Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 21 maj 2015 [1]

Mål C-194/14 P

AC-Treuhand AG
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Konkurrensbegränsande samverkan — Europeiska marknader för värmestabilisatorer — Fastställande av priser, uppdelning av marknader och utbyte av känslig affärsinformation — Beslut i vilket det konstateras överträdelser av artikel 81 EG (nu artikel 101 FEUF) och artikel 53 i EES-avtalet — Beslut avseende ett konsultföretag som inte utövar något konkurrenstryck på de relevanta marknaderna”

1. Syftet med de regler som gäller för företag enligt artiklarna 81 EG och 82 EG (nu artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF) är att förbjuda begränsningar i den fria konkurrensen. En konkurrensbegränsning anses föreligga endast om det framgår av en ekonomisk analys att det berörda företaget genom sitt agerande helt eller delvis har avstått från att, gentemot övriga aktörer på den eller de relevanta marknaderna, utöva ett sådant konkurrenstryck som kännetecknar en effektiv konkurrens och att detta sammantaget har inverkat negativt på den ekonomiska effektiviteten och på konsumenternas välstånd. Om ett agerande inte är konkurrensbegränsande i den ovan angivna bemärkelsen, är det oväsentligt hur moraliskt eller etiskt klandervärt det är – det kan ändå inte omfattas av de förbud som slås fast i unionsrätten, i synnerhet inte av förbudet i artikel 81.1 EG mot konkurrensbegränsande samverkan.

2. Förevarande mål utgör enligt min uppfattning ett alldeles utmärkt tillfälle att erinra om denna grundläggande regel.

3. AC-Treuhand AG (nedan kallat AC-Treuhand) har genom sitt överklagande yrkat att domstolen ska upphäva Europeiska unionens tribunals dom i målet AC-Treuhand mot kommissionen, [2] genom vilken tribunalen ogillade AC-Treuhands talan om i första hand ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2009) 8682 slutlig av den 11 november 2009 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.589 – värmestabilisatorer) (nedan kallat det omtvistade beslutet) [3] och, i andra hand, nedsättning av de böter som AC-Treuhand hade ålagts att betala.

1 — Originalspråk: franska.

2 — T-27/10, EU:T:2014:59 (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Sammanfattning i EUT C 307, 2010, s. 9.

4. Bland de frågor som aktualiseras i förevarande mål märks en som inte tidigare har diskuterats och som förtjänar att uppmärksammas. Domstolen har nämligen för första gången [4] anledning att pröva huruvida ett konsultföretag som inte är verksamt på de relevanta marknaderna eller på därtill knutna marknader kan bestraffas för överträdelse av konkurrensreglerna av det skälet att detta företag har underlättat genomförandet av den konkurrensbegränsande samverkan. Målet aktualiserar därmed ett viktigt och fortfarande aktuellt problem [5] och innebär att domstolen har att uttala sig om tillämpningsområdet för det förbud mot konkurrensbegränsande samverkan som slås fast i fördragens konkurrensregler och följaktligen också om arten av det handlande som kan omfattas av detta förbud.

I – **Bakgrund till tvisten**

5. Bakgrunden till tvisten, som redovisas i punkterna 1–24 i den överklagade domen, kan sammanfattas enligt följande:

”2. I det [omtvistade] beslutet konstaterade … kommission[en] att ett antal företag hade åsidosatt artikel 81 EG och artikel 53 i [EES-]avtalet … genom att delta i två konkurrensbegränsande avtal och samordnade förfaranden vilka omfattade hela EES och omfattade dels sektorn för tennstabilisatorer, dels sektorn för epoxiderad sojabönsolja/estrar (nedan [kallat] ESBO/estrar).

…

4. Enligt artikel 1 i det [omtvistade] beslutet består var och en av överträdelserna av fastställande av priser, marknadsuppdelning genom försäljningskvoter, uppdelning av kunder och utbyte av känslig affärsinformation, särskilt om kunder, produktion och försäljning.

5. I det [omtvistade] beslutet anges att berörda företag deltagit i överträdelserna under olika perioder mellan den 24 februari 1987 och den 21 mars 2000 vad gäller tennstabilisatorer och mellan den 11 september 1991 och den 26 september 2000 vad gäller ESBO/estrar.

6. Sökanden, AC-Treuhand …, som har sitt säte i Zürich (Schweiz), är ett konsultbolag som erbjuder ett ’komplett utbud av anpassade tjänster till nationella och internationella associationer och intressegrupperingar’. Det framgår även av det [omtvistade] beslutet att detta bolag beskriver sina tjänster på följande sätt: ’förvaltning och administration av schweiziska och internationella yrkesorganisationer och sammanslutningar [samt] ideella organ, insamling, behandling och bearbetning av marknadsdata, framtagning av marknadsstatistik, kontroll av uppgifter hos deltagarna’ …

…

10. Enligt det [omtvistade] beslutet läggs det sökanden till last att ha haft en nödvändig och liknande roll i båda överträdelserna, [genom] att organisera möten mellan deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan, i vilka sökanden närvarat och deltagit aktivt. Detta har skett genom att samla in och till deltagarna tillhandahålla uppgifter om försäljning på de aktuella

4 — Här ska det påpekas att inget överklagande gjordes av förstainstansrättens dom av den 8 juli 2008 i målet AC-Treuhand mot kommissionen (T-99/04, EU:T:2008:256) (nedan kallad dom AC-Treuhand I) – i vilken förstainstansrätten för första gången yttrade sig i frågan om tillämpning av artikel 81 EG på ett konsultföretag som hade bidragit till genomförandet av en överträdelse. I det målet hade AC-Treuhand förvisso befunnits vara ansvarigt för överträdelse av artikel 81 EG, men de böter som bolaget hade ålagts att betala uppgick endast till 1 000 euro, det vill säga ett rent symboliskt belopp jämfört med dem som hade ålagts de företag som avsågs i det beslut som det målet avsåg (kommissionens beslut 2005/349/EG av den 10 december 2003 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-2/37.857 – Organiska peroxider) (EGT L 110, 2005, s. 44)).

5 — Europeiska kommissionen ålade nyligen, genom ett beslut av den 4 februari 2015, den brittiska finansmäklaren ICAP att betala 14,96 miljoner euro i böter för att ha underlättat sex av de sju fall av konkurrensbegränsande samverkan som hade upptäckts inom sektorn för räntederivat uttryckta i yen genom olika åtgärder som hade hjälpt de samverkande aktörerna att uppnå sina konkurrensbegränsande syften. Talan mot det beslutet väcktes vid tribunalen den 14 april 2015 (mål T-180/15, ännu inte avgjort).

marknaderna, genom att erbjuda sig att fungera som medlare om det skulle förekomma oenighet mellan deltagande företag och [genom] att uppmana deltagarna att finna kompromisslösningar. Allt detta har skett mot ersättning …

…

20. Enligt artikel 1 i det [omtvistade] beslutet är sökanden ansvarig för att ha deltagit i överträdelsen avseende tennstabilisatorer mellan den 1 december 1993 och den 21 mars 2000 och avseende ESBO/estrar mellan den 1 december 1993 och den 26 september 2000.

