Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 3. december 2015 [1]

Sag C-542/14

»VM Remonts« SIA, tidligere »DIV un Ko« SIA,
»Ausma grupa« SIA
mod
Konkurences padome

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Augstākā tiesa (øverste domstol, Letland))

»Præjudiciel forelæggelse — konkurrence — artikel 101, stk. 1, TFUE — tilregnelse af en selvstændig tjenesteyders ulovlige adfærd til en virksomhed — virksomhedens manglende kendskab til den selvstændige tjenesteyders ulovlige adfærd«

I – **Indledning**

1. Den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, der blev fremsat den 27. november 2014 af Augstākā tiesa (øverste domstol), vedrører fortolkningen af artikel 101, stk. 1, TEUF i forbindelse med en påstået samordning mellem virksomheder i forbindelse med deres deltagelse i et udbud tilrettelagt af Jūrmala by (Letland).

II – **Retsforskrifter**

A – *EU-retten*

2. Artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 EF) bestemmer:

»1. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er uforenelige med det indre marked og er forbudt, navnlig sådanne, som består i:

a) direkte eller indirekte fastsættelse af købs- eller salgspriser eller af andre forretningsbetingelser

b) begrænsning af eller kontrol med produktion, afsætning, teknisk udvikling eller investeringer

c) opdeling af markeder eller forsyningskilder

1 — Originalsprog: fransk.

d) anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen

e) at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand.

[…]«

B – *Lettisk ret*

3. Artikel 11, stk. 1, i den lettiske konkurrencelov (Konkurences likums) af 4. oktober 2001 (Latvijas Vēstnesis, 2001, nr. 151) bestemmer:

»Aftaler mellem økonomiske aktører, der har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det lettiske område, er forbudte eller ugyldige fra tidspunktet for deres indgåelse, herunder aftaler om

[...]

5) deltagelse eller ikke-deltagelse i udbud eller licitationer eller i bestemmelser vedrørende denne type handlinger (eller undladelser), med undtagelse af de tilfælde, hvor konkurrenterne har offentliggjort det fælles tilbud, og genstanden for dette bud ikke hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen.

[...]«

III – **Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

4. Kommunalbestyrelsen i Jūrmala har offentliggjort et udbud om levering af fødevarer til uddannelsescentre. »VM Remonts« SIA, tidligere »DIV un KO« SIA (herefter »DIV un Ko«), »Ausma grupa« SIA (herefter »Ausma grupa«) og »Pārtikas kompānija« (herefter »Pārtikas kompānija«) afgav tilbud i forbindelse med dette udbud.

5. Pārtikas kompānija anmodede »Juridiskā sabiedrība »B&Š partneri«« SIA om juridisk bistand i forbindelse med udarbejdelsen og præsentationen af dets tilbud. »Juridiskā sabiedrība »B&Š partneri«« SIA benyttede i denne forbindelse en underleverandør »MMD lietas« SIA (herefter »MMD Lietas«), der fra Pārtikas kompānija modtog et udkast til tilbud udarbejdet uafhængigt af dette selskab uden samordning med DIV un Ko eller Ausma grupa.

6. Det fremgår ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at Pārtikas kompānija havde fastsat sine priser uafhængigt (jf. navnlig denne afgørelses punkt 3.3 og 3.5), og at Administratīvā apgabaltiesa (regional forvaltningsret) – den eneste, der har kompetence til at afgøre spørgsmål vedrørende en sags faktiske omstændigheder – fastslog, at der ikke fandtes en aftale eller en samordnet praksis mellem Pārtikas kompānija og de øvrige berørte virksomheder (jf. navnlig nævnte afgørelses punkt 3 og 3.5).

7. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at MMD Lietas samtidigt uden at oplyse Pārtikas kompānija herom var blevet hyret til at udarbejde tilbuddene fra henholdsvis DIV un Ko og Ausma grupa. En ansat ved MMD Lietas skulle i denne forbindelse have benyttet tilbuddet fra Pārtikas kompānija som reference ved udarbejdelsen af de to øvrige bydendes tilbud. MMD Lietas udarbejdede navnlig disse to tilbud på grundlag af de priser, der var angivet i tilbuddet fra Pārtikas kompānija, således at tilbuddet fra Ausma var omkring 5% billigere end tilbuddet fra Pārtikas kompānija, mens tilbuddet fra DIV un Ko var 5% billigere end tilbuddet fra Ausma grupa.

8. Ved afgørelse af 21. oktober 2011 fastslog Konkurences padome (det lettiske konkurrenceråd), at de tre bydende selskaber havde tilsidesat artikel 11, stk. 1, nr. 5, i Konkurences likums ved at udarbejde deres tilbud i fællesskab med det formål at simulere en reel konkurrence mellem dem. Konkurrenceådet fandt, at denne samordnede praksis havde fordrejet konkurrencen, og den pålagde selskaberne en bøde.

9. DIV un Ko, Ausma og Pārtikas kompānija nedlagde påstand om annullation af konkurrencerådets afgørelse ved Administratīvā tiesa (forvaltningsret) og dernæst ved Administratīvā apgabaltiesa (regional forvaltningsret). Ved dom af 3. juli 2013 annullerede administratīvā apgabaltiesa den anfægtede afgørelse, for så vidt som den konstaterede en overtrædelse begået af Pārtikas kompānija, mens den stadfæstede afgørelsen for så vidt angik de to øvrige selskaber.

