ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

21 juli 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Mededinging — Artikel 101, lid 1, VWEU — Zuiver interne situatie — Toepassing van een vergelijkbare nationale regeling — Bevoegdheid van het Hof — Onderling afgestemde feitelijke gedraging — Aansprakelijkheid van een onderneming voor de handelingen van een dienstverrichter — Voorwaarden”

In zaak C-542/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Augstākā tiesa (hooggerechtshof, Letland) bij beslissing van 13 november 2014, ingekomen bij het Hof op 27 november 2014, in de procedure

SIA „VM Remonts”, voorheen SIA „DIV un Ko”,

SIA „Ausma grupa”,

tegen

Konkurences padome,

Konkurences padome,

tegen

SIA „Pārtikas kompānija”,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, kamerpresident, C. Lycourgos, E. Juhász, C. Vajda en K. Jürimäe (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: M. Aleksejev, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 oktober 2015,

gelet op de opmerkingen van:

— de Letse regering, vertegenwoordigd door I. Kalniņš en J. Treijs-Gigulis als gemachtigden,

* Procestaal: Lets.

— de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. Khan, C. Giolito en I. Rubene als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 december 2015,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 101, lid 1, VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, in de eerste plaats, SIA „VM Remonts", voorheen SIA „DIV un Ko", en SIA „Ausma grupa", enerzijds, en de Konkurences padome (mededingingsautoriteit, Letland), anderzijds, en, in de tweede plaats, de Konkurences padome en SIA „Pārtikas kompānija" over overleg dat naar verluidt tussen die ondernemingen is gepleegd bij hun deelname aan een door de stad Jūrmala (Letland) georganiseerde aanbesteding.

Toepasselijke bepalingen

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;

[…]"

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

4 De gemeenteraad van de stad Jūrmala heeft een aanbesteding uitgeschreven voor de bevoorrading van de onderwijsinstellingen met levensmiddelen. DIV un Ko, Ausma grupa en Pārtikas kompānija hebben op die aanbesteding ingeschreven.

5 Pārtikas kompānija heeft zich voor de opstelling en indiening van haar offerte juridisch doen bijstaan door SIA „Juridiskā sabiedrība ‚B&Š partneri'". Deze laatste vennootschap heeft op haar beurt een beroep gedaan op een onderaannemer, SIA „MMD lietas", die van Pārtikas kompānija een ontwerpofferte heeft ontvangen.

6 Uit de verwijzingsbeslissing volgt dat Pārtikas kompānija die ontwerpofferte volledig onafhankelijk had opgesteld, zonder overleg met DIV un Ko of Ausma grupa over de prijzen.

7 Voorts volgt uit die beslissing dat MMD lietas, zonder Pārtikas kompānija daarvan op de hoogte te brengen, zich tegelijkertijd ertoe verbonden had om de offerten van DIV un Ko en Ausma grupa op te stellen. Bij het opstellen van de offerten van deze twee andere inschrijvers is een werknemer van MMD lietas uitgegaan van de offerte van Pārtikas kompānija. Die werknemer 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 mededingingsautoriteit vastgesteld dat de drie inschrijvende ondernemingen artikel 11, lid 1, punt 5, van de mededingingswet hadden geschonden, doordat zij hun offerten samen hadden opgesteld om daadwerkelijke mededinging tussen hen te veinzen. De mededingingsautoriteit 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 beroepen ingesteld tot nietigverklaring van die beslissing. Bij arrest van 3 juli 2013 heeft de Administratīvā apgabaltiesa (regionale bestuursrechter, Letland) die beslissing nietig verklaard voor zover aan Pārtikas kompānija een inbreuk was toegerekend, maar die rechter heeft diezelfde beslissing bevestigd met betrekking tot de twee andere ondernemingen.

10 Die rechter heeft immers weliswaar geoordeeld dat de rekenkundige verhouding tussen de prijzen van de door de drie inschrijvers ingediende offerten bewees dat sprake was van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, maar hij heeft daarentegen geoordeeld dat nergens uit bleek dat Pārtikas kompānija bij die gedraging betrokken was.

