



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. PITRUZZELLA

fremsat den 15. april 2021¹

Sag C-882/19

Sumal, S.L.

mod

Mercedes Benz Trucks España, S.L.

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona, Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse – konkurrence – virksomhed – begreb – økonomisk enhed – erstatningssøgsmål mod datterselskabet til det selskab, som Kommissionen har sanktioneret for en overtrædelse af artikel 101 TEUF – muligheden for at anlægge erstatningssøgsmål – betingelser«

1. Med den præjudicielle forelæggelse, som er genstand for dette forslag til afgørelse, er Domstolen blevet anmodet om at afklare, om den formodede skadelidte kan gøre det civilretlige ansvar for skade opstået som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd gældende over for datterselskabet til det selskab, som har deltaget i den ovennævnte adfærd, og som af denne grund er blevet sanktioneret af Kommissionen ved en afgørelse, som ikke berører datterselskabet, ud fra den antagelse, at disse selskaber udgør en »økonomisk enhed«.
2. Som bekendt udgør teorien om en økonomisk enhed nu et fast princip i Domstolens og Rettens praksis, hvori den er blevet anvendt til at sanktionere et moderselskab for dets datterselskabers konkurrencebegrænsende adfærd ved en slags »bottom-up«-proces, som går fra datterselskaberne op til moderselskabet. I den foreliggende sag skal Domstolen derimod afgøre, om det samme begreb »økonomisk enhed« kan begrunde en »top-down«-proces vedrørende pålæggelse af ansvar, på grundlag af hvilken datterselskabet bærer ansvaret for skader opstået som følge af moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd.
3. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet indgivet i en tvist mellem Sumal SL (herefter »Sumal«) og Mercedes Benz Trucks España SL (herefter »MBTE«) vedrørende erstatning for formodede skader, som Sumal led som følge af, at Daimler AG (herefter »Daimler«), der er MBTE's moderselskab, deltog i et kartel i strid med artikel 101 TEUF.

¹ Originalsprog: italiensk.

I. Faktiske omstændigheder, hovedsagen, de præjudicielle spørgsmål og sagen for Domstolen

4. Mellem 1997 og 1999 erhvervede Sumal, appellanten i hovedsagen, to lastbiler fra gruppen Daimler fra MBTE, det i hovedsagen indstævnte selskab, ved en leasingaftale gennem koncessionshaveren Stern Motor S. L.

5. Den 19. juli 2016 vedtog Europa-Kommissionen afgørelse C(2016) 4673 final om en procedure i henhold til artikel 101 TEUF og artikel 53 i EØS-aftalen² (herefter »afgørelsen af 2016«), hvor Kommissionen konstaterede en samlet og vedvarende overtrædelse af artikel 101 TEUF og artikel 53 i EØS-aftalen, der bestod i bl.a. hemmelige aftaler mellem de største lastbilsproducenter, herunder Daimler, om prissætning og bruttoprisstigninger i EØS for lastbiler, hvilket med hensyn til Daimler varede fra den 17. januar 1997 til den 18. januar 2011.

6. Sumal anlagde erstatningssøgsmål mod MBTE ved Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona (handelsret nr. 7 i Barcelona, Spanien) med påstand om betaling af en erstatning på 22 204,35 EUR for skader, som skyldtes en overtrædelse af konkurrencereglerne konstateret i afgørelsen af 2016, der efter Sumals opfattelse skulle tilskrives MBTE i sin egenskab af Daimlers datterselskab. MBTE bestred påstanden og gjorde bl.a. gældende, at det savnede partsevne, idet det fandt, at den eneste ansvarlige for den påberåbte retsstridige handling var Daimler, hvis juridiske person er forskellig fra MBTE's.

7. Ved dom af 23. januar 2019 forkastede Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona (handelsret nr. 7 i Barcelona) søgsmålet under henvisning til, at sagsøgte savnede partsevne, henset til, at Daimler var det eneste retssubjekt, der var omfattet af Kommissionens forudgående administrative procedure vedrørende kartellet, som Sumals erstatningskrav var baseret på.

8. Sumal har iværksat appel til prøvelse af dommen afsagt af Juzgado de lo Mercantil n. 7 de Barcelona (handelsret nr. 7 i Barcelona) ved Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona), som er den forelæggende ret. Den sidstnævnte ret har anført, at Domstolen endnu ikke har udtalt sig om, hvorvidt et erstatningssøgsmål baseret på en afgørelse, hvor Kommissionen eller en national konkurrencemyndighed har konstateret en overtrædelse af konkurrencereglerne, kan anlægges mod et selskab, som ikke er berørt af denne afgørelse, men som er helejet af det selskab, som i den nævnte afgørelse er udpeget som den, der har begået overtrædelser. Appellanten har fremhævet, at national retspraksis indeholder afvigende holdninger. Nogle spanske retter er af den opfattelse, at denne form for sagsanlæg er mulig ved anvendelsen af »teorien om en økonomisk enhed«, hvorimod andre har udtrykt sig negativt baseret på den antagelse, at moderselskabet i henhold til denne teori kan tilregnes det civilretlige ansvar for et datterselskabs konkurrencebegrænsende adfærd, mens det omvendte ikke kan lade sig gøre, når datterselskabet ikke har nogen kontrolbeføjelse over moderselskabet.

9. Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona) har på denne baggrund udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Begrunder doktrinen om en samlet økonomisk enhed, der udspringer af praksis fra Den Europæiske Unions Domstol, en udvidelse af moderselskabets ansvar til datterselskabet, eller er en sådan doktrin kun anvendelig til at udvide datterselskabernes ansvar til at omfatte moderselskabet?

² Sag AT.39824 – Lastbiler. Et referat af denne afgørelse er blevet offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2017, C 108, s. 6).

Skal en udvidelse af begrebet samlet økonomisk enhed inden for området for koncerninterne forbindelser udelukkende ske på grundlag af kontrolfaktorer, eller kan den også baseres på andre kriterier, herunder det forhold, at datterselskabet var i stand til at drage fordel af de ulovlige handlinger?

Såfremt det antages, at der er mulighed for at udvide moderselskabets ansvar til datterselskabet, hvilke forudsætninger skal da være opfyldt for at gøre det muligt?

Hvis ovenstående spørgsmål besvares bekræftende, således at en udvidelse af moderselskabets ansvar for sine handlinger til at omfatte datterselskaber accepteres, ville en national standard som i [artikel 71, stk. 2, i Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (lov nr. 15/2007 om konkurrence, herefter »konkurrenceloven«)³] som udelukkende giver mulighed for at udvide datterselskabets ansvar til moderselskabet, være forenelig med denne fællesskabsretlige doktrin, og ville det forudsætte, at moderselskabet har en kontrollerende stilling i forhold til datterselskabet?»

10. MBTE, den italienske og den spanske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg i henhold til artikel 23 i statuten for Domstolen. Som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i overensstemmelse med artikel 61, stk. 1, i procesreglementet har Domstolen anmodet parterne i hovedsagen og de berørte, som er omfattet af statuttens artikel 23, om at besvare visse skriftlige spørgsmål. Sumal, MBTE, den spanske regering og Kommissionen har efterkommet denne anmodning. Domstolen har endvidere besluttet ikke at afholde den mundtlige forhandling, der var fastsat til den 1. december 2020, og opfordret parterne og de ovennævnte berørte til at besvare yderligere skriftlige spørgsmål. Sumal, MBTE, den spanske og den italienske regering samt Kommissionen har besvaret disse spørgsmål.

II. Bedømmelse

A. Formaliteten vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse

11. MBTE har i to henseender bestridt, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling.

12. For det første opfylder forelæggelsesafgørelsen ikke kravene i artikel 94 i Domstolens procesreglement, fordi den ikke indeholder en fremstilling af de relevante faktiske omstændigheder, således som de er fastslået af den forelæggende ret, eller af de faktiske oplysninger, som ligger til grund for de præjudicielle spørgsmål, men blot gengiver de anbringender om de faktiske omstændigheder, som parterne i hovedsagen har fremsat. Forelæggelsesafgørelsen giver endvidere en upræcis, ufuldstændig og unøjagtig redegørelse for den relevante nationale retspraksis⁴.

³ Lov af 3.7.2007 (BOE nr. 159 af 4.7.2007, s. 28848).

⁴ I modsætning til, hvad der fremgår af forelæggelsesafgørelsen, har MBTE hævdet, dels at der ikke findes afvigende holdninger i spansk retspraksis vedrørende spørgsmålet om datterselskabets ansvar for dets moderselskabs overtrædelser af konkurrencereglerne, dels at partsevnen for et datterselskab til Daimler, som ikke var nævnt i afgørelsen af 2016, inden for rammerne af et erstatningssøgsmål baseret på denne afgørelse kun blev fastlagt af Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Valencia (handelsret nr. 3 i Valencia, Spanien) ved afgørelser, som i øvrigt blev ophævet under appel.

13. I henhold til Domstolens faste praksis er det af hensyn til behovet for at opnå en fortolkning af EU-retten, som den nationale ret kan bruge, påkrævet, at denne giver en beskrivelse af de faktiske omstændigheder og regler, som de forelagte spørgsmål hænger sammen med, eller i al fald forklarer de faktiske forhold, der er baggrunden for dens spørgsmål. Kravet herom har navnlig betydning på konkurrenceområdet, hvor de faktiske og retlige omstændigheder ofte er komplekse⁵. I modsætning til, hvad MBTE har gjort gældende, indeholder forelæggelsesafgørelsen en redegørelse for de faktiske omstændigheder til grund for tvisten i hovedsagen, som er tilstrækkelig til at fastlægge, hvorfor den forelæggende ret har formuleret de tre første præjudicielle spørgsmål, og til at forstå deres rækkevidde. I øvrigt har denne redegørelse givet parterne og de berørte, som er omfattet af statuttens artikel 23, mulighed for at indgive skriftlige indlæg om disse spørgsmål.

14. Det forholder sig derimod anderledes med hensyn til det fjerde præjudicielle spørgsmål. Således som MBTE har anført inden for rammerne af det første anbringende i formalitetsindsigelsen vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse, er indholdet af konkurrencelovens artikel 71, stk. 2 – i øvrigt taget ud af sin systematiske sammenhæng – kun gengivet meget kortfattet i forbindelse med formuleringen af det fjerde præjudicielle spørgsmål⁶. Forelæggelsesafgørelsen indeholder ingen oplysninger om den af den forelæggende ret anlagte fortolkning af denne bestemmelse, eller om årsagerne til, at den finder, at denne bestemmelse er uforenelig med en fortolkning af EU-retten, ifølge hvilken der kan anlægges erstatningssøgsmål mod et datterselskab for skader opstået som følge af dets moderselskabs konkurrencebegrænsende adfærd⁷.

