Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MELCHIORJA WATHELETA,
predstavljeni 3. decembra 2015*

Zadeva C-542/14

„VM Remonts“ SIA, nekdanja „DIV un Ko“ SIA,
„Ausma grupa“ SIA
proti
Konkurences padome
(Predlog za sprejetje predhodne odločbe,

ki ga je vložilo Augstākā tiesa (vrhovno sodišče, Latvija))

„Predhodno odločanje — Konkurenca — Člen 101(1) PDEU — Pripis nezakonitega ravnanja neodvisnega izvajalca storitev podjetju — Neseznanjenost podjetja s kršitvenim ravnanjem neodvisnega izvajalca storitev“

I – **Uvod**

1. Ta predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je 27. novembra 2014 vložilo Augstākā tiesa (vrhovno sodišče), se nanaša na razlago člena 101(1) PDEU glede domnevnega usklajevanja podjetij pri sodelovanju na javnem razpisu, ki ga je organiziralo mesto Jūrmala.

II – **Pravni okvir**

A – *Pravo Unije*

2. Člen 101 PDEU (prej člen 81 ES) določa:

„1. Kot nezdružljivi z notranjim trgom so prepovedani vsi sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na notranjem trgu, zlasti tisti, ki:

(a) neposredno ali posredno določajo nakupne ali prodajne cene ali druge pogoje poslovanja;

(b) omejujejo ali nadzorujejo proizvodnjo, trge, tehnični razvoj ali naložbe;

(c) določajo razdelitev trgov in virov nabave;

* Jezik izvirnika: francoščina.

(d) uvajajo neenake pogoje za primerljive posle z drugimi trgovinskimi partnerji in jih tako postavljajo v podrejen konkurenčni položaj;

(e) pogojujejo sklepanje pogodb s tem, da sopogodbeniki sprejmejo dodatne obveznosti, ki po svoji naravi ali glede na trgovinske običaje nimajo nikakršne zveze s predmetom takšnih pogodb.

[…]“

B – *Latvijsko pravo*

3. Člen 11(1) Konkurences likums (zakon o konkurenci) z dne 4. oktobra 2001 (Latvijas Vēstnesis, 2001, št. 151) določa:

„Sporazumi med gospodarskimi subjekti, katerih cilj oziroma posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na latvijskem ozemlju, so prepovedani in nični od njihove sklenitve, pri čemer se za take sporazume štejejo:

[…]

5. sporazumi o sodelovanju ali nesodelovanju na razpisih in dražbah ali o pogojih v zvezi s tovrstnimi ravnanji (ali opustitvijo ravnanj), pri čemer so primeri, v katerih so konkurenti objavili skupno ponudbo in predmet te ponudbe ne preprečuje, omejuje ali izkrivlja konkurence, izvzeti;

[…]“

III – **Spor o glavni stvari in vprašanje za predhodno odločanje**

4. Občinski svet mesta Jūrmala je objavil javni razpis za oskrbo s hrano v izobraževalnih ustanovah. Ponudbe so oddale družbe „VM Remonts“ SIA, nekdanja „DIV un Ko“ SIA (v nadaljevanju: DIV un Ko), „Ausma grupa“ SIA (v nadaljevanju: Ausma grupa) in „Pārtikas kompānija“ SIA (v nadaljevanju: Pārtikas kompānija).

5. Družba Pārtikas kompānija je prosila družbo „Juridiskā sabiedrība ‚B&Š partneri‘“ SIA za pravno pomoč pri pripravi in predstavitvi svoje ponudbe. Družba „Juridiskā sabiedrība ‚B&Š partneri‘“ SIA je za to nalogo najela podizvajalca, in sicer družbo „MMD lietas“ SIA (v nadaljevanju: MMD lietas), ki je od družbe Pārtikas kompānija prejela osnutek ponudbe, ki ga je ta družba pripravila neodvisno, brez usklajevanja z družbo DIV un Ko ali Ausma grupa.

6. Iz predložitvene odločbe jasno izhaja, da je družba Pārtikas kompānija svoje cene določila neodvisno (glej zlasti točki 3.3 in 3.5 navedene odločbe) ter da je Administratīvā apgabaltiesa (regijsko upravno sodišče), ki je edino pristojno za dejanska vprašanja, navedlo, da ni omejevalnega sporazuma ali usklajenega ravnanja med družbo Pārtikas kompānija in drugimi zadevnimi družbami (zlasti točki 3 in 3.5 navedene odločbe).

7. Iz predložitvene odločbe prav tako izhaja, da se je družba MMD lietas hkrati zavezala, da bo pripravila ponudbi družb DIV un Ko in Ausma grupa, pri čemer družbe Pārtikas kompānija o tem ni obvestila. V tem okviru je zaposleni pri družbi MMD lietas uporabil ponudbo družbe Pārtikas kompānija kot izhodišče za pripravo ponudb dveh drugih ponudnikov. Družba Lietas naj bi med drugim ti drugi dve ponudbi pripravila na podlagi cen iz ponudbe družbe Pārtikas kompānija, tako da je bila ponudba družbe Ausma grupa približno 5 % cenejša od ponudbe družbe Pārtikas kompānija, ponudba družbe DIV un Ko pa 5 % cenejša od ponudbe družbe Ausma grupa.

8. Konkurences padome (urad za varstvo konkurence) je z odločbo z dne 21. oktobra 2011 odločil, da so navedene tri družbe, ki so oddale ponudbe, kršile člen 11(1)(5) zakona o konkurenci, ko so skupaj pripravile ponudbe za prikaz učinkovite konkurence med njimi. Urad za varstvo konkurence je menil, da je to usklajeno ravnanje izkrivljalo konkurenco, in je navedenim družbam naložil globo.