11 DIV un Ko en Ausma grupa hebben bij de Augstākā tiesa beroep in cassatie ingesteld tegen het arrest van de Administratīvā apgabaltiesa voor zover daarbij hun beroep was verworpen. De mededingingsautoriteit heeft tegen dat arrest beroep in cassatie ingesteld voor zover daarbij het beroep van Pārtikas kompānija was toegewezen.

12 In dit verband merkt de verwijzende rechter op dat partijen in het hoofdgeding niet betwisten dat de litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging de handel tussen de lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden. Hij wijst er echter op dat de mededingingswet is opgesteld met inachtneming van de noodzaak om het nationale mededingingsrecht en het mededingingsrecht van de Europese Unie te harmoniseren en dat de met de rechtsgrondslag van die wet overeenstemmende rechtsgrondslag binnen het Unierecht met name wordt gevormd door de artikelen 81 EG en 82 EG (thans de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU). Wat meer in het bijzonder artikel 11, lid 1, van die wet betreft, is het rechtskader waarin die bepaling voorziet, in wezen identiek aan het rechtskader waarin artikel 101, lid 1, VWEU voorziet. De toepassing van dat artikel 11, lid 1, zou niet mogen verschillen van die van artikel 101, lid 1, VWEU.

13 Aangezien de Administratīvā apgabaltiesa, die als enige bevoegd is om uitspraak te doen over de feiten, niet heeft vastgesteld dat de bestuurders van Pārtikas kompānija toestemming hadden gegeven voor of op de hoogte waren gebracht van de handelingen van MMD lietas, vraagt de verwijzende rechter zich af of in een situatie als in het hoofdgeding een onderneming als Pārtikas kompānija aansprakelijk kan worden gesteld voor de deelneming aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 101, lid 1, VWEU ten gevolge van de handelingen van een dienstverrichter die, zoals MMD lietas, voor haar op onafhankelijke wijze diensten verricht.

14 Die rechter vraagt zich in het bijzonder af of de overwegingen in punt 97 van het arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158), en punt 25 van het arrest van 7 februari 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71) – volgens welke voor de toerekening aan een onderneming van een schending van artikel 101, lid 1, VWEU geen handelen of

zelfs kennis van de vennoten of de voornaamste beheerders van de betrokken onderneming vereist is, maar het handelen van iemand die gerechtigd is om voor rekening van die onderneming te handelen, volstaat – relevant zijn in een situatie als in het hoofdgeding.

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?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Bevoegdheid van het Hof

16 De Augstākā tiesa merkt in de verwijzingsbeslissing op dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde onderling afgestemde feitelijke gedraging een zuiver interne situatie betreft en geen invloed heeft op de handel tussen de lidstaten. Artikel 101, lid 1, VWEU is derhalve niet van toepassing op het hoofdgeding. Dientengevolge moet worden nagegaan of het Hof bevoegd is om de vraag van die rechter te beantwoorden.

17 Het Hof heeft zich herhaaldelijk bevoegd verklaard om uitspraak te doen op verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende Unierechtelijke bepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding buiten de werkingssfeer van het Unierecht vielen, voor zover die bepalingen toepasselijk waren gemaakt door de nationale wettelijke regeling, die zich voor haar oplossingen voor zuiver interne situaties conformeerde aan de in het Unierecht gekozen oplossingen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft de Unie in dergelijke gevallen 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 (zie met name arresten van 14 maart 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-32/11, EU:C:2013:160, punt 20; 4 december 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C-413/13, EU:C:2014:2411, punt 18, en 26 november 2015, Maxima Latvija, C-345/14, EU:C:2015:784, punt 12).

18 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de Letse wetgever uitdrukkelijk de bedoeling had om het nationale mededingingsrecht aan te passen aan het mededingingsrecht van de Unie en derhalve heeft besloten interne situaties en door het Unierecht geregelde situaties identiek te behandelen. Voorts wijst de Augstākā tiesa erop dat artikel 11, lid 1, van de mededingingswet in een rechtskader voorziet dat in wezen identiek is aan het rechtskader waarin artikel 101, lid 1, VWEU voorziet en dat dit artikel 11, lid 1, op dezelfde wijze wordt uitgelegd als artikel 101, lid 1, VWEU.