10. Mens denne ret fandt, at det matematiske forhold mellem priserne i de tre bydendes tilbud vidnede om, at der var tale om en samordnet praksis i forbindelse med deltagelsen i udbuddet, fandt den derimod, at der ikke var noget, der tydede på, at Pārtikas kompānija havde deltaget i denne praksis.

11. DIV un Ko og Ausma iværksatte kassationsanke ved Augstākā tiesa (øverste domstol) til prøvelse af dommen afsagt af administratīvā apgabaltiesa (regional forvaltningsret), for så vidt som den forkastede deres appel. Konkurrenceådet iværksatte for sit vedkommende kassationsanke til prøvelse af denne dom, for så vidt som den havde taget Pārtikas kompānijas appel til følge.

12. Den forelæggende ret er i denne forbindelse i tvivl om, hvorvidt en virksomheds deltagelse i en overtrædelse af konkurrenceretten kan medføre, at den ifalder ansvar, når det ikke er blevet godtgjort, at selskabets ledere havde givet deres samtykke til disse handlinger eller var blevet informeret herom.

13. Den forelæggende ret har bemærket, at konkurrencelovens artikel 11, stk. 1, er blevet udarbejdet under hensyntagen til behovet for en harmonisering mellem national ret og EU-retten på det konkurrenceretlige område, og at denne bestemmelse derfor ikke skal fortolkes anderledes end bestemmelsen i artikel 101, stk. 1, TEUF.

14. Det følger imidlertid af Domstolens retspraksis, bl.a. af domme Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158) og Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), at en virksomhed med hensyn til artikel 101 TEUF er ansvarlig for handlinger begået af en person, der som ansat handler på virksomhedens vegne, uanset om beslutningstagerne i denne virksomhed har bemyndiget denne person til at handle således eller er blevet informeret herom eller ej. Den forelæggende ret ønsker imidlertid oplyst, om denne retspraksis finder anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, for så vidt som de handlinger, der er tale om i denne sag, ikke kan tilskrives en ansat i Pārtikas kompānija, men en tjenesteyder, der er uafhængig af dette selskab. Denne tjenesteyder har endvidere ikke blot handlet på vegne af dette selskab, men også på vegne af DIV un Ko og Ausma.

15. Augstākā tiesa (øverste domstol) har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde fortolkes således, at det for at konstatere, at en virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale, er nødvendigt at godtgøre, at en leder i virksomheden personligt har udvist en sådan adfærd, fordi denne har haft kendskab til eller har givet samtykke til adfærden hos en person, som har leveret eksterne tjenesteydelser til virksomheden og samtidig har arbejdet for andre deltagere i en eventuel aftale?«

IV – **Retsforhandlingerne ved Domstolen**

16. Den lettiske og den italienske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Den lettiske regering og Kommissionen deltog i retsmødet, der blev afholdt den 21. oktober 2015.

V – **Bedømmelse**

A – *Formaliteten*

17. Kun Kommissionen har fremsat bemærkninger hertil, idet den har argumenteret for, at det præjudicielle spørgsmål antages til realitetsbehandling. Selv om EU-retten ikke finder anvendelse på hovedsagen, da den samordnede praksis, der er tale om i denne sag, ikke vil berøre samhandelen mellem medlemsstaterne, er konkurrenceloven netop blevet vedtaget med det formål at bringe lettisk ret på linje med EU-retten. Kommissionen har tilføjet, at de faktiske omstændigheder i hovedsagen endvidere kan sammenlignes med de faktiske omstændigheder i den sag, der gav anledning til dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) og de faktiske omstændigheder i dom Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. Det foreliggende spørgsmål kan også efter min opfattelse antages til realitetsbehandling.

19. Domstolen er således kompetent til at træffe afgørelse om anmodninger om præjudiciel afgørelse, der vedrører bestemmelser i EU-retten, i tilfælde, hvor de faktiske omstændigheder i hovedsagen ligger uden for EU-rettens direkte anvendelsesområde, men hvor de pågældende bestemmelser er blevet gjort anvendelige af national ret, hvori den valgte regulering af rent nationale forhold er tilpasset EU-retten. I sådanne tilfælde er det nemlig afgjort i Den Europæiske Unions interesse, at bestemmelser eller begreber, der er hentet fra EU-retten, fortolkes ensartet, uanset de vilkår, hvorunder de skal anvendes, således at senere fortolkningsuoverensstemmelser undgås [2].

B – *Realiteten*

20. I den foreliggende sag anmodes Domstolen med det af den forelæggende ret fremsatte spørgsmål om at afgøre, om en virksomhed i en situation som den, der gør sig gældende i hovedsagen, kan anses for at have deltaget i en samordnet praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, og som består i et samordnet tilbud i forbindelse med et udbud (»bid rigging« [3]), alene på grundlag af beviser for, at en af denne virksomhed uafhængig tjenesteyder, som har stået for udarbejdelsen af tilbuddet, har udvist en ulovlig adfærd, når det ikke er blevet godtgjort, at lederne af denne virksomhed er blevet informeret om denne adfærd eller har givet deres samtykke hertil.

2 — Jf. dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis) og FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), hvori Domstolen under omstændigheder svarende til de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag besvarede de præjudicielle spørgsmål.

3 — På dansk »samordning af tilbud«. Generelt er der tale om samordning af tilbud, når mindst to virksomheder, der deltager i et udbud, aftaler, at en eller flere af dem ikke skal afgive tilbud, skal fremsætte et tilbud eller trække et tilbud tilbage.

