Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 3 december 2015 [1]

Mål C-542/14

”VM Remonts SIA (tidigare ”DIV un Ko SIA),
”Ausma grupa” SIA
mot
Konkurences padome

(begäran om förhandsavgörande, framställd av Augstākā tiesa (Högsta domstolen, Lettland))

”Begäran om förhandsavgörande — Konkurrens — Artikel 101.1 FEUF — Huruvida ett företag kan hållas ansvarigt för en oberoende tjänsteleverantörs olagliga agerande — Företaget kände inte till den oberoende tjänsteleverantörens överträdelse”

I – **Inledning**

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande som framställdes av Augstākā tiesa (Högsta domstolen) den 27 november 2014 avser tolkningen av artikel 101.1 FEUF. Målet rör ett påstående om samordning mellan företag i samband med att de deltagit i en anbudsinfordran som anordnats av staden Jūrmala (Lettland).

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

2. I artikel 101 FEUF (tidigare artikel 81 EG) föreskrivs följande:

”1. Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

1 — Originalspråk: franska.

d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,

e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.

…”

B – *Lettisk rätt*

3. I artikel 11.1 konkurrenslagen (Konkurences likums) av den 4 oktober 2001 (*Latvijas Vēstnesis*, 2001, nr 151) föreskrivs följande:

”Avtal mellan ekonomiska aktörer som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen i Lettland är förbjudna och ogiltiga från och med tidpunkten för deras ingående. Härvid inbegrips avtal

…

5) om att delta eller inte delta i en anbudsinfordran eller ett upphandlingsförfarande, eller om villkor rörande sådana åtgärder (eller underlåtenhet att vidta sådana åtgärder), med undantag för de fall där konkurrenterna offentligt har tillkännagivit sitt gemensamma anbud och syftet med anbudet inte är att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen.

…”

III – **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan**

4. Stadsfullmäktige i Jūrmala inledde en anbudsinfordran avseende matleveranser till utbildningsanstalter. ”VM Remonts” SIA (tidigare ”DIV un Ko” SIA (nedan kallat DIV un Ko)), ”Ausma grupa” SIA (nedan kallat Ausma grupa) och ”Pārtikas kompānija” SIA (nedan kallat Pārtikas kompānija) lämnade anbud.

5. Pārtikas kompānija anlitade ”Juridiskā sabiedrība ’B&Š partneri’” SIA för att få juridisk rådgivning i samband med upprättandet och inlämnandet av dess anbud. Med anledning därav anlitade ”Juridiskā sabiedrība ’B&Š partneri’” SIA i sin tur en underleverantör, ”MMD lietas” SIA (nedan kallat MMD lietas) som mottog ett anbudsförslag från Pārtikas kompānija, vilket hade upprättats självständigt av det företaget utan samråd med DIV un Ko eller Ausma grupa.

6. Det framgår nämligen tydligt av beslutet om hänskjutande att Pārtikas kompānija självständigt hade fastställt sina priser (se, bland annat punkterna 3.3 och 3.5 i det beslutet) och att Administratīvā apgabaltiesa (regional förvaltningsdomstol) – som är ensam behörig att pröva sakomständigheterna – funnit att det inte förelåg någon konkurrensbegränsande samverkan eller något samordnat förfarande mellan Pārtikas kompānija och de andra berörda företagen (se, bland annat punkterna 3 och 3.5 i beslutet om hänskjutande).

7. Det framgår även av beslutet om hänskjutande att MMD lietas hade åtagit sig att upprätta anbud åt DIV un Ko respektive Ausma grupa, utan att underrätta Pārtikas kompānija därom. En av MMD lietas anställda använde i detta sammanhang Pārtikas kompānijas anbud som mall för att upprätta de två andra anbudsgivarnas anbud. MMD lietas upprättade bland annat de två anbuden utifrån priser i Pārtikas kompānijas anbud, så att Ausma grupas anbud var ungefär 5 procent lägre än Pārtikas kompānijas anbud och DIV un Ko:s anbud var 5 procent lägre än Ausma grupas.

8. Konkurences padome (konkurrensrådet) fann i beslut av den 21 oktober 2011 att de tre anbudsgivande företagen hade åsidosatt artikel 11.1 punkt 5 konkurrenslagen genom att upprätta sina anbud gemensamt i syfte att simulera en effektiv konkurrenssituation dem emellan. Konkurrensrådet fann att det samordnade förfarandet hade snedvridit konkurrensen och ålade företagen böter.

9. DIV un Ko, Ausma grupa och Pārtikas kompānija överklagade konkurrensrådets beslut och yrkade ogiltigförklaring vid Administratīvā apgabaltiesa (regional förvaltningsdomstol). Administratīvā apgabaltiesa ogiltigförklarade i dom av den 3 juli 2013 det angripna beslutet i den mån det hade fastställts att Pārtikas kompānija hade gjort sig skyldig till en överträdelse, men fastställde beslutet avseende de andra två företagen.

10. Även om sistnämnda domstol ansåg att det aritmetiska sambandet mellan priserna i anbuden från de tre anbudsgivarna gav belägg för att det förelåg ett samordnat förfarande vid deltagandet i anbudsinfordran, fann den att det inte fanns någon omständighet som styrkte att Pārtikas kompānija hade medverkat i förfarandet.

