



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 21. maj 2015¹

Sag C-194/14 P

**AC-Treuhand AG
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel — karteller — det europæiske marked for varmestabilisatorer — prisfastsættelse, opdeling af markeder og udveksling af følsomme kommercielle oplysninger — beslutning, der fastslår overtrædelser af artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF) og EØS-aftalens artikel 53 — beslutning vedrørende en rådgivningsvirksomhed, der ikke udgør et konkurrencepres på de relevante markeder«

1. De bestemmelser, der finder anvendelse på virksomheder i henhold til artikel 81 EF og 82 EF (nu artikel 101 TEUF og 102 TEUF), skal hindre begrænsninger af den frie konkurrence. Påvisningen af en konkurrencebegrænsning forudsætter, at det, ud fra en økonomisk analyse, viser sig, at den pågældende virksomhed ved sin adfærd afstår fra helt eller delvist at udøve det konkurrencepres på de øvrige virksomheder på det eller de relevante markeder, som kendetegner en effektiv konkurrence – og dette til uomtvistelig skade for den økonomiske effektivitet og forbrugernes velfærd. En adfærd, der ikke begrænser konkurrencen som nævnt ovenfor, kan, uanset hvor moralsk eller etisk forkastelig den end måtte være, derimod ikke omfattes af forbuddene i EU-retten og navnlig ikke af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i artikel 81, stk. 1, EF.

2. Den foreliggende sag giver efter min opfattelse en ganske særlig lejlighed til at fremhæve denne grundlæggende regel.

3. AC-Treuhand AG (herefter »AC-Treuhand«) har med sin appel nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom, AC-Treuhand mod Kommissionen², hvori Retten ikke gav appellanten medhold i dennes søgsmål til prøvelse af Kommissionens beslutning K(2009) 8682 endelig af 11. november 2009 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38589 – Varmestabilisatorer) (herefter »den omtvistede beslutning«)³, og, subsidiært, om nedsættelse af de bøder, som selskabet er blevet pålagt.

¹ — Originalsprog: fransk.

² — T-27/10, EU:T:2014:59 (herefter »den appellerede dom«).

³ — Resumé i EUT 2010 C 307, s. 9.

4. Blandt de spørgsmål, der er rejst i den foreliggende sag, skal opmærksomheden henledes på et ikke tidligere behandlet spørgsmål. Domstolen anmodes for første gang⁴ om at afgøre, om en rådgivningsvirksomhed, der ikke driver virksomhed på de omhandlede markeder eller de forbundne markeder, kan retsforfølges for overtrædelse af konkurrencereglerne med den begrundelse, at den skulle have lettet gennemførelsen af den konkurrencebegrænsende aftale. Sagen rejser således en væsentlig problematik, der stadig er aktuel⁵, som giver anledning til, at Domstolen tager stilling til omfanget af kartelforbuddet efter traktaternes konkurrenceregler og således om karakteren af den adfærd, der kan omfattes af anvendelsesområdet for det pågældende forbud.

I – Tvistens baggrund

5. Sagens baggrund, således som den er gengivet i den appellerede doms præmis 1-24, kan sammenfattes som følger:

»2 Kommissionen [...] fastslog i den anfægtede beslutning, at et bestemt antal virksomheder havde overtrådt artikel 81 EF og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ved at have deltaget i to komplekser af konkurrencebegrænsende aftaler og former for samordnet praksis, der dækkede hele EØS-området, og som vedrørte dels tinstabilisatorsektoren, dels sektoren for epoxideret sojaolie og estere (herefter »ESBO/estere-sektoren«).

[...]

4 Ifølge den [omtvistede] beslutnings artikel 1 består begge disse overtrædelser i fastsættelse af priser, opdeling af markederne ved hjælp af salgskvoter, opdeling af kunder og udveksling af følsomme forretningsoplysninger, navnlig om kunder, produktionen og salg.

5 Det er anført i den [omtvistede] beslutning, at de berørte virksomheder deltog i disse overtrædelser i løbet af forskellige perioder mellem den 24. februar 1987 og den 21. marts 2000 med hensyn til tinstabilisatorer og mellem den 11. september 1991 og den 26. september 2000 med hensyn til ESBO/estere-sektoren.

6 Sagsøgeren, AC-Treuhand [...], hvis hovedsæde er beliggende i Zürich (Schweiz), er en rådgivningsvirksomhed, der udbyder et »komplet sortiment af skræddersyede ydelser til nationale og internationale organisationer og interesseorganisationer«, idet det præciseres, at det ligeledes fremgår af den [omtvistede] beslutning, at denne virksomhed beskriver sine ydelser på følgende måde: »forvaltning og administration af schweiziske og internationale erhvervsorganisationer samt sammenslutninger og nonprofitorganisationer; indsamling, behandling og udnyttelse af markedsoplysninger; præsentation af markedsstatistikker; kontrol af de meddelte tal hos deltagerne« [...]

[...]

4 — Det skal bemærkes, at Rettens dom af 8.7.2008, AC-Treuhand mod Kommissionen (T-99/04, EU:T:2008:256) (herefter »AC-Treuhand I-dommen«), hvori Retten for første gang tog stilling til anvendelsen af artikel 81 EF på en rådgivningsvirksomhed, der havde bidraget til gennemførelsen af en overtrædelse, ikke blev appelleret. I denne henseende skal det bemærkes, at selv om AC-Treuhand, i den sag, der gav anledning til den pågældende dom, blev fundet skyldig i en overtrædelse af artikel 81 EF, blev den kun pålagt en bøde på 1 000 EUR – et symbolsk beløb i forhold til de bøder, der pålægges de virksomheder, der er omfattet af den anfægtede beslutning i den foreliggende sag (Kommissionens beslutning 2005/349/EF af 10.12.2003 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-2/37 857 – Organiske peroxider) (EUT 2005 L 110, s. 44)).

5 — I en nylig afgørelse af 4.2.2015 har Europa-Kommissionen pålagt ICAP, en mægler i den finansielle sektor med base i Det Forenede Kongerige, en bøde på 14,96 mio. EUR for at have fremmet seks af syv karteller i sektoren for rentederivater i yen, ved hjælp af forskellige handlinger, der bidrog til de konkurrencebegrænsende mål, der blev forfulgt af medlemmerne af disse karteller. Et søgsmål mod den pågældende beslutning blev anlagt ved Retten den 14.4.2015 (sag T-180/15, der verserer for Retten).