19 Bijgevolg is het Hof bevoegd om de prejudiciële vraag te beantwoorden.

Ten gronde

20 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging ten gevolge van de handelingen van een onafhankelijke dienstverrichter die voor haar diensten verricht.

21 In dit verband zij vooraf opgemerkt dat die vraag geen betrekking heeft op de regels inzake de beoordeling van de bewijzen en de bewijsstandaard, die bij ontbreken van Unievoorschriften ter zake in beginsel onder de procedurele autonomie van de lidstaten vallen (zie arrest van 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, punten 29-37), maar wel op de bestanddelen van de inbreuk waarvan sprake moet zijn opdat kan worden vastgesteld dat een onderneming aansprakelijk is voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

22 Vervolgens zij eraan herinnerd dat in de context van het mededingingsrecht van de Unie onder een onderneming moet worden verstaan een economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arresten van 12 juli 1984, Hydrotherm Gerätebau, 170/83, EU:C:1984:271, punt 11, en 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, C-97/08 P, EU:C:2009:536, punt 55).

23 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de arresten van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158), en 7 februari 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), door het Hof zijn gewezen in zaken waarin ondernemingen aansprakelijk waren gesteld voor de handelingen van hun werknemers. Een werknemer voert zijn taken uit voor en onder het gezag van de onderneming waarvoor hij werkt en wordt bijgevolg geacht deel uit te maken van de door die onderneming gevormde economische eenheid (zie in die zin arrest van 16 september 1999, Becu e.a., C-22/98, EU:C:1999:419, punt 26).

24 Voor de vaststelling van inbreuken op het mededingingsrecht van de Unie kunnen de eventuele mededingingsverstorende handelingen van een werknemer derhalve worden toegerekend aan de onderneming waarvan hij deel uitmaakt, die in beginsel daarvoor aansprakelijk wordt gehouden.

25 Voor zover een dienstverrichter op een bepaalde markt op onafhankelijke wijze tegen vergoeding diensten aanbiedt, moet hij voor de toepassing van de regels voor de bestraffing van mededingingsverstorende gedragingen daarentegen worden beschouwd als een onderneming die onderscheiden is van de ondernemingen waarvoor hij zijn diensten verricht. De handelingen van een dergelijke dienstverrichter kunnen niet meteen aan een van die ondernemingen worden toegerekend.

26 De verhouding tussen een onderneming en haar werknemers is derhalve in beginsel niet vergelijkbaar met de verhouding tussen die onderneming en dienstverrichters die voor haar diensten verrichten, zodat de overwegingen in punt 97 van het arrest van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie (100/80–103/80, EU:C:1983:158), en punt 25 van het arrest van 7 februari 2013, Slovenská sporiteľňa (C-68/12, EU:C:2013:71), niet kunnen worden toegepast op deze laatste situatie.

27 Evenwel kan niet worden uitgesloten dat in bepaalde omstandigheden een dienstverrichter die zich als zelfstandige voordoet, in werkelijkheid onder het gezag of toezicht werkt van een onderneming die gebruikmaakt van zijn diensten. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien hij met betrekking tot de wijze waarop hij de overeengekomen activiteit uitoefent over slechts weinig of geen autonomie en flexibiliteit beschikt en zijn beweerde zelfstandigheid een arbeidsverhouding verhult (zie in die zin arrest van 4 december 2014, FNV Kunsten Informatie en Media, C-413/13, EU:C:2014:2411, punten 35 en 36). Een dergelijk gezag of toezicht kan bovendien worden afgeleid uit het bestaan van bijzondere organisatorische, economische en juridische banden tussen de betrokken dienstverrichter en de onderneming die gebruikmaakt van de diensten, net als bij de verhouding tussen moedermaatschappijen en hun dochterondernemingen (zie in die zin arrest van 24 juni 2015, Fresh Del Monte Produce/Commissie en Commissie/Fresh Del Monte Produce, C-293/13 P en C-294/13 P, EU:C:2015:416, punten 75 en 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Onder dergelijke omstandigheden kan de onderneming die gebruikmaakt van de diensten, aansprakelijk worden gesteld voor de eventuele handelingen van de dienstverrichter.

