CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 3 december 2015 [1]

Zaak C-542/14

„VM Remonts" SIA, voorheen „DIV un Ko" SIA,
„Ausma grupa" SIA
tegen
Konkurences padome

[verzoek van de Augstākā tiesa (Letland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing — Mededinging — Artikel 101, lid 1, VWEU — Toerekenbaarheid aan een onderneming van het onwettige gedrag van een onafhankelijke dienstverrichter — Onwetendheid van de onderneming over het inbreukmakende gedrag van de onafhankelijke dienstverrichter"

I – **Inleiding**

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing, ingediend op 27 november 2014 door de Augstākā tiesa (hooggerechtshof), betreft de uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU met betrekking tot een zogenaamd overleg tussen ondernemingen bij hun deelname aan een door de stad Jūrmala (Letland) georganiseerde aanbesteding.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

2. Artikel 101 VWEU (voorheen artikel 81 EG) bepaalt:

„1. Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;

b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;

d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging;

e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

[...]"

B – *Lets recht*

3. Artikel 11, lid 1, van de Konkurences likums (mededingingswet) van 4 oktober 2001 [*Latvijas Vēstnesis*, 2001, nr. 151] bepaalt:

„Verboden en nietig zijn overeenkomsten tussen marktdeelnemers die ertoe strekken of ten gevolge hebben de mededinging op Lets grondgebied te verhinderen, beperken of vervalsen, waaronder overeenkomsten om:

[...]

5) al dan niet aan aanbestedingen of gunningen deel te nemen of daarover (of over onthouding) schikkingen te treffen, tenzij de concurrenten publiek bekend hebben gemaakt dat zij gezamenlijk een offerte zullen indienen en die offerte niet tot doel heeft de mededinging te hinderen, te beperken of te vervalsen;

[...]"

III – **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

4. De gemeenteraad van de stad Jūrmala heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de bevoorrading van de onderwijsinstellingen met levensmiddelen. „VM Remonts" SIA, voorheen „DIV un Ko" SIA, (hierna: „DIV un Ko"), „Ausma grupa" SIA (hierna: „Ausma grupa") en „Pārtikas kompānija" SIA (hierna: „Pārtikas kompānija") hebben op die aanbesteding ingeschreven.

5. Pārtikas kompānija liet zich voor de opstelling en indiening van haar offerte juridisch bijstaan door „Juridiskā sabiedrība ‚B&Š partneri'" SIA, die zelf daartoe een onderaannemer, „MMD lietas" SIA (hierna: „MMD lietas"), inschakelde. MMD lietas heeft van Pārtikas kompānija een door die vennootschap op onafhankelijke wijze, zonder overleg met DIV un Ko of Ausma grupa, opgestelde ontwerpofferte ontvangen.

6. Blijkens de verwijzingsbeslissing heeft Pārtikas kompānija immers duidelijk haar prijzen onafhankelijk vastgesteld (zie met name punten 3.3 en 3.5 van die beslissing) en, aldus de rechter in eerste aanleg, de Administratīvā apgabaltiesa (regionale bestuursrechter) – die als enige bevoegd is voor de feitelijke vragen – was er geen mededingingsregeling of onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen Pārtikas kompānija en de andere betrokken ondernemingen (zie met name punten 3 en 3.5 van die beslissing).

7. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt voorts dat MMD lietas zich, zonder Pārtikas kompānija daarvan op de hoogte te brengen, tegelijkertijd ertoe verbonden had om de offerten van DIV un Ko en Ausma grupa voor te bereiden. Bij het opstellen van de offerten van deze twee andere inschrijvers is een werknemer van MMD lietas uitgegaan van de offerte van Pārtikas kompānija. MMD lietas heeft die twee offerten met name opgesteld op basis van de prijzen in de offerte van Pārtikas kompānija, zodat de offerte van Ausma grupa ongeveer 5 % goedkoper was dan die van Pārtikas kompānija en de offerte van DIV un Ko 5 % goedkoper was dan die van Ausma grupa.

8. Bij beslissing van 21 oktober 2011 heeft de Konkurences padome (mededingingsautoriteit) vastgesteld dat de drie inschrijvende vennootschappen artikel 11, lid 1, punt 5 van de Konkurences likums hadden geschonden, doordat zij hun offerten samen hadden opgesteld om daadwerkelijke mededinging te veinzen. De Konkurences padome heeft zich op het standpunt gesteld dat die onderling afgestemde feitelijke gedraging de mededinging had vervalst en heeft die ondernemingen een geldboete opgelegd.

9. DIV un Ko, Ausma grupa en Pārtikas kompānija hebben de Administratīvā apgabaltiesa verzocht om nietigverklaring van de beslissing van de Konkurences padome. Bij arrest van 3 juli 2013 heeft deze laatste rechter de bestreden beslissing nietig verklaard voor zover daarbij was vastgesteld dat Pārtikas kompānija inbreuk had gemaakt, maar hij heeft die beslissing bevestigd met betrekking tot de twee andere vennootschappen.

10. Volgens diezelfde rechter bewees de rekenkundige verhouding tussen de prijzen van de door de drie inschrijvers ingediende offerten weliswaar dat sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging bij de deelneming aan de aanbesteding, maar bleek nergens uit dat Pārtikas kompānija bij die gedraging betrokken was.