- 10 Den [omtvistede] beslutning holder sagsøgeren ansvarlig, idet denne har spillet en central og tilsvarende rolle i de to omhandlede overtrædelser ved at organisere møder for deltagerne i kartellet, hvor sagsøgeren var til stede og deltog aktivt, ved at indsamle og levere oplysninger til deltagerne om salg på de omhandlede markeder, ved at tilbyde at fungere som mægler i tilfælde af spændinger mellem de berørte virksomheder og ved at opfordre parterne til at indgå kompromiser, hvorved disse aktiviteter blev udøvet mod vederlag [...]

[...]

- 20 Den [omtvistede] beslutnings artikel 1 holder sagsøgeren ansvarlig for dennes deltagelse i overtrædelserne vedrørende tinstabilisatorer fra den 1. december 1993 til den 21. marts 2000 og i overtrædelserne vedrørende ESBO/estere-sektoren fra den 1. december 1993 til den 26. september 2000.

[...]

- 24 Den [omtvistede] beslutnings artikel 2 har følgende ordlyd:

»For overtrædelse(rne) på markedet for tinstabilisatorer [...] pålægges følgende bøder:

[...]

17) AC-Treuhand er ansvarlig for et beløb på 174 000 EUR.

[...]

For overtrædelse(rne) på markedet for ESBO/estere [...], pålægges følgende bøder:

[...]

38) AC-Treuhand er ansvarlig for et beløb på 174 000 EUR.

[...]«

II – Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom

6. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. januar 2010 anlagde sagsøgeren sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning eller subsidiært nedsættelse af de pålagte bøder.

7. Til støtte for sin sag har appellanten påberåbt sig ni anbringender, som Retten, efter at have noteret sig, at appellanten frafaldt sit niende anbringende, har sammenfattet på følgende måde i den appellerede doms præmis 36 og 268:

- »36 Sagsøgeren har med henblik på annullation af den anfægtede beslutning påberåbt sig fire anbringender samt et femte anbringendes første led vedrørende for det første en tilsidesættelse af artikel 81 EF samt af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (det tredje anbringende), for det andet en forældelse af Kommissionens beføjelse til at pålægge bøder i medfør af artikel 25, stk. 5, i forordning nr. 1/2003 (det andet anbringende), for det tredje en tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af en for sen underretning om undersøgelsesproceduren i forhold til sagsøgeren (det ottende anbringende), for det fjerde en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist som følge af den administrative procedures varighed (det syvende anbringende) og for det femte en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 (det sjette anbringendes første led).

[...]

268 Sagsøgeren har til støtte for sin subsidiære påstand om ændring af den anfægtede beslutning med hensyn til størrelsen af de bøder, som sagsøgeren er blevet pålagt, påberåbt sig fire anbringender samt andet led af et femte anbringende om, for det første, en urigtig bedømmelse af overtrædelsernes varighed (det første anbringende), for det andet, den administrative procedures varighed (det syvende anbringende), for det tredje, Kommissionens forpligtelse til blot at pålægge sagsøgeren en symbolsk bøde, henset til omstændighederne i denne sag (det fjerde anbringende), for det fjerde, en tilsidesættelse af retningslinjerne for beregningen af bøder af 2006 med hensyn til beregningen af bødens grundbeløb (det femte anbringende) og, for det femte, en tilsidesættelse af nævnte retningslinjer med hensyn til fastlæggelsen af sagsøgerens betalingsevne (det sjette anbringendes andet led).«

8. Efter at have forkastet samtlige påberåbte anbringender afviste Retten sagen i sin helhed.

III – Parternes påstande og retsforhandlingerne ved Domstolen

9. I appelskriftet har appellanten nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede dom ophæves.
- Den omtvistede beslutning annulleres, for så vidt som den vedrører appellanten, subsidiært nedsættes de bøder, som appellanten er blevet pålagt.
- Subsidiært hjemvises sagen til fornyet behandling ved Retten.
- Kommissionen tilpligtes at betale appellantens omkostninger i forbindelse med sagen for Retten og for Domstolen.

10. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger.

11. Parterne har under retsmødet den 4. marts 2015 redegjort for deres standpunkter skriftligt og mundtligt.

IV – Analyse af appellen

12. Appellanten har til støtte for sin appel fremsat fire anbringender vedrørende henholdsvis I) en tilsidesættelse af artikel 81 EF og princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, som fastsat i artikel 49, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), og navnlig ved at anse dens handlinger for at udgøre en konkurrencebegrænsende aftale, II) en tilsidesættelse af sidstnævnte princip samt princippet om ligebehandling og begrundelsespligten ved pålæggelse af bøder, III) en tilsidesættelse af artikel 23, stk. 2 og 3 i forordning (EF) nr. 1/2003⁶ og retningslinjerne for beregning af bøder efter artikel 23, stk. 2, litra a) i forordning nr. 1/2003⁷ og IV) en tilsidesættelse af artikel 261 TEUF og artikel 23, stk. 3, og artikel 31 i forordning nr. 1/2003 i forbindelse med Rettens udøvelse af dens fulde prøvelsesret.

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

7 — EUT 2006 C 210, s. 2 (herefter »retningslinjerne fra 2006«).

13. Som nævnt i indledningen til dette forslag til afgørelse, rejser det første anbringende et principielt spørgsmål, som min gennemgang, efter en kort fremlæggelse af hver parts argumentation vedrørende det pågældende anbringende, vil koncentrere sig om. Der stilles spørgsmålstegn ved, om et selskab, der ikke udøver virksomhed på det marked, der er genstand for et kartel, i forhold til det nævnte kartel kan udgøre en virksomhed, der har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale efter artikel 81 EF, og herefter være ansvarlig for en tilsidesættelse af den pågældende bestemmelse, og i givet fald pålægges en bøde herfor.

1. Parternes argumenter

14. Appelskriftets første anbringende omhandler den appellerede doms præmis 43-45, hvori Retten afviste det tredje anbringende, som appellanten gjorde gældende i første instans, samt forskellige præmisser i dommen i sagen AC-Treuhand I, hvortil den appellerede dom henviser.

15. *Appellanten* har foreholdt Retten dels at have fastslået, at artikel 81 EF finder anvendelse på dens adfærd, dels at en sådan bred fortolkning var forudsigelig på tidspunktet for de omstændigheder, som udgjorde overtrædelsen. Retten har herved dels tilsidesat artikel 81 EF, dels set bort fra de krav om præcision og forudsigelighed, der følger af princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), fastsat i chartrets artikel 49, stk. 1.

16. I denne sammenhæng har appellanten først og fremmest gjort gældende, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 27. september 2011, *A. Menarini Diagnostics S.r.l. mod Italien*, klart fastslår den strafferetlige karakter af bødeprocedurerne i henhold til konkurrencereglerne. Som følge heraf skal der ske anvendelse af det høje beskyttelsesniveau, der følger af strafferettens princip om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel. Appellanten har ligeledes gjort gældende, at kravet om retlig klarhed, ligeledes ifølge Domstolen⁸, er særlig vigtig på et område, hvor der, som i den foreliggende sag, kan pålægges særlig betydelige bøder.