11. DIV un Ko och Ausma grupa överklagade den dom som Administratīvā apgabaltiesa (regional förvaltningsdomstol) meddelat, i den mån deras överklagande där hade ogillats, till Augstākā tiesa (Högsta domstolen). Konkurrensrådet överklagade samma dom, i den mån Pārtikas kompānijas överklagande där hade bifallits.

12. Den hänskjutande domstolen vill i detta sammanhang få klarhet i frågan huruvida ett företag kan hållas ansvarigt för att ha deltagit i en överträdelse av konkurrensrätten trots att det inte har fastställts att företagsledningen har samtyckt till agerandet eller underrättats om detta.

13. Den hänskjutande domstolen har påpekat att artikel 11.1 konkurrenslagen har utarbetats med beaktande av behovet av harmonisering mellan nationell rätt och unionsrätten inom konkurrensrätten och att tolkningen av den bestämmelsen därför inte bör skilja sig från tolkningen av artikel 101.1 FEUF.

14. Det följer av domstolens praxis och bland annat av domen Musique diffusion française m.fl./kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158) och domen Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), att ett företag med beaktande av artikel 101 FEUF är ansvarigt för en persons, såsom en anställd, handlingar när denne agerar för företaget, oavsett huruvida de personer som är behöriga att fatta beslut inom företaget har gett vederbörande befogenhet att handla på det viset eller om de har underrättats om det. Den hänskjutande domstolen ställer sig emellertid frågande till huruvida denna rättspraxis är tillämplig på sådana omständigheter som de som är i fråga i det nationella målet, eftersom det agerande som ska prövas i det aktuella målet inte har utförts av en av Pārtikas kompānijas anställda utan av en oberoende tjänsteleverantör till företaget. Tjänsteleverantören ska heller inte endast ha agerat för det företaget utan även för DIV un Ko och Ausma grupa.

15. Mot denna bakgrund beslutade Augstākā tiesa (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen.

”Ska artikel 101.1 FEUF tolkas så att det, för att det ska kunna fastställas att ett företag deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, krävs bevis för att en ledande person inom företaget personligen deltagit i denna samverkan, eller att vederbörande känt till eller samtyckt till agerandet hos en person som levererat externa tjänster till företaget och som samtidigt agerat till förmån för andra deltagare i en eventuell konkurrensbegränsande samverkan?”

IV – **Förfarandet vid domstolen**

16. Skriftliga yttranden har inkommit från den lettiska och den italienska regeringen samt från Europeiska kommissionen. Den lettiska regeringen och kommissionen deltog i förhandlingen den 21 oktober 2015.

V – **Bedömning**

A – *Huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning*

17. Endast kommissionen har inkommit med synpunkter i detta avseende och har gjort gällande att tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning. Även om unionsrätten inte är tillämplig i det nationella förfarandet, eftersom det samordnade förfarande som är i fråga i det nationella målet inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, antogs konkurrenslagen nämligen just i syfte att harmonisera den lettiska lagstiftningen med unionslagstiftningen. Kommissionen har vidare hävdat att omständigheterna i det nationella målet snarare kan jämföras med dem i domen Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160) än med dem i domen Kleinwort Benson (C-346/93, EU:C:1995:85).

18. Den aktuella frågan kan enligt min uppfattning tas upp till sakprövning.

19. Domstolen är nämligen behörig att meddela förhandsavgörande beträffande unionsbestämmelser i fall då omständigheterna i det nationella målet inte omfattas av unionsrättens tillämpningsområde, men då dessa bestämmelser har blivit tillämpliga genom nationell lagstiftning och regleringen i den lagstiftningen av rent inhemska situationer har anpassats till den reglering som har valts i unionsrätten. I sådana fall föreligger det nämligen ett klart unionsintresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten tolkas på ett enhetligt sätt, oberoende av de omständigheter under vilka de ska tillämpas, detta för att i framtiden undvika skilda tolkningar [2].

B – *Prövning i sak*

20. Den hänskjutande domstolen vill genom tolkningsfrågan i förevarande mål att domstolen ska fastställa huruvida ett företag i en sådan situation som den i det nationella målet kan hållas ansvarigt för att ha deltagit i ett samordnat förfarande – som utgörs av ett samordnat anbud i samband med ett anbudsförfarande (”bid rigging” [3]), vilket är förbjudet enligt artikel 101 FEUF – på grundval av ett enda bevis på olagligt agerande, vilket hade vidtagits av en till företaget oberoende tjänsteleverantör som hade till uppgift att upprätta anbudet, trots att det inte har styrkts att företagsledningen hade underrättats om agerandet eller hade gett sitt medgivande till det.

2 — Se dom Allianz Hungária Biztosító m.fl. (C-32/11, EU:C:2013:160, punkt 20 och där angiven rättspraxis) och dom FNV Kunsten Informatie en Media (C-413/13, EU:C:2014:2411), i vilka domstolen besvarade tolkningsfrågorna mot bakgrund av omständigheter som liknar dem i förevarande mål.

3 — ”[T]rucage des offres” på franska. Det rör sig i allmänhet om ett riggat anbud när två eller fler företag som deltar i en anbudsinfordran samverkar för att ett eller flera av dem inte ska lämna ett anbud eller ta tillbaka det.