11. DIV un Ko en Ausma grupa hebben bij de Augstākā tiesa hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van de Administratīvā apgabaltiesa voor zover daarbij hun hoger beroep was afgewezen. De Konkurences padome heeft tegen dat arrest hogere voorziening ingesteld voor zover daarbij het hoger beroep van Pārtikas kompānija was toegewezen.

12. In dit verband vraagt de verwijzende rechter zich af of een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor de deelname aan een inbreuk op het mededingingsrecht, zonder dat is aangetoond dat de bestuurders van die vennootschap daarmee hadden ingestemd of daarvan op de hoogte waren gebracht.

13. De verwijzende rechter wijst erop dat artikel 11, lid 1, van de Konkurences likums is opgesteld met inachtneming van de noodzaak om het nationale recht en het Unierecht op het gebied van het mededingingsrecht te harmoniseren en dat die bepaling derhalve niet anders dan artikel 101, lid 1, VWEU moet worden uitgelegd.

14. Uit de rechtspraak van het Hof, met name uit de arresten Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158) en Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), volgt dat een onderneming op grond van artikel 101 VWEU aansprakelijk is voor de handelingen van een persoon die, zoals een werknemer, voor rekening van die onderneming handelt, ongeacht of de personen met beslissingsbevoegdheid in die onderneming die persoon hebben gemachtigd om zo te handelen en ongeacht of zij hiervan op de hoogte zijn gebracht. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af of die rechtspraak van toepassing is in omstandigheden als in het hoofdgeding, aangezien de in deze zaak onderzochte handelingen niet door een werknemer van Pārtikas kompānija zijn verricht, maar door een van die vennootschap onafhankelijke dienstverrichter. Voorts handelde die dienstverrichter niet uitsluitend voor rekening van die vennootschap, maar ook van DIV un Ko en Ausma grupa.

15. Daarom heeft de Augstākā tiesa de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 101, lid 1, van het VWEU aldus worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat een onderneming heeft deelgenomen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst, het bewijs moet worden geleverd van een persoonlijk gedrag van een directielid van de onderneming of van diens wetenschap van of instemming met het gedrag van een persoon die uitbestede diensten verricht voor de onderneming en tegelijkertijd handelt voor rekening van andere deelnemers aan een eventuele verboden overeenkomst?”

IV – **Procedure bij het Hof**

16. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door de Letse en de Italiaanse regering alsook door de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 21 oktober 2015 hebben de Letse regering en de Commissie pleidooi gehouden.

V – **Analyse**

A – *Ontvankelijkheid*

17. De Commissie, die als enige op dit punt opmerkingen heeft gemaakt, stelt dat de prejudiciële vraag ontvankelijk is. Het Unierecht is weliswaar niet van toepassing op het hoofdgeding, aangezien de onderling afgestemde feitelijke gedraging in deze zaak de handel tussen lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden, maar de Konkurences likums is precies aangenomen om het Letse recht in overeenstemming te brengen met het Unierecht. De Commissie voegt hieraan toe dat de omstandigheden van het hoofdgeding meer vergelijkbaar zijn met de omstandigheden die hebben geleid tot het arrest Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160) dan met de omstandigheden die hebben geleid tot het arrest Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. Ik ben van mening dat de onderhavige vraag ontvankelijk is.

19. Het Hof is immers bevoegd om uitspraak te doen over verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende bepalingen van het Unierecht wanneer de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het Unierecht vallen maar die bepalingen toepasselijk zijn gemaakt door de nationale wettelijke regeling, die zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeert aan de in het Unierecht gekozen oplossingen. In die gevallen heeft de Europese Unie er immers stellig belang bij dat, ter vermijding van uiteenlopende uitleggingen in de toekomst, de overgenomen bepalingen of begrippen van Unierecht op uniforme wijze worden uitgelegd, ongeacht de omstandigheden waaronder zij toepassing moeten vinden. [2]

2 — Zie arresten Allianz Hungária Biztosító e.a. (C-32/11, EU:C:2013:160, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), waarin het Hof in vergelijkbare omstandigheden als die in de onderhavige zaak op de prejudiciële vragen heeft geantwoord.

B – *Ten gronde*

20. In deze zaak vraagt de verwijzende rechter het Hof te oordelen of de deelname aan een bij artikel 101 VWEU verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging, namelijk afspraken over offerten voor een openbare aanbesteding („bid rigging”[3]), in een situatie als in het hoofdgeding enkel en alleen op basis van het bewijs dat een van een onderneming onafhankelijke dienstverrichter die belast is met het indienen van de offerte zich onrechtmatig heeft gedragen, aan die onderneming kan worden toegerekend, terwijl niet is aangetoond dat de bestuurders van die onderneming op de hoogte zijn gebracht van of toestemming hebben gegeven voor dat gedrag.

1. Samenvatting van de argumenten van partijen

21. De Letse regering stelt voor om op de vraag van de verwijzende rechter te antwoorden dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat een onderneming aan een mededingingsbeperkende overeenkomst heeft deelgenomen, niet het bewijs hoeft te worden geleverd van een persoonlijk gedrag van een bestuurder van de onderneming of van diens wetenschap van of instemming met het gedrag van een persoon die diensten verrichtte voor zijn onderneming en ook voor andere deelnemers aan de eventuele mededingingsregeling werkte.

22. Die regering is immers van mening dat in een zaak als in het hoofdgeding de juridische status van de uitvoerder van de door de onderneming toevertrouwde taak (in loondienst of als zelfstandige, als werknemer of als agent) irrelevant is om de aansprakelijkheid van de onderneming voor een inbreuk op het mededingingsrecht vast te stellen.