1. Sammenfatning af parternes argumenter

21. Den lettiske regering har foreslået, at den forelæggende rets spørgsmål besvares således, at artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at det for at konstatere, at en virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale, ikke er nødvendigt at godtgøre, at en leder i virksomheden personligt har udvist denne adfærd, eller at denne havde kendskab til eller havde givet samtykke til adfærden hos en person, som leverede eksterne tjenesteydelser til virksomheden og samtidig handlede på vegne af andre deltagere i den eventuelle aftale.

22. Den lettiske regering er således af den opfattelse, at den retlige status, som den person, der udfører den opgave, som virksomheden har overdraget denne (ansat eller selvstændig, arbejdstager eller agent), ikke er relevant ved fastlæggelsen af virksomhedens ansvar for en overtrædelse af konkurrenceretten.

23. Ifølge den lettiske regering fremgår det af definitionerne af agent og arbejdstager i lettisk ret, at begge handler på vegne af den virksomhed, der benytter sig af deres tjenester. Det samme gør sig gældende for en selvstændig tjenesteyder, der af virksomheden har fået til opgave at levere en juridisk tjeneste. Den selvstændige tjenesteyder har således fået tilladelse til at handle på grundlag af de oplysninger, som virksomheden er i besiddelse af. Den eksterne tjenesteyder påtager sig ikke risiciene i tilknytning til den økonomiske aktivitet, når denne handler på vegne af tredjeparter, og under disse omstændigheder kan tjenesteyderens handlinger tilskrives den virksomhed, der benytter sig af tjenesteyderens ydelser.

24. En virksomhed skal endvidere udvise forsigtighed i forbindelse med valget af agent, ligesom den skal i forbindelse med ansættelse af en arbejdstager. Hvis denne forpligtelse ikke fandtes, kunne virksomhederne overtræde konkurrenceretten uden nogen risiko for sanktioner alene ved at gøre brug af tredjeparter.

25. Det skal endvidere vurderes, om de oplysninger, som virksomheden har fremsendt til tjenesteyderen, kan have indflydelse på konkurrencen. I denne henseende vil oplysninger om en virksomheds konkrete tilbud i forbindelse med et udbud kunne have en sådan indvirkning, da de omfatter angivelser af f.eks. de tilbudte priser eller virksomhedens drift, der ikke er tilgængelige for offentligheden.

26. Henset til den omstændighed, at MMD Lietas i hovedsagen var i besiddelse af (følsomme) oplysninger, der kunne have betydning for konkurrencen på det pågældende marked, og at virksomheden var blevet bemyndiget til at handle på vegne af Pārtikas kompānija i forbindelse med disse oplysninger, kan det konkluderes, at denne virksomhed er ansvarlig for tjenesteyderens handlinger på vegne af andre deltagere i en eventuel aftale.

27. Den lettiske regering har endvidere gjort gældende, at det ikke er nødvendigt at påvise, at virksomhedens ledere har bemyndiget den selvstændige tjenesteyder til at videregive de omtvistede oplysninger, eller at de er blevet informeret om en sådan videregivelse. Lederne må anses for nødvendigvis at være informeret om de handlinger, der begås af selvstændige tjenesteydere, hvis ydelser virksomheden benytter sig af.

28. Den italienske regering har foreslået, at det præjudicielle spørgsmål besvares således, at ansvaret for en konkurrencebegrænsende aftale kan tillægges en virksomhed, som deltager heri som følge af en selvstændig tjenesteyders adfærd, når den selvstændige tjenesteyder har videregivet de oplysninger, denne har modtaget fra den første virksomhed, til konkurrerende virksomheder, selv om lederne af den første virksomhed ikke havde kendskab til denne videregivelse af oplysninger og ikke havde givet sit samtykke hertil, medmindre den berørte virksomhed kan godtgøre, at denne ikke med rimelighed kunne forudse og undgå tjenesteyderens ulovlige adfærd.

29. Den italienske regering er i denne henseende af den opfattelse, at Domstolens retspraksis om en virksomheds ansattes adfærd kan overføres mutatis mutandis på en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den omtvistede adfærd er udvist af en selvstændig tjenesteyder. Det er således ikke nødvendigt, at den adfærd, der udgør aftalen, kan tilregnes lederne af eller repræsentanterne for denne virksomhed, men blot at adfærden kan tilregnes en person, der handler på vegne af virksomheden.

30. Dels ville den omstændighed, at virksomhederne kunne unddrage sig deres ansvar ved at fremføre argumentet om, at den ulovlige adfærd skyldtes personer, der ikke er medlemmer af virksomhedens ledelse, gøre det umuligt at bekæmpe ulovlige aftaler.

31. Dels er en overtrædelse af bestemmelserne i artikel 101 TEUF ikke nødvendigvis forsætlig, men kan også skyldes virksomhedens forsømmelighed. Alene den omstændighed, at lederne af en virksomhed som Pārtikas kompānija ikke udtrykkeligt har bemyndiget MMD Lietas til at videregive projekttilbuddet til virksomhedens konkurrenter, eller at de var uvidende om, at en sådan videregivelse havde fundet sted, gør det ikke muligt at udelukke, at virksomheden har deltaget i den aftale, som tjenesteyderens adfærd resulterede i. Pārtikas kompānija har udvist forsømmelighed ved at betro udarbejdelsen af tilbuddet til en tjenesteyder uden at forbyde denne også at udarbejde tilbud for konkurrerende virksomheder og anvende tilbuddets indhold til gavn for dem.