28 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat indien de betrokken dienstverrichter werkelijk onafhankelijk is – hetgeen de nationale rechter dient na te gaan – de onderling afgestemde feitelijke gedraging waarbij die dienstverrichter betrokken is, in omstandigheden als in het hoofdgeding slechts onder bepaalde voorwaarden kan worden toegerekend aan de onderneming die gebruikmaakt van zijn diensten.

29 Het Hof heeft geoordeeld dat een onderneming aansprakelijk kan worden gesteld voor overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen met een mededingingsbeperkend doel, wanneer zij met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de verwezenlijking van de gemeenschappelijke doelstellingen van alle deelnemers en de materiële gedragingen die andere ondernemingen met het oog op die doelstellingen planden of in praktijk brachten, kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden (zie in die zin arrest van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, punt 87).

30 Derhalve kan een onderneming die gebruikmaakt van diensten met name aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging indien zij op de hoogte was van de mededingingsverstorende doelstellingen van haar concurrenten en de dienstverrichter en met haar eigen gedrag heeft willen bijdragen aan de verwezenlijking daarvan. Aan die voorwaarde is weliswaar voldaan wanneer die onderneming de bedoeling had om via haar dienstverrichter haar commercieel gevoelige informatie aan haar concurrenten openbaar te maken of uitdrukkelijk of stilzwijgend heeft goedgekeurd dat haar dienstverrichter die commercieel gevoelige informatie met hen deelt (zie naar analogie arresten van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, EU:C:2004:6, punten 82-84, en 21 januari 2016, Eturas e.a., C-74/14, EU:C:2016:42, punt 28), maar dat is niet het geval wanneer die dienstverrichter, zonder die onderneming daarvan op de hoogte te brengen, de commercieel gevoelige informatie van deze laatste heeft gebruikt om de offerten van die concurrenten op te stellen.

31 Een onderneming die gebruikmaakt van diensten kan ook aansprakelijk worden gesteld voor een litigieuze onderling afgestemde feitelijke gedraging indien zij redelijkerwijs kon voorzien dat de dienstverrichter op wie zij een beroep doet, haar commerciële informatie met haar concurrenten zou delen en zij bereid was het risico ervan te aanvaarden.

32 Het staat aan de nationale rechter om volgens de regels van zijn nationale recht inzake de beoordeling van de bewijzen en de bewijsstandaard na te gaan of in de omstandigheden van het hoofdgeding aan een van die voorwaarden is voldaan.

33 Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 101, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat een onderneming in beginsel slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging ten gevolge van de handelingen van een onafhankelijke dienstverrichter die voor haar diensten verricht, indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

— de dienstverrichter werkte in werkelijkheid onder het gezag of toezicht van de betrokken onderneming, of

— die onderneming was op de hoogte van de mededingingsverstorende doelstellingen van haar concurrenten en de dienstverrichter en heeft met haar eigen gedrag willen bijdragen aan de verwezenlijking daarvan, of

— die onderneming kon de mededingingsverstorende handelingen van haar concurrenten en de dienstverrichter redelijkerwijs voorzien en was bereid het risico ervan te aanvaarden.

Kosten

34 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 101, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat een onderneming in beginsel slechts aansprakelijk kan worden gesteld voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging ten gevolge van de handelingen van een onafhankelijke dienstverrichter die voor haar diensten verricht, indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

— **de dienstverrichter werkte in werkelijkheid onder het gezag of toezicht van de betrokken onderneming, of**

— **die onderneming was op de hoogte van de mededingingsverstorende doelstellingen van haar concurrenten en de dienstverrichter en heeft met haar eigen gedrag willen bijdragen aan de verwezenlijking daarvan, of**

— **die onderneming kon de mededingingsverstorende handelingen van haar concurrenten en de dienstverrichter redelijkerwijs voorzien en was bereid het risico ervan te aanvaarden.**

ondertekeningen