CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
G. HOGAN
van 8 oktober 2020[1]

Zaak C-440/19 P

Pometon SpA
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening – Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen – Europese markt van staalgrit voor staalstralen – Deelname aan bilaterale en multilaterale contacten met het oog op prijscoördinatie in de hele Europese Economische Ruimte (EER) – In de tijd gespreide ‚hybride' procedure – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 41 – Beginsel van onpartijdigheid van de Commissie – Artikel 48 – Vermoeden van onschuld – Motiveringsplicht – Eén enkele voortdurende inbreuk – Gelijke behandeling – Volledige rechtsmacht"

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening vordert Pometon SpA (hierna: „Pometon" of „rekwirante") vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 28 maart 2019, Pometon/Commissie (T-433/16, EU:T:2019:201; hierna: „bestreden arrest"). Bij dat arrest heeft het Gerecht artikel 2 van besluit C(2016) 3121 final van de Commissie van 25 mei 2016 inzake een procedure op grond van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de [Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER)] (Zaak AT.39792 – Staalgrit voor staalstralen) (hierna: „litigieus besluit") nietig verklaard en de aan Pometon opgelegde geldboete vastgesteld op 3 873 375 EUR. Subsidiair verzoekt Pometon het Hof om de opgelegde geldboete te verlagen.

2. Hoewel ik voorstel om mijn analyse in deze conclusie te richten op het eerste en het vierde middel in hogere voorziening (samen met de twee rechtsvragen die rekwirante ter ondersteuning van deze middelen aan de orde heeft gesteld), zal mijn antwoord op het eerste middel in hogere voorziening mij er ook toe brengen het tweede en het derde middel te behandelen in verband met het eerste middel. Laatstgenoemd middel heeft betrekking op de omvang van de verplichting tot onpartijdigheid van de Commissie in de specifieke context van een „hybride" procedure. Het vierde middel in hogere voorziening heeft op zijn beurt betrekking op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de berekening van de geldboete in het kader van dat type procedure.

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

3. Een „hybride” procedure is een procedure waarbij een schikkingsprocedure op grond van artikel 10 bis van verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen [101] en [102 VWEU] (PB 2004, L 123, blz. 18), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 622/2008 van de Commissie van 30 juni 2008 wat betreft schikkingsprocedures in kartelzaken[2], en een gewone administratieve procedure op grond van artikel 7 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen [101] en [102 VWEU][3] door de Commissie parallel worden gevoerd. Hoewel deze procedure reeds aanleiding heeft gegeven tot besluiten van de Commissie waarvan de rechtmatigheid voor het Gerecht (en in hogere voorziening) is betwist[4], is dit de eerste keer dat het Hof zich daadwerkelijk zal moeten buigen over een aantal specifieke kwesties die in deze „hybride” procedure aan de orde komen.

II. Toepasselijke bepalingen

A. Verordening nr. 1/2003

4. Artikel 7, lid 1, van verordening nr. 1/2003 bepaalt:

„Wanneer de Commissie, naar aanleiding van een klacht of ambtshalve, een inbreuk op artikel [101] of artikel [102 VWEU] vaststelt, kan zij bij beschikking de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen gelasten een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken. Zij kan hun daartoe alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen opleggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken. […]”

5. In artikel 23, leden 2 en 3, van deze verordening staat te lezen:

„2. De Commissie kan bij beschikking geldboetes opleggen aan ondernemingen en ondernemersverenigingen wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid:

a) inbreuk maken op artikel [101] of artikel [102 VWEU] […]

[…]

Voor elke bij de inbreuk betrokken onderneming en ondernemersvereniging is de geldboete niet groter dan 10 % van de totale omzet die in het voorafgaande boekjaar is behaald.

[…]

3. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt zowel met de ernst, als met de duur van de inbreuk rekening gehouden.”

[2] PB 2008, L 171, blz. 3.

[3] PB 2003, L 1, blz. 1.

[4] Men denke hierbij aan de arresten van het Gerecht van 20 mei 2015, Timab Industries en CFPR/Commissie (T-456/10, EU:T:2015:296) (in hogere voorziening arrest van 12 januari 2017, Timab Industries en CFPR/Commissie, C-411/15 P, EU:C:2017:11), en 10 november 2017, Icap e.a./Commissie (T-180/15, EU:T:2017:795) (in hogere voorziening arrest van 10 juli 2019, Commissie/Icap Management Services en Icap New Zealand, C-39/18 P, EU:C:2019:584).

B. Verordening nr. 773/2004

6. Artikel 10 bis van verordening nr. 773/2004, met als opschrift „Schikkingsprocedure in kartelzaken", bepaalt:

„1. Na de inleiding van de procedure op grond van artikel 11, lid 6, van verordening […] nr. 1/2003 kan de Commissie een termijn vaststellen waarbinnen de partijen schriftelijk kunnen aangeven dat zij bereid zijn schikkingsgesprekken te voeren, met als doel om eventueel verklaringen met het oog op een schikking in te dienen. De Commissie is niet verplicht rekening te houden met antwoorden die zij na het verstrijken van die termijn ontvangt.

[…]

2. Partijen die aan schikkingsgesprekken deelnemen, kunnen door de Commissie in kennis worden gesteld van:

a) de bezwaren die zij voornemens is jegens hen aan te voeren;

b) het bewijsmateriaal waarvan wordt gebruikgemaakt om de beoogde bezwaren vast te stellen;

c) niet-vertrouwelijke versies van ieder specifiek, toegankelijk document dat op dat tijdstip in het dossier van de zaak is opgenomen, voor zover een verzoek van een partij gerechtvaardigd is om die partij in staat te stellen haar positie ten aanzien van een bepaalde periode of enig ander specifiek aspect van het kartel te bepalen, en

d) de bandbreedte van mogelijke geldboeten.

[…]

Indien de schikkingsgesprekken vorderen, kan de Commissie een termijn vaststellen waarbinnen de partijen zich ertoe kunnen verbinden de schikkingsprocedure te volgen door verklaringen met het oog op een schikking in te dienen waarin de uitkomsten van de schikkingsgesprekken zijn weergegeven en waarin zij hun betrokkenheid bij een schending van artikel 101 [VWEU] en hun aansprakelijkheid erkennen. […]

[…]

3. Wanneer de inhoud van de door de partijen met het oog op een schikking gedane verklaringen in de aan de partijen kennisgegeven mededeling van punten van bezwaar is weergegeven, wordt door het schriftelijke antwoord van de betrokken partijen op de mededeling van punten van bezwaar, binnen een door de Commissie vast te stellen termijn, bevestigd dat de aan hen gerichte mededeling van punten van bezwaar de inhoud van hun met het oog op een schikking gedane verklaringen weergeeft. De Commissie kan daarop, na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities overeenkomstig artikel 14 van verordening […] nr. 1/2003, overgaan tot het geven van een beschikking op grond van de artikelen 7 en 23 van verordening […] nr. 1/2003.

4. De Commissie kan op ieder tijdstip in de procedure besluiten om schikkingsgesprekken volledig stop te zetten in een bepaalde zaak of ten aanzien van één of meer van de betrokken partijen, indien zij van mening is dat procedurele voordelen in het gedrang komen."

C. Mededeling inzake schikkingen

7. De wijze waarop verordening nr. 773/2004 dient te worden toegepast, is nader uiteengezet in de mededeling van de Commissie van 2 juli 2008 betreffende schikkingsprocedures met het oog op de vaststelling van beschikkingen op grond van de artikelen 7 en 23 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad in kartelzaken [5] (hierna: „mededeling inzake schikkingen").

8. Punt 32 van de mededeling inzake schikkingen luidt: „Indien de Commissie besluit een partij in het kader van onderhavige mededeling wegens schikking te belonen, dan verlaagt zij het bedrag van de op te leggen geldboete met 10 % nadat het 10 %-plafond overeenkomstig de richtsnoeren [voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd] [(PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006")] is toegepast. […]"

D. Richtsnoeren van 2006

9. In de richtsnoeren van 2006 is bepaald welke methode de Commissie toepast om de geldboete vast te stellen die aan ondernemingen of ondernemersverenigingen moet worden opgelegd wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 101 of 102 VWEU.

10. In punt 37 van de richtsnoeren van 2006 wordt het volgende gepreciseerd: „Hoewel de algemene methode voor de vaststelling van geldboeten in deze richtsnoeren uiteen wordt gezet kunnen de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak of de noodzaak om een bepaald afschrikkend niveau te bereiken, een afwijking van deze methode of van de in punt 21 vastgestelde maxima rechtvaardigen".

III. Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

11. De voorgeschiedenis van het geding en de belangrijkste elementen van het litigieuze besluit zijn uiteengezet in de punten 1 tot en met 21 van het bestreden arrest. Zij kunnen als volgt worden samengevat.

12. Pometon is een Italiaanse vennootschap die gespecialiseerd is in metaalbewerking. Zij was actief op de markt van staalgrit voor staalstralen tot 16 mei 2007, toen zij haar bedrijf op deze markt verkocht aan een van haar concurrenten, de Franse vennootschap Winoa SA. Op die datum is de bovengenoemde activiteit van Pometon immers overgedragen aan Pometon Abrasives Srl, een vennootschap die in handen is van de groep Winoa.

13. Staalgrit voor staalstralen (hierna: „staalgrit") bestaat uit losse staaldeeltjes, in ronde (*steel shot*) of hoekige (*steel grit*) vorm. Het wordt voornamelijk toegepast in de staal- en automobielindustrie, de metaalnijverheid, de petrochemie en de steenhouwerij. Staalgrit wordt vervaardigd van residuen van staalschroot.

[5] PB 2008, C 167, blz. 1.

A. Onderzoeksprocedure tot aan het schikkingsbesluit

14. Op 16 januari 2013 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 2 van verordening nr. 773/2004 de onderzoeksprocedure van artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 ingeleid tegen Pometon, de Amerikaanse groep Ervin Industries Inc. (hierna: „Ervin"), Winoa en de Duitse vennootschappen MTS GmbH en Würth GmbH, teneinde schikkingsgesprekken met hen te voeren.

15. De vijf partijen hadden bevestigd dat zij bereid waren om schikkingsgesprekken te voeren. Van februari 2013 tot en met december 2013 hebben vergaderingen met het oog op een schikking plaatsgevonden tussen iedere partij en de Commissie. Tijdens die vergaderingen heeft de Commissie partijen in kennis gesteld van de bezwaren die zij voornemens was jegens hen aan te voeren en hun inzage gegeven in de voornaamste bewijzen in het dossier van de Commissie die aan die mogelijke bezwaren ten grondslag werden gelegd. Tevens heeft de Commissie de partijen in kennis gesteld van de geraamde bandbreedte van de geldboeten die naar verwachting zouden worden opgelegd.