15. Under disse omstændigheder skal MBTE's formalitetsindsigelse baseret på manglende opfyldelse af kravene i artikel 94 i Domstolens procesreglement efter min opfattelse forkastes med hensyn til de tre første præjudicielle spørgsmål og tages til følge hvad angår det fjerde præjudicielle spørgsmål.

16. MBTE har for det andet gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål fra Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona) er af rent hypotetisk karakter. De tre første spørgsmål savner enhver forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen, fordi Sumal hverken har påberåbt sig eller godtgjort omstændigheder, som kan begrunde en udvidelse af ansvaret for Daimlers ulovlige handlinger til MBTE, men alene baseret sit søgsmål på afgørelsen af 2016.

⁵ Jf. bl.a. dom af 5.3.2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 49).

⁶ Konkurrencelovens artikel 71, stk. 1 og 2, der blev indført i nævnte lov med henblik på gennemførelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/104/EF af 26.11.2014 om visse regler for søgsmål i henhold til national ret angående erstatning for overtrædelser af bestemmelser i medlemsstaternes og Den Europæiske Unions konkurrenceret (EUT 2014, L 349, s. 1), er gengivet i den spanske regerings indlæg. Denne artikels stk. 1 fastsætter, at »[o]vertræderne af konkurrenceloven bærer ansvaret for skader og forvoldt tab«. Stk. 2, litra a), præciserer, at »[v]ed overtrædelse af konkurrenceretten forstås enhver overtrædelse af artikel 101 [TEUF] eller 102 [TEUF] eller denne lovs artikel 1 eller 2«, mens litra b) bestemmer, at »[e]t selskabs handlinger også kan tilskrives de selskaber eller personer, som kontrollerer det, undtagen når dets økonomiske adfærd ikke bestemmes af nogen af disse«.

⁷ Den forelæggende ret har i øvrigt ikke oplyst, at den nu gældende udgave af konkurrencelovens artikel 71, stk. 2, er resultatet af en ændring ved Real Decreto-ley 9/2017 (kongeligt dekret nr. 9/2017) af 26.5.2017 (BOE nr. 126 af 27.5.2017, s. 42820). I det omfang denne bestemmelse åbenlyst er af materiel, og ikke blot af processuel karakter, kan man med rimelighed spørge sig selv, om den – sådan som MBTE har gjort gældende inden for rammerne af det andet anbringende i formalitetsindsigelsen vedrørende anmodningen om præjudiciel afgørelse – i henhold til artikel 22, stk. 1, i direktiv 2014/104, hvorefter de nationale love og bestemmelser, der vedtages med henblik på at overholde dette direktivs materielle bestemmelser, ikke har tilbagevirkende kraft, finder anvendelse på et søgsmål som den foreliggende hovedsag, der ganske vist blev anlagt efter direktivets ikrafttrædelse, men vedrører faktiske omstændigheder fra tiden før direktivets vedtagelse og ikrafttrædelse. I denne sammenhæng vil jeg påpege, at Domstolen i øjeblikket i den verserende sag C-267/20 skal tage stilling til et præjudicielt spørgsmål, som bl.a. vedrører fortolkningen af ordet »tilbagevirkende« i artikel 22, stk. 1, i direktiv 2014/104 for så vidt angår bestemmelserne til gennemførelse af dette direktiv i den spanske retsorden. Vedrørende anvendelse ratione temporis af direktiv 2014/104 henvises generelt til dom af 28.3.2019, Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:263, præmis 24-34), og generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Cogeco Communications (C-637/17, EU:C:2019:32, punkt 60-64).

17. I denne forbindelse skal det anføres, at det udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de forelagte spørgsmål vedrører fortolkningen af en EU-retlig regel, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse. Det følger heraf, at der foreligger en formodning for, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af en EU-retlig regel savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de forelagte spørgsmål⁸.

18. Hvad angår den foreliggende sag skal det påpeges, at det med de tre første præjudicielle spørgsmål nærmere bestemt ønskes oplyst, om det i overensstemmelse med EU-retten er muligt at anlægge et erstatningssøgsmål som det af Sumal mod MBTE anlagte, der ikke er rettet mod det selskab, som Kommissionen har sanktioneret for overtrædelsen af EU-konkurrencereglerne, men mod datterselskabet til det nævnte selskab, som ikke er berørt af afgørelsen om konstatering af denne overtrædelse. Den omstændighed, som MBTE har gjort gældende, at Sumal, med henblik på, at datterselskabet ifalder ansvaret for skader opstået som følge af dets moderselskabs konkurrencebegrænsende adfærd, blot har påberåbt sig afgørelsen af 2016, savner betydning med hensyn til vurderingen af formaliteten vedrørende de ovennævnte præjudicielle spørgsmål, fordi disse sigter mod at opnå Domstolens fortolkningsbidrag om, hvorvidt og under hvilke betingelser et sådant ansvar kan fastlægges⁹. Efter min opfattelse skal formalitetsindsigelsen med hensyn til de tre første præjudicielle spørgsmål baseret på deres formodede hypotetiske karakter derfor forkastes.

B. Det første, det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

19. Med de tre første præjudicielle spørgsmål, som med fordel kan behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om et datterselskab kan tilregnes ansvaret for dets moderselskabs overtrædelse af EU-konkurrencereglerne ved anvendelsen af begrebet »økonomisk enhed«, og i givet fald de betingelser, der skal være opfyldt for at fastlægge et sådant ansvar.

20. Disse spørgsmål er som anført rejst inden for rammerne af et »follow on«-erstatningssøgsmål, dvs. et søgsmål rettet med henblik på at opnå erstatning for skader som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne, som tidligere er blevet konstateret af en national konkurrencemyndighed eller Kommissionen. I den konkrete situation blev denne konstatering lagt til grund i afgørelsen af 2016. Appellanten i hovedsagen har anlagt søgsmål mod MBTE, kommittent til appellantens aftalepart i forbindelse med et køb af lastbiler, som fandt sted i løbet af den periode, hvor det ved afgørelsen sanktionerede kartel eksisterede, fordi appellantens mener at have lidt skade som følge af de gennem kartellet forhøjede priser, som resulterede i, at MBTE indførte et tillæg på 20% af købsprisen. Tilsyneladende bygger Sumals søgsmål på den eneste forudsætning, at MBTE's moderselskab deltog i kartellet, hvilket blev konstateret af Kommissionen i afgørelsen af 2016.

⁸ Jf. bl.a. dom af 3.9.2020, Vivendi (C-719/18, EU:C:2020:627, præmis 32 og 33 og den deri nævnte retspraksis).

⁹ Det tilkommer den nationale ret at efterprøve alle de øvrige af MBTE nævnte forudsætninger for Sumals søgsmål, som bl.a. vedrører eksistensen af den påberåbte skade og størrelsen heraf.

21. MBTE har principalt gjort gældende, at henset til de særlige kendetegn ved det søgsmål, som Sumal har anlagt mod MBTE, ville en fortolkning af teorien om en økonomisk enhed, ifølge hvilken Daimlers ansvar udvides til MBTE, være i strid med artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1/2003¹⁰. Subsidiært har MBTE gjort gældende, at teorien om en økonomisk enhed ikke tillader den af den forelæggende ret beskrevne »top-down«-udvidelse af ansvaret. Sumal, den italienske og den spanske regering har derimod foreslået Domstolen at anlægge en udvidende fortolkning af teorien om en økonomisk enhed, hvorefter datterselskabet under visse betingelser kan tilregnes ansvaret for skade opstået ved moderselskabets overtrædelse af EU-konkurrencereglerne. Indledningsvis har Kommissionen anført, at det inden for rammerne af offentlig håndhævelse af konkurrencereglerne ifølge den nuværende retspraksis i princippet ikke er muligt at udvide ansvaret for moderselskabets overtrædelser til datterselskabet, fordi datterselskabet ikke udøver afgørende indflydelse på moderselskabets adfærd på markedet, selv om det ikke kan udelukkes, at offeret for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd kan anlægge erstatningssøgsmål mod et af dettes datterselskaber i tilfælde af overdragelse eller omstrukturering af virksomheder, såfremt der foreligger økonomisk kontinuitet mellem de to retssubjekter, eller – på de betingelser, der er fastsat i den anvendelige nationale lovgivning – når det ansvarlige moderselskab ikke ejer tilstrækkelige aktiver til at kunne dække sagsøgerens erstatningskrav. I besvarelsen af Domstolens spørgsmål har Kommissionen delvist ændret sin holdning og foreslået, at de tre første præjudicielle spørgsmål besvares med, at artikel 101 TEUF ikke er til hinder for, at moderselskabets ulovlige adfærd tilregnes datterselskabet, når de to selskaber er en del af den samme virksomhed, og den nationale ret konstaterer, at datterselskabets adfærd er knyttet til et element i overtrædelser, eller under alle omstændigheder når de to selskaber er en del af den samme virksomhed, og det er umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt for de skadelidte at opnå den fuldstændige erstatning for skade direkte fra moderselskabet.

22. Til trods for den nye karakter af de præjudicielle spørgsmål fra Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona) mener jeg, at de kan løses på grundlag af fortolkningsbidrag i retspraksis vedrørende begrebet »økonomisk enhed«. Derfor skal bedømmelsen tage udgangspunkt i denne retspraksis.

1. Virksomhedsbegrebet i EU-konkurrenceretten og »teorien om en økonomisk enhed«

23. I EU-retten varierer betydningen og rækkevidden af begrebet »virksomhed« i forhold til den regulering, hvori det anvendes, og de af denne regulering forfulgte formål. I konkurrenceretten skal den funktionelle karakter af begrebet »virksomhed« opfattes ud fra to synspunkter.

24. For det første skal det påpeges, således som generaladvokat Jacobs gjorde i sit forslag til afgørelse i de forenede sager AOK Bundesverband m.fl., at dette begreb »fokuserer på den type af virksomhed, der udøves, snarere end på kendetegnene ved de aktører, som udøver den«¹¹. Da konkurrencen består i og påvirkes af økonomiske aktiviteter, kan konkurrenceretten kun udfolde sin fulde virkning, såfremt dens regler og forbud finder anvendelse på økonomiske enheder. Af denne grund omhandler artikel 101 TEUF og 102 TEUF »virksomheder« generelt uanset deres

¹⁰ Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EUT 2003, L 1, s. 1).

