Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 3 декември 2015 година[1]

Дело C-542/14

„VM Remonts“ SIA, по-рано „DIV un Ko“ SIA,
„Ausma grupa“ SIA
срещу
Konkurences padome
(Преюдициално запитване,

отправено на основание член 267 ДФЕС от Augstākā tiesa (Върховен съд, Латвия)

„Преюдициално запитване — Конкуренция — Член 101, параграф 1 ДФЕС — Отговорност на предприятието за незаконосъобразните действия на доставчик на услуги на свободна практика — Незнание на предприятието за неправомерното поведение на доставчика на услуги на свободна практика“

I – **Въведение**

1. Настоящото преюдициално запитване, отправено на 27 ноември 2014 г. от Augstākā tiesa (Върховен съд), се отнася до тълкуването на член 101, параграф 1 ДФЕС по повод на твърдяната съгласувана практика на предприятия при участието им в процедура за възлагане на обществена поръчка, организирана от град Jūrmala (Латвия).

II – **Правна уредба**

A– *Правото на Съюза*

2. Член 101 ДФЕС (предишен член 81 ЕО) предвижда:

„1. Забраняват се като несъвместими с вътрешния пазар всички споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар, и в частност такива, които:

а) пряко или косвено определят покупни или продажни цени или други условия на търговията;

б) ограничават или контролират производството, пазарите, технологичното развитие или инвестициите;

1 — Език на оригиналния текст: френски.

в) осъществяват подялба на пазари или на доставчици;

г) прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставят при сравнително по-неблагоприятни условия;

д) поставят сключването на договорите в зависимост от приемането на допълнителни задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори.

[…]“.

Б– *Латвийското право*

3. Съгласно член 11, параграф 1 от Закона за конкуренцията (Konkurences likums) от 4 октомври 2001 г. [*Latvijas Vēstnesis*, 2001 г., бр. 151]:

„Забраняват се и се считат за нищожни, считано от момента на тяхното сключване, споразумения между икономически оператори, които имат за цел или резултат предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията на територията на Латвия, включително споразуменията, отнасящи се до:

[…]

5) участие или въздържането от участие в процедури за възлагане на поръчки и търгове, или условия, свързани с такива действия (или въздържане от действия), с изключение на случаите, когато участниците са оповестили публично съвместната си оферта и целта на същата не е да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията;

[…]“.

III – **Спорът в главното производство и преюдициалният въпрос**

4. Общинският съвет на град Jūrmala открива процедура за възлагане на обществена поръчка за снабдяване на учебните заведения с хранителни продукти. Дружествата „VM Remonts“ SIA, по-рано „DIV un Ko“ SIA (наричано по-нататък „DIV un Ko“), „Ausma grupa“ SIA (наричано по-нататък „Ausma grupa“) и „Pārtikas kompānija“ SIA (наричано по-нататък „Pārtikas kompānija“) представят оферти в рамките на процедурата за възлагане на обществена поръчка.

5. Pārtikas kompānija се договаря с „Juridiskā sabiedrība „B&Š“ partneri“ SIA, което да му предостави правна помощ при изготвянето и представянето на неговата оферта. За целта „Juridiskā sabiedrība „B&Š“ partneri“ SIA на свой ред използва услугите на подизпълнител, „MMD lietas“ SIA (наричано по-нататък „MMD lietas“), което получава от Pārtikas kompānija проект за оферта, изготвен самостоятелно от това дружество, без съгласуване с DIV un Ko или Ausma grupa.

6. Всъщност от акта за преюдициално запитване става ясно, че Pārtikas kompānija определя самостоятелно цените си (вж. по-специално точки 3.3 и 3.5 от този акт) и че в първоинстанционното производство Administratīvā apgabaltiesa (Регионален административен съд) — който единствено е компетентен да разглежда фактически въпроси — посочва, че не е било налице забранено споразумение или съгласувана практика между Pārtikas kompānija и останалите засегнати предприятия (вж. по-специално точки 3 и 3.5 от посочения акт).

7. От акта за преюдициално запитване е видно и че успоредно с това, без да уведоми Pārtikas kompānija, MMD lietas поема задължение да изготви офертите съответно на DIV un Ko и на Ausma grupa. Във връзка с това служител в MMD lietas бил използвал офертата на Pārtikas kompānija като референция при изготвянето на офертите на другите двама оференти. По-специално MMD lietas било изготвило тези две оферти въз основа на цените в офертата на Pārtikas kompānija по такъв начин, че офертата на Ausma grupa е била приблизително с 5 % по-ниска от тази на Pārtikas kompānija, а тази на DIV un Ko е била с 5 % по-ниска от тази на Ausma grupa.

8. С решение от 21 октомври 2011 г. Konkurences padome (Съветът по конкуренция) приема, че трите дружества оференти са нарушили член 11, параграф 1, точка 5 от Закона за конкуренцията, като са изготвили съвместно офертите си с цел да симулират ефективна конкуренция помежду си. Съветът по конкуренция счита, че тази съгласувана практика е нарушила конкуренцията и налага глоба на тези предприятия.