16. In januari 2014 hebben de betrokken ondernemingen binnen de gestelde termijn hun formele schikkingsverzoek ingediend, met uitzondering van Pometon, die heeft besloten zich uit de procedure terug te trekken. Op 13 februari 2014 heeft de Commissie elk van de vier overige partijen bij de gestelde mededingingsregeling een mededeling van punten van bezwaar doen toekomen en op 2 april 2014 heeft zij jegens hen schikkingsbesluit C(2014) 2074 final vastgesteld op grond van de artikelen 7 en 23 van verordening nr. 1/2003 (hierna: „schikkingsbesluit").

B. Litigieus besluit

17. Op 3 december 2014 heeft de Commissie Pometon een mededeling van punten van bezwaar doen toekomen. Op grond van de artikelen 7 en 23 van verordening nr. 1/2003 heeft de Commissie op 25 mei 2016 het litigieuze besluit vastgesteld.

18. In dit besluit is de Commissie tot de slotsom gekomen dat Pometon in de periode van 3 oktober 2003 tot en met 16 mei 2007 rechtstreeks dan wel via haar vertegenwoordigers of de vertegenwoordigers van twee van haar dochterondernemingen, Pometon España SA en Pometon Deutschland GmbH, heeft deelgenomen aan een mededingingsregeling die bestond in overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met de vier overige bovengenoemde ondernemingen – te weten Ervin, Winoa, MTS en Würth – die hoofdzakelijk tot doel had de prijzen van staalgrit in de hele Europese Economische Ruimte (EER) te coördineren.

19. Het dispositief van het litigieuze besluit luidt als volgt:

„Artikel 1

Pometon SpA heeft artikel 101, lid 1, [VWEU] en artikel 53, lid 1, van de EER-Overeenkomst geschonden door deel te nemen aan één enkele voortdurende inbreuk met betrekking tot de prijzen in de sector van staalgrit voor staalstralen. Deze inbreuk bestond in een coördinatie van haar prijsgedrag en bestreek de hele EER.

De inbreuk duurde van 3 oktober 2003 tot en met 16 mei 2007.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk bedraagt de aan Pometon SpA opgelegde geldboete: 6 197 000 EUR […].”

20. Uit het litigieuze besluit als geheel volgt in wezen dat Pometon en de overige deelnemers aan de mededingingsregeling een eenvormig berekeningsmodel (eerste onderdeel van de mededingingsregeling) hebben ingevoerd waarmee zij een gecoördineerde prijstoeslag voor staalgrit konden vaststellen op basis van schrootprijsindexen (hierna: „gemeenschappelijke schroottoeslag”). Daarnaast – en tezelfdertijd – zijn zij overeengekomen (tweede onderdeel van de mededingingsregeling) om hun gedrag te coördineren met betrekking tot de verkoopprijzen van staalgrit ten aanzien van individuele afnemers, met name door zich ertoe te verbinden elkaar niet te beconcurreren door de prijzen te verlagen (overwegingen 32, 33, 37 en 57 van het litigieuze besluit).

21. Wat de kwalificatie van de in het geding zijnde inbreuk betreft, was de Commissie van mening dat er sprake was van één enkele voortdurende inbreuk op artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst. De mededingingsbeperkende afspraken van de deelnemers hadden niet alleen allemaal betrekking op prijscoördinatie en op dezelfde producten, maar zij werden tevens onder dezelfde voorwaarden gemaakt gedurende de gehele inbreukperiode van 3 oktober 2003 tot en met 16 mei 2007, toen Pometon haar staalgritbedrijf verkocht aan Winoa. Tot slot waren het volgens de Commissie in wezen dezelfde ondernemingen die aan de inbreuk hadden deelgenomen en dezelfde personen die namens hen hadden gehandeld (overwegingen 107 en 166 van het litigieuze besluit).

22. Uiteindelijk had een dergelijk kartel volgens de Commissie tot doel de mededinging te beperken, hetgeen grote gevolgen had voor de handel in het betreffende product tussen de lidstaten en de partijen bij de EER-Overeenkomst (overwegingen 142 en 154 van het litigieuze besluit).

23. Wat betreft de duur van de deelname van Pometon aan de inbreuk, heeft de Commissie de begindatum van de deelname van Pometon vastgesteld op 3 oktober 2003. Omdat Pometon zich niet formeel had gedistantieerd van de mededingingsregeling, heeft de Commissie aangenomen dat de deelname van Pometon aan de mededingingsregeling heeft geduurd tot en met 16 mei 2007, toen Pometon haar staalgritbedrijf verkocht aan Winoa (overwegingen 160 en 166 van het litigieuze besluit).

24. Op basis van de richtsnoeren van 2006 heeft de Commissie het basisbedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete vastgesteld op 16 % van de waarde van de verkopen van Pometon op de EER-markten in 2006, het laatste volledige jaar waarin Pometon aan de inbreuk deelnam voordat zij haar staalgritbedrijf verkocht aan haar Franse concurrent.

25. Dit percentage stemt overeen met een basistarief van 15 %, dat nog met 1 % is verhoogd omdat de geografische reikwijdte van de inbreuk de gehele EER bestreek. Het variabele gedeelte van het basisbedrag van de geldboete is vervolgens overeenkomstig punt 25 van de richtsnoeren van 2006 verhoogd met een vast bijkomend bedrag van 16 % om ondernemingen ervan te weerhouden prijscoördinatieafspraken te maken (overweging 220 van het litigieuze besluit).

26. Tot slot heeft de Commissie het aangepaste basisbedrag van de geldboete gewijzigd overeenkomstig punt 37 van de richtsnoeren van 2006, op grond waarvan zij kan afwijken van de in deze richtsnoeren uiteengezette methode wanneer de „bijzondere kenmerken van een gegeven zaak" dat rechtvaardigen (overwegingen 228-231 van het litigieuze besluit). Deze wijziging bestaat in een vermindering met 60 %.

27. Blijkens artikel 2 van het litigieuze besluit bedroeg de aan Pometon opgelegde geldboete na deze berekening uiteindelijk 6 197 000 EUR.

IV. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

28. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 augustus 2016, heeft rekwirante een beroep ingesteld dat primair strekte tot nietigverklaring van het litigieuze besluit en subsidiair tot verlaging van de haar opgelegde geldboete.

29. Ter ondersteuning van haar beroep voerde rekwirante vijf middelen aan.

30. Met het eerste middel werd aangevoerd dat het beginsel van onpartijdigheid van de procedure, het beginsel van het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging waren geschonden doordat de Commissie specifieke gedragingen reeds in het schikkingsbesluit had toegerekend aan rekwirante en aldus was vooruitgelopen op de haar naderhand in het litigieuze besluit gemaakte verwijten.

31. Het tweede middel was gebaseerd op schending van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst, op ontoereikende en tegenstrijdige motivering alsook op schending van de rechten van de verdediging en van de regels inzake de bewijslast, doordat de Commissie zonder enig bewijs had vastgesteld dat rekwirante had deelgenomen aan een mededingingsregeling terwijl dit nooit het geval was geweest.

32. Het derde middel betrof schending van artikel 101 VWEU en artikel 53 van de EER-Overeenkomst doordat de Commissie zich op het standpunt had gesteld dat het kartel een mededingingsbeperking naar strekking vormde.

33. Met haar vierde middel betwistte Pometon de duur van haar deelname aan de mededingingsregeling.

34. Tot slot stelde Pometon met haar vijfde middel ter ondersteuning van haar verzoek om intrekking of verlaging van het bedrag van de geldboete dat de motiveringsplicht niet was nagekomen alsook dat het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel waren geschonden wat betreft de uitzonderlijke aanpassing van het basisbedrag van de geldboete door de Commissie overeenkomstig punt 37 van de richtsnoeren van 2006.

35. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de eerste vier middelen afgewezen en het vijfde middel aanvaard. Het Gerecht heeft artikel 2 van het litigieuze besluit dan ook nietig verklaard en de aan Pometon opgelegde geldboete van het oorspronkelijke bedrag van 6 197 000 EUR verlaagd tot 3 873 375 EUR.

V. Conclusies van partijen en procedure bij het Hof

36. Met haar hogere voorziening verzoekt rekwirante het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen en het litigieuze besluit nietig te verklaren;

– subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen alsmede de aan rekwirante opgelegde geldboete te verlagen, en hoe dan ook deze geldboete te verlagen;

– de Commissie te verwijzen in de kosten van de onderhavige procedure en van de procedure bij het Gerecht.

37. De Commissie verzoekt het Hof:

– de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te verklaren;

– rekwirante te verwijzen in de kosten.

VI. Hogere voorziening

38. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante vier middelen aan. Met haar eerste middel stelt Pometon dat het beginsel van onpartijdigheid van de procedure en het beginsel van het vermoeden van onschuld zijn geschonden. Met haar tweede middel in hogere voorziening voert Pometon aan dat het Gerecht de beginselen inzake de bewijslast en het beginsel van het vermoeden van onschuld onjuist heeft toegepast, alsmede dat het een tegenstrijdige of ontoereikende motivering heeft verstrekt. Subsidiair worden laatstgenoemde elementen ook ter ondersteuning van het derde middel in hogere voorziening aangevoerd om een verlaging van de opgelegde geldboete te verkrijgen in verband met de duur van de deelname van Pometon aan de mededingingsregeling. Ten slotte stelt Pometon met haar vierde middel in hogere voorziening dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden bij de vaststelling van de geldboete, en dat de motivering ter zake tegenstrijdig of ontoereikend is.

39. De rechtsvragen die het Hof in de onderhavige conclusie behandeld wenst te zien, worden besproken in verband met het eerste en het vierde middel in hogere voorziening. Ik zal mij dus eerst richten op de omvang van de verplichting tot onpartijdigheid van de Commissie en vervolgens op de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de berekening van de geldboete, maar dan wel – zoals aangegeven in de inleiding van deze conclusie – specifiek in verband met de zogenoemde „hybride” procedure.

A. Eerste middel in hogere voorziening, dat betrekking heeft op het beginsel van onpartijdigheid van de procedure en op het beginsel van het vermoeden van onschuld

1. Argumenten van partijen

40. Met haar eerste middel in hogere voorziening voert Pometon aan dat het Gerecht in de punten 63 tot en met 103 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het niet heeft geoordeeld dat de Commissie het beginsel van

onpartijdigheid van de procedure en het vermoeden van onschuld heeft geschonden. Daardoor heeft het Gerecht zelf gehandeld in strijd met het beginsel van onpartijdigheid en het vermoeden van onschuld.