32. Pārtikas kompānija har dermed angiveligt accepteret en risiko, som indebærer, at virksomheden fuldt ud kan tilregnes ansvaret for den konkurrencebegrænsende aftale, som denne tjenesteyders adfærd resulterede i. Det følger heraf, at virksomheden kun kunne fraskrive sig dette ansvar ved specifikt at godtgøre, at den ikke med rimelighed kunne have forudset og undgået tjenesteyderens ulovlige adfærd.

33. Kommissionen har foreslået, at den forelæggende rets spørgsmål besvares således:

»Artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at konstateringen af, at en virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale som følge af en adfærd udvist af en agent, der ikke er en af virksomhedens ansatte, kræver bevis for:

— at den ulovlige adfærd er omfattet af de opgaver, som virksomheden har uddelegeret til agenten, eller

— at virksomheden havde kendskab til den ulovlige adfærd, som agenten har udvist, og ikke offentligt har taget afstand herfra.

Når den ulovlige adfærd er omfattet af de opgaver, der er uddelegeret til agenten, er det imidlertid ikke nødvendigt at godtgøre, at denne har fået tillagt beføjelser til at udføre disse opgaver på ulovlig vis, og heller ikke at virksomhedens ledelse har haft kendskab til denne adfærd eller har givet sit samtykke hertil.«

34. For det første sondres der i Domstolens retspraksis i denne forbindelse mellem begreberne »ansat« og »agent«. Navnlig i dom Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174) har Domstolen medgivet, at en agent kunne være en virksomhed adskilt fra kommittenten med hensyn til anvendelse af artikel 101 TEUF, undtagen i de tilfælde, hvor agenten er integreret i kommittentens virksomhed. Domstolen har i denne forbindelse anerkendt forskellige kriterier, nemlig dels om agenten påtager sig en økonomisk risiko, dels om de tjenesteydelser, som agenten leverer, har eksklusiv karakter. Den Europæiske Unions Ret anvendte navnlig disse kriterier i dom Minoan Lines mod Kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337), hvori den undersøgte spørgsmålet om, hvorvidt ansvaret for en ulovlig handling begået af en agent kunne tilregnes en virksomhed.

35. Disse to kriterier er imidlertid hverken udtømmende eller kumulative. Det følger af dom Energetický a průmyslový og EP Investment Advisors mod Kommissionen (T-272/12, EU:T:2014:995), at det ligeledes er vigtigt at afgøre, om den pågældende ulovlige adfærd er omfattet af agentens kompetenceområde, mens kriteriet om den økonomiske risiko eller den eksklusive karakter ikke altid er afgørende.

36. Competition Appeal Tribunal (appelret i konkurrencesager) i Det Forenede Kongerige har ligeledes fulgt denne fremgangsmåde i dom A H Willis & Sons Ltd mod Office of Fair Trading (OFT) [2011] CAT 13. Denne ret fandt i det væsentlige, at en agents ulovlige adfærd ikke kan tilregnes kommittenten, når den udgør en handling, der overhovedet ikke har noget at gøre med de opgaver, som kommittenten har overdraget agenten.

37. Hvad angår for det andet de almindelige principper i gældende ret vedrørende kommittenternes ansvar for deres befuldmægtigedes aktiviteter, har Kommissionen bl.a. gjort gældende, at en kommittent i henhold til fransk ret [4] er ansvarlig for en agents adfærd, forudsat at overtrædelsen er sket inden for rammerne – reelle eller tilsyneladende – af agentens ansvarsområder [5].

38. Det følger af denne retspraksis og af disse principper, at alene den omstændighed, at MMD Lietas ikke udelukkende var Pārtikas kompānijas agent, ikke er tilstrækkeligt til at fritage virksomheden for dens ansvar for MMD Lietas' adfærd. Til gengæld kan MMD Lietas' adfærd ikke tilregnes Pārtikas kompānija, hvis den ikke er omfattet af de opgaver, som MMD Lietas har fået overdraget, medmindre Pārtikas kompānija har haft kendskab til denne adfærd og ikke offentligt har taget afstand herfra. Da MMD Lietas udelukkende havde fået til opgave at udarbejde udbudsmaterialet for Pārtikas kompānija i henhold til virksomhedens instrukser (alene repræsentation af virksomheden og fremsendelse af tilbuddet), synes den beslutning, som en af MMD Lietas' ansatte traf om at udarbejde tilbuddene fra Pārtikas kompānijas konkurrenter på grundlag af det af Pārtikas kompānija udarbejdede tilbud, således at ligge helt uden for rammerne af disse opgaver og kan ikke tilregnes Pārtikas kompānija. Det fremgår endvidere ligeledes af de sagsakter, der fremlagt for Domstolen, at MMD Lietas ikke havde fået mandat til at forhandle med andre virksomheder.

2. Bedømmelse

a) Generelle betragtninger og retspraksis.

39. Indledningsvis fremhæves det, at begrebet »samordnet praksis« som omhandlet i artikel 101, stk. 1, TEUF ifølge Domstolens praksis omfatter alle former for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde [6]. En sådan praksis kan navnlig resultere i direkte eller indirekte kontakter mellem konkurrerende virksomheder, der har til formål eller til følge at påvirke en faktisk eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller at oplyse en sådan konkurrent om, hvilken adfærd de selv har besluttet eller overvejer at udvise på markedet [7].

4 — Kommissionen har henvist til civillovbogens artikel 1384.

