



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. JÄÄSKINEN
van 16 juli 2015¹

Zaak C-617/13 P

**Repsol Lubricantes y Especialidades, SA, (voorheen Repsol Lubricantes YPF y Especialidades, SA)
Repsol Petróleo, SA
Repsol, SA
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Spaanse markt van wegenbouwbitumen — Begrip „niet eerder bekende” feiten in de zin van punt 23, laatste alinea, van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten”

I – Inleiding

1. Repsol Lubricantes y Especialidades, SA, Repsol Petróleo, SA en Repsol SA (hierna: „Repsol e.a.”) verzoeken het Hof om vernietiging van het arrest Repsol Lubricantes y Especialidades SA, Repsol Petróleo SA en Repsol SA/Europese Commissie (T-496/07; hierna: „bestreden arrest”)², waarbij het Gerecht hun beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2007) 4441 definitief van de Commissie (hierna: „litigieuze beschikking”)³ heeft verworpen en hun subsidiaire verzoek om verlaging van de hun opgelegde geldboete heeft afgewezen.⁴

2. Overeenkomstig het verzoek van het Hof wordt in deze conclusie alleen het tweede middel van de hogere voorziening onderzocht. In wezen wordt daarmee een vraag opgeworpen naar de uitlegging van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken in de versie van 2002⁵ (hierna: „mededeling inzake medewerking van 2002”).

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — EU:T:2013:464.

3 — Beschikking van 3 oktober 2007 inzake een procedure op grond van artikel 81 EG [zaak COMP/38.710 – Bitumen (Spanje)].

4 — Voor de goede orde herinner ik eraan dat de onderhavige zaak deel uitmaakt van een reeks van hogere voorzieningen die bij het Hof zijn ingesteld tegen de arresten van het Gerecht betreffende de litigieuze beschikking. In zaak C-603/13P, Galp Energia España e.a., die daar onderdeel van is, zal ik op 16 juli 2015 mijn conclusie nemen.

5 — Mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken (PB 2002, C 45, blz. 3).

II – Toepasselijke bepalingen

3. Onder titel B van de mededeling inzake medewerking van 2002, „Vermindering van een geldboete”, bepaalt punt 23 het volgende:

„De Commissie bepaalt in haar eindbeschikking die aan het einde van de administratieve procedure wordt gegeven:

- a) of het door een onderneming op een bepaald tijdstip verstrekte bewijsmateriaal een significant toegevoegde waarde had ten opzichte van het bewijsmateriaal waarover de Commissie op dat tijdstip reeds beschikte;
- b) voor welk niveau van vermindering van de geldboete [...] een onderneming in aanmerking komt [...]

Om het niveau van de vermindering te bepalen binnen deze marges, zal de Commissie rekening houden met de datum waarop het bewijsmateriaal, dat voldoet aan wat bepaald is in punt 21, ingediend werd en de mate waarin dat bewijsmateriaal toegevoegde waarde uitmaakte. Tevens zal ze rekening kunnen houden met de uitgebreidheid en de continuïteit van de samenwerking van de onderneming vanaf de datum van indiening van het bewijsmateriaal.

Bovendien zal de Commissie, indien een onderneming bewijsmateriaal verstrekt dat betrekking heeft op feiten die de Commissie niet eerder bekend waren en die een rechtstreeks gevolg hebben voor de zwaarte of de duur van de vermoedelijke inbreuk, met deze elementen geen rekening houden bij het bepalen van de geldboete die moet worden opgelegd aan de onderneming die dat bewijsmateriaal heeft verstrekt.”

III – Voorgeschiedenis van het geding

4. De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 91 van het bestreden arrest, waarnaar kortheidshalve wordt verwezen.

5. Voor zover nodig volstaat het eraan te herinneren dat British Petroleum (hierna: „BP”) op 20 juni 2002 een verzoek uit hoofde van de mededeling inzake medewerking van 2002 heeft gedaan, betreffende een geheel van overeenkomsten op de markt van niet-gemodificeerd bitumen in Spanje die in strijd met artikel 101 VWEU waren.⁶ Op 31 maart 2004 hebben Repsol e.a. krachtens dezelfde mededeling verzocht om boetevermindering.