1. Sammanfattning av parternas argument

21. Den lettiska regeringen har föreslagit att den hänskjutande domstolens fråga ska besvaras enligt följande. Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så att det, för att det ska kunna fastställas att ett företag deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, varken krävs bevis för att en ledande person inom företaget personligen deltagit i denna samverkan, eller att vederbörande känt till eller samtyckt till agerandet hos en tjänsteleverantör till företaget, vilken även agerat för andra deltagare i en eventuell konkurrensbegränsande samverkan.

22. Den lettiska regeringen anser nämligen att den rättsliga ställningen för den som, i ett sådant mål som det som är i fråga, utför uppdraget för företaget (anställd, oberoende eller annat ombud) inte är relevant för att fastställa företagets ansvar för en överträdelse av konkurrensrätten.

23. Nämnda regering anser att det framgår av definitionen av ombud och arbetstagare i lettisk lagstiftning att båda parter ska agera i det företags intresse som har anlitat dem för tillhandahållandet av en tjänst. Samma förhållande gäller för en oberoende tjänsteleverantör som anlitats av ett företag för att tillhandahålla juridisk rådgivning. Tjänsteleverantören har nämligen fått tillstånd att agera genom att använda information från företaget. Leverantören av externa tjänster påtar sig inte riskerna för den ekonomiska verksamheten när den agerar för tredje man och dessa handlingar ska under sådana omständigheter tillskrivas det företag som anlitat leverantören.

24. Ett företag ska dessutom styrka att det varit lika aktsamt vid valet av ombud som när det anställer en arbetstagare. Utan denna skyldighet skulle det vara tillräckligt för företag att använda sig av tredje man för att begå överträdelser av konkurrensrätten utan att riskera några påföljder.

25. Det ska vidare prövas huruvida den information som företaget gett till tjänsteleverantören är av betydelse för konkurrensen. Konkret information avseende ett företags anbud i samband med en anbudsinfordran kan i detta hänseende vara av sådan betydelse, eftersom det innehåller uppgifter som inte är tillgängliga för allmänheten, bland annat avseende anbudspriset och företagets verksamhet.

26. Med beaktande av att MMD lietas i det nationella målet innehade (känslig) information som kunde vara av betydelse för konkurrensen inom den aktuella marknaden och att MMD lietas på grundval av den informationen hade fått fullmakt att agera för Pārtikas, bör det företaget kunna hållas ansvarigt för de handlingar som tjänsteleverantören utförde till förmån för andra deltagare i en eventuell konkurrensbegränsande samverkan.

27. Den lettiska regeringen har vidare hävdat att det inte är nödvändigt att styrka att företagsledningen hade gett den oberoende tjänsteleverantören befogenhet att vidarebefordra den omtvistade informationen eller att företagsledningen hade underrättats om detta. Ledningen ska nämligen alltid anses vara underrättad om de handlingar som oberoende tjänsteleverantörer vidtar, när dessa har anlitats av företaget.

28. Den italienska regeringen har föreslagit att tolkningsfrågan ska besvaras enligt följande. Ett företag kan hållas ansvarigt för konkurrensbegränsande samverkan när företaget har deltagit däri genom en oberoende tjänsteleverantör som har vidarebefordrat den information som den fått av företaget till konkurrerande företag, även om företagsledningen inte kände till att informationen vidarebefordrats och inte hade gett sitt medgivande därtill, såvida det berörda företaget inte kan styrka att den inte hade någon rimlig möjlighet att förutse och förhindra tjänsteleverantörens olagliga agerande.

29. Nämnda regering anser härvid att domstolens praxis rörande de handlingar som anställda vid ett företag har gjort sig skyldiga till kan tillämpas i tillämpliga delar på ett fall som det som är i fråga i det nationella målet, i vilket en oberoende tjänsteleverantör har gjort sig skyldig till det omtvistade agerandet. Det krävs således inte att det agerande som utgör konkurrensbegränsande samverkan ska tillskrivas ledningen eller företagets ombud utan det räcker att agerandet kan tillskivas ett rättssubjekt som agerar för företagets räkning.

30. Om företag kunde åberopa att olagliga handlingar har utförts av personer som inte ingår i företagsledningen för att undgå ansvar skulle detta nämligen urholka möjligheten att beivra konkurrensbegränsande samverkan.

31. En överträdelse av bestämmelserna i artikel 101 FEUF kräver vidare inte att företaget haft uppsåt, utan överträdelsen kan vara följden av att företaget varit oaktsamt. Endast den omständigheten att ledningen för ett sådant företag som Pārtikas kompānija inte uttryckligen har gett MMD lietas befogenhet att underrätta konkurrenterna till företaget om anbudsförslaget, eller att den inte kände till att detta hade skett, räcker inte för att utesluta att företaget har deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan som tjänsteleverantörens agerande resulterat i. Pārtikas kompānijas agerade oaktsamt genom att ge en tjänsteleverantör i uppdrag att upprätta anbudet utan att förbjuda leverantören att utföra samma uppdrag för konkurrerande företag och använda uppgifterna däri till förmån för dessa.

32. Pārtikas kompānija godtog således en risk som medför att det helt och hållet kan hållas ansvarigt för den konkurrerande samverkan som tjänsteleverantörens agerande resulterat i. Härav följer att företaget endast kan undgå ansvar om det specifikt kan visa att det inte hade någon rimlig möjlighet att förutse och förhindra tjänsteleverantörens olagliga agerande.

33. Kommissionen har föreslagit att den hänskjutande domstolens fråga ska besvaras enligt följande.

”Artikel 101.1 FEUF tolkas så att det, för att det ska kunna fastställas att ett företag deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan på grund av agerandet av ett ombud som inte är en av företagets anställda, krävs bevis för

— att överträdelsen omfattas av de uppdrag som företaget delegerat till ombudet, eller

— att företaget kände till ombudets överträdelse och inte öppet tog avstånd från den.

I de fall då överträdelsen omfattas av de uppdrag som delegerats till ombudet är det emellertid vare sig nödvändigt att styrka att ombudet hade befogenhet att utöva uppdragen på ett olagligt sätt eller att företagsledningen kände till eller hade samtyckt till överträdelsen.”

34. I detta avseende görs, för det första, i domstolens praxis åtskillnad mellan begreppen anställd och ombud. Vad gäller tillämpningen av artikel 101 FEUF har domstolen i synnerhet i domen Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174), funnit att ett ombud kan utgöras av ett företag som är fristående från sin huvudman, med undantag för de fall då ombudet är ”integrerat” i huvudmannens företag. Domstolen har härvid fastställt olika rekvisit, nämligen dels huruvida ombudet påtar sig någon ekonomisk risk, dels huruvida de tjänster som ombudet tillhandahåller inte tillhandahålls andra. Villkoren har bland annat tillämpats av Europeiska unionens tribunal i domen Minoan Lines/kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337), i vilken den hade att pröva frågan huruvida ett företag kunde hållas ansvarigt för ett ombuds olagliga agerande.

35. De två villkoren är emellertid varken uttömmande eller kumulativa. Det följer av domen Energetický a průmyslový och EP Investment Advisors/kommissionen (T-272/12, EU:T:2014:995) att det är lika viktigt att fastställa huruvida den aktuella överträdelsen omfattas av ombudets behörighet, eftersom rekvisitet om den ekonomiska risken och huruvida endast det berörda företaget har tillhandahållits tjänsterna inte alltid är avgörande.

36. Detta tillvägagångssätt har även tillämpats av Competition Appeal Tribunal (appellationsdomstol i konkurrensärenden) i Förenade kungariket i domen A H Willis & Sons Ltd/Office of Fair Trading (OFT) [2011] CAT 13. Den domstolen fann att en huvudman inte kunde hållas ansvarig för sitt ombuds olagliga agerande då detta var helt fristående från de uppdrag som ombudet fått av huvudmannen.

37. Vad för det andra gäller de allmänna rättsprinciper som är tillämpliga i fråga om en huvudmans ansvar för ett ombuds handlingar har kommissionen bland annat hävdat att en huvudman enligt fransk lag [4] är ansvarig för sitt ombuds handlingar om överträdelsen har skett inom ramen för ombudets faktiska eller utifrån sett givna uppdrag [5].

38. Det följer av denna rättspraxis och dessa principer att den enda omständigheten att MMD lietas inte endast var ombud för Pārtikas kompānija inte räcker för att företaget ska undgå ansvar för MMD lietas handlingar. Pārtikas kompānija ska däremot inte hållas ansvarigt för MMD lietas agerande om det inte faller inom ramen för de uppgifter som MMD lietas fått, såvida inte Pārtikas kompānija kände till agerandet och inte öppet tog avstånd från det. Eftersom MMD lietas endast hade till uppdrag att upprätta Pārtikas kompānijsa anbudshandlingar i enlighet med företagets instruktioner (ett rent företrädande av företaget och inlämnande av anbudet) framstår därför en av MMD lietas anställdas beslut att upprätta anbud åt Pārtikas kompānijsas konkurrenter, utifrån det anbud som upprättats åt MMD lietas, som utövande av ett uppdrag som är helt fristående och som MMD lietas inte kan hållas ansvarigt för. Det framgår dessutom av handlingarna i målet att MMD lietas inte hade fullmakt att förhandla med de andra företagen.

2. Bedömning

a) Allmänna anmärkningar och rättspraxis

39. Det ska inledningsvis erinras om att begreppet samordnat förfarande, i den mening som avses i artikel 101.1 FEUF, enligt domstolens praxis avser varje form av samordning mellan företag som utan att det har lett fram till att det ingåtts ett egentligt avtal medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete [6]. Ett sådant samordnat förfarande kan bland annat vara en följd av direkta eller indirekta kontakter mellan konkurrerande företag, som har till syfte eller resultat att antingen påverka en aktuell eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller för en sådan konkurrent avslöja hur den berörde aktören själv har beslutat att bete sig eller planerar att bete sig på marknaden [7].

4 — Kommissionen hänvisar till artikel 1384 i civillagen.

5 — Kommissionen hänvisar till en dom som meddelats av den franska kassationsdomstolen den 19 maj 1988, nr 87-82654. Det framgår av den domen att en huvudman kan undgå ansvar för sitt ombuds handlingar om ombudet har handlat utanför sin behörighet, utan huvudmannens medgivande och för andra ändamål än de som faller inom dennes ansvarsområde.

6 — Dom Imperial Chemical Industries/kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, punkt 64).

7 — Dom Suiker Unie m.fl./kommissionen (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, EU:C:1975:174, punkt 174).

40. Det följer av denna rättspraxis att ett företag inte kan hållas ansvarigt för ett samordnat förfarande om det inte har styrkts att företaget medvetet har deltagit däri. Även om domstolens praxis i detta sammanhang inte kräver att det ska vara styrkt att ett sådant företag hade kännedom om att artikel 101 FEUF åsidosattes ska det emellertid konstateras att företaget måste ha känt till att dess beteende fick till följd att konkurrensen begränsades. [8]

41. Med hänsyn bland annat till de allvarliga påföljder som är förknippade med en överträdelse av konkurrensrätten kan personligt ansvar i princip endast föreligga när överträdelsen har begåtts med uppsåt eller av oaktsamhet.

42. Genom förevarande begäran om förhandsavgörande ställs domstolen inför frågan huruvida företag inom konkurrensrätten kan hållas ansvariga för tredje mans handlingar.

43. Det kan i detta hänseende göras en åtskillnad beroende på om det i konkurrensrätten förbjudna förfarandet utförts av

— en av företagets anställda,

— ett av företagets dotterbolag, eller

— tredje man (fysisk eller juridisk person) som inte ingår i företagsorganisationen.

44. Om företaget självt, genom sina ombuds eller anställdas agerande när dessa utför sina uppgifter inom företaget, gör sig skyldiga till ett beteende som strider mot konkurrensrätten är företaget direkt ansvarigt oavsett om överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Tillämpningen av unionsrätten i ett sådant fall ”förutsätter inte att det berörda företagets delägare eller ledning vidtagit, eller ens känt till, en sådan åtgärd, utan det räcker att en åtgärd har vidtagits av en person som har behörighet att agera på företagets vägnar”. [9]

45. Domstolen har funnit att ”avtal om konkurrensbegränsande samverkan som är förbjudna enligt EUF-fördraget oftast utgör olaglig verksamhet som inte omfattas av några formella regler. Det är ovanligt att en företrädare för ett företag deltar i ett möte med en fullmakt som ger vederbörande befogenhet att göra sig skyldig till en överträdelse”. Följaktligen ska ”[a]rtikel 101.1 FEUF … tolkas på så sätt, att det för att ett konkurrensbegränsande avtal ska anses föreligga inte är nödvändigt att styrka ett personligt uppträdande hos den i bolagsordningen angivna företrädaren eller ett särskilt avtal genom vilket denne företrädare genom fullmakt tillåtit ett beteende från en av de anställda som deltagit i ett konkurrensbegränsande möte”. [10]

46. Enligt rättspraxis ska även moderbolag hållas ansvariga för de åtgärder som vidtagits av dess dotterbolag och som strider mot konkurrensrätten i de fall då företagen utgör en ekonomisk enhet. ”Då en sådan enhet har överträtt konkurrensreglerna ska denna enhet, enligt principen om personligt ansvar, ansvara för överträdelsen” [11]

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

9 — Dom Musique diffusion française m.fl./kommissionen (100/80-103/80, EU:C:1983:158, punkt 97)

10 — Dom Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), punkterna 26 respektive 28). Se även punkterna 25 och 27 i den domen.

11 — Dom Akzo Nobel m.fl./kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:536, punkt 56 och där angiven rättspraxis).

47. Det följer även av fast rättspraxis att ”ett dotterbolags beteende kan tillskrivas moderbolaget, då dotterbolaget, trots att det är en fristående juridisk person, inte självständigt bestämmer sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak följer instruktioner som det får av moderbolaget … särskilt med hänsyn till de ekonomiska, organisatoriska och juridiska band som binder samman dessa två juridiska enheter”. [12]

48. Frågan återstår vad som gäller i de fall då den handling som strider mot konkurrensrätten har utförts av en (fysisk eller juridisk) person som varken är dotterbolag eller en del av det berörda företaget och då denna, såsom i förevarande fall, tredje man i förhållande till företaget har agerat i egenskap av oberoende tjänsteleverantör. På vilket sätt kan det företag som mottar en sådan leverantörs tjänster hållas ansvarigt för dess handlingar?

49. Två möjligheter föreligger, nämligen att

— tredje man har agerat å företagets vägnar och utfört den handling som strider mot konkurrensrätten vid utförandet av de uppdrag som vederbörande har fått av företaget. I det fallet står det klart att det företag som har använt sig av de av tredje man tillhandahållna tjänsterna är ansvarigt, eftersom det kände till eller måste ha känt till att denne skulle begå eller hade begått en handling som strider mot konkurrensrätten, vilket företaget samtyckt till, och denna handling kan till och med ha ingått bland de uppgifter som anförtrotts denne tredje man.

— tredje man handlade inom ramen för ett avtal som slutits med det berörda företaget men tog egna initiativ (som bland annat bestod av handlingar som strider mot konkurrensrätten), vilka inte omfattades av de uppdrag som vederbörande hade anförtrotts, utan att det har styrkts att företagsledningen känt till, eller än mindre samtyckt till, den handling som tjänsteleverantören utfört och som strider mot konkurrensrätten.

50. Vilka rekvisit ska vara uppfyllda för att det företag som använt sig av de tjänster som tredje man tillhandahåller ska kunna hållas ansvarigt för den överträdelse som denne har begått?