5 — Kommissionen har henvist til dom nr. 87-82654 afsagt af den franske Cour de cassation den 19.5.1988. Det fremgår af denne dom, at en kommittent kan unddrage sig sit ansvar for sin agents handlinger, hvis agenten har overskredet sine beføjelser, har handlet uden tilladelse og med et formål, der ikke har noget at gøre med de opgaver, denne har fået overdraget.

6 — Dom Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, præmis 64).

7 — Dom Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, point 174).

40. Det følger af denne retspraksis, at en virksomhed ikke kan tilregnes en samordnet praksis, uden at det er godtgjort, at den forsætligt har deltaget heri. Mens det ikke i henhold til Domstolens praksis kræves, at denne virksomhed havde til hensigt at tilsidesætte artikel 101 TEUF, må det dog i denne forbindelse fastslås, at virksomheden ikke kunne være uvidende om, at dens adfærd begrænsede konkurrencen [8].

41. På grund af bl.a. de strenge sanktioner, der er forbundet med overtrædelse af konkurrenceretten, kan ansvaret i princippet kun være personligt, uanset om overtrædelsen har været forsætlig eller er begået ved forsømmelighed.

42. Med anmodningen om præjudiciel afgørelse forelægges Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt det på det konkurrenceretlige område er muligt at tilregne virksomheder tredjeparters handlinger.

43. Det er i denne henseende muligt at sondre mellem, om den praksis, der er forbudt i henhold til konkurrenceretten, kan tilskrives:

— en ansat i virksomheden

— et af virksomhedens datterselskaber eller

— en tredjepart (fysisk eller juridisk person), der ikke er ansat i selskabet.

44. Er det virksomheden selv, der via sine repræsentanter eller sine ansatte under udøvelsen af deres opgaver i selskabet, har udvist en adfærd, der er i strid med konkurrenceretten, ifalder den direkte ansvar, uanset om overtrædelsen har været tilsigtet eller skyldes forsømmelighed. I dette tilfælde er det ikke en betingelse for, at konkurrenceretten finder anvendelse på virksomheden, at der foreligger en handling begået af den pågældende virksomheds selskabsdeltagere eller direktører, end ikke at de har haft kendskab til en sådan handling, men derimod, at der er begået en handling af en person, som er bemyndiget til at handle på virksomhedens vegne [9].

45. Ifølge Domstolen »udgør deltagelsen i karteller, der er forbudt ved EUF-traktaten, som oftest en skjult aktivitet, som ikke er underlagt formelle regler. Det er sjældent, at en virksomheds repræsentant deltager i et møde udstyret med et mandat til at begå en overtrædelse«. Det følger heraf, at »artikel 101, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at det for at fastslå, at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, ikke er nødvendigt at godtgøre den personlige adfærd for den vedtægtsmæssige repræsentant eller et personligt samtykke i form af et mandat fra denne repræsentant til den adfærd, som vedkommendes underordnede, der har deltaget i et konkurrencebegrænsende møde, har udvist« [10].

46. I henhold til retspraksis er moderselskaberne ligeledes ansvarlige for overtrædelser af konkurrenceretten, der begås af deres datterselskaber, når disse selskaber udgør en økonomisk enhed: »Når en sådan økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen [11] .«

8 — Dom Miller International Schallplatten mod Kommissionen (19/77, EU:C:1978:19, præmis 18), Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 112) og IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen (96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, EU:C:1983:310, præmis 45).

9 — Dom Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 97).

10 — Dom Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, henholdsvis præmis 26 og 28). Jf. ligeledes præmis 25 og 27.

11 — Dom Akzo (C-97/08, EU:C:2009:536,præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

47. Det følger ligeledes af fast retspraksis, »at et datterselskabs adfærd kan tilregnes moderselskabet, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet [...], navnlig under hensyn til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to virksomheder« [12].

48. Tilbage står det tilfælde, hvor overtrædelsen af konkurrenceretten begås af en (fysisk eller juridisk) person, der hverken er et datterselskab eller er integreret i den pågældende virksomhed, og hvor denne tredjepart uden for virksomheden, som i den foreliggende sag, har handlet som en selvstændig tjenesteyder. I hvilket omfang kan en virksomhed, der modtager en sådan tjenesteyders ydelser, holdes ansvarlig for tjenesteyderens handlinger?

49. Der findes to muligheder:

— Tredjeparten har handlet i virksomhedens navn og har begået den handling, der er i strid med konkurrenceretten, under udførelsen af de opgaver, som virksomheden har overdraget denne. I dette tilfælde har den virksomhed, der har benyttet sig af tredjepartens ydelser, et klart ansvar, eftersom den var bekendt med eller burde være bekendt med, at tredjeparten ville begå eller havde begået en handling i strid med konkurrenceretten og havde givet sit samtykke hertil, eller endog at denne handling udgjorde en del af de opgaver, der var overdraget til tredjeparten.

— Tredjeparten har handlet inden for rammerne af en kontrakt med den pågældende virksomhed, men har truffet initiativer (bestående i bl.a. handlinger i strid med konkurrenceretten), der ikke er omfattet af de opgaver, som denne havde fået overdraget, uden at det er godtgjort, at lederne af den pågældende virksomhed har haft kendskab til en sådan handling i strid med konkurrenceretten begået af tjenesteyderen eller på forhånd har givet deres samtykke hertil.

50. Hvilke kriterier ligger til grund for tilregnelsen af ansvaret for en ulovlig handling begået af denne tredjepart til den virksomhed, der har benyttet sig af tredjepartens tjenester?