23. Volgens die regering volgt uit de definities van een gemachtigde en een werknemer in het Letse recht dat beiden handelen in het belang van de onderneming die van hun diensten gebruikmaakt. Dat geldt ook voor een onafhankelijke dienstverrichter die door de onderneming belast is met het verrichten van een juridische dienst. Die dienstverrichter heeft immers toestemming gekregen om te handelen met gebruik van informatie waarover de onderneming beschikt. De verrichter van uitbestede diensten draagt niet de risico’s van de economische activiteit wanneer hij voor rekening van een derde handelt en bijgevolg zijn zijn handelingen toerekenbaar aan de onderneming die van zijn diensten gebruikmaakt.

24. Bovendien moet een onderneming bij de keuze van haar gemachtigde, net als bij de indienstneming van een werknemer, omzichtig te werk gaan. Zonder die verplichting zouden ondernemingen enkel een beroep op derden hoeven te doen om zonder risico op bestraffing het mededingingsrecht te kunnen schenden.

25. Voorts moet worden nagegaan of de door de onderneming aan de dienstverrichter verstrekte informatie een invloed kan hebben op de mededinging. In dit verband kan informatie over de concrete offerte van een onderneming voor een openbare aanbesteding een dergelijke invloed hebben, aangezien zij niet algemeen toegankelijke aanwijzingen bevat over bijvoorbeeld de voorgestelde prijs of de werking van de onderneming.

26. Het feit dat MMD lietas in het hoofdgeding over (gevoelige) informatie beschikte die een invloed kon hebben op de mededinging op de betrokken markt en dat zij gemachtigd was om met die informatie namens Pārtikas kompānija te handelen, kan de conclusie wettigen dat deze onderneming aansprakelijk is voor de handelingen van de dienstverrichter die voor rekening van andere deelnemers aan een eventuele mededingingsregeling zijn verricht.

3 — In het Nederlands „manipulatie van aanbestedingsprocedures”. In het algemeen is er sprake van manipulatie van aanbestedingsprocedures wanneer minstens twee ondernemingen die deelnemen aan een aanbesteding, afspreken dat een of meer van hen geen offerte indienen, een offerte indienen of hun offerte intrekken.

27. Bovendien voert de Letse regering aan dat niet hoeft te worden aangetoond dat de bestuurders van de onderneming de onafhankelijke dienstverrichter hebben gemachtigd om de litigieuze informatie door te geven of dat zij op de hoogte waren van die informatieoverdracht. De bestuurders moeten immers worden geacht noodzakelijkerwijs op de hoogte te zijn van de handelingen van de door hun onderneming in dienst genomen onafhankelijke dienstverrichters.

28. De Italiaanse regering stelt voor om de prejudiciële vraag aldus te beantwoorden dat een mededingingsbeperkende regeling kan worden toegerekend aan een onderneming die daarbij betrokken is door het gedrag van een onafhankelijke dienstverrichter die aan de concurrerende ondernemingen de informatie heeft doorgegeven die hij van de eerste onderneming had ontvangen, ook al waren de bestuurders van die onderneming onkundig van die informatieoverdracht en hebben zij er geen toestemming voor gegeven, tenzij de betrokken onderneming aantoont dat zij het onwettige gedrag van de dienstverrichter niet redelijkerwijs kon voorzien of voorkomen.

29. In dit verband is die regering van mening dat de rechtspraak van het Hof inzake het gedrag van werknemers van een onderneming mutatis mutandis van toepassing is op een situatie als in het hoofdgeding, waarin een onafhankelijke dienstverrichter aan de oorsprong van het litigieuze gedrag ligt. Derhalve is geen gedrag van de bestuurders of de vertegenwoordigers van die onderneming vereist om van een mededingingsregeling te kunnen spreken, maar volstaat een gedrag van een persoon die voor rekening van de onderneming moest handelen.

30. Indien ondernemingen van hun aansprakelijkheid konden worden ontslagen door het onwettige gedrag te wijten aan personen die geen bestuurder van de onderneming zijn, zou bestraffing van verboden mededingingsregelingen immers onmogelijk worden.

31. Voorts vereist schending van artikel 101 VWEU niet dat een onderneming met opzet heeft gehandeld, maar zij kan het resultaat zijn van nalatigheid van die onderneming. Derhalve kan op grond van het enkele feit dat de bestuurders van een onderneming als Pārtikas kompānija MMD lietas niet uitdrukkelijk hebben gemachtigd om de concurrenten van die onderneming de ontwerpofferte mee te delen of dat zij onkundig waren van die mededeling, niet worden uitgesloten dat die onderneming heeft deelgenomen aan de mededingingsregeling die voortvloeit uit het gedrag van die dienstverrichter. Pārtikas kompānija is nalatig geweest door het opstellen van de offerte aan een dienstverrichter toe te vertrouwen zonder hem te verbieden dat ook voor concurrerende ondernemingen te doen en de inhoud van die offerte ten voordele van die ondernemingen te gebruiken.

32. Derhalve heeft Pārtikas kompānija een risico aanvaard waardoor zij volledig aansprakelijk is voor de mededingingsverstorende regeling die voortvloeit uit het gedrag van die dienstverrichter. Bijgevolg kan die onderneming slechts van die aansprakelijkheid worden ontslagen door specifiek aan te tonen dat zij het onwettige gedrag van de dienstverrichter redelijkerwijs niet kon voorzien of voorkomen.