51. Det var riktigt av tribunalen att i domen Minoan Lines/kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337) [13] pröva huruvida företaget och ombudet ”utgör eller hör till ett och samma företag eller en och samma ekonomiska enhet som har ett enhetligt uppträdande på marknaden” (punkt 124). ”[Om detta är fallet] [kan] [tredje man] som bedriver en verksamhet för sin huvudmans räkning i princip … anses som ett ’hjälporgan som ingår i [huvudmannens] företag’ och som är skyldigt att följa huvudmannens instruktioner och således i likhet med en handelsanställd bildar en ekonomisk enhet tillsammans med huvudmannens företag” (punkt 125).

52. Tribunalen fann vidare att två faktorer huvudsakligen ska beaktas vid bedömningen av huruvida det föreligger en ekonomisk enhet. ”För det första skall det beaktas huruvida mellanmannen påtar sig någon ekonomisk risk och, för det andra, huruvida de tjänster som mellanmannen tillhandahåller inte tillhandahålls andra” (punkt 126). Det förhållandet att mellanmannen inte påtar sig någon risk och att tjänsterna inte tillhandahålls andra tyder på att det rör sig om en ekonomisk enhet.

53. Dessa två villkor kan, såsom den lettiska regeringen och kommissionen har påpekat vid förhandlingen, inte vara uttömmande och i sig själva avgörande vid fastställandet av huruvida en huvudman kan hållas ansvarig för sitt ombuds överträdelse.

12 — Ibidem (punkt 58 och där angiven rättspraxis).

13 — Denna dom har överklagats och en av grunderna för överklagandet avsåg frågan huruvida en huvudman kan hållas ansvarig för ett ombuds handlingar, men med anledning av att överklagandet endast avsåg sakomständigheterna fann domstolen att det skulle avvisas, eftersom det var uppenbart att det inte kunde prövas i sak (beslut Minoan Lines/kommissionen (C-121/04 P, EU:C:2005:695, punkterna 19 och 20). Angående domen Minoan Lines/kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337), se Blaise, J.-B och Idot, L., ”Chronique de droit communautaire de la concurrence – Mise en œuvre des articles 81 et 82 CE”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, s. 131–223, punkt 81, och Idot, L., ”Transports maritimes – Commentaires aux arrêts du Tribunal du 11 décembre 2003”, *Europe* 2004, nr 2, s. 18 och 19.

54. Tribunalen fann i domen voestalpine och voestalpine Wire Rod Austria/kommissionen (T-418/10, EU:T:2015:516) – trots att det saknades bevis för att företaget kunde ha haft den minsta kännedom om sin agents konkurrensbegränsande beteende och efter att på ett konkret sätt ha prövat agerandet och agentens uppdrag – att ”[u]nder de i målet aktuella omständigheterna, där agenten har agerat i huvudmannens namn och för dennes räkning utan att påta sig de ekonomiska riskerna för de uppgifter han fått i uppdrag att utföra, kan det konkurrensbegränsande beteende som agenten gjort sig skyldig till i samband med utförandet av dessa uppgifter ändå tillskrivas huvudmannen, på samma sätt som en arbetsgivare kan hållas ansvarig för en anställds rättsstridiga handlanden, även när det saknas bevis för att huvudmannen känt till agentens konkurrensbegränsande beteende” (punkt 175). Tribunalen fann vidare i punkt 178 i den domen ”att kommissionen i [det aktuella fallet] med fog dels kunde fastställa att agenten och huvudmannen [utgjorde] en ekonomisk enhet i fråga om de uppgifter som Austria Draht gett G. i uppdrag att utföra, dels kunde anse att det, på grund av denna ekonomiska enhet, [var] möjligt att tillskriva huvudmannen ansvaret för de rättsstridigheter som G gjort sig skyldig till för Austria Drahts räkning i samband med utförandet av de uppgifter Austria Draht hade gett honom i uppdrag att utföra, utan att behöva visa att huvudmannen haft kännedom därom”.

55. Tribunalen konstaterade dessutom i den domen att den omständigheten att en agent deltar i vissa konkurrensbegränsande möten inte kan tillskrivas huvudmannen, då de frågor som diskuterades under mötena uppenbart inte omfattades av det uppdrag att företräda företaget som den huvudmannen hade gett agenten (se, för ett liknande resonemang, punkt 384 i den domen). Tribunalen fann att agentens konkurrensbegränsande beteenden utanför den italienska marknaden inte kunde tillskrivas voestalpine Austria Draht. (Uppdraget omfattade endast Italien.) Tribunalen beslutade med beaktande av dessa omständigheter att sätta ned det bötesbelopp på 22 miljoner euro som de två företagen ålagts att betala solidariskt till 7,5 miljoner euro.

56. Det ska vidare påpekas att det var uppenbart att ombudet i det målet (liksom i målet Minoan Lines/kommissionen, T-66/99, EU:T:2003:337) agerade i företagets namn och i båda fallen hade sådan insikt i huvudmannens affärsstrategi så att fastställande av priser var en av de uppgifter som omfattades av det uppdrag som ombudet hade fått, vilket inbegrep att förhandla med andra företag.