51. Retten ønskede i dom Minoan Lines mod Kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337) [13] med føje at vide, om virksomheden og agenten »udgør eller hører til en og samme virksomhed eller økonomiske enhed, som udfolder en enkelt adfærd på markedet« (præmis 124). »[H]vis en tredjepart udøver en virksomhed til fordel for sin kommittent, kan han principielt betragtes som et hjælpeorgan, integreret i kommittentens virksomhed og forpligtet til at følge kommittentens instrukser, således at han, ligesom handelsmedhjælperen, udgør en økonomisk enhed med den pågældende virksomhed« (præmis 125).

52. Retten fastsatte derefter to referenceparametre ved afgørelsen af, om der foreligger en økonomisk enhed: »dels om mellemmanden påtager sig en økonomisk risiko, dels om de tjenesteydelser, som mellemmanden leverer, har eksklusiv karakter« (præmis 126), idet en manglende deling af risiciene og tjenesteydelsernes eksklusive karakter taler for, at der foreligger en økonomisk enhed.

53. Som den lettiske regering og Kommissionen har anført under retsmødet, kan disse to kriterier ikke være udtømmende og i sig selv alene være afgørende, når det skal fastslås, om en agents ulovlige adfærd kan tilregnes kommittenten.

12 — Ibidem præmis 58 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Denne dom blev appelleret, og et af appelanbringenderne vedrørte netop spørgsmålet om, hvorvidt agentens handlinger kunne tilregnes kommittenten, men Domstolen forkastede dette anbringende som rent faktuelt og afviste det dermed (kendelse Minoan Lines mod Kommissionen, C-121/04 P, EU:C:2005:695, præmis 19 og 20). For så vidt angår Rettens dom i denne sag jf. J.-B. Blaise og L. Idot, »Chronique de droit communautaire de la concurrence – Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE«, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, 131-223, punkt 81, og L. Idot, »Transports maritimes – Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003«, *Europe* 2004, nr. 2, s. 18-19.

54. I dom voestalpine og voestalpine Wire Rod Austria mod Kommissionen (T-418/10, EU:T:2015:516) fastslog Retten, selv om ingen af beviselementerne gjorde det muligt at godtgøre, at virksomheden kunne have været i besiddelse af nogen som helst oplysninger om agentens konkurrencebegrænsende adfærd og efter rent konkret at have undersøgt agentens handlinger og opgaver, at »[u]nder omstændigheder som i det foreliggende tilfælde, hvor agenten har handlet på kommittentens vegne og for dennes regning uden at påtage sig den økonomiske risiko ved de aktiviteter, som den pågældende har fået overdraget, kan denne agents ulovlige adfærd ikke desto mindre tilregnes kommittenten, ligesom en arbejdsgiver kan tilregnes de ulovlige handlinger, som en af hans ansatte begår, selv uden at der foreligger bevis for, at kommittenten havde kendskab til agentens konkurrencebegrænsende adfærd« (præmis 175), og den konkluderede i nævnte doms præmis 178, »at Kommissionen i det foreliggende tilfælde med rette dels kunne konkludere, at der forelå en økonomisk enhed mellem agenten og kommittenten for så vidt angår de aktiviteter, som G. havde fået overdraget af Austria Draht, dels kunne lægge til grund, at kommittenten på grund af denne økonomiske enhed kan tilregnes de ulovlige handlinger, som G. begik på vegne af Austria Draht i forbindelse med de aktiviteter, som han havde fået overdraget, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at kommittenten havde kendskab hertil«.

55. I samme dom fandt Retten endvidere også, at en agents deltagelse i visse konkurrencebegrænsende møder ikke kunne tilregnes kommittenten, når de spørgsmål, der blev drøftet på møderne, faldt klart uden for den repræsentationsopgave, som kommittenten havde overdraget den pågældende agent (jf. i denne retning nævnte doms præmis 384). Retten fandt, at ansvaret for agentens konkurrencebegrænsende handlinger uden for det italienske marked ikke kunne tilregnes voestalpine Austria Draht (da mandatet kun omfattede det italienske område). Henset til alle disse elementer besluttede Retten at nedsætte den bøde, som de to selskaber var blevet idømt solidarisk, fra 22 mio. EUR til 7,5 mio. EUR.

56. Det skal tilføjes, at agenten i denne sag (og i den sag, der gav anledning til dom Minoan Lines mod Kommissionen, T-66/99, EU:T:2003:337) klart havde handlet i virksomhedens navn og havde beføjelser vedrørende kommittentens handelspolitik, således at *fastsættelse af priser var et af aspekterne af det mandat*, denne havde fået, hvilket indebar forhandlinger med andre virksomheder.

57. Det samme gør sig ikke gældende i den foreliggende sag, hvor det fremgår af de sagsakter, som Domstolen har fået forelagt, at Pārtikas kompānija selv havde fastsat priserne i sit tilbud (jf. punkt 6 i dette forslag til afgørelse), og at MMD Lietas som agent kun skulle varetage den tekniske udformning af dokumenterne. Det fremgår således, at MMD Lietas' beslutning om at anvende tilbuddet fra Pārtikas kompānija som grundlag for udarbejdelsen af de øvrige virksomheders tilbud, kan betegnes som en opgave, der ligger helt uden for den opgave, MMD Lietas havde fået overdraget, og som efter min opfattelse ikke kan tilregnes Pārtikas kompānija.