9. Družbe DIV un Ko, Ausma grupa in Pārtikas kompānija so zahtevale razglasitev ničnosti odločbe urada za varstvo konkurence pri administratīvā tiesa (upravno sodišče), nato pa še pri Administratīvā apgabaltiesa (regijsko upravno sodišče). Slednje je s sodbo z dne 3. julija 2013 izpodbijano odločbo razglasilo za nično v delu, v katerem je ugotovljena kršitev družbe Pārtikas kompānija, in jo potrdilo v delu, ki se nanaša na drugi dve družbi.

10. Čeprav je to isto sodišče ocenilo, da aritmetično razmerje med cenami ponudb treh ponudnikov dokazuje obstoj usklajenega ravnanja pri sodelovanju na javnem razpisu, pa je menilo, da ni dokaza, da je družba Pārtikas kompānija pri tem sodelovala.

11. Družbi DIV un Ko in Ausma grupa sta pri Augstākā tiesa (vrhovno sodišče) vložili kasacijsko pritožbo zoper sodbo Administratīvā apgabaltiesa (regijsko upravno sodišče) v delu, v katerem je to zavrnilo njuno tožbo. Na drugi strani je urad za varstvo konkurence vložil kasacijsko pritožbo zoper navedeno sodbo v delu, v katerem je ugodilo tožbi družbe Pārtikas kompānija.

12. V zvezi s tem se predložitveno sodišče sprašuje, ali je sodelovanje podjetja pri kršitvi konkurenčnega prava lahko podlaga za njegovo odgovornost, čeprav ni bilo dokazano, da je njegovo poslovodstvo soglašalo s takšnimi dejanji oziroma bilo z njimi seznanjeno.

13. Predložitveno sodišče poudarja, da je bil člen 11(1) zakona o konkurenci pripravljen ob upoštevanju potrebe po uskladitvi nacionalne zakonodaje z zakonodajo Unije na področju konkurenčnega prava in da zato razlaga navedene določbe ne bi smela biti drugačna od razlage člena 101(1) PDEU.

14. Iz sodne prakse Sodišča ter zlasti sodb Musique Diffusion française in drugi/Komisija (od 100/80 do 103/80, EU:C:1983:158) in Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71) izhaja, da v zvezi s členom 101 PDEU podjetje odgovarja za ravnanje osebe (svojega uslužbenca), ki deluje za njegov račun, in to neodvisno od tega, ali so osebe, pristojne za sprejemanje odločitev v podjetju, prvonavedeni osebi to ravnanje odobrile oziroma ali so bile z njim seznanjene. Kljub temu se predložitveno sodišče sprašuje, ali se je na to sodno prakso mogoče sklicevati v okoliščinah, kakršne so okoliščine v postopku v glavni stvari, saj dejanja, obravnavana v tej zadevi, niso dejanja zaposlenega v družbi Pārtikas kompānija, ampak neodvisnega izvajalca storitev te družbe. Poleg tega ta izvajalec storitev ni deloval le v imenu navedene družbe, ampak tudi za račun družb DIV un Ko in Ausma grupa.

15. V teh okoliščinah je Augstākā tiesa (vrhovno sodišče) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo to vprašanje:

„Ali je člen 101(1) Pogodbe o delovanju Evropske unije treba razlagati tako, da je za ugotovitev, da je podjetje sodelovalo v sporazumu, ki omejuje konkurenco, treba dokazati osebno ravnanje člana poslovodstva podjetja ali njegovo seznanitev oziroma soglašanje z ravnanjem osebe, ki je za podjetje izvajala zunanje storitve ter hkrati delovala za račun drugih udeležencev morebitnega omejevalnega sporazuma?“

IV – **Postopek pred Sodiščem**

16. Pisna stališča so predložile latvijska in italijanska vlada ter Evropska komisija. Obravnave z dne 21. oktobra 2015 sta se udeležili latvijska vlada in Komisija.

V – **Analiza**

A – *Dopustnost*

17. Komisija, ki je edina predložila stališče v zvezi s tem, meni, da je vprašanje za predhodno odločanje dopustno. Čeprav se pravo Unije dejansko ne uporablja v postopku v glavni stvari, saj zadevno usklajeno ravnanje v tej zadevi ne vpliva na trgovino med državami članicami, je bil namreč zakon o konkurenci sprejet prav s ciljem uskladiti latvijsko pravo s pravom Unije. Komisija tudi dodaja, da so okoliščine postopka v glavni stvari primerljive z okoliščinami, v katerih je bila sprejeta sodba Allianz Hungária Biztosító in drugi (C-32/11, EU:C:2013:160), ter okoliščinami sodbe Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. Po mojem mnenju je obravnavano vprašanje dopustno.

19. Sodišče je v okoliščinah, v katerih dejstva v postopku v glavni stvari ne spadajo na področje uporabe prava Unije, namreč pristojno za odločanje o predlogih za sprejetje predhodne odločbe glede določb prava Unije, kadar se navedene določbe uporabljajo na podlagi nacionalne zakonodaje, s katero so za povsem notranje položaje sprejete enake rešitve, kot jih določa pravo Unije. V takih primerih je namreč gotovo v interesu Evropske unije, da se zaradi izognitve prihodnjim različnim razlagam določbe ali pojmi, prevzeti iz prava Unije, razlagajo enako, ne glede na okoliščine, v katerih se uporabljajo.**

B – *Utemeljenost*

20. V obravnavani zadevi predložitveno sodišče s svojim vprašanjem Sodišču predlaga, naj določi, ali se v okoliščinah, kakršne so v sporu o glavni stvari, podjetju lahko sodelovanje pri usklajenem ravnanju – ki je v skladu s členom 101 PDEU prepovedano in ki ga predstavlja dogovorjeno oddajanje ponudb v okviru postopka povabila k oddaji ponudb („bid rigging“***) – pripiše zgolj na podlagi dokaza o nezakonitem ravnanju neodvisnega izvajalca storitev tega podjetja pri pripravi ponudbe, čeprav ni bilo dokazano, da bi bilo poslovodstvo zadevnega podjetja seznanjeno s tem ravnanjem oziroma bi ga dovolilo.