33. De Commissie stelt voor om de vraag van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat een onderneming aan een mededingingsbeperkende overeenkomst heeft deelgenomen door het gedrag van een agent die niet een van haar werknemers is, moet worden aangetoond:

— dat het inbreukmakende gedrag betrekking heeft op de door de onderneming aan de agent gedelegeerde taken of

— dat de onderneming wetenschap had van het inbreukmakende gedrag van de agent en er niet publiekelijk afstand van heeft genomen.

Wanneer het inbreukmakende gedrag betrekking heeft op de aan de agent gedelegeerde activiteiten, hoeft echter niet te worden aangetoond dat die agent is gemachtigd om die activiteiten op onwettige wijze uit te oefenen of dat het bestuur van de onderneming wetenschap had van of had ingestemd met dat gedrag."

34. In dit verband wordt in de eerste plaats in de rechtspraak van het Hof een onderscheid gemaakt tussen de begrippen „werknemer" en „agent". Het Hof heeft met name in het arrest Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174) erkend dat een agent een voor de toepassing van artikel 101 VWEU van zijn opdrachtgever onderscheiden onderneming kan zijn, tenzij de agent in de onderneming van de opdrachtgever is „opgenomen". Dienaangaande heeft het Hof verschillende criteria erkend, namelijk het al dan niet dragen van een economisch risico door de agent en het al dan niet exclusieve karakter van de door hem verrichte diensten. Het Gerecht van de Europese Unie heeft die criteria met name in het arrest Minoan Lines/Commissie (T-66/99, EU:T:2003:337) toegepast, waarin de toerekenbaarheid is onderzocht van een inbreukmakende handeling van een agent aan een onderneming.

35. Die twee criteria zijn evenwel niet uitputtend of cumulatief. Uit het arrest Energetický a průmyslový en EP Investment Advisors/Commissie (T-272/12, EU:T:2014:995) volgt dat het ook belangrijk is om na te gaan of het betrokken inbreukmakende gedrag onder de bevoegdheid van de agent valt, terwijl het criterium van het economische risico of van exclusiviteit niet altijd doorslaggevend is.

36. Die benadering is ook door het United Kingdom Competition Appeal Tribunal (appelrechter in mededingingszaken, Verenigd Koninkrijk) gevolgd in zijn arrest A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT) [2011] CAT 13. Die rechter heeft in wezen geoordeeld dat het onwettige gedrag van een agent niet aan zijn opdrachtgever kan worden toegerekend wanneer het gaat om een handeling die volledig losstaat van de hem door die opdrachtgever toevertrouwde taken.

37. Wat in de tweede plaats de algemene rechtsbeginselen betreft die van toepassing zijn op de aansprakelijkheid van opdrachtgevers voor de activiteiten van hun agenten, voert de Commissie met name aan dat een opdrachtgever naar Frans recht [4] aansprakelijk is voor de handelingen van zijn agent, mits inbreuk is gemaakt in de daadwerkelijke of schijnbare uitvoering van diens taken. [5]

38. Uit die rechtspraak en die beginselen volgt dat het enkele feit dat MMD lietas geen exclusieve agent van Pārtikas kompānija was, niet volstaat om Pārtikas kompānija te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor de handelingen van MMD lietas. Daarentegen kan het gedrag van MMD lietas niet aan Pārtikas kompānija worden toegerekend indien het niet onder de taken valt die MMD lietas zijn toevertrouwd, tenzij Pārtikas kompānija wetenschap had van dat gedrag en er niet publiekelijk afstand van heeft genomen. Aangezien MMD lietas alleen met het opstellen van de documenten van de offerte van Pārtikas kompānija volgens de instructies van die onderneming was belast (alleen de onderneming vertegenwoordigen en de offerte indienen), vormt de beslissing van een werknemer van MMD lietas om de offerten van de concurrenten van Pārtikas kompānija op te stellen op basis van de voor die onderneming opgestelde offerte, derhalve de uitvoering van een volledig verschillende taak die niet aan die onderneming kan worden toegerekend. Voorts blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat MMD lietas geen mandaat heeft gekregen om met de andere ondernemingen te onderhandelen.

4 — De Commissie verwijst naar artikel 1384 van de Code civil (Frans burgerlijk wetboek).

5 — De Commissie verwijst naar een arrest van de Franse Cour de cassation van 19 mei 1988, nr. 87-82654. Uit dat arrest volgt dat een opdrachtgever kan worden ontslagen van de aansprakelijkheid voor de handelingen van zijn aangestelde, indien deze laatste zonder toestemming en voor doeleinden die geen verband houden met zijn bevoegdheid, buiten zijn taken heeft gehandeld.

2. Beoordeling

a) Algemene overwegingen en rechtspraak

39. Vooraf zij eraan herinnerd dat het begrip „onderling afgestemde feitelijke gedraging" in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU volgens de rechtspraak van het Hof iedere vorm van coördinatie tussen ondernemingen omvat die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de mededinging welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. [6] Een dergelijke gedraging kan met name voortvloeien uit rechtstreeks of indirect contact tussen concurrerende ondernemingen dat tot doel of ten gevolge heeft dat daardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het eigen aangenomen of voorgenomen marktgedrag. [7]

40. Uit die rechtspraak volgt dat een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet kan worden toegerekend aan een onderneming zonder dat vaststaat dat zij er bewust aan heeft deelgenomen. In dit verband moet volgens de rechtspraak van het Hof weliswaar niet worden aangetoond dat die onderneming zich ervan bewust was dat zij artikel 101 VWEU schond, maar niettemin moet worden vastgesteld dat die onderneming niet ervan onkundig kon zijn dat door haar gedrag de mededinging werd beperkt. [8]

41. Met name wegens de zware sancties voor inbreuken op het mededingingsrecht kan de aansprakelijkheid in beginsel slechts persoonlijk zijn, ongeacht of opzettelijk dan wel uit nalatigheid inbreuk is gemaakt.