¹¹ C-264/01, C-306/01, C-354/01 og C-355/01, EU:C:2003:304, punkt 25.

retlige struktur. Hvis en virksomhed er af økonomisk karakter, vil de, der udøver den, være undergivet bestemmelserne i disse artikler, uanset deres retlige form eller reguleringen og finansieringsmåden i en bestemt medlemsstat¹².

25. For det andet afhænger spørgsmålet, om en aktivitet skal betegnes som økonomisk – og således om en enhed skal betegnes som virksomhed – i konkurrencerettens forstand af den vurderede kontekst¹³. På tilsvarende måde afhænger fastlæggelsen af de enheder, som befinder sig inden for virksomhedens grænser, af genstanden for den foreholdte overtrædelse¹⁴.

26. Henset til den funktionelle karakter af begrebet »virksomhed«, som er fastsat i retspraksis, og den manglende relevans af den retlige form af den enhed, som udfører økonomisk aktivitet, kan flere retligt selvstændige enheder anses for at udgøre en samlet virksomhed, såfremt de optræder på markedet som en samlet »økonomisk enhed«.

27. Domstolen har anvendt »teorien om en økonomisk enhed«, som blev udviklet omtrent i 70'erne, dels for at fastslå, at forbuddet i den nu gældende artikel 101 TEUF ikke omfatter koncerninterne aftaler¹⁵, dels for – når der er tale om en koncern – at tilskrive moderselskabet et datterselskabs konkurrencebegrænsende adfærd, oprindeligt i de situationer, hvor der blev fremsat indsigelse om Kommissionens manglende kompetence til at sanktionere moderselskabet, fordi dette sidstnævnte selskab ikke direkte havde udøvet virksomhed inden for Fællesskabet.

28. I dom af 14. juli 1972, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen¹⁶ (herefter »ICI-dommen«), opretholdt Domstolen den afgørelse, hvormed Kommissionen havde sanktioneret holdingselskabet i ICI-koncernen, der havde hjemsted uden for Fællesskabet og ved at gøre brug af sin beføjelse til at give sine i Fællesskabet hjemmehørende datterselskaber anvisninger havde kunnet få gennemført prisforhøjelser besluttet inden for rammerne af en samordnet praksis, hvori kun holdingselskabet havde deltaget¹⁷. Da ICI indvendte, at overtrædelsen udelukkende måtte tilskrives datterselskaberne, replicerede Domstolen, at den omstændighed, at datterselskabet »er en selvstændig juridisk person, [ikke udelukker], at

¹² Jf. bl.a. dom af 23.4.1991, Höfner og Elser (C-41/90, EU:C:1991:161, præmis 21), af 17.2.1993, Poucet og Pistre (C-159/91 og C-160/91, EU:C:1993:63, præmis 17), af 22.1.2002, Cisl (C-218/00, EU:C:2002:36, præmis 22), og af 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 21).

¹³ Jf. eksempelvis dom af 1.7.2008, MOTOE (C-49/07, EU:C:2008:376, præmis 25).

¹⁴ Jf. eksempelvis dom af 6.3.1974, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen (6/73 og 7/73, EU:C:1974:18, præmis 41), hvor virksomhedsbegrebet med henblik på anvendelsen af den nu gældende artikel 102 TEUF blev anvendt alene på den adfærd, som de to sanktionerede selskaber sammen havde udvist over for et tredje selskab, som havde foretaget indkøb hos dem; jf. også dom af 12.7.1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, præmis 11), hvor Domstolen fastslog, at begrebet virksomhed i en konkurrenceretlig kontekst skal »forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale«.

¹⁵ I dom af 31.10.1974, Centrafarm og de Peijper (15/74, EU:C:1974:114, præmis 41), præciserede Domstolen, at dette forbud ikke omfatter aftaler eller samordnet praksis »mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje«; jf. også dom af 11.4.1989, Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro (66/86, EU:C:1989:140, præmis 35), af 4.5.1988, Bodson (30/87, EU:C:1988:225, præmis 19), og af 24.10.1996, Viho mod Kommissionen (C-73/95 P, EU:C:1996:405, præmis 15-17). I samme retning, selv uden henvisning til begrebet »økonomisk enhed«, udtalte sig både Domstolen i dom af 25.11.1971, Béguelin Import (22/71, EU:C:1971:113, præmis 7-9), under hensyntagen til fraværet af økonomisk selvstændighed hos datterselskabet, og Kommissionen i afgørelse 69/195/EØF af 18.6.1969 om en begæring om negativattest (sag IV/22548 – Christiani & Nielsen) under hensyn til manglende konkurrence mellem enheder, der indgår i samme koncern. Vedrørende forholdet mellem en kommittent og dennes mellemhandler henvises endvidere til dom af 16.12.1975, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen (40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, EU:C:1975:174, præmis 480); med henblik på anvendelsen af en gruppefritagelse, når kontrahenterne på den ene side i en aftale er flere retligt selvstændige virksomheder, henvises desuden til dom af 12.7.1984, Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, præmis 11).

¹⁶ 48/69, EU:C:1972:70.

¹⁷ Jf. ICI-dommen, præmis 129-141. Jf. i samme retning domme af 14.7.1972, Geigy mod Kommissionen (52/69, EU:C:1972:73, præmis 42-45), og Sandoz mod Kommissionen (53/69, EU:C:1972:74, præmis 42-45), og dom af 25.10.1983, AEG-Telefunken mod Kommissionen (107/82, EU:C:1983:293, præmis 49); hvad angår anvendelsesområdet for artikel 86 EF (nu artikel 102 TEUF) henvises til dom af 6.3.1974, Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen (6/73 og 7/73, EU:C:1974:18, præmis 36-41).

ansvaret for dets adfærd eventuelt pålægges moderselskabet [...] navnlig [...], hvor datterselskabet på trods af sin status som selvstændig juridisk person ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet»¹⁸. Under hensyn til den således dannede gruppeenhed kunne datterselskabernes adfærd under disse omstændigheder ifølge Domstolen henføres til moderselskabet¹⁹.

29. Siden den først blev formuleret, er Domstolen konstant vedblevet med at basere sig på teorien om en økonomisk enhed og har gradvis uddybet og præciseret både anvendelsesområdet for denne teori – selv uden for rammerne af koncerner²⁰ – og forudsætningerne for at konstatere, at der er tale om en økonomisk enhed, idet Domstolen især har afklaret, at denne konstatering skal foretages i lyset af de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem de berørte enheder²¹, hvilke kan variere efter de enkelte tilfælde, og som derfor ikke kan opregnes udtømmende²². Teorien om en økonomisk enhed er fast blevet anvendt af Kommissionen og udgør således en kerne i undersøgelsen og bekæmpelsen af EU-konkurrencereglerne.

30. Som anført er det med hensyn til en økonomisk enhed bestående af enheder, der tilhører den samme koncern, fastslået i retspraksis – fra og med ICI-dommen – at moderselskabet kan tilregnes datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd, og at de to selskaber hæfter solidarisk for betaling af bøden både i tilfælde af direkte kontrol og for det tilfælde, at moderselskabet inden for koncernen udøver kontrollen via et mellemliggende selskab, som på sin side ejer det selskab, der har begået overtrædelsen²³.

31. Endvidere har Domstolen med hensyn til det tilfælde, hvor moderselskabet direkte eller indirekte besidder hele eller næsten hele kapitalen i sit datterselskab, afklaret, dels at moderselskabet kan udøve en afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd, således at datterselskabet reelt ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet²⁴, dels at der foreligger en simpel formodning for, at moderselskabet faktisk udøver en afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd på markedet²⁵ (herefter »formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse«). For under disse omstændigheder at formode, at de to selskaber hæfter solidarisk for den pålagte bøde, er det således tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at moderselskabet

¹⁸ Jf. ICI-dommen, præmis 132 og 133.

¹⁹ Jf. ICI-dommen, præmis 135.

²⁰ Jf. eksempelvis dom af 16.11.2000, *Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen* (C-294/98 P, EU:C:2000:632).

²¹ Jf. i denne retning bl.a. dom af 16.11.2000, *Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen* (C-294/98 P, EU:C:2000:632, præmis 27), af 2.10.2003, *Aristrain mod Kommissionen* (C-196/99 P, EU:C:2003:529, præmis 96), af 28.6.2005, *Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen* (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 117), og af 11.12.2007, *ETI m.fl.* (C-280/06, EU:C:2007:775, præmis 49); jf. senest dom af 27.1.2021, *The Goldman Sachs Group mod Kommissionen* (C-595/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2021:73, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis, herefter »Goldman Sachs-dommen«). I denne sammenhæng udgør kapitalmæssige forbindelser mellem de berørte enheder et indicium for, at moderselskabet udøver en kontrolbeføjelse over datterselskabet, især – sådan som det vil blive uddybet nedenfor – såfremt moderselskabet ejer hele eller næsten hele kapitalen i datterselskabet, men de er imidlertid ingen nødvendig forudsætning for at konkludere, at der foreligger en økonomisk enhed, jf. dom af 16.11.2000, *Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen* (C-294/98 P, EU:C:2000:632, præmis 36).

²² Jf. bl.a. dom af 14.9.2016, *Ori Martin og SLM mod Kommissionen* (C-490/15 P og C-505/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:678, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis), af 9.9.2015, *Philips mod Kommissionen* (T-92/13, ikke trykt i Sml., EU:T:2015:605, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis), og af 12.7.2018, *The Goldman Sachs Group mod Kommissionen* (T-419/14, EU:T:2018:445, præmis 82).

²³ Jf. dom af 20.1.2011, *General Química m.fl. mod Kommissionen* (C-90/09 P, EU:C:2011:21, præmis 88, herefter »General Química-dommen«).

²⁴ Jf. i samme retning allerede ICI-dommen, præmis 136 og 137; jf. endvidere bl.a. dom af 10.9.2009, *Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen* (C-97/08 P, EU:C:2009:536, præmis 60, herefter »Akzo-dommen«), og senest *Goldman Sachs-dommen*, præmis 32.