17. Dernæst har appellanten gjort gældende, at selskabet ikke selv har deltaget i en aftale eller samordnet praksis efter artikel 81 EF.

18. Selskabet har således gjort gældende, at det fremgår af den pågældende artikels klare ordlyd, at den blotte hjælp til et kartel ikke henhører under dens anvendelsesområde, da bestemmelsen kun omfatter parterne i selve aftalen eller den samordnede praksis. I den foreliggende sag bestod den konkurrencebegrænsende aftale i et kartel mellem producenter vedrørende prisfastsættelse samt en opdeling og tildeling af leveringskvoter og kunder. Appellantens adfærd kan ikke betegnes som en deltagelse i en sådan sammenkomst af samstemmende viljer, da den bestod i den blotte levering af ydelser til det pågældende kartel. Efter Domstolens praksis forudsætter forekomsten af en aftale i det mindste to parters samstemmende vilje⁹.

19. Appellanten har ligeledes gjort gældende, stadig under henvisning til Domstolens praksis, at forekomsten af en aftale kræver en fælles vilje til at opføre sig på en bestemt måde på markedet. I den foreliggende sag havde de kontrakter om tjenesteydelser, der blev indgået mellem appellanten og hver af producenterne, imidlertid ikke den markedsrelation, som kræves af Domstolen. Der var ingen direkte forbindelse mellem de nævnte kontrakter og den konstaterede konkurrencebegrænsning, som var det eneste resultat af kartellet mellem producenterne. Ydermere var appellanten ikke aktiv på de markeder i et tidligere eller efterfølgende led eller på de tilstødende markeder, der var berørt af kartellet.

8 — Dom Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (32/79, EU:C:1980:189, præmis 46).

9 — Domme Kommissionen mod Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 79) og Kommissionen mod Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, præmis 37).

20. Appellanten er derfor af den opfattelse, at selskabet ikke kan foreholdes at have deltaget i en »samordnet praksis«. Appellanten har således hverken opgivet eller begrænset sin selvstændige adfærd på markedet som følge af en koordinering eller et samarbejde med producenterne, således som det kræves ifølge retspraksis.

21. Endvidere har appellanten gjort gældende, at dennes »medvirken« højst kunne straffes i henhold til legalitetsprincippet, såfremt der på tidspunktet for kartellet havde været en fast retspraksis, på grundlag af hvilken der kunne udledes en tilstrækkelig klar anklage¹⁰. Appellanten har imidlertid anført, at inden dommen i sagen AC-Treuhand I fandtes der ingen retspraksis herom. Endvidere følger det både af den pågældende dom og af Kommissionens beslutning, der ligger til grund for dommen¹¹, at Kommissionens beslutning om at retsforfølge en rådgivningsvirksomhed var ensbetydende med en ændring af dens tidligere beslutningspraksis.

22. Endelig har appellanten anført, at formålstjenelige hensyn vedrørende konkurrencen ikke kan føre til en tilsidesættelse af legalitetsprincippet på grundlag af en bred fortolkning af artikel 81 EF. Det eneste spørgsmål, der opstår, er, hvorvidt den bistand, som appellanten har ydet, kan straffes i henhold til artikel 81, stk. 1. EF, og ikke, om den bør straffes.

23. *Kommissionen* mener, at det første anbringende bør forkastes.

24. Den har først og fremmest gjort gældende, at legalitetsprincippet i chartrets artikel 49, stk. 1, omfatter princippet om præcision, forbuddet mod analogislutninger og det principielle forbud mod retsakters tilbagevirkende kraft. De samlede bestemmelser i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og artikel 81 EF er imidlertid ikke en del af den »hårde kerne« i strafferetten, således at de principper, der regulerer denne, ikke nødvendigvis finder anvendelse i deres fulde omfang her. Dette er ikke i strid med dommen i sagen A. Menarini Diagnostics S.r.l. mod Italien, idet denne kvalificerede bødeproceduren, i henhold til konkurrenceretten, som en procedure af administrativ karakter før den bemærkede, at de pålagte bøder kan have en strafferetlig karakter.

25. Under alle omstændigheder er principperne om præcision og forbuddet mod analogislutninger ikke til hinder for en i retspraksis gradvis klarlægning af det præcise indhold af straffebestemmelserne. Selv om princippet vedrørende tilbagevirkende kraft kunne være til hinder for en anvendelse med tilbagevirkende kraft af en ny, og ikke forudsigelig, fortolkning af en straffebestemmelse, afhænger denne forudsigelighed navnlig af indholdet og anvendelsesområdet for den pågældende bestemmelse samt de emner den omhandler. Når en straffebestemmelse allerede opfylder princippet om præcision ved en klar ordlyd, er det i øvrigt ikke længere nødvendigt at anvende fortolkende retspraksis for at princippet om præcision er opfyldt¹².

26. Dernæst har Kommissionen gjort gældende, at appellants argumenter, som indebærer en yderst restriktiv fortolkning af kriteriet »aftale mellem virksomheder« foreskrevet i artikel 81 EF, ikke kan gives medhold. En klar og præcis overførsel af en konkurrencebegrænsende aftales funktioner til en virksomhed, der yder tjenesteydelser med henblik på en effektiv gennemførelse af kartellet, er klart omfattet af forbuddet i den pågældende bestemmelse.

10 — Dom Evonik Degussa mod Kommissionen (C-266/06 P, EU:C:2008:295).

11 — Beslutning 2005/349.

12 — Dom Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 217ff.).

27. I denne henseende har Kommissionen først gjort gældende, at ordlyden i artikel 81 EF er meget bred og kan omfatte enhver fælles vilje eller enhver koordineret eller hemmelig adfærd mellem mindst to virksomheder¹³. Eftersom de af appellantens ydede tjenester objektivt og subjektivt tjente til at støtte de to karteller på markederne for varmestabilisatorer, fandtes der mellem appellantens og de øvrige karteldeltagere den samstemmende vilje, der kræves, for at der foreligger en aftale.