58. Jeg skal gentage, at beviselementerne ikke på nogen måde godtgør, at Pārtikas kompānija havde kendskab til og/eller havde godkendt agentens handlinger, i modsætning til i den sag, der gav anledning til dom Minoan Lines mod Kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337, bl.a. præmis 139-147).

b) Den foreliggende hovedsag

59. Så hvordan skal spørgsmålet i den foreliggende sag afgøres, hvor intet gør det muligt at godtgøre, at Pārtikas kompānija har haft kendskab til MMD Lietas' adfærd, hvor denne mellemmand handlede som en selvstændig handlende, ikke delte den økonomiske risiko med Pārtikas kompānija, ikke var kontraktligt forpligtet via en eneretsaftale med virksomheden (selv om de minimale fagetiske principper for det pågældende erhverv efter min opfattelse forudsætter en sådan af egen drift i forbindelse med det pågældende tilbud) og har truffet initiativer, der klart har overskredet den opgave, som Pārtikas kompānija havde overdraget det.

60. To yderliggående holdninger skal efter min opfattelse forkastes. Dels en automatisk tilregnelse af ansvaret for tredjeparters handlinger til selskabet, uanset i hvilken grad selskabet har været inddraget, hvilket er i strid med de grundlæggende principper for pålæggelse af sanktioner som f.eks. dem, der er fastsat i konkurrenceretten (bl.a. princippet om straffens personalitet og retssikkerhedsprincippet), dels forpligtelsen for den kompetente myndighed på det konkurrenceretlige område til på overbevisende vis at godtgøre, at selskabet, der har benyttet sig af tredjepartens tjenester, har haft kendskab til dennes ulovlige handlinger eller har givet sit samtykke hertil, hvilket ville skade konkurrencerettens effektivitet i alvorlig grad.

61. »Henset til, at forbuddet mod at deltage i konkurrencebegrænsende praksis og aftaler såvel som de sanktioner, der kan ifaldes ved at overtræde dette forbud, er almindeligt kendt, er det [...] nemlig hyppigt forekommende, at de aktiviteter, som en sådan praksis og sådanne aftaler indebærer, gennemføres hemmeligt, at møderne afholdes hemmeligt – som oftest i et tredjeland – og at dokumenterne herom begrænses til et minimum« [14]. Det ville således være for nemt at »gemme sig« bag en tredjepart og på den måde gå fri af straf i henhold til konkurrenceretten.

62. Da det endvidere er vigtigt at opretholde den frie konkurrence, er det muligt at kræve af virksomheder, der overdrager opgaver til tredjeparter, som dem, der er tale om i den foreliggende sag, at de træffer alle foranstaltninger til at undgå, at disse tredjeparter begår overtrædelser af konkurrenceretten ved navnlig at undgå enhver forsømmelighed eller uforsigtighed i forbindelse med afgrænsningen og opfølgningen af disse opgaver.

63. I forlængelse af det ovenstående foreslår jeg, at sager som den foreliggende skal løses således, at der fastlægges en afkræftelig formodning for selskabets ansvar for handlinger, der er i strid med konkurrenceretten, som udøves af tredjeparter, hvis tjenester selskabet har benyttet, og som ikke kan betragtes som et hjælpeorgan, integreret i selskabet. En sådan formodning gør det muligt at opretholde ligevægten mellem dels målet om effektivt at bekæmpe adfærd, der er i strid med konkurrencereglerne, bl.a. artikel 101 TEUF, og at forhindre gentagelser vel vidende, at overholdelsen af disse regler til enhver tid pålægger virksomhederne en aktiv adfærd, dels kravene om sanktioner i de grundlæggende rettigheder. Denne formodning finder anvendelse, selv om de handlinger, der begås af tredjeparter, ikke er omfattet af de opgaver, der er overdraget tredjeparten, og selv om det ikke er godtgjort, at det selskab, der har benyttet sig af tredjepartens ydelser, har haft kendskab til dennes handlinger eller har givet sit samtykke hertil [15].

64. Denne formodning bør finde anvendelse på en virksomhed, når myndigheden med ansvar for overholdelse af konkurrencereglerne har godtgjort, at en person, der arbejder for virksomheden har begået en handling, der er i strid med konkurrenceretten, uden at denne direkte eller indirekte er ansat.

65. Med henblik på at overholde den i punkt 63 i dette forslag til afgørelse nævnte ligevægt, kan virksomheden afkræfte formodningen om ansvar ved at fremlægge alle de aspekter, der kan underbygge påstanden om, at den ikke har haft kendskab til den ulovlige adfærd, som tjenesteyderen har udvist, og ved at godtgøre, at den på tre tidspunkter har truffet alle de nødvendige forholdsregler til at forhindre en sådan overtrædelse af konkurrenceretten [16].

14 — Dom Knauf Gips mod Kommissionen (C-407/08 P, EU:C:2010:389, præmis 49).

15 — Formodninger er kendt i EU-retten. Både Domstolen og Retten har anvendt formodninger til at klarlægge moderselskabets solidariske ansvar for handlinger begået af dets datterselskaber (dom Akzo, C-97/08, EU:C:2009:536) eller handlinger begået af arbejdstagere og ansatte i en virksomhed (dom Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, 100/80-103/80, EU:C:1983:158, præmis 97).

16 — Vedrørende afkræftelse af formodningen om et moderselskabs ansvar for dets datterselskabs adfærd, jf. dom ENI (C-508/11, EU:C:2013:289, præmis 46 ff. samt præmis 68 og 69).