42. In het verzoek om een prejudiciële beslissing wordt het Hof gevraagd of in het mededingingsrecht handelingen van een derde aan ondernemingen kunnen worden toegerekend.

43. In dit verband kan een onderscheid worden gemaakt naargelang de door het mededingingsrecht verboden gedraging een gedraging is van:

— een werknemer van de onderneming;

— een van haar dochterondernemingen, of

— een derde (natuurlijke of rechtspersoon) die niet is opgenomen in het organigram van de vennootschap.

44. Indien de onderneming zelf, door haar vertegenwoordigers of haar werknemers in de uitvoering van hun taken in de vennootschap, in strijd met het mededingingsrecht handelt, is zij rechtstreeks aansprakelijk, ongeacht of opzettelijk dan wel uit nalatigheid inbreuk is gemaakt. In dat geval is voor de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op de onderneming „geen handelen of zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken onderneming vereist, maar volstaat het handelen van iemand die gerechtigd is om voor rekening van de onderneming te handelen". [9]

6 — Arrest Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, EU:C:1972:70, punt 64).

7 — Arrest Suiker Unie e.a./Commissie (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, EU:C:1975:174, punt 174).

8 — Arresten Miller International Schallplatten/Commissie (19/77, EU:C:1978:19, punt 18), Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 112) en IAZ International Belgium e.a./Commissie (96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, EU:C:1983:310, punt 45).

9 — Arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97).

45. Volgens het Hof vormt „de deelneming aan door het VWEU verboden kartelovereenkomsten meestal een heimelijke activiteit die niet is onderworpen aan formele regels. Zelden heeft een vertegenwoordiger van een onderneming die aan een bijeenkomst deelneemt, een mandaat voor het plegen van een inbreuk bij zich." Derhalve moet „artikel 101, lid 1, VWEU in die zin [...] worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat er sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst, een persoonlijke handelwijze van de statutaire vertegenwoordiger van een onderneming of diens persoonlijke toestemming in de vorm van een mandaat voor de handelwijze van een werknemer die aan een mededingingsbeperkende bijeenkomst heeft deelgenomen, niet moet worden bewezen". [10]

46. De rechtspraak heeft ook moedermaatschappijen aansprakelijk gesteld voor met het mededingingsrecht strijdige handelingen van hun dochterondernemingen in gevallen waarin die ondernemingen een economische eenheid vormen. „Wanneer een dergelijke economische entiteit de mededingingsregels overtreedt, moet zij in overeenstemming met het beginsel van persoonlijke aansprakelijkheid de verantwoordelijkheid daarvoor dragen". [11]

47. Voorts volgt uit vaste rechtspraak dat „het gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, met name wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt [...], inzonderheid gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen". [12]

48. Ten slotte is er het geval waarin de met het mededingingsrecht strijdige handeling is verricht door een natuurlijke of rechtspersoon die geen dochteronderneming is van en evenmin is opgenomen in de betrokken onderneming en waarin die derde ten opzichte van de onderneming, zoals in casu, als onafhankelijke dienstverrichter heeft gehandeld. In hoeverre kan de onderneming voor wie de diensten van een dergelijke dienstverrichter zijn verricht, aansprakelijk worden gesteld voor de handelingen van deze laatste?

49. Er zijn twee mogelijkheden:

— de derde heeft namens de onderneming gehandeld en heeft de met het mededingingsrecht strijdige handeling verricht ter uitvoering van de hem door deze laatste toegewezen taken. In dat geval is de onderneming die van de diensten van de derde gebruik heeft gemaakt, duidelijk aansprakelijk, aangezien zij wist of noodzakelijkerwijs moest weten dat de derde een met het mededingingsrecht strijdige handeling zou verrichten of had verricht, zij daarmee had ingestemd en die handeling zelfs behoorde tot de aan de derde toevertrouwde taken.

— de derde heeft op grond van een overeenkomst met de betrokken onderneming gehandeld, maar heeft initiatieven genomen (met name met het mededingingsrecht strijdige handelingen) die niet onder de taken vallen die hem waren toevertrouwd, zonder dat vaststaat dat de bestuurders van die onderneming wetenschap hadden van een dergelijke met het mededingingsrecht strijdige handeling van de dienstverrichter, laat staan dat zij daarmee hebben ingestemd.

50. Op basis van welke criteria kan de onderneming die van de diensten van die derde gebruik heeft gemaakt, aansprakelijk worden gesteld voor een inbreukmakende handeling van die derde?

10 — Arrest Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, punt 26 respectievelijk punt 28). Zie ook punten 25 en 27 van dat arrest.

11 — Arrest Akzo Nobel e.a./Commissie (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

12 — Ibidem (punt 58 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51. In het arrest Minoan Lines/Commissie (T-66/99, EU:T:2003:337) [13] wilde het Gerecht terecht weten of de onderneming en de agent „één onderneming of economische eenheid met eenzelfde marktgedrag vormen" (punt 124). Indien dit het geval is, is de derde die voor zijn opdrachtgever werkzaam is, „in beginsel [...] te beschouwen als een in zijn onderneming opgenomen hulporgaan dat zijn instructies heeft te volgen en derhalve, zo goed als een handelsemployé, met die onderneming een economische eenheid vormt" (punt 125).