9. DIV un Ko, Ausma grupa и Pārtikas kompānija отправят искане до administratīvā tiesa (административен съд), а след това до Administratīvā apgabaltiesa за отмяна на решението на Съвета. С решение от 3 юли 2013 г. последната юрисдикция отменя обжалваното решение в частта, в която то установява нарушение, извършено от Pārtikas kompānija, но потвърждава решението по отношение на другите две дружества.

10. Макар този съд да приема, че аритметичното съотношение между цените на офертите на тримата оференти сочи за наличието на съгласувана практика във връзка с участието в процедурата за възлагане на обществена поръчка, той счита, обратно, че нищо не доказва, че Pārtikas kompānija се е присъединило към тази практика.

11. DIV un Ko и Ausma grupa подават касационни жалби пред Augstākā tiesa (Върховен съд) срещу решението на Administratīvā apgabaltiesa в частта му, с която са отхвърлени жалбите им. От своя страна Съветът по конкуренция подава касационна жалба срещу това решение в частта му, с която е уважена жалбата на Pārtikas kompānija.

12. В този контекст запитващата юрисдикция иска да се установи дали участието на предприятие в нарушение на конкурентното право може да доведе до ангажиране на отговорността му, без да е установено ръководителите на дружеството да са дали съгласието си за извършването на тези действия или да са били уведомени за тях.

13. Запитващата юрисдикция отбелязва, че член 11, параграф 1 от Закона за конкуренцията е съобразен с необходимостта от хармонизация между националното право и правото на Съюза в областта на конкурентното право и че следователно тълкуването на тази разпоредба не би трябвало да бъде различно от тълкуването на член 101, параграф 1 ДФЕС.

14. От практиката на Съда, и по-специално от решения Musique Diffusion française и др./Комисия (100/80—103/80, EU:C:1983:158), както и Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71) обаче следва, че от гледна точка на член 101 ДФЕС предприятието носи отговорност за действията, извършени от лице, което като служител действа за негова сметка, независимо от това дали лицата, които са овластени да вземат решения в посоченото предприятие, са упълномощили това лице да извършва тези действия и дали са уведомени за тях. Въпреки това запитващата юрисдикция иска да се установи дали тази съдебна практика е приложима към обстоятелства като тези по главното производство, доколкото разглежданите по това дело действия са извършени не от служител на Pārtikas kompānija, а от доставчик на услуги на свободна практика на това дружество. Освен това този доставчик на услуги не е действал само за посоченото дружество, но също и за сметка на DIV un Ko и Ausma grupa.

15. При тези обстоятелства Augstākā tiesa решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Следва ли член 101, параграф 1 ДФЕС да се тълкува в смисъл, че за да се приеме, че предприятие е участвало в ограничаващо конкуренцията споразумение, трябва да се докаже, че ръководител на предприятието е извършил лично действия или че е знаел или е дал съгласието си за извършването на действия от лице, което предоставя външни спрямо предприятието услуги и същевременно действа за сметка на други участници в евентуално забранено споразумение?“.

IV – **Производството пред Съда**

16. Писмени становища представят латвийското и италианското правителство, както и Европейската комисия. Латвийското правителство и Комисията се явяват на съдебното заседание, проведено на 21 октомври 2015 г.

V – **Анализ**

A– *По допустимостта*

17. Единствено Комисията представя становище по този въпрос, като подкрепя допустимостта на преюдициалния въпрос. Всъщност, макар правото на Съюза да не е приложимо в главното производство, тъй като разглежданата в това дело съгласувана практика не може да засегне търговията между държавите членки, Законът за конкуренцията е приет именно за да приведе латвийското право в съответствие с правото на Съюза. Комисията добавя, че обстоятелствата в главното производство са сравними повече с тези, довели до решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160), отколкото с тези в решение Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. Според мен преюдициалният въпрос е допустим.

19. Всъщност Съдът е компетентен да се произнесе по преюдициални запитвания относно разпоредби на правото на Съюза в случаи, в които фактите по главното производство не попадат пряко в приложното поле на това право, но въпросните разпоредби са станали приложими по силата на националното право, в което разрешенията, възприети за чисто вътрешни положения, са в съответствие с тези в правото на Съюза. Действително в подобни случаи е налице несъмнен интерес на Европейския съюз от еднакво тълкуване на възприетите въз основа на правото на Съюза разпоредби или понятия, независимо от изискванията за прилагането им, за да се избегнат последващи различия в тълкуването [2].

2 — Вж. решения Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 20 и цитираната съдебна практика), както и FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), в които въз основа на обстоятелства, аналогични на тези по настоящото дело, Съдът отговаря на преюдициалните въпроси.

Б– *По същество*

20. По това дело с въпроса си запитващата юрисдикция е поискала от Съда да определи дали на предприятие в положение като това по главното производство може да се вмени отговорност за участие в забранена от член 101 ДФЕС съгласувана практика, изразяваща се в тайна оферта, направена в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка („bid rigging“ [3]), единствено въз основа на доказателството за незаконосъобразните действия на доставчик на услуги на свободна практика на това предприятие, отговарящ за изготвянето на офертата, без да е доказано, че ръководителите на посоченото предприятие са били уведомени за тези действия или са дали съгласието си за извършването им.

