) en Quinn Barlo e.a./Commissie (C-70/12 P, EU:C:2013:351, punt 26).

5 — Arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punt 70 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

6 — Zie arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punten 71 en 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

7 — Zie in die zin arrest Siemens e.a./Commissie (C-239/11 P, C-489/11 P en C-498/11 P, EU:C:2013:866, punten 128-130 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. In casu verlangen het eerste en het derde middel in wezen van het Hof dat het onderzoekt of de criteria die de Commissie – met instemming van het Gerecht – in aanmerking heeft genomen om rekwirantes deelname aan het kartel tijdens twee welbepaalde perioden aan te tonen, met name die inzake het niet publiekelijk afstand nemen door rekwirante en inzake de perceptie van de andere karteldeelnemers, al dan niet juist zijn toegepast. In zoverre moeten de middelen ontvankelijk worden verklaard.

26. Na deze in mijn ogen belangrijke precisering zal ik om te beginnen ingaan op de vraag of het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toetsing of het bewijs was geleverd voor rekwirantes deelname aan het kartel na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 en in de periode van 26 mei 2000 tot en met 26 juni 2001, in zoverre het daarbij heeft gerefereerd aan het feit dat rekwirante zich in die perioden niet publiekelijk van het kartel had gedistantieerd, en aan de perceptie die de overige karteldeelnemers ten aanzien van rekwirantes deelname kunnen hebben gehad.

27. Het eerste en het derde middel van rekwirante zullen dus samen worden onderzocht.

A – *Eerste en derde middel: schending van artikel 101 VWEU, van de regels inzake de bewijsvoering, van het beginsel van het vermoeden van onschuld, van het rechtszekerheidsbeginsel alsook van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht heeft geoordeeld dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 en tot en met 28 april 2005 alsmede in de periode van 26 mei 2000 tot en met 26 juni 2001 aan de inbreuk heeft deelgenomen*

1. Argumenten van partijen

28. Met haar eerste middel stelt rekwirante dat het Gerecht in verschillende opzichten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in te stemmen met de benadering van de Commissie ten aanzien van haar deelname aan de inbreuk tot en met 28 april 2005.

29. In de eerste plaats heeft het Gerecht volgens rekwirante, door zich te baseren op de enkele vaststelling dat zij niet het bewijs had geleverd dat zij zich publiekelijk van het kartel had gedistantieerd, de bewijslast met betrekking tot de duur van haar deelname aan de inbreuk omgekeerd. Het had juist moeten nagaan of de Commissie had voldaan aan haar verplichting om te bewijzen dat de inbreuk in de periode van 12 mei 2004 tot en met 28 april 2005 zonder onderbreking had voortgeduurd, aangezien rekwirante na die eerste datum niet aan heimelijke contacten had deelgenomen.

30. In de tweede plaats heeft het Gerecht volgens rekwirante de rechtspraak van het Hof en zijn eigen rechtspraak onjuist geïnterpreteerd, door als algemene regel te stellen dat zonder een publiekelijke distantiëring de inbreuk in beginsel nooit als beëindigd kan worden beschouwd. Het in die rechtspraak geformuleerde vereiste van publiekelijke distantiëring vindt immers zijn verklaring in het feit dat de betrokken onderneming aan heimelijke bijeenkomsten heeft deelgenomen, en in het bestaan van aanwijzingen voor een ononderbroken gedragsafstemming gedurende de litigieuze periode.

31. In de derde plaats wordt volgens rekwirante door de zienswijze van het Gerecht een vermoeden geïntroduceerd dat een gevaar van willekeur en rechtsonzekerheid inhoudt, omdat de Commissie aldus zou kunnen aantonen dat een onderneming aan een kartel heeft deelgenomen tijdens de volledige duur ervan, zodra die onderneming één enkele mededingingsverstorende bijeenkomst heeft bijgewoond zonder zich publiekelijk van het kartel te distantiëren. In het onderhavige geval hebben de door het Gerecht in de punten 375 en 376 van het bestreden arrest aangevoerde gegevens betrekking op zuiver eenzijdige initiatieven van de onderneming die de bijeenkomsten organiseerde, die hooguit zouden kunnen aantonen dat die onderneming rekwirantes aanwezigheid bij de laatste drie technische

bijeenkomsten wenselijk had geacht. Rekwirante heeft echter op geen enkele wijze gevolg gegeven aan die initiatieven. Verder komt volgens rekwirante het standpunt van het Gerecht (punt 380 van het bestreden arrest) dat het enkele feit dat zij de laatste technische bijeenkomsten niet heeft bijgewoond, niet aantoont dat zij de informatie die zij heeft verkregen tijdens de eerdere bijeenkomsten die zij wel heeft bijgewoond, niet heeft gebruikt en dat zij niet heeft geprofiteerd van de tijdens die eerdere bijeenkomsten gesloten overeenkomsten, eveneens neer op een omkering van de bewijslast. Deze redenering wordt overigens ontkracht door het feit dat het kartel functioneerde in de vorm van een reeks afstemmingen die met zeer grote regelmaat plaatsvonden, namelijk gemiddeld elke drie tot vier maanden.

32. De Commissie voert aan dat het eerste middel, als het al ontvankelijk moet worden geacht, hoe dan ook ongegrond is.

33. Volgens de Commissie is de door rekwirante aan de rechtspraak gegeven uitlegging onjuist. Rekwirante verwijst hoofdzakelijk naar arresten van het Gerecht die stuk voor stuk betrekking hebben op specifieke gevallen en dus niet zonder meer kunnen worden toegepast op het onderhavige geval, temeer daar de duur van de deelname aan een inbreuk een feitelijke vraag is waarvoor het bewijs van geval tot geval aan de hand van de concrete omstandigheden moet worden geleverd. De Commissie beklemtoont dat in het onderhavige geval het bewijs dat rekwirante aan de inbreuk is blijven deelnemen, is ontleend aan een combinatie van twee onlosmakelijk met elkaar verbonden factoren, namelijk het feit dat zij uitnodigingen voor de bijeenkomsten is blijven ontvangen, wat erop wijst dat zij in de perceptie van de uitnodigende onderneming nog steeds deel uitmaakte van het kartel, en het feit dat zij zich niet van het kartel heeft gedistantieerd.

34. Volgens de Commissie biedt de rechtspraak van het Hof steun aan het standpunt dat door haarzelf en door het Gerecht is ingenomen. In het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6) heeft het Hof namelijk geenszins te kennen gegeven dat de distantiëringseis enkel kan worden gesteld als een onderneming aan bijeenkomsten heeft deelgenomen. Het criterium inzake de perceptie van de overige karteldeelnemers is daarentegen reeds duidelijk geformuleerd. Samenvattend stelt de Commissie dat de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht bevestigt dat het feit dat een onderneming zich niet heeft gedistantieerd, een zeer belangrijk gegeven is wanneer andere feiten zijn vastgesteld die erop wijzen dat die onderneming aan het kartel is blijven deelnemen, en dat hoe dan ook de perceptie van de overige karteldeelnemers essentieel is. Er bestaat volgens de rechtspraak dus geen hiërarchie tussen de wijzen waarop het bewijs moet worden geleverd, en de Commissie noch het Gerecht heeft zich in het onderhavige geval uitsluitend gebaseerd op het feit dat rekwirante zich niet had gedistantieerd.