28. For det andet er det ikke nødvendigt at vide, om konkurrencebegrænsningen på markederne for varmestabilisatorer udgør det primære mål eller et accessorisk sigte i appellantens adfærd, eller om der er en direkte forbindelse mellem denne adfærd og konkurrencebegrænsningen eller ej. Selv om en »aftale« i retspraksis sædvanligvis beskrives som udtryk for en »fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde«, betyder det imidlertid ikke, at den nødvendige samstemmende vilje for samtlige parter skal udgøre et mål forbundet med markedet eller vedrøre en begrænsning af samtlige parters handlefrihed. Det er ligegyldigt, om appellantens hverken har drevet virksomhed på de markeder, der er omhandlet af kartellet, på nabomarkeder eller markeder under opbygning, idet appellantens tjenesteydelser vedrørende hemmelige aftaler objektivt og subjektivt har bidraget til at begrænse konkurrencen som følge af konkurrencebegrænsende aftaler vedrørende varmestabilisatorer.

29. Hvad for det tredje angår spørgsmålet om, hvorvidt appellantens med rimelighed kunne forudse den anvendte fortolkning på tidspunktet for kartellet, har Kommissionen fremhævet, at allerede i en beslutning vedtaget i 1980¹⁴, dvs. før overtrædelserne i den foreliggende sag indtrådte, havde den fastslået, at tjenesteydelser vedrørende hemmelige aftaler ydet af et selskab, der er beskæftiget med administrativ forvaltning, var i strid med artikel 81 EF.

30. For det fjerde har Kommissionen gjort gældende, at Retten slet ikke har udvidet anvendelsen af artikel 81 EF ud over dens ordlydsmæssige grænser, men ved at henholde sig til formålet med konkurrenceretten og hensigten med at beskytte konkurrencen derimod har fastslået, at en teleologisk begrænsning af denne bestemmelse ikke er mulig, og den har ikke begået nogen retlig fejl ved at henvise til den effektive virkning af artikel 81 EF.

2. Bedømmelse

31. Ved undersøgelsen af det første anbringende opstår to spørgsmål.

32. Det første er, hvorvidt artikel 81, stk. 1, EF kan finde anvendelse på en virksomhed, der som appellantens ikke er aktiv på det berørte marked eller forbundne markeder og som ikke, i snæver forstand, har indgået en konkurrencebegrænsende aftale eller har udvist samordnet praksis på de pågældende markeder.

33. Det andet spørgsmål, der er accessorisk og som alene er relevant, hvis det fastslås, at appellantens adfærd er omfattet af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF er at afgøre, om appellantens i givet fald med rimelighed kunne forudsige, at forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF i princippet fandt anvendelse på denne.

34. Af de neden for anførte grunde er jeg af den faste overbevisning, at det første spørgsmål skal besvares benægtende – og at det således er ufornuddent at besvare det andet spørgsmål. Indledningsvis vil jeg koncentrere mig om anvendelsesområdet for artikel 81, stk. 1, EF for dernæst at uddybe appellantens særlige situation.

13 — Dom Consten og Grundig mod Kommissionen (56/64 og 58/64, EU:C:1966:41).

14 — Kommissionens beslutning 80/1334/EØF af 17.12.1980 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29 869 – Støbt glas i Italien) (EFT L 383, s. 19).

a) Omfanget af det i traktaterne indeholdte forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler: forbuddet mod samordning, der, ud fra en økonomisk analyse, har en begrænsende indvirkning på konkurrencen

35. Det forekommer mig hensigtsmæssigt at henvise til, at Retten i den appellerede doms præmis 43 og 44 begrundet muligheden for at straffe en virksomhed i en situation som appellantens ved en henvisning til dennes betragtninger i dommen i sagen AC-Treuhand I.

36. I den pågældende dom bekræftede Retten princippet om AC-Treuhands ansvar for at have tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF. Den adfærd, der blev tillagt sagsøgeren, var meget lig adfærden i den foreliggende sag. Sagsøgeren blev således kritiseret for at have spillet en nøglerolle i kartellet om organiske peroxider ved at organisere møder mellem producenterne, at opbevare visse hemmelige dokumenter vedrørende kartellet, at indsamle og behandle bestemte oplysninger samt at udføre logistiske og administrative opgaver vedrørende tilrettelæggelsen af møder.

37. Rettens begrundelse i dommen i sagen AC-Treuhand I er i det væsentlige som følger.

38. For det første skal udtrykket »aftale« i artikel 81 EF forstås bredt. Forekomsten af en »fælles vilje« til at optræde på markedet på en bestemt måde er tilstrækkelig, og det kræves ikke, at der foreligger en fuldstændig overensstemmelse mellem det relevante marked, hvorpå den virksomhed, som er »ophavsmand« til konkurrencebegrænsningen, er aktiv, og det marked, hvorpå denne begrænsning tilsigtes at have sin virkning. Enhver samordnet adfærd med de øvrige virksomheder, der har til formål at begrænse konkurrencen på et relevant marked, kan tilsidesætte forbuddet fastsat i artikel 81, stk. 1, EF (jf. præmis 117-122 i dommen i sagen AC-Treuhand I).

39. For det andet er det ikke udelukket, at en virksomhed kan deltage i gennemførelsen af en sådan konkurrencebegrænsning, selv om den ikke begrænser sin egen handlefrihed på det marked, hvorpå virksomheden primært er aktiv. Enhver anden fortolkning kan indskrænke rækkevidden af det forbud, der er fastsat i artikel 81, stk. 1, EF, og modvirke bestemmelsens effektive virkning, idet en sådan fortolkning ikke giver adgang til at forfølge en virksomheds aktive bidrag til en begrænsning af konkurrencen (jf. præmis 124-128 i dommen i sagen AC-Treuhand I).

40. For det tredje, for at fastslå en virksomheds deltagelse i et kartel, er det tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at den pågældende virksomhed har haft til hensigt ved sin egen adfærd – selv underordnet, accessorisk eller passivt – at bidrage til de fælles mål, som deltagerne har forfulgt, og at den pågældende virksomhed har haft kendskab til de konkrete handlinger, som de øvrige virksomheder har planlagt eller foretaget, eller at den med rimelighed har kunnet forudse dem og været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. Disse principper finder tilsvarende anvendelse på en virksomheds deltagelse, når virksomhedens økonomiske aktivitet og faglige ekspertise udelukker, at den har kunnet være uvidende om den konkurrencebegrænsende karakter af den pågældende adfærd og således bidrager med en ikke uvæsentlig støtte til overtrædelsen (jf. præmis 129-136 i dommen i sagen AC-Treuhand I).

41. For det fjerde fastslog Retten endelig i præmis 164 i dommen i sagen AC-Treuhand I, at Kommissionens beslutningspraksis de sidste tyve år, hvori den undlader at dømme og sanktionere rådgivningsvirksomheder indblandet i karteller, uden dog at afvise at de kan holdes ansvarlige for tilsidesættelsen, ikke kunne skabe en begrundet forventning om, at Kommissionen i fremtiden undlader at forfølge rådgivningsvirksomheder, som deltager i et kartel. Den omstændighed, at beløbet af den pålagte bøde i det pågældende tilfælde var meget begrænset, er ikke afgørende for den foreliggende sag, for som Kommissionen med rette har bemærket, var der tale om at sanktionere enheder, bl.a. rådgivningsvirksomheder, for hvilket det tidligere var blevet besluttet ikke at sanktionere deres eventuelle medvirken i kartellets aktiviteter.