1. Povzetek trditev strank

21. Po mnenju latvijske vlade bi moral biti odgovor na vprašanje predložitvenega sodišča, da je treba člen 101(1) PDEU razlagati tako, da za ugotovitev, da je podjetje sodelovalo v sporazumu, ki omejuje konkurenco, ni treba dokazati niti osebnega ravnanja člana poslovodstva podjetja niti njegove seznanitve oziroma soglašanja z ravnanjem osebe, ki je za podjetje izvajala storitve ter hkrati delala za druge udeležence morebitnega omejevalnega sporazuma.

22. Latvijska vlada pravzaprav meni, da v zadevi, kakršna je ta v postopku v glavni stvari, pravni status izvajalca naloge, ki mu jo je podelilo podjetje (zaposlena ali samozaposlena oseba, uslužbenec ali zastopnik), ni upošteven za ugotovitev odgovornosti podjetja za kršitev konkurenčnega prava.

** Glej sodbi Allianz Hungária Biztosító in drugi (C-32/11, EU:C:2013:160, točka 20 in navedena sodna praksa) in FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), v katerih je Sodišče odgovarjalo na predhodna vprašanja na podlagi okoliščin, podobnih okoliščinam v obravnavani zadevi.

*** Na splošno o dogovorjenem oddajanju ponudb govorimo, kadar se dve ali več podjetij, ki sodelujejo na javnem razpisu, dogovorijo, da eno ali več njih ne bo oddalo ponudbe, da bodo oddala eno ponudbo ali pa da bodo ponudbo umaknila.

23. Po njenem mnenju iz opredelitev pojmov pooblaščenec in delavec v latvijski zakonodaji izhaja, da oba delujeta v interesu podjetja, za katero izvajata svoje storitve. Enako naj bi veljalo za neodvisnega izvajalca, ki ga podjetje najame za pravno storitev. Neodvisni izvajalec naj bi namreč pridobil pooblastilo, da pri svojem delu uporablja informacije podjetja. Izvajalec zunanjih storitev naj ne bi prevzel tveganj gospodarske dejavnosti, saj deluje za račun tretje osebe, v takih pogojih pa naj bi bila njegova dejanja mogoče pripisati podjetju, za katero izvaja svoje storitve.

24. Poleg tega naj bi podjetje moralo dokazati enako previdnost pri izbiri pooblaščenca, kot jo uporablja pri zaposlovanju delavcev. Če te obveznosti ne bi bilo, bi se lahko podjetje pri kršitvah konkurenčnega prava vedno sklicevalo na tretje osebe in se tako izognilo kaznim.

25. Poleg tega naj bi bilo treba oceniti, ali lahko informacije, ki jih podjetje zagotovi izvajalcu, vplivajo na konkurenco. Informacije o konkretni ponudbi podjetja v okviru javnega razpisa naj bi v tem smislu lahko imele tak vpliv, saj naj bi vsebovale podatke, ki niso na voljo javnosti, na primer v zvezi s predlagano ceno ali delovanjem podjetja.

26. Ob upoštevanju dejstva, da je imela družba MMD lietas v sporu o glavni stvari na voljo (občutljive) informacije, ki bi lahko vplivale na konkurenco na zadevnem trgu, ter je bila pooblaščena, da s temi informacijami deluje v imenu družbe Pārtikas kompānija, naj bi bilo mogoče sklepati, da je ta družba odgovorna za dejanja izvajalca, izvršena za račun drugih udeležencev morebitnega omejevalnega sporazuma.

27. Poleg tega latvijska vlada trdi, da ni treba dokazati, da je poslovodstvo podjetja pooblastilo neodvisnega izvajalca za posredovanje spornih informacij oziroma da je bilo o tem posredovanju obveščeno. Treba bi bilo namreč šteti, da je poslovodstvo vedno obveščeno o ravnanjih neodvisnih izvajalcev storitev, ki jih podjetje najame.

28. Italijanska vlada predlaga, naj se na vprašanje za predhodno odločanje odgovori tako, da je odgovornost za protikonkurenčni omejevalni sporazum mogoče pripisati podjetju, ki je vanj vpleteno zaradi ravnanja neodvisnega izvajalca storitev, ki konkurenčnim podjetjem posreduje informacije, ki jih je prejel od prvega podjetja, tudi če poslovodstvo tega podjetja ni vedelo za to posredovanje informacij in ga ni dovolilo, razen če zadevno podjetje dokaže, da ni bilo nobene razumne možnosti, da bi predvidelo nezakonito ravnanje izvajalca in ga preprečilo.

29. V zvezi s tem italijanska vlada ocenjuje, da se sodna praksa Sodišča glede dejanj, ki jih zagrešijo zaposleni v podjetju, smiselno uporablja tudi za situacijo, kakršna je ta v postopku v glavni stvari in v kateri je nezakonito ravnal neodvisni izvajalec. Zato naj ne bi bilo nujno, da dejanje, ki pomeni omejevalni sporazum, zagreši poslovodstvo ali predstavniki podjetja, ampak zadošča, da ravnanje izhaja iz dejanj osebe, ki deluje za račun podjetja.

30. Na eni strani naj bi namreč možnost, da se podjetja sklicujejo na to, da nezakonito ravnanje izhaja iz dejanj oseb, ki niso del poslovodstva podjetja, in se tako izognejo odgovornosti, ogrozila možnosti pregona nezakonitih omejevalnih sporazumov.

31. Na drugi strani naj za kršitev pravil iz člena 101 PDEU ne bi bilo potrebno namerno ravnanje podjetja, ampak bi lahko bila tudi posledica malomarnosti slednjega. Tako zgolj dejstvo, da poslovodstvo podjetja, kot je družba Pārtikas kompānija, družbi MMD lietas ni izrecno dovolilo, da konkurentom posreduje osnutek ponudbe, oziroma da ni vedelo za tako posredovanje informacij, ne pomeni, da družba Pārtikas kompānija ni sodelovala pri omejevalnem sporazumu, ki je posledica ravnanja navedenega izvajalca. Družba Pārtikas kompānija naj bi delovala malomarno, ko je pripravo ponudbe zaupala izvajalcu ter mu pri tem ni prepovedala priprave ponudb za konkurenčna podjetja in uporabe vsebine ponudbe v njihovo korist.

32. Tako naj bi družba Pārtikas kompānija sprejela tveganje, zaradi česar ji je mogoče v celoti pripisati odgovornost za protikonkurenčni omejevalni sporazum, ki je posledica ravnanja navedenega izvajalca. Iz tega naj bi sledilo, da navedene družbe ni mogoče razbremeniti te odgovornosti, razen če posebej dokaže, da ni bilo nobene razumne možnosti, da bi predvidela nezakonito ravnanja izvajalca in ga preprečila.

33. Komisija predlaga, naj se na vprašanje predložitvenega sodišča odgovori:

„Člen 101(1) PDEU je treba razlagati tako, da je za ugotovitev, da je podjetje sodelovalo v sporazumu, ki omejuje konkurenco, zaradi ravnanja zastopnika, ki ni eden od zaposlenih v podjetju, treba dokazati:

— da kršitveno ravnanje spada na področje nalog, za katere je podjetje pooblastilo zastopnika, ali

— da je podjetje vedelo za kršitveno ravnanje zastopnika in se ni javno distanciralo od njega.

Če kršitveno ravnanje spada na področje dejavnosti, za katere je bil zastopnik pooblaščen, pa ni treba dokazati, da je bil ta pooblaščen za izvajanje zadevnih dejavnosti na nezakonit način niti da je poslovodstvo podjetja vedelo za tako ravnanje oziroma soglašalo z njim.“

34. V zvezi s tem, prvič, naj bi sodna praksa Sodišča ločevala med pojmoma „zaposleni“ in „zastopnik“. Sodišče naj bi v sodbi Suiker Unie in drugi/Komisija (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, EU:C:1975:174) potrdilo, da je lahko za namene uporabe člena 101 PDEU zastopnik podjetje, ki je ločeno od svojega naročitelja, razen če je zastopnik „vključen“ v podjetje naročitelja. V zvezi s tem naj bi Sodišče potrdilo različni merili, in sicer ali zastopnik prevzame ekonomsko tveganje ali ne ter ali svoje storitve izvaja izključno ali ne. Ti merili naj bi Splošno sodišče Evropske unije med drugim uporabilo v sodbi Minoan Lines/Komisija (T-66/99, EU:T:2003:337), v kateri je preučevalo vprašanje pripisljivosti odgovornosti za kršitev, ki jo zagreši zastopnik, podjetju.

35. Vendar naj ti merili ne bi bili niti izčrpni niti kumulativni. Iz sodbe Energetický a průmyslový in EP Investment Advisors/Komisija (T-272/12, EU:T:2014:995) izhaja, da je prav tako pomembno tudi ugotoviti, ali zadevno kršitveno ravnanje spada na področje pristojnosti zastopnika, saj merilo ekonomskega tveganja ali izključnosti ni vedno odločilno.

36. Ta pristop naj bi uporabilo tudi Competition Appeal Tribunal (pritožbeno sodišče, pristojno za konkurenco, Združeno kraljestvo) v svoji sodbi A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT) (2011) CAT 13. To sodišče je v bistvu razsodilo, da nezakonitega ravnanja zastopnika ni mogoče pripisati naročitelju, če gre za dejanje, ki je povsem ločeno od funkcij, ki mu jih je naročitelj zaupal.

37. Drugič, kar zadeva splošna načela prava, ki se uporabljajo v zvezi z odgovornostjo naročiteljev za dejavnosti svojih zastopnikov, Komisija med drugim trdi, da je v francoskem pravu**** naročitelj odgovoren za ravnanje svojega zastopnika, če je bila kršitev zagrešena v okviru – dejanskem ali navideznem – njegovih funkcij.*****

38. Iz te sodne prakse in načel naj bi izhajalo, da zgolj dejstvo, da družba MMD lietas ni bila izključni zastopnik družbe Pārtikas kompānija, ne zadošča za izključitev odgovornosti te družbe za ravnanje družbe MMD lietas. Nasprotno, ravnanja družbe MMD lietas naj ne bi bilo mogoče pripisati družbi Pārtikas kompānija, če ne spada v okvir funkcij, ki so ji zaupane, razen če je družba Pārtikas kompānija vedela za to ravnanje in se od njega ni javno distancirala. Ker je bila družba MMD lietas zadolžena le za pripravo dokumentov za ponudbo družbe Pārtikas kompānija v skladu z navodili

**** Komisija se sklicuje na člen 1384 civilnega zakonika.

***** Komisija se sklicuje na sodbo francoskega cour de cassation (kasacijsko sodišče) z dne 19. maja 1988, št. 87-82654. Iz te sodbe izhaja, da je odgovornost naročitelja za dejanja njegovega zastopnika lahko izključena, če je ta deloval zunaj svojih funkcij, brez dovoljenja in za namene, ki niso povezani z njegovimi pooblastili.

slednje (zgolj zastopanje družbe in oddaja ponudbe), naj bi se torej odločitev zaposlenega pri družbi Lieta – da pripravi ponudbi konkurentov družbe Pārtikas kompānija na podlagi ponudbe, pripravljene za družbo Pārtikas kompānija – zdela kot opravljanje povsem ločene funkcije, ki je ni mogoče pripisati navedeni družbi. Prav tako iz spisa, predloženega Sodišču, izhaja, da družba MMD lietas ni bila pooblaščena za pogajanje z drugimi podjetji.

2. Presoja

a) Splošni razmisleki in sodna praksa

39. Najprej je treba opozoriti, da se v skladu s sodno prakso Sodišča pojem „usklajeno ravnanje“ v smislu člena 101(1) PDEU nanaša na usklajevanje med podjetji, ki ne da bi dobilo obliko sporazuma v pravem smislu besede, namerno nadomešča dejansko sodelovanje med njimi, pri čemer pomeni nevarnost za konkurenco.****** Rezultat takega ravnanja je lahko med drugim vzpostavitev neposrednega ali posrednega stika med konkurenčnimi podjetji, ki bi bodisi vplival na ravnanje dejanskega ali potencialnega konkurenta na trgu bodisi bi takemu konkurentu razkril ravnanje na trgu, za katero se je podjetje odločilo ali se ga namerava držati.*******

40. Iz te sodne prakse izhaja, da podjetju ni mogoče pripisati usklajenega ravnanja, če ni dokazano, da je v njem namerno sodelovalo. Čeprav sodna praksa Sodišča ne zahteva, da se dokaže, da je tako podjetje zavestno kršilo člen 101 PDEU, pa je treba v tem okviru kljub temu ugotoviti, da je tako podjetje moralo vedeti, da njegovo ravnanje omejuje konkurenco.********

41. Predvsem zaradi strogih sankcij, povezanih s kršitvami konkurenčnega prava, je odgovornost načeloma lahko samo osebna, ne glede na to, ali je kršitev storjena namerno ali iz malomarnosti.

42. S predlogom za sprejetje predhodne odločbe je Sodišču postavljeno vprašanje, ali je v skladu s konkurenčnim pravom podjetje lahko odgovorno za dejanja, ki jih zagreši tretja oseba.

43. V zvezi s tem je mogoče razlikovati glede na to, ali ravnanje, prepovedano v skladu s konkurenčnim pravom, izhaja iz dejanj:

— zaposlenega v podjetju;

— ene od njegovih podružnic ali

— tretje osebe (fizične ali pravne osebe), ki ni vključena v organizacijsko shemo družbe.

44. Če v nasprotju s konkurenčnim pravom ravna podjetje samo, bodisi prek svojih predstavnikov ali zaposlenih pri izvajanju njihovih funkcij v družbi, je podjetje neposredno odgovorno, ne glede na to, ali je kršitev zagrešena naklepno ali iz malomarnosti. V tem primeru konkurenčno pravo „ne predpostavlja dejanja ali celo seznanjenosti družbenikov ali glavnih upraviteljev zadevnega podjetja, temveč dejanje neke osebe, ki ima dovoljenje, da deluje za račun podjetja“.*********

****** Sodba Imperial Chemical Industries/Komisija (48/69, EU:C:1972:70, točka 64).

******* Sodba Suiker Unie in drugi/Komisija (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, EU:C:1975:174, točka 174).

******** Sodbe Miller International Schallplatten/Komisija (19/77, EU:C:1978:19, točka 18); Musique Diffusion française in drugi/Komisija (od 100/80 do 103/80, EU:C:1983:158, točka 112) in IAZ International Belgium in drugi/Komisija (od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 in 110/82, EU:C:1983:310, točka 45).

********* Sodba Musique Diffusion française in drugi/Komisija (od 100/80 do 103/80, EU:C:1983:158, točka 97).

45. Po mnenju Sodišča gre „pri sodelovanju pri omejevalnih sporazumih, ki so po Pogodbi DEU prepovedani, najpogosteje za prikrito dejavnost, za katero formalna pravila ne veljajo. Predstavnik podjetja na sestanku redko sodeluje s pooblastilom, naj stori kršitev.“ Zato je „člen 101(1) PDEU treba razlagati tako, da za ugotovitev obstoja sporazuma, ki omejuje konkurenco, ni treba dokazati osebnega ravnanja statutarnega zastopnika podjetja ali obstoja posebnega soglasja, s katerim je ta zastopnik z mandatom dovolil ravnanje svojega uslužbenca, ki je sodeloval na protikonkurenčnem sestanku“.**********

46. Prav tako so v skladu s sodno prakso matične družbe odgovorne za dejanja svojih podružnic, ki so v nasprotju s konkurenčnim pravom, če ta podjetja tvorijo gospodarsko enoto: „[k]adar tak gospodarski subjekt krši pravila o konkurenci, mora v skladu z načelom osebne odgovornosti za to kršitev odgovarjati sam“.**********

47. Iz ustaljene sodne prakse tudi izhaja, da „se ravnanje hčerinske družbe lahko pripiše matični družbi, ker – čeprav je ločena pravna oseba – ta hčerinska družba o svojem ravnanju na trgu ne odloča samostojno, ampak večinoma ravna v skladu z navodili matične družbe […], zlasti glede gospodarskih, organizacijskih in pravnih povezav, ki povezujejo pravni enoti“.**********

48. Ostane še možna situacija, ko dejanje, ki je v nasprotju s konkurenčnim pravom, zagreši oseba (fizična ali pravna), ki ni podružnica in ni vključena v zadevno podjetje, ter ko, kot v obravnavani zadevi, ta tretja oseba v podjetju deluje kot neodvisni izvajalec storitev. V kakšnem obsegu je lahko podjetje, za katero podobni izvajalec opravlja storitve, odgovorno za dejanja izvajalca?

49. Možni sta dve situaciji:

— tretja oseba je delovala v imenu podjetja in zagrešila dejanje, ki je v nasprotju s konkurenčnim pravom, pri izvrševanju nalog, za katere jo je podjetje zadolžilo. V tem primeru je odgovornost podjetja, ki je naloge zaupalo tretji osebi, jasna, saj je vedelo oziroma bi moralo vedeti, da bo oziroma je tretja oseba zagrešila dejanje, ki je v nasprotju s konkurenčnim pravom, je z njim soglašala ali pa je to dejanje celo del nalog, zaupanih tretji osebi;

— tretja oseba je delovala v okviru pogodbe z zadevnim podjetjem, vendar je zagrešila dejanja (ki med drugim zajemajo dejanja, ki so v nasprotju s konkurenčnim pravom), ki niso predvidena v nalogah, za katere je zadolžena, pri čemer ni dokazano, da je poslovodstvo podjetja vedelo za tako dejanje, ki ga je zagrešil izvajalec storitev v nasprotju s konkurenčnim pravom, niti ni z njim soglašalo.

50. Na podlagi katerih meril se lahko odgovornost za kršitev, ki jo zagreši ta tretja oseba, pripiše podjetju, za katero tretja oseba opravlja storitve?

51. Splošno sodišče je v svoji sodbi Minoan Lines/Komisija (T-66/99, EU:T:2003:337)********** upravičeno želelo ugotoviti, ali podjetje in zastopnik „oblikujeta ali spadata v eno samo podjetje ali gospodarski subjekt z enotnim ravnanjem na trgu“ (točka 124). „V takem primeru se lahko tretja oseba, ki opravlja dejavnost v korist svojega naročitelja, načeloma šteje za ‚dopolnilni organ, ki je vključen v podjetje‘ [slednjega] in se mora zato ravnati v skladu z navodili naročitelja, ter s tem podjetjem, podobno kot uslužbenec na področju trženja, oblikuje gospodarsko enoto“ (točka 125).

********** Sodba Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71, točki 26 in 28). Glej tudi točki 25 in 27 navedene sodbe.

********** Sodba Akzo in drugi/Komisija (C-97/08 P, EU:C:2009:536, točka 56 in navedena sodna praksa).

********** *Ibidem* (točka 58 in navedena sodna praksa).

********** Zoper to sodbo je bila vložena pritožba, katere eden od tožbenih razlogov se je nanašal na vprašanje pripisljivosti ravnanja zastopnika naročitelju, vendar ga je Sodišče zavrnilo kot povsem dejanskega in zato očitno nedopustnega (sklep Minoan Lines/Komisija, C-121/04 P, EU:C:2005:695, točki 19 in 20). Kar zadeva sodbo Minoan Lines/Komisija (T-66/99, EU:T:2003:337), glej Blaise, J.-B., in Idot, L., „*Chronique de droit communautaire de la concurrence – Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*“, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, str. od 131 do 223, točka 81, ter Idot, L., „*Transports maritimes – Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003*“, Europe 2004, št. 2, str. 18 in 19.

52. Splošno sodišče je nato določilo dve referenčni merili pri določitvi obstoja enotnega gospodarskega subjekta: „prvič, prevzemanje ekonomskega tveganja s strani posrednika, in drugič, izključnost storitev, ki jih ponuja posrednik“ (točka 126), pri čemer odsotnost delitve tveganja in izključnost storitev podpirata obstoj enotnega gospodarskega subjekta.

53. Kot sta na obravnavi navedli latvijska vlada in Komisija, ti merili ne moreta biti izčrpni in sami po sebi odločilni za določitev, ali je mogoče kršitveno ravnanje zastopnika pripisati njegovemu naročitelju.

54. Splošno sodišče je v svoji sodbi voestalpine in voestalpine Wire Rod Austria/Komisija (T-418/10, EU:T:2015:516) kljub temu, da na podlagi nobenega od dokazov ni bilo mogoče določiti, da je imelo podjetje kakršno koli informacijo o protikonkurenčnem ravnanju svojega zastopnika, ter po podrobni preučitvi ravnanja in funkcij zastopnika razsodilo, da je „[v]seeno v okoliščinah, kakršne so te v obravnavani zadevi in v katerih zastopnik deluje v imenu in za račun naročitelja, ne da bi prevzel gospodarsko tveganje glede dejavnosti, ki so mu bile zaupane, […] protikonkurenčno ravnanje tega zastopnika v okviru teh dejavnosti mogoče pripisati naročitelju, tako kot je to mogoče v primeru delodajalca glede protipravnih dejanj enega od njegovih zaposlenih, tudi brez dokaza o seznanjenosti naročitelja s protikonkurenčnim ravnanjem zastopnika“ (točka 175), pri čemer je v točki 178 navedene sodbe zaključilo, „da je v obravnavani zadevi Komisija upravičeno ugotovila obstoj gospodarske enote med zastopnikom in naročiteljem glede dejavnosti, ki jih je družba Austria Draht zaupala g. G, ter presodila, da je zaradi te gospodarske enote naročitelju mogoče pripisati protipravna ravnanja, ki jih je g. G. storil za račun družbe Austria Draht v okviru dejavnosti, ki so mu bile zaupane, ne da bi bilo treba dokazati, da je naročitelj za to vedel“.

55. Poleg tega je Splošno sodišče v isti sodbi prav tako ugotovilo, da sodelovanja zastopnika na nekaterih protikonkurenčnih sestankih ni mogoče pripisati njegovemu naročitelju, saj vprašanja, o katerih so na njih razpravljali, očitno ne spadajo v nalogo zastopanja, ki jo je navedenemu zastopniku zaupal ta naročitelj (v zvezi s tem glej točko 384 navedene sodbe). Splošno sodišče je ocenilo, da odgovornosti za protikonkurenčno ravnanje zastopnika zunaj italijanskega trga ni mogoče pripisati podjetju voestalpine Austria Draht (pooblastilo je zajemalo le italijansko ozemlje). Ob upoštevanju teh elementov je Splošno sodišče odločilo, da globo, ki je bila solidarno naložena družbama, z 22 milijonov EUR zniža na 7,5 milijona EUR.

56. Dodati je treba, da je v navedeni zadevi (kot tudi v zadevi, v kateri je bila sprejeta sodba Minoan Lines/Komisija, T-66/99, EU:T:2003:337) zastopnik očitno deloval v imenu podjetja in je imel pooblastila glede poslovne politike naročitelja ter da je bila določitev cen eden od elementov pooblastila, ki mu je bilo podeljeno, kar je zajemalo pogajanja z drugimi podjetji.

57. V obravnavani zadevi so okoliščine drugačne, saj iz spisa, predloženega Sodišču, izhaja, da je družba Pārtikas kompānija sama določila ceno v svoji ponudbi (glej točko 6 teh sklepnih predlogov) in da je bila družba MMD lietas samo zastopnik, zadolžen za tehnično pripravo dokumentov. Zdi se torej, da odločitev družbe MMD lietas, da ponudbo družbe Pārtikas kompānija uporabi za pripravo ponudbe drugih podjetij, spada v funkcijo, ki je povsem ločena od funkcije, ki ji je bila zaupana in ki je po mojem mnenju ni mogoče pripisati družbi Pārtikas kompānija.

58. Ponovno opozarjam, da v tem spisu v nasprotju z zadevo, v kateri je bila sprejeta sodba Minoan Lines/Komisija (T-66/99, EU:T:2003:337, zlasti točke od 139 do 147), ni dokazov, da bi družba Pārtikas kompānija bila seznanjena in/ali soglašala z ravnanjem zastopnika.

b) Obravnavana zadeva v postopku v glavni stvari

59. Kaj torej odločiti v obravnavani situaciji v tej zadevi, ko nič ne dokazuje, da je družba Pārtikas kompānija vedela za ravnanje družbe MMD lietas, ko je posrednik deloval kot neodvisni pogajalec, ni delil ekonomskega tveganja z družbo Pārtikas kompānija, ni bil vezan z nobenim sporazumom, ki bi zagotavljal izključnost pri tej družbi (čeprav jo po mojem mnenju minimalna deontologija njegovega poklica nalaga po uradni dolžnosti glede obravnavane ponudbe) in je zagrešil dejanja, ki očitno prekoračujejo njegovo nalogo, ki mu jo je zaupala družba Pārtikas kompānija?

60. Menim, da je treba zavrniti dve skrajni stališči. Na eni strani samodejen pripis odgovornosti družbi za dejanja tretjih oseb, ne glede na njeno vpletenost, kar bi bilo v nasprotju s temeljnimi načeli, ki urejajo naložitev kazni, ki jih predvideva konkurenčno pravo (zlasti individualizacija kazni in pravna varnost), ter na drugi strani obveznost, da pristojni organ na področju konkurenčnega prava prepričljivo dokaže, da je družba, za katero je tretja oseba opravljala storitve, vedela za kazniva dejanja tretje osebe ali z njimi soglašala, čeprav bi bila s tem resno ogrožena učinkovitost konkurenčnega prava.

61. Namreč, „glede na to, da so prepoved sodelovanja pri protikonkurenčnih ravnanjih in sporazumih ter kazni, ki lahko doletijo kršitelje, znane, je običajno, da so dejavnosti v okviru protikonkurenčnih ravnanj in sporazumov tajne, sestanki, ki so večinoma v tretjih državah, skrivni, dokumentacije o tem pa je čim manj“.********** Veliko enostavneje bi se bilo torej „skriti“ za tretjo osebo in se tako izogniti kazni v skladu s konkurenčnim pravom.

62. Poleg tega je mogoče zaradi pomena ohranjanja svobodne konkurence od podjetij, ki naloge, kot je ta v obravnavani zadevi, zaupajo tretjim osebam, zahtevati, naj sprejmejo vse previdnostne ukrepe za preprečitev, da bi te tretje osebe kršile konkurenčno pravo, pri čemer naj se izognejo kakršni koli malomarnosti ali neprevidnosti pri določanju ali spremljanju izvajanja teh nalog.

63. V skladu z zgoraj navedenim predlagam, naj se v primeru spisov, kot je ta v obravnavani zadevi, določi izpodbojna domneva odgovornosti družbe za dejanja, ki so v nasprotju s konkurenčnim pravom in jih zagreši tretja oseba, ki za družbo izvaja storitve in ki se ne more šteti za pomožni subjekt, vključen v družbo. Podobna domneva omogoča ohranjanje ravnovesja, na eni strani med ciljem učinkovitega pregona ravnanj, ki so v nasprotju s pravili o konkurenci, zlasti členom 101 PDEU, in preprečevanja njihove ponovitve glede na to, da spoštovanje teh pravil zahteva dejavno ukrepanje podjetij v vseh trenutkih, ter na drugi strani zahtevami glede temeljnih pravic na področju kazni. Ta domneva bi se uporabljala, tudi če so dejanja tretje osebe ločena od funkcij, ki so ji zaupane, in tudi če ni dokazano, da je družba, za katero je tretja oseba opravljala storitve, vedela za njena dejanja oziroma z njimi soglašala.**********

64. Tako domnevo bi bilo treba za podjetje uporabiti od trenutka, ko organ, pristojen za področje varstva konkurence, dokaže obstoj dejanja, ki je v nasprotju s konkurenčnim pravom in ga je zagrešila oseba, ki dela za to podjetje, ne da bi bila neposredno ali posredno vključena v njegovo organizacijsko shemo.

********** Sodba Knauf Gips/Komisija (C-407/08 P, EU:C:2010:389, točka 49).

********** Domneve so znane v pravu Unije. Tako Sodišče kot Splošno sodišče sta uporabljali domneve pri ugotavljanju solidarne odgovornosti matične družbe za dejanja hčerinske družbe (sodba Akzo Nobel in drugi/Komisija, C-97/08 P, EU:C:2009:536) oziroma dejanja njenih zaposlenih in uslužbencev v podjetju (sodba Musique Diffusion française in drugi/Komisija, **od** 100/80 do 103/80, EU:C:1983:158, točka 97).

65. Za spoštovanje ravnovesja, ki sem ga omenil v točki 63 teh sklepnih predlogov, bi lahko podjetje ovrglo domnevo odgovornosti tako, da predloži vse elemente, ki potrjujejo, da ni ničesar vedela o kaznivih dejanjih tretje osebe, ki je zanj opravljala storitve, in dokaže, da je sprejela vse previdnostne ukrepe, potrebne za preprečitev podobnih ravnanj v nasprotju s konkurenčnim pravom, in sicer v treh trenutkih. **********

66. Prvi trenutek je trenutek najetja tretje osebe. To zadeva zlasti izbiro izvajalca storitev, opredelitev nalog in spremljanje njihovega izvajanja, pogoje (ali izključitev) najema podizvajalcev, obveznosti za zagotovitev spoštovanja prava, zlasti konkurenčnega prava, in sankcij, predvidenih za primer nespoštovanja pogodbe, ter obveznost odobritve za vsako dejanje, ki ni določeno v pogodbi.

67. Drugi trenutek zajema celotno obdobje izvajanja nalog, zaupanih tretji osebi, pri čemer je treba poskrbeti, da tretja oseba izvaja samo naloge, ki so določene v pogodbi.

68. Tretji trenutek je trenutek, ko tretja oseba zagreši kršitev konkurenčnega prava, čeprav brez vednosti podjetja. Podjetje kršitve ne more zgolj ignorirati: od kršitve se mora javno distancirati ter preprečiti mora njeno ponovitev in/ali jo prijaviti upravnim organom. Kot je Sodišče namreč presodilo, „se opustitveni načini udeležbe pri kršitvi – kot je prisotnost podjetja na sestankih, na katerih so bili sklenjeni sporazumi s protikonkurenčnim ciljem, ne da bi temu očitno nasprotovalo – razlagajo kot sostorilstvo, ki povzroči njegovo odgovornost v okviru člena 81(1) ES, ker je posledica tihega odobravanja nezakonite pobude brez javnega distanciranja od njene vsebine ali brez njene prijave upravnim organom spodbujanje nadaljevanja kršitve, zaradi česar je oteženo njeno odkritje“ (sodba AC-Treuhand/Komisija, C-194/14 P, EU:C:2015:717, točka 31).

69. Na obravnavi je bilo postavljeno vprašanje, ali lahko na ovržbo domneve kakor koli vpliva, če podjetje pokaže, da ni moglo imeti nobene koristi od dejanj, ki so v nasprotju s konkurenčnim pravom in jih je zagrešil zastopnik. Tako latvijska vlada kot Komisija sta na to vprašanje odgovorili negativno.

70. S tem se ne strinjam, vendar pod dvema pogojema, ki sta bila tudi sicer neposredno v središču razprave na obravnavi. Res je, da to, ali ima podjetje korist od usklajenega ravnanja ali je nima, nima nobenega vpliva na dokazovanje kršitve konkurenčnega prava. Vendar v obravnavani zadevi ne gre za dokazovanje kršitve, ampak za element, ki omogoča ovržbo domneve odgovornosti. Če podjetje dokaže, da je imelo ravnanje zastopnika zanj samo negativne posledice, bi to lahko potrdilo druge elemente za ovržbo domneve odgovornosti. Jasno je, da velja tudi obratno, in sicer če je podjetje imelo korist od rezultata omejevalnega sporazuma ali usklajenega ravnanja.

71. Na obravnavi je bilo navedeno, da dejstvo, da družba Pārtikas kompānija na razpisu ni bila izbrana, ne dokazuje, da na nek način ni sodelovala pri usklajenem ravnanju, pri katerem se je lahko z drugimi ponudniki dogovorila o časovni porazdelitvi trga („bid rigging“). Strinjam se s to pripombo, vendar to ni hipoteza, ki jo imam v mislih, in sicer da podjetje dokaže, da poleg nepridobitve zadevnega razpisa ni sodelovalo pri nobenih drugih elementih pogajanja, s katerimi bi imelo korist od kršitve konkurenčnega prava. To je očitno samo eden od drugih elementov, s katerimi lahko podjetje podpre ovržbo domneve.

72. Če povzamemo, podjetje lahko ovrže domnevo, če dokaže, da je tretja oseba ravnala zunaj nalog, ki so ji bile zaupane, da je sprejelo vse potrebne previdnostne ukrepe pri izbiri tretje osebe in spremljanju izvajanja naloge, ki je bila zaupana tretji osebi, ter da se je takoj po seznanitvi s prepovedanim ravnanjem javno distanciralo od zadevnega ravnanja ali ga prijavilo upravnim organom.

********** Za ovržbo domneve odgovornosti matične družbe za ravnanje hčerinske družbe glej sodbo ENI/Komisija (C-508/11 P, EU:C:2013:289, točka 46 in naslednje ter točki 68 in 69).

73. Seveda je nacionalno sodišče tisto, ki mora za odločitev, ali je družba Pārtikas kompānija odgovorna ali ne, dejstva, predložena v spisu, oceniti ob upoštevanju zgornjih elementov.

VI – **Predlog**

74. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je postavilo Augstākā tiesa (vrhovno sodišče), odgovori:

Člen 101(1) PDEU je treba razlagati tako, da za ugotovitev, da je podjetje sodelovalo v sporazumu, ki omejuje konkurenco, ni treba dokazati osebnega ravnanja člana poslovodstva podjetja ali njegove seznanitve oziroma soglašanja z ravnanjem osebe, ki je za podjetje izvajala zunanje storitve in hkrati delovala za račun drugih udeležencev morebitnega omejevalnega sporazuma.

Nacionalno sodišče mora v sporu, o katerem odloča, preveriti, ali lahko podjetje predloži dokaze o dejstvu, da je tretja oseba delovala zunaj nalog, ki so ji bile zaupane, o previdnostnih ukrepih, ki jih je sprejelo podjetje pri izbiri tretje osebe in spremljanju izvajanja spornih nalog, ter o ravnanju podjetja po seznanitvi s prepovedanim ravnanjem, ki bi lahko ovrglo domnevo njegove odgovornosti.