35. De Commissie is hoe dan ook van mening dat dit middel feitelijke grondslag mist. Zij heeft zich namelijk in overweging 602 van de litigieuze beschikking helemaal niet uitsluitend gebaseerd op het feit dat rekwirante zich niet publiekelijk had gedistantieerd, maar juist aanwijzingen aangevoerd die in hun totaliteit dienden te worden bezien en waaruit bleek dat rekwirante aan het kartel was blijven deelnemen en dat dit ook in de perceptie van de andere karteldeelnemers het geval was. Het Gerecht heeft soeverein beoordeeld welke waarde daaraan moest worden toegekend.

36. Met betrekking tot de bewijsvoering merkt de Commissie op dat zij zich in de eerste plaats heeft gebaseerd op het feit dat rekwirante was uitgenodigd voor de laatste drie technische bijeenkomsten die vóór de inspecties hebben plaatsgevonden, en dat zij in de tweede plaats niet heeft gemeend dat de e-mail van 3 november 2004 alléén een publiekelijke distantiëring kon inhouden. Het feit dat zij ervan is uitgegaan dat rekwirante aan het kartel is blijven deelnemen bij gebreke van bewijs van het tegendeel, bijvoorbeeld in de vorm van een daadwerkelijke publiekelijke distantiëring, is volgens de Commissie in overeenstemming met de bewijsrechtelijke beginselen. Bovendien betekent het feit dat een onderneming bepaalde bijeenkomsten heeft gemist, nog niet dat zij ook uit het kartel is gestapt.

Rekwirantes opmerking dat het Gerecht geen feiten heeft vastgesteld die zich kort genoeg na elkaar hebben voorgedaan om de voortzetting van de inbreuk aan te tonen, is niet ter zake dienend, aangezien het in casu niet gaat om de vraag of de deelname aan een kartel tijdelijk is onderbroken, maar om de vraag of de betrokken onderneming tot het einde bij het kartel aangesloten is gebleven.

37. Met betrekking tot het derde middel voeren partijen het volgende aan.

38. Rekwirante merkt op dat, zoals duidelijk blijkt uit de (in het dossier opgenomen) verklaring die is afgelegd door een bij het kartel aangesloten onderneming, haar vertegenwoordiger de bijeenkomst van 25 en 26 mei 2000 bruusk en woedend heeft verlaten en dat zij de latere bijeenkomsten niet meer heeft bijgewoond. Het staat volgens rekwirante vast dat zij na dat incident aan geen van de drie volgende bijeenkomsten heeft deelgenomen en dat haar nieuwe vertegenwoordiger pas weer op de bijeenkomst van 26 en 27 juni 2001 aanwezig is geweest. Rekwirante beklemtoont dat zij daarentegen van de 21 bijeenkomsten die in de vijf voorgaande jaren waren georganiseerd, er 18 heeft bijgewoond, dat wil zeggen ongeveer vier bijeenkomsten per jaar.

39. Rekwirante is van mening dat de conclusie die het Gerecht heeft verbonden aan het feit dat zij niet had aangetoond dat zij zich publiekelijk van het kartel had gedistantieerd, zonder dat het heeft nagegaan of de Commissie had voldaan aan haar verplichting om bewijs aan te dragen op grond waarvan kon worden aangenomen dat zij nog steeds bij het kartel betrokken was, schending van het beginsel van het vermoeden van onschuld oplevert. Zij refereert in dit verband aan het arrest Gosselin Group/Commissie [8], waarin het Gerecht heeft verklaard dat het aan een onderbreking eigen is dat de deelname aan een kartel wordt hervat, zodat de loutere omstandigheid dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan het kartel zowel voor als na de betrokken periode, irrelevant is.

40. Met betrekking tot het perceptiecriterium merkt rekwirante op dat nooit is gesteld of aangetoond dat zij in de periode van mei 2000 tot juni 2001 door de overige karteldeelnemers als lid van het kartel werd gezien en dat integendeel uit de eerdergenoemde verklaring van een andere bij het kartel aangesloten onderneming blijkt dat het volgens deze onderneming volstrekt duidelijk was dat zij gedurende die periode van dertien maanden haar deelname aan het kartel had onderbroken. Hoe dan ook heeft het Gerecht volgens rekwirante blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door uit te sluiten dat zij zich tijdens de bijeenkomst van 25 en 26 mei 2000 publiekelijk had gedistantieerd van het kartel, waarmee het is afgeweken van de ten aanzien van Repsol gevolgde benadering (zie het tweede middel), erop neerkomend dat aan het criterium van publiekelijke distantiëring kan zijn voldaan wanneer is aangetoond dat bij de andere deelnemers aan een bijeenkomst twijfel bestaat over de deelname van de betrokken onderneming. Het Gerecht heeft namelijk aanvaard dat Repsol zich had gedistantieerd op basis van de enkele vaststelling dat de organisator van de bijeenkomsten de verzending van officiële uitnodigingen aan die onderneming had stopgezet.

41. De Commissie stelt primair dat dit middel niet-ontvankelijk is. Zij betoogt subsidiair dat het ongegrond is, aangezien zij haar oordeel dat rekwirante tijdens de betrokken periode aan het kartel was blijven deelnemen, niet uitsluitend heeft gebaseerd op het feit dat zij zich niet ervan had gedistantieerd. Zo blijkt uit overweging 603 van de litigieuze beschikking dat, gelet op de algehele context, het feit dat rekwirante drie bijeenkomsten op rij heeft gemist, waarna zij vanaf juni 2001 – na een wisseling van vertegenwoordiger – de bijeenkomsten weer regelmatig is gaan bijwonen, niet kan worden beschouwd als een onderbreking van de deelname aan het kartel zelf. Het Gerecht heeft deze analyse bevestigd in zoverre het zich niet uitsluitend heeft gebaseerd op het feit dat rekwirante zich niet had gedistantieerd van het kartel, maar ook de omstandigheden heeft onderzocht waarin haar vertegenwoordiger de bijeenkomst van 26 mei 2000 had verlaten. Op grond daarvan heeft het Gerecht geconcludeerd dat dit vertrek niet als een publiekelijke distantiëring kon worden beschouwd. De Commissie voegt hieraan nog toe dat het feit dat rekwirantes vertegenwoordiger van die bijeenkomst

8 — T-208/08 en T 209/08, EU:T:2011:287, punt 161.

was weggelopen, geen aanwijzing was dat rekwirante uit het kartel was gestapt, maar veeleer was toe te schrijven aan een verschil van mening over de wijze waarop aan de mededingingsregeling uitvoering moest worden gegeven. Het incident dat zich tijdens de bijeenkomst van 26 mei 2000 heeft voorgedaan, is volgens de Commissie trouwens in de verklaringen van Sasol niet beschreven als een terugtrekking uit het kartel door rekwirante.