6. Op 3 oktober 2007 heeft de Commissie de litigieuze beschikking vastgesteld. Na te hebben geconstateerd dat BP voldeed aan de voorwaarden in punt 11 van de mededeling inzake medewerking van 2002⁷, heeft de Commissie haar immuniteit toegekend tegen de geldboete die haar normaal zou zijn opgelegd. Wat het verzoek van Repsol e.a. betreft, heeft de Commissie op hen een boetevermindering toegepast van 40 % van het bedrag van de geldboete die hun normaal zou zijn opgelegd.⁸ Bijgevolg zijn Repsol e.a. hoofdelijk aansprakelijk verklaard voor de betaling van een geldboete van 80 496 000 EUR.

6 — De andere betrokken partijen zijn, naast BP, de ondernemingen Productos Asfálticos, SA, Nynäs Petroleo SA en Galp Energia España SA.

7 — Deze voorwaarden hebben betrekking op het meewerken met de Commissie, het beëindigen van de deelname aan de inbreuk en het niet dwingen van andere ondernemingen tot deelname aan de inbreuk (punt 573 van de litigieuze beschikking).

8 — Zie punt 580 van de litigieuze beschikking.

7. Bij verzoekschrift, neergelegd bij het Gerecht van de Europese Unie tussen 18 en 20 december 2007, hebben Repsol e.a. de inhoud van de litigieuze beschikking bestreden en verzocht om gehele of gedeeltelijke nietigverklaring ervan. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de acht middelen die ter ondersteuning van hun verzoeken om nietigverklaring en herziening waren aangevoerd, afgewezen.

IV – Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

8. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 27 november 2013, hebben Repsol e.a. hogere voorziening ingesteld. Zij verzoeken het Hof om vernietiging van het bestreden arrest, nietigverklaring van de litigieuze beschikking, verlaging van het bedrag van de geldboete, de vaststelling dat de gerechtelijke procedure voor het Gerecht buitensporig en ongerechtvaardigd lang heeft geduurd en verwijzing van de Commissie in de kosten. De Commissie verzoekt het Hof om de hogere voorziening af te wijzen en Repsol e.a. te verwijzen in alle kosten.

9. Voor het Hof hebben partijen hun standpunt schriftelijk uiteengezet en zijn zij ter terechtzitting van 15 april 2015 gehoord.

V – Tweede middel

A – Argumenten van partijen

10. Met het tweede middel van hun hogere voorziening verwijten Repsol e.a. het Gerecht dat het in de punten 339 tot en met 349 van het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de uitlegging en de toepassing van het begrip „niet eerder bekende feiten” in de zin van punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 door de Commissie te billijken. Bedoeld punt verwijst niet naar het louter fysiek in bezit zijn van documenten, maar verlangt dat met een ander criterium rekening wordt gehouden, dat Repsol e.a. kwalificeren als het „cognitief criterium”.

11. Repsol e.a. benadrukken dat de Commissie op basis van hun feitenrelaas heeft kunnen weten hoelang het kartel werkelijk had geduurd, namelijk dat dit niet tot in 1998 is voortgezet, zoals BP de Commissie had laten weten, maar tot in 2002. Bijgevolg zou Repsol e.a. geen geldboete voor de periode 1998 tot in 2002 mogen worden opgelegd.

12. Daarnaast is er in de motivering van het bestreden arrest verwarring ten aanzien van het door Repsol e.a. in eerste aanleg aangevoerde juridische betoog. In punt 343 van het bestreden arrest, waarin de niet-toepasselijkheid van punt 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 wordt onderbouwd, wordt niet ingegaan op het betoog van Repsol e.a. dat Repsol e.a. niet alleen in hun clementieverzoek documenten hebben overgelegd die de werkelijke duur van het kartel bewijzen, maar dat het ook op basis van hun feitenrelaas is dat de Commissie kon ontdekken dat BP de waarheid ten aanzien van de duur van het kartel had verzwegen.

13. Volgens de Commissie is dit middel niet-ontvankelijk. Gezien het middel dat Repsol e.a. in eerste aanleg hebben aangevoerd (onderdeel 3.3 van het verzoekschrift)⁹, hebben zij namelijk nooit aangevoerd dat zij voor een boeteverlaging in aanmerking moesten komen na toepassing van een zogenoemd „cognitief” criterium.

9 — Dit punt verwijst naar een vermeende „beoordelingsfout of, subsidiair, schending van de algemene beginselen van gewettigd vertrouwen, evenredigheid en gelijke behandeling bij de vaststelling van het percentage van de boetevermindering op grond van de mededeling inzake medewerking”.

14. De Commissie meent dat het middel hoe dan ook ongegrond is. Zij herinnert eraan dat de conclusie van het Gerecht dat de Commissie reeds sinds geruime tijd op de hoogte was van het bestaan van het kartel, een feitelijke vaststelling is die onder de beoordelingsbevoegdheid van het Gerecht valt.¹⁰ Tot slot wijst zij erop dat een boetevermindering volgens punt 7 van de mededeling inzake medewerking van 2002 beperkt moet blijven tot de ondernemingen die de Commissie voorzien van bewijs dat toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de inlichtingen waarover zij reeds beschikt. Voor het overige is het door Repsol e.a. voorgestane criterium moeilijk, zo niet onmogelijk, toe te passen.

B – *Ontvankelijkheid van het tweede middel*

15. Gezien de stelling van de Commissie dat het tweede middel van de hogere voorziening een nieuw middel is, zal ik mij eerst uitlaten over de ontvankelijkheid van het onderhavige middel.

16. In dat verband moet eraan worden herinnerd dat uit artikel 58 van het Statuut van het Hof van Justitie volgt dat de middelen van de hogere voorziening moeten zijn gebaseerd op argumenten die aan de procedure voor het Gerecht zijn ontleend. Voorts is in artikel 170, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaald dat een partij het voorwerp van het geschil niet mag wijzigen door voor het Hof voor het eerst een middel aan te dragen dat zij bij het Gerecht had kunnen aandragen, maar niet heeft aangedragen, aangezien dat erop zou neerkomen dat zij bij het Hof een geschil aanhangig zou mogen maken met een ruimere strekking dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen. Een dergelijk middel moet in hogere voorziening dus niet-ontvankelijk worden geacht.¹¹

17. Ten aanzien van het verzoekschrift in eerste aanleg moet erop worden gewezen dat onderdeel 3.3.1 daarvan het opschrift „kennelijke beoordelingsfout bij het percentage van de vermindering wegens medewerking met de Commissie in het kader van haar mededeling inzake medewerking” draagt. Uit punt 147 van het verzoekschrift, dat in dat onderdeel voorkomt, blijkt dat Repsol e.a., onder aanvoering van het feit dat zij als tweede onderneming om clementie hebben verzocht, om zo een boetevermindering te verkrijgen, duidelijk punt 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 hebben bedoeld toen zij de Commissie verweten dat zij geen rekening heeft gehouden met de toegevoegde waarde van de verschafte inlichtingen en de datum waarop het clementieverzoek is ingediend.

18. Bovendien volgt uit de punten 150 tot en met 157 van het verzoekschrift dat over deze problematiek inhoudelijk is gedebatteerd in eerste aanleg, ook al heeft die discussie niet onder de aanduiding van het zogenoemde „cognitieve” criterium plaatsgevonden. Meer bepaald is in punt 156 van het verzoekschrift in eerste aanleg duidelijk kritiek op de litigieuze beschikking geleverd omdat punt 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 daarin niet is toegepast. Daarnaast hebben Repsol e.a. in punt 157 van genoemd verzoekschrift aangevoerd dat zij de informatie hebben aangeleverd op basis waarvan de documenten waarnaar de Commissie verwijst, konden worden uitgelegd en wetenschap kon worden verkregen van de feiten die zich in de periode 1998 tot en met 2002 hebben voorgedaan.

19. Wat het bestreden arrest betreft, heeft het Gerecht in de punten 339 tot en met 349 daarvan uitspraak gedaan over de in geding zijnde weigering van de Commissie om Repsol e.a. voor punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 in aanmerking te laten komen op grond dat, aldus punt 592 van de litigieuze beschikking, de Commissie reeds voordat zij op 31 maart 2004 de verklaring van Repsol ontving, die aan haar verzoek op grond van bedoelde mededeling van 2002 was gehecht, over relevante informatie beschikte die afkomstig was uit de documenten van ten

10 — Beschikking Otis Luxembourg e.a./Commissie (C-494/11 P, EU:C:2012:356, punt 88).

11 — Arrest Elf Aquitaine/Commissie (C-521/09 P, EU:C:2011:620, punt 35).

tijde van de inbreuk, die zij tijdens de inspecties op 1 en 2 oktober 2002 had verzameld. Meer bepaald volgt uit punt 343 van het bestreden arrest dat „[rekwirantes] ten onrechte stellen dat Repsol degene is die in haar verzoek krachtens de mededeling van 2002 de inlichtingen heeft verstrekt op basis waarvan de Commissie kon weten dat het kartel van 1998 tot 2002 is voortgezet”.

20. Gelet op een en ander, ben ik van mening dat het onderhavige middel ontvankelijk is.

C – Criteria voor de toepassing van punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 door de Commissie

1. Algemene opmerkingen over punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002

21. Met hun tweede middel verwijten Repsol e.a. het Gerecht dat het blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting die gevolgen heeft voor de uitlegging van de mededeling inzake medewerking van 2002.

22. Ik breng kort in herinnering dat het doel van het clementieprogramma erin bestaat om de plegers van een inbreuk zover te brengen dat zij die inbreuk aangeven teneinde daar snel en volledig een einde aan te maken. Deze snelle en betrouwbare ontdekking is in het algemeen belang van de markten en de bescherming van de individuele belangen van de slachtoffers van kartels.¹²

23. Met dat doel en met het oog op de transparantie heeft de Commissie richtsnoeren vastgesteld waarin zij aangeeft hoe zij deze of gene omstandigheid rond de inbreuk in aanmerking zal nemen en welke gevolgen daaraan kunnen worden verbonden voor de hoogte van de geldboete. Het betreft dus een gedragsregel die indicatief is voor de te volgen praktijk, waarvan de administratie in een concreet geval niet mag afwijken zonder opgaaf van redenen die verenigbaar zijn met het beginsel van gelijke behandeling.¹³

24. Aangaande de mededeling inzake medewerking van 2002 heeft het Gerecht geoordeeld dat de logica van deze mededeling daarin is gelegen dat de ondernemingen die aan ongeoorloofde mededingingsregelingen deelnemen, worden aangemoedigd om met de Commissie mee te werken in haar strijd tegen kartels. Vanuit die optiek strekt punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 ertoe een onderneming, zelfs als zij niet als eerste een verzoek om immuniteit met betrekking tot het kartel in kwestie heeft ingediend, te belonen wanneer zij de eerste is die de Commissie bewijsmateriaal verschaft met betrekking tot feiten die de Commissie niet eerder bekend waren en die een rechtstreeks gevolg hebben voor de zwaarte of de duur van het kartel.¹⁴

25. Gezien de kenmerken van de mededelingen die hierboven zijn uiteengezet en daar waar de clementieprocedure naar haar aard een uitzondering is ten opzichte van de bepalingen van Unierecht die mededingingsversturende kartels verbieden, gebiedt het beginsel van de rechtszekerheid dat de bepalingen van de mededeling inzake medewerking van 2002 eng worden uitgelegd.

12 — Chaput, Y., „Philosophie des programmes de clémence et de transaction”, in *Clémence et transaction en matière de concurrence – Actes du colloque du 19 janvier 2005*, blz. 5, beschikbaar op de website van CREDA (www.creda.cci.fr).

13 — Arresten Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie (C-397/03 P, EU:C:2006:328, punt 91) en Chalkor/Commissie (C-386/10 P, EU:C:2011:815, punten 59 en 60).

14 — Arrest Transcatlab/Commissie (T-39/06, EU:T:2011:562, punten 378-382).

2. Begrip „niet eerder bekende feiten”

26. Ik herinner eraan dat punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 verwijst naar bewijsmateriaal dat betrekking heeft op „feiten die de Commissie niet eerder bekend waren”. Het debat waartoe de onderhavige zaak aanleiding heeft gegeven, toont aan dat de bewoordingen van bedoeld punt op twee verschillende manieren kunnen worden uitgelegd.

27. Volgens een letterlijke interpretatie gaat het om het ontbreken van *wetenschap* van de Commissie van de relevante feiten, hetgeen ook uit de andere taalversies naar voren lijkt te komen.¹⁵

28. Volgens een tweede lezing, waaraan ik eerder de voorkeur zou geven, kan in bedoelde uitdrukking een objectief criterium worden gezien, dat van toepassing is op de *mededeling* of *toezending* van bewijsmateriaal aan de Commissie, waardoor een onderscheid kan worden gemaakt tussen bewijsmateriaal dat betrekking heeft op nieuwe feiten en bewijsmateriaal dat de Commissie reeds in haar bezit heeft.¹⁶ Volgens mij is die tweede lezing meer in overeenstemming met de eerste twee alinea's van punt 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002, die betrekking hebben op het ter beschikking hebben van bewijsmateriaal als criterium voor de afbakening van de toegevoegde waarde, zonder de wetenschap van de Commissie te vermelden.

29. Volgens de rechtspraak blijkt uit de bewoordingen van punt 23 van de mededeling inzake medewerking van 2002 dat voor de daarin voorziene gedeeltelijke immuniteit aan twee voorwaarden moet zijn voldaan, namelijk, *in de eerste plaats*, dat de betrokken onderneming de eerste is die de Commissie bewijsmateriaal verstrekt dat betrekking heeft op feiten die de Commissie niet eerder bekend waren en, *in de tweede plaats*, dat deze feiten, doordat zij rechtstreeks gevolgen hebben voor de beoordeling van de zwaarte of de duur van de inbreuk, de Commissie in staat stellen om tot nieuwe conclusies ten aanzien van de inbreuk te komen. Meer bepaald heeft het Hof benadrukt dat het begrip „feiten die de Commissie niet [...] bekend waren”, waarvan sprake is in de eerste voorwaarde, ondubbelzinnig is en dat punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 derhalve eng mag worden uitgelegd, in die zin dat dit punt enkel van toepassing is op gevallen waarin een bij een kartel betrokken onderneming de Commissie nieuwe inlichtingen verstrekt inzake de zwaarte of de duur van de inbreuk, en niet op gevallen waarin de onderneming slechts informatie verstrekt die het bewijs van het bestaan van de inbreuk kan bevestigen.¹⁷

30. Die uitlegging is terug te voeren op het feit dat de doeltreffendheid van het clementieprogramma zou worden aangetast indien de ondernemingen er niet meer toe zouden worden aangezet om als eerste informatie te verschaffen waarmee aan de Commissie het bestaan van een kartel wordt onthuld.¹⁸

31. In algemene zin noopt de onderhavige zaak tot een beschouwing van de strekking van de rechtspraak die hierboven is aangehaald. Er is namelijk een geval dat tot de toepassing van punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 kan leiden dat in de rechtspraak nog niet aan de orde is gekomen, namelijk dat waarin de tweede klokkenluider de Commissie bewijs verschaft op basis waarvan zij gegevens kan „ontcijferen” die zij reeds in haar bezit had maar die zij nog niet had kunnen gebruiken zonder de „sleutel” die haar later is aangereikt. Een dergelijke mogelijkheid valt niet onder het „versterken” maar het „vormen” van bewijsmateriaal.

15 — In de Engelse versie: „In addition, if an undertaking provides evidence relating to facts previously unknown to the Commission [...]”; in de Duitse versie: „Falls ein Unternehmen Beweismittel für einen Sachverhalt vorlegt, von denen die Kommission zuvor keine Kenntnis hatte [...]”.

16 — Mijn lezing van punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 is gebaseerd op het onderscheid dat gewoonlijk wordt gemaakt tussen het te bewijzen rechtsfeit („Beweistatsache”) en het gebruikte bewijsmiddel („Beweismittel”).

17 — Arrest LG Display en LG Display Taiwan/Commissie (C-227/14 P, EU:C:2015:258, punt 79); zie in die zin ook beschikking Kuwait Petroleum e.a./Commissie (C-581/12 P, EU:C:2013:772, punt 19).

18 — Zie in die zin arrest LG Display en LG Display Taiwan/Commissie (EU:C:2015:258, punt 84) en beschikking Kuwait Petroleum e.a./Commissie (C-581/12 P, EU:C:2013:772, punt 20).

32. Ik moet in de onderhavige zaak vaststellen dat het zogenoemde „cognitieve” criterium dat Repsol e.a. bepleiten geen doel treft, omdat het de toets van de „gewone juridische logica”¹⁹ niet kan doorstaan. Die is namelijk ook van toepassing op het clementiesysteem zoals dat uit de mededeling van de Commissie voortvloeit.

33. Naar de maatstaven van de gewone juridische logica staat immers vast dat de Commissie als instelling, dus een collectief lichaam, niet hetzelfde cognitieve vermogen heeft als een persoon. Zij kan dat alleen in overdrachtelijke zin hebben.²⁰

34. Bovendien zijn de klassieke regels over de rechtsgevolgen die aan de mededeling van feiten of informatie moeten worden verbonden, gebaseerd op de veronderstelling dat het bezit van een meegedeeld document gelijkstaat aan het kennen van de inhoud daarvan.²¹ Indien dat anders zou zijn, zou een groot aantal bepalingen van civiel, administratief of procedureel recht hun werkzaamheid worden ontnomen.

35. Volgens mij is een dergelijke logica mutatis mutandis ook van toepassing op punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002. De Commissie is niet onwetend van de feiten ten aanzien waarvan zij over bewijsmateriaal beschikt, los van de vraag of dat materiaal al of niet door haar personeelsleden, ambtenaren of diensten is onderzocht en geanalyseerd. Ik merk in dat verband op dat in punt 23, tweede alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 is vermeld dat „de Commissie rekening [zal] houden met de datum *waarop het bewijsmateriaal* [...] ingediend werd”.²²

36. Een andere benadering zou niet alleen tot onoverkomelijke bewijsproblemen leiden, maar ook onaanvaardbare rechtsonzekerheid scheppen voor de ondernemingen die in het kader van clementie verzoeken doen.

37. Stel dat er twee ondernemingen, A en B, zijn die de Commissie documenten van gelijke waarde toezenden, de ene een maand na de andere. Twee ambtenaren binnen de bevoegde dienst van de Commissie krijgen de opdracht om de verzoeken te onderzoeken. Ambtenaar AA, die belast is met het onderzoek van het verzoek van onderneming A, dat als eerste is binnengekomen, staat bekend om zijn nauwgezetheid en traagheid. Uiteindelijk is het dus ambtenaar BB, die belast is met het onderzoek van het verzoek van onderneming B, die als eerste tot de conclusie komt dat dit tweede verzoek bewijsmateriaal bevat dat immuniteit rechtvaardigt.²³ Ambtenaar AA komt een week later tot dezelfde conclusie wat onderneming A betreft. In die constellatie zou de toepassing van het zogenoemde „cognitieve” criterium tot gevolg hebben dat onderneming A de mogelijkheid verliest om voor immuniteit in aanmerking te komen. Volgens mij toont dit aan dat een dergelijk criterium zich niet verdraagt met de doelstellingen van de mededeling inzake medewerking en het rechtszekerheidsbeginsel.

19 — Ik verwijs hier naar verschillende hypothesen die niet tot concepten zijn uitgewerkt omdat zij voor de hand liggend zijn en die de basis vormen voor de wijze waarop wij onze rechtscultuur opvatten.

20 — De wetenschap of het ontbreken van wetenschap kan bij de Commissie dus alleen worden vastgesteld door middel van de wetenschap die een van haar personeelsleden of ambtenaren heeft verkregen. Voor het zogenoemde „cognitieve” criterium zoals Repsol e.a. dat voorstaat, moet worden bepaald welke personen zodanige wetenschap hadden dat aan de hand daarvan de wetenschap van de instelling kan worden aangetoond.

21 — Gewoonlijk wordt de zekere afgifte in persoon alsook de aangetekende brief met bericht van ontvangst geacht een geldige mededeling te zijn. De geadresseerde kan niet aanvoeren dat hij de brief goed ontvangen heeft, maar geen kennis van de inhoud daarvan heeft genomen omdat hij hem niet open heeft gemaakt.

22 — Mijn cursivering.

23 — Ik verduidelijk dat de mededeling inzake medewerking van 2002 de voorwaarden definieert waaronder de ondernemingen die met de Commissie meewerken in de loop van een door haar verricht kartelonderzoek, kunnen worden vrijgesteld van geldboeten of een vermindering kunnen verkrijgen van de geldboete die zij anders hadden moeten betalen. Wanneer voor een en dezelfde inbreuk meerdere clementieverzoeken worden ontvangen, wordt het eerste verzoek als het clementieverzoek beschouwd en de daaropvolgende verzoeken als verzoeken om boetevermindering, tenzij het eerste zou worden afgewezen. In de onderhavige zaak wordt Repsol e.a. geacht, om boetevermindering te hebben gevraagd.

38. Gelet op een en ander moet de wetenschap worden bepaald aan de hand van het bewijs dat de Commissie reeds in haar bezit had op het moment waarop het tweede clementieverzoek is gedaan. De hoofdfunctie van punt 23, laatste alinea, van de mededeling inzake medewerking van 2002 is dus om de volgorde en de indexering van de inlichtingen en het bewijsmateriaal dat aan de Commissie wordt verstrekt te bepalen.²⁴

3. Redenering van het Gerecht in het bestreden arrest

39. In de punten 339 tot en met 349 van het bestreden arrest is het Gerecht uitgegaan van twee hoofdelementen. Om te beginnen heeft het verwezen naar punt 592 van de litigieuze beschikking, waarvan de inhoud niet wordt bestreden en waaruit blijkt dat de Commissie wel degelijk in het bezit was van documenten die het bewijs leverden dat het kartel van 1998 tot en met 2002 heeft bestaan. Het Gerecht heeft dus als vaststaand beschouwd dat punt 592 van de litigieuze beschikking, dat naar 38 andere punten verwijst, volstond om de grieven van Repsol e.a. te weerleggen. Nadat dit feit in de ogen van het Gerecht vaststond, heeft het in de tweede plaats beoordeeld welke toegevoegde waarde toekwam aan het feitenrelaas van Repsol betreffende die periode en is het tot de conclusie gekomen dat dit niet kon worden geacht om buitengewone toegevoegde waarde aan hun medewerking te verlenen.

40. Ik herinner er in dat verband aan dat het Hof in de zaak LG Display en LG Display Taiwan/Commissie heeft vastgesteld dat „uit [...] het bestreden arrest volgt dat het Gerecht in het kader van zijn soevereine beoordeling van de feiten heeft opgemerkt dat ‚de Commissie, toen [rekwirantes] op 20 juli 2006 hun verklaring aflegden, *op grond van de [...] verstrekte gegevens reeds wist* dat bepaalde karteldeelneemers bilaterale contacten [waren] blijven onderhouden in 2005’. Rekwirantes hebben niet aangevoerd dat het Gerecht op dit punt blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting. Deze vaststelling was voor het Hof aanleiding om het arrest van het Gerecht te bevestigen.²⁵

41. Het is juist dat het Gerecht in punt 341 heeft verklaard dat „*de Commissie* reeds voordat zij op 31 maart 2004 de verklaring van Repsol ontving [...], *over relevante informatie beschikte*, zoals zij er in punt 592 van het bestreden besluit op heeft gewezen”, zodat het ook juist is dat het onderzoek van het Gerecht oppervlakkig kan blijken. Er zou zelfs gesteld kunnen worden dat het Gerecht in de onderhavige zaak niet is nagegaan of het bezit van bewijsmateriaal gelijkstaat aan het kennen van de inhoud daarvan.

42. Gelet echter op de irrelevantie van het zogenoemde „cognitieve” criterium, ben ik van mening dat het bezit van bewijsmateriaal in die context gelijkstaat aan het kennen van de inhoud daarvan. Los van het feit of deze redenering van het Gerecht moet worden beschouwd als vaststelling van de feiten of als juridische kwalificatie van de feiten, brengt het niet ter zake doen van het „cognitieve” criterium mij ertoe om de kritiek van Repsol e.a. van de hand te wijzen.

43. In die omstandigheden is in de delen van het bestreden arrest waarop het tweede middel van de hogere voorziening betrekking heeft, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat genoemd middel ongegrond is.

24 — Zoals het arrest Solvay/Commissie (C-110/10 P, EU:C:2011:687) laat zien, zijn er ook gevallen waarin de Commissie een deel van het bewijsmateriaal kwijtraakt, hetgeen in de onderhavige zaak niet het geval is.

25 — EU:C:2015:258, punt 80.

VI – Conclusie

44. Om die redenen en onverminderd de overige middelen van de hogere voorziening, geef ik het Hof in overweging om het tweede middel af te wijzen. De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.