52. Vervolgens heeft het Gerecht ter beantwoording van de vraag of er een economische eenheid bestaat, twee criteria gehanteerd: „draagt de tussenpersoon al dan niet een economisch risico, en hebben de door de tussenpersoon verrichte diensten al dan niet een exclusief karakter" (punt 126), waarbij het voor een economische eenheid pleit als de risico's niet worden gedeeld en de diensten exclusief zijn.

53. Zoals de Letse regering en de Commissie ter terechtzitting hebben opgemerkt, kunnen die twee criteria niet uitputtend zijn en op zich niet doorslaggevend zijn om te bepalen of het inbreukmakende gedrag van een agent aan zijn opdrachtgever kan worden toegerekend.

54. In het arrest voestalpine en voestalpine Wire Rod Austria GmbH/Commissie (T-418/10, EU:T:2015:516) heeft het Gerecht, ook al was er geen bewijs dat de onderneming enige informatie over het mededingingsbeperkende gedrag van haar agent kon hebben gehad, na de handelingen en de taken van die agent concreet te hebben onderzocht, geoordeeld dat „in omstandigheden als in de onderhavige zaak, waarin de agent namens en voor rekening van de opdrachtgever handelt zonder het economische risico van de aan hem opgedragen activiteiten te dragen, het mededingingsverstorende gedrag van die agent in het kader van die activiteiten [niettemin] aan de opdrachtgever [kan] worden toegerekend, zoals ook mogelijk is bij een werkgever in geval van laakbaar gedrag van een van zijn werknemers, zelfs bij gebreke van bewijs van wetenschap bij de opdrachtgever van mededingingsverstorend gedrag van de agent" (punt 175). In punt 178 van dat arrest heeft het Gerecht geconcludeerd „dat de Commissie in de onderhavige zaak tot de conclusie mocht komen dat sprake was van een economische eenheid tussen de agent en de opdrachtgever voor zover het de door Austria Draht aan G. toevertrouwde activiteiten betreft en dat zij tot het oordeel mocht komen dat het laakbare gedrag van G. voor rekening van Austria Draht in het kader van de hem toevertrouwde activiteiten, op grond van genoemde economische eenheid aan Austria Draht kon worden toegerekend, zonder dat hoefde te worden aangetoond dat de opdrachtgever daarvan wetenschap had".

55. Voorts heeft het Gerecht in hetzelfde arrest geoordeeld dat de deelname van een agent aan bepaalde mededingingsverstorende bijeenkomsten niet aan zijn opdrachtgever kon worden toegerekend, aangezien de daar besproken kwesties duidelijk niet onder de door die opdrachtgever aan die agent toevertrouwde vertegenwoordigingstaak vielen (zie in die zin punt 384 van dat arrest). Het Gerecht heeft geoordeeld dat de mededingingsverstorende handelingen van de agent buiten de Italiaanse markt niet aan voestalpine Austria Draht konden worden toegerekend (aangezien het mandaat alleen voor het Italiaanse grondgebied gold). Gelet op deze feiten heeft het Gerecht de aan die twee vennootschappen hoofdelijk opgelegde geldboete verlaagd van 22 miljoen EUR naar 7,5 miljoen EUR.

13 — Tegen dat arrest is hogere voorziening ingesteld, waarvan een van de middelen precies de toerekenbaarheid van de handelingen van de agent aan de opdrachtgever betrof. Het Hof heeft die hogere voorziening echter afgewezen als zuiver feitelijk en derhalve kennelijk niet-ontvankelijk (beschikking Minoan Lines/Commissie, C-121/04 P, EU:C:2005:695, punten 19 en 20). Met betrekking tot het arrest Minoan Lines/Commissie (T-66/99, EU:T:2003:337), zie Blaise, J.-B., en Idot, L., „Chronique de droit communautaire de la concurrence – Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE", *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2005, blz. 131-223, punt 81, en Idot, L., „Transports maritimes – Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003", *Europe*, 2004, nr. 2, blz. 18 en 19.

56. Hieraan moet worden toegevoegd dat de agent in die zaak (en in de zaak die heeft geleid tot het arrest Minoan Lines/Commissie, T-66/99, EU:T:2003:337) duidelijk namens de onderneming had gehandeld en over bevoegdheden met betrekking tot het commerciële beleid van zijn opdrachtgever beschikte, zodat een van de aspecten van zijn mandaat de prijsvaststelling was, hetgeen onderhandelen met de andere ondernemingen inhield.

57. Dat is niet het geval in de onderhavige zaak, waarin uit het aan het Hof overgelegde dossier blijkt dat Pārtikas kompānija zelf de prijs van haar offerte had vastgesteld (zie punt 6 van de onderhavige conclusie) en dat MMD lietas slechts een met de technische kant van het opstellen van de documenten belaste agent was. De beslissing van MMD lietas om de offerte van Pārtikas kompānija te gebruiken als basis voor het opstellen van de offerte van andere ondernemingen maakt derhalve deel uit van de uitvoering van een taak die totaal verschilt van de haar toegekende taak en mijns inziens niet aan Pārtikas kompānija kan worden toegerekend.