42. De Commissie stelt bovendien dat zij hoe dan ook overeenkomstig de in het rechtspraak van het Hof geformuleerde beginselen [9] het bewijs heeft geleverd voor rekwirantes deelname aan het kartel gedurende de gehele litigieuze periode. Bovendien is het bewijs van de duur van de deelname van een onderneming aan een kartel een feitelijke kwestie. Het feit dat er in casu voor een periode van een jaar geen bewijs bestaat van mededingingsverstorende contacten of van deelname aan dergelijke contacten, toont volgens de Commissie op zich nog niet aan dat de deelname aan het kartel is onderbroken. [10] Rekwirantes argument dat haar afwezigheid, gelet op de duur en de continuïteit ervan, uitzonderlijk was, is volgens de Commissie niet overtuigend, aangezien zij ook herhaaldelijk verstek heeft laten gaan bij de heimelijke bijeenkomsten. Het Gerecht heeft juist beklemtoond dat rekwirante in de betrokken periode kon profiteren van de tijdens de eerdere bijeenkomsten verkregen informatie en van de tijdens die bijeenkomsten gesloten overeenkomsten. De Commissie meent dan ook dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat rekwirantes afwezigheid bij enkele bijeenkomsten slechts een op zichzelf staand incident was dat verband hield met een persoon en niets van doen had met een onderbreking van rekwirantes deelname aan het kartel.

2. Beoordeling

43. Alvorens te onderzoeken of de parameters die de Commissie – met instemming van het Gerecht – heeft gehanteerd om rekwirantes deelname aan het kartel tijdens de twee litigieuze perioden, namelijk tussen 12 mei 2004 en 28 april 2005 (beëindigingsperiode) en tussen 26 mei 2000 en 26 juni 2001 (onderbrekingsperiode), aan te tonen, lijkt het mij zinvol om enkele beschouwingen te wijden aan de beginselen van de bewijsvoering aangaande de duur van de deelname van een onderneming aan een kartel, en om in deze context te verduidelijken hoe het in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde criterium van publiekelijke distantiëring [11] moet worden opgevat.

a) Uit de rechtspraak te trekken lessen ten aanzien van de bewijslast in kartelzaken en ten aanzien van het vereiste van publiekelijke distantiëring

44. Bij het onderzoek van de in het kader van deze hogere voorziening voorgedragen grieven moet rekening worden gehouden met enkele leidende beginselen op het gebied van de bewijsvoering en de bewijslast in kartelzaken.

45. Om te beginnen moet in herinnering worden gebracht dat het aan de Commissie is om niet alleen de deelname aan een kartel te bewijzen, maar ook de duur van die deelname. Het beginsel van het vermoeden van onschuld brengt mee dat elke twijfel omtrent de duur of de voortzetting van de deelname van een onderneming aan een inbreuk, in het voordeel van die onderneming moet werken. [12]

9 — Arresten Technische Unie/Commissie (C-113/04 P, EU:C:2006:593, punt 169) en Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 260).

10 — Arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 75).

11 — Zie met name arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 81 en 82 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Zie in die zin arrest Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 52).

46. Wat vervolgens meer bepaald de vaststelling van de duur van de deelname van een onderneming aan een inbreuk betreft, lijkt vast te staan dat de Commissie zich, bij het ontbreken van bewijsmateriaal waarmee de duur van een inbreuk rechtstreeks kan worden aangetoond, ten minste moet baseren op bewijzen betreffende feiten die zich zo kort na elkaar hebben voorgedaan dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd. Het Hof heeft in dit verband erkend dat het bestaan van een inbreukmakende gedraging kan worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. [13]

47. Tot slot lijkt er een onderscheid te worden gemaakt tussen de vaststelling van de datum waarop de deelname aan een kartel is beëindigd, en de vaststelling van de tijdvakken gedurende welke die deelname eventueel is onderbroken. Dit blijkt volgens mij met name uit het arrest in de zaak Commissie/Verhuizingen Coppens [14], waarin het Hof heeft erkend dat de Commissie op goede gronden kon stellen dat de betrokken onderneming aansprakelijk kon worden gesteld voor haar ononderbroken deelname aan de overeenkomst inzake schaduwbestekken tijdens de periode van 13 oktober 1992 tot 29 juli 2003, ook al was er geen bewijs dat die onderneming tijdens de jaren 1994 en 1995 actief aan die overeenkomst had deelgenomen.

48. Het Hof heeft dan ook gepreciseerd dat het feit dat er geen concreet bewijs is geleverd van de uitvoering van een mededingingsverstorende overeenkomst door een onderneming in bepaalde tijdvakken, er niet aan in de weg staat dat de inbreuk wordt geacht te hebben bestaan gedurende een totale periode die langer is dan deze tijdvakken, mits een dergelijke vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust. In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, doet het voor het bestaan van een mededingingsregeling niet ter zake dat deze regeling met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken aan het licht treedt, zolang de verschillende handelingen die deel uitmaken van deze inbreuk, hetzelfde doel hebben en passen in het kader van één enkele voortdurende inbreuk. [15]

49. Gelet op de basisregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering ter zake, kan deze rechtspraak naar mijn mening niet ertoe leiden dat elke mogelijkheid om aan te tonen dat een onderneming haar deelname aan een kartel gedurende een bepaalde periode daadwerkelijk heeft opgeschort, wordt uitgesloten. Het is zeer wel mogelijk om op basis van de frequentie van de litigieuze contacten en van het in verhouding tot de totale duur van het kartel al dan niet wezenlijke karakter van de periode gedurende welke de deelname daaraan zou zijn onderbroken – factoren die enkel door de feitenrechter kunnen worden beoordeeld – te concluderen dat die onderneming gedurende een of meer welbepaalde tijdvakken niet aan het kartel heeft deelgenomen.

50. Het antwoord op de vraag of het ontbreken van materieel bewijs voor de deelname van een onderneming aan een kartel gedurende bepaalde tijdvakken al dan niet van belang is, hangt met andere woorden af van de omstandigheden van elk geval. Ter illustratie noem ik het voorbeeld van een kartel dat een tiental jaren heeft bestaan en in het kader waarvan concurrenten meerdere malen per jaar hebben deelgenomen aan bijeenkomsten die ertoe strekten de mededinging te verstoren. Het feit dat een vertegenwoordiger van een onderneming bij twee van die bijeenkomsten niet aanwezig is geweest, lijkt van weinig belang te zijn als uit andere objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat die onderneming in de betrokken periode aan het kartel heeft deelgenomen.

13 — Arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 57) en Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (C-403/04 P en C-405/04 P, EU:C:2007:52, punt 51).

14 — C-441/11 P, EU:C:2012:778.

15 — Zie in dit verband arresten Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punt 260) en Technische Unie/Commissie (C-113/04 P, EU:C:2006:593, punt 169).

51. Hoe moet het vereiste van publiekelijke distantiëring door de onderneming in deze context worden opgevat?

52. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet worden teruggekomen op de omstandigheden waarin dit vereiste is geformuleerd, in het bijzonder op die welke hebben geleid tot het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6).

53. Ik herinner eraan dat in die zaak de beschuldigde onderneming het feit hekelde dat de Commissie, daarin bijgevallen door het Gerecht, zich had gebaseerd op de omstandigheid dat zij zich niet publiekelijk van de overeenkomst had gedistantieerd.

54. Het Hof heeft op dit punt de door de Commissie voorgestane en door het Gerecht bekrachtigde benadering bevestigd. Het heeft in die zaak geoordeeld dat het volstond dat de Commissie aantoonde dat de betrokken onderneming had deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten waren gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen had verzet, om de deelname van die onderneming aan het kartel genoegzaam te bewijzen. Het Hof heeft dan ook te kennen gegeven dat *wanneer de deelname aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond*[16], de betrokken onderneming aanwijzingen dient te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelname aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt dat zij vanuit een andere optiek dan de hunne aan die bijeenkomsten deelnam (zie punt 81 van het arrest).

55. Het is in die zin dat het vereiste van publiekelijke distantiëring moet worden opgevat, dat is gebaseerd op de essentiële premisse dat de onderneming heeft deelgenomen aan een bijeenkomst dan wel mededingingsverstorende contacten heeft gehad. Het Hof heeft in dit verband verduidelijkt dat „[a]an dit rechtsbeginsel [...] de redenering ten grondslag [ligt] dat een onderneming die aan [de] bijeenkomst heeft deelgenomen zonder zich publiekelijk van de inhoud daarvan te distantiëren, bij de andere deelnemers de indruk heeft gewekt dat zij het eens was met het resultaat daarvan en dat zij zich daaraan zou houden” (zie punt 82 van het arrest).

56. Het criterium van het niet publiekelijk afstand nemen maakt het met andere woorden mogelijk om het op concrete aanwijzingen gebaseerde vermoeden te handhaven dat een onderneming die aanwezig is geweest op bijeenkomsten die ertoe strekten de mededinging te verstoren, heeft deelgenomen aan een door artikel 101, lid 1, VWEU verboden kartel. De verwijzing naar het feit dat een onderneming zich niet publiekelijk heeft gedistantieerd, kan naar mijn mening het ontbreken van bewijs dat de onderneming, al was het maar passief, aan een dergelijke bijeenkomst heeft deelgenomen, niet goedmaken. Wanneer, zoals advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de betrokken zaak heeft opgemerkt[17], een onderneming samen met haar concurrenten op de markt een of meer bijeenkomsten bijwoont die uitmonden in een mededingingsverstorende overeenkomst, kan op basis van vermoedens hieruit haar deelname aan het kartel worden afgeleid, wanneer niet uitdrukkelijk van het tegendeel blijk is gegeven, zeker wanneer zij vervolgens meewerkt aan maatregelen tot uitvoering van de mededingingsverstorende overeenkomst. Om de juistheid van een dergelijk vermoeden te kunnen aantonen, moet volgens de advocaat-generaal worden „uitgegaan van *vaststaande gebeurtenissen*[18] op grond waarvan [...] bepaalde feiten als bewezen kunnen worden aangemerkt”[19].

16 — Cursivering van mij.

17 — Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punten 127-131).

18 — Cursivering van mij.

19 — Conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punt 128).

57. Deze oplossing, die logisch aansluit bij de oplossing die reeds in diverse zaken was geformuleerd als het gaat om het beroep op bepaalde vermoedens [20], impliceert dat wanneer er geen enkel bewijs voorhanden is van heimelijke contacten of afspraken tussen een onderneming en andere deelnemers aan een kartel, de Commissie niet reeds kan concluderen dat die onderneming aan het kartel is blijven deelnemen op basis van de enkele vaststelling dat zij zich ervan had moeten distantiëren.

58. Het vereiste van publiekelijke distantiëring heeft dus alleen betekenis als de onderneming daadwerkelijk aan heimelijke bijeenkomsten heeft deelgenomen of als er op zijn minst aanwijzingen zijn voor gedragsafstemming gedurende een bepaalde periode. Die eis zou daarom enkel moeten worden gesteld in een situatie waarin op basis van de tijdens het onderzoek concreet verzamelde gegevens kan worden vermoed dat de beschuldigde onderneming aan een kartel is blijven deelnemen. Het feit dat een onderneming zich niet publiekelijk van een kartel heeft gedistantieerd, kan op zichzelf die deelname niet bewijzen.

59. Het Hof heeft deze beginselen diverse malen in herinnering kunnen roepen. [21]

60. Uit een en ander volgt dat het vereiste van publiekelijke distantiëring moet worden opgevat als een verplichting waaraan de betrokken onderneming dient te voldoen teneinde aan te tonen dat zij gedurende een bepaalde periode niet meer aan een kartel deelnam, ook al was dit ogenschijnlijk wel het geval. Dat vereiste heeft als gezegd immers alleen betekenis als de onderneming daadwerkelijk aan heimelijke bijeenkomsten heeft deelgenomen of als er op zijn minst aanwijzingen zijn voor gedragsafstemming gedurende een bepaalde periode.

61. Dit uitgangspunt kan niet genoeg worden benadrukt, omdat anders het risico bestaat dat afbreuk wordt gedaan aan de juiste interpretatie van de beginselen inzake de bewijsvoering en de bewijslast in kartelzaken.

b) Toepassing op het onderhavige geval: noodzakelijk onderscheid tussen het bewijs van de definitieve beëindiging van de deelname aan het kartel en het bewijs van de onderbreking/opschorting van die deelname

i) Bewijs van rekwirantes deelname tijdens de beëindigingsperiode (eerste middel)

62. Zoals de Commissie in haar memories heeft beklemtoond, had zij in de litigieuze beschikking geconcludeerd dat rekwirante aan de inbreuk had deelgenomen tot de door haar op 28 april 2005 uitgevoerde inspecties, aangezien zij, hoewel niet vaststond dat zij had deelgenomen aan de bijeenkomsten die waren gehouden na die van 11 en 12 mei 2004, geen enkel bewijs had overgelegd waaruit bleek dat zij toen officieel uit het kartel was gestapt. Het Gerecht is op basis van de beoordeling van de in overweging 602 van de litigieuze beschikking uiteengezette feiten tot de slotsom gekomen dat rekwirante zich in de perceptie van de andere deelnemers niet van het kartel had gedistantieerd.

20 — Zie in dezelfde zin arresten Hüls/Commissie (C-199/92 P, EU:C:1999:358, punt 155) en Montecatini/Commissie (C-235/92 P, EU:C:1999:362, punt 181).

21 — Zie met name arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 142-145); beschikking Adriatica di Navigazione/Commissie (C-111/04 P, EU:C:2006:105, punten 48-54) en arrest Comap/Commissie (C-290/11 P, EU:C:2012:271, punten 73-76), alle betrekking hebbend op ondernemingen waarvan was aangetoond dat zij hadden deelgenomen aan bijeenkomsten die ertoe strekten de mededinging te verstoren.