41. Volgens Pometon kleefde aan de procedure die heeft geleid tot de vaststelling van het litigieuze besluit, een gebrek waardoor dit besluit onrechtmatig is. Dat gebrek vloeide voort uit het schikkingsbesluit, dat gericht was tot de andere deelnemers aan de beweerde mededingingsregeling dan Pometon, maar waarin deze wel werd genoemd in de overwegingen 26, 28, 29, 31 en 36 tot en met 38.

42. In het schikkingsbesluit heeft de Commissie aan Pometon specifieke gedragingen toegeschreven waardoor, anders dan het Gerecht in punt 103 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, afbreuk is gedaan aan het vermogen van de Commissie om een onpartijdige beoordeling te verrichten in de procedure die heeft geleid tot het litigieuze besluit. Het Gerecht heeft dan ook geoordeeld in strijd met de relevante rechtspraak, met name het arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) van 27 februari 2014, Karaman tegen Duitsland (EC:ECHR:2014:0227JUD001710310; hierna: „arrest Karaman"), en het arrest van het Gerecht van 10 november 2017, Icap e.a./Commissie (T-180/15, EU:T:2017:795; hierna: „arrest Icap van het Gerecht").

43. Volgens Pometon heeft het Gerecht die vaststelling gebaseerd op een formele en op een materiële grond.

44. Wat de formele grond betreft, heeft het Gerecht in punt 65 van het bestreden arrest geoordeeld dat aan een schending van het vermoeden van onschuld en van het beginsel van onpartijdigheid in de weg stond dat de Commissie in voetnoot 4 van het schikkingsbesluit de schuld van Pometon uitdrukkelijk had uitgesloten. Pometon voert echter aan dat uit het arrest Karaman en uit het arrest Icap van het Gerecht volgt dat redactionele voorzorgsmaatregelen, zoals voetnoot 4 van het schikkingsbesluit, niet volstaan om misverstanden te voorkomen over de aansprakelijkheid van de onderneming los van het betreffende besluit.

45. Wat de materiële grond betreft, heeft het Gerecht in punt 85 van het bestreden arrest verwezen naar het arrest Karaman, op grond waarvan moet worden vastgesteld of de verwijzingen naar het gedrag van Pometon in het schikkingsbesluit noodzakelijk waren om de adressaten van dat besluit aansprakelijk te stellen. In de punten 79, 81 en 83 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie had gehandeld in overeenstemming met die rechtspraak. In die punten heeft het evenwel geen rekening gehouden met de in punt 64 van het arrest Karaman genoemde criteria, op grond waarvan verwijzingen enkel verenigbaar zijn met het vermoeden van onschuld indien zij noodzakelijk of van wezenlijk belang zijn om de schuld van de verweerders te beoordelen. Het Gerecht heeft echter ingestemd met verwijzingen die niet noodzakelijk waren, maar die „objectief gezien nuttig kunnen zijn" of die „enkel tot doel hebben de aansprakelijkheid vast te stellen" van de partijen die de zaak hebben geschikt.

46. In dit verband voert rekwirante aan dat het voor de vaststelling dat artikel 6, lid 2, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) is geschonden, voldoende is dat uit de motivering van het schikkingsbesluit blijkt dat de Commissie van mening is dat de betrokken onderneming schuldig is of dat de verwijzing twijfels oproept over het bestaan van een mogelijk voorbarig oordeel. Voorts is Pometon van mening dat – anders dan het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld doordat het geen aandacht heeft besteed aan zijn arrest Icap – geen relevantie

toekomt aan het feit dat de verwijzingen naar Pometon geen juridische kwalificatie zouden bevatten. Tot slot betoogt rekwirante dat het voorbarige oordeel van de Commissie jegens haar duidelijk naar voren komt uit de tekst van het schikkingsvoorstel, waarin enkele van de aan Pometon toegerekende gedragingen worden omschreven als „kartel[s]" of „mededingingsbeperkend contact".

47. Volgens de Commissie is dit middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk omdat het betrekking heeft op de beoordeling van de feiten door het Gerecht (zonder dat evenwel wordt gesteld dat de feiten of bewijzen onjuist zijn opgevat) of een herhaling is van argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd, en de argumenten betreffende het schikkingsvoorstel een nieuwe grief vormen. De Commissie is hoe dan ook van mening dat het eerste middel in hogere voorziening ongegrond is omdat het Gerecht de uit het arrest Karaman en uit zijn arrest Icap voortvloeiende rechtspraak correct heeft toegepast op de onderhavige zaak.

2. Analyse

a) Ontvankelijkheid van het eerste middel in hogere voorziening

48. De Commissie stelt dat het eerste middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is, met name omdat het ziet op de beoordeling van de feiten of een herhaling is van argumenten die reeds voor het Gerecht zijn aangevoerd.

49. In dit verband zij opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak van het Hof uit artikel 256 VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is om de feiten zowel vast te stellen – behoudens het geval waarin uit de aan het Gerecht overgelegde stukken duidelijk naar voren komt dat zijn vaststellingen materieel onjuist zijn – als te beoordelen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof krachtens artikel 256 VWEU bevoegd om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden. Het Hof is dus niet bevoegd om in het algemeen de feiten vast te stellen. In beginsel is het ook niet bevoegd om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht daarvoor in aanmerking heeft genomen. Derhalve vormt die beoordeling geen rechtsvraag die als zodanig door het Hof kan worden getoetst, behalve wanneer die bewijzen onjuist zijn opgevat. [6]

50. Daarnaast is het ook juist dat een hogere voorziening niet-ontvankelijk is wanneer zij enkel een herhaling is van de voor het Gerecht aangevoerde middelen en argumenten, daaronder begrepen die welke gebaseerd waren op feiten die het Gerecht uitdrukkelijk heeft verworpen. Met een dergelijke hogere voorziening wordt in werkelijkheid slechts beoogd dat het bij het Gerecht ingediende verzoek opnieuw wordt onderzocht, waartoe het Hof niet bevoegd is in het kader van een hogere voorziening. Wanneer een rekwirant opkomt tegen de uitlegging of de toepassing van het Unierecht door het Gerecht, kunnen de in eerste aanleg onderzochte rechtsvragen echter wel in hogere voorziening opnieuw worden behandeld. De procedure van

[6] Zie in die zin arresten van 14 december 2017, EBMA/Giant (China) (C-61/16 P, EU:C:2017:968, punt 33), en 13 september 2018, ANKO/Commissie (C-173/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:718, punt 23).

hogere voorziening zou immers ten dele aan betekenis verliezen indien de rekwirant zijn hogere voorziening niet op die manier kon baseren op middelen en argumenten die reeds zijn aangevoerd voor het Gerecht. [7]

51. In casu stelt Pometon met de ter ondersteuning van haar eerste middel in hogere voorziening aangevoerde argumenten in wezen dat het Gerecht het beginsel van onpartijdigheid van de procedure en het beginsel van het vermoeden van onschuld heeft geschonden door de overwegingen uit het arrest Karaman en uit zijn arrest Icap onjuist toe te passen.

52. Het komt mij voor dat die stellingen ertoe moeten leiden dat het Hof onderzoekt of die arresten in verband met een hybride procedure van toepassing zijn, en dat het daarbij eventueel de juridische kwalificatie van de feiten door het Gerecht en de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden, toetst aan die rechtspraak.

53. Derhalve zijn sommige argumenten van Pometon weliswaar gericht tegen feitelijke beoordelingen door het Gerecht of lijken zij op reeds voor het Gerecht aangevoerde argumenten, maar doet het eerste middel in hogere voorziening niettemin vragen rijzen over de uitlegging en toepassing van rechtsregels door het Gerecht, zodat dit middel betrekking heeft op rechtsvragen die door het Hof kunnen worden getoetst in hogere voorziening. Het verweer van de Commissie dat het eerste middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is, kan dan ook niet worden aanvaard, behalve ten aanzien van het argument dat ziet op het schikkingsvoorstel van de Commissie.

54. Dat argument is door Pometon namelijk voor het eerst aangevoerd in hogere voorziening. Derhalve vormt het volgens artikel 127, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering – dat op grond van artikel 190, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening – een nieuw middel dat niet-ontvankelijk is omdat het niet berust op juridische of feitelijke gegevens waarvan pas in de loop van de behandeling is gebleken. [8]

b) Gegrondheid van het eerste middel in hogere voorziening

55. Met haar eerste middel in hogere voorziening voert Pometon aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het in het bestreden arrest niet heeft geoordeeld dat de Commissie het beginsel van onpartijdigheid van de procedure en van het vermoeden van onschuld heeft geschonden. Daardoor heeft het Gerecht zelf gehandeld in strijd met het beginsel van onpartijdigheid en van het vermoeden van onschuld.

56. Het lijdt geen twijfel dat rekwirante beide beginselen kan inroepen ter ondersteuning van haar hogere voorziening.

57. De Commissie kan weliswaar niet worden aangemerkt als een „gerecht” in de zin van artikel 6 EVRM, maar ook zij moet tijdens de administratieve procedure de grondrechten van de Unie eerbiedigen, waaronder het in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) neergelegde recht op behoorlijk bestuur. [9] Echter, volgens de bewoordingen van deze bepaling heeft eenieder er onder meer recht op dat de instellingen van de

[7] Zie in die zin arresten van 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, EU:C:2007:32, punt 32), en 16 januari 2019, Commissie/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23, punten 14 en 15).

[8] Zie in die zin arresten van 18 december 2008, Coop de France Bétail et viande e.a./Commissie (C-101/07 P en C-110/07 P, EU:C:2008:741, punt 110), en 10 april 2014, Areva e.a./Commissie (C-247/11 P en C-253/11 P, EU:C:2014:257, punt 72).

[9] Zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 154).

Unie zijn zaken onpartijdig behandelen. Dit vereiste van onpartijdigheid omvat enerzijds subjectieve onpartijdigheid, in die zin dat met de zaak belaste leden van de betrokken instelling geen blijk mogen geven van vooroordelen of persoonlijke vooringenomenheid, en anderzijds objectieve onpartijdigheid, in die zin dat de instelling voldoende waarborgen moet bieden om elke gerechtvaardigde twijfel ter zake uit te sluiten. [10]

58. Het vermoeden van onschuld is bovendien een algemeen beginsel van Unierecht, dat thans is neergelegd in artikel 48, lid 1, van het Handvest. Volgens de rechtspraak van het Hof is dit beginsel van toepassing op procedures die verband houden met inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels die kunnen leiden tot de oplegging van geldboeten of dwangsommen. [11]

59. Dienaangaande zij tevens opgemerkt dat het in artikel 48 van het Handvest neergelegde vermoeden van onschuld correspondeert met artikel 6, leden 2 en 3, EVRM, zoals blijkt uit de toelichtingen bij het Handvest. Derhalve dient overeenkomstig artikel 52, lid 3, van het Handvest bij de uitlegging van artikel 48 van het Handvest rekening te worden gehouden met artikel 6, leden 2 en 3, EVRM als minimumbeschermingsniveau. [12]

60. In het kader van een „hybride procedure" – dat wil zeggen een procedure waarbij een schikkingsprocedure en een gewone administratieve procedure door de Commissie parallel worden gevoerd – is het dan ook relevant om rekening te houden met het arrest Karaman, dat gaat over de vraag of het door artikel 6, lid 2, EVRM beschermde beginsel van het vermoeden van onschuld kan worden geschonden door overwegingen in een tegen medeverdachten in een afzonderlijke procedure gerichte uitspraak die geen bindende rechtsgevolgen hebben voor lopende of toekomstige strafprocedures tegen een derde.