1. Обобщение на доводите на страните

21. Латвийското правителство предлага на въпроса на запитващата юрисдикция да се отговори, че член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се приеме, че предприятие е участвало в ограничаващо конкуренцията споразумение, не е необходимо да се доказва, че ръководител на предприятието е извършил лично действия или че е знаел или е дал съгласието си за извършването на действия от доставчик, който предоставя услуги на неговото предприятие, като извършва дейност и за други участници в евентуално забранено споразумение.

22. Всъщност това правителство счита, че в дело като разглежданото в главното производство правният статут на изпълнителя на възложената от предприятието задача (заето лице или лице на свободна практика, служител или представител) е без значение за установяване на отговорността на предприятието за нарушение на конкурентното право.

23. Според посоченото правителство от определенията за довереник и работник в латвийското право следвало, че както единият, така и другият действат в интерес на предприятието, което използва техните услуги. Това се отнасяло и за доставчик на услуги на свободна практика, на когото предприятието възлага предоставянето на правна услуга. Всъщност на последния било предоставено разрешение да действа, като използва информация, с която предприятието разполага. Доставчикът на външни услуги не поемал рисковете на стопанската дейност, когато действа за сметка на трето лице, и при тези условия за неговите действия носело отговорност предприятието, което използва неговите услуги.

24. Освен това предприятието трябвало да подходи предпазливо при избора на своя довереник, както трябва да бъде и при наемането на работник. Ако това задължение не съществувало, щяло да е достатъчно предприятията да прибягват към услугите на трети лица, за да извършват нарушения на конкурентното право без риск от санкции.

25. Наред с това следвало да се прецени дали информацията, предоставена от предприятието на доставчика на услугите, може да окаже въздействие върху конкуренцията. В това отношение информация относно конкретната оферта на дадено предприятие в рамките на процедура за възлагане на обществена поръчка би могла да окаже такова въздействие, тъй като съдържа недостъпни за обществеността данни, отнасящи се например до предложената цена или до функционирането на предприятието.

3 — На френски език „trucage des offres“ („измами при обществени поръчки“). По принцип измами при обществени поръчки са налице, когато поне две предприятия, участващи в процедура за възлагане на обществена поръчка, се договарят едно или няколко от тях да не представят оферти, да представят една оферта или да я оттеглят.

26. Като се има предвид, че в делото по главното производство MMD lietas е разполагало с (чувствителна) информация, която би могла да окаже въздействие върху конкуренцията на съответния пазар и е било упълномощено да извършва от името на Pārtikas kompānija действия с тази информация, можело да се направи извод, че предприятието носи отговорност за действията на доставчика, извършени за сметка на други участници в евентуално забранено споразумение.

27. Освен това латвийското правителство изтъква, че не е необходимо да се доказва, че ръководителите на предприятието са упълномощили доставчика на услуги на свободна практика да предоставя спорната информация или пък че са били уведомени за предоставянето ѝ. Всъщност ръководителите следвало да се считат за неизбежно уведомени за действията, извършени от доставчиците на услуги на свободна практика, наети от предприятието.

28. Италианското правителство предлага на поставения преюдициален въпрос да се отговори в смисъл, че отговорността за антиконкурентно споразумение може да се вмени на предприятие, което е замесено в него поради действията на доставчик на услуги на свободна практика, който е предоставил на конкурентни предприятия получена от първото предприятие информация, макар на ръководителите на това предприятие да не им е било известно и да не са разрешили предоставянето на тази информация, освен ако заинтересованото предприятие не докаже, че не е имало никаква разумна възможност да предвиди и да предотврати неправомерните действия на доставчика на услуги.

29. В това отношение посоченото правителство счита, че практиката на Съда относно действията, извършени от служителите на предприятие, е приложима mutatis mutandis към положение като това по главното производство, в което спорните действия са извършени от доставчик на услуги на свободна практика. Следователно не било необходимо действията, представляващи забранено споразумение, да са извършени от ръководители или от представители на това предприятие, а само да са действия на лице, длъжно да действа за сметка на предприятието.

30. Всъщност, от една страна, да се позволи на предприятията да се основават на довода, че неправомерните действия са извършени от лица, които не са сред ръководителите на предприятието, за да се освободят от отговорност, би застрашило възможността за ограничаване на незаконосъобразните споразумения.

31. От друга страна, за нарушение на предвидените в член 101 ДФЕС правила не бил необходим умисъл от страна на предприятието, то можело да е резултат на небрежност от негова страна. Ето защо самият факт, че ръководителите на предприятие като Pārtikas kompānija не са упълномощили изрично MMD lietas да съобщи проекта за оферта на конкурентите на предприятието или не им е било известно, че това съобщаване е било направено, не позволява да се изключи вероятността предприятието да е участвало в забраненото споразумение, произтичащо от действията на този доставчик на услуги. Pārtikas kompānija проявило небрежност, като е възложило изготвянето на офертата на доставчик на услуги, без да му забрани да направи същото за конкурентни предприятия и да използва съдържанието ѝ в тяхна полза.

32. При това положение Pārtikas kompānija е приело риск, в резултат на който отговорността за антиконкурентното споразумение поради действията на този доставчик на услуги можело да му се вмени изцяло. От това следвало, че предприятието би могло да се освободи от тази отговорност само ако докаже конкретно, че не е имало никаква разумна възможност да предвиди и да предотврати неправомерните действия на доставчика на услуги.

33. Комисията предлага на въпроса на запитващата юрисдикция да се отговори по следния начин:

„Член 101, параграф 1 от ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се приеме, че предприятие е участвало в ограничаващо конкуренцията споразумение поради действията на представител, който не е някой от неговите служители, трябва да се докаже, че:

— неправомерните действия спадат към задачите, възложени на представителя от предприятието, или

— предприятието е знаело за неправомерните действия на представителя и не се е разграничило публично от тях.

Когато обаче неправомерните действия спадат към възложената на представителя област на дейност, не е необходимо да се доказва, че той е бил упълномощен да извършва посочените дейности неправомерно, нито че ръководителите на предприятието са знаели или са дали съгласието си за извършването на тези действия“.

34. В това отношение, първо, в практиката на Съда се правело разграничение между понятията „служител“ и „представител“. По-конкретно в решение Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174) Съдът бил приел, че с оглед на прилагането на член 101 ДФЕС представител може да бъде предприятие, което е отделно от своя принципал, освен в случаите, когато представителят е „включен“ в предприятието на принципала. В това отношение Съдът бил признал различни критерии, а именно, от една страна, поемането или непоемането на стопански риск от представителя, и от друга страна, изключителният или неизключителният характер на предоставяните от него услуги. Тези критерии по-специално били приложени от Общия съд на Европейския съюз в решение Minoan Lines/Комисия (T-66/99, EU:T:2003:337), в което бил разгледан въпросът за вменяването на отговорност на предприятие за нарушение, извършено от представител.

35. Тези два критерия обаче не били нито изчерпателни, нито кумулативни. От решение Energetický a průmyslový и EP Investment Advisors/Комисия (T-272/12, EU:T:2014:995) следвало, че е важно също така да се определи дали въпросните неправомерни действия спадат към компетенциите на представителя, докато критерият за стопанския риск или за изключителността невинаги бил определящ.

36. Този подход бил възприет и от Competition Appeal Tribunal (апелативен съд в областта на конкуренцията, Обединеното кралство) в решение A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT) [2011] CAT 13. Този съд постановил по същество, че отговорността за незаконосъобразните действия на даден представител не може да бъде вменена на неговия принципал, тъй като те представляват действия, които са напълно отделни от възложените му от принципала функции.

37. На второ място, що се отнася до общите принципи на правото, приложими към отговорността на принципалите за действията на техните представители, Комисията изтъква по-специално, че във френското право[4] на принципал може да се вмени отговорност за действията на неговия представител, при условие че нарушението е било извършено в рамките — действителни или привидни — на неговите функции[5].

4 — Комисията се позовава на член 1384 от Гражданския кодекс.

5 — Комисията се позовава на решение на френския Cour de cassation от 19 май 1988 г., № 87-82654. От това решение следвало, че принципал би могъл да се освободи от отговорност за действията на своя служител, ако същият е действал извън обхвата на функциите си, без разрешение и за цели, които не са свързани с правомощията му.

38. От тази съдебна практика и от тези принципи следвало, че само фактът, че MMD lietas не е било изключителен представител на Pārtikas kompānija, не е достатъчен за освобождаване на това предприятие от неговата отговорност за действията на MMD lietas. За сметка на това действията на MMD lietas не можело да бъдат вменени на Pārtikas kompānija, ако те не се вписват в рамките на функциите, които са му били възложени, освен ако Pārtikas kompānija е знаело за тези действия и не се е разграничило публично от тях. Тъй като на MMD lietas е било възложено само да подготви документацията за офертата на Pārtikas kompānija в съответствие с дадените от това предприятие инструкции (само представителство на предприятието и подаване на офертата), решението на служител на MMD lietas да изготви офертите на конкурентите на Pārtikas kompānija въз основа на офертата, изготвена за това предприятие, изглеждало като упражняване на напълно различна дейност, отговорността за която не може да бъде вменена на въпросното предприятие. От предоставената на Съда преписка впрочем е видно и че MMD lietas не е било упълномощено да преговаря с другите предприятия.

2. Съображения

а) Общи разсъждения и съдебна практика

39. В самото начало трябва да се припомни, че съгласно постоянната практика на Съда понятието „съгласувана практика“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС се отнася до всяка форма на координация между предприятия, при която, без да се достига до същинско споразумение, съзнателно се заменят рисковете на конкуренцията с практическо сътрудничество между тези предприятия[6]. Подобна практика може по-специално да произтече от установяване на пряк или косвен контакт между конкурентни предприятия, имащ за цел или резултат било да повлияе на поведението на пазара на настоящ или потенциален конкурент, било да разкрие пред подобен конкурент собственото поведение, за което е взето решение да бъде възприето на пазара или пък за което съществуват такива намерения[7].

40. От тази съдебна практика следва, че на предприятие не може да бъде вменена отговорност за съгласувана практика, без да е установено, че то съзнателно е участвало в нея. В такъв контекст, макар практиката на Съда да не изисква да се докаже, че това предприятие е знаело, че нарушава член 101 ДФЕС, следва все пак да се констатира, че предприятието не е могло да не знае, че неговото поведение е имало за резултат ограничаването на конкуренцията[8].

41. По-специално поради тежките санкции, свързани с нарушенията на конкурентното право, по принцип отговорността може да бъде само лична, независимо от това дали нарушението е било извършено умишлено или поради небрежност.

42. С преюдициалното запитване на Съда се поставя въпросът за възможното вменяване на отговорност на предприятия за действия, извършени от трето лице, в областта на конкурентното право.

43. В това отношение може да се прави разлика в зависимост от това дали забранената от конкурентното право практика е извършена от:

— служител на предприятието,

6 — Решение Imperial Chemical Industries/Комисия (48/69, EU:C:1972:70, т. 64).

7 — Решение Suiker Unie и др./Комисия (40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, EU:C:1975:174, т. 174).

8 — Решения Miller International Schallplatten/Комисия (19/77, EU:C:1978:19, т. 18), Musique Diffusion française и др./Комисия (100/80—103/80, EU:C:1983:158, т. 112), както и IAZ International Belgium и др./Комисия (96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 и 110/82, EU:C:1983:310, т. 45).

— едно от неговите дъщерни дружества, или

— трето (физическо или юридическо) лице, което не е включено в организационната структура на дружеството.

44. Ако самото предприятие чрез своите представители или служители при упражняване на техните функции в дружеството възприема поведение, което противоречи на конкурентното право, то носи пряка отговорност, независимо дали нарушението е било извършено умишлено или поради небрежност. В този случай прилагането на конкурентното право към предприятието „не предполага действие, нито дори узнаване от страна на основните съдружници или управители на засегнатото от това нарушение предприятие, а действието на лице, което е упълномощено да действа за сметка на предприятието“ [9].

45. Според Съда „участието в забранени от Договора за функционирането на ЕС споразумения най-често е тайно и не се подчинява на формални правила. Рядко представителят на дадено предприятие участва в среща, снабден с пълномощно за извършване на нарушение“. При това положение „член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се констатира наличието на ограничаващо конкуренцията споразумение, не е необходимо да се докаже наличието на лични действия на законния представител на дадено предприятие или на личното одобрение от този представител, под формата на упълномощаване, на действията на неговия служител, който е участвал в антиконкурентна среща“ [10].

46. Съдебната практика приема и отговорността на дружествата майки за действията, които противоречат на конкурентното право, извършени от техни дъщерни дружества, когато тези предприятия образуват една стопанска единица, „[к]огато подобен стопански субект нарушава правилата на конкуренцията, съгласно принципа на личната отговорност същият следва да отговаря за това нарушение“ [11].

47. От постоянната съдебна практика следва също, че „поведението на дадено дъщерно дружество може да бъде вменено на дружеството майка по-конкретно когато, макар и да притежава отделна правосубектност, това дъщерно дружество не определя по самостоятелен начин своето поведение на пазара, а по същество изпълнява указанията, дадени му от дружеството майка, […] в частност с оглед на икономическите, организационните и юридическите връзки между тези два правни субекта“ [12].

48. Остава хипотезата, в която действието, противоречащо на конкурентното право, е извършено от (физическо или юридическо) лице, което не е нито дъщерно дружество на, нито е включено в съответното предприятие, и в която, както в случая, третото за предприятието лице е действало в качеството си на доставчик на услуги на свободна практика. Доколко предприятието — получател на услугите на такъв доставчик, може да носи отговорност за действията му?

49. Има две възможности:

— третото лице е действало от името на предприятието и е извършило действието, противоречащо на конкурентното право, при изпълнение на възложените му от предприятието задачи. В този случай отговорността на предприятието, което е използвало услугите на третото лице, е ясна, тъй като то е знаело или неизбежно е трябвало да знае, че

9 — Решение Musique Diffusion française и др./Комисия (100/80—103/80, EU:C:1983:158, т. 97).

10 — Решение Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, съответно т. 26 и 28). Вж. също точки 25 и 27 от посоченото решение.

11 — Решение Akzo Nobel и др./Комисия (C-97/08 P, EU:C:2009:536, т. 56 и цитираната съдебна практика).

12 — Пак там (т. 58 и цитираната съдебна практика).

третото лице е щяло да извърши или е извършило действие, противоречащо на конкурентното право, че е дало съгласието си за извършването му, или дори че това действие е било част от възложените на третото лице задачи;

— третото лице е действало в рамките на договор с въпросното предприятие, но е предприело инициативи (състоящи се по-специално в противоречащи на конкурентното право действия), които не са предвидени във възложените му задачи, без да е установено, че ръководителите на предприятието са знаели или че, a fortiori, са дали съгласието си за извършването на такова противоречащо на конкурентното право действие от доставчика на услуги.

50. Въз основа на какви критерии предприятието, използвало услугите на третото лице, може да носи отговорност за извършено от него нарушение?

51. В решение Minoan Lines/Комисия (T-66/99, EU:T:2003:337) [13] Общият съд с основание е искал да установи дали предприятието и представителят „образуват или принадлежат към едно и също предприятие или един и същ стопански субект с единно пазарно поведение“ (точка 124). „Ако това е така, третото лице, което извършва дейност в полза на своя принципал, по принцип може да се разглежда като „спомагателен орган, включен в [неговото] предприятие“, и задължен да следва неговите инструкции, като по този начин образува с това предприятие, подобно на търговския служител, един стопански субект“ (точка 125).

52. След това Общият съд възприема два референтни параметъра, за да определи наличието на една стопанска единица: „от една страна, поемането на стопански риск от посредника, и от друга страна, изключителният или неизключителният характер на услугите, предоставяни от посредника“ (точка 126), като несподеляването на рискове и изключителността на услугите говорят за наличието на стопанско единство.

53. Както латвийското правителство и Комисията отбелязват в съдебното заседание, тези два критерия не могат да бъдат изчерпателни и сами по себе си определящи, за да се установи дали неправомерните действия на представител могат да бъдат вменени на неговия принципал.

54. В решение voestalpine и voestalpine Wire Rod Austria/Комисия (T-418/10, EU:T:2015:516), макар нито едно доказателство да не позволявало да се установи, че предприятието е можело да има каквато и да било информация за антиконкурентното поведение на своя представител, и след като конкретно е разгледал действията, както и функциите на последния, Общият съд приема, че „[п]ри все това, при обстоятелства като в настоящия случай, където представителят действа от името и за сметка на принципала, без да поема стопанския риск за дейностите, които са му били възложени, отговорността за антиконкурентното поведение на този представител в рамките на тези дейности може да се възложи на принципала, по подобие на това, което е възможно да се направи за работодател, що се отнася до укоримите действия, извършени от един от неговите служители, дори без доказателство за знанието от страна на принципала за антиконкурентното поведение на представителя“ (точка 175), и в точка 178 от посоченото решение заключава, „че в настоящия случай Комисията има право, от една страна, да стигне до извода, че съществува стопанска единица между представителя и принципала, що се отнася до дейностите, които са били възложени на г-н G. от Austria Draht, и от друга страна,

13 — Това решение е обжалвано и едно от основанията се отнася именно до въпроса за възможността за вменяване на принципала на действията на представителя, но Съдът го отхвърля като чисто фактическо и следователно като явно недопустимо (определение Minoan Lines/Комисия, C-121/04 P, EU:C:2005:695, т. 19 и 20). Във връзка с решение на Общия съд Minoan Lines/Комисия (T-66/99, EU:T:2003:337) вж. *Blaise*, J.-B. et *Idot*, L. Chronique de droit communautaire de la concurrence — Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE — Revue trimestrielle de droit européen, 2005, p. 131—223, 81, и *Idot*, L. Transports maritimes — Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003 — Europe, 2004, N 2, p. 18 и 19.

да счете, че поради наличието на тази стопанска единица може да се възложи на принципала отговорността за укоримите действия, извършени от г-н G. за сметка на Austria Draht в рамките на дейностите, които са му били възложени, без да е необходимо да доказва, че принципалът е знаел за тези действия“.

55. Освен това в същото решение Общият съд приема и че не може отговорността за участието на представител в някои антиконкурентни срещи да се вмени на неговия принципал, след като обсъжданите на тях въпроси очевидно не попадат в обхвата на дейността по представителство, възложена от принципала на този представител (вж. в този смисъл точка 384 от посоченото решение). Общият съд приема, че не може отговорността за антиконкурентните действия на представителя извън италианския пазар да се вмени на voestalpine Austria Draht (упълномощаването обхващало само италианската територия). С оглед на тези елементи Общият съд решава да намали размера на глобата, наложена солидарно на двете дружества, от 22 милиона евро на 7,5 милиона евро.

56. Следва да се добави, че по посоченото дело (както и по делото, по което е постановено решение Minoan Lines/Комисия, T-66/99, EU:T:2003:337) представителят очевидно е действал от името на предприятието и е разполагал с правомощия във връзка с търговската политика на своя принципал, поради което определянето на цените е бил един от аспектите на предоставеното му пълномощно, което е налагало да преговаря с останалите предприятия.

57. Положението не е същото по настоящото дело, в което от представената пред Съда преписка е видно, че самото Pārtikas kompānija е определило цената на офертата си (вж. т. 6 от настоящото заключение) и че MMD lietas е било само представител, на когото е възложена техническата редакция на документацията. Ето защо изглежда, че решението на MMD lietas да използва офертата на Pārtikas kompānija като основа за изготвянето на офертите на другите предприятия, се вписва в упражняването на дейност, напълно различна от тази, която му е била възложена, и отговорността за която според мен не може да се вмени на Pārtikas kompānija.

58. Както вече посочих, по настоящото дело не са налице доказателства за знанието и/или одобрението от Pārtikas kompānija на действията на представителя, за разлика от делото, по което е постановено решение Minoan Lines/Комисия (T-66/99, EU:T:2003:337, по-специално т. 139—147).

б) Делото, разглеждано в главното производство

59. Какво решение може да се приеме в разглежданата по настоящото дело хипотеза, в която нищо не позволява да се установи, че Pārtikas kompānija е знаело за поведението на MMD lietas, посредникът е действал като независим търговец, не е споделял стопанския риск с Pārtikas kompānija, не е договорно обвързан въз основа на каквото и да било споразумение за изключителни права с това предприятие (макар според мен минималните етични норми, отнасящи се за неговата професия, да налагат това ex officio във връзка с въпросната оферта) и е предприел инициативи, които явно превишават обхвата на задачата, която му е била възложена от Pārtikas kompānija?

60. Отбелязвам, че по мое мнение трябва да бъдат отхвърлени две крайни позиции. От една страна, на дружеството не може автоматично да се вмени отговорност за действията на трети лица, независимо от степента на участие на това дружество, което би било в противоречие с основните принципи, ръководещи налагането на санкции като предвидените от конкурентното право (по-специално принципите на индивидуализиране на наказанията и на правна сигурност),

и от друга страна, задължението на компетентния орган в областта на конкуренцията да докаже убедително, че дружеството, получател на услугите на третото лице, е знаело или е дало съгласието си за извършените от него деликтни действия, тъй като това би означавало да се навреди сериозно на ефективността на правото на конкуренцията.

61. Всъщност „като се има предвид, че забраната за участие в антиконкурентни практики и споразумения, както и санкциите, които могат да бъдат наложени на нарушителите, са общоизвестни, в рамките на антиконкурентните практики и споразумения дейностите обикновено се развиват скрито, срещите се провеждат тайно, най-често в трета държава, и свързаната с тях документация е сведена до минимум“ [14]. Би било твърде просто да „се крият“ зад трето лице, за да останат ненаказани от гледна точка на правото в областта на конкуренцията.

62. Освен това важността за запазването на свободната конкуренция позволява от предприятията, които възлагат на трети лица задачи като разглежданите в настоящия случай, да се изисква да вземат всички необходими мерки, за да се избегне възможността тези трети лица да извършват нарушения на конкурентното право, като се избягва по-специално небрежност или непредпазливост при определянето на тези задачи или при контрола върху тяхното изпълнение.

63. В съответствие с гореизложените съображения предлаганото от мен решение по въпроси като разглеждания по настоящото дело е да се въведе оборима презумпция за отговорност на дружеството за противоречащите на конкурентното право действия на трето лице, чиито услуги то е използвало, и което не може да се разглежда като спомагателен орган, включен в това дружество. Такава презумпция позволява да се поддържа равновесието между, от една страна, постигането на целта да се санкционират ефикасно действията, които противоречат на правилата за конкуренция, по-специално член 101 ДФЕС, и да се предотврати тяхното повтаряне, като се има предвид, че спазването на тези правила изисква активно поведение на предприятията по всяко време, и от друга страна, изискванията, произтичащи от основните права в областта на санкциите. Тази презумпция би се прилагала дори когато действията на третото лице са различни от функциите, които са му били възложени, и макар да не е било доказано, че дружеството, което е използвало неговите услуги, е знаело или е дало съгласието си за извършването на неговите действия [15].

64. Тази презумпция би трябвало да се прилага по отношение на предприятие, когато органът, който следи за спазването на правилата за конкуренция, докаже наличието на действие, което противоречи на конкурентното право, извършено от лице, работещо за това предприятие, без да е част, пряко или косвено, от организационната му структура.

65. За да се спази равновесието, за което споменах в точка 63 от настоящото заключение, предприятието може да обори презумпцията за отговорност, като представи всички доказателства в подкрепа на тезата, че то не е знаело нищо за деликтните действия на третото лице, предоставящо услуги, и като докаже, че е взело всички необходими мерки за предотвратяване на подобно отклонение от гледна точка на правото на конкуренцията, и то в три момента [16].

14 — Решение Knauf Gips/Комисия (C-407/08 P, EU:C:2010:389, т. 49).

15 — Презумпциите са познати в правото на Съюза. И Съдът, и Общият съд използват презумпции при определянето на солидарната отговорност на дружеството майка за действията, извършени от неговите дъщерни дружества (решение Akzo Nobel и др./Комисия (C-97/08 P, EU:C:2009:536), или за действията на неговите служители и наетите от него лица (решение Musique Diffusion française и др./Комисия, 100/80—103/80, EU:C:1983:158, т. 97).

16 — Относно оборване на презумпцията, че дружество майка носи отговорност за поведението на дъщерното му дружество, вж. решение ENI/Комисия (C-508/11 P, EU:C:2013:289, т. 46 и сл., както и т. 68 и 69).

66. Първият момент е при назначаването или наемането на работа на третото лице. Това се отнася по-специално до избора на доставчика на услуги, определянето на задачите и контрола върху изпълнението им, условията (или изключването на възможност) за използване на подизпълнители, задълженията, наложени, за да се гарантира спазването на правото, по-специално в областта на конкуренцията, и предвидените санкции при неизпълнение на договора, разрешението, което се изисква за всяко непредвидено в договора действие.

67. Вторият момент се отнася до целия срок на изпълнение на възложените на третото лице задачи, като се следи за това третото лице да се придържа стриктно към задачите, така както те са определени в договора.

68. Третият момент е този, в който, макар и без неговото знание, третото лице е извършило нарушение на правото в областта на конкуренцията. Предприятието не може просто да реши да не го взема предвид: то трябва публично да се разграничи от противоправното действие, да предотврати новото му извършване и/или да съобщи за него на административните органи. Всъщност, както Съдът постановява, „пасивните форми на участие в нарушението, например присъствието на предприятието на срещи, на които са сключени споразумения с антиконкурентна цел, без то да им се е противопоставило явно, съставляват съучастие, за което се носи отговорност по член 81, параграф 1 ЕО, доколкото мълчаливото одобрение за неправомерна дейност, без открито разграничаване от нейното съдържание или съобщаване за нея на административните органи, насърчава продължаването на нарушението и пречи на разкриването му“ (решение AC-Treuhand/Комисия, C-194/14 P, EU:C:2015:717, т. 31).

69. В съдебното заседание се повдигна въпросът дали за оборване на презумпцията може да има някакво значение доказването от страна на предприятието, че то не е могло да получи никаква облага от противоречащите на конкурентното право действия на представителя. И латвийското правителство, и Комисията отговарят отрицателно на този въпрос.

70. Не съм на това мнение, но при две условия, които впрочем бяха косвено в центъра на обсъжданията в съдебното заседание. Вярно е, че наличието или липсата на интерес на дадено предприятие от съгласувана практика не може да има никакво влияние върху установяването на нарушението на правото в областта на конкуренцията. В случая обаче не сме в контекста на установяването на нарушението, а в контекста на доказателства, позволяващи оборване на презумпция за отговорност. Доказването от страна на предприятието, че действията на представителя са имали за него само отрицателни последици, може да се разбира в подкрепа на останалите доказателства за оборване на презумпцията за отговорност. Обратното е очевидно вярно, ако, напротив, предприятието е било заинтересовано от резултата от забраненото споразумение или от съгласуваната практика.

71. В съдебното заседание беше посочено, че фактът, че обществената поръчка не е била възложена на Pārtikas kompānija, не доказва, че то не е участвало по един или друг начин в съгласувана практика, тъй като то е могло да се споразумее с другите предприятия за подялба на пазарите във времето („bid rigging“). Съгласен съм с тази забележка, но това не е разглежданата от мен хипотеза, а именно доказването от страна на предприятието, че дори като се остави настрана неполучаването на въпросната обществена поръчка, то по никакъв начин не е участвало в други преговори, които биха му дали възможност да се възползва от нарушение на правото в областта на конкуренцията. Разбира се, това е само едно от доказателствата, които предприятието може да посочи в доводите си с цел да обори презумпцията.

72. Накратко, предприятието може да обори презумпцията, ако докаже, че третото лице е действало извън обхвата на възложените задачи, че то е взело всички необходими мерки при назначаването му, при контрола върху изпълнението на поверената му задача и че след като е узнало за забраненото поведение, открито се е разграничило от него или е съобщило за него на административните органи.

73. Очевидно националният съд следва да прецени с оглед на гореизложените съображения представените на вниманието му факти по настоящото дело, за да направи извод дали Pārtikas kompānija носи отговорност.

VI – **Заключение**

74. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам на Съда да отговори по следния начин на преюдициалния въпрос, поставен от Augstākā tiesa:

„Член 101, параграф 1 ДФЕС трябва да се тълкува в смисъл, че за да се приеме, че предприятие е участвало в ограничаващо конкуренцията споразумение, не е необходимо да се доказва, че ръководител на предприятието е извършил лично действия или че е знаел или е дал съгласието си за извършването на действия от лице, което предоставя външни спрямо предприятието услуги и същевременно действа за сметка на други участници в евентуално забранено споразумение.

Националният съд следва да провери по спора, с който е сезиран, дали, след като е узнало за забраненото поведение, предприятието е могло да представи достатъчно убедителни доказателства, за да обори презумпцията за своята отговорност, относно факта, че третото лице е действало извън обхвата на задачите, които са му били възложени, относно взетите мерки при назначаването на третото лице, при контрола върху изпълнението на въпросните задачи и относно собственото му поведение“.