63. Ik herinner eraan dat de Commissie in overweging 602 van de litigieuze beschikking het volgende heeft verklaard:

„[Rekwirante] verklaart dat zij aan geen enkele technische bijeenkomst heeft deelgenomen na die van 11 en 12 mei 2004 en voegt daaraan toe dat haar vertegenwoordiger zijn reis naar de bijeenkomst van 3 en 4 november 2004 volgens een interne mededeling heeft geannuleerd op advies van zijn leidinggevende. De Commissie merkt op dat er geen bewijs bestaat van een eventuele terugtrekking uit de mededingingsregeling. Bij complexe inbreuken betekent het feit dat een onderneming een bijeenkomst niet bijwoont of het niet eens is met hetgeen tijdens een bijeenkomst wordt besproken, niet dat de onderneming niet meer deelneemt aan de voortdurende inbreuk. Om een einde te maken aan de inbreuk moet de onderneming zich duidelijk distantiëren van de mededingingsregeling. [Rekwirante] heeft niet nauwkeurig aangetoond dat zij volledig autonoom een eenzijdige strategie op de markt heeft gekozen en zich duidelijk en publiekelijk heeft gedistantieerd van de kartelactiviteiten. Integendeel, de bewijzen die de Commissie bezit tonen aan dat [rekwirante] officiële uitnodigingen voor de drie volgende technische bijeenkomsten heeft ontvangen (dat wil zeggen de laatste drie technische bijeenkomsten die vóór de verrichting van de inspecties zijn georganiseerd). De Commissie merkt op dat de vertegenwoordiger van [rekwirante] heeft bevestigd dat hij de bijeenkomst van 3 en 4 november 2004 zou bijwonen, ook al blijkt hij zijn reis daarna te hebben geannuleerd. Ook was er wat de bijeenkomst van 23 en 24 februari 2005 betreft door [Sasol Wax International AG, Sasol Holding in Germany GmbH en Sasol Limited, de organisator van die bijeenkomst; hierna: ‚Sasol'] voor de vertegenwoordiger van [rekwirante] reeds een kamer gereserveerd in het hotel waar de bijeenkomst h[ad] plaatsgevonden, welke reservering vervolgens [was] geannuleerd. De Commissie concludeert daaruit derhalve dat het voor Sasol en de andere deelnemers duidelijk was dat [rekwirante] tot het einde had deelgenomen aan de mededingingsregeling. De Commissie merkt ook op dat de besprekingen tijdens de bijeenkomsten niet fundamenteel verschilden van die tijdens eerdere bijeenkomsten, maar dat de deelnemers prijsverhogingen zijn blijven bespreken zonder te vermelden dat [rekwirante] de mededingingsregeling probeerde te verlaten (zie de overwegingen 175, 176 en 177) en dat het niet ongebruikelijk was dat ondernemingen gedurende de mededingingsregeling bepaalde bijeenkomsten niet bijwoonden. Deze twee factoren bewijzen dat [rekwirante] niet werd gepercipieerd als zou zij de mededingingsregeling na de bijeenkomst van mei 2004 hebben verlaten. De interne mededeling van de vertegenwoordiger van [rekwirante] over zijn redenen om een bijeenkomst niet bij te wonen kan hoe dan ook niet als een publiekelijke distantiëring worden beschouwd. Aangezien uit geen enkele andere informatie blijkt [dat zij] zich van de mededingingsregeling heeft gedistantieerd, is de Commissie van mening dat de deelname van [rekwirante] aan de mededingingsregeling niet vóór de inspecties is beëindigd."

64. In het bestreden arrest heeft het Gerecht het standpunt van de Commissie met betrekking tot het criterium van de publiekelijke distantiëring en de perceptie van de andere karteldeelnemers dienaangaande bevestigd, en vastgesteld dat rekwirante zich in de perceptie van de andere deelnemers niet publiekelijk van het kartel had gedistantieerd. [22]

65. Het Gerecht heeft bovendien gerefereerd aan een door een vertegenwoordiger van rekwirante verzonden interne e-mail van 3 november 2004 [„Gelet op het doel van de bijeenkomst in Oostenrijk ben ik het eens met de redenering van Thibault. Ik annuleer mijn reis naar Wenen (vertrek oorspronkelijk vanmiddag)"] en geconcludeerd dat een dergelijke interne e-mail, die niet aan de andere deelnemers is meegedeeld, geen publiekelijke distantiëring kan zijn. [23]

22 — Zie de punten 372-375 van het bestreden arrest.

23 — Zie de punten 378 en 379 van het bestreden arrest.

66. Ten overvloede heeft het Gerecht nog opgemerkt dat het enkele feit dat rekwirante de laatste technische bijeenkomsten niet had bijgewoond, geenszins aantoonde dat zij de informatie over de door haar concurrenten toegepaste prijzen die zij had verkregen tijdens de tientallen eerdere technische bijeenkomsten die zij wel had bijgewoond, niet had gebruikt en dat zij niet had geprofiteerd van de overeenkomsten inzake de verdeling van de markten en van de klanten die tijdens de eerdere technische bijeenkomsten waren gesloten. Het Gerecht is op grond daarvan tot de slotsom gekomen dat rekwirante geen enkel bewijs had overgelegd dat aantoonde dat zij op 12 mei 2004 was opgehouden met de uitvoering van de mededingingsregeling. [24]

67. De vraag rijst dus of de Commissie ondanks die vaststellingen tot de – door het Gerecht in het bestreden arrest bevestigde – conclusie kon komen dat rekwirante ook na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 aan het kartel had deelgenomen. Met name moet de vraag worden beantwoord of daartoe het feit in aanmerking kon worden genomen dat rekwirante niet officieel uit het kartel was gestapt en zodoende niet het bewijs had geleverd dat zij zich publiekelijk daarvan had gedistantieerd.

68. Ik ben van mening dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat anders de hierboven gememoreerde beginselen inzake de bewijsvoering en de bewijslast in kartelzaken worden geschonden.

69. In casu wordt niet betwist dat rekwirante niet heeft deelgenomen aan de laatste technische bijeenkomsten van het kartel, die zijn gehouden tussen 12 mei 2004 (datum waarop rekwirante voor het laatst aan een dergelijke bijeenkomst heeft deelgenomen) en 29 april 2005 (datum waarop de Commissie haar inspecties heeft uitgevoerd). Ook staat vast dat er geen enkele aanwijzing is dat rekwirante in diezelfde periode op enigerlei wijze contact heeft gehad met de bij het litigieuze kartel aangesloten ondernemingen.

70. In deze omstandigheden was er zelfs geen begin van bewijs dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 aan het litigieuze kartel was blijven deelnemen door ofwel de bijeenkomsten van het kartel bij te wonen, ofwel andere heimelijke activiteiten te verrichten.

71. De eventuele perceptie van de andere karteldeelnemers met betrekking tot de voortzetting van rekwirantes deelname aan het kartel na die data is in mijn ogen geen beslissend criterium. Nog afgezien van het feit dat een dergelijke perceptie, die zich zou hebben gemanifesteerd in de vorm van uitnodigingen en hotelreserveringen, volgens mij niet duidelijk is aangetoond, vormt zij hoe dan ook geen aanwijzing voor een actieve of stilzwijgende deelname aan het kartel.

72. Zoals met name tijdens de terechtzitting is aangevoerd, was de Commissie er vast van overtuigd dat rekwirante, in tegenstelling tot andere ondernemingen [25], aan het kartel was blijven deelnemen. Een dergelijke overtuiging moet echter gebaseerd zijn op concrete aanwijzingen en niet op een gevoel of op een subjectieve indruk, eventueel gevoed door de vermeende perceptie van andere karteldeelnemers.