…

24. I [artikel] 2 i det [omtvistade] beslutet anges följande:

’För överträdelsen inom sektorn för tennstabilisatorer … åläggs följande böter:

…

17) AC-Treuhand är ansvarigt för 174 000 euro;

…

För överträdelsen inom sektorn för ESBO/estrar … åläggs följande böter:

…

38) AC-Treuhand är ansvarigt för 174 000 euro;

…’”

II – **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

6. AC-Treuhand väckte talan genom en ansökan som inkom till tribunalens kansli den 27 januari 2010. AC-Treuhand yrkade därvid, i första hand, att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras och, i andra hand, att de böter som AC-Treuhand hade ålagts att betala skulle sättas ned.

7. Till stöd för sin talan åberopade AC-Treuhand nio grunder. Tribunalen sammanfattade dessa enligt följande i punkterna 36 och 268 i den överklagade domen (efter att ha noterat att AC-Treuhand hade avstått från att åberopa sin nionde grund):

”36. Sökanden har till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring av det [omtvistade] beslutet gjort gällande fyra grunder samt den första delen av en femte grund. Grunderna avser för det första åsidosättande av artikel 81 EG samt den straffrättsliga legalitetsprincipen (tredje grunden), för det andra att kommissionens befogenhet att ålägga böter har preskriberats enligt artikel 25.5 i förordning nr 1/2003 (andra grunden), för det tredje åsidosättande av rätten till försvar på grund av att sökanden meddelats för sent om kommissionens undersökning (åttonde grunden), för det fjärde åsidosättande av principen om en rimlig tidsfrist för det administrativa förfarandet (sjunde grunden) och för det femte åsidosättande av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 (den sjätte grundens första del).

…

268. Sökanden har till stöd för sitt andrahandsyrkande om ändring av det [omtvistade] beslutet med avseende på bötesbeloppet gjort gällande fyra grunder samt en andra del av den femte grunden. De avser felaktig bedömning av överträdelsernas varaktighet (första grunden), det administrativa förfarandets varaktighet (sjunde grunden), kommissionens skyldighet att endast ålägga symboliska böter under de aktuella omständigheterna (fjärde grunden), åsidosättande av 2006 års riktlinjer för beräkning av böter (femte grunden) och åsidosättande av nämnda riktlinjer vad avser beräkningen av dess betalningskapacitet (den andra delen av den sjätte grunden).”

8. Tribunalen fann att talan inte kunde vinna bifall såvitt avser någon av de åberopade grunderna och den ogillade därför talan i dess helhet.

III – **Parternas yrkanden och förfarandet vid domstolen**

9. AC-Treuhand har i sitt överklagande yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

— i första hand, ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del det berör AC-Treuhand eller, i andra hand, sätta ned de böter som AC-Treuhand har ålagts att betala,

— i tredje hand, återförvisa målet till tribunalen, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna både i målet vid tribunalen och i målet vid domstolen.

10. Kommissionen har yrkat att överklagandet ska ogillas och att AC-Treuhand ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

11. Parterna har yttrat sig skriftligen och muntligen vid förhandlingen den 4 mars 2015.

IV – **Överklagandet**

12. Till stöd för sitt överklagande har AC-Treuhand åberopat fyra grunder. Den första avser att tribunalen, genom att göra bedömningen att AC-Treuhands handlingar utgjorde ett konkurrensbegränsande avtal, åsidosatte artikel 81 EG och den straffrättsliga legalitetsprincipen såsom denna slås fast i artikel 49.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Den andra grunden avser att tribunalen genom att ålägga böter åsidosatte den straffrättsliga legalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen och motiveringsskyldigheten. Den tredje grunden avser att tribunalen åsidosatte artikel 23.2 och 23.3 i förordning (EG) nr 1/2003[6] och riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003[7]. Den fjärde grunden avser att tribunalen vid utövandet av sin obegränsade behörighet åsidosatte artikel 261 FEUF och artiklarna 23.3 och 31 i förordning nr 1/2003.

13. Som jag nämnde i inledningen till detta förslag till avgörande, aktualiserar den första grunden en principfråga som jag kommer att fokusera på i min bedömning, efter det att jag gjort en kortfattad redogörelse för de argument som var och en av parterna specifikt har lagt fram med anknytning till den grunden. Den aktuella frågan är huruvida ett bolag som inte är verksamt på den marknad som en

6 — Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1).

7 — EUT C 210, 2006, s. 2 (nedan kallade 2006 års riktlinjer).

kartell avser kan utgöra, i förhållande till den kartellen, ett företag som har deltagit i ett konkurrensbegränsande avtal i den mening som avses i artikel 81 EG och således också kan anses ha gjort sig skyldigt till en överträdelse av den bestämmelsen och, i förekommande fall, kan åläggas böter med anledning av detta.

A – *Parternas argument*

14. Den första grunden för AC-Treuhands överklagande avser dels punkterna 43–45 i den överklagade domen, där tribunalen fann att AC-Treuhands talan i första instans inte kunde vinna bifall såvitt avser den tredje grund som hade åberopats, dels ett antal punkter i domen AC-Treuhand I till vilken det hänvisas i den överklagade domen.

15. *AC-Treuhand* har gjort gällande att tribunalen – genom att göra bedömningen dels att artikel 81 EG kunde vara tillämplig på AC-Treuhands agerande, dels att en sådan extensiv tolkning rimligen kunde förutses vid tiden för de faktiska omständigheter som utgjorde överträdelsen – åsidosatte artikel 81 EG och underlät att uppfylla de krav på precision och förutsebarhet som följer av den straffrättsliga legalitetsprincipen (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), såsom denna anges i artikel 49.1 i stadgan.

16. I detta sammanhang har AC-Treuhand till att börja med hävdat att det tydligt slogs fast i Europadomstolens dom av den 27 september 2011 i målet A. Menarini Diagnostics S.r.l. mot Italien att förfaranden för åläggande av kartellrättsliga böter är av straffrättslig art. Således finns det skäl att tillämpa den höga skyddsnivå i fråga om legalitetsprincipen som gäller inom straffrätten. Vidare har AC-Treuhand gjort gällande att kravet på tydlighet i rättsligt hänseende – i linje med domstolens egen uppfattning [8] – är särskilt viktigt på ett område där det, som i det aktuella fallet, kan bli fråga om synnerligen stränga påföljder.

17. Därutöver har AC-Treuhand framhållit att bolaget självt inte har varit part i något avtal eller något samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG.

18. AC-Treuhand har gjort gällande att det framgår av den artikelns tydliga lydelse att bistånd till en konkurrensbegränsande samverkan inte i sig omfattas av artikelns tillämpningsområde, utan att artikeln uteslutande avser själva parterna i avtalet eller det samordnade förfarandet. I det aktuella fallet utgjordes det konkurrensbegränsande avtalet av en kartell mellan tillverkare, vilken syftade till fastställande av priser och till fördelning och tilldelning av leveranskvoter och kunder. AC-Treuhand anser inte att bolaget genom sitt eget handlande kan anses ha anslutit sig till det aktuella samförståndet, eftersom dess handlande uteslutande rörde tillhandahållande av tjänster till den aktuella kartellen. Av domstolens rättspraxis framgår att ett avtal kan anses föreligga endast om åtminstone två parter uppvisar en gemensam vilja. [9]

19. Vidare har AC-Treuhand, också med hänvisning till domstolens praxis, hävdat att ett avtal kan anses föreligga endast om det finns en gemensam vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt. I det aktuella fallet saknade tjänsteavtalen mellan AC-Treuhand och de enskilda tillverkarna den koppling till marknaden som domstolen kräver. Det fanns, enligt AC-Treuhand, inget direkt samband mellan dessa tjänsteavtal och den konstaterade konkurrensbegränsningen, vilken uteslutande var ett resultat av kartellen mellan tillverkarna. Till yttermera visso var AC-Treuhand inte verksamt på några marknader som i förhållande till de marknader som berördes av kartellen utgör föregående eller efterföljande marknadsled eller angränsande marknader.

8 — Dom kommissionen/Förenade kungariket (32/79, EU:C:1980:189, punkt 46).

9 — Dom kommissionen/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, punkt 79) och dom kommissionen/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, punkt 37).

20. Enligt AC-Treuhands uppfattning är det inte heller möjligt att hävda att bolaget skulle ha deltagit i ett ”samordnat förfarande”. AC-Treuhand avstod nämligen inte, vare sig helt eller delvis, från sin handlingsfrihet på marknaden till följd av en samordning eller ett samarbete med tillverkarna, vilket AC-Treuhand anser är vad som krävs enligt domstolens praxis.

21. Vidare har AC-Treuhand angett att det i princip skulle ha varit möjligt att utan åsidosättande av legalitetsprincipen beivra dess handlingar av ”medhjälpskaraktär”, om det vid tiden för kartellen hade funnits en fast rättspraxis där sådana handlingar kriminaliserades på ett tillräckligt tydligt sätt.[10] Det fanns emellertid, enligt AC-Treuhand, ingen praxis i detta hänseende före domen AC-Treuhand I, och dessutom framgår det både av den domen och av det kommissionsbeslut som den domen rörde[11] att kommissionens beslut att vidta åtgärder mot ett konsultföretag innebar att dess tidigare beslutspraxis ändrades.

22. Avslutningsvis anser AC-Treuhand att lämplighetsbaserade överväganden på konkurrensområdet inte får leda till att legalitetsprincipen åsidosätts genom en extensiv tolkning av artikel 81.1 EG. Den enda fråga som ska besvaras i det aktuella fallet är, enligt AC-Treuhand, huruvida dess stödtjänster är straffbara enligt artikel 81.1 EG. Det saknar däremot betydelse huruvida dessa tjänster är sådana att de bör bestraffas.

23. *Kommissionen* anser att AC-Treuhands överklagande inte kan bifallas såvitt avser den första grunden.

24. Till att börja med har kommissionen gjort gällande att legalitetsprincipen enligt artikel 49.1 i stadgan innefattar precisionsprincipen, ett förbud mot analogislut och principen om icke-retroaktivitet. Bestämmelsen i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 i förening med artikel 81 EG ingår emellertid, enligt kommissionen, inte i straffrättens ”hårda kärna”, varför de principer som gäller inom straffrätten inte nödvändigtvis behöver vara strikt tillämpliga här. Detta strider, enligt kommissionen, inte mot den ovannämnda domen A. Menarini Diagnostics S.r.l. mot Italien, eftersom Europadomstolen där först betecknade förfarandet för åläggande av kartellrättsliga böter som ett förvaltningsrättsligt förfarande och först därefter påpekade att de påföljder som åläggs kan vara av straffrättslig art.

25. Kommissionen anser också att precisionsprincipen och förbudet mot analogislut under inte omständigheter är oförenliga med ett successivt förtydligande genom rättspraxis av straffrättsliga bestämmelsers närmare innebörd. Principen om icke-retroaktivitet kan förvisso vara oförenlig med retroaktiv tillämpning av en ny och inte rimligen förutsebar tolkning av en straffrättslig bestämmelse, men huruvida så verkligen är fallet beror bland annat på bestämmelsens innehåll och tillämpningsområde samt de rättssubjekt som bestämmelsen riktar sig till. Om en straffrättslig bestämmelse redan har en så tydlig lydelse att den uppfyller precisionsprincipens krav, behövs det för övrigt, enligt kommissionen, inte någon rättspraxis där bestämmelsen tolkas för att det ska kunna säkerställas att precisionsprincipen iakttas.[12]

26. Vidare har kommissionen framhållit att AC-Treuhands argument – som enligt kommissionen skulle resultera i en alltför restriktiv tolkning av kriteriet avseende avtal mellan företag enligt artikel 81 EG – inte kan godtas av det skälet att det inte råder något tvivel om att förbudet enligt den bestämmelsen är tillämpligt på en specifik överföring av funktioner från en konkurrensbegränsande samverkan till ett företag som tillhandahåller tjänster i syfte att möjliggöra att den konkurrensbegränsande samverkan genomförs på ett effektivt sätt.

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

11 — Det ovannämnda beslutet 2005/349.

12 — Dom Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 217 och följande punkter).

27. Härvid har kommissionen gjort fyra påpekanden. För det första anser kommissionen att artikel 81 EG är mycket allmänt formulerad och kan omfatta samtliga fall av gemensam vilja och samtliga fall av samordnat agerande eller agerande i hemligt samförstånd från minst två företags sida.[13] Eftersom såväl det objektiva som det subjektiva syftet med de tjänster som AC-Treuhand tillhandahöll var att stödja två karteller på marknaderna för värmestabilisatorer, uppvisade AC-Treuhand och de övriga kartelldeltagarna, enligt kommissionens uppfattning, en sådan gemensam vilja som krävs för att ett avtal ska anses föreligga.

28. För det andra saknar det, enligt kommissionen, betydelse både huruvida begränsning av konkurrensen på marknaderna för värmestabilisatorer utgjorde det huvudsakliga syftet eller enbart ett accessoriskt syfte med AC-Treuhands handlande och huruvida det fanns ett direkt samband mellan detta handlande och konkurrensbegränsningen. Ett ”avtal” beskrivs förvisso regelmässigt i rättspraxis som ”en gemensam vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt”, men detta innebär, enligt kommissionen, inte att den gemensamma vilja som krävs för samtliga parter måste ha ett syfte som har koppling till marknaden eller att denna gemensamma vilja måste medföra en inskränkning av samtliga parters handlingsfrihet. Det saknar, enligt kommissionens uppfattning, också betydelse att AC-Treuhand inte var verksamt vare sig på de marknader som kartellen avsåg eller på framväxande marknader, eftersom såväl den objektiva som den subjektiva verkan av de tjänster som AC-Treuhand tillhandahöll inom ramen för den hemliga samverkan var att begränsa konkurrensen via kartellerna avseende värmestabilisatorer.

29. När det gäller frågan huruvida AC-Treuhand rimligen kunde förutse kommissionens tolkning vid tiden för kartellen, har kommissionen för det tredje framhållit att den redan i ett beslut som antogs 1980[14] – det vill säga innan de överträdelser som är i fråga i förevarande mål inleddes – slog fast att tjänster som inom ramen för en hemlig samverkan hade tillhandahållits av ett administrationsbolag stred mot artikel 81 EG.

30. För det fjärde har kommissionen hävdat att tribunalen inte alls utökade tillämpningsområdet för artikel 81 EG utöver de gränser som följer av dess lydelse, utan i stället – under hänvisning till konkurrensrättens syfte och skyddsfunktion – tog ställning mot att genom en teleologisk tolkning inskränka bestämmelsens tillämpningsområde. Tribunalen gjorde sig därför, enligt kommissionens uppfattning, inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den hänvisade till den ändamålsenliga verkan av artikel 81 EG.

B – *Bedömning*

31. Bedömningen av den första grunden för överklagandet aktualiserar två frågor.

32. Den första är huruvida artikel 81.1 EG kan vara tillämplig på ett företag som, i likhet med AC-Treuhand, inte är verksamt på den relevanta marknaden eller på därtill knutna marknader och som inte i egentlig mening har ingått något konkurrensbegränsande avtal eller ägnat sig åt samordnade förfaranden på dessa marknader.

33. Den andra frågan – som är accessorisk till den första och är relevant endast om AC-Treuhands handlande anses falla inom tillämpningsområdet för förbudet i artikel 81.1 EG – är huruvida AC-Treuhand i detta fall rimligen kunde förutse att förbudet i artikel 81.1 EG i princip var tillämpligt på AC-Treuhand.

13 — Dom Consten och Grundig/kommissionen (56/64 och 58/64, EU:C:1966:41).

14 — Kommissionens beslut 80/1334/EEG av den 17 december 1980 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/29.869 – Gjutet glas i Italien) (EGT L 383, s. 19).

34. Av skäl som jag kommer att redogöra för nedan är jag fast övertygad om att den första frågan ska besvaras nekande, vilket skulle innebära att det saknades skäl att besvara den andra frågan. Jag kommer inledningsvis att diskutera tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG och därefter AC-Treuhands specifika situation.

1. Tillämpningsområdet för fördragens förbud mot konkurrensbegränsande samverkan: förbudet mot samordnade förfaranden som på grundval av en ekonomisk analys begränsar konkurrensen

35. I punkterna 43 och 44 i den överklagade domen motiverade tribunalen möjligheten att bestraffa ett företag i AC-Treuhands situation genom att hänvisa till sina överväganden i det mål som utmynnade i domen AC-Treuhand I.

36. I den domen bekräftades att AC-Treuhand var principiellt ansvarigt för överträdelsen av artikel 81.1 EG. Det handlande som då lades AC-Treuhand till last är i hög grad jämförbart med det som är aktuellt nu. Bland annat befanns AC-Treuhand ha spelat en nyckelroll i en kartell avseende organiska peroxider genom att anordna möten mellan tillverkare, genom att arkivera vissa hemliga handlingar rörande kartellen, genom att samla in och bearbeta vissa sifferuppgifter och genom att fylla vissa logistik- och sekretariatsfunktioner i samband med mötena.

37. Domskälen i domen AC-Treuhand I är väsentligen följande.

38. För det första ska termen ”avtal” i artikel 81 EG förstås i vid bemärkelse. Det är tillräckligt att det föreligger en ”gemensam vilja” att agera på marknaden på ett bestämt sätt och det fordras inte någon fullständig överensstämmelse mellan den relevanta marknad på vilken det företag som har ”gjort sig skyldigt” till konkurrensbegränsningen är verksamt och den marknad på vilken denna begränsning visar sig. Varje fall av agerande som är samordnat med andra företags agerande och som syftar till att begränsa konkurrensen på en relevant marknad kan således utgöra en överträdelse av förbudet enligt artikel 81.1 EG (se punkterna 117–122 i domen AC-Treuhand I).

39. För det andra är det inte uteslutet att ett företag kan delta i genomförandet av en konkurrensbegränsning utan att inskränka sin egen handlingsfrihet på den marknad där det huvudsakligen är verksamt. Varje annan tolkning kan nämligen leda till att tillämpningsområdet för förbudet enligt artikel 81.1 EG krymper i en utsträckning som står i strid med förbudets ändamålsenliga verkan, eftersom det då inte skulle vara möjligt att vidta åtgärder mot vissa företag som aktivt bidrar till en konkurrensbegränsning (se punkterna 124–128 i domen AC-Treuhand I).

40. Vad gäller vad kommissionen behöver styrka för att ett företag ska anses ha deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan och ska kunna hållas ansvarigt för detta räcker det för det tredje att kommissionen visar att företaget avsåg att genom sitt eget handlande – även om detta skedde på ett underordnat, accessoriskt eller passivt sätt – bidra till att de gemensamma mål som deltagarna eftersträvade uppnåddes samt att företaget hade kännedom om eller rimligen kunde förutse de konkreta beteenden som planerades eller genomfördes av andra företag och var berett att acceptera den därmed sammanhängande risken. Dessa principer är med vederbörliga ändringar tillämpliga på ett företag som mot bakgrund av sin ekonomiska verksamhet och sitt yrkeskunnande dels inte kan vara ovetande om det ifrågavarande handlandets konkurrensbegränsande karaktär, dels kan lämna ett icke-försumbart stöd till genomförandet av överträdelsen (se punkterna 129–136 i domen AC-Treuhand I).

41. För det fjärde konstaterades slutligen, i punkt 164 i domen AC-Treuhand I, att en beslutspraxis som kommissionen hade följt i mer än tjugo års tid, enligt vilken den inte meddelade några fällande beslut mot, och inte bestraffade, konsultföretag som var inblandade i konkurrensbegränsande samverkan utan att för den skull utesluta möjligheten att hålla sådana företag ansvariga för sådana överträdelser, inte kunde ha gett upphov till välgrundade förhoppningar hos AC-Treuhand om att

kommissionen även i framtiden skulle avstå från att vidta åtgärder mot och bestraffa konsultföretag som deltar i konkurrensbegränsande samverkan. Att det berörda bötesbeloppet var mycket lågt saknade avgörande betydelse i det aktuella fallet eftersom det väsentliga – som kommissionen på goda grunder hade gjort gällande – var att sådana enheter som konsultföretag, vilkas eventuella medverkan i konkurrensbegränsande samverkan tidigare inte hade bestraffats, skulle kunna bestraffas.

42. Genom dessa överväganden, som alla återspeglar bedömningen att det i själva verket anges få begränsningar i artikel 81 EG när det gäller arten av de samordnade förfaranden som kan omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG, bortser man, enligt min uppfattning, helt från tillämpningsområdet för och syftet med detta förbud.

43. Enligt artikel 81.1 EG är ”[f]öljande … oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och *som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden*”.[15]

44. Med risk för att upprepa det uppenbara vill jag påpeka att artikel 81 EG liksom artikel 82 EG innehåller ett antal regler som riktar sig till *företag* och som är avsedda att förbjuda handlande som visar sig inverka negativt på konkurrensen eller som man på grundval av en ekonomisk analys på goda grunder kan anta har en sådan inverkan.

45. Det övergripande syftet med konkurrensreglerna är att se till att effekterna av den fria konkurrensen, som är ett nödvändigt komplement till de öppna marknaderna, inte snedvrids till följd av åtgärder – i vid bemärkelse – som leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas och som på sikt är till förfång för konsumenterna.

46. Bakgrunden till det förbud mot konkurrensbegränsande beteende som anges i fördragets regler för företag är att sådant handlande – oavsett om det befinns ha konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande resultat – anses ha en skadlig inverkan på möjligheterna för konkurrensen att fungera normalt.

47. För att ett företag ska kunna hållas ansvarigt för en överträdelse av artikel 81.1 EG behöver det slås fast i vilken mån det företaget har kommit överens med andra företag om att inte utöva något konkurrenstryck mot dessa.

48. Härvid erinrade domstolen mycket tidigt om behovet av att göra en ekonomisk analys med beaktande av bland annat parternas ställning och betydelse på marknaden för de berörda varorna eller tjänsterna.[16] När det gäller metoderna för att identifiera samordnade förfaranden med konkurrensbegränsande syfte, har domstolen helt nyligen erinrat om att ekonomisk analys och erfarenhet ska tillmätas stor betydelse vid fastställandet av det konkurrenstryck som företagen är utsatta för.[17]

15 — Min kursivering.

16 — Se dom LTM (56/65, EU:C:1966:38), där domstolen slog fast att artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) inte gör någon åtskillnad beroende på om parterna befinner sig inom samma distributionsled (”horisontella” avtal) eller inom olika distributionsled (”vertikala” avtal) men också förtydligade att den påstådda negativa inverkan på konkurrensen skulle bedömas mot bakgrund av de faktiska förhållanden under vilka denna konkurrens skulle uppstå om det omtvistade avtalet inte fanns (se, bland annat, sidorna 358 och 360 i domen).

17 — Se dom CB/kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punkt 51).

49. Vidare har såväl kommissionen [18] som domstolen vid upprepade tillfällen understrukit att fördragets bestämmelser om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan är tillämpliga endast om situationen för tredje part ”på marknaden” påverkas märkbart.

50. Minimikravet för att sådant handlande från företags sida som avses i fördragen ska kunna omfattas av förbudet enligt fördragen är således att handlandet är *ägnat att undanröja ett konkurrenstryck eller ett hinder som i princip existerar på marknaden*. Vilken typ av medel företagen använder sig av spelar mindre roll, [19] men resultatet måste vara ett ekonomiskt tryck som är ägnat att begränsa konkurrensen. [20]

51. För att ett företag ska kunna anses vara part i en samverkan med konkurrensbegränsande syfte eller resultat, måste det företaget med andra ord vid normala marknadsförhållanden utöva ett konkurrenstryck mot de övriga deltagarna i den aktuella samverkan, och detta konkurrenstryck måste dessutom vara sådant att det är värt besväret att reducera det.

52. Således har det central betydelse hur den relevanta marknaden avgränsas inom ramen för tillämpningen av såväl artikel 82 EG som artikel 81.1 EG. Avgränsningen av den relevanta marknaden är sällan en tvistefråga vid tillämpning av artikel 81 EG, men syftet är alltid att systematiskt slå fast vilket konkurrenstryck de berörda företagen utsätts för. [21]

53. Det är förvisso riktigt att det i unionens konkurrensrätt inte ställs något krav på att samtliga deltagare i en konkurrensbegränsande samverkan ska bedriva ekonomisk verksamhet på den marknad som påverkas av den aktuella samverkan, men däremot ställs det krav på att det ska slås fast på vilket sätt ingåendet av det berörda avtalet har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen på en viss relevant marknad.

54. Frågan är alltså inte endast huruvida en förbjuden konkurrensbegränsande samverkan i den mening som avses i artikel 81 EG kan ingås av företag som är verksamma på olika marknader, utan det är också väsentligt huruvida företagen har förmågan att utöva konkurrenstryck mot varandra. Med konkurrens enligt artikel 81.1 EG avses förvisso inte endast sådan konkurrens som kan förekomma mellan parterna i ett avtal, utan också sådan konkurrens som kan utövas mellan någon av dessa parter och tredje man, [22] men ett ytterligare krav är ändå att det berörda företaget har förmåga att ta emot eller med konkret verkan göra åtaganden av konkurrensbegränsande art.

55. Detta krav följer enligt min uppfattning inte endast av en teleologisk tolkning av artikel 81.1 EG, utan även av domstolens praxis på området, som särskilt har rört begränsningar av vertikal art sedan domen Consten och Grundig/kommissionen. [23] I den domen erinrade domstolen inledningsvis om att artikel 85 i fördraget (nu artikel 81 EG) rent allmänt är tillämplig på alla avtal som snedvrider

18 — Se, bland annat, punkt I.2 i kommissionens tillkännagivande av den 3 september 1986 om avtal av mindre betydelse som inte omfattas av bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget om inrättande av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT C 231, s. 2), där det anges att ”de enda avtal som är förbjudna är de som har en märkbar inverkan på marknadsförhållandena, eller med andra ord de som märkbart förändrar ställningen på marknaden för utomstående utländska företag och för användarna, det vill säga deras avsättningsmöjligheter eller försörjningskällor”. I kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 [EG] (*de minimis*) (EGT C 368, 2001, s. 13) återfinns snarlika överväganden i punkt I, där det bland annat anges att ”EG-domstolen har fastslagit att [artikel 81.1 EG] inte är tillämplig när avtalet inte har märkbara effekter på handeln inom gemenskapen eller på konkurrensen”.

19 — Det är vedertaget att artikel 81 EG avser synnerligen olikartade former av samordnade förfaranden – som konkret kan yttra sig i mer eller mindre formella avtal eller enbart i samordnade förfaranden som inte stadfästs i några egentliga överenskommelser. Det är i själva verket tillräckligt att det aktuella konkurrensbegränsande beteendet är ett uttryck för minst två parters gemensamma vilja; det sätt på vilket denna gemensamma vilja kommer till uttryck har inte i sig någon avgörande betydelse (se, bland annat, dom kommissionen/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, punkt 37).

20 — Generaladvokaten Mayras förslag till avgörande i de förenade målen Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Se, i detta avseende, dom Erste Group Bank m.fl./kommissionen (C-125/07 P, C-133/07 P och C-137/07 P, EU:C:2009:576, punkt 60).

22 — Dom Italien/rådet och kommissionen (32/65, EU:C:1966:42).

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

konkurrensen inom den gemensamma marknaden och att ingen åtskillnad görs mellan sådana avtal beroende på om de har ingåtts mellan konkurrerande företag inom samma distributionsled eller mellan icke-konkurrerande företag som är verksamma inom olika distributionsled. Därefter förtydligade domstolen hur det aktuella handlandet – ingående av ensamåterförsäljaravtal mellan en leverantör och en återförsäljare – kunde leda till en begränsning av konkurrensen med avseende på de aktuella varorna mellan återförsäljarna och deras konkurrenter som inte hade ingått sådana avtal. Den situation som dessa avtal gav upphov till medförde bland annat en avskärmning av de nationella marknaderna för de aktuella varorna och ledde till att de priser som kunde tas ut för dessa varor inte var föremål för någon effektiv konkurrens.

56. Mot bakgrund av de ovan anförda övervägandena kommer jag nu att se närmare på det här aktuella fallet.

2. Tillämpning på det här aktuella fallet

57. I detta fall har domstolen att avgöra huruvida artikel 81 EG kan tillämpas på *cartel facilitators*, det vill säga aktörer som bistår vid genomförandet av ett konkurrensbegränsande avtal genom att bland annat anordna möten mellan konkurrenter och tillhandahålla tjänster inom ramen för ett sådant avtal.

58. I punkt 381 i det omtvistade beslutet beskrev kommissionen AC-Treuhands roll på följande sätt:

”Av de faktiska omständigheter som nämns i skälen 356–359 framgår att AC-Treuhand spelade en väsentlig roll för anordnandet och genomförandet av mötena. AC-Treuhand hade detaljkännedom om innehållet i de konkurrensbegränsande överenskommelserna och sammanställde och distribuerade i praktiken på ett mycket professionellt sätt samtliga uppgifter om priser, kvoter och kunder. AC-Treuhand hade befogenhet att göra kontroller i lokaler tillhörande företag som deltog i kartellerna. Endast uppgifter som hade fått AC-Treuhands slutliga godkännande kunde ligga till grund för förhandlingar och överenskommelser. AC-Treuhand ställde sina lokaler till förfogande för att göra det möjligt att hålla kartellerna hemliga. I båda kartellerna var dess roll att förhindra att respektive överträdelse upptäcktes. AC-Treuhands funktion som medlare innebar att dess roll var att uppmuntra till kompromisser i syfte att möjliggöra ingåendet av konkurrensbegränsande avtal. AC-Treuhand ställde sina tjänster, sitt yrkeskunnande och sin infrastruktur till förfogande för de båda kartellerna i syfte att dra fördel av dem. …”

59. Det måste konstateras att de faktiska omständigheter som har lagts AC-Treuhand till last utgörs av ett antal olika handlingar och att det inte tydligt har slagits fast i rättsligt hänseende huruvida AC-Treuhand självt gjorde sig skyldigt till de berörda överträdelserna (som deltagare) eller endast medverkade till dem (som främjare). [24]

60. Denna beskrivning av AC-Treuhands situation aktualiserar två frågor. Inledningsvis – och i förlängningen av diskussionen ovan – är frågan huruvida ett företag som inte är verksamt på den berörda marknaden eller en angränsande marknad kan lagföras som det företag som har begått överträdelsen av artikel 81.1 EG. Därefter är frågan huruvida det är tänkbart att lagföra ett sådant företag för medhjälp till konkurrensbegränsande beteende.

24 — I skäl 668 i det omtvistade beslutet, som rör fastställandet av bötesbeloppet, anges det emellertid att AC-Treuhand hölls ansvarigt för sitt ”direkta deltagande” i kartellerna under de aktuella perioderna.

a) Kan ett bolag som inte är verksamt på den relevanta marknaden eller på därtill knutna marknader lagföras som *det företag som begått* en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan?

61. Som jag redan har nämnt, förbjuder artikel 81.1 EG endast avtal och samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen.

62. För att faktiskt kunna begränsa konkurrensen måste den person eller enhet som lagförs ha förmåga att under normala omständigheter utöva ett konkurrenstryck (*competitive constraint*) mot de aktörer som är verksamma på marknaden – ett konkurrenstryck som genom samordnade förfaranden kan undanröjas eller reduceras.

63. Oberoende av huruvida det berörda företaget är verksamt på samma marknad eller i samma distributionsled som de företag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan, ska det således avgöras i vilken mån konkurrensen på marknaden för de berörda varorna potentiellt reducerades eller undanröjdes till följd av det berörda företagets deltagande.

64. I det aktuella fallet torde det inte råda något tvivel om att AC-Treuhand allmänt sett kan anses utgöra ett företag i den meningen att det rör sig om en ekonomisk enhet bestående av en enhetlig organisation med personal samt materiella och immateriella tillgångar som på ett varaktigt sätt eftersträvar ett bestämt ekonomiskt mål. Det framgår också av punkt 6 i den överklagade domen att det är fråga om ett bolag som bedriver ekonomisk verksamhet, bland annat i form av tillhandahållande av tjänster på konsultmarknaden. [25]

65. Däremot måste det konstateras att AC-Treuhand, såvitt avser förevarande mål, inte kan anses vara ett företag som är verksamt på den relevanta marknaden eller en därtill knuten marknad. AC-Treuhand agerade i det aktuella fallet som konsult, och bolaget varken gjorde eller tog emot något konkurrensbegränsande åtagande. AC-Treuhand är inte ens potentiellt verksamt på de relevanta marknaderna, vilka avser väl avgränsade varor i form av värmestabilisatorer av en viss typ, utan är endast verksam inom sitt eget verksamhetsområde, nämligen tillhandahållande av konsulttjänster.

66. De enda avtal i vilka AC-Treuhand var part, torde vara de tjänsteavtal som bolaget ingick med de företag som deltog i kartellen avseende värmestabilisatorer. Däremot kan AC-Treuhand inte ses som en fullvärdig medlem i den kartell som beskrivs i artikel 1 i det omtvistade beslutet, det vill säga en uppsättning avtal och samordnade förfaranden som avsåg vissa värmestabilisatorer och i huvudsak syftade till fastställande av priser, uppdelning av marknader och kunder samt utbyte av känslig affärsinformation.

67. Avtalen mellan AC-Treuhand och de företag som var verksamma på marknaden avsåg uteslutande tillhandahållande av tjänster, vilka förvisso har samband med genomförandet av kartellen, men vilka till sin art skiljer sig från det handlande som har lagts kartellmedlemmarna till last.

68. Dessutom har kommissionen inte hävdat, och än mindre styrkt, att AC-Treuhand i princip utövade ett konkurrenstryck mot de företag som var medlemmar i kartellen. Eftersom AC-Treuhand inte utövade något sådant tryck mot medlemmarna i den konstaterade kartellen inom värmestabilisatorsektorn, kunde AC-Treuhands handlande inte i sig vara konkurrensbegränsande och således inte heller omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 81.1 EG.

25 — Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom Wouters m.fl. (C-309/99, EU:C:2002:98, punkt 47 och där angiven rättspraxis).

69. Även om man antar att AC-Treuhands insatser visar sig ha inverkat positivt på kartellens funktionssätt, genom att göra den effektivare och genom att dölja dess existens, är dessa insatsers effekter på konkurrensen *uteslutande* en följd av kartellmedlemmarnas handlande. Eftersom AC-Treuhand inte under normala omständigheter utövar något konkurrenstryck mot de aktuella företagen, kan dess insatser ju inte vara ägnade att begränsa konkurrensen.

70. Avtal som inte i sig har till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, utan som rör tjänster avsedda att göra det lättare för parterna i ett konkurrensbegränsande avtal att ägna sig åt ett lagstridigt agerande, kan således trots fördragets allmänt hållna formuleringar inte anses falla inom tillämpningsområdet för förbudet i artikel 81.1 EG.[26] Att ett företag har för avsikt att begränsa konkurrensen är inte tillräckligt om företaget saknar den faktiska förmågan att få till stånd en sådan begränsning.

71. Om domstolen anslöt sig till det synsätt som i detta mål har förespråkats av kommissionen och delas av tribunalen, skulle detta allvarligt undergräva metoderna för att identifiera sådant konkurrensbegränsande beteende som åsyftas i fördraget. Enligt min uppfattning skulle då sambandet försvagas mellan det avsedda handlandet och behovet av att fastställa en konkurrensbegränsning i ekonomisk mening. Denna försvagning av sambandet skulle vara så betydande att det inte längre skulle finnas något som helst behov av att avgränsa den relevanta marknaden eller att slå fast vilket konkurrenstryck som i princip föreligger på den marknaden.

72. En sådan försvagning av sambandet skulle kunna visa sig medföra problem inte endast när det gäller att avslöja samordnade förfaranden som faller under artikel 81 EG utan även, genom analogi, när det gäller sådant missbruk av dominerande ställning som omfattas av förbudet enligt artikel 82 EG. Det kan nämligen inte uteslutas att ett agerande av främjande karaktär, till exempel strategisk rådgivning eller ekonomiska expertutlåtanden, även skulle kunna bestraffas med tillämpning av artikel 82 EG.

73. Exempelvis skulle det, såvitt gäller tillämpningen av artikel 81 EG, kunna vara tillräckligt att styrka ett företag på mer eller mindre nära håll har underlättat för, eller bistått, företag som har ägnat sig åt samordnade förfaranden på en viss marknad, utan att det därvid ställs något krav på att detta företag, oberoende av dess närvaro på denna marknad, i praktiken har kunnat utöva något konkurrenstryck mot företag som är eller önskar vara verksamma på den marknaden, det vill säga utan att det görs någon bedömning av det ekonomiska inflytande som den konkurrensbegränsande samverkan har haft.[27] På liknande sätt skulle det kunna komma att läggas en eller flera affärspartner till last att de har deltagit i ett missbruk av en dominerande ställning utan att det görs någon bedömning av huruvida det eller de berörda företagen verkligen har en sådan ställning på en väl avgränsad marknad och hade förmågan att i praktiken begränsa konkurrensen på en viss marknad.

74. Genom att godkänna kommissionens slutsats i detta avseende har tribunalen, enligt min uppfattning, åsidosatt bestämmelserna i artikel 81.1 EG såsom de ska tolkas i ljuset av legalitetsprincipen.

75. Under dessa omständigheter saknas det i princip skäl att pröva huruvida AC-Treuhand, som kommissionen har gjort gällande, rimligen kunde förutse att förbudet enligt artikel 81.1 EG i princip var tillämpligt på AC-Treuhand.

26 — Som domstolen påpekade på ett mycket tidigt stadium, är fördragets allmänt formulerade ordalag visserligen ett klart uttryck för avsikten att alla former av konkurrensbegränsande samverkan ska omfattas av bestämmelsen, men samtidigt uppvisar artikel 81.1 EG en restriktiv karaktär som förhindrar att förbudet enligt den artikeln i något avseende utsträcks utöver de tre former av konkurrensbegränsande samverkan som har fått en uttömmande uppräkning i artikeln (se dom Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, s. 109).

27 — För en illustration av denna risk, se, bland annat, dom Deltafina/kommissionen (T-29/05, EU:T:2010:355, punkt 45 och följande punkter) och dom Gütermann/kommissionen (T-456/05 och T-457/05, EU:T:2010:168, punkt 53).

76. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att kommissionen inte kunde hålla AC-Treuhand direkt ansvarigt för en överträdelse av artikel 81.1 EG.

77. Kunde då AC-Treuhand ha hållits ansvarigt på någon annan grund? Detta är den fråga som jag kommer att se närmare på nedan.

b) Kan ett bolag som inte utövar något konkurrenstryck gentemot medlemmarna i en konkurrensbegränsande samverkan göra sig skyldigt till *medhjälp* till en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan?

78. Ett företag som AC-Treuhand, utan verksamhet på den relevanta marknaden eller på marknader med koppling till kartellen, kan alltså enligt min mening inte hållas ansvarigt i egenskap av det företag som har begått överträdelsen. Däremot inställer sig frågan huruvida det är möjligt att hålla ett sådant företag ansvarigt för medhjälp. Härvid ska det framhållas att det – till skillnad från vad som är fallet i domen AC-Treuhand I (se, bland annat, punkt 133) – inte uttryckligen hänvisas till medhjälpsbegreppet vare sig i det omtvistade beslutet eller i den överklagade domen.

79. Vid första anblicken är detta en ytterst förförande tanke. Med medhjälp avses i allmänhet varje bidrag till genomförandet av ett brott, bland annat i form av hjälp eller bistånd till den som begår brottet. I ett betydande antal medlemsstaters straffrätt avses med medhjälpare den som utan att uppfylla rekvisiten för ett brott har bidragit till eller underlättat genomförandet av brottet genom en positiv och oftast avsiktlig handling.

80. De faktiska omständigheter som har lagts AC-Treuhand till last (anordnande av möten, distribution och arkivering av dokumentation, bistånd och diverse insatser för att hålla kartellen hemlig) skulle i princip kunna betecknas som medhjälp, eftersom AC-Treuhands handlande uppenbarligen bestod i att hjälpa kartellmedlemmarna att utforma och genomföra kartellen.

81. Trots detta är det emellertid svårt att tänka sig en sådan slutsats så länge det saknas angivelse och exakt rättslig kvalificering av det handlande som i det aktuella fallet ska anses vara klandervärt. Det har för övrigt inte gjorts gällande att den roll som AC-Treuhand spelade skulle ha varit sekundär eller accessorisk i förhållande till de roller som spelades av de företag som var medlemmar i den kartell som det omtvistade beslutet avser.

82. Dessutom, och framför allt, är förvisso distinktionen mellan gärningsman och medhjälpare, såvitt jag känner till, i stort sett allmänt vedertagen inom straffrätten, men däremot förefaller mig denna distinktion oftast vara okänd inom förvaltningsrätten. Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast – även om detta har gett upphov till meningsskiljaktigheter – att unionens konkurrensrätt tillhör förvaltningsrätten. Att använda medhjälpsbegreppet i det aktuella sammanhanget är således i princip meningslöst. I medlemsstaternas rättsordningar finns det visserligen ett antal situationer där lagstiftarna har öppnat för möjligheten att bestraffa personer eller enheter som har medverkat till överträdelser av konkurrensreglerna, men de fall som jag har lyckats hitta är ändå få och rör nationella särbestämmelser [28] eller är en direkt följd av domen AC-Treuhand I. [29]

28 — Se, bland annat, en dom meddelad av Cour d'appel de Paris (appellationsdomstolen i Paris) den 26 september 1991 där domstolen i fråga övervägde att bestraffa en advokat för rättslig rådgivning rörande en mekanism för samordnade förfaranden men i slutändan fann att denna rådgivning omfattades av advokatens tystnadsplikt. Härvid är det viktigt att påpeka dels att artikel L. 420.1 i den franska handelslagen (Code de commerce), som rör konkurrensbegränsande samverkan, är tillämplig även på andra parter än företag, dels att det enligt artikel L. 420-6 i samma lag är möjligt att ålägga böter eller fängelse i fall där ”en fysisk person i bedrägligt syfte deltar personligen och på ett avgörande sätt i utformningen, anordnandet eller genomförandet av sådana konkurrensbegränsande förfaranden som avses i artiklarna L. 420-1 och L. 420-2”.

29 — Nederlandse Mededingingsautoriteit (den nederländska konkurrensmyndigheten), som numera heter Autoriteit Consument & Markt, beslutade den 12 juni 2009 att bestraffa ett ingenjörsbolag med anledning av dess främjande av en kartell inom målerisektorn (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). På senare tid har samma myndighet ålagt böter på 5 000 euro för främjande av en kartell i jordbrukssektorn (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

83. Under alla omständigheter kan inte någon kriminalisering av medhjälp utläsas ur artikel 81 EG eller ur de regler som har antagits för att genomföra den artikeln.

84. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att det på unionsrättens nuvarande stadium saknas rättslig grund för att lagföra AC-Treuhand med stöd av artikel 81.1 EG.

85. Detta innebär emellertid inte att det kan uteslutas att sådana medhjälpshandlingar som har lagts AC-Treuhand till last i framtiden kan komma att bestraffas med stöd av en specifik bestämmelse.

86. Härvid är det intressant att notera att lagstiftarna i vissa medlemsstater har valt att införa särskilda regler i syfte att straffbelägga handlande som ”främjar” en kartell och att dessa regler oftast tillhör straffrätten. Situationen i Förenade kungariket illustrerar väl var de inneboende gränserna går för möjligheterna att tillämpa konkurrensreglerna på åtgärder till stöd för genomförandet av ett konkurrensbegränsande beteende. Beslutet att bestraffa ett främjande i ett mål rörande en kartell inom sektorn för undervattensslangar fattades nämligen med stöd av en specifik brottsrubricering (*criminal cartel offence*) som anges i section 188 i 2002 års lag om företag (Enterprise Act 2002),[30] vilken trädde i kraft i juni 2003.[31]

87. Enligt min uppfattning ankommer det uteslutande på unionslagstiftaren att införa en brottsrubricering avseende medhjälp till överträdelse av konkurrensrätten. Härvid vill jag understryka att institutionernas önskan att se till att deras politik får önskad effekt inte får leda till att de oeftergivliga kraven på rättsenlighet och rättssäkerhet åsidosätts. Som en författare har framhållit, får doktrinen om ändamålsenlig verkan inte föranleda domstolen att tolka fördragsbestämmelser så, att institutionernas behörighet utvidgas så långt som möjligt, utan tanken med denna doktrin är att den ska göra det möjligt att tolka de relevanta reglerna i överensstämmelse med deras syfte och mål.[32]

88. Av ovan angivna skäl anser jag att överklagandet ska bifallas såvitt avser den första grunden och att den överklagade domen ska upphävas utan att domstolen behöver yttra sig om de övriga grunderna för överklagandet.

89. Eftersom målet förefaller vara färdigt för avgörande, föreslår jag dessutom att domstolen ska ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del detta berör AC-Treuhand.

V – **Förslag till avgörande**

90. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska avgöra målet enligt följande:

1) Den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 6 februari 2014 i målet AC-Treuhand mot kommissionen (T-27/10, EU:T:2014:59) upphävs.

2) Kommissionens beslut K(2009) 8682 slutlig av den 11 november 2009 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.589 – värmestabilisatorer) ogiltigförklaras i den del det berör AC-Treuhand AG.

3) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna både i målet i första instans och i målet om överklagande.

30 — I denna bestämmelse föreskrivs följande: ”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 — Det beslut som fattades av UK Office of Fair Trading (den brittiska konkurrensmyndigheten) innebar att fysiska personer dömdes till fängelse i upp till tre år för deltagande i nämnda kartell.

32 — Se 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, s. 340.