61. Dit is des te belangrijker omdat het Hof zelf de uit dat arrest voortvloeiende vereisten reeds heeft overgenomen in zijn eigen rechtspraak over artikel 48 van het Handvest.

62. In het arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670), heeft het Hof immers erkend dat het EHRM in het arrest Karaman heeft geoordeeld dat het beginsel van het vermoeden van onschuld wordt geschonden wanneer een rechterlijke beslissing *of een officiële verklaring* betreffende een verdachte een duidelijke verklaring bevat dat de betrokken persoon het strafbare feit in kwestie heeft gepleegd, zonder dat die persoon onherroepelijk wegens dit feit is veroordeeld. [13]

63. Zoals het Hof heeft opgemerkt, heeft het EHRM tevens erkend dat de nationale rechter in complexe strafrechtelijke procedures met meerdere verdachten die niet samen kunnen worden berecht, genoodzaakt kan zijn om voor de beoordeling van de schuld van degenen die terechtstaan te verwijzen naar de deelneming van derden, die vervolgens misschien afzonderlijk zullen worden berecht. Het Hof heeft evenwel gepreciseerd dat indien melding moet worden gemaakt van feiten die verband houden met de betrokkenheid van derden, de rechterlijke

[10] Zie in die zin arrest van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 155).

[11] Zie in die zin arresten van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punten 72 en 73), en 16 februari 2017, Hansen & Rosenthal en H&R Wax Company Vertrieb/Commissie (C-90/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:123, punt 18).

[12] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 41).

[13] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 43), en het arrest Karaman, § 63.

instantie in kwestie moet vermijden dat meer informatie wordt verstrekt dan noodzakelijk is voor de beoordeling van de juridische aansprakelijkheid van de personen die voor dat gerecht terechtstaan. [14]

64. In deze context heeft het Hof opgemerkt dat het EHRM de aandacht heeft gevestigd op het belang van de door de rechterlijke instanties gekozen bewoordingen en van de bijzondere omstandigheden waarin zij worden gebezigd, alsmede van de aard en de context van de betreffende procedure. [15] Daarom is, eveneens volgens het EHRM, de motivering van rechterlijke beslissingen in die zaken bijzonder belangrijk. Deze moet zodanig worden geformuleerd dat over de schuld van de betrokken derden geen mogelijk voorbarig oordeel wordt geveld dat het billijk onderzoek van de hun ten laste gelegde feiten in een afzonderlijke procedure in het gedrang zou kunnen brengen. [16]

65. Gelet op die rechtspraak is het Hof tot de slotsom gekomen dat artikel 4, lid 1, van richtlijn (EU) 2016/343 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2016 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn [17], aldus moet worden uitgelegd dat het er niet aan in de weg staat dat in een door de nationale rechter goed te keuren schikking melding wordt gemaakt van de deelneming van andere verdachten dan de verdachte die de schikking heeft getroffen en aldus zijn schuld heeft erkend. Dit is toelaatbaar in omstandigheden waarin deze andere verdachten later afzonderlijk zullen worden berecht en wanneer voor hun identificatie twee voorwaarden gelden. Ten eerste moet die vermelding noodzakelijk zijn voor de kwalificatie van de juridische aansprakelijkheid van de persoon die de schikking heeft getroffen. Ten tweede moet in de schikking duidelijk worden aangeven dat die andere verdachten worden vervolgd in het kader van een afzonderlijke strafprocedure en dat hun schuld niet in rechte is komen vast te staan. [18]

66. Hieraan heeft het Hof toegevoegd dat bij de beoordeling of het vermoeden van onschuld is geëerbiedigd, een rechterlijke beslissing en de motivering ervan steeds *in hun geheel* moeten worden onderzocht in het licht van de bijzondere omstandigheden waarin die beslissing is gewezen. Zoals het Hof heeft uiteengezet, zou een expliciete verwijzing in bepaalde passages van een rechterlijke beslissing naar de afwezigheid van schuld van de mededaders immers nutteloos zijn indien andere passages van die beslissing konden worden opgevat als een voorbarige uitdrukking van hun schuld. [19]

67. Dat kader moet kennelijk op overeenkomstige wijze worden toegepast op de context van een „hybride procedure". Het berust immers op de uitlegging van artikel 6, lid 2, EVRM door het EHRM en is reeds toegepast op een bepaling waarbij de waarborgen van artikel 48 van het

[14] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 44), en het arrest Karaman, § 64.

[15] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 43), en het arrest Karaman, § 63.

[16] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 44), en het arrest Karaman, § 65.

[17] PB 2016, L 65, blz. 1. Deze bepaling luidt: „De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat een verdachte of beklaagde in openbare verklaringen van overheidsinstanties en in andere rechterlijke beslissingen dan die welke betrekking hebben op de vaststelling van schuld, niet als schuldig wordt aangeduid zolang zijn schuld niet in rechte is komen vast te staan. Dit doet geen afbreuk aan handelingen van de vervolgende instanties die erop zijn gericht te bewijzen dat de verdachte of beklaagde schuldig is, noch aan voorlopige beslissingen van procedurele aard, die zijn genomen door rechterlijke of andere bevoegde instanties, en die zijn gebaseerd op verdenkingen of belastend bewijsmateriaal."

[18] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 45).

[19] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 46).

Handvest in de rechtsorde van de Unie zijn omgezet in een soortgelijke context van twee procedures die betrekking hebben op dezelfde feiten maar niet gelijktijdig worden gevoerd. Aangezien duidelijk is vastgesteld dat het vermoeden van onschuld een – thans in artikel 48, lid 1, van het Handvest neergelegd – algemeen Unierechtelijk beginsel is, dat van toepassing is op procedures betreffende inbreuken op de mededingingsregels [20], zou het inconsequent zijn om andere vereisten toe te passen op een hybride procedure.

68. Tegen deze achtergrond kan niet worden betwist dat het Gerecht in het bestreden arrest bijzondere aandacht heeft besteed aan de keuze van de door de Commissie in het schikkingsbesluit gebruikte bewoordingen. Het heeft de twee bovengenoemde voorwaarden getoetst, namelijk ten eerste de noodzakelijkheid van de vermelding van Pometon voor de kwalificatie van de juridische aansprakelijkheid van de andere ondernemingen die de schikking hebben getroffen en ten tweede de duidelijke vermelding dat Pometon werd vervolgd in het kader van een afzonderlijke procedure en dat haar schuld nog niet in rechte was komen vast te staan (zie de punten 72, 74, 77, 81 en 85 van het bestreden arrest).

69. Wat de tweede voorwaarde betreft, heeft het Gerecht geen fout begaan door in de punten 65, 82 en 83 van het bestreden arrest te oordelen dat de Commissie in het schikkingsbesluit duidelijk had vermeld dat Pometon een onderneming was die het voorwerp was van de gewone maar niet van de schikkingsprocedure (zie punt 2.2.5 van het schikkingsbesluit), en dat de Commissie de aansprakelijkheid van Pometon in de context van de schikkingsprocedure uitdrukkelijk had uitgesloten (zie voetnoot 4 van het schikkingsbesluit).

70. Niettemin ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn kwalificatie van de factoren die zouden aantonen dat het noodzakelijk was om Pometon te vermelden in het schikkingsbesluit, alsmede door de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden in de punten 84, 90 en 103 van het bestreden arrest. Ik ben tot deze slotsom gekomen op basis van de volgende overwegingen.

71. Ten eerste heeft het Gerecht – door vast te houden aan de formele overweging dat de punten in het schikkingsbesluit die naar Pometon verwijzen, geen juridische kwalificatie bevatten – een formele en beperkte uitlegging van het schikkingsbesluit gegeven terwijl het, zoals ik eerder heb opgemerkt, vereist is dat dit soort besluit en de motivering ervan in hun geheel worden onderzocht in het licht van de bijzondere omstandigheden waarin het betreffende besluit is vastgesteld.

72. Zoals het Gerecht zelf heeft erkend, kan uit bepaalde passages in het deel van een besluit waarin de feiten worden uiteengezet, niettemin zeer duidelijk naar voren komen wat het standpunt van de Commissie is over de deelneming van een onderneming aan het in het geding zijnde onrechtmatige gedrag. [21] Zonder zo ver te gaan, kan het beginsel van het vermoeden van onschuld reeds worden geschonden wanneer de motivering van een rechterlijke beslissing of in voorkomend geval het besluit van de Commissie niet zodanig is geformuleerd dat over de schuld van de betrokken derden geen mogelijk voorbarig oordeel wordt geveld. [22] Volgens de rechtspraak van het EHRM wordt het beginsel van het vermoeden van onschuld namelijk zelfs geschonden

[20] Zie in die zin arresten van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punten 72 en 73), en 16 februari 2017, Hansen & Rosenthal en H&R Wax Company Vertrieb/Commissie (C-90/15 P, niet gepubliceerd, EU:C:2017:123, punt 18).

[21] Zie in die zin het arrest Icap van het Gerecht, punt 259.

[22] Zie in die zin arrest van 5 september 2019, AH e.a. (Vermoeden van onschuld) (C-377/18, EU:C:2019:670, punt 44), en het arrest Karaman, § 65.

wanneer een rechterlijke beslissing of een officiële verklaring betreffende een verdachte *uiting geeft aan de mening* – „le sentiment" in de Franse versie van het arrest Karaman – dat de betrokkene schuldig is.[23]

73. Het schikkingsbesluit moet uiteraard holistisch worden gelezen. Dat in het document bijvoorbeeld af en toe een ongelukkig gekozen woord of zinsnede voorkomt, betekent op zichzelf niet dat dit woord of deze zinsnede moet worden opgevat als teken van een voorbarig oordeel van de beslisser, mits het schikkingsbesluit in zijn geheel zich op basis van een redelijke lezing niet voor die uitlegging leent.