73. Uit een en ander volgt dat het bestreden arrest op dit punt niet in stand kan blijven. Naar mijn mening heeft het Gerecht ten onrechte de conclusie bevestigd dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 en tot de in april 2005 verrichte inspecties aan het kartel heeft deelgenomen.

74. Het bestreden arrest zal op dit punt dus moeten worden vernietigd. De concrete gevolgen daarvan voor het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete zullen hierna worden onderzocht.

24 — Zie punt 380 van het bestreden arrest.

25 — Met name wordt gedoeld op de bijzondere situatie van Repsol en de vergelijkbaarheid daarvan met rekwirantes situatie. Zo heeft het Gerecht opgemerkt dat rekwirantes situatie in zoverre verschilde van die van Repsol, dat niet was vastgesteld dat zij na 4 augustus 2004 geen officiële uitnodigingen meer voor de technische bijeenkomsten had ontvangen, en dat er zelfs hotelkamers voor haar vertegenwoordiger waren gereserveerd (zie met name de overwegingen 385-388 van het bestreden arrest).

ii) Bewijs van rekwirantes deelname aan het kartel tussen 26 mei 2000 en 26 juni 2001 (derde middel)

75. Hoewel bovenstaande overwegingen mutatis mutandis van toepassing zijn op het bewijs van rekwirantes deelname aan het kartel tussen 26 mei 2000 en 26 juni 2001, is een belangrijk verschil dat het hier niet gaat om de vraag of rekwirante haar deelname volledig heeft beëindigd, maar of zij die deelname eventueel gedurende een bepaalde periode heeft onderbroken.

76. De beginselen inzake de bewijslast en de bewijsvoering in kartelzaken zijn met andere woorden dezelfde. Wat verschilt, is de toepassing van die beginselen op de te bewijzen feiten, namelijk een tijdelijke onderbreking respectievelijk een definitieve beëindiging van de deelname aan een kartel.

77. Als gezegd moet namelijk worden erkend dat de gegevens op basis waarvan de Commissie concludeert dat een onderneming haar deelname aan een kartel al dan niet heeft opgeschort, anders moeten worden beoordeeld, gelet op de grote betekenis die in dit verband toekomt aan het geheel van de omstandigheden waarin die onderbreking zou hebben plaatsgevonden, en aan de specifieke kenmerken van de gewraakte heimelijke activiteiten, zoals hun frequentie en hun complexiteit.

78. Het komt mij voor dat in casu zowel de Commissie (zie overweging 603 van de litigieuze beschikking) als het Gerecht (punten 394-403 van het bestreden arrest) de omstandigheden rond het vertrek van rekwirantes vertegenwoordiger van de bijeenkomst van 25 en 26 mei 2000 en de bedoelde mededingingsverstorende contacten uitvoerig heeft onderzocht.

79. Los van het feit dat dit onderzoek, tenzij zou blijken dat de feiten onjuist zijn opgevat, in het kader van deze hogere voorziening niet ter discussie kan worden gesteld, lijkt de gevolgde benadering mij ook grotendeels in overeenstemming te zijn met de rechtspraak volgens welke het feit dat het bewijs van dergelijke contacten niet is geleverd voor welbepaalde tijdvakken, er niet aan in de weg staat dat de inbreuk wordt geacht te hebben bestaan gedurende een totale periode die langer is dan deze tijdvakken, mits een dergelijke vaststelling op objectieve en onderling overeenstemmende aanwijzingen berust. In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, doet het voor het bestaan van een mededingingsregeling niet ter zake dat deze regeling met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken aan het licht treedt, zolang de verschillende handelingen die deel uitmaken van deze inbreuk, hetzelfde doel hebben en passen in het kader van één enkele voortdurende inbreuk. [26]

80. De beoordeling of de verschillende handelingen die deel uitmaakten van het onderhavige kartel, hetzelfde doel hadden en pasten in het kader van één enkele voortdurende inbreuk, is overigens in casu volstrekt niet ter discussie gesteld. Hoe dan ook gaat het hier om een vraag die buiten de bevoegdheid van het Hof in hogere voorziening valt.

81. De thans aan het Hof voorgelegde vraag kan dus worden vergeleken met die waarover het Hof zich heeft moeten buigen in het arrest Commissie/Verhuizingen Coppens, waarin het heeft geoordeeld dat het ontbreken van bewijs voor het bestaan van mededingingsverstorende contacten of voor de deelname aan dergelijke contacten gedurende een periode van één jaar, op zichzelf nog niet aantoont dat het kartel is onderbroken. [27]

82. Ik ben dan ook van mening dat het derde middel moet worden afgewezen.

26 — Arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 72).

27 — Arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 75).

B – *Tweede middel: schending van het gelijkheidsbeginsel, onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal en schending van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht heeft uitgesloten dat rekwirante na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 uit het kartel is gestapt, maar heeft erkend dat Repsol zich na de bijeenkomst heeft teruggetrokken*

1. Argumenten van partijen

83. Rekwirantes tweede middel bestaat uit twee onderdelen.

84. Met het eerste onderdeel stelt rekwirante in wezen dat de conclusie van het Gerecht, waaraan het feitelijk onjuiste uitgangspunt ten grondslag ligt dat Repsol na de bijeenkomst van 11 en 12 mei 2004 geen „officiële" uitnodigingen meer zou hebben ontvangen, gebaseerd is op een onjuiste opvatting van het bewijsmateriaal en in verschillende opzichten gebrekkig is gemotiveerd.

85. Met het tweede onderdeel stelt rekwirante schending van het gelijkheidsbeginsel. Zij verwijt het Gerecht dat het bij zijn beoordeling van de duur van haar deelname aan het kartel andere en striktere criteria heeft gehanteerd dan het ten aanzien van Repsol heeft toegepast. Terwijl het Gerecht namelijk heeft geoordeeld dat rekwirante zich publiekelijk had moeten distantiëren, heeft het die eis niet gesteld ten aanzien van Repsol, waarvan het heeft erkend dat zij uit het kartel was gestapt, ook al had zij zich niet daarvan gedistantieerd.

86. De Commissie betoogt primair dat het middel niet ter zake dienend is omdat de aangevoerde argumenten geen betrekking hebben op Total, maar op de specifieke situatie van Repsol. Zij acht het middel hoe dan ook ongegrond.

2. Beoordeling

87. Voor het geval dat het eerste middel niet zou worden aanvaard, rijst de vraag of rekwirante niet anders is behandeld dan Repsol.

88. In dit verband moet worden opgemerkt dat de Commissie volgens overweging 604 van de litigieuze beschikking met name had gemeend dat de situatie van Repsol verschilde van die van Total, omdat uit de voor de twee bijeenkomsten van 3 en 4 november 2004 en van 23 en 24 februari 2005 gemaakte hotelreserveringen bleek dat Sasol ervan overtuigd was dat Total die bijeenkomsten zou bijwonen, terwijl zij daar bij Repsol niet zeker van was.

89. Het Gerecht heeft zich in de punten 385 tot en met 389 van het bestreden arrest in wezen op het standpunt gesteld dat de situaties van die twee ondernemingen van elkaar verschilden wegens de perceptie van de andere karteldeelnemers van hun distantiëring, welke perceptie tot uitdrukking zou zijn gekomen in de verzending van officiële uitnodigingen en in hotelreserveringen.

90. Ik ben van mening dat, mocht het eerste middel van de hand worden gewezen, het onderhavige middel als niet ter zake dienend moet worden aangemerkt.

91. Zoals de Commissie zeer terecht heeft opgemerkt, heeft rekwirantes betoog geen betrekking op haar specifieke situatie, maar op de situatie van Repsol. Zelfs al zou het Gerecht een beoordelingsfout hebben gemaakt, dan nog zou rekwirante zich niet in haar voordeel daarop kunnen beroepen met het oog op, bijvoorbeeld, een vermindering van de duur van haar deelname aan het betrokken kartel.

92. Vaststaat immers dat het beginsel van gelijke behandeling moet worden geconcilieerd met het gebod van rechtmatig handelen. Niemand kan zich in zijn voordeel beroepen op een onrechtmatigheid die is begaan ten gunste van een ander. [28]

93. Ik ben dan ook van mening dat zelfs indien de in de punten 385 tot en met 389 van het bestreden arrest uiteengezette redenering van het Gerecht in enig opzicht onjuist zou moeten worden geacht, rekwirantes tweede middel van de hand moet worden gewezen.

C – *Vierde middel: schending van de beginselen van effectieve rechterlijke bescherming en van het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen en sancties alsmede van de motiveringsplicht, in zoverre het Gerecht het middel inzake de niet-inaanmerkingneming van het economisch bewijs voor het concurrentiegedrag van rekwirante van de hand heeft gewezen zonder het te hebben onderzocht*

1. Argumenten van partijen

94. Rekwirante merkt op dat het Gerecht overeenkomstig artikel 31 van verordening nr. 1/2003 [29] in mededingingszaken volledige rechtsmacht bezit en dat het feit dat de Commissie in economisch ingewikkelde kwesties een beoordelingsmarge heeft, niet wegneemt dat het Gerecht de interpretatie door de Commissie van economische gegevens mag toetsen. [30] Zij wijst er bovendien op dat het beginsel van het persoonlijke karakter van straffen verlangt dat de niet-uitvoering van de mededingingsregeling voor elk van de ondernemingen individueel wordt beoordeeld, met name voor de berekening van de geldboete die hun moet worden opgelegd.

95. Rekwirante betoogt dat het Gerecht geen antwoord heeft gegeven op het middel waarmee zij stelde dat het economisch bewijs voor het feit dat zij zich conform de mededingingsregels had gedragen, niet in aanmerking was genomen, en dat het heeft nagelaten de relevantie en de inhoud van dat bewijs te onderzoeken. Rekwirante heeft namelijk aan achtereenvolgens de Commissie en het Gerecht een diepgaande economische analyse overgelegd die de volledige inbreukperiode bestreek en waaruit bleek dat zij nooit uitvoering had gegeven aan de overeenkomsten die tijdens de technische bijeenkomsten zouden zijn gesloten. Deze analyse is volgens rekwirante niet alleen in de litigieuze beschikking genegeerd, maar ook in het bestreden arrest, in zoverre in de punten 406 en 407 ervan op geen enkele wijze wordt ingegaan op haar argumenten betreffende de volledige veronachtzaming van haar economische analyse teneinde in het kader van het toezicht op de sanctie, en met name om te kunnen beoordelen of er sprake is van verzachtende omstandigheden, haar concurrentiegedrag individueel te beoordelen. Rekwirante merkt in dit verband op dat de vaststellingen van het Gerecht in het kader van het onderzoek van het tweede middel in eerste aanleg, waarnaar in punt 407 van het bestreden arrest wordt verwezen (zie met name de punten 186 en 237), betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van de mededingingsregeling in het algemeen en niet op het individuele gedrag van elk van de daarbij betrokken ondernemingen.

96. De Commissie stelt primair dat dit middel niet-ontvankelijk is en acht het hoe dan ook ongegrond.

2. Beoordeling

97. Dit middel faalt in mijn ogen.

28 — Zie arrest The Rank Group (C-259/10 en C-260/10, EU:C:2011:719, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1).

30 — Arrest Kone e.a./Commissie (C-510/11 P, EU:C:2013:696, punt 28).

98. Het Gerecht is namelijk uitgebreid ingegaan op rekwirantes betoog dat zij geen uitvoering had gegeven aan de mededingingsregeling, en op de documenten die zij had overgelegd om dat betoog kracht bij te zetten.

99. Zo heeft het Gerecht in de punten 163 tot en met 190 van het bestreden arrest, die betrekking hebben op het onderzoek van het tweede middel, rekwirantes betoog van de hand gewezen dat zij de prijsvaststellingsovereenkomsten niet had uitgevoerd. Het heeft zich daarbij met name gebaseerd op bewijsstukken die waren opgesteld in tempore non suspecto, zoals prijsstellingsbrieven van rekwirante waarin prijsverhogingen aan de klanten werden meegedeeld (zie met name punt 189 van het arrest).

100. Voorts heeft het Gerecht in de punten 243 tot en met 259 van het bestreden arrest, die eveneens betrekking hebben op het onderzoek van het tweede middel dat rekwirante in eerste aanleg had aangevoerd, nauwkeurig uiteengezet waarom in zijn ogen rekwirante geen bewijs had overgelegd waaruit bleek dat zij zich op de markt commercieel concurrerend had gedragen, in tegenstelling tot wat werd beweerd in de economische studie die aan het Gerecht was overgelegd.

101. Het komt mij dan ook voor dat het Gerecht de beoordeling door de Commissie van de gegevens die rekwirante had aangedragen met betrekking tot haar gedrag op de markt, wel degelijk heeft getoetst.

102. Rekwirantes verwijt dat het Gerecht slechts een „globale” economische analyse zou hebben gemaakt, zonder rekening te houden met haar individuele situatie, is in mijn ogen dus ongefundeerd.

VI – **Tussenconclusie**

103. Als gezegd ben ik van mening dat het eerste middel van de hogere voorziening gegrond is en dat het bestreden arrest dus moet worden vernietigd in zoverre het Gerecht daarin ten onrechte heeft uitgesloten dat rekwirantes deelname aan de inbreuk na 12 mei 2004 was beëindigd.

104. De door mij voorgestelde gedeeltelijke vernietiging van het bestreden arrest impliceert dat het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete moet worden aangepast om de duur van haar deelname aan de inbreuk correct te weerspiegelen. De zaak is in mijn ogen namelijk in staat van wijzen in de zin van artikel 61, lid 1, tweede volzin, van het Statuut van het Hof.

105. Aangezien het Hof in het kader van zijn evocatierecht beschikt over volledige rechtsmacht, zoals deze is vastgesteld in artikel 261 VWEU juncto artikel 31 van verordening nr. 1/2003, kan het het bedrag van de geldboete naar eigen inzicht opnieuw vaststellen. [31]

106. Hoewel de Unierechter op basis van die volledige rechtsmacht naast het eenvoudige rechtmatigheidstoezicht op de sanctie bevoegd is om zijn eigen beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie, moet ook worden beklemtoond dat de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet neerkomt op een ambtshalve toezicht en dat de procedure wordt gevoerd op tegenspraak. [32]

107. Ik geef het Hof dan ook in overweging om zich ertoe te beperken het bedrag van de geldboete naar beneden bij te stellen teneinde de na het onderzoek van het eerste middel geconstateerde onjuiste rechtsopvatting te corrigeren.