66. Det første tidspunkt er ved ansættelsen eller antagelsen af tredjeparten. Det gælder bl.a. valget af tjenesteyder, afgrænsningen af opgaverne og opfølgningen af gennemførelsen af disse, betingelserne for (eller udelukkelse af) anvendelse af underleverandører, de forpligtelser, der pålægges for at sikre overholdelse af især konkurrenceretten og sanktionerne i tilfælde af manglende overholdelse af kontrakten, der kræves tilladelse til alle handlinger, der ikke er fastsat i kontrakten.

67. Det andet tidspunkt vedrører hele den periode, hvor de opgaver, der er overdraget til tredjeparter, gennemføres, idet det sikres, at tredjeparten holder sig strengt til de opgaver, der er fastsat i kontrakten.

68. Det tredje tidspunkt, er det tidspunkt, hvor en overtrædelse af konkurrenceretten begås, selv om det sker uden virksomhedens vidende. Virksomheden kan ikke blot vælge at ignorere overtrædelsen: Den skal offentligt tage afstand fra den forbudte handling, forhindre at den gentages og/eller anmelde den til forvaltningsmyndighederne. Domstolen har således fastslået, »at en virksomheds passive deltagelse i overtrædelsen, såsom virksomhedens deltagelse i møder, hvorunder aftaler med konkurrencebegrænsende formål blev indgået, uden at virksomheden klart tog afstand herfra, indebærer en medvirken, som er ansvarspådragende i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, idet den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre de administrative myndigheder opmærksom på det, virker som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget« (dom AC-Treuhand mod Kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, præmis 31).

69. Under retsmødet blev der spurgt, om det kunne have nogen betydning for afkræftelsen af formodningen, at virksomheden kunne godtgøre, at den ikke havde nogen som helst interesse i de handlinger i strid med konkurrenceretten, som agenten havde begået. Såvel den lettiske regering som Kommissionen besvarede dette spørgsmål benægtende.

70. Jeg er ikke enig heri, men på to betingelser, der i øvrigt indirekte var centrale i drøftelserne under retsmødet. Det er korrekt, at en virksomheds interesse eller manglende interesse i en samordnet praksis ikke kan have nogen indflydelse på konstateringen af overtrædelsen af konkurrenceretten. Her er der imidlertid ikke tale om at konstatere en overtrædelse, men om et aspekt, der gør det muligt at afkræfte en formodning om ansvar. Virksomhedens påvisning af, at agentens handlinger kun har haft negative konsekvenser for den, vil kunne underbygge de øvrige aspekter, som fremsættes med henblik på at afkræfte formodningen om ansvar. Det omvendte ville naturligvis gøre sig gældende, hvis virksomheden tværtimod havde interesse i resultatet af aftalen eller den samordnede praksis.

71. Det blev under retsmødet fremført, at den omstændighed, at Pārtikas kompānija ikke fik tildelt kontrakten, ikke beviser, at virksomheden ikke på den ene eller den anden måde deltog i den samordnede praksis, da den kunne have aftalt en fordeling af kontrakterne over tid (»bid rigging«) med de øvrige virksomheder. Jeg er enig i denne bemærkning, men det er ikke den hypotese, jeg går ud fra, nemlig virksomhedens påvisning af, at den ud over, at den ikke fik tildelt den pågældende kontrakt, ikke på nogen måde har deltaget i andre forhandlingselementer, hvorved den har draget fordel af overtrædelsen af konkurrenceretten. Dette er naturligvis blot et element blandt andre, som virksomheden kan fremføre i sin argumentation med henblik på at afkræfte formodningen.

72. Sammenfattende kan virksomheden afkræfte formodningen, såfremt den godtgør, at tredjeparten har handlet uden for de opgaver, denne har fået tildelt, at den har truffet alle de nødvendige forholdsregler ved udvælgelsen af tredjeparten, ved opfølgningen af den opgave, denne havde fået overdraget, og at den, da den blev bekendt med den ulovlige adfærd, offentligt tog afstand fra den eller anmeldte den til forvaltningsmyndighederne.

73. Det påhviler naturligvis den nationale ret at bedømme de faktiske omstændigheder, den har fået forelagt i den foreliggende sag, på baggrund af ovenstående elementer, når den skal fastlægge, om Pārtikas kompānija kan holdes ansvarlig eller ej.

VI – **Forslag til afgørelse**

74. Henset til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Augstākā Tiesa (øverste domstol) stillede præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 101, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde skal fortolkes således, at det for at konstatere, at en virksomhed har deltaget i en konkurrencebegrænsende aftale, ikke er nødvendigt at godtgøre, at en leder i virksomheden personligt har udvist denne adfærd, eller at denne har kendskab til eller har givet samtykke til adfærden hos en person, som leverer eksterne tjenesteydelser til virksomheden og samtidig handler på vegne af andre deltagere i en eventuel aftale.

I den tvist, der er indbragt for den nationale ret, påhviler det denne, på grundlag af den omstændighed, at tredjeparten har handlet uden for de opgaver, denne havde fået overdraget, på grundlag af de forholdsregler, som virksomheden har truffet i forbindelse med udvælgelsen af tredjeparten, ved opfølgningen af udførelsen af de pågældende opgaver og på grundlag af virksomhedens adfærd, da den fik kendskab til den ulovlige adfærd, at kontrollere, om virksomheden har kunnet fremlægge tilstrækkeligt overbevisende beviselementer til at afkræfte formodningen om ansvar.«