58. Nogmaals, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het arrest Minoan Lines/Commissie (T-66/99, EU:T:2003:337, met name de punten 139-147), is er in de onderhavige zaak geen bewijs dat Pārtikas kompānija wetenschap had van en/of had ingestemd met de handelingen van de agent.

b) Hoofdgeding

59. Wat moet dan worden beslist in de onderhavige zaak, waarin uit niets blijkt dat Pārtikas kompānija wetenschap had van het gedrag van MMD lietas en waarin die tussenpersoon als een onafhankelijke handelaar handelde, het economische risico niet deelde met Pārtikas kompānija, niet contractueel verbonden was door een exclusiviteitsovereenkomst met die onderneming (ook al schrijft de minimale gedragscode van zijn beroep dit volgens mij ex officio voor met betrekking tot de betrokken offerte) en initiatieven heeft genomen die de hem door Pārtikas kompānija toevertrouwde taak kennelijk te boven gingen?

60. Volgens mij moeten twee extreme standpunten worden verworpen. In de eerste plaats de automatische toerekening van handelingen van derden aan de vennootschap ongeacht de mate van betrokkenheid van die vennootschap, wat in strijd is met de fundamentele beginselen inzake het opleggen van sancties zoals die waarin het mededingingsrecht voorziet (met name het beginsel dat straffen persoonlijk zijn en het rechtszekerheidsbeginsel), en in de tweede plaats de verplichting van de op het gebied van het mededingingsrecht bevoegde autoriteit om overtuigend aan te tonen dat de vennootschap voor wie de diensten van de derde zijn verricht, wetenschap had van of had ingestemd met strafbare handelingen van de derde, omdat anders ernstig afbreuk wordt gedaan aan de doeltreffendheid van het mededingingsrecht.

61. „[D]aar het verbod om deel te nemen aan mededingingsbeperkende praktijken of overeenkomsten en de sancties die de overtreders kunnen worden opgelegd, bekend zijn, [is het immers] gebruikelijk dat de activiteiten in verband met die gedragingen en overeenkomsten clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden, meestal in een derde staat, en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt”.[14] Het zou derhalve te gemakkelijk zijn om zich achter een derde „te verschuilen” om ongestraft het mededingingsrecht te schenden.

62. Voorts rechtvaardigt het belang om de vrije mededinging te vrijwaren, om van ondernemingen die aan derden taken als hier aan de orde toevertrouwen, te verlangen alle voorzorgsmaatregelen te nemen ter voorkoming van schending van het mededingingsrecht door die derden, door met name iedere nalatigheid of onvoorzichtigheid bij de omschrijving of de follow-up van de uitvoering van die taken te voorkomen.

14 — Arrest Knauf Gips/Commissie (C-407/08 P, EU:C:2010:389, punt 49).

63. Als oplossing voor zaken als de onderhavige stel ik in de lijn van het voorgaande voor om een weerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid van een vennootschap in te stellen voor met het mededingingsrecht strijdige handelingen van een door haar ingeschakelde derde-dienstverrichter die niet als een in die vennootschap opgenomen hulporgaan kan worden aangemerkt. Een dergelijk vermoeden biedt de mogelijkheid om het evenwicht te bewaren tussen de doelstelling van doeltreffende bestraffing van gedragingen die in strijd zijn met de door ondernemingen steeds actief na te leven mededingingsregels – met name artikel 101 VWEU – en preventie van herhaling ervan enerzijds, en de fundamentele rechten inzake sancties anderzijds. Dat vermoeden geldt zelfs indien de handelingen van de derde losstaan van de taken die hem waren toevertrouwd en zelfs indien niet is bewezen dat de vennootschap die zijn diensten heeft afgenomen, wetenschap had van of had ingestemd met zijn handelingen. [15]

64. Dat vermoeden moet voor een onderneming gelden zodra de autoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de mededingingsregels, bewijst dat een persoon die voor die onderneming werkt zonder rechtstreeks of indirect deel uit te maken van haar organigram, een met het mededingingsrecht strijdige handeling heeft verricht.

65. Om het evenwicht in acht te nemen dat ik in punt 63 van de onderhavige conclusie heb vermeld, kan de onderneming het vermoeden van aansprakelijkheid weerleggen door alle gegevens aan te dragen die aannemelijk kunnen maken dat zij niets wist van de strafbare gedragingen van de derde-dienstverrichter, en door aan te tonen dat zij drieërlei soort maatregelen heeft genomen ter voorkoming van een dergelijke inbreuk op het mededingingsrecht. [16]

66. De eerste soort maatregelen bij het geven van de opdracht aan de derde betreft met name de keuze van de dienstverrichter, de omschrijving van de taken en de follow-up van de uitvoering van die taken, de voorwaarden voor (of het verbod van) een beroep op onderaannemers, de verplichtingen die worden opgelegd om de naleving van het recht – met name het mededingingsrecht – te waarborgen, de sancties bij niet-naleving van de overeenkomst en de machtiging vereist voor handelingen die buiten het overeengekomene vallen.

67. De tweede soort maatregelen is de gehele periode van uitvoering van de aan de derde toevertrouwde taken erop toe te zien dat de derde zich strikt houdt aan de in de overeenkomst omschreven taken.

68. De derde soort maatregelen is dat de onderneming publiek afstand doet van verboden handelingen wanneer de derde, zelfs buiten haar weten, inbreuk op het mededingingsrecht pleegt, herhaling van de handeling voorkomt en/of aangifte ervan doet bij de administratie; de onderneming kan de schending niet gewoon negeren. Het Hof heeft namelijk geoordeeld: „de passieve wijzen van deelneming aan de inbreuk, zoals de omstandigheid dat een onderneming aanwezig is op bijeenkomsten tijdens welke tegen de mededinging gerichte overeenkomsten worden gesloten, en zich daar niet overduidelijk tegen heeft verzet, wijzen op een medeplichtigheid waarvoor die onderneming in het kader van artikel 81, lid 1, EG aansprakelijk kan worden gesteld, aangezien de stilzwijgende goedkeuring van een ongeoorloofd initiatief zonder openlijke distantiëring van de inhoud daarvan en zonder dit bij de administratieve entiteiten aan te geven, een aanmoediging tot voortzetting van de inbreuk vormt en de ontdekking ervan bemoeilijkt” (arrest AC-Treuhand/Commissie, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punt 31).

15 — De vermoedens zijn bekend in het Unierecht. Op basis van vermoedens is door zowel het Hof als het Gerecht de moedermaatschappij hoofdelijk voor handelingen van haar dochterondernemingen (arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, EU:C:2009:536) of een onderneming voor handelingen van haar werknemers (arrest Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punt 97) aansprakelijk gesteld.

16 — Voor de weerlegging van het vermoeden van aansprakelijkheid van een moedermaatschappij voor het gedrag van haar dochteronderneming, zie arrest ENI/Commissie (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punten 46 e.v. alsook punten 68 en 69).

69. Ter terechtzitting is de vraag gerezen of het door de onderneming geleverde bewijs dat zij geen voordeel kon halen uit de met het mededingingsrecht strijdige handelingen van de agent, enig belang kon hebben voor de weerlegging van het vermoeden. Zowel de Letse regering als de Commissie heeft die vraag ontkennend beantwoord.

70. Ik zie dit anders, mits aan twee voorwaarden is voldaan, die ter terechtzitting trouwens indirect centraal stonden. Het is juist dat de vraag of een onderneming al dan niet belang heeft bij een onderling afgestemde feitelijke gedraging, geen invloed kan hebben op de vaststelling van een inbreuk op het mededingingsrecht. Het gaat hier echter niet om de vaststelling van de inbreuk, maar om een gegeven op grond waarvan een vermoeden van aansprakelijkheid kan worden weerlegd. Het door de onderneming geleverde bewijs dat de handelingen van de agent voor haar alleen negatieve gevolgen hebben gehad, kan de andere ter weerlegging van het vermoeden van aansprakelijkheid aangevoerde gegevens bevestigen. Natuurlijk is het tegendeel waar indien de onderneming daarentegen belang had bij het resultaat van de mededingingsregeling of de onderling afgestemde feitelijke gedraging.

71. Ter terechtzitting is erop gewezen dat het feit dat de opdracht niet aan Pārtikas kompānija is gegund, niet bewijst dat zij niet op de een of andere manier aan de onderling afgestemde feitelijke gedraging heeft deelgenomen, aangezien zij met de andere ondernemingen zou kunnen hebben afgesproken om de opdrachten op langere termijn onderling te verdelen („bid rigging”). Ik ben het daarmee eens, maar dat is niet mijn uitgangspunt: ik ga ervan uit dat de onderneming, naast het feit dat de betrokken opdracht haar niet is gegund, bewijst dat zij helemaal niet heeft deelgenomen aan andere onderhandelingen waardoor zij van een inbreuk op het mededingingsrecht zou hebben geprofiteerd. Het is natuurlijk slechts één van de gegevens die de onderneming ter weerlegging van het vermoeden in haar betoog kan aanvoeren.

72. Kortom, de onderneming kan het vermoeden weerleggen door aan te tonen dat de derde buiten de toevertrouwde taken heeft gehandeld, dat zij alle nodige voorzorgsmaatregelen heeft genomen bij de aanstelling van die derde en de follow-up van de uitvoering van de hem toevertrouwde taak en dat zij van het verboden gedrag publiekelijk afstand heeft genomen of aangifte heeft gedaan bij de administratieve entiteiten, zodra zij daarvan op de hoogte was.

73. Het staat vanzelfsprekend aan de nationale rechter om in het licht van het bovenstaande de hem in deze zaak voorgelegde feiten te beoordelen en Pārtikas kompānija al dan niet aansprakelijk te stellen.

VI – **Conclusie**

74. Gelet op alle voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Augstākā tiesa te beantwoorden als volgt:

„Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat voor de vaststelling dat een onderneming heeft deelgenomen aan een mededingingsbeperkende overeenkomst, niet het bewijs moet worden geleverd van een persoonlijk gedrag van een bestuurder van de onderneming of van diens wetenschap van of instemming met het gedrag van een persoon die uitbestede diensten verrichtte voor de onderneming en tegelijkertijd werkte voor rekening van andere deelnemers aan de eventuele mededingingsregeling.

Het staat aan de nationale rechter om in het bij hem aanhangige geding na te gaan of de onderneming, ter weerlegging van het vermoeden dat zij aansprakelijk is, voldoende overtuigend bewijsmateriaal heeft overgelegd voor het feit dat de derde buiten de hem door haar toevertrouwde taken heeft gehandeld, de voorzorgsmaatregelen die zij heeft genomen bij de aanwijzing van de derde en de follow-up van de uitvoering van de betrokken taken en haar eigen gedrag zodra zij op de hoogte was van het verboden gedrag”.