74. Wanneer dit beginsel op de onderhavige zaak wordt toegepast en het schikkingsbesluit in zijn geheel wordt onderzocht, blijft niettemin de indruk bestaan dat de door de Commissie verstrekte motivering zodanig was geformuleerd dat twijfels rezen over een mogelijk voorbarig oordeel over de schuld van Pometon en dat het billijke onderzoek van de haar ten laste gelegde strafbare feiten in het kader van de gewone procedure in het gedrang werd gebracht.

75. Anders dan het Gerecht in punt 87 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, kon namelijk niet worden uitgesloten dat de bewoordingen van overweging 38 van het schikkingsbesluit twijfels deden ontstaan over een mogelijk voorbarig oordeel ten aanzien van de schuld van Pometon, daar de Commissie in overweging 49 van het schikkingsbesluit verklaart dat zij „van mening [is] dat de deelname van Ervin, Winoa en Würth aan de in punt 4 beschreven gedraging impliceerde dat zij hadden deelgenomen aan één enkele voortdurende inbreuk op artikel 101 van het Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst", en tegelijk opmerkt dat de overeenkomst over het belangrijkste bestanddeel van die inbreuk – een gemeenschappelijke schroottoeslag – exact wordt omschreven in overweging 38 onder punt 4 van het schikkingsbesluit, in bewoordingen die ook naar Pometon verwijzen. De indruk dat Pometon aan de inbreuk in kwestie deelnam, wordt nog versterkt door overweging 39 van dat besluit, waarin de Commissie verklaart dat „[d]e deelnemers aan de bijeenkomst van 3 oktober [– naar wie in overweging 38 uitdrukkelijk wordt verwezen als Winoa, Ervin en Pometon –] vervolgens contact [hadden] met de twee Duitse staalgritproducenten, MTS en Würth, teneinde *hen op te nemen* in het nieuwe berekeningssysteem voor de schroottoeslag".[24] Het gebruik van de term „opnemen" wijst erop dat de overige drie ondernemingen – zonder uitzondering – al deelnamen aan dit systeem.

76. De twijfels over de schuld van Pometon zijn tevens te wijten aan overweging 59 van het schikkingsbesluit. Daarin staat het volgende te lezen: „Uit de in punt 4 beschreven feiten komt duidelijk naar voren dat Ervin, Winoa, MTS en Würth betrokken waren bij horizontale mededingingsbeperkende regelingen die deel uitmaakten van een algemene regeling met één mededingingsbeperkend doel, te weten beperking van de mededinging op het gebied van de prijs voor staalgrit. Binnen de in de overwegingen 26 tot en met 36 beschreven regeling hebben Ervin, Winoa, MTS en Würth hun gedrag op elkaar afgestemd om de onderlinge onzekerheid weg te nemen ten aanzien van de prijsstelling in de staalgritmarkt".

77. In die overwegingen 26 tot en met 36 van het schikkingsbesluit wordt echter met name verklaard dat „Winoa, Ervin en Pometon aan het Gardameer (Italië) bijeengekomen [zijn] om overeenstemming te bereiken over een eenvormig model voor de berekening van een door al die ondernemingen toe te passen gemeenschappelijke schroottoeslag", dat *„[z]ij zijn overeengekomen één enkele formule te hanteren*", en dat „[n]a die bijeenkomst […] de deelnemers meerdere e-mails [hebben] uitgewisseld waarin zij de invoering van het nieuwe systeem voor de schroottoeslag en *de*

[23] Arrest Karaman, § 63.

[24] Cursivering van mij.

gemeenschappelijke startdatum uitvoerig op elkaar hebben afgestemd".[25] Tevens wordt verklaard dat MTS en Würth „niet [hebben] deelgenomen aan de eerste fasen van het proces *toen de overeenkomst tussen Winoa, Ervin en Pometon werd gesloten*"[26], alsmede dat „[t]ijdens de gehele duur van de contacten […] *de partijen* [– zonder enige uitzondering ten aanzien van Pometon –] ook hun activiteiten hebben gecoördineerd met betrekking tot individuele afnemers".[27]

78. Hoewel het gaat om feitelijke vaststellingen, vormen die verklaringen – waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar Pometon – niettemin de basis voor de in overweging 59 van het schikkingsbesluit vervatte juridische kwalificatie dat er sprake is van horizontale mededingingsbeperkende overeenkomsten.

79. Voorts komt uit de motivering van het schikkingsbesluit niet naar voren waarom de verwijzingen naar Pometon feitelijk *noodzakelijk* waren voor de kwalificatie van de juridische aansprakelijkheid van de vier ondernemingen die de overeenkomst hebben gesloten. Integendeel, de mededingingsregeling in kwestie bestond reeds doordat deze vier ondernemingen deelnamen aan het door de Commissie beschreven systeem. Anders dan in het litigieuze besluit staat te lezen[28], blijkt uit het schikkingsbesluit niet dat Pometon een onmisbare rol, of zelfs maar een specifieke rol, heeft gespeeld bij de totstandbrenging van dat systeem (in tegenstelling tot bijvoorbeeld Winoa, die verantwoordelijk was voor de maandelijkse mededeling van de nieuwe toeslag aan de deelnemers en die met ingang van mei 2004 de toeslag ook op haar eigen website publiceerde, zoals in overweging 30 van het schikkingsbesluit wordt uiteengezet).

80. Evenmin vind ik, met alle respect, de uiteenzetting overtuigend die het Gerecht in punt 88 van het bestreden arrest heeft gegeven met betrekking tot overweging 37 van het schikkingsbesluit. In dit verband heeft het Gerecht slechts opgemerkt dat de territoriale reikwijdte van de mededingingsregeling in haar geheel moest worden verduidelijkt omdat de Commissie tot de slotsom was gekomen dat er sprake was van één enkele voortdurende inbreuk. Uit het schikkingsbesluit komt echter niet duidelijk naar voren in hoeverre de deelname van Pometon een beslissende en dus in de zin van het arrest Karaman „noodzakelijke" rol zou hebben gespeeld bij de vaststelling van de territoriale reikwijdte van de inbreuk, hoewel in overweging 37 van het schikkingsbesluit –die op de geografische reikwijdte van de overeenkomst ziet – onmiskenbaar ook wordt verwezen naar die onderneming.

81. Ik ben dan ook van mening dat wanneer het schikkingsbesluit in zijn geheel wordt beschouwd, het Gerecht in punt 84 van het bestreden arrest niet op goede gronden tot de slotsom kon komen dat de verwijzingen naar Pometon objectief gesproken niet het vermoeden konden wekken dat de Commissie een voorbarig oordeel had geveld over de schuld en aansprakelijkheid van die onderneming met betrekking tot de mededingingsregeling in kwestie vanaf het stadium van het schikkingsbesluit dat was gericht tot de vier overige bij die mededingingsregeling betrokken ondernemingen. Derhalve heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 90 en 103 van het bestreden arrest vast te stellen dat de Commissie niet kon worden verweten dat zij haar verplichting tot onpartijdigheid jegens Pometon niet was nagekomen en het beginsel van het vermoeden van onschuld in het litigieuze besluit had geschonden.

[25] Schikkingsbesluit, overweging 28 (cursivering van mij).

[26] Schikkingsbesluit, overweging 29 (cursivering van mij).

[27] Schikkingsbesluit, overweging 36 (cursivering van mij).

[28] Zie bijvoorbeeld overwegingen 35 en 36 van het litigieuze besluit, met betrekking tot de specifieke rol van Pometon bij het ontstaan van het kartel.

82. Het argument betreffende deze onjuiste rechtsopvatting is evenwel niet noodzakelijk doeltreffend. Bedacht moet namelijk worden dat het litigieuze besluit niet het schikkingsbesluit is, maar veeleer het besluit dat is vastgesteld na afloop van de normale administratieve procedure als bedoeld in artikel 7 van verordening nr. 1/2003. Het schikkingsbesluit vormt niet de rechtsgrond van het litigieuze besluit en beide besluiten zijn vastgesteld in het kader van twee afzonderlijke en zelfstandige procedures. De schending van het vermoeden van onschuld ten aanzien van Pometon ten tijde van de vaststelling van het schikkingsbesluit heeft dan ook niet noodzakelijk directe gevolgen voor de rechtmatigheid van het litigieuze besluit.

83. Zoals het Gerecht in zijn arrest Icap heeft uiteengezet, is de vraag of het eventuele gebrek aan objectieve onpartijdigheid van de Commissie van invloed kan zijn geweest op de rechtmatigheid van het litigieuze besluit, onlosmakelijk verbonden met de vraag of de in dat besluit gedane vaststellingen afdoende worden gestaafd door het bewijs dat de Commissie heeft aangevoerd. [29] Met andere woorden: zoals duidelijk uit vaste rechtspraak volgt, kan de onregelmatigheid die verband houdt met het eventuele gebrek aan objectieve onpartijdigheid van de Commissie, enkel tot nietigverklaring van het litigieuze besluit leiden indien komt vast te staan dat het besluit een andere inhoud zou hebben gehad indien deze onregelmatigheid zich niet had voorgedaan. [30]

84. Deze gevolgtrekking hangt dus af van de beoordeling van de overige door rekwirante aangevoerde middelen in hogere voorziening die verband houden met de rechtens genoegzame vaststelling van haar deelname aan de in het geding zijnde inbreuk, te weten het tweede en het derde middel in hogere voorziening. We kunnen ons nu op deze kwesties richten.

1) Tweede middel in hogere voorziening: onjuiste toepassing door het Gerecht van de beginselen inzake de bewijslast en het vermoeden van onschuld alsook tegenstrijdige of ontoereikende motivering van het bestreden arrest met betrekking tot de deelname van Pometon aan het eerste onderdeel van de mededingingsregeling

85. Met haar tweede middel in hogere voorziening betoogt Pometon in wezen dat zij in haar verzoekschrift, meer bepaald in voetnoot 23 daarvan – anders dan in punt 129 van het bestreden arrest is geoordeeld – haar aansprakelijkheid voor het eerste onderdeel van de mededingingsregeling heeft betwist. Daarnaast komt Pometon op tegen de door het Gerecht gedane vaststelling dat de Commissie rechtens genoegzaam had vastgesteld dat de gemeenschappelijke schroottoeslag automatisch van toepassing was aangezien Pometon die toeslag kon toepassen zonder dat zij op geregelde tijdstippen informatie ontving van een van haar concurrenten. Pometon is van mening dat deze gevolgtrekking enkel gebaseerd is op de waarschijnlijkheid of het vermoeden van bepaalde gebeurtenissen, zoals blijkt uit de punten 142, 144 en 145 van het bestreden arrest.

86. Daartegenover staat dat Pometon in de betreffende voetnoot weliswaar ontkende dat zij aan welke mededingingsregeling ook had deelgenomen, maar dat niet kan worden voorbijgegaan aan het feit dat zij in haar repliek voor het Hof niettemin uitdrukkelijk heeft erkend dat zij had deelgenomen aan de bijeenkomst van 3 oktober 2003. Tijdens die bijeenkomst is immers overeenstemming bereikt over het systeem voor de gemeenschappelijke schroottoeslag.

[29] Zie in die zin het arrest Icap van het Gerecht, punt 276.

[30] Zie in die zin het arrest Icap van het Gerecht, punt 278.

87. Vanuit dit onbetwistbare uitgangspunt is het Gerecht, op basis van de verschillende in de punten 143 tot en met 145 van het bestreden arrest genoemde dossierstukken, in punt 160 van datzelfde arrest tot de slotsom gekomen dat rekwirantes deelname aan het eerste onderdeel van de mededingingsregeling was aangetoond. Anders dan rekwirante heeft gesteld, heeft het Gerecht zich hierbij niet gebaseerd op de waarschijnlijkheid of het vermoeden van bepaalde gebeurtenissen. Integendeel, in de voorbeelden die Pometon heeft gegeven, heeft het Gerecht een vaststelling gedaan op basis van duidelijk geïdentificeerd bewijsmateriaal. Om het argument tegen de eerste vaststelling af te wijzen gebruikt het Gerecht pas voor een tweede keer een bijwoord in ontkennende vorm zoals „waarschijnlijk" („het onwaarschijnlijk is dat", in punt 142 van het bestreden arrest), of een uitdrukking zoals „is er geen enkele reden om aan te nemen dat" (in punt 144).

88. Nog afgezien van het feit dat Pometon het Hof met haar tweede middel in hogere voorziening om een nieuwe beoordeling van de feiten lijkt te verzoeken – waartoe het Hof in hogere voorziening niet bevoegd is, behalve wanneer de bewijzen onjuist zijn opgevat [31], wat Pometon niet stelt – ben ik in deze omstandigheden van mening dat uit een lezing van de punten 129 tot en met 160 van het bestreden arrest in zijn geheel volgt dat de aansprakelijkheid van Pometon en haar deelname aan het eerste onderdeel van de mededingingsregeling feitelijk zijn afgeleid uit een samenloop van omstandigheden of aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. [32]

89. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat Pometon heeft deelgenomen aan het eerste onderdeel van de mededingingsregeling en dat het Gerecht de ter ondersteuning van het tweede middel in hogere voorziening ingeroepen beginselen niet heeft geschonden.

2) Derde middel in hogere voorziening: onjuiste toepassing door het Gerecht van de beginselen inzake de bewijslast en het vermoeden van onschuld met betrekking tot de duur van de deelname van Pometon aan de mededingingsregeling

90. Met haar derde middel in hogere voorziening, dat subsidiair is aangevoerd ter verkrijging van een verlaging van de opgelegde geldboete, betoogt Pometon dat het Gerecht de beginselen inzake de bewijslast en het vermoeden van onschuld met betrekking tot de duur van de deelname van Pometon aan de mededingingsregeling onjuist heeft toegepast. Rekwirante stelt in wezen dat het Gerecht de bewijslast heeft omgekeerd door te oordelen dat Pometon onvoldoende gegevens had aangevoerd om te bewijzen dat de mededingingsregeling onderbroken was, ook al hadden er tussen 18 november 2005 en 20 maart 2007 geen heimelijke contacten plaatsgevonden tussen Pometon en de overige deelnemers aan de mededingingsregeling.

91. Naar mijn mening heeft het Gerecht in het bestreden arrest in zoverre geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Ik deel juist het standpunt dat wordt ingenomen in zijn rechtspraak en dat inhoudt dat de vraag of een periode al dan niet lang genoeg is om als een onderbreking van een inbreuk te worden aangemerkt, niet in abstracto kan worden onderzocht maar veeleer in samenhang met de werking van de betreffende mededingingsregeling moet worden beoordeeld. [33]

[31] Zie in die zin arresten van 14 december 2017, EBMA/Giant (China) (C-61/16 P, EU:C:2017:968, punt 33), en 13 september 2018, ANKO/Commissie (C-173/17 P, niet gepubliceerd, EU:C:2018:718, punt 23).

[32] Zie in die zin arrest van 26 januari 2017, Commissie/Keramag Keramische Werke e.a. (C-613/13 P, EU:C:2017:49, punt 51).

[33] Zie in die zin arrest van 19 mei 2010, IMI e.a./Commissie (T-18/05, EU:T:2010:202, punt 89), waarnaar in punt 305 van het bestreden arrest wordt verwezen.

92. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht in punt 308 van het bestreden arrest evenwel – zonder op deugdelijke gronden te zijn weersproken – geoordeeld dat de betreffende mededingingsregeling werd gekenmerkt door de automatische toepassing van de gemeenschappelijke schroottoeslag, de nauwe verbindingen tussen de twee onderdelen van de mededingingsregeling en het, afgezien van de Duitse markt, ontbreken van een gestructureerde organisatie voor contacten tussen de deelnemers om de prijzen onderling af te stemmen met betrekking tot individuele afnemers, waarbij slechts in geval van onenigheid incidenteel contacten plaatsvonden.

93. Daartegenover staat dat uit vaste rechtspraak volgt dat wie een onrechtmatig initiatief stilzwijgend goedkeurt zonder er publiekelijk afstand van te nemen of het aan te geven bij de administratieve instanties, het voortbestaan van de inbreuk bevordert en de ontdekking ervan bemoeilijkt. Deze medeplichtigheid vormt een passieve deelneming aan de inbreuk waarvoor de onderneming in het kader van één enkele overeenkomst aansprakelijk kan worden gesteld. Bovendien ontslaat de omstandigheid dat een onderneming geen gevolg geeft aan de resultaten van een vergadering met een mededingingsverstorend doel, haar niet van haar aansprakelijkheid voor haar deelneming aan een mededingingsregeling, tenzij zij zich publiekelijk van de inhoud daarvan heeft gedistantieerd.[34] In dit verband is voor de beoordeling of een onderneming zich daadwerkelijk van een mededingingsregeling heeft gedistantieerd, beslissend dat de overige deelnemers aan die mededingingsregeling de bedoeling van die onderneming aldus opvatten dat deze zich van de onrechtmatige overeenkomst wilde distantiëren.[35]

94. In de onderhavige zaak heeft het Gerecht in punt 306 van het bestreden arrest dan ook op goede gronden vastgesteld dat de vraag rijst of het ontbreken van contacten tussen Pometon en de overige deelnemers lang genoeg duurde opdat laatstbedoelde partijen begrepen dat het in de bedoeling van Pometon lag om haar deelname aan de mededingingsregeling te onderbreken.

95. In dit verband zij opgemerkt dat het begrip „publieke distantiëring” ziet op een feitelijke situatie waarvan het bestaan van geval tot geval door het Gerecht wordt vastgesteld op basis van een samenloop van omstandigheden en aan het Gerecht verstrekte aanwijzingen, en na een algemene beoordeling van alle relevante bewijzen en aanwijzingen. Op voorwaarde dat deze bewijzen regelmatig zijn verkregen en dat de algemene rechtsbeginselen en 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 overgelegde bewijzen. Zoals reeds is vermeld, levert die beoordeling dan ook geen rechtsvraag op die als zodanig door het Hof kan worden getoetst, behalve wanneer de bewijzen onjuist zijn opgevat.[36]

96. In deze zaak moet worden opgemerkt dat het Gerecht in punt 309 van het bestreden arrest allereerst heeft geconstateerd dat rekwirante geen gegevens had aangevoerd waaruit zou kunnen blijken dat heimelijke contacten onontbeerlijk waren voor haar voortdurende deelname aan de mededingingsregeling tussen 9 juni 2005 en maart 2007. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 310 van het bestreden arrest uit het feit dat Pometon aan de basis lag van het systeem voor de gemeenschappelijke schroottoeslag en actief had bijgedragen tot de uitvoering daarvan,

[34] Zie in die zin arresten van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 84 en 85); 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 143 en 144), en 26 januari 2017, Duravit e.a./Commissie (C-609/13 P, EU:C:2017:46, punt 136).

[35] Zie in die zin arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 62).

[36] Zie in die zin arrest van 20 januari 2016, Toshiba Corporation/Commissie (C-373/14 P, EU:C:2016:26, punt 63).

afgeleid dat de overige deelnemers aan de mededingingsregeling rekwirantes niet-deelname aan bepaalde bijeenkomsten of heimelijke contacten in die periode niet aldus zouden opvatten dat zij zich van die mededingingsregeling distantieerde. Tot slot heeft het Gerecht in punt 311 van het bestreden arrest vastgesteld dat de voortzetting van het onrechtmatige gedrag van Pometon wordt bevestigd door het feit dat zij een actieve rol had gespeeld bij de voorbereiding van de bijeenkomst te Milaan (Italië) op 16 mei 2007 en de overige deelnemers niet had meegedeeld dat zij haar staalgritbedrijf van de hand zou doen.

97. Op basis van zijn beoordeling van de feiten en bewijzen is het Gerecht in punt 313 van het bestreden arrest dan ook tot de slotsom gekomen dat er geen aanwijzing was dat Pometon zich had gedistantieerd van de mededingingsregeling en dat de Commissie rechtens genoegzaam had bewezen dat Pometon haar deelname aan die ene enkele voortdurende inbreuk niet had onderbroken.

98. Gelet op een en ander ben ik van mening dat Pometon met het derde middel in hogere voorziening probeert om het Hof er, althans gedeeltelijk, toe te bewegen zijn eigen beoordeling van de bewijzen in de plaats te stellen van die welke het Gerecht heeft verricht in het bestreden arrest. In dit verband zij opgemerkt dat uit het onderzoek van de betreffende stukken niet blijkt dat de bewijzen kennelijk onjuist zijn opgevat. Aangezien ik evenmin heb geconstateerd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de duur van de deelname van Pometon aan de in het geding zijnde inbreuk, moet het derde middel mijns inziens gedeeltelijk ongegrond en gedeeltelijk niet-ontvankelijk worden verklaard.

c) Conclusie met betrekking tot het eerste middel in hogere voorziening

99. Gelet op het schikkingsbesluit in zijn geheel ben ik tot de slotsom gekomen dat het Gerecht in punt 84 van het bestreden arrest niet op goede gronden kon oordelen dat de verwijzingen naar Pometon objectief gesproken niet het vermoeden konden wekken dat de Commissie een voorbarig oordeel had geveld over de schuld en aansprakelijkheid van die onderneming met betrekking tot de mededingingsregeling in kwestie vanaf het stadium van het schikkingsbesluit dat was gericht tot de vier overige bij die mededingingsregeling betrokken ondernemingen.

100. Derhalve ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 90 en 103 van het bestreden arrest vast te stellen dat de Commissie niet kon worden verweten dat zij in het litigieuze besluit haar verplichting tot onpartijdigheid jegens Pometon niet was nagekomen en het beginsel van het vermoeden van onschuld had geschonden.

101. Niettemin ben ik de mening toegedaan dat het eerste middel in hogere voorziening niet ter zake dienend is. Het gebrek aan objectieve onpartijdigheid van de Commissie in het stadium van het schikkingsbesluit heeft namelijk niet de rechtmatigheid van het litigieuze besluit aangetast, daar de vaststellingen in laatstgenoemd besluit zelf afdoende worden gestaafd door het bewijs dat de Commissie heeft aangedragen.

102. Concluderend ben ik derhalve van mening dat het eerste middel in hogere voorziening, net zoals het tweede en het derde middel, moet worden afgewezen.

B. Vierde middel in hogere voorziening, dat betrekking heeft op schending van het gelijkheidsbeginsel bij de vaststelling van de geldboete en op een tegenstrijdige of ontoereikende motivering ter zake

1. Argumenten van partijen

103. Met haar vierde middel in hogere voorziening voert Pometon aan dat het Gerecht in de punten 365 tot en met 396 van het bestreden arrest het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden en/of tekortgeschoten is in zijn verplichting om te motiveren hoe het de geldboete heeft vastgesteld. Het Gerecht heeft volgens Pometon dus een verlagingspercentage op de geldboete toegepast dat niet in overeenstemming is met de verlagingspercentages die zijn toegestaan aan de partijen die hebben ingestemd met een schikking.

104. Het Gerecht heeft weliswaar de door de Commissie vastgestelde geldboete nietig verklaard wegens een motiveringsgebrek en het bedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete opnieuw berekend op basis van punt 37 van de richtsnoeren van 2006, maar volgens rekwirante is het nieuwe toegepaste verlagingspercentage – 75 % in plaats van 60 % – nog steeds niet in overeenstemming met de verlagingspercentages die zijn toegestaan aan de overige partijen die betrokken waren bij de mededingingsregeling in kwestie. [37]

105. Onder verwijzing naar het feit dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de individuele aansprakelijkheid van Pometon, de invloed van haar inbreukmakende gedrag op de prijsconcurrentie en haar omvang minder groot waren dan die van Winoa, betoogt rekwirante dat de inbreuk die haar kan worden toegerekend minder ernstig is dan die van Winoa. Pometon is dan ook van mening dat het Gerecht het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door verschillende situaties op dezelfde manier te behandelen. Het had op haar veeleer een verlagingspercentage moeten toepassen dat ligt tussen het door de Commissie aan Winoa toegestane percentage, te weten 75 %, en het aan MTS toegestane percentage, te weten 90 %.

106. De Commissie is van mening dat het onderhavige middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is omdat rekwirante het Hof met dit middel verzoekt om de door het Gerecht opgelegde geldboete inhoudelijk te beoordelen, waartoe het Hof niet bevoegd is. Volgens de Commissie kan het Hof zijn oordeel niet uit billijkheidsoverwegingen in de plaats stellen van dat van het Gerecht, dat in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht uitspraak doet over het bedrag van de geldboeten die aan ondernemingen zijn opgelegd wegens schending van het Unierecht.

107. De Commissie is hoe dan ook van mening dat het vierde middel in hogere voorziening ongegrond is omdat het Gerecht op juiste wijze heeft gebruikgemaakt van zijn volledige rechtsmacht en het gelijkheidsbeginsel in acht heeft genomen doordat het rekening heeft gehouden met alle feitelijke omstandigheden. Daarbij komt dat het Gerecht de in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht gewezen beslissing voldoende heeft gemotiveerd doordat het een nadere toelichting heeft gegeven op de methode die het heeft gehanteerd en de factoren die het in aanmerking heeft genomen bij zijn beslissing over de vaststelling van het bedrag van de geldboete.

[37] In het schikkingsbesluit heeft de Commissie een verlagingspercentage toegestaan van 67 % aan Würth, 75 % aan Winoa en Ervin, en 90 % aan MTS.

2. Analyse

a) Ontvankelijkheid van het vierde middel in hogere voorziening

108. Volgens de Commissie is het vierde middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk omdat rekwirante het Hof verzoekt de door het Gerecht opgelegde geldboete inhoudelijk te beoordelen.

109. Het is juist dat het niet aan het Hof staat om, wanneer het in hogere voorziening uitspraak doet over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat in het kader van de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht uitspraak doet over het bedrag van de aan ondernemingen wegens schendingen van het Unierecht opgelegde geldboeten.[38] Derhalve kan het Hof slechts vaststellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het bedrag van de geldboete ongepast is, voor zover het van oordeel is dat de hoogte van de geldboete niet alleen ongepast is maar tevens zodanig overdreven is dat de geldboete onevenredig is.[39]

110. Indien rekwirante het Hof met haar vierde middel in hogere voorziening subsidiair verzoekt dat het zijn eigen volledige rechtsmacht uitoefent om het bedrag van de vastgestelde geldboete te verlagen, is dat evenwel slechts het gevolg van de schending van het gelijkheidsbeginsel door het Gerecht.

111. In dit verband is het vaste rechtspraak dat de uitoefening van volledige rechtsmacht er niet toe mag leiden dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten wordt gediscrimineerd tussen ondernemingen die hebben deelgenomen aan een met artikel 101, lid 1, VWEU strijdige overeenkomst.[40] Het verwijt van schending van het gelijkheidsbeginsel door het Gerecht is dan ook als zodanig een rechtsvraag die in het kader van een hogere voorziening kan worden voorgelegd aan het Hof.

b) Gegrondheid

112. Ten eerste bepaalt artikel 23, lid 3, van verordening nr. 1/2003 dat bij de vaststelling van het bedrag van een wegens schending van het mededingingsrecht op te leggen geldboete zowel met de ernst als met de duur van de inbreuk rekening wordt gehouden.

113. In dit verband volgt uit vaste rechtspraak dat bij de vaststelling van het bedrag van een geldboete rekening moet worden gehouden met de duur van de inbreuken en met alle factoren die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de ernst ervan, zoals het gedrag van elke onderneming, de rol die elke onderneming heeft gespeeld om te komen tot de onderling

[38] Zie in die zin arrest van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 125).

[39] Zie in die zin arresten van 22 november 2012, E.ON Energie/Commissie (C-89/11 P, EU:C:2012:738, punt 126), en 26 januari 2017, Zucchetti Rubinetteria/Commissie (C-618/13 P, EU:C:2017:48, punt 43).

[40] Zie in die zin arresten van 10 april 2014, Commissie/Siemens Österreich e.a. en Siemens Transmission & Distribution e.a./Commissie (C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, punt 105); 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 75), en 18 december 2014, Commissie/Parker Hannifin Manufacturing en Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, punt 77).

afgestemde feitelijke gedragingen, de winst die zij uit deze gedragingen heeft kunnen behalen, haar omvang, de waarde van de betreffende goederen en het gevaar dat dit soort inbreuken oplevert voor de Europese Unie. [41]

114. Het Hof heeft echter eveneens in herinnering gebracht dat de ernst van de inbreuk op individuele basis moet worden beoordeeld en dat er geen bindende of uitputtende lijst bestaat van criteria die bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk in aanmerking moeten worden genomen. [42]

115. Ten tweede lijdt het, wat meer bepaald de gegrondheid van het vierde middel in hogere voorziening betreft, geen twijfel dat het gelijkheidsbeginsel wordt gewaarborgd door het Hof en het Gerecht, met name op het gebied van geldboeten wegens schendingen van het mededingingsrecht. [43]

116. Het gelijkheidsbeginsel is immers een algemeen rechtsbeginsel van de Unie dat is neergelegd in de artikelen 20 en 21 van het Handvest. Volgens vaste rechtspraak vereist dit beginsel dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld tenzij dit objectief gerechtvaardigd is. [44] Tevens is het vaste rechtspraak dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete de toepassing van verschillende berekeningsmethoden niet mag leiden tot discriminatie tussen de ondernemingen die hebben deelgenomen aan een met artikel 101, lid 1, VWEU strijdige overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. [45]

117. Ten derde is hetzelfde beginsel, zoals reeds is vermeld, van toepassing op de Unierechter wanneer deze zijn volledige rechtsmacht uitoefent. De Unierechter is dan bevoegd om zijn beoordeling in de plaats te stellen van die van de Commissie en dus de opgelegde geldboete in te trekken, te verlagen of te verhogen [46], zonder dat hij gebonden is aan de door de Commissie in haar richtsnoeren vastgestelde indicatieve regels, ook al kunnen die regels voor de Unierechter een leidraad vormen bij de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht. [47]

118. Niettemin staat het weliswaar aan het Hof of het Gerecht om zelf de omstandigheden van het geval en de aard van de betreffende inbreuk te beoordelen teneinde het bedrag van de geldboete vast te stellen, maar kan de uitoefening van de volledige rechtsmacht niet met zich brengen dat er bij de vaststelling van het bedrag van de op te leggen geldboeten wordt gediscrimineerd tussen de ondernemingen die hebben deelgenomen aan een met artikel 101, lid 1, VWEU strijdige overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. [48]

41 Zie in die zin arresten van 8 december 2011, Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 56); 26 januari 2017, Zucchetti Rubinetteria/Commissie (C-618/13 P, EU:C:2017:48, punt 42), en 26 september 2018, Infineon Technologies/Commissie (C-99/17 P, EU:C:2018:773, punt 196).

42 Zie in die zin arrest van 26 september 2018, Infineon Technologies/Commissie (C-99/17 P, EU:C:2018:773, punten 196 en 198).

43 Zie in die zin arrest van 12 juni 2014, Deltafina/Commissie (C-578/11 P, EU:C:2014:1742, punt 75).

44 Zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 132), en 26 januari 2017, Zucchetti Rubinetteria/Commissie (C-618/13 P, EU:C:2017:48, punt 38).

45 Zie in die zin arresten van 11 juli 2013, Ziegler/Commissie (C-439/11 P, EU:C:2013:513, punt 133); 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 62), en 26 januari 2017, Zucchetti Rubinetteria/Commissie (C-618/13 P, EU:C:2017:48, punt 38).

46 Zie in die zin arresten van 6 november 2012, Otis e.a. (C-199/11, EU:C:2012:684, punt 62), en 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 78).

47 Zie in die zin arrest van 21 januari 2016, Galp Energía España e.a./Commissie (C-603/13 P, EU:C:2016:38, punt 90).

48 Zie de in voetnoot 40 aangehaalde rechtspraak.

119. Het komt mij dan ook voor dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen:

– dat het, ten eerste, binnen zijn volledige rechtsmacht lag om het passende bedrag van de uitzonderlijke aanpassing van het basisbedrag van de geldboete vast te stellen, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (punt 369 van het bestreden arrest);

– dat het, ten tweede, enkel gebonden was aan de ernst en de duur van de inbreuk (punt 371 van het bestreden arrest), en

– dat het, ten derde – aangezien de duur in aanmerking was genomen bij de vaststelling van het basisbedrag, hetgeen Pometon niet heeft betwist –, passend was om bij de beoordeling van de ernst van de inbreuk rekening te houden met de individuele aansprakelijkheid van Pometon, met de mate waarin zij door haar inbreukmakende gedrag in staat was de mededinging op de staalgritmarkt te beïnvloeden en met haar omvang, alsook om elk van deze factoren te vergelijken met de aansprakelijkheid en individuele situatie van de overige ondernemingen die bij de mededingingsregeling betrokken waren (punt 376 van het bestreden arrest).

120. Aldus heeft het Gerecht zich *formeel* gehouden aan de regels inzake zijn volledige rechtsmacht en a priori de gelijkheid tussen de betrokken ondernemingen in stand gehouden, waarbij met de specifieke aspecten wegens hun deelname aan de schikkingsprocedure rekening is gehouden in de vorm van de specifieke verlaging met 10 % waarin punt 32 van de mededeling inzake schikkingen voorziet. Niettemin ben ik van mening dat het Gerecht het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden doordat het bij de beoordeling van de verlaging van de geldboete onevenredig belang heeft toegekend aan het criterium van de omvang van de onderneming.

121. Aan het einde van zijn analyse van de bovengenoemde eerste twee criteria – te weten de individuele aansprakelijkheid van Pometon en de concrete invloed van haar inbreukmakende gedrag op prijsconcurrentie – komt het Gerecht tot de slotsom dat Pometon, „anders dan Ervin en Winoa, maar net zoals MTS en Würth, globaal genomen een beperktere rol bij het kartel heeft gespeeld” (punt 382 van het bestreden arrest), en voorts dat uit de vergelijking van de waarde van de specifieke verkoop in de EER blijkt dat „het gewicht van Pometon in de inbreuk vier keer kleiner is dan dat van Winoa, maar vrij dicht bij dat van MTS en ruim boven dat van Ervin en Würth ligt” (punt 386 van het bestreden arrest). Het Gerecht merkt dan ook pas in het licht van het derde criterium – te weten de omvang van de onderneming – in punt 390 van het bestreden arrest op dat rekwirante zich in een andere situatie bevond dan MTS, omdat haar omzet in het laatste volledige jaar waarin zij aan de mededingingsregeling deelnam, 99 890 000 EUR bedroeg terwijl de omzet van MTS slechts 25 082 293 EUR bedroeg.

122. Het Gerecht sluit deze analyse evenwel af door in punt 393 van het bestreden arrest te oordelen dat „een billijke beoordeling van alle omstandigheden van de onderhavige zaak [vereist] dat aan Pometon een uitzonderlijke vermindering wordt toegekend die 75 % bedraagt van het wegens verzachtende omstandigheden aangepaste basisbedrag van de geldboete”.

123. Ik ben van mening dat het Gerecht het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden door Pometon hetzelfde uitzonderlijke verlagingspercentage toe te staan als aan Ervin en Winoa is toegestaan, nadat het op basis van twee van de drie criteria had geconstateerd dat de situatie van Pometon

leek op die van MTS. Mijns inziens heeft het Gerecht een vorm van discriminatie bewerkstelligd tussen de verschillende ondernemingen die hebben deelgenomen aan dezelfde mededingingsregeling, doordat het zijn eigen berekeningsmethode inconsequent heeft toegepast.

124. Dienaangaande wil ik opmerken dat het enige criterium om een onderscheid te maken tussen de situatie van Pometon en die van MTS gebaseerd is op de totale omzet, hoewel het Gerecht in de punten 384 en 392 van het bestreden arrest uitdrukkelijk heeft uiteengezet dat het andere criterium op mondiaal niveau waardoor de Commissie zich in overwegende mate liet leiden – te weten de waarde van de specifieke verkoop – irrelevant was omdat de specifieke verkoop in de EER beter het economische gewicht van de onderneming in de inbreuk en de aan de mededinging berokkende schade weerspiegelde.

125. Bovendien mag volgens vaste rechtspraak bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete weliswaar zowel rekening worden gehouden met de totale omzet van de onderneming – die, zij het bij benadering en onvolkomen, een aanwijzing vormt voor haar omvang en economische macht – als met het deel van deze omzet dat is behaald met de goederen waarop de inbreuk betrekking heeft en dat een aanwijzing vormt voor de omvang van de inbreuk[49], maar aan die omzet mag geen belang worden toegekend dat onevenredig is ten opzichte van de overige beoordelingselementen.[50] Dat is evenwel onmiskenbaar wat het Gerecht doet in punt 393 van het bestreden arrest, aangezien het percentage van de aan Pometon toegestane uitzonderlijke verlaging van haar geldboete hetzelfde is als voor Winoa, terwijl het gedrag van Winoa bij de in het geding zijnde inbreuk ernstiger dan dat van Pometon is uit het oogpunt van twee van de drie gehanteerde criteria.

126. Gelet op een en ander kom ik dan ook tot de conclusie dat het door Pometon ter ondersteuning van haar hogere voorziening aangevoerde vierde middel moet worden aanvaard voor zover het gebaseerd is op schending van het gelijkheidsbeginsel. Derhalve ben ik van mening dat de hogere voorziening moet worden toegewezen en dat het bestreden arrest moet worden vernietigd voor zover bij dat arrest het percentage van de uitzonderlijke verlaging is vastgesteld op 75 % van het basisbedrag van de geldboete, dus voor zover het bedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete is vastgesteld op 3 873 375 EUR.

VII. Beroep voor het Gerecht

127. Volgens artikel 61 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van gegrondheid van het verzoek om hogere voorziening, wanneer het de beslissing van het Gerecht vernietigt, zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

128. Dat is in casu het geval, aangezien het criterium en de benodigde informatie voor de beoordeling van het bedrag van de uitzonderlijke verlaging van de geldboete door het Gerecht zijn uiteengezet zonder dat het in zoverre in enig opzicht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof beschikt dan ook over alle gegevens die het nodig heeft om uitspraak te doen op het beroep.

[49] Zie in die zin arresten van 12 november 2014, Guardian Industries en Guardian Europe/Commissie (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, punt 54); 9 juli 2015, InnoLux/Commissie (C-231/14 P, EU:C:2015:451, punt 47), en 7 september 2016, Pilkington Group e.a./Commissie (C-101/15 P, EU:C:2016:631, punt 17).

[50] Zie in die zin arrest van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punt 257).

129. Wat betreft de verlaging van het bedrag van de geldboete en, meer bepaald, de ernst van de inbreuk – Pometon heeft bevestigd dat zij de duur van de inbreuk niet betwist in het kader van het vierde middel in hogere voorziening[51] – blijkt uit de aan het Hof ter beschikking staande informatie over de vijf ondernemingen die betrokken zijn bij de mededingingsregeling in kwestie, dat de situatie van Pometon vergelijkbaar is met die van MTS als het gaat om haar individuele aansprakelijkheid en om de concrete invloed van haar inbreukmakende gedrag op de prijsconcurrentie. Wanneer rekening wordt gehouden met de relevante totale omzet, die een aanwijzing vormt voor de omvang en de economische macht van de betrokken ondernemingen, is de omzet van Pometon echter viermaal zo groot als die van MTS.

130. Op basis van die criteria en met het oog op de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling van de ondernemingen die betrokken zijn bij de mededingingsregeling in kwestie, ben ik van mening dat de overeenkomstig punt 37 van de richtsnoeren van 2006 aan Pometon toegestane verlaging tussen 75 % en 90 % zou moeten liggen, dat wil zeggen tussen het aan Winoa toegestane percentage en het aan MTS toegestane percentage.

131. Gelet op alle feitelijke en juridische omstandigheden van de onderhavige zaak geef ik het Hof in overweging het bedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete te verlagen tot 83 %, dat wil zeggen tussen het tarief van 75 % voor Winoa en 90 % voor MTS. In het licht van deze geadviseerde verlaging stel ik dan ook voor dat de aldus verlaagde geldboete 2 633 895 EUR zou bedragen.

VIII. Kosten

132. Ingevolge artikel 184, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof de zaak zelf afdoet.

133. Volgens artikel 138, lid 1, van dat Reglement, dat op grond van artikel 184, lid 1, van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. In artikel 138, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof is bepaald dat elke partij haar eigen kosten draagt indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, kan het Hof evenwel beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook wordt verwezen in een deel van de kosten van de andere partij.

134. Aangezien de hogere voorziening van Pometon gedeeltelijk is toegewezen, lijkt het in deze hogere voorziening passend om te beslissen dat de Commissie wordt verwezen in haar eigen kosten die verband houden met de procedure in eerste aanleg en de onderhavige hogere voorziening, alsmede in de helft van de kosten die rekwirante in verband met beide procedures heeft moeten maken. Derhalve moet Pometon de helft van haar eigen kosten in verband met die procedures dragen.

[51] Punt 31 van Pometons repliek.

IX. Conclusie

135. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

– het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 28 maart 2019, Pometon/Commissie (T-433/16, EU:T:2019:201), te vernietigen voor zover het Gerecht het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden bij de berekening van het bedrag van de aan Pometon SpA opgelegde geldboete, het percentage van de uitzonderlijke verlaging heeft vastgesteld op 75 % van het basisbedrag van de geldboete, het bedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete heeft vastgesteld op 3 873 375 EUR, en heeft beslist dat partijen hun eigen kosten dienen te dragen;

– het basisbedrag van de aan Pometon opgelegde geldboete te verlagen tot 83 % en de geldboete dienovereenkomstig vast te stellen op het bedrag van 2 633 895 EUR;

– de hogere voorziening voor het overige af te wijzen;

– de Europese Commissie te verwijzen in haar eigen kosten die verband houden met de procedure in eerste aanleg en de onderhavige hogere voorziening, alsmede in de helft van de kosten die Pometon in verband met beide procedures heeft moeten maken;

– Pometon te verwijzen in de helft van haar eigen kosten die verband houden met die procedures.