42. Disse overvejelser, der alle tjener til at gøre gældende, at artikel 81 EF kun fastsætter få grænser for karakteren af den samordning, der kan være omfattet af forbuddet i artiklens stk. 1, ser efter min opfattelse helt bort fra omfanget af dette forbud og det formål, det forfølger.

43. Ifølge artikel 81, stk. 1, EF »er alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, uforenelige med fællesmarkedet og forbudt«¹⁵.

44. Med risiko for at gentage, hvad der i mange henseender kan synes åbenbart, opstiller artikel 81 EF, ligesom artikel 82 EF, en række regler, der henvender sig til *virksomhederne* med henblik på at forbyde adfærd, der, ud fra en økonomiske analyse, viser sig at være skadelig for konkurrencen, eller som med rimelighed kan formodes at have en skadelig virkning på konkurrencen.

45. Formålet med konkurrencereglerne er samlet set at sikre, at virkningerne af den frie konkurrence, der modsvarer åbningen af markederne, ikke skades ved foranstaltninger, der i bred forstand er gunstige eller ugunstige for visse virksomheder, og som viser sig at være til skade for forbrugerne.

46. Uanset om det antages, at de nævnte former adfærd har et konkurrencebegrænsende formål eller snarere en konkurrencebegrænsende virkning, er forbuddet mod den adfærd, der er omfattet af de traktatbestemmelser, der er rettet mod virksomhederne, baseret på idéen om, at adfærden er skadelig for de normale konkurrencevilkårs rette funktion.

47. For at en virksomhed kan holdes ansvarlig for en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF skal det fastslås, i hvilket omfang den har deltaget i en aftale med andre virksomheder med henblik på at afstå fra at yde konkurrencepres på disse.

48. I denne henseende har Domstolen tidligt fastslået nødvendigheden af en økonomisk analyse, hvor der særligt blev lagt vægt på parternes stilling og betydning på markedet for de pågældende produkter eller tjenesteydelser¹⁶. Hvad angår metoder til identificering af samordning med et konkurrencebegrænsende mål har Domstolen for nylig fastslået, at der skal lægges vægt på den økonomiske analyse og erfaringen¹⁷ med henblik på at identificere den konkurrence, som virksomhederne er genstand for.

49. På samme måde har både Kommissionen¹⁸ og Domstolen gentagne gange fremhævet, at anvendelsen af traktatbestemmelserne om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler forudsætter, at tredjemands situation »på markedet« ændres mærkbart.

15 — Min fremhævelse.

16 — Jf. dom LTM (56/65, EU:C:1966:38), der, samtidig med at den fastslog, at artikel 85, stk. 1 i EF-traktaten (nu artikel 81, stk. 1, EF) ikke skelner mellem, om aftaleparterne virker på samme omsætningstrin (såkaldte »horisontale« aftaler) eller på forskellige trin (såkaldte »vertikale« aftaler), præciserede, at den konkurrence, som tilsidesættelsen vedrørte, skal forstås inden for de reelle rammer, hvor den ville udfolde sig, såfremt den omstridte aftale ikke fandtes (jf. bl.a. dommens s. 358 og 360).

17 — Jf. dom CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 51).

18 — Jf. navnlig punkt I.2 i Kommissionens meddelelse af 3.9.1986 vedrørende aftaler af ringe betydning, som ikke falder ind under artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (EFT C 231, s. 2), hvorefter »[a]ftaler er kun forbudt, såfremt de udøver en mærkbar indflydelse på markedsforholdene, med andre ord, hvis udenforstående virksomheders og forbrugernes markedsposition, dvs. deres afsætnings- og forsyningsmuligheder, forandres mærkbart«. Kommissionens meddelelse om aftaler af ringe betydning, der ikke indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen i henhold til artikel 81, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (bagatelaftaler) (EFT 2001 C 368, s. 13) gentager lignende betragtninger i sit punkt I og anfører bl.a., at »EF-domstolen har præciseret, at [...] [artikel 81, stk. 1, EF] ikke gælder, når aftalens virkning for handelen mellem medlemsstater eller for konkurrencen ikke er mærkbar«.

50. For at falde ind under det ved traktaterne fastsatte forbud herom skal virksomhedernes adfærd, der er omfattet af traktaterne, i det mindste være af en sådan *karakter, at den kan fjerne et i princippet eksisterende pres eller hindring på markedet*. Selv om karakteren af de af virksomhederne anvendte foranstaltninger bestemt er af sekundær betydning¹⁹, skal den ikke desto mindre resultere i et økonomisk pres, der kan hindre konkurrencen²⁰.

51. Med andre ord skal den omhandlede virksomhed for at deltage i en aftale, hvis formål eller virkning er konkurrencebegrænsende, ved normale markedsforanstaltninger, udøve et konkurrencepres (»competitive constraint«) på de øvrige deltagere i aftalen. Det er kun når den pågældende virksomhed udøver et konkurrencemæssigt pres, som det er umagen værd at begrænse, at der kan være tale om et sådant konkurrencepres.

52. Det er i denne henseende, at definitionen af det relevante marked er væsentlig, både i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF og artikel 81, stk. 1 EF. Selv om definitionen af det relevante marked sjældent er kontroversielt i forbindelse med anvendelsen af artikel 81 EF, har den altid til formål systematisk at fastslå det pres, som konkurrencen udøver på de pågældende virksomheder²¹.

53. Selv om det i denne henseende ganske vist er korrekt, at EU-konkurrenceretten ikke kræver, at samtlige deltagere i en aftale udøver økonomisk virksomhed på det marked, der er påvirket af aftalen, kræver den derimod en fastlæggelse af, hvorledes indgåelsen af den omtvistede aftale har konkurrencebegrænsende formål eller virkninger på et bestemt relevant marked.

54. Spørgsmålet er ikke kun, om de virksomheder, der kunne indgå en aftale i strid med artikel 81 EF, kan udøve virksomhed på særskilte markeder, men om de hver især kan udøve et konkurrencepres på hinanden. Selv om det er korrekt, at den konkurrence, der er genstand for artikel 81, stk. 1, EF, ikke kun er den konkurrence, der kan bestå mellem parterne i en aftale, men ligeledes den, der kan bestå mellem en af disse og tredjemand²², er det nødvendigt, at den pågældende enhed er i stand til at påtage sig eller afstedkomme konkurrencebegrænsende forpligtelser.