57. Detta är inte fallet i förevarande mål, i vilket det framgår av de handlingar som tillställts domstolen att Pārtikas kompānija självt hade fastställt anbudspriset (se punkt 6 ovan) och att MMD lietas endast var ett ombud som hade fått i uppdrag att upprätta de tekniska handlingarna. Det framgår således att MMD lietas beslut att använda Pārtikas kompānijas anbud som mall vid upprättandet av andra företags anbud är en del av utförandet av en uppgift som är helt fristående från den uppgift som MMD letas fått och som enligt min mening inte ska tillskrivas Pārtikas kompānija.

58. Jag vill åter erinra om att det i handlingarna i förevarande mål – i motsats till vad som var fallet i det mål som gav upphov till domen Minoan Lines/kommissionen (T-66/99, EU:T:2003:337, bland annat i punkterna 139–147) – inte finns några bevis som styrker att Pārtikas kompānija kände till och/eller samtyckte till ombudets agerande.

b) Målet vid den nationella domstolen

59. Vad gäller då i ett fall som det som är i fråga i det nationella målet, där det inte finns något som visar att Pārtikas kompānija hade kännedom om MMD lietas beteende och i vilket denna mellanhand agerade såsom oberoende tjänsteleverantör, inte delade den ekonomiska risken med Pārtikas kompānija, inte var bunden enligt avtal att endast tillhandahålla det företaget sina tjänster (även om det angående det aktuella anbudet enligt min mening tycks vara ett krav som åläggs ex officio till följd av minimikravet på etik inom yrket) och tog initiativ som uppenbart gick utöver det uppdrag som Pārtikas kompānija gett MMD lietas?

60. Två ytterlighetsståndpunkter måste förkastas, eftersom konkurrensrättens effektivitet annars i hög grad skulle äventyras. Dessa innebär, å ena sidan, att företaget automatiskt ska hållas ansvarigt för tredje mans handlingar oavsett i vilken omfattning företaget har deltagit, vilket strider mot de grundläggande principer som reglerar åläggandet av påföljder, såsom de som anges i konkurrensrätten (bland annat ansvaret för eget handlande och rättssäkerheten), och, å andra sidan, att den behöriga myndigheten inom konkurrensrätten ska vara skyldig att styrka att det företag som mottog tjänsterna från tredje man kände till dennes olagliga handlingar eller hade samtyckt till dem.

61. Det är nämligen ”med hänsyn till att förbudet att delta i konkurrensbegränsande förfaranden och avtal samt att de böter som deltagarna riskerar att få betala är väl kända, vanligt att sådan verksamhet som innefattar konkurrensbegränsande förfaranden och avtal bedrivs i hemlighet, att mötena äger rum i hemlighet, ofta i ett tredjeland, och att därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum”. [14] Det är således inte tillräckligt att ”gömma sig” bakom tredje man för att undgå påföljder enligt konkurrensrätten.

62. Betydelsen av att den fria konkurrensen bevaras gör det även möjligt att kräva av de företag som anförtror sådana uppdrag som de här aktuella åt tredje man, att de vidtar alla försiktighetsåtgärder för att förhindra att tredje man gör sig skyldig till överträdelser av konkurrensrätten, bland annat genom att inte vara oaktsamma eller vårdslösa när uppdragen utformas och följs upp.

63. Mot denna bakgrund föreslår jag att sådana ärenden som det här aktuella ska avgöras genom att det fastställs en motbevisbar presumtion för att ett företag som använt sig av tjänster som tillhandahålls av tredje man – som inte kan anses utgöra ett hjälporgan som ingår i företgaget – ska ansvara för de handlingar som tredje man begår och som strider mot konkurrensrätten. Denna presumtion gör det möjligt att upprätthålla balansen mellan, å ena sidan, målet att effektivt bekämpa beteenden som strider mot konkurrensreglerna, bland annat artikel 101 FEUF, och förhindra att dessa upprepas, då iakttagandet av reglerna kräver ett konstant aktivt agerande från företagens sida, och, å andra sidan, de grundläggande rättsliga kraven vad gäller påföljder. Denna presumtion skulle vara tillämplig även om de handlingar som tredje man utför är fristående från de uppgifter som denne fått och även om det inte är styrkt att det företag som använt sig av tredje mans tjänster känt till eller samtyckt till handlingarna. [15]

64. Denna presumtion bör tillämpas på ett företag så snart den myndighet som ska se till att konkurrensreglerna iakttas har styrkt att ett handlande som strider mot konkurrensrätten har utförts av en person som arbetar för företaget utan att direkt eller indirekt vara en del av dess organisation.

65. Med beaktande av den jämvikt som jag nämnt ovan i punkt 63 ska företaget kunna motbevisa ansvarspresumtionen genom att framlägga alla omständigheter som kan ge stöd för tesen att det inte alls kände till den utomstående tjänsteleverantörens olagliga beteenden och genom att visa att det vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att förhindra en sådan överträdelse av konkurrensrätten och detta i tre skeden. [16]

66. Det första skedet är det då tredje man anlitas. Detta rör bland annat valet av leverantör, utformningen av uppdragen och uppföljningen av deras genomförande, villkoren vid anlitande av (eller kravet att inte anlita) en underleverantör, de krav som uppställs för att tillförsäkra att lagstiftningen iakttas, bland annat konkurrensrätten och de påföljder som föreskrivs vid avtalsbrott, samt det medgivande som krävs för samtliga åtgärder som inte anges i avtalet.