²⁵ For det tilfælde, at moderselskabet direkte ejer hele kapitalen i datterselskabet, henvises i denne retning allerede til dom af 25.10.1983, *AEG-Telefunken mod Kommissionen* (107/82, EU:C:1983:293, præmis 50), hvilken holdning efterfølgende blev bekræftet i *Akzo-dommen*, præmis 60. Jf. i samme retning senest *Goldman Sachs-dommen*, præmis 32. Fra og med dom af 29.9.2011, *Elf Aquitaine mod Kommissionen* (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 63), har Domstolen fastslået, at formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse også finder anvendelse på kapitalandele på en smule under 100% (i den vurderede situation en kapitalandel på 98%).

ejer hele eller næsten hele kapitalen i datterselskabet, medmindre dette moderselskab, som det påhviler at afkræfte den pågældende formodning, fører tilstrækkelige beviser med henblik på at godtgøre, at dets datterselskab optræder selvstændigt på markedet²⁶. Formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse anvendes systematisk af Kommissionen, og Domstolen har udvidet dens anvendelsesområde til også at omfatte tilfælde af indirekte kontrol, i det mindste såfremt denne kontrol udøves via en uafbrudt kæde af hele (eller næsten hele) kapitalandele²⁷, og for nylig også tilfælde, hvor moderselskabet, selv uden at eje hele eller næsten hele kapitalen i datterselskabet, besidder alle de stemmerettigheder, der er knyttet til dets datterselskabs aktier²⁸, idet Domstolen har afklaret, at denne formodning ikke hviler på kapitalmæssige forbindelser, men på den grad af kontrol, som moderselskabet har over sit datterselskab²⁹. Selv om det er vanskeligt at fremlægge de nødvendige beviser for at afkræfte formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse, er den ikke uafkræftelig, idet den har til formål at skabe en balance mellem, på den ene side, vigtigheden af målet om at bekæmpe konkurrencestridig adfærd, og at hindre gentagelse heraf og, på den anden side, kravene i visse EU-retlige principper, såsom bl.a. princippet om uskyldsformodning, princippet om, at kun overtræderen straffes, og retssikkerhedsprincippet³⁰.

2. Grundlaget for moderselskabets »bottom-up«-ansvar for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd

32. I den ovenfor beskrevne sammenhæng er det nødvendigt at fastlægge det nøjagtige retsgrundlag for moderselskabets ansvar for den konkurrencebegrænsende adfærd udvist af det datterselskab, med hvilket moderselskabet i konkurrenceretlig forstand udgør en samlet økonomisk enhed.

33. Ved en første gennemgang af retspraksis synes to tilgange i princippet at være mulige.

34. På den ene side indeholder Domstolens domme flere passager, hvoraf det tilsyneladende kan udledes, at det afgørende kriterium for at holde moderselskabet ansvarligt for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd er moderselskabets udøvelse af en afgørende indflydelse på datterselskabet, som er ensbetydende med, at datterselskabet mangler selvstændighed på markedet og i det væsentlige begrænser sig til at følge instrukser oppefra. Ifølge den traditionelle holdning, som Domstolen og Retten i det væsentlige uden ændringer har anvendt i flere domme fra og med AEG-dommen, kan »et datterselskabs adfærd [...] tilregnes moderselskabet, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet«³¹. Set ud fra dette

²⁶ Jf. senest Goldman Sachs-dommen, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis.

²⁷ Jf. General Química-dommen, præmis 88.

²⁸ Jf. Goldman Sachs-dommen, præmis 35, der om emnet stadfæstede dom af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (T-419/14, EU:T:2018:445).

²⁹ Jf. Goldman Sachs-dommen, præmis 35.

³⁰ Jf. dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 59), og senest Goldman Sachs-dommen, præmis 38. Det fremgår i øvrigt af fast retspraksis, at formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse ikke tilsidesætter retten til uskyldsformodning, dels fordi den ikke fører til en skyldsformodning for det ene eller andet af disse selskaber (jf. dom af 26.1.2017, Villeroy & Boch mod Kommissionen, C-625/13 P, EU:C:2017:52, præmis 149 og den deri nævnte retspraksis), dels eftersom formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse ikke er uafkræftelig (jf. dom af 19.6.2014, FLS Plast mod Kommissionen, C-243/12 P, EU:C:2014:2006, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis). I denne forbindelse har Domstolen allerede haft lejlighed til at præcisere, at den omstændighed, at det er vanskeligt at fremlægge de nødvendige beviser for at afkræfte formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse, ikke i sig selv indebærer, at denne formodning er uafkræftelig (jf. i denne retning dom af 16.6.2016, Evonik Degussa og AlzChem mod Kommissionen, C-155/14 P, EU:C:2016:446, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

³¹ Jf. bl.a. Akzo-dommen, præmis 58 og den deri nævnte retspraksis, dom af 19.7.2012, Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479, præmis 43), af 11.7.2013, Kommissionen mod Stichting Administratiekantoor Portielje (C-440/11 P, EU:C:2013:514, præmis 38), og af 5.3.2015, Kommissionen mod Eni og Versalis og Eni mod Kommissionen (C-93/13 P og C-123/13 P, EU:C:2015:150, præmis 40).

perspektiv pålægges et moderselskab, der tilregnes sit datterselskabs ulovlige adfærd, individuelt en sanktion for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne, som det selv anses for at have begået på grund af den afgørende indflydelse, som det udøvede på datterselskabet, og som gjorde det muligt for det at bestemme sidstnævntes adfærd på markedet³².

35. På den anden side genfindes flere elementer i retspraksis, som taler for, at det netop er eksistensen af en økonomisk enhed, som medfører moderselskabets ansvar for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd. Domstolen har i flere tilfælde understreget, at den formelle adskillelse mellem to selskaber, som er en følge af deres status som selvstændige juridiske personer, ikke er til hinder for, at de antages at optræde samlet på markedet³³, og derfor at disse selskaber udgør en økonomisk enhed, dvs. en samlet virksomhed, i henseende til anvendelsen af konkurrencereglerne. Selv om det funktionelle begreb virksomhed ikke forudsætter, at den pågældende økonomiske enhed er en juridisk person³⁴, har den økonomiske enhed imidlertid ifølge retspraksis en slags særskilt og selvstændig personlighed i forhold til de enheder, som den udgøres af, og denne selvstændige personlighed overlapper med den juridiske personlighed, som disse pågældende enheder eventuelt har. Fra og med Akzo-dommen har Domstolen ikke tøvet med at definere den økonomiske enhed som en »enhed«, der kan overtræde konkurrencereglerne og i så fald skal »stå til regnskab for overtrædelsen«³⁵. Set ud fra det lige ovenfor beskrevne perspektiv, er det afgørende kriterium for at holde moderselskabet ansvarligt for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd derfor deres samlede adfærd på markedet³⁶, på baggrund af hvilken flere retligt selvstændige enheder kan betragtes som en samlet økonomisk enhed.

36. Det skal allerede nu påpeges, at valget af den ene eller den anden af de to i de ovenstående punkter beskrevne tilgange påvirker besvarelsen af de spørgsmål, hvortil Domstolen skal tage stilling i den foreliggende sag.

37. Hvis grundlaget for moderselskabets ansvar for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd er moderselskabets afgørende indflydelse på datterselskabet, fastslås det implicit, at denne adfærd på en eller anden måde kan føres tilbage til moderselskabet, ikke blot opfattet således, at moderselskabet var direkte impliceret i overtrædelsen, hvilket ubestridt ikke nødvendigvis har fundet sted³⁷, men således at moderselskabet har gjort den pågældende adfærd mulig enten via en aktiv indflydelse over den eller ved at afholde sig fra at udøve sine ledelses- og kontrolbeføjelser. Vælges denne tilgang, kan datterselskabet på ingen måde holdes ansvarligt for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd, fordi datterselskabet pr. definition ikke udøver nogen afgørende indflydelse på moderselskabet.

38. Hvis grundlaget for moderselskabets og datterselskabets fælles ansvar er den økonomiske enhed, der optræder som en samlet virksomhed på markedet, findes der omvendt ingen logiske grunde til at udelukke, at ansvaret kan fastlægges ikke blot ved en »bottom-up«-proces sådan som i Domstolens hidtidige praksis, men også ved en »top-down«-proces. Såfremt det fælles

³² Jf. dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

³³ Jf. ICI-dommen, præmis 140. Jf. i samme retning dom af 14.12.2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, præmis 41).

³⁴ Jf. dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 113).

³⁵ Jf. Akzo-dommen, præmis 56. Jf. i samme retning senere bl.a. dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 49).

³⁶ Jf. i denne retning dom af 14.12.2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, EU:C:2006:784, præmis 41).

³⁷ Jf. bl.a. Akzo-dommen, præmis 59.

ansvar hviler på en enheds samlede adfærd på markedet, kan alle dele af denne enhed under visse betingelser blive betragtet som ansvarlige for en konkurrencebegrænsende adfærd, som en af dem materielt har udvist.

39. Valget mellem disse to tilgange kompliceres af, at en række grundlæggende principper, henset til sanktionernes nærmest strafferetlige karakter, finder anvendelse i forbindelse med offentlig håndhævelse af konkurrenceretten, først og fremmest princippet om personligt ansvar, og dennes tæt naturlige følge, at pålæggelse af en bøde og fastlæggelse af ansvar forudsætter en skyld (»nulla poena sine culpa«)³⁸. Retsgrundlaget for moderselskabets og datterselskabets fælles ansvar for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd skal derfor fastlægges under hensyntagen til nødvendigheden af at overholde dette princip.

40. Af de nedenfor anførte grunde er jeg af den opfattelse, at Domstolen bør vælge den anden af de to ovenfor nævnte tilgange, der som anført, og som jeg vil uddybe i det følgende, allerede i større omfang er blevet tiltrådt i retspraksis.

41. I denne forbindelse er det hensigtsmæssigt at analysere betydningen af begrebet »afgørende indflydelse« og dets rolle i opbygningen af det ræsonnement, på grundlag af hvilket det er blevet fastslået i retspraksis, at moderselskabet kan tilregnes datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd.

42. For at kunne pålægge et moderselskab ansvaret for et datterselskabs adfærd påhviler det som anført Kommissionen at påvise, at moderselskabet er i stand til at udøve en afgørende indflydelse på sit datterselskabs adfærd, og at denne indflydelse faktisk er blevet udøvet³⁹, medmindre der gøres brug af den i punkt 31 i dette forslag til afgørelse nævnte simple formodning.