55. Dette krav synes ikke kun at følge af en teleologisk fortolkning af artikel 81, stk. 1, EF, men ligeledes af Domstolens praksis på området hvad særligt angår vertikale begrænsninger siden dommen i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen²³. Med henvisning til, at artikel 85 i traktaten (nu artikel 81 EF), som i almindelige vendinger henviser til samtlige aftaler, der hindrer konkurrencen inden for fællesmarkedet, ikke skelner mellem disse aftaler, afhængig af, om de er indgået mellem konkurrerende virksomheder i samme omsætningstrin eller mellem ikke-k concurrerende virksomheder på forskellige omsætningstrin, præciserede Domstolen i sit efterfølgende ræsonnement, i hvilket omfang adfærden i den pågældende sag, dvs. aftaler om eneforhandling indgået mellem en producent og dennes eneforhandler, kunne begrænse konkurrencen vedrørende de pågældende produkter mellem eneforhandlerne og de tredjeparter, der er disses konkurrenter. Den situation, der opstod som følge af de pågældende aftaler, bevirkede ligeledes, at det nationale marked for de omhandlede produkter blev opdelt, hvilket gjorde det muligt at anvende priser for disse produkter, der ikke var genstand for effektiv konkurrence.

56. Jeg vil i lyset af disse betragtninger nu undersøge den foreliggende sag.

19 — I denne henseende står det fast, at artikel 81 EF omfatter meget forskellige former for hemmelige aftaler – der udformes ved mere eller mindre formelle aftaler eller samordnet praksis, der ikke bekræftes i de egentlige konventioner. Det er tilstrækkeligt, at den pågældende konkurrencebegrænsende adfærd er udtryk for mindst to parter samstemmende vilje, idet den måde, hvorpå denne samstemmighed kommer til udtryk, ikke er afgørende (jf. bl.a. dom Kommissionen mod Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, præmis 37).

20 — Forslag til afgørelse fra generaladvokat Mayras Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Jf. i denne retning dom Erste Group Bank m.fl. mod Kommissionen (C-125/07 P, C-133/07 P og C-137/07 P, EU:C:2009:576, præmis 60).

22 — Dom Italien mod Rådet og Kommissionen (32/65, EU:C:1966:42).

23 — 56/64 og 58/64, EU:C:1966:41, s. 493.

b) Anvendelsen på det foreliggende tilfælde

57. I den foreliggende sag anmodes Domstolen om at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt artikel 81 EF kan finde anvendelse på adfærd hos »cartels facilitators«, dvs. erhvervsdrivende, der bidrager til gennemførelsen af en konkurrencebegrænsende aftale bl.a. ved at planlægge møder mellem konkurrenter og yde tjenester i forbindelse med konkurrencebegrænsende aftaler.

58. I 381. betragtning til den omtvistede beslutning beskriver Kommissionen sagsøgerens rolle således:

»Det fremgår af omstændighederne nævnt i [356.-359.] betragtning [...], at AC-Treuhand har spillet en væsentlig rolle i planlægningen og afholdelsen af møderne. AC-Treuhand havde et detaljeret kendskab til indholdet af de konkurrencebegrænsende tiltag og har på yderst professionel vis redigeret og udbredt samtlige oplysninger om pris, kvoter og kunder. AC-Treuhand havde beføjelse til at foretage revision hos de virksomheder, der deltog i kartellet. Kun de oplysninger, der blev godkendt af AC-Treuhand, kunne tjene som grundlag for forhandlingerne og tiltagene. AC-Treuhand stillede sine lokaler til rådighed for at muliggøre hemmeligholdelsen af kartellerne. I de to karteller var dens rolle at forhindre, at de to overtrædelser blev opdaget. I egenskab af mægler var dens rolle at tilskynde kompromisser, der kunne muliggøre indgåelsen af de konkurrencebegrænsende aftaler. AC-Treuhand stillede sine ydelser, sin professionelle ekspertise og infrastruktur til rådighed i de to karteller, for at kunne drage fordel heraf [...]«

59. Det skal fastslås, at de omstændigheder, som appellantens foreholdes, består i en flerhed af overtrædelser, uden at dennes rolle retligt og klart er fastslået som værende ophavsmand (deltager) eller medvirkende (eller facilitator)²⁴.

60. Således beskrevet fører appellantens situation derfor til spørgsmålet om hvorvidt, først og i forlængelse af det ovenstående, en virksomhed, der ikke opererer på markedet eller nabomarkedet kan retsforfølges som ophavsmand for en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og dernæst, om en sådan enhed kan retsforfølges for medvirken til konkurrencebegrænsende adfærd.

i) Kan et selskab, der ikke driver virksomhed på det pågældende marked eller nabomarkeder, være *ophavsmand* til en overtrædelse af forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler?

61. Som tidligere nævnt forbyder artikel 81, stk. 1, EF kun aftaler og samordnet praksis, der har til formål eller til følge at hindre konkurrencen.

62. For at kunne begrænse konkurrencen skal den retsforfulgte person eller enhed imidlertid, under normale omstændigheder, kunne udøve et konkurrencepres (»competitive constraint«) på de erhvervsdrivende på markedet, et pres der kan fjernes eller formindskes ved samordnede handlinger.

63. Uanset om den pågældende virksomhed opererer på det samme marked eller på samme omsætningstrin som de virksomheder, der deltager i en konkurrencebegrænsende aftale, skal det således afgøres, i hvilket omfang konkurrencen på markedet for de pågældende produkter potentielt er begrænset eller fjernet som følge af dennes deltagelse.

24 — Det fremgår ikke desto mindre af 668. betragtning til den omtvistede beslutning vedrørende fastsættelsen af bøderne, at AC-Treuhand blev holdt ansvarlig for sin »direkte deltagelse« i kartellerne i disse perioder.

64. Der er ingen tvivl om, at AC-Treuhand generelt set kan kvalificeres som en virksomhed i den forstand, at der er tale om en økonomisk enhed, der består af en samlet organisation af menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger et økonomisk mål på lang sigt. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 6, er der tale om et selskab, der bl.a. tilbyder tjenesteydelser på rådgivningsmarkedet²⁵.

65. Det skal imidlertid fastslås, at den i den foreliggende sag ikke kan betragtes som en aktiv virksomhed på det relevante marked eller et forbundet marked. Den har handlet i egenskab af konsulent, men den har hverken modtaget eller afstedkommet nogen som helst konkurrencebegrænsende forpligtelse. Den er ikke, end ikke potentielt, aktiv på de pågældende markeder, dvs. markederne for helt bestemte produkter, nemlig varmestabilisatorer af en bestemt type, men udelukkende på sit virksomhedsområde, nemlig markedet for levering af konsulentbistand.

66. Det ser ud til, at de eneste aftaler, som AC-Treuhand eventuelt indgår i, er de aftaler om tjenesteydelser, som den har indgået med de virksomheder, der deltager i kartellet om varmestabilisatorer. AC-Treuhand kan derimod ikke anses for fuldgældigt medlem af det kartel, der er identificeret i artikel 1 i den omtvistede beslutning, dvs. en række aftaler om samordnet praksis om særlige varmestabilisatorer, og som i det væsentlige består i prisfastsættelse, opdeling af markederne og klienterne samt udveksling af følsomme kommercielle oplysninger.

67. Formålet med de aftaler, der blev indgået mellem AC-Treuhand og virksomhederne på markedet, var alene levering af tjenesteydelser, der ganske vist var forbundet med gennemførelsen af kartellet, men som sådanne var adskilt fra den adfærd, der blev tillagt medlemmerne af kartellet.

68. Endvidere har Kommissionen ikke påstået, og slet ikke ført bevis for, at AC-Treuhand udøvede noget konkurrencepres, som i princippet kunne påvirke de virksomheder, der er med i kartellet. I mangel af et sådant konkurrencepres i forhold til medlemmerne af kartellet for varmestabilisatorer, kan AC-Treuhands adfærd ikke som sådan være konkurrencebegrænsende og derfor ikke være omfattet af forbuddet mod karteller i artikel 81, stk. 1, EF.

69. Selv om det skulle vise sig, at AC-Treuhands handlinger har haft en positiv virkning på kartellets virke ved at gøre det mere effektivt og skjule det, følger de pågældende handlingers virkninger på konkurrencen *udelukkende* af adfærden hos kartelmedlemmerne. Da AC-Treuhand under normale omstændigheder ikke udøver noget konkurrencepres i forhold til de pågældende virksomheder, kan virksomhedens udførte handlinger ikke begrænse konkurrencen.

70. Uanset hvor almindelige vendinger der anvendes i traktaten, kan de aftaler, der ikke i sig selv har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen, men som vedrører ydelser, der for parterne skal gøre det lettere at fortsætte ulovlig adfærd i en aftale, der selv er konkurrencebegrænsende, herefter ikke omfattes af forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF²⁶. En virksomheds blotte hensigt om at begrænse konkurrencen er ikke tilstrækkelig, når den rent faktisk ikke har nogen mulighed for at begrænse konkurrencen.

25 — Jf. i denne retning bl.a. dom Wouters m.fl. (C-309/99, EU:C:2002:98, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

26 — Domstolen fastslog tidligt, at selv om den almindelige formulering af de anvendte udtryk i traktaten vedrørende forbuddet mod karteller viser hensigten til uden forskel at ramme alle former for karteller, kan den restriktive karakter af artikel 81, stk. 1, EF ikke forenes med nogen udstrækning af det heri indeholdte forbud til andre end de tre udtrykkeligt nævnte former for karteller (jf. dom Parke, Davis og Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 109).

71. Hvis Domstolen skulle følge den fremgangsmåde, der i den foreliggende sag anbefales af Kommissionen, og som Retten har bekræftet, ville den i traktaterne indeholdte metode til identificering af konkurrencebegrænsende adfærd blive alvorligt forstyrret. Det ville efter min mening resultere i en manglende sammenhæng mellem den påviste adfærd og nødvendigheden af at fastslå en konkurrencebegrænsning i ordets økonomiske betydning, en manglende sammenhæng der gør det helt overflødigt at afgrænse det relevante marked og identificere det konkurrencepres, der i princippet udøves på det pågældende marked.

72. Denne manglende sammenhæng kan vise sig problematisk ikke kun i forbindelse med afdækningen af samordningen omfattet af artikel 81 EF, men ligeledes analogt, når der er tale om misbrug af dominerende stilling omfattet af forbuddet i artikel 82 EF. Intet gør det muligt at udelukke, at en facilitators adfærd, der f.eks. består i strategisk rådgivning eller økonomisk ekspertise, ligeledes straffes i forbindelse med anvendelsen af artikel 82 EF.

73. F.eks. kan det i forbindelse med anvendelsen af artikel 81 EF således være tilstrækkeligt at fastslå, at en virksomhed i videste forstand har gjort det lettere for virksomheder, eller har bistået disse i at indgå i en konkurrencebegrænsende adfærd på et givet marked, uden at det imidlertid kræves, at den, uafhængig af sin tilstedeværelse på det pågældende marked, rent faktisk har været i stand til at udøve et konkurrencepres på de virksomheder, der opererer eller ønsker at operere på det pågældende marked, dvs. uden vurdering af kartellets økonomiske magt²⁷. Tilsvarende vil en eller flere handelspartnere kunne foreholdes at have deltaget i et misbrug af en dominerende stilling uafhængig af en undersøgelse af, hvorvidt den pågældende rent faktisk havde en sådan stilling på et afgrænset marked og om den kunne begrænse konkurrencen på et givet marked.

74. Ved at bekræfte Kommissionens konklusion i denne henseende har Retten efter min opfattelse set bort fra ordlyden i artikel 81, stk. 1, EF, således som den skal fortolkes i lyset af lighedsprincippet.

75. Under disse omstændigheder er der i princippet ikke grund til at prøve, om appellantens, således som Kommissionen har gjort gældende, med rimelighed kunne forudse, at forbuddet i artikel 81, stk. 1, EF i princippet fandt anvendelse på denne.

76. I lyset af ovenstående betragtninger mener jeg ikke, at Kommissionen kunne anse AC-Treuhand for direkte ansvarlig for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF.

77. Kunne virksomheden være skyldig på et andet grundlag? Det er det spørgsmål, som jeg stiller mig i det følgende.

ii) Kan et selskab, der ikke udøver noget konkurrencepres på medlemmer af et kartel, være *medskyldig* i en tilsidesættelse af forbuddet mod karteller?

78. Når ansvaret hos en virksomhed som AC-Treuhand efter min opfattelse skal udelukkes som hovedophavsmand, idet denne ikke var aktiv på det relevante marked eller de markeder, der er forbundne med kartellet, opstår spørgsmålet imidlertid, hvorvidt denne virksomhed kan være medskyldig, idet det er præciseret, i modsætning til dommen i sagen AC-Treuhand I (jf. bl.a. præmis 133), at dette udtryk ikke udtrykkeligt er anvendt i den omtvistede beslutning og den appellerede dom.

27 — For at illustrere denne risiko, jf. bl.a. domme Deltafina mod Kommissionen (T-29/05, EU:T:2010:355, præmis 45 ff.) og Gütermann mod Kommissionen (T-456/05 og T-457/05, EU:T:2010:168, præmis 53).