31 — Arrest Commissie/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, punt 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

32 — Zie onder meer arrest Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punten 74 en 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

108. Ten behoeve van de coherentie en de voorspelbaarheid geef ik het Hof bovendien in overweging om daarbij niet willekeurig te werk te gaan, maar zich te houden aan de in de richtsnoeren van 2006 uiteengezette methode, zoals deze door het Gerecht is verfijnd en aangepast wat de toe te passen vermenigvuldigingscoëfficiënt betreft [33], en aldus het bedrag van de geldboete opnieuw te berekenen met inachtneming van de verminderde duur van de inbreuk.

109. Zoals het Gerecht in punt 565 van het bestreden arrest in herinnering heeft gebracht, heeft de Commissie voor de berekening van het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete op basis van de ernst van de inbreuk 18 % van de jaarlijkse waarde van de verkopen van paraffinewas en 15 % van de jaarlijkse waarde van de verkopen van „slack wax” in aanmerking genomen. De aldus verkregen bedragen [34] zijn wegens de duur van de inbreuk vermenigvuldigd met een coëfficiënt van 13 voor paraffinewas en van 7 voor „slack wax”. In totaal heeft de Commissie met inbegrip van het „leergeld” de vermenigvuldigingscoëfficiënt van 14 toegepast voor paraffinewas en van 7 voor „slack wax”.

110. Om de in punt 561 van het bestreden arrest vastgestelde onrechtmatigheden te herstellen door aanpassing van het bedrag van de aan rekwirante opgelegde geldboete met het oog op de inaanmerkingneming van de precieze duur van haar deelname aan de inbreuk, is de op basis van de duur van haar deelname aan de inbreuk toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt door het Gerecht vastgesteld op 12,64 (vermeerderd met één punt bij wijze van „leergeld”) voor paraffinewas (12 jaar, 7 maanden en 28 dagen) [35] en op 6,53 voor „slack wax” (6 jaar, 6 maanden en 12 dagen) [36]. Na toepassing van de vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,7 voor de afschrikkende werking [37] is het bedrag van de geldboete bepaald op 121 626 710 EUR voor paraffinewas en op 3 833 132 EUR voor „slack wax”, wat neerkomt op een aan rekwirante opgelegde boete van in totaal 125 459 842 EUR.

111. In casu geef ik het Hof in overweging de stappen voor de berekening van de geldboete te herhalen en daarbij rekening te houden met de onrechtmatigheid betreffende de vaststelling van de duur van rekwirantes deelname aan het kartel op de markt van paraffinewas. Aangezien de duur van rekwirantes deelname moet worden teruggebracht tot 11 jaar, 7 maanden en 15 dagen, dient de vermenigvuldigingscoëfficiënt die is toegepast op het voor de inbreuk op die markt vastgestelde bedrag (en die een combinatie is van de coëfficiënt voor de duur van de inbreuk en het „leergeld”) te worden verlaagd van 13,64 naar 12,62, wat resulteert in een tussenbedrag van ongeveer 66 194 974 EUR. Na toepassing van de vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,7 voor de afschrikkende werking moet het bedrag van de geldboete volgens mijn berekeningen uitkomen op ongeveer 112 531 456 EUR voor paraffinewas. Als daarbij het definitieve bedrag voor „slack wax” van 3 833 132 EUR wordt opgeteld, resulteert dit in een aan rekwirante op te leggen geldboete van in totaal 116 364 588 EUR.

112. Ik geef het Hof dus in overweging om het bedrag van rekwirantes geldboete vast te stellen op een afgerond bedrag van 116 364 588 EUR.

VII – **Kosten**

113. Volgens artikel 184, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de proceskosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.

33 — Zie de punten 561, 566 en 567 van het bestreden arrest.

34 — Gelet op de waarde van de jaarlijkse verkopen op de betrokken markten, die 31 133 865 EUR was (waarvan 1 993 620 EUR voor „slack wax”) (zie overweging 640 van de litigieuze beschikking en punt 13 van het bestreden arrest), komen die bedragen uit op 5 245 244 EUR (voor de markt van paraffinewas) respectievelijk 299 043 EUR (voor de markt van „slack wax”).

35 — Dat wil zeggen een bedrag van ongeveer 71 545 123 EUR.

36 — Dat wil zeggen een bedrag van ongeveer 1 952 750,79 EUR.

37 — Toegepast op elk van die bedragen, resulteert die coëfficiënt in bedragen van ongeveer 121 626 717,87 EUR en 3 319 676,34 EUR. Die bedragen zijn evenwel vastgesteld op, respectievelijk, 121 626 710 EUR en 3 833 132 EUR.

114. Overeenkomstig artikel 138, lid 1, juncto artikel 184, lid 1, van dat Reglement wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Artikel 138, lid 3, preciseert dat indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, elke partij haar eigen kosten draagt. Volgens diezelfde bepaling kan het Hof evenwel, indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

115. In het onderhavige geval ben ik gelet op de omstandigheden van de zaak van mening dat, voor zover het de kosten van de procedure in eerste aanleg betreft, moet worden beslist dat Total Raffinage Marketing acht tiende van haar eigen kosten en acht tiende van de kosten van de Commissie zal dragen. De Commissie zal twee tiende van haar eigen kosten en twee tiende van de kosten van Total Raffinage Marketing dragen.

116. Wat de onderhavige procedure in hogere voorziening betreft, geef ik het Hof in overweging om te beslissen dat elk der partijen haar eigen kosten zal dragen.

VIII – **Conclusie**

117. Gelet op het bovenstaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) Het arrest Total Raffinage Marketing/Commissie (T-566/08, EU:T:2013:423) wordt vernietigd in zoverre het Gerecht ten onrechte heeft uitgesloten dat rekwirantes deelname aan de inbreuk na 12 mei 2004 was beëindigd.

2) Artikel 1 van beschikking C(2008) 5476 definitief van de Commissie van 1 oktober 2008 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/39.181 – Kaarsenwas) wordt nietig verklaard in zoverre daarin is vastgesteld dat rekwirante in de periode van 12 mei 2004 tot en met 28 april 2005 heeft deelgenomen aan een voortdurende overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging in de sector paraffinewas op de gemeenschappelijke markt.

3) Het bedrag van de in artikel 2 van beschikking C(2008) 5476 definitief aan Total Raffinage Marketing opgelegde geldboete wordt vastgesteld op 116 364 588 EUR.

4) Wat de kosten van de procedure in eerste aanleg betreft, zal Total Raffinage Marketing acht tiende van haar eigen kosten en acht tiende van de kosten van de Europese Commissie dragen. De Commissie zal twee tiende van haar eigen kosten en twee tiende van de kosten van Total Raffinage Marketing dragen.

5) Elk der partijen zal de eigen kosten van deze procedure in hogere voorziening dragen.”