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

15 — Presumtioner är vanliga inom unionsrätten. Både domstolen och tribunalen har använt sig av presumtioner för att fastställa huruvida ett moderbolag är solidariskt ansvarigt för de handlingar som dess dotterbolag har utfört (dom Akzo Nobel m.fl./kommissionen, C-97/08 P, EU:C:2009:536) eller dess anställdas handlingar (dom Musique diffusion française m.fl./kommissionen, 100/80-103/80, EU:C:1983:158, punkt 97).

16 — Angående motbevisning av presumtionen att ett moderbolag är ansvarigt för dess dotterbolags beteende, se dom Eni/kommissionen (C-508/11 P, EU:C:2013:289, punkterna 46, 68 och 69).

67. Det andra skedet avser hela genomförandeperioden för de uppdrag som anförtrotts tredje man. Det berörda företaget ska i detta skede se till att tredje man endast utför uppdragen i enlighet med hur de definierats i avtalet.

68. Det tredje skedet är det då tredje man gör sig skyldig till en överträdelse av konkurrensrätten även om företaget inte kände till det. Företaget kan inte välja att ignorera det utan ska öppet ta avstånd från den olagliga handlingen, förhindra att den inträffar igen och/eller anmäla den till de administrativa enheterna. Domstolen har nämligen slagit fast att ”passivt deltagande i en överträdelse, såsom att ha deltagit i möten under vilka avtal med konkurrensbegränsande syfte slutits, utan att öppet ha motsatt sig detta, medför ansvar enligt artikel 81.1 EG, eftersom det tysta medgivandet till ett olagligt initiativ, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, uppmuntrar till fortsatt överträdelse och äventyrar upptäckten av denna” (dom AC-Treuhand/kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punkt 31).

69. Under förhandlingen ställdes frågan huruvida det för motbevisningen av presumtionen hade någon betydelse om företaget kunde styrka att det inte kunde få någon fördel av de handlingar som strider mot konkurrensrätten och som ska tillskrivas ombudet. Både den lettiska regeringen och kommissionen svarade att så inte var fallet.

70. Jag delar inte den uppfattningen, förutsatt dock att två omständigheter – vilka för övrigt indirekt var kärnfrågan för diskussionerna vid förhandlingen – föreligger. Huruvida ett företag har intresse av ett samordnat förfarande kan förvisso inte på något sätt påverka fastställandet av en överträdelse av konkurrensrätten. Vi befinner oss i detta hänseende emellertid inte inom ramen för fastställandet av överträdelsen utan inom ramen för en omständighet som kan motbevisa ansvarspresumtionen. Det förhållandet att företaget kan styrka att ombudets handlingar endast har haft negativa konsekvenser för företaget kan stödja de andra omständigheter som anförts för att motbevisa ansvarspresumtionen. Det motsatta gäller naturligtvis om företaget i stället hade ett intresse av resultatet av den konkurrensbegränsande samverkan eller det samordande förfarandet.

71. Det påpekades under förhandlingen att den omständigheten att Pārtikas kompānija inte hade vunnit upphandlingen inte bevisar att företaget inte deltog på ett eller annat sätt i det samordnade förfarandet, eftersom företaget skulle ha kunnat komma överrens med de andra företagen om att över tiden fördela upphandlingen dem emellan (”bid rigging”). Jag instämmer i det påståendet, men det är inte det fallet jag har i åtanke, utan det förhållandet att företaget – även om det inte har vunnit den aktuella upphandlingen – visar att det inte har deltagit i några andra förhandlingar som skulle kunna ge det fördelar av att konkurrensrätten överträds. Det är naturligtvis endast en omständighet bland flera som företaget kan anföra när det argumenterar för att motbevisa presumtionen.

72. Sammanfattningsvis kan företaget motbevisa presumtionen om det styrker att tredje man har agerat utanför sitt uppdrag, att det vidtog alla nödvändiga åtgärder när denne anlitades och vid uppföljningen av det uppdrag som denne fått samt att företaget när det fick kännedom om det olagliga beteendet öppet tog avstånd från det eller anmälde det till de administrativa enheterna.

73. Det ankommer naturligtvis på den nationella domstolen att mot bakgrund av vad som anförts ovan bedöma omständigheterna i det aktuella målet för att fastställa huruvida Pārtikas kompānija är ansvarigt.

VI – **Förslag till avgörande**

74. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som har ställts av Augstākā Tiesa (högsta domstolen) på följande sätt:

Artikel 101.1 FEUF ska tolkas så att det, för att det ska kunna fastställas att ett företag deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, inte krävs bevis för att en ledande person inom företaget personligen deltagit i denna samverkan, eller att vederbörande känt till eller samtyckt till agerandet hos en person som levererat externa tjänster till företaget och som samtidigt agerat till förmån för andra deltagare i en eventuell konkurrensbegränsande samverkan.

Det ankommer på den nationella domstolen att avgöra huruvida företaget har framlagt bevisning för att tredje man agerat utanför de uppdrag som denne anförtrotts, för de försiktighetsåtgärder som företaget vidtagit när tredje man anlitades och när genomförandet av de aktuella uppdragen följdes upp samt för hur företaget agerade efter det att det fått kännedom om det olagliga beteendet, som är tillräcklig för att motbevisa ansvarspresumtionen.