79. Umiddelbart virker ideen overbevisende. Medskyldighed omfatter sædvanligvis ethvert bidrag til gennemførelsen af en overtrædelse, bl.a. ved hjælp eller bistand til overtrædelsens ophavsmand. Således omfatter medskyldighed, i strafferetten i en stor del af medlemsstaterne, enhver person der, uden at opfylde de omstændigheder, der udgør overtrædelsen, ved en positiv og oftest forsætlig adfærd har støttet eller lettet gennemførelsen af overtrædelsen.

80. De omstændigheder, der foreholdes AC-Treuhand (planlægning af møder, distribution og arkivering af dokumentation, bistand og forskellige handlinger for at hemmeligholde kartellet), kunne i princippet omfattes af denne betegnelse, eftersom den pågældende virksomheds adfærd med al tydelighed bestod i at yde bistand til kartelmedlemmerne ved kartellets gennemførelse.

81. I mangel af identifikation og præcis kvalificering af den adfærd, der er fundet kritisabel, synes en sådan konklusion ikke desto mindre vanskelig. Det er i øvrigt ikke gjort gældende, at AC-Treuhand's rolle var sekundær eller accessorisk i forhold til den rolle, der blev spillet af de virksomheder, der var med i det i den omtvistede beslutning omhandlede kartel.

82. Desuden og navnlig, selv om der, så vidt jeg ved, findes en stort set ens opfattelse af sondringen mellem »ophavsmand« til og »medskyldig« i en overtrædelse på området for strafferetlige sanktioner, synes en sådan sondring ukendt i den administrative sfære. Som Domstolen imidlertid har fastslået ved flere lejligheder, og selv om det kunne være genstand for diskussion, er EU-konkurrenceretten af administrativ karakter. Anvendelse af begrebet anstiftelse har således i princippet ingen betydning i denne sammenhæng. Selv om der er situationer, hvor det i medlemsstaternes lovgivning er foreskrevet at sanktionere de personer eller enheder, der har bistået ved gennemførelsen af en overtrædelse af konkurrencereglerne, er de tilfælde jeg har kunnet finde fåtallige og vedrører særlige nationale bestemmelser²⁸, eller en direkte følge af dommen i sagen AC-Treuhand I²⁹.

83. Under alle omstændigheder følger en sådan anklage ikke af ordlyden af artikel 81 EF eller de bestemmelser, der er vedtaget med henblik på dens gennemførelse.

84. I lyset af disse overvejelser mener jeg, at retsforfølgelsen af AC-Treuhand efter artikel 81, stk. 1, EF på EU-rettens nuværende trin er uden retsgrundlag.

85. Dette udelukker ikke, at de anstiftelseshandlinger, som AC-Treuhand beskyldes for, i fremtiden kan sanktioneres på grundlag af en specifik bestemmelse.

86. Her synes det interessant at bemærke, at lovgiver i visse medlemsstater har valgt at vedtage specifikke bestemmelser for at sanktionere »facilitator«-adfærd. Disse bestemmelser er oftest af strafferetlig karakter. Tilfældet med Det Forenede Kongerige synes at illustrere de iboende grænser for konkurrencereglerne med henblik på at vurdere handlinger, der støtter gennemførelsen af

28 — Jf. navnlig dom afsagt af Cour d'appel de Paris den 26.9.1991, hvor en advokat skulle straffes for juridisk rådgivning om samordnet praksis, samtidig med at det blev fastslået, at denne rådgivning var omfattet af tavshedspligten. Det skal dels nævnes, at artikel L. 420.1 i den franske code de commerce, der vedrører karteller, ikke betinger anvendelsen af, at parterne er virksomheder, dels foreskriver artikel L. 420-6 i den nævnte lov muligheden for bøde- eller fængselsstraf for det forhold, at »enhver fysisk person svigagtigt tager personligt og afgørende del i udformningen, planlægningen eller gennemførelsen af [konkurrencebegrænsende] handlinger som omhandlet i artikel L. 420-1 og L. 420-2«.

29 — Nederlandse Mededingingsautoriteit (den nederlandske konkurrencemyndighed), nu Autoriteit Consument & Markt, har den 12.6.2009 straffet en ingeniørvirksomhed for dennes rolle som facilitator inden for malersektoren (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/>). Den har for nylig pålagt en facilitator i landbrugssektoren en bøde på 5 000 EUR (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/>).

konkurrencebegrænsende adfærd, eftersom det er ved indførelsen af en specifik kriminalisering (»criminal cartel offence«) fastsat i kapitel 188 i Enterprise Act fra 2002³⁰, der trådte i kraft i juni 2003, at det blev besluttet at straffe en facilitator i den såkaldte sag om »kartellet vedrørende lasteslanger«³¹.

87. Efter min opfattelse tilkommer det alene EU-lovgiver at kriminalisere medskyldighed ved tilsidesættelser af konkurrenceretten. Det skal fremhæves, at institutionernes ønske om at sikre effektiviteten af de politikker, de ønsker at føre, skal være i overensstemmelse med hensynene til lovmæssighed og retssikkerhed. Som en forfatter har fremhævet, må princippet om effektiv virkning ikke føre til, at Domstolen fortolker traktatbestemmelserne således, at institutionerne får de videst mulige beføjelser, men den skal gøre det muligt at fortolke de relevante bestemmelser i overensstemmelse med deres formål³².

88. Det følger af de ovenstående betragtninger, at den anfægtede dom bør ophæves, uden at det er fornødent at tage stilling til de øvrige appelanbringender.

89. Da sagen synes at være moden til påkendelse, foreslår jeg endvidere Domstolen at annullere den omtvistede beslutning, for så vidt som den vedrører AC-Treuhand.

V – Forslag til afgørelse

90. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »1) Den Europæiske Unions Rets dom af 6. februar 2014, AC-Treuhand mod Kommissionen (T-27/10, EU:T:2014:59), ophæves.
- 2) Kommissionens beslutning K(2009) 8682 endelig af 11. november 2009 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/38589 – Varmestabilisatorer) annulleres, for så vidt som den vedrører AC-Treuhand AG.
- 3) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger såvel i sagen i første instans som i appelsagen.«

30 — Den pågældende bestemmelse foreskriver følgende: »An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings«.

31 — I henhold til den beslutning, der blev vedtaget af UK Office of Fair Trading, er fysiske personer blevet idømt fængselsstraffe på op til tre års fængsel for at have deltaget i det nævnte kartel.

32 — Jf. P. Pescatore, »Monisme et dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne«, i *Une communauté de droit*, 2003, s. 340.