43. Med henblik herpå er det ikke påkrævet at bevise nogen forbindelse i form af »specifik indflydelse«, der direkte eller indirekte vedrører den ulovlige adfærd. Moderselskabets ansvar afhænger ikke alene af konstateringen af, at sidstnævnte var direkte impliceret i overtrædelsen⁴⁰, men heller ikke af, at det godtgøres, at moderselskabet har udøvet en afgørende indflydelse på den af datterselskabet udviste adfærd, som kvalificeres som en overtrædelse af konkurrenceretten. Det behøver heller ikke forholde sig sådan, at moderselskabet ikke har givet konkrete instrukser i relation til den ulovlige adfærd⁴¹ eller har afholdt sig fra på en egnet måde at udøve sine ledelses- og kontrolbeføjelser for at forebygge denne adfærd⁴². Vurderingen af, hvorvidt der foreligger en afgørende indflydelse, skal i øvrigt ikke begrænses til de forhold, der

³⁸ Vedrørende en analyse af forbindelserne mellem begrebet virksomhed som økonomisk enhed og princippet om personligt ansvar henvises bl.a. til generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i de forenede sager Kommissionen mod Siemens Österreich m.fl. og Siemens Transmission & Distribution m.fl. mod Kommissionen (C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2013:578, punkt 74-82 og de deri nævnte henvisninger).

³⁹ Jf. bl.a. dom af 26.9.2013, El du Pont de Nemours mod Kommissionen (C-172/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:601, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis), af 26.9.2013, The Dow Chemical Company mod Kommissionen (C-179/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:605, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis), og af 9.9.2015, Toshiba mod Kommissionen (T-104/13, EU:T:2015:610, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).

⁴⁰ V. Akzo-dommen, præmis 59.

⁴¹ Allerede i ICI-dommen, da Domstolen nævnte de konkrete instrukser, som moderselskabet kan give datterselskabet, henviste Domstolen mere til eksistensen af en generel kontrolbeføjelse fra moderselskabets side, som er ensbetydende med datterselskabets manglende selvstændighed på markedet, end til specifikke instrukser angående den konkurrencebegrænsende adfærd. Jf. endvidere bl.a. dom af 14.9.2016, Ori Martin og SLM mod Kommissionen (C-490/15 P og C-505/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:678, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis), og af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (T-419/14, EU:T:2018:445, præmis 83).

⁴² Som generaladvokat Kokott fremhævede i sit forslag til afgørelse i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 91), kan et moderselskab også øve afgørende indflydelse på sine datterselskaber, »selv om det ikke benytter konkrete muligheder for medindflydelse og afholder sig fra at give konkrete instrukser eller retningslinjer vedrørende enkelte elementer af handelspolitikken«.

vedrører datterselskabets handelspolitik i snæver forstand⁴³, således at det ikke nødvendigvis skal konstateres, at moderselskabet er involveret i datterselskabets forretningsmæssige ledelse⁴⁴. Som generaladvokat Kokott påpegede i sit forslag til sagen, der lå til grund for Akzo-dommen⁴⁵, kan en fælles handelspolitik i en koncern således også fremgå indirekte af alle økonomiske og juridiske forbindelser mellem moderselskabet og dets datterselskaber – til hvilke Domstolen har givet stadig større vægt i udviklingen af sin praksis – fordi moderselskabets indflydelse på sine datterselskaber med hensyn til eksempelvis virksomhedsstrategi, virksomhedspolitik, driftsplaner, investeringer, kapacitet og finansiering indirekte kan påvirke datterselskabernes og hele koncernens adfærd på markedet⁴⁶. Denne overvejelse får en overordnet relevans i situationer med hel eller næsten hel kontrolbeføjelse, hvor formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse som anført finder anvendelse⁴⁷. Det er sandt, at moderselskabet kan afkræfte denne formodning ved at føre tilstrækkelige beviser for, at det ikke fastlægger det pågældende datterselskabs handelspolitik på markedet, men det er konkret vanskeligt at fremlægge disse beviser⁴⁸ – selv om formodningen holdes inden for rimelige grænser⁴⁹ – med den konsekvens, at moderselskabet, såfremt det ejer hele eller næsten hele kapitalen i datterselskabet, så godt som sikkert vil tilregnes datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd.

44. Det følger af ovenstående overvejelser, at det, der er afgørende for at pålægge moderselskabet ansvaret for den konkurrencebegrænsende adfærd udvist af det datterselskab, hvorpå moderselskabet udøver en afgørende indflydelse, er det »generelle forhold« mellem dem i deres egenskab af juridiske personer, der udgør en enkelt virksomhed som omhandlet i konkurrenceretten⁵⁰. Som generaladvokat Kokott påpegede i sit forslag til afgørelse Akzo, er det, der i sidste instans er afgørende, »om moderselskabet på grund af intensiteten af sin indflydelse kan styre sit datterselskabs adfærd i en sådan grad, at begge må betragtes om en økonomisk enhed«⁵¹. Denne konklusion finder udtrykkelig støtte i retspraksis, idet Domstolen i flere tilfælde har præciseret, at det med hensyn til en sådan enkelt økonomisk enhed ikke nødvendigvis blot er tilskyndelsen til overtrædelsen i forholdet mellem moderselskabet og datterselskabet, og endnu mindre førstnævntes inddragelse i den nævnte overtrædelse, som bemyndiger Kommissionen til at rette den beslutning, hvorved der pålægges bøder, til moderselskabet, men den omstændighed, at de berørte selskaber udgør én enkelt virksomhed⁵².

⁴³ Jf. i denne retning dom af 15.7.2015, HIT Groep mod Kommissionen (T-436/10, EU:T:2015:514, præmis 127 og den deri nævnte retspraksis), og af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (T-419/14, EU:T:2018:445, præmis 152); jf. også generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 87).

⁴⁴ Jf. dom af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen (T-419/14, EU:T:2018:445, præmis 152).

⁴⁵ C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 91.

⁴⁶ Vedrørende en anvendelse i denne retning henvises til dom af 8.5.2013, Eni mod Kommissionen (C-508/11 P, EU:C:2013:289, præmis 64).

⁴⁷ Jf. punkt 31 i dette forslag til afgørelse.

⁴⁸ Indtil nuværende tidspunkt har Unionens retsinstanser kun set bort fra formodningen om udøvelse af en afgørende indflydelse med hensyn til grunde knyttet til manglende begrundelse i forbindelse med forkastelse af de af de berørte selskaber fremlagte beviser for at afkræfte denne formodning, jf. dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 144-171), og af 16.6.2011, L'Air liquide mod Kommissionen (T-185/06, EU:T:2011:275), eller tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, jf. dom af 27.10.2010, Alliance One International m.fl. mod Kommissionen (T-24/05, EU:T:2010:453).

⁴⁹ Jf. fodnote 30 i dette forslag til afgørelse.

⁵⁰ Jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 94).

⁵¹ Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-97/08 P, EU:C:2009:262, punkt 93); jf. i denne retning dom af 2.2.2012, El du Pont de Nemours m.fl. mod Kommissionen (T-76/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:46, præmis 62), og af 12.7.2018, Fujikura mod Kommissionen (T-451/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:452, præmis 48).

⁵² Jf. bl.a. dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen (C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 88), af 14.9.2016, Ori Martin og SLM mod Kommissionen (C-490/15 P og C-505/15 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:678, præmis 60), og af 30.9.2009, Arkema mod Kommissionen (T-168/05, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:367, præmis 77).

45. Heraf følger, at grundlaget for moderselskabets ansvar for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd findes i, hvor samlet den økonomiske adfærd for disse selskaber er, dvs. i hvorvidt der foreligger en samlet økonomisk enhed.

46. Eftersom dette grundlag intet har at gøre med nogen form for skyld hos moderselskabet⁵³, kan det kun forenes med princippet om personligt ansvar, hvis det lægges til grund, at dette princip finder anvendelse på virksomheden i konkurrenceretlig forstand, dvs. på den økonomiske enhed, der culpøst har overtrådt konkurrencereglerne⁵⁴. I sin egenskab af økonomisk person, der optræder samlet på markedet, er denne enhed ansvarlig for, at en af dens dele har overtrådt konkurrencereglerne⁵⁵. Eftersom denne enhed dog savner juridisk personlighed, skal overtrædelsen af konkurrencereglerne ikke desto mindre utvetydigt henføres til en enhed eller flere enheder i fællesskab, der vil kunne blive pålagt en bøde⁵⁶. Mens Unionens konkurrenceregler er rettet mod virksomheder og finder direkte anvendelse på disse uanset deres organisationsmåde og retlige form, fremgår det derimod af den nødvendige effektivitet ved gennemførelse af disse bestemmelser, at Kommissionens afgørelser om sanktioner for overtrædelser af konkurrencereglerne kun kan være rettet konkret mod personer, over for hvilke tvangsfuldbyrdelse kan ske for at opnå betaling af den pågældende bøde⁵⁷.

47. Det skal endvidere påpeges, at teorien om en økonomisk enhed, som fortolket ovenfor, ganske vist gør det muligt at pålægge virksomheden i sin egenskab af samlet retssubjekt ansvaret for en overtrædelse af konkurrencereglerne, idet et økonomisk udgangspunkt vedrørende forbindelserne mellem selskaberne i en koncern gives forrang frem for et rent juridisk udgangspunkt – ifølge hvilket hvert selskab udgør en særskilt person, som kun er ansvarligt for sine handlinger eller undladelser – men dog opretholder en balance mellem afskaffelsen af den barriere i form af den juridiske person, som et sådant udgangspunkt nødvendigvis medfører, og overholdelsen af rettighederne for de retssubjekter, som udgør virksomheden⁵⁸. Det er ud fra dette perspektiv, at Domstolen ved anvendelsen af det funktionelle virksomhedsbegreb i konkurrenceretten har fundet, at den kritik mod teorien om en økonomisk enhed, som er baseret

⁵³ Sådan som den italienske regering med rette har anført, ville det i sidste ende, hvis moderselskabets og datterselskabets fælles skyld var afgørende, end ikke være nødvendigt at anvende begrebet økonomisk enhed for at pålægge moderselskabet ansvaret for datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd.

⁵⁴ Jf. i denne retning udtrykkeligt dom af 10.4.2014, Kommissionen mod Siemens Österreich m.fl. og Siemens Transmission & Distribution m.fl. mod Kommissionen (C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2014:256, præmis 56). I sit forslag til afgørelse Akzo udtrykte generaladvokat Kokott denne tilgang på en meget klar måde: »Det forhold, at moderselskabet i en koncern, som øver afgørende indflydelse på sine datterselskaber, kan pålægges solidarisk ansvar for disses kartellovertrædelser, udgør på ingen måde en undtagelse fra princippet om personligt ansvar, men er netop udtryk for dette princip. Moderselskabet og de datterselskaber, som det øver afgørende indflydelse på, er nemlig i fællesskab retssubjekt i en fælles virksomhed som omhandlet i konkurrenceretten og ansvarlige for denne«, jf. punkt 97. Ifølge generaladvokat Kokott har moderselskabets ansvar heller intet at gøre med objektivt ansvar, fordi moderselskabet som nævnt er et af retssubjekterne i den virksomhed, som culpøst har overtrådt konkurrencereglerne: »Forenklet kunne man sige: Det er (sammen med alle de datterselskaber, som det øver afgørende indflydelse på) den juridiske materialisering af [denne] virksomhed«, jf. punkt 98.

⁵⁵ Jf. i denne retning Akzo-dommen, præmis 56; jf. også bl.a. dom af 29.3.2011, ArcelorMittal Luxembourg mod Kommissionen og Kommissionen mod ArcelorMittal Luxembourg m.fl. (C-201/09 P og C-216/09 P, EU:C:2011:190, præmis 95), af 5.3.2015, Kommissionen mod Eni og Versalis og Eni mod Kommissionen (C-93/13 P og C-123/13 P, EU:C:2015:150), og af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 49). Jeg vil dog fremhæve, at Domstolen i Akzo-dommens præmis 77 ganske vist bekræftede, at EU-konkurrenceretten bygger på princippet om personligt ansvar for den økonomiske enhed, som har begået overtrædelsen, men præciserede, da den forkastede appellansens argument vedrørende objektivt ansvar for moderselskabet, at »[s]elv om moderselskabet således ikke deltager direkte i overtrædelsen, udøver det i en sådan situation en afgørende indflydelse på de datterselskaber, som har deltaget i overtrædelsen«.

⁵⁶ Jf. Akzo-dommen, præmis 57, og bl.a. dom af 5.3.2015, Kommissionen mod Eni og Versalis og Eni mod Kommissionen (C-93/13 P og C-123/13 P, EU:C:2015:150, præmis 89).

⁵⁷ Jf. generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i de forenede sager Kommissionen mod Siemens Österreich m.fl. og Siemens Transmission & Distribution m.fl. mod Kommissionen (C-231/11 P – C-233/11 P, EU:C:2013:578, punkt 78 og de deri nævnte henvisninger), jf. også dom af 12.12.2007, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (T-112/05, EU:T:2007:381, præmis 59).

⁵⁸ I konkurrencesager er selvstændigheden af de juridiske personer, som udgør den økonomiske enhed, overholdt både hvad angår udøvelsen af deres ret til forsvar (fremsendelse af klagepunktsmeddelelse, mulighed for at fremsætte bemærkninger, høring, ret til domstolsprøvelse) og fastsættelsen af bødebøbeløbet.

på den angivelige konflikt med principperne om kapitalselskabers særskilte juridiske personlighed og om kapitalselskabers begrænsede hæftelse er åbenbart ugrundet⁵⁹. Jeg vil i øvrigt tilføje, at princippet om juridiske personers selvstændighed ikke er ufravigeligt og sameksisterer i medlemsstaternes retsordener og på internationalt plan⁶⁰ med ideen om koncernens økonomiske enhed, og at der foreligger både flere teorier, som bygger på afskaffelsen af den juridiske persons barriere med henblik på at pålægge selskaberne i en koncern »virksomhedsansvar«, og flere tilgange i litteraturen, der taler mod en begrænsning af ansvaret inden for koncerner⁶¹.

3. Fra teorien om en økonomisk enhed til datterselskabets »top-down«-ansvar for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd

48. Karakteren af flere virksomheders samlede adfærd på markedet og moderselskabets afgørende indflydelse fører ifølge den ovenfor rekonstruerede teori om en økonomisk enhed knap så meget til to alternative grundlag for moderselskabets ansvar, som til to logisk nødvendige trin i proceduren for fastlæggelse af ansvaret for en konkurrencebegrænsende adfærd.

49. Det første trin er konstateringen af moderselskabets afgørende indflydelse på sine datterselskaber. I givet fald fastlægges det i det andet trin, om der er tale om en samlet økonomisk enhed. Den afgørende indflydelse udgør med andre ord en nødvendig betingelse for en økonomisk enhed, dvs. en samlet virksomhed i funktionel forstand.

50. Disse to trin efterfølges af et tredje trin, dvs. pålæggelsen af forpligtelserne til at overholde konkurrencereglerne og ansvaret for den culpøse overtrædelse heraf på den således identificerede samlede virksomhed, der består af flere retligt selvstændige retssubjekter.

51. Det sidste trin omfatter den konkrete allokering af ansvaret for den af virksomhedens begåede overtrædelse på de enkelte enheder, som virksomheden består af, og som i egenskab af juridiske personer kan pålægges dette ansvar og bære de respektive økonomiske konsekvenser.

52. Inden for denne rekonstruktionsmodel for den økonomiske enhed findes der ingen logiske grunde til at udelukke, at ansvaret kan allokere såvel »bottom-up« (fra datterselskabet til moderselskabet) som »top-down« (fra moderselskabet til datterselskabet).

53. Selv om en sådan mulighed endnu ikke er fastslået i retspraksis, kan nogle tegn i denne retning dog fremfindes. Således har Retten i nogle domme, herunder den nylige dom i sagen Biogaran mod Kommissionen, hvortil den forelæggende ret har henvist, tilsyneladende åbnet for, at det er muligt at tilskrive et afledt ansvar i lyset af begrebet »økonomisk enhed«⁶². Især fandt Retten i

⁵⁹ Jf. dom af 8.5.2013, *Eni mod Kommissionen* (C-508/11 P, EU:C:2013:289, præmis 81 og 82).

⁶⁰ Jf. debatten om et forslag til De Forenede Nationers traktat om koncerners ansvar for krænkelse af menneskerettigheder (som er tilgængelig på <https://www.littler.com/publication-press/publication/united-nations-further-deliberates-treaty-seeking-impose-corporate>).

⁶¹ Vedrørende en analyse af disse tilgange henvises til M. Petrin, B. Choudhury, *Group Company Liability*, *European Business Organization Law Review*, 2018, s. 771 ff.

⁶² Dom af 12.12.2018 (T-677/14, EU:T:2018:910, herefter »Biogaran-dommen«). Jf. endvidere dom af 11.3.1999, *Unimétal mod Kommissionen* (T-145/94, EU:T:1999:49, præmis 601-606), hvor Retten anså forhøjelsen af bøden pålagt et datterselskab for moderselskabets adfærd (i den vurderede situation var datterselskabet imidlertid blevet betragtet som hovedgerningsmanden til de begåede overtrædelser og den, der havde haft størst fordel af dem) for lovlig. I samme retning går en række afgørelser fra Retten og Domstolen om gentagelsestilfælde, ifølge hvilke et datterselskab kan bære konsekvenserne af en konkurrencebegrænsende adfærd, som et andet datterselskab i den samme koncern tidligere har udvist, og for hvilken moderselskabet ved anvendelsen af begrebet økonomisk enhed ville kunne holdes solidarisk ansvarligt, jf. dom af 30.9.2003, *Michelin mod Kommissionen* (T-203/01, EU:T:2003:250, præmis 290), og af 5.3.2015, *Kommissionen mod Eni og Versalis og Eni mod Kommissionen* (C-93/13 P og C-123/13 P, EU:C:2015:150, præmis 92).

Biogaran-dommen, som nu er genstand for appel ved Domstolen⁶³, at Kommissionen kan betragte datterselskabet og moderselskabet solidarisk ansvarlige for den foreholdte overtrædelse, som delvist følger af moderselskabets adfærd og delvist af datterselskabets adfærd, selv om datterselskabet gør gældende, at det ikke havde kendskab til moderselskabets handlinger⁶⁴. Retten fandt, at den solidariske hæftelse var begrundet, fordi de enkelte selskabers respektive handlinger havde ført til overtrædelsens gennemførelse⁶⁵, og at såfremt Kommissionen skulle godtgøre, at datterselskabet havde kendskab til moderselskabets handlinger, for at koncernen kunne tilregnes overtrædelsen, ville begrebet økonomisk enhed endelig blive påvirket heraf⁶⁶. Ifølge Retten er betingelsen for, at virksomheden tilskrives alle dele af forskellige ulovlige handlinger, som udgør hele kartellet, opfyldt, når hver del har bidraget til gennemførelsen heraf, selv underordnet, accessorisk eller passivt⁶⁷. Det er i øvrigt interessant at fremhæve, at Kommissionen under disse omstændigheder efter Rettens opfattelse ikke havde pålagt datterselskabet ansvaret for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd, men tilregnet den økonomiske enhed, som disse retssubjekter var en del af, den samlede adfærd, som var resultatet af deres enkelte respektive handlinger⁶⁸.

4. Betingelserne for at fastslå, at datterselskabet er solidarisk ansvarligt for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd

54. Under hvilke betingelser kan moderselskabet og datterselskabet holdes solidarisk ansvarlige for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd?

55. Til besvarelsen af dette spørgsmål skal der igen tages højde for det funktionelle virksomhedsbegreb, der omfatter retligt selvstændige retssubjekter, som på markedet optræder samlet og handler som en samlet økonomisk enhed.

56. For at fastlægge denne samlede adfærd på markedet med henblik på at holde moderselskabet ansvarligt for datterselskabernes konkurrencebegrænsende adfærd, er det eneste relevante kriterium, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på datterselskabernes handelspolitik. Når der derimod er tale om at holde datterselskaberne ansvarlige for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd (rettere sagt at tilregne den økonomiske enhed, som de er en del af, denne adfærd og fastslå, at de bærer et fælles ansvar for denne adfærd), er det endvidere nødvendigt, at disse datterselskaber har deltaget i den økonomiske aktivitet udført af den af moderselskabet ledede virksomhed, som materielt har begået overtrædelsen.

⁶³ Sag C-207/19 P.

⁶⁴ Jf. Biogaran-dommen, præmis 217. I præmis 218 præciserede Retten, at såfremt det er muligt at tilregne moderselskabet ansvaret for en overtrædelse, som datterselskabet har begået, og følgelig at gøre disse to selskaber solidarisk ansvarlige for den overtrædelse, der er begået af den virksomhed, som de udgør, uden at princippet om personligt ansvar tilsidesættes, gør dette sig således også umiddelbart gældende, når den overtrædelse, der er begået af den økonomiske enhed, som moderselskabet og datterselskabet udgør, følger af et sammenfald af disse to selskabers adfærd.

⁶⁵ I den nævnte sag, præmis 220, var der tale om dels et ulovligt forlig, som moderselskabet, der er holdingselskabet i en lægemiddelkoncern, havde indgået med et generikaproducerende selskab vedrørende blokering af produktionen og markedsføringen af et generisk lægemiddel, som det førstnævnte selskab anså for at krænke et af dets patenter, dels en aftale indgået mellem datterselskabet og det samme tredje selskab angående overdragelse af masterfilerne vedrørende tre produkter og en markedsføringstilladelse vedrørende et lægemiddel mod betaling af en pengesum. Kommissionen havde i det væsentlige fundet, at den sidstnævnte aftale kunne anses for et yderligere incitament for det tredje selskab til at afstå fra at producere det generiske lægemiddel, som angiveligt udgjorde en patentkrænkelse. Jeg vil i øvrigt påpege, at datterselskabet ikke opererede på markedet for det af lægemiddelkoncernen i kraft af dette patent markedsførte lægemiddel.

⁶⁶ Jf. Biogaran-dommen, præmis 225.

⁶⁷ Jf. Biogaran-dommen, præmis 225.

⁶⁸ Jf. Biogaran-dommen, præmis 209, 222 og 227.

57. Med andre ord udviser datterselskaberne i tilfældet af »bottom-up«-ansvar en konkurrencebegrænsende adfærd inden for den generelle ramme for moderselskabets indflydelsesbeføjelse, og denne beføjelse er tilstrækkelig til at fastlægge en økonomisk enhed og begrunde moderselskabets fælles ansvar. I det omvendte tilfælde af »top-down«-ansvar, hvor overtrædelsen er begået af moderselskabet, følger den samlede økonomiske aktivitet – ud over af moderselskabets afgørende indflydelse – af, at et datterselskabs aktivitet på en eller anden måde er nødvendig for at realisere den konkurrencebegrænsende adfærd (eksempelvis fordi datterselskabet sælger de kartelomfattede produkter)⁶⁹. Eftersom det funktionelle begreb virksomhed som økonomisk enhed vedrører den konkrete adfærd på markedet udvist af flere juridiske enheder, skal de nøjagtige grænser for denne økonomiske enhed fastlægges netop med udgangspunkt i disse enheders økonomiske aktiviteter og rolle inden for koncernen, navnlig moderselskabets afgørende indflydelse og den aktivitet udført af et eller flere datterselskaber, som objektivt er nødvendig for at realisere den konkurrencebegrænsende adfærd.

58. Hvis et datterselskab, selv om det ejes helt eller næsten helt af sit moderselskab, udfører en aktivitet, som ligger uden for det økonomiske område, hvor dets moderselskab har udvist den konkurrencebegrænsende adfærd, er situationen ikke omfattet af det »funktionelle« virksomhedsbegreb, med den konsekvens, at datterselskabet ikke kan bære det fælles ansvar for moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd.

59. Kriterierne for at fastlægge denne form for ansvar adskiller sig derfor fra dem, der gør det muligt at holde moderselskabet ansvarligt for datterselskabernes overtrædelser. Det, der ikke er nødvendigt for den førstnævnte fastlæggelse, kan være det for den anden. Hvis retspraksis eksempelvis for at fastslå et »bottom-up«-ansvar ikke kræver, at der føres bevis for, at moderselskabet har indflydelse på datterselskabets politik på det særlige område, hvor overtrædelsen er begået, er det derimod med henblik på fastlæggelse af et »top-down«-ansvar afgørende, at datterselskabet opererer på det samme område, hvor moderselskabet har udvist den konkurrencebegrænsende adfærd, og at datterselskabet med sin adfærd på markedet har bidraget til realiseringen af overtrædelsens virkninger⁷⁰.

5. Udvidelsen af den foreslåede fortolkning til at omfatte »privat håndhævelse«

60. Erstatningssøgsmålene for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne er en integrerende del af ordningen for gennemførelse af disse regler⁷¹.

61. Ifølge Domstolens faste praksis sikrer retten for enhver til at kræve erstatning for en skade, der er forvoldt ved en aftale eller praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, denne artikels fulde effektivitet, og navnlig den effektive virkning af det forbud, der er indeholdt i artiklens stk. 1⁷². Denne ret forøger således virkningen af EU-konkurrencereglerne og er egnet til

⁶⁹ En lignende konklusion er blevet draget af en række britiske retter; jf. bl.a. Roche Products Ltd. & Ors v Provimi Ltd [2003] EWHC 961 (Comm) (2.5.2003) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2003/961.html>, præmis 25-35); Cooper Tire & Rubber Co & Ors v Shell Chemicals UK Ltd & Ors [2009] EWHC 2609 (Comm) (27.10.2009) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/2609.html>, præmis 48-65); Vattenfall AB and Others v Prysmian SpA [2018] EWHC 1694 (Ch D); Media-Saturn Holding GmbH & Ors v Toshiba Information Systems (UK) Ltd & Ors [2019] EWHC 1095 (Ch) (2.5.2019) (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2019/1095.html>, præmis 129-155). Domstolen har i øvrigt rettet parternes og de ovennævnte berørte som omhandlet i statuttens artikel 23 opmærksomhed mod disse domme og givet dem mulighed for at afgive indlæg herom under sagen ved Domstolen.

⁷⁰ Jf. eksempelvis dom af 13.7.2011, Eni mod Kommissionen (T-39/07, EU:T:2011:356, præmis 97).

⁷¹ Dom af 14.3.2019, Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:204, præmis 45, herefter »Skanska-dommen«).

⁷² Skanska-dommen, præmis 25, 26 og 43; jf. også dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 21 og 22 og den deri nævnte retspraksis).

at hindre de ofte skjulte aftaler eller former for adfærd, der kan begrænse eller fordreje konkurrencen, idet den derved bidrager til opretholdelsen af en effektiv konkurrence inden for Den Europæiske Union⁷³.

62. Domstolen har fastslået, at når der ikke findes EU-retlige bestemmelser på området, tilkommer det ganske vist hver enkelt medlemsstat i sin interne retsorden at fastsætte regler for udøvelsen af retten til at kræve erstatning for skade, der følger af et kartel eller en adfærd, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, for så vidt som ækvivalens- og effektivitetsprincipperne overholdes, men har dog præciseret, at spørgsmålet om fastlæggelsen af den enhed, der er forpligtet til at yde erstatning for en skade, der er forvoldt ved en overtrædelse af artikel 101 TEUF, er direkte reguleret af EU-retten⁷⁴.

63. I Skanska-dommen fastslog Domstolen med henvisninger til Akzo-dommen, at det funktionelle virksomhedsbegreb er identisk i forbindelse med såvel »offentlig« som »privat håndhævelse« og skal forstås som en økonomisk enhed, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer⁷⁵.

64. Idet Domstolen forkastede den af Kommissionen påberåbte modsatrettede argumentation, præciserede den endvidere, at da ansvaret for en skade, der følger af overtrædelser af EU-konkurrencereglerne, har en personlig karakter, påhviler det den virksomhed, der har overtrådt disse regler, at stå til regnskab herfor, med den følge, at »de enheder, der er forpligtet til at yde erstatning for den skade, der er forvoldt ved en aftale eller en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, er de virksomheder som omhandlet i denne bestemmelse, der har deltaget i denne aftale eller praksis«⁷⁶.

65. I lyset af denne parallelitet besluttede Domstolen i Skanska-dommen, at også det civilretlige område, navnlig erstatningssøgsmål for overtrædelser af kartelforbuddet, skulle omfattes af det såkaldte princip om »økonomisk kontinuitet«, som allerede var fastlagt i retspraksis med hensyn til »offentlig håndhævelse«, og ifølge hvilket når den enhed, der har begået en overtrædelse af EU-konkurrenceretten, er genstand for en retlig eller organisatorisk ændring, har denne ændring ikke nødvendigvis den virkning, at der opstår en ny virksomhed, der er fritaget for ansvar for den tidligere virksomheds konkurrencestridige adfærd, såfremt de to enheder er identiske i økonomisk henseende⁷⁷.

66. Henset til den samme parallelitet mener jeg, at den rækkevidde af begrebet økonomisk enhed, som jeg har udviklet i dette forslag til afgørelse, ikke alene gælder, når Kommissionen fastlægger grænserne for den virksomhed, som er ansvarlig for overtrædelser af konkurrencereglerne, og de retssubjekter, der inden for disse grænser hæfter fælles og solidarisk for de pålagte bøder, men også når de privatpersoner, som har lidt skade som følge af den konkurrencebegrænsende adfærd udvist af en virksomhed i konkurrenceretlig forstand, anlægger et civilretligt erstatningssøgsmål. Når grænserne er fastlagte for den økonomiske enhed, der i henhold til konkurrenceretten udgør den virksomhed, som er ansvarlig for overtrædelserne, kan de berørte vælge, mod hvilken juridisk enhed inden for denne virksomhed de vil anlægge erstatningssøgsmål.

⁷³ Skanska-dommen, præmis 44; jf. også dom af 5.6.2014, Kone m.fl. (C-557/12, EU:C:2014:1317, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis).

⁷⁴ Jf. Skanska-dommen, præmis 27 og 28 og den deri nævnte retspraksis.

⁷⁵ Jf. Skanska-dommen, præmis 29, 30, 36, 37 og 47.

⁷⁶ Jf. Skanska-dommen, præmis 31 og 32.

⁷⁷ Jf. Skanska-dommen, præmis 38-40, hvori Domstolen henviste til dom af 11.12.2007, ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775, præmis 42), af 5.12.2013, SNIA mod Kommissionen (C-448/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:801, præmis 22), og af 18.12.2014, Kommissionen mod Parker Hannifin Manufacturing og Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, præmis 40).

67. Som fastslået af Domstolen er »privat« og »offentlig håndhævelse« begge instrumenter, der er nødvendige for at kunne styrke effektiviteten af politikken til bekæmpelse af konkurrencebegrænsende adfærd. Set ud fra dette aspekt har privat håndhævelse ikke alene en erstatningsfunktion med henblik på at tilgodese private interesser, men også en afskrækkende funktion, som bidrager til forfølgelsen af de almene hensyn, som beskyttelsen af konkurrencen er baseret på. Jo flere retssubjekter der kan håndhæve ansvaret for skade opstået som følge af en konkurrencebegrænsende adfærd, desto mere øges den afskrækkende virkning i forhold til overtrædelser af konkurrencereglerne, hvilket er uhyre vigtigt, for at EU-konkurrenceretten kan nå sine mål⁷⁸. Jo flere praktiske hindringer for at personer, som har lidt skade som følge af overtrædelser af konkurrencereglerne, kan anlægge erstatningssøgsmål, der fjernes, desto mere forstærkes, på tilsvarende måde, denne afskrækkende funktion.

68. Den omstændighed, at borgeren i en situation som den i hovedsagen omhandlede kan anlægge søgsmål mod det datterselskab, med hvilket borgeren direkte eller indirekte har haft forretningsforhold, med henblik på at opnå erstatning for skader som følge af virkningerne af moderselskabets konkurrencebegrænsende adfærd på dette forretningsforhold, opfylder denne dobbelte funktion, fordi den letter anlæggelse af erstatningssøgsmål i de tilfælde, hvor moderselskabet til forskel fra datterselskabet er hjemmehørende i en anden medlemsstat end den skadelidte. Det er sandt, som MBTE med rette har fremhævet, at i henhold til artikel 7, nr. 2), i forordning nr. 1215/2012 kan offeret for en overtrædelse af konkurrencereglerne under alle omstændigheder anlægge søgsmål mod den, der har begået denne overtrædelse, ved retten på det sted, hvor skadetilføjelsen er foregået, dvs. i en situation som den i hovedsagen omhandlede ved retten på det sted, hvor markedspriserne er blevet fordrejede, og hvor den skadelidte hævder at have lidt denne skade⁷⁹, men såfremt ofret har mulighed for at anlægge søgsmål mod datterselskabet hjemmehørende i sin medlemsstat, undgår ofret de praktiske vanskeligheder knyttet til forkyndelsen af stævningen i udlandet og fuldbyrdelsen af den eventuelle fældende dom. Såfremt den skadelidte kan vælge, hvilket selskab der skal sagsøges, øges i øvrigt dennes chancer ud fra et materielt og ikke blot processuelt synspunkt for at opnå fuld dækning af sine erstatningskrav.

69. Det er også nødvendigt at tage stilling til det argument, som MBTE har fremsat principalt i sit indlæg til Domstolen, om, at under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, hvor erstatningssøgsmålet har ren follow on-karakter, kan den nationale ret ikke fravige definitionen af den virksomhed, der har begået overtrædelser, sådan som den er fastlagt i Kommissionens afgørelse, uden at tilsidesætte artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, ifølge hvilken »[n]år de nationale domstole i henhold til [artikel 101 TEUF eller artikel 102 TEUF] træffer afgørelse om aftaler, vedtagelser eller praksis, som allerede er genstand for en kommissionsbeslutning, kan de ikke træffe afgørelser, der er i strid med den beslutning, som Kommissionen har truffet [...]«.

⁷⁸ Vedrørende betydningen af erstatningssøgsmåls afskrækkende virkning henvises til generaladvokat Wahls forslag til afgørelse i sagen Skanska Industrial Solutions m.fl. (C-724/17, EU:C:2019:100, punkt 46-50).

⁷⁹ Jf. dom af 29.7.2019, Tibor-Trans (C-451/18, EU:C:2019:635, præmis 37). I denne dom tog Domstolen tilsyneladende afstand fra kriteriet om forum actoris, som den tidligere havde fastsat i dom af 21.5.2015, CDC Hydrogen Peroxide (C-352/13, EU:C:2015:335, præmis 56).

6. Overholdelsen af artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 inden for rammerne af follow-on-erstatningssøgsmål

70. MBTE har gjort gældende, at eftersom Sumals erstatningssøgsmål kun er baseret på afgørelsen af 2016, og da ansvaret for overtrædelsen ifølge denne afgørelse udelukkende påhviler Daimler, vil en retsafgørelse, hvorved MBTE pålægges ansvaret for den samme overtrædelse, nødvendigvis bygge på et andet virksomhedsbegreb end det af Kommissionen anvendte og således stride mod afgørelsen af 2016.

71. Jeg skal først og fremmest påpege, at den retspraksis om parallel anvendelse af EU-retten og national ret på området for konkurrence, hvortil den spanske regering har henvist i sit indlæg til Domstolen⁸⁰, efter min opfattelse ikke er relevant, fordi det under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, ikke drejer sig om at anvende den nationale konkurrencelovgivning, men at fastlægge de retssubjekter, som skal yde erstatning for skader forvoldt ved en overtrædelse af artikel 101 TEUF, hvilken fastlæggelse som anført ovenfor⁸¹ reguleres direkte af EU-retten.

72. Jeg har allerede erindret om, at ifølge Domstolens praksis skal overtrædelsen af EU-konkurrenceretten, som i overensstemmelse med princippet om personligt ansvar påhviler den økonomiske enhed, utvetydigt henføres til en juridisk person, der vil kunne blive pålagt en bøde, og hvortil klagepunktsmeddelelsen skal være stilet⁸². I denne sammenhæng har Domstolen præciseret, at hverken artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1/2003 eller retspraksis fastsætter, hvilken juridisk eller fysisk person Kommissionen skal holde ansvarlig for overtrædelsen og sanktionere ved pålæggelse af en bøde⁸³.

73. Heraf følger, at Kommissionen råder over en vid skønsmargin i denne forbindelse⁸⁴ og kan vælge – hovedsageligt med begrundelse i hensigtsmæssigheden knyttet til procesøkonomiske hensyn eller de bevismidler, som Kommissionen råder over – den eller de juridiske personer blandt dem, der udgør virksomheden, som klagepunktsmeddelelsen skal stiles til, og som er adressat for den afgørelse, hvorved der pålægges en bøde. Dette valg indebærer i sig selv hverken udtrykkeligt eller implicit nogen konstatering af, at de retssubjekter, som ikke er blevet sanktioneret, men alligevel er en del af den økonomiske enhed, der har begået overtrædelsen, ikke kan tilskrives ansvar.

74. I modsætning til, hvad MBTE har gjort gældende, kan det af ovenstående overvejelser udledes, at den nationale ret uden at tilsidesætte forbuddet i artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 kan fastslå, at en juridisk person som ikke direkte er berørt af den afgørelse, hvori Kommissionen har konstateret og sanktioneret denne overtrædelse, tilregnes ansvaret for skader forvoldt ved en overtrædelse af EU-konkurrencereglerne, forudsat at kriterierne er opfyldt, for at denne juridiske person kan betragtes som fælles og solidarisk ansvarlig med adressaten eller adressaterne for denne afgørelse.

⁸⁰ Den spanske regering har nævnt dom af 3.4.2019, Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie (C-617/17, EU:C:2019:283, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

⁸¹ Jf. punkt 62 i dette forslag til afgørelse.

⁸² Jf. Akzo-dommen, præmis 57.

⁸³ Jf. dom af 27.4.2017, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen (C-516/15 P, EU:C:2017:314, præmis 51 og den deri nævnte retspraksis).

⁸⁴ Jf. i denne retning dom af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 159 og 160). Kommissionen kan således beslutte at udstrække ansvaret for en overtrædelse til et moderselskab ud over det selskab, som er direkte involveret i den konkurrencebegrænsende adfærd, dog uden at være forpligtet hertil, jf. dom af 16.6.2011, Team Relocations mod Kommissionen (T-204/08 og T-212/08, EU:T:2011:286, præmis 156), stadfæstet ved dom af 11.7.2013, Team Relocations m.fl. mod Kommissionen (C-444/11 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:464, præmis 161).

75. Denne konklusion ændres ikke af, at Kommissionen i afgørelsen af 2016 har udpeget alene Daimler som den ansvarlige »virksomhed« for overtrædelsen. Denne udpegelse er kohærent med Kommissionens valg om at retsforfølge og sanktionere alene moderselskabet for den konkurrencebegrænsende adfærd, som dette direkte har udvist, men udelukker som anført ikke, at andre retssubjekter i den samme koncern kan tilregnes ansvaret for skader opstået som følge af overtrædelsen, såfremt disse retssubjekter og det sanktionerede selskab udgør en samlet økonomisk enhed.

76. Afslutningsvis kan jeg ikke godtage MBTE's argument om, at det ville være i strid med Skanska-dommens præmis 47, hvori Domstolen fastslog, at begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 101 TEUF »ikke kan have en forskellig rækkevidde i sammenhæng med Kommissionens påleggelse af bøder i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og i sammenhæng med erstatningssøgsmål for overtrædelse af EU-konkurrencereglerne«, at tilskrive en anden juridisk person end adressaten for Kommissionens afgørelse, på hvilken erstatningssøgsmålet er baseret, ansvaret for skader opstået som følge af en overtrædelse af konkurrencereglerne. I denne forbindelse er det tilstrækkeligt at påpege, at Domstolen i denne præmis henviste generelt til fortolkningen af virksomhedsbegrebet, som ikke kan være forskelligartet i forbindelse med »offentlig« og »privat håndhævelse«, og ikke til Kommissionens anvendelse af dette begreb i en konkret situation. Som Kommissionen i øvrigt har anført i besvarelsen af Domstolens skriftlige spørgsmål med hensyn til foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse, er den nationale ret derfor ikke afskåret fra at fastslå, at datterselskabet eventuelt bærer ansvaret for skader, alene fordi Kommissionen i den afgørelse, hvori den har konstateret overtrædelsen, ikke har pålagt dette selskab en administrativ sanktion.

7. Konklusion vedrørende de tre første præjudicielle spørgsmål

77. Af de ovenfor anførte grunde foreslår jeg Domstolen at besvare de tre første præjudicielle spørgsmål med, at et selskab inden for rammerne af et erstatningssøgsmål som det i hovedsagen omhandlede kan holdes ansvarligt for skade som følge af en overtrædelse af artikel 101 TEUF, for hvilken alene dets moderselskab er blevet sanktioneret af Kommissionen, hvis det bevises, dels at disse selskaber i lyset af de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser imellem dem udgjorde en økonomisk enhed på tidspunktet for overtrædelsen, dels at datterselskabets adfærd på det marked, som er berørt af moderselskabets ulovlige adfærd, i væsentlig grad bidrog til opnåelsen af det med denne adfærd forfulgte formål og realiseringen af overtrædelsens virkninger.

III. Forslag til afgørelse

78. På grundlag af samtlige ovenstående bemærkninger foreslår jeg Domstolen at afvise det fjerde præjudicielle spørgsmål fra Audiencia Provincial de Barcelona (den regionale domstol i Barcelona, Spanien) og besvare de tre første præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 101 TEUF skal fortolkes således, at et selskab inden for rammerne af et erstatningssøgsmål som det i hovedsagen omhandlede kan holdes ansvarligt for skade som følge af en overtrædelse af denne artikel, for hvilken alene dets moderselskab er blