CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 21 mei 2015 [1]

Zaak C-194/14 P

AC-Treuhand AG
tegen

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Mededingingsregelingen — Europese markten van hittestabilisatoren — Vaststelling van de prijzen, verdeling van de markten en uitwisseling van gevoelige handelsinformatie — Beschikking houdende vaststelling van inbreuken op artikel 81 EG (thans artikel 101 VWEU) en artikel 53 van de EER-Overeenkomst — Beschikking die ziet op een consultancy-onderneming die geen concurrentiedruk uitoefent op de relevante markten”

1. De krachtens de artikelen 81 EG en 82 EG (thans artikelen 101 VWEU en 102 VWEU) op de ondernemingen toepasselijke regels beogen beperkingen van de vrije mededinging te verbieden. Voor de vaststelling van een beperking van de mededinging is vereist dat uit de economische analyse blijkt dat de betrokken onderneming door haar gedrag geheel of ten dele ervan heeft afgezien, op de andere spelers op de betrokken markt of markten een voor een daadwerkelijke mededinging kenmerkende druk uit te oefenen en dit, uiteindelijk, ten detrimente van de economische efficiëntie en van het welzijn van de consumenten. Een gedrag dat de mededinging niet in bovengenoemde zin beperkt, kan daarentegen, hoe verwerpelijk het moreel of ethisch ook is, niet onder de verbodsbepalingen van het Unierecht, en in het bijzonder onder het in artikel 81, lid 1, EG bedoelde kartelverbod, vallen.

2. De onderhavige zaak biedt volgens mij een bijzonder goede gelegenheid om te herinneren aan deze fundamentele regel.

3. In hogere voorziening vordert AC-Treuhand AG (hierna: „AC-Treuhand”) vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie AC-Treuhand/Commissie [2], waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van beschikking C(2009) 8682 definitief van de Commissie van 11 november 2009 betreffende een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/38.589 – Hittestabilisatoren) (hierna: „litigieuze beschikking”) [3] en, subsidiair, tot verlaging van het bedrag van de haar opgelegde geldboeten, heeft verworpen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — T-27/10, EU:T:2014:59; hierna: „bestreden arrest”.

3 — Samenvatting in het *Publicatieblad van de Europese Unie*, 2010, C 307, blz. 9.

4. Onder de in de onderhavige zaak gerezen vragen verdient een tot op heden nog niet gerezen vraag de aandacht. Het Hof wordt immers voor het eerst [4] verzocht, uit te maken of een consultancy-onderneming die niet werkzaam is op de betrokken markten of op daaraan gerelateerde markten voor inbreuk op de mededingingsregels kan worden vervolgd op grond dat zij de werking van het kartel heeft vergemakkelijkt. De zaak stelt aldus een belangrijke, nog steeds actuele [5], problematiek aan de orde doordat het Hof wordt verzocht, uitspraak te doen over de draagwijdte van het in de mededingingsregels van het Verdrag opgenomen kartelverbod en dus ook over de aard van de gedragingen die onder dat verbod kunnen vallen.

I – **Voorgeschiedenis van het geding**

5. De voorgeschiedenis van geding, zoals deze in de punten 1 tot en met 24 van het bestreden arrest is uiteengezet, kan worden samengevat als volgt:

„2 Bij de [litigieuze] beschikking heeft de Commissie [...] geoordeeld dat enkele ondernemingen inbreuk hadden gemaakt op artikel 81 EG en op artikel 53 van de [EER-]Overeenkomst [...] door deel te nemen aan twee tegen de mededinging gerichte samenstellen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen op het grondgebied van EER betreffende enerzijds de sector tinstabilisatoren en anderzijds de sector geëpoxideerde sojaoliën en esters (hierna: ‚sector ESBO/esters').

[...]

4 Volgens artikel 1 van de [litigieuze] beschikking bestond elk van deze inbreuken in vaststelling van de prijzen, verdeling van de markten door middel van verkoopquota, verdeling van de klanten en uitwisseling van gevoelige handelsinformatie, in het bijzonder over de klanten, de productie en de verkoop.

5 In de [litigieuze] beschikking wordt gezegd dat de betrokken ondernemingen aan deze inbreuken hebben deelgenomen tijdens verschillende tijdvakken tussen 24 februari 1987 en 21 maart 2000, voor de tinstabilisatoren, en tussen 11 september 1991 en 26 september 2000, voor de sector ESBO/esters.

6 Verzoekster, AC-Treuhand [...], waarvan de hoofdzetel te Zürich (Zwitserland) is gevestigd, is een consultancy-vennootschap die een ‚volledige waaier van diensten op maat verleent aan nationale en internationale verenigingen en aan belangengroepen', met dien verstande dat uit de [litigieuze] beschikking ook blijkt dat deze vennootschap haar diensten omschrijft als volgt: ‚beheer en bestuur van Zwitserse en internationale beroepsverenigingen, verbonden en non-profitorganisaties; verzamelen, verwerken en exploiteren van marktgegevens; opstellen van marktstatistieken; controle van de meegedeelde cijfers bij de leden' [...]

[...]

4 — Tegen het arrest van 8 juli 2008, AC-Treuhand/Commissie (T-99/04, EU:T:2008:256; hierna: „arrest AC-Treuhand I"), waarin het Gerecht voor het eerst uitspraak heeft gedaan over de toepassing van artikel 81 EG op een consultancy-onderneming die heeft bijgedragen tot het plegen van een inbreuk, is immers geen hogere voorziening ingesteld. In dit verband dient erop te worden gewezen dat, ofschoon in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, is geoordeeld dat AC-Treuhand aansprakelijk was voor een inbreuk op artikel 81 EG, aan deze onderneming slechts een geldboete van 1 000 EUR is opgelegd, kortom een symbolisch bedrag vergeleken met het bedrag van de geldboeten die zijn opgelegd aan de ondernemingen waarop de in die zaak bestreden beschikking [beschikking 2005/349/EG van de Commissie van 10 december 2003 in een procedure op grond van artikel 81 [EG] en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/E-2/37.857 – Organische peroxides) (PB 2005, L 110, blz. 44)] betrekking had.

5 — In een recent besluit van 4 februari 2015 heeft de Europese Commissie ICAP, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde tussenhandelaar uit de financiële sector, een geldboete van 14,96 miljoen EUR opgelegd voor het faciliteren van zes van de zeven in de sector van de derivaten van in yen uitgedrukte rentevoeten vastgestelde kartels door verschillende handelingen die hebben bijgedragen tot het bereiken van de tegen de mededinging gerichte doelstellingen van de leden van deze kartels. Op 14 april 2015 is bij het Gerecht beroep ingesteld tegen dit besluit (zaak T-180/15, nog aanhangig).

10 Volgens de [litigieuze] beschikking is verzoekster aansprakelijk omdat zij bij de twee betrokken inbreuken een essentiële en gelijkaardige rol heeft gespeeld door voor de deelnemers aan de mededingingsregeling bijeenkomsten te organiseren, die zij heeft bijgewoond en waaraan zij actief heeft deelgenomen, door gegevens over de verkopen op betrokken markten te verzamelen en deze aan de deelnemers mee te delen, door zich als bemiddelaar aan te bieden in geval van spanning tussen de betrokken ondernemingen en door de partijen aan te moedigen compromissen te sluiten, en dit alles tegen bezoldiging [...]

[...]

20 Bij artikel 1 van de [litigieuze] beschikking wordt verzoekster aansprakelijk gesteld voor haar deelneming aan de inbreuk met betrekking tot de tinstabilisatoren van 1 december 1993 tot 21 maart 2000 en aan de inbreuk met betrekking tot de sector ESBO/esters van 1 december 1993 tot 26 september 2000.

[...]

24 In artikel 2 van de [litigieuze] beschikking wordt bepaald:

,Wegens de inbreuk(en) op de markt van tinstabilisatoren worden de volgende geldboeten opgelegd:

[...]

17) AC-Treuhand is aansprakelijk ten belope van 174 000 EUR;

[...]

Wegens de inbreuk(en) op de markt van ESBO/esters worden de volgende geldboeten opgelegd:

[...]

38) AC-Treuhand is aansprakelijk ten belope van 174 000 EUR;

[...]'"

II – **Procedure voor het Gerecht en bestreden arrest**

6. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 januari 2010, heeft verzoekster verzocht om nietigverklaring van de litigieuze beschikking of, subsidiair, om verlaging van het bedrag van de opgelegde geldboeten.

7. Ter ondersteuning van haar beroep heeft verzoekster negen middelen aangevoerd, die het Gerecht, na akte te hebben genomen van het feit dat verzoekster afstand doet van het negende middel, in de punten 36 en 268 van het bestreden arrest heeft samengevat als volgt:

„36 Om nietigverklaring van de [litigieuze] beschikking te verkrijgen voert verzoekster vier middelen alsmede het eerste onderdeel van een vijfde middel aan. Deze betreffen, ten eerste, schending van artikel 81 EG en van het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen (derde middel), ten tweede, verjaring op grond van artikel 25, lid 5, van verordening nr. 1/2003 van de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten op te leggen (tweede middel), ten derde schending van de rechten van de verdediging doordat te laat kennis is gegeven van het tegen haar ingestelde onderzoek

(achtste middel), ten vierde, schending van het beginsel van de redelijke termijn als gevolg van de duur van de administratieve procedure (zevende middel), en ten vijfde, schending van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 (eerste onderdeel van het zesde middel).

[...]

268 Ter ondersteuning van haar subsidiaire vordering tot herziening van de [litigieuze] beschikking wat het bedrag van de haar opgelegde geldboeten betreft, voert verzoekster vier middelen en het tweede onderdeel van een vijfde middel aan; deze betreffen, ten eerste, onjuiste beoordeling van de duur van de inbreuken (eerste middel), ten tweede, de duur van de administratieve procedure (zevende middel), ten derde, een op de Commissie rustende verplichting om in de omstandigheden van de onderhavige zaak slechts een symbolische geldboete op te leggen (vierde middel), ten vierde, schending van de richtsnoeren van 2006 bij de berekening van het basisbedrag van de geldboete (vijfde middel), en ten vijfde, schending van die richtsnoeren bij de berekening van de financiële draagkracht van verzoekster (tweede onderdeel van het zesde middel).”

8. Na al deze middelen te hebben afgewezen, heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen.

III – **Conclusies van partijen en procedure voor het Hof**

9. In hogere voorziening verzoekt rekwirante Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover deze op haar betrekking heeft, of, subsidiair, de haar opgelegde geldboeten te verlagen;

— meer subsidiair, de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van de bij het Gerecht en bij het Hof van Justitie ingestelde procedures.

10. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot verwijzing van rekwirante in de kosten.

11. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk uiteengezet en pleidooi gehouden ter terechtzitting van 4 maart 2015.

IV – **Analyse van de hogere voorziening**

12. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante vier middelen aan betreffende, respectievelijk, (I) schending van artikel 81 EG en van het legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen, zoals geformuleerd in artikel 49, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), doordat is geoordeeld dat de handelingen die zij heeft gesteld, deel uitmaakten van een tegen de mededinging gerichte overeenkomst, (II) schending van laatstgenoemd beginsel en van het beginsel van gelijke behandeling en niet-nakoming van de motiveringsplicht bij het opleggen van de geldboeten, (III) schending van artikel 23, leden 2 en 3, van

verordening (EG) nr. 1/2003[6] en van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van verordening nr. 1/2003 worden opgelegd[7] en (IV) schending van artikel 261 VWEU en van de artikelen 23, lid 3, en 31 van verordening nr. 1/2003 door het Gerecht in de uitoefening zijn volledige rechtsmacht.

13. Zoals ik in de inleiding van deze conclusie heb gezegd, stelt het eerste middel een principiële vraag aan de orde, waarop ik mijn analyse zal concentreren na een korte uiteenzetting te hebben gegeven van het specifieke betoog van elk van de partijen over dit middel. Het is immers de vraag of een vennootschap die niet werkzaam is op de markt die het voorwerp is van een kartel, in verband met dat kartel een onderneming kan vormen die heeft deelgenomen aan een tegen de mededinging gerichte overeenkomst in de zin van artikel 81 EG en waaraan dus een inbreuk op die bepaling kan worden toegerekend en in voorkomend geval een geldboete uit dien hoofde kan worden opgelegd.

A – *Argumenten van partijen*

14. Het eerste middel van de hogere voorziening ziet op de punten 43 tot en met 45 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht het derde middel van verzoekster in eerste aanleg heeft afgewezen, en op verschillende punten van het van het arrest AC-Treuhand I, waarnaar het bestreden arrest verwijst.

15. Rekwirante verwijt het Gerecht, enerzijds te hebben geoordeeld dat artikel 81 EG op haar gedrag kon worden toegepast, en anderzijds te hebben geoordeeld dat een dergelijke extensieve uitlegging redelijkerwijze voorzienbaar was ten tijde van de feiten die de inbreuk opleverden. Daardoor zou het Gerecht enerzijds inbreuk hebben gemaakt op artikel 81 EG en anderzijds zijn voorbijgegaan aan de eisen van nauwkeurigheid en voorzienbaarheid, die voortvloeien uit het in artikel 49, lid 1, van het Handvest neergelegde legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen (nullum crimen, nulla poena sine lege).

16. In dit verband voert zij allereerst aan dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest A. Menarini Diagnostics S.r.l. tegen Italië van 27 september 2011 duidelijk heeft aangetoond dat de procedures inzake geldboeten op grond van het kartelrecht van strafrechtelijke aard zijn. Bijgevolg dient het hoge niveau van bescherming te gelden dat voortvloeit uit het in het strafrecht geldende legaliteitsbeginsel inzake delicten en straffen. Rekwirante voert ook aan dat het vereiste van juridische duidelijkheid, volgens het Hof[8] zelf, bijzonder dwingend is op een gebied waar, zoals in het onderhavige geval, zeer zware straffen kunnen worden opgelegd.

17. Vervolgens voert rekwirante aan dat zij zelf geen partij is bij een overeenkomst of bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81 EG.

18. Zij betoogt dat uit de duidelijke bewoordingen van dit artikel blijkt dat het louter verstrekken van hulp aan een kartel niet binnen de werkingssfeer van die bepaling valt, daar deze bepaling alleen ziet op de eigenlijke partijen bij een overeenkomst of bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen. In het onderhavige geval bestond de op beperking van de mededinging gerichte overeenkomst in een kartel tussen producenten houdende vaststelling van de prijzen en verdeling en toewijzing van de leveringsquota en van de klanten. Het gedrag van rekwirante zou niet als deelneming aan een dergelijke wilsovereenstemming kunnen worden aangemerkt, aangezien het uitsluitend gericht was op het verlenen van diensten aan dat kartel. Volgens de rechtspraak van het Hof is voor het bestaan van een overeenkomst echter de overeenstemmende wil van ten minste twee partijen vereist.[9]

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

7 — PB 2006, C 210, blz. 1; hierna: „richtsnoeren van 2006”.

8 — Arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk (32/79, EU:C:1980:189, punt 46).

9 — Arresten Commissie/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 79) en Commissie/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, punt 37).

19. Rekwirante voert verder aan dat, nog steeds volgens de rechtspraak van het Hof, voor het bestaan van een overeenkomst de gezamenlijke wil om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen, is vereist. In het onderhavige geval zouden de tussen haar en elk van de producenten gesloten dienstenovereenkomsten echter de door het Hof geëiste band met de markt ontberen. Er zou geen enkele rechtstreekse band zijn tussen die overeenkomsten en de vastgestelde beperking van de mededinging, die uitsluitend het resultaat van het kartel tussen de producten was. Bovendien was rekwirante niet werkzaam op de upstream- of downstreammarkten van de markten waarop het kartel betrekking had, of op naburige markten.

20. Rekwirante is van mening dat haar ook niet kan worden verweten dat zij heeft deelgenomen aan „onderling afgestemde feitelijke gedragingen". Zij zou het zelfstandig bepalen van haar gedrag op de markt immers niet hebben opgegeven of beperkt door coördinatie of samenwerking met de producenten, zoals de rechtspraak eist.

21. Verder voert rekwirante aan dat haar daden „van medeplichtigheid" overeenkomstig de eisen van het legaliteitsbeginsel hooguit hadden kunnen worden bestraft indien er ten tijde van het kartel een vaste rechtspraak had bestaan waaruit de strafbaarheid op voldoende duidelijke wijze had kunnen worden afgeleid.[10] Zij wijst er echter op dat daarover vóór het AC-Treuhand I geen rechtspraak bestond. Bovendien zou zowel uit dat arrest als uit de aan dat arrest ten grondslag liggende beschikking voortvloeien[11], dat de keuze van de Commissie om een consultancy-onderneming te vervolgen een heroriëntatie van de eerdere beschikkingspraktijk inhield.

22. Ten slotte is rekwirante van mening dat opportuniteitsoverwegingen ter zake van de mededinging niet ertoe mogen leiden dat door middel van een extensieve uitlegging van artikel 81, lid 1, EG wordt voorbijgegaan aan het legaliteitsbeginsel. In het onderhavige geval zou het alleen gaan om de vraag of de door rekwirante verleende bijstandsdiensten volgens artikel 81, lid 1, EG strafbaar zijn, en niet of deze verdienen te worden bestraft.

23. De *Commissie* is van mening dat het eerste middel ongegrond moet worden verklaard.

24. Zij wijst er allereerst op dat het in artikel 49, lid 1, van het Handvest neergelegde legaliteitsbeginsel het beginsel van nauwkeurigheid, het verbod van redenering naar analogie en het non-retroactiviteitsbeginsel omvat. De bepalingen van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 en van artikel 81 EG, in hun onderlinge samenhang gelezen, zouden echter niet tot de „harde kern" van het strafrecht behoren, zoals de beginselen van het strafrecht hier niet noodzakelijk in de volle gestrengheid ervan dienen te worden toegepast. Dit zou niet in tegenspraak zijn met het reeds aangehaalde arrest A. Menarini Diagnostics S.r.l. tegen Italië, waarin de procedure inzake geldboeten op grond van het kartelrecht als administratieve procedure is aangemerkt alvorens is opgemerkt dat de opgelegde straffen van strafrechtelijke aard kunnen zijn.

25. In elk geval zouden het beginsel van nauwkeurigheid en het verbod van redenering naar analogie zich niet verzetten tegen een geleidelijke verduidelijking van de juiste inhoud van strafrechtelijke normen door de rechtspraak. Daarbij komt dat, indien het retroactiviteitsbeginsel in de weg kon staan aan toepassing met terugwerkende kracht van een redelijkerwijze niet-voorzienbare nieuwe uitlegging van een strafrechtelijke norm, deze voorzienbaarheid met name zou afhangen van de inhoud en de werkingssfeer van de betrokken norm en van de justitiabelen tot wie deze norm is gericht. Wanneer een strafrechtelijke norm door de duidelijke bewoordingen ervan al voldoet aan het beginsel van nauwkeurigheid, zou er overigens geen uitleggende rechtspraak nodig zijn voor de eerbiediging van het beginsel van nauwkeurigheid.[12]

10 — Arrest Evonik Degussa/Commissie (C-266/06 P, EU:C:2008:295).

11 — Beschikking 2005/349.

12 — Arrest Dansk Rørindustri e.a./Commissie (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P en C-213/02 P, EU:C:2005:408, punten 217 e.v.).

26. Vervolgens wijst de Commissie erop dat de argumenten waarmee rekwirante een overdreven restrictieve uitlegging van het in artikel 81 EG geformuleerde criterium „overeenkomst tussen ondernemingen" probeert te verkrijgen, niet kunnen worden aanvaard, daar de gerichte overdracht van taken van een kartel aan een onderneming die diensten verleent, om dat kartel daadwerkelijk ten uitvoer te leggen, wel degelijk onder het in die bepaling bedoelde verbod valt.

27. In dit verband betoogt zij ten eerste dat de bewoordingen van artikel 81 EG zeer ruim zijn en elke gezamenlijke overeenstemmende wil of elk onderling afgestemd of samenspannend gedrag van ten minste twee ondernemingen kan omvatten.[13] Aangezien de door rekwirante verleende diensten objectief en subjectief dienden om twee kartels op de markten van hittestabilisatoren te ondersteunen, zou tussen rekwirante en de andere deelnemers aan de kartels de voor het bestaan van een overeenkomst vereiste overeenstemmende wil bestaan.

28. Ten tweede zou het van weinig belang zijn te weten of de beperking van de mededinging op de markten van hittestabilisatoren het hoofddoel dan wel een ondergeschikt oogmerk van het gedrag van rekwirante was, en of er een rechtstreeks verband bestond tussen dit gedrag en die beperking van de mededinging. Ofschoon een „overeenkomst" in de rechtspraak doorgaans wordt omschreven als de „gezamenlijke wil om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen", betekent dit nog niet dat de noodzakelijke wilsovereenstemming voor alle partijen een aan de markt gerelateerd doel moet hebben of op het beperken van de handelingsvrijheid van alle partijen moet zijn gericht. Het is evenmin van belang dat rekwirante noch op de markten waarop het kartel betrekking heeft, noch op de naburige of opkomende markten werkzaam is geweest, daar de samenspanningsdiensten van rekwirante objectief en subjectief hebben gediend om de mededinging te beperken door middel van de kartels betreffende de hittestabilisatoren.

29. Ten derde wijst de Commissie, met betrekking tot de vraag of de gekozen uitlegging ten tijde van het kartel voor rekwirante redelijkerwijze voorzienbaar was, erop dat zij al in een in 1980 gegeven beschikking[14], dus voor het begin van de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde inbreuken, had vastgesteld dat samenspanningsdiensten verleend door een vennootschap voor administratief beheer in strijd waren met artikel 81 EG.

30. Ten vierde betoogt de Commissie dat het Gerecht bij de toepassing van artikel 81 EG de grenzen van de bewoordingen van dat artikel helemaal niet heeft overschreden, maar integendeel, door te verwijzen naar het beschermende doel en oogmerk van het mededingingsrecht, zich tegen een teleologische beperking van die norm heeft gekant en niet blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door overwegingen betreffende het nuttig effect van artikel 81 EG te doen gelden.

B – *Bespreking*

31. Bij het onderzoek van het eerste middel rijzen twee vragen.

32. De eerste vraag is of artikel 81, lid 1, EG kan worden toegepast op een onderneming die, zoals rekwirante, niet werkzaam is op de betrokken markt of op daaraan gerelateerde markten en die, stricto sensu, geen op beperking van de mededinging gerichte overeenkomst heeft gesloten en niet heeft deelgenomen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen op die markten.

13 — Arrest Consten en Grundig/Commissie (56/64 en 58/64, EU:C:1966:41).

14 — Beschikking 80/1334/EEG van de Commissie van 17 december 1980 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.869 – Gegoten glas in Italië) (PB L 383, blz. 19).

33. De tweede, daaraan ondergeschikte vraag, die slechts zin heeft ingeval dient te worden geconcludeerd dat het gedrag van rekwirante onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt, is of rekwirante in het onderhavige geval redelijkerwijze kon voorzien dat het verbod van artikel 81, lid 1, EG in beginsel op haar van toepassing was.

34. Om de redenen ik hieronder zal uiteenzetten, ben ik er vast van overtuigd dat de eerste vraag ontkennend dient te worden beantwoord en dat de tweede vraag dus niet hoeft te worden beantwoord. Eerst zal ik mij concentreren op de draagwijdte van artikel 81, lid 1, EG en vervolgens op de zeer bijzondere situatie van rekwirante.

1. De draagwijdte van het in de Verdragen geformuleerde kartelverbod: het verbod van samenspanning die volgens een economische analyse de mededinging beperkt

35. Het lijkt mij nuttig eraan te herinneren dat het Gerecht de mogelijkheid om een onderneming in de situatie van rekwirante te bestraffen, in de punten 43 en 44 van het bestreden arrest heeft gemotiveerd door verwijzing naar zijn overwegingen in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest AC-Treuhand I.

36. In dat arrest had het Gerecht het beginsel van de aansprakelijkheid van AC-Treuhand voor de schending van artikel 81, lid 1, EG bekrachtigd. De aan rekwirante verweten gedragingen leken erg op die welke in het onderhavige geval aan de orde zijn. Zo werd haar verweten, een sleutelrol te hebben gespeeld in het kartel betreffende organische peroxydes door bijeenkomsten van de producenten te organiseren, bepaalde geheime documenten betreffende het kartel te archiveren, bepaalde cijfergegevens te verzamelen en te verwerken en bepaalde logistieke taken en secretariaatstaken in verband met de organisatie van die bijeenkomsten te vervullen.

37. In zijn arrest AC-Treuhand I heeft het Gerecht zich, zakelijk weergegeven, op de volgende overwegingen gebaseerd.

38. In de eerste plaats dient de term „overeenkomst” in artikel 81 EG ruim te worden opgevat. Het bestaan van een „gemeenschappelijke wil” om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen, volstaat en het is niet vereist dat de relevante markt waarop de onderneming-„dader” van de beperking van de mededinging werkzaam is, volledig samenvalt met die waarop deze beperking zich zal voordoen. Elk met andere ondernemingen afgestemd gedrag dat tot doel heeft de mededinging op een relevante markt te beperken, kan dus aldus inbreuk maken op het verbod van artikel 81, lid 1, EG (zie punten 117-122 van het arrest AC-Treuhand I).

39. In de tweede plaats is het niet uitgesloten dat een onderneming aan de toepassing van een beperking van de mededinging deelneemt zonder beperking van haar handelingsvrijheid op de markt waarop zij hoofdzakelijk actief is. Elke andere uitlegging zou de draagwijdte van het in artikel 81, lid 1, EG geformuleerde verbod kunnen beperken in een mate die strijdig is met het nuttig effect ervan, aangezien zij niet de mogelijkheid zou bieden op te treden tegen een actieve bijdrage van een onderneming tot een beperking van de mededinging (zie punten 124-128 van het arrest AC-Treuhand I).

40. In derde plaats hoeft de Commissie, om de deelname van een onderneming aan een kartel aan te tonen en deze onderneming daarvoor aansprakelijk te stellen, slechts aannemelijk te maken dat de onderneming door haar gedrag – zij het op ondergeschikte, accessoire of passieve wijze – beoogde bij te dragen tot de verwezenlijking van de nagestreefde gemeenschappelijke doelstellingen en dat die onderneming weet had van de door andere ondernemingen voorgenomen of in de praktijk gebrachte materiële gedragingen of deze redelijkerwijze kon voorzien en bereid was het risico daarvan te aanvaarden. Deze beginselen zijn mutatis mutandis van toepassing op de deelname van een

onderneming die, gelet op haar economische activiteit en beroepsbekwaamheid, niet onkundig kon zijn van het feit dat de betrokken gedragingen tegen de mededinging waren gericht, en aldus een niet te verwaarlozen ondersteuning verleende bij het plegen van de inbreuk (zie punten 129-136 van het arrest AC-Treuhand I).

41. In de vierde en de laatste plaats heeft het Gerecht in punt 164 van het arrest AC-Treuhand I geoordeeld dat de Commissie door een beschikkingspraktijk van meer dan twintig jaar, waarbij zij de bij kartels betrokken consultancy-ondernemingen alleen niet veroordeelde en bestrafte, maar geen afstand deed van de idee dat deze voor de inbreuken aansprakelijk konden worden gesteld, geen gegronde verwachting kon scheppen dat zij ook in de toekomst zou afzien van vervolging en bestraffing van consultancy-ondernemingen die aan een kartel deelnemen. Het feit dat het in die zaak opgelegde boetebedrag zeer laag was, is niet beslissend voor het onderhavige geval, omdat het, zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd, in die zaak ging om de bestraffing van entiteiten, vooral consultancy-ondernemingen, ten aanzien waarvan in het verleden was besloten om hun eventuele betrokkenheid bij kartelactiviteiten niet te bestraffen.

42. Deze overwegingen, die allemaal steun bieden voor de stelling dat artikel 81 EG per slot van rekening weinig grenzen stelt inzake de aard van de samenspanningshandelingen die onder het in lid 1 daarvan geformuleerde verbod kunnen vallen, gaan volgens mij volledig voorbij aan de draagwijdte van dat verbod en aan het doel dat daarmee wordt nagestreefd.

43. Volgens artikel 81, lid 1, EG zijn „[o]nverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden [...] alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en *ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst*”.[15]

44. Op gevaar af van te herinneren aan iets dat in vele opzichten evident lijkt, bevat artikel 81 EG, net als artikel 82 EG, een aantal regels voor de *ondernemingen*, die erop gericht zijn gedragingen te verbieden waarvan is gebleken of waarvan op grond van een economische analyse mag worden vermoed dat zij de mededinging aantasten.

45. Het doel van de mededingingsregels bestaat grosso modo hierin, ervoor te zorgen dat de gevolgen van de vrije mededinging, die de tegenhanger van de opening van de markten vormen, niet worden vervalst door maatregelen in de ruime zin van het woord die leiden tot bevoordeling of benadeling van bepaalde ondernemingen en op termijn in het nadeel van de consumenten zijn.

46. Of nu wordt geoordeeld dat die gedragingen een tegen de mededinging gericht doel dan wel veeleer een voor de mededinging nadelig gevolg hebben, het verbod van de gedragingen waarop de tot de ondernemingen gerichte Verdragsregels zien, berust op de opvatting dat die gedragingen nadelige gevolgen hebben voor de goede werking van de normale mededinging.

47. Om een onderneming aansprakelijk te kunnen stellen voor een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG, dient te worden uitgemaakt in welke mate deze onderneming overleg heeft gepleegd met andere ondernemingen om ervan af te zien mededingingsdruk uit te oefenen op deze ondernemingen.

15 — Cursivering door mij.

48. In de zin heeft het Hof al zeer vroeg gewezen op de noodzaak om een economische analyse te verrichten en daarbij in het bijzonder rekening te houden met de positie en het belang van de partijen op de markt van de betrokken producten of diensten. [16] Het Hof heeft nog zeer recent, ter zake van de methode voor de vaststelling van tegen de mededinging gerichte samenspanning, herinnerd aan het belang dat aan de economische analyse en aan de ervaring [17] moet worden gehecht om de op de ondernemingen rustende concurrentiedruk vast te stellen.

49. Verder heeft zowel de Commissie [18] als het Hof herhaaldelijk beklemtoond dat voor de toepasselijkheid van de Verdragsbepalingen die kartels verbieden, is vereist dat de „marktpositie" van derden merkbaar wordt gewijzigd.

50. Om onder het dienaangaande in de Verdragen geformuleerde verbod te kunnen vallen moet het door de Verdragen bedoelde gedrag van de ondernemingen dus op zijn minst *van dien aard zijn dat het in beginsel een op de markt aanwezige druk of belemmering kan wegnemen*. Al is de aard van de door de ondernemingen aangewende middelen uiteindelijk van weinig belang [19], vereist is niettemin dat daaruit een economische druk voortvloeit die de mededinging kan beperken. [20]

51. Met andere woorden, om partij te zijn bij een kartel dat ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet de betrokken onderneming in het kader van de normale werking van de markt concurrentiedruk („competitive constraint") uitoefenen op de andere deelnemers aan het kartel. Slechts in de gevallen waarin de betrokken onderneming een concurrentiedruk uitoefent die de moeite van beperking waard is, kan worden aangenomen dat die onderneming dergelijke druk uitoefent.

52. Het is in die zin dat de afbakening van de relevante markt zowel in het kader van de toepassing van artikel 82 EG als in het kader van die van artikel 81, lid 1, EG van hoofdbelang is. Al is de afbakening van de relevante markt zelden het voorwerp van betwisting in het kader van de toepassing van artikel 81 EG, toch heeft zij steeds tot doel, stelselmatig vast te stellen welke druk de mededinging op de betrokken ondernemingen uitoefent. [21]

53. In dit verband is het weliswaar juist dat het Europese mededingingsrecht niet eist dat alle deelnemers aan een kartel een economische activiteit uitoefenen op de markt die door het kartel ongunstig wordt beïnvloed, maar het eist wel dat wordt uitgemaakt hoe het sluiten van de litigieuze overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging op een specifieke relevante markt wordt beperkt.

16 — Zie arrest LTM (56/65, EU:C:1966:38), waarin weliswaar wordt overwogen dat in artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) in het geheel niet wordt onderscheiden naargelang de partijen in het hetzelfde stadium (zogenoemde „horizontale" overeenkomsten), dan wel in verschillende stadia (zogenoemde „verticale" overeenkomsten) van het economische proces werkzaam zijn, maar waarin wordt gepreciseerd dat de mededinging die zou zijn aangetast, moet worden bezien in samenhang met de omstandigheden waarin zij zich zonder de litigieuze overeenkomst zou afspelen (zie met name blz. 413 en 415 van het arrest).

17 — Zie arrest CB/Commissie (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 51).

18 — Zie met name punt I.2 van de bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen (PB C 231, blz. 1), volgens hetwelk „[o]vereenkomsten [...] slechts verboden [zijn], indien zij een merkbare invloed hebben op de toestand op de markt, in de zin dat zij de marktpositie van derde ondernemingen en van de gebruikers – dus hun afzet- of voorzieningsmogelijkheden – merkbaar wijzigen". De bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, [EG] (de minimis) (PB 2001, C 368, blz. 13) bevat soortgelijke overwegingen in punt I, waarin met name wordt gepreciseerd dat „[h]et Hof van Justitie [...] heeft verduidelijkt dat [artikel 81, lid 1, EG] niet van toepassing is indien het effect van de overeenkomst op de intracommunautaire handel of op de mededinging niet merkbaar is".

19 — In dit verband staat vast dat artikel 81 EG ziet op zeer uiteenlopende vormen van samenspanning, die tot uitdrukking komen in minder of meer formele overeenkomsten of zelfs in onderling afgestemde feitelijke gedragingen die geen neerslag vinden in eigenlijke overeenkomsten. Het volstaat immers dat de betrokken tegen de mededinging gerichte gedragingen uitdrukking geven aan de overeenstemmende wil van ten minste twee partijen, waarbij de vorm waarin deze wilsovereenstemming tot uitdrukking komt, op zich niet beslissend is (zie met name arrest Commissie/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, punt 37).

20 — Conclusie van advocaat-generaal Mayras in de gevoegde zaken Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73– 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Zie in dit verband arrest Erste Group Bank e.a./Commissie (C-125/07 P, C-133/07 P en C-137/07 P, EU:C:2009:576, punt 60).

54. De vraag is niet alleen of de ondernemingen die een door artikel 81 EG verboden kartel kunnen vormen, werkzaam mogen zijn op onderscheiden markten, maar wel of zij wederzijds concurrentiedruk kunnen uitoefenen op elkaar. Al is de in artikel 81, lid 1, EG bedoelde mededinging niet alleen die welke de partijen bij een overeenkomst elkaar kunnen aandoen, maar ook die welke een van deze partijen derden [22] kan aandoen, toch is vereist dat de bedoelde entiteit tegen de mededinging gerichte verplichtingen opgelegd heeft kunnen krijgen of heeft kunnen opleggen.

55. Deze eis vloeit volgens mij niet alleen voort uit een teleologische uitlegging van artikel 81, lid 1, EG, maar ook uit de rechtspraak die het Hof sinds het arrest Consten en Grundig/Commissie [23] vooral ter zake van de verticale beperkingen op dit gebied heeft ontwikkeld. Na eraan te hebben herinnerd dat artikel 85 van het Verdrag (later artikel 81 EG), dat in het algemeen spreekt over alle overeenkomsten die de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt vervalsen, niet onderscheidt naargelang deze overeenkomsten zijn gesloten tussen concurrerende marktdeelnemers die zich in hetzelfde economische stadium bevinden, dan wel tussen niet concurrerende marktdeelnemers die zich in onderscheiden stadia bevinden, heeft het Hof verder in zijn redenering gepreciseerd in welke mate de in die zaak aan de orde zijnde gedragingen, te weten tussen een concedent en een concessionaris gesloten overeenkomsten van exclusieve concessie, een beperking van de mededinging ter zake van de bedoelde producten tussen de concessionarissen en derde concurrenten daarvan tot gevolg konden hebben. De door die overeenkomsten gecreëerde situatie had met name tot gevolg dat de nationale markten voor de betrokken producten werden afgeschermd en dat die producten konden worden afgezet tegen prijzen die niet aan daadwerkelijke mededinging onderhevig waren.

56. Tegen de achtergrond van deze overwegingen zal ik het onderhavige geval onderzoeken.

2. Toepassing op het onderhavige geval

57. In het onderhavige geval wordt het Hof verzocht, uit te maken of artikel 81 EG kan worden toegepast op het gedrag van „cartels facilitators”, te weten marktdeelnemers die een op beperking van de mededinging gerichte overeenkomst helpen uitvoeren door met name bijeenkomsten tussen concurrenten te organiseren en diensten te verlenen in het kader van de tegen de mededinging gerichte overeenkomsten.

58. In overweging 381 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie de rol van rekwirante beschreven als volgt:

„Uit de in de overwegingen 356 tot en met 359 vermelde feiten blijkt dat AC-Treuhand een significante rol heeft gespeeld in de organisatie en het leiden van de bijeenkomsten. AC-Treuhand kende de inhoud van de tegen de mededinging gerichte afspraken tot in de details en heeft de facto alle informatie betreffende de prijzen, de quota en de klanten zeer vakkundig geredigeerd en verspreid. Zij mocht audits verrichten in de lokalen van de ondernemingen die aan de kartels deelnamen. Alleen de gegevens die uiteindelijk door AC-Treuhand waren goedgekeurd, konden als grondslag voor de onderhandelingen en de afspraken dienen. AC-Treuhand heeft haar lokalen ter beschikking gesteld om de kartels verborgen te houden. In de twee kartels bestond haar rol erin, het ontdekken van de twee inbreuken te beletten. Als gespreksleidster bestond haar rol erin de partijen aan te moedigen tot een vergelijk te komen om het sluiten van tegen de mededinging gericht overeenkomsten mogelijk te maken. AC-Treuhand heeft haar diensten, haar vakbekwaamheid en haar infrastructuur ter beschikking van de twee kartels gesteld om daaruit voordeel te halen [...]”.

22 — Arrest Italië/Raad en Commissie (32/65, EU:C:1966:42).

23 — 56/64 en 58/64, EU:C:1966:41, blz. 512.

59. Vast staat dat de aan rekwirante ten laste gelegde feiten bestaan uit een samenstel van gedragingen, doch de rol van rekwirante is juridisch niet duidelijk aangemerkt als die van een dader (deelnemer) of als die van een medeplichtige (of facilitator). [24]

60. Aldus beschreven, doet de situatie van rekwirante dus allereerst, en in het verlengde van wat hierboven is gezegd, de vraag rijzen, of een onderneming die niet op de markt of een naburige markt aanwezig is, als dader van een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG kan worden vervolgd, en vervolgens, of kan worden overwogen een dergelijke entiteit wegens medeplichtigheid aan tegen de mededinging gerichte gedragingen te vervolgen.

a) Kan een vennootschap die niet op de betrokken markt of op daaraan gerelateerde markten aanwezig is, de *dader* van een inbreuk op het kartelverbod zijn?

61. Zoals ik hierboven heb vermeld, verbiedt artikel 81, lid 1, EG alleen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt.

62. Om de mededinging te kunnen beperken moet de vervolgde persoon of entiteit echter in staat zijn, in normale omstandigheden concurrentiedruk („competitive constraint") uit te oefenen op de op de markt aanwezige markdeelnemers, druk die door samenspanning kan worden weggenomen of verminderd.

63. Los van het antwoord op de vraag of de betrokken onderneming op dezelfde markt of in hetzelfde stadium werkzaam is als de ondernemingen die lid zijn van het kartel, dient dus te worden uitgemaakt, in welke mate de mededinging op de markt van de betrokken producten potentieel is beperkt of opgeheven door de deelname van die onderneming.

64. In het onderhavige geval lijdt het geen twijfel dat AC-Treuhand algemeen kan worden aangemerkt een als onderneming, in die zin dat zij een economische entiteit is die bestaat in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft. Zoals uit punt 6 van het bestreden arrest blijkt, gaat het immers om een vennootschap die een economische activiteit verricht, namelijk het aanbieden van diensten op de consultancy-markt. [25]

65. Vast staat echter dat zij in de onderhavige zaak niet kan worden beschouwd als een onderneming die werkzaam is op de relevante markt of op een daaraan gerelateerde markt. Zij heeft in het onderhavige geval gehandeld in haar hoedanigheid van consultancy-onderneming, maar is geen enkele tegen de mededinging gerichte verbintenis aangegaan en heeft ook geen dergelijke verbintenis opgelegd gekregen. Zij is, zelfs potentieel, niet werkzaam op de betrokken markten, namelijk de markten van zeer specifieke producten, te weten hittestabilisatoren van een bepaald type, maar is alleen werkzaam op de markt van haar werkterrein, namelijk het verlenen van consultancy-diensten.

66. De enige overeenkomsten waarbij AC-Treuhand eventueel partij is, zijn de overeenkomsten voor het verlenen van diensten die zij heeft gesloten met de ondernemingen die aan het kartel betreffende de hittestabilisatoren deelnamen. Zij kan echter niet worden beschouwd als volwaardig lid van het in artikel 1 van de litigieuze beschikking vastgestelde kartel, te weten een samenstel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende specifieke hittestabilisatoren dat in wezen bestaat in vaststelling van de prijzen, verdeling van de markten, toewijzing van de klanten en uitwisseling van gevoelige handelsinformatie.

24 — In overweging 668 van de litigieuze beschikking, waar het gaat over de vaststelling van het bedrag van de geldboeten, wordt echter gezegd dat AC-Treuhand aansprakelijk was wegens haar „rechtstreekse deelneming" aan de kartels tijdens die perioden.

25 — Zie in die zin met name arrest Wouters e.a. (C-309/99, EU:C:2002:98, punt 47 en de aangehaalde rechtspraak).

67. Het voorwerp van de overeenkomsten tussen AC-Treuhand en de op de markt werkzame ondernemingen was slechts het verlenen van diensten, die weliswaar verband hielden met de werking van het kartel, maar die als zodanig verschilden van de aan de leden van het kartel verweten gedragingen.

68. Bovendien heeft de Commissie niet gesteld en nog veel minder bewezen dat AC-Treuhand een druk uitoefende als die welke de mededinging in beginsel uitoefent op ondernemingen die lid zijn van een kartel. Aangezien AC-Treuhand geen dergelijke druk uitoefende op de leden van het in de sector van de hittestabilisatoren vastgestelde kartel, konden haar gedragingen als zodanig de mededinging niet beperken en dus niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen.

69. Zelfs al zou blijken dat het optreden van AC-Treuhand een positief effect heeft gehad op de werking van het kartel, doordat het dit kartel efficiënter heeft gemaakt en verborgen heeft gehouden, vloeiden de gevolgen die dit optreden voor de mededinging heeft gehad, *uitsluitend* voort uit de gedragingen van de leden van het kartel. Ook in zoverre was het optreden van AC-Treuhand, ook al oefent deze in normale omstandigheden geen druk uit als welke de mededinging op de betrokken ondernemingen uitoefent, niet van dien aard dat de mededinging daardoor werd beperkt.

70. Bijgevolg kunnen overeenkomsten die zelf niet ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt, maar betrekking hebben op diensten ter facilitering van de voortzetting van onrechtmatige gedragingen door de partijen bij een overeenkomst die de mededinging beperkt, ongeacht de algemeenheid van de in het Verdrag gebruikte bewoordingen, dus niet onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG vallen.[26] Het enkele feit dat een onderneming de bedoeling heeft de mededinging te beperken, volstaat niet wanneer deze onderneming niet in staat is een dergelijke beperking daadwerkelijk te verrichten.

71. Indien het Hof de door de Commissie in de onderhavige zaak bepleite en door Gerecht gevalideerde aanpak zou volgen, zou dit de methode van vaststelling van de in de Verdragen bedoelde tegen de mededinging gerichte gedragingen grondig verstoren. Volgens mij zouden de bedoelde gedragingen daardoor worden losgekoppeld van de noodzaak een beperking van de mededinging in de economische betekenis van het woord vast te stellen en zou deze loskoppeling de afbakening van de relevante markt en de vaststelling van de in beginsel op die markt rustende druk volledig overbodig maken.

72. Deze loskoppeling zou niet alleen een probleem kunnen vormen in het kader van de opsporing van onder artikel 81 EG vallende samenspanning, maar naar analogie ook ter zake van onder het verbod van artikel 82 EG vallend misbruik van machtspositie. Alles welbeschouwd, zou niet kunnen worden uitgesloten dat faciliteringsgedrag dat bijvoorbeeld zou bestaan in het verlenen van strategisch advies of economischdeskundigenadvies, eveneens wordt bestraft in het kader van de toepassing van artikel 82 EG.

73. Zo zou het bijvoorbeeld in het kader van de toepassing van artikel 81 EG kunnen volstaan, aan te tonen dat een onderneming op de een of andere manier ondernemingen die op een bepaalde markt hebben samengespannen, heeft geholpen of die samenspanning heeft vergemakkelijkt, zonder dat wordt geëist dat die onderneming, los van haar aanwezigheid op die markt, daadwerkelijk in staat is geweest enige concurrentiedruk uit te oefenen op de ondernemingen die op die markt werkzaam zijn of tot die markt wensen toe te treden, te weten zonder dat de economische macht van het kartel wordt

26 — Zoals het Hof al zeer vroeg heeft verklaard, verzet het restrictieve karakter van artikel 81, lid 1, EG, ook al blijkt uit de algemene aard van de in het Verdrag gebruikte bewoordingen het oogmerk om alle in die bepaling omschreven categorieën van afspraken zonder onderscheid te treffen, zich ertegen het daarin vervatte verbod uit te breiden buiten de drie limitatief opgesomde categorieën van afspraken (zie arrest Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, blz. 106).

beoordeeld.[27] In dezelfde zin zou aan een of meerdere handelspartners deelname aan misbruik van machtspositie kunnen worden verweten zonder dat wordt onderzocht of deze(n) daadwerkelijk een machtspositie op een welbepaalde markt heeft/hebben en in staat was/waren de mededinging op een bepaalde markt daadwerkelijk te beperken.

74. Door het standpunt van de Commissie dienaangaande te valideren heeft het Gerecht mijns inziens de bewoordingen van artikel 81, lid 1, EG, gelezen tegen de achtergrond van het legaliteitsbeginsel, onjuist opgevat.

75. In die omstandigheden dient in beginsel niet te worden uitgemaakt of, zoals de Commissie stelt, rekwirante redelijkerwijze kon voorzien dat het verbod van artikel 81, lid 1, EG in beginsel op haar van toepassing was.

76. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de Commissie AC-Treuhand niet rechtstreeks aansprakelijk kon stellen voor een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG.

77. Kon deze onderneming op een andere grond aansprakelijk zijn? Dit zal ik hieronder onderzoeken.

b) Kan een vennootschap die geen concurrentiedruk uitoefent op de leden van een kartel, *medeplichtig* zijn aan een inbreuk op het kartelverbod?

78. Ofschoon volgens mij moet worden uitgesloten dat een onderneming als AC-Treuhand als dader aansprakelijk kan worden gesteld, omdat zij niet werkzaam was op de relevante markt of op aan het kartel gerelateerde markten, rijst de vraag of zij aansprakelijk kan worden gesteld wegens medeplichtigheid, waarbij dient te worden gepreciseerd dat, anders dan het geval is in het arrest AC-Treuhand I (zie met name punt 133), dit begrip in de litigieuze beschikking en het bestreden arrest niet als zodanig wordt gebruikt.

79. A priori is dit een verleidelijke opvatting. Medeplichtigheid wordt immers algemeen begrepen als elke bijdrage aan de verwezenlijking van een inbreuk, met name door het verlenen van hulp of bijstand aan de pleger van de inbreuk. Wat dat betreft, ziet medeplichtige in het strafrecht van tal van lidstaten op elke persoon die, zonder dat alle bestanddelen van de inbreuk bij hem aanwezig zijn, door een positief gedrag, en meestal opzettelijk, het plegen van de inbreuk in de hand heeft gewerkt of heeft gefaciliteerd.

80. De aan AC-Treuhand ten laste gelegde feiten (organisatie van de bijeenkomsten, verspreiding en archivering van de stukken, hulp bij de geheimhouding van het kartel en verschillende daartoe strekkende acties) zouden a priori als medeplichtigheid kunnen worden aangemerkt, aangezien het gedrag van die onderneming overduidelijk erin heeft bestaan de leden van het kartel te helpen bij de totstandbrenging en de uitvoering van het kartel.

81. Dit neemt echter niet weg dat zonder vaststelling en exacte kwalificatie van de gedragingen die in het onderhavige geval laakbaar worden geacht, een dergelijke conclusie moeilijk ligt. In dit verband is overigens helemaal niet aangevoerd dat de rol van AC-Treuhand ondergeschikt of accessoir was aan de rol van de van het kartel deel uitmakende ondernemingen waartegen de litigieuze beschikking was gericht.

27 — Zie voor een voorbeeld van dit gevaar met name arresten Deltafina/Commissie (T-29/05, EU:T:2010:355, punten 45 e.v.) en Gütermann/Commissie (T-456/05 en T-457/05, EU:T:2010:168, punt 53).

82. Daarbij komt vooral dat, ofschoon bij mijn weten het onderscheid tussen „dader" van en „medeplichtige" bij een inbreuk nagenoeg unaniem wordt aangenomen op het gebied van de strafvervolging, een dergelijk onderscheid mijns inziens meestal onbekend is op bestuurlijk gebied. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft verklaard, en ofschoon daarover van mening kon worden verschild, is het mededingingsrecht van de Unie echter van bestuurlijke aard. Het gebruik van het begrip medeplichtigheid heeft in deze context dus in beginsel geen zin. Ofschoon er in het recht van de lidstaten wel degelijk situaties zijn waarin de bestraffing is overwogen van personen of entiteiten die het plegen van een inbreuk op de mededingingsregels in de hand hebben gewerkt, heb ik slechts enkele gevallen weten te vinden, die betrekking hebben op bijzondere nationale bepalingen [28] of rechtstreeks in het verlengde liggen van het arrest AC-Treuhand I. [29]

83. In elk geval kan een dergelijke tenlastelegging niet op de tekst van artikel 81 EG of van de ter uitvoering daarvan vastgestelde regels worden gebaseerd.

84. Gelet op een en ander ben ik van mening dat er bij de huidige stand van het Unierecht geen rechtsgrondslag bestaat voor vervolging van AC-Treuhand op grond van artikel 81, lid 1, EG.

85. Dit sluit echter niet uit dat de aan AC-Treuhand ten laste gelegde daden van medeplichtigheid in de toekomst op grond van een specifieke bepaling kunnen worden bestraft.

86. In dit verband lijkt het mij interessant erop te wijzen dat in bepaalde lidstaten de wetgever ervoor heeft gekozen specifieke regels voor de bestraffing van „faciliteringsgedrag" vast te stellen, regels die meestal binnen de sfeer van het strafrecht vallen. Het geval van het Verenigd Koninkrijk verduidelijkt de intrinsieke grenzen van de mededingingsregels voor bestrijden van handelingen ter ondersteuning van het opzetten van tegen de mededinging gerichte acties, aangezien door de invoering van een specifiek misdrijf („criminal cartel offence") in section 188 van de Enterprise Act van 2002 [30], dat in werking is getreden in juni 2003, een sanctie kon worden opgelegd aan een facilitator in de zaak van het zogenoemde „kartel olieslangen voor maritieme toepassingen" [31].

87. Volgens mij staat het uitsluitend aan de Uniewetgever om te voorzien in een inbreuk van medeplichtigheid aan inbreuken op het mededingingsrecht. In dit verband wil ik beklemtonen dat het streven van de instellingen naar het verzekeren van de doeltreffendheid van hun beleid in overeenstemming dient te zijn met de dwingende eisen van het legaliteitsbeginsel en van het rechtszekerheidsbeginsel. Zoals een rechtsgeleerd auteur beklemtoonde, mag de leer van het nuttig effect er niet toe leiden dat het Hof Verdragsbepalingen aldus uitlegt dat de bevoegdheden van de instellingen maximaal worden uitgebreid, maar moeten de relevante regels naar hun oogmerk en hun doel worden uitgelegd. [32]

28 — Zie met name een arrest van de Cour d'appel de Paris van 26 september 1991, waarin is overwogen een advocaat te bestraffen voor een juridisch advies over een systeem van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, maar waarin is geoordeeld dat dit advies onder de geheimhoudingsplicht viel. Vermeld dient te worden dat, enerzijds, artikel L. 420.1 van het Franse handelswetboek (code de commerce), dat betrekking heeft op de kartels, niet als toepassingsvoorwaarde stelt dat de partijen de hoedanigheid van onderneming hebben, en anderzijds, artikel L. 420-6 van dat wetboek voorziet in de mogelijkheid om een geldboete of een gevangenisstraf op te leggen aan „iedere natuurlijke persoon die op frauduleuze wijze persoonlijk en in beslissende mate deelneemt aan het opzetten, organiseren of uitvoeren van in de artikelen L. 420-1 en L. 420-2 bedoelde [tegen de mededinging gerichte] feitelijke gedragingen".

29 — De Nederlandse Mededingingsautoriteit, thans de Autoriteit Consument & Markt, heeft op 12 juni 2009 een engineeringsvennootschap bestraft voor haar rol van facilitator in de verfsector (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). Zij heeft nog recenter een geldboete van 5 000 EUR opgelegd aan een facilitator in de landbouwsector (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

30 — Daarin wordt bepaald: „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 — Volgens de door het UK Office of Fair Trading vastgestelde beschikking zijn natuurlijke personen tot gevangenisstraffen van maximaal drie jaar veroordeeld wegens deelname aan dat kartel.

32 — Zie Pescatore, P., „Monisme et dualisme et ‚effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne", *Une communauté de droit*, 2003, blz. 340.

88. Om al deze redenen is het eerste middel mijns inziens gegrond en moet het bestreden arrest worden vernietigd zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de andere middelen van de hogere voorziening.

89. Daar de zaak mijns inziens in staat van wijzen is, geef ik het Hof bovendien in overweging, de litigieuze beschikking nietig te verklaren voor zover zij betrekking heeft op AC-Treuhand.

V – **Conclusie**

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

„1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 6 februari 2014, AC-Treuhand/Commissie (T-27/10, EU:T:2014:59), wordt vernietigd.

2) Beschikking C(2009) 8682 definitief van de Commissie van 11 november 2009 betreffende een procedure op grond van artikel 81 EG en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (zaak COMP/38.589 – Hittestabilisatoren) wordt nietig verklaard voor zover zij betrekking heeft op AC-Treuhand AG.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten betreffende zowel de procedure in eerste aanleg als de procedure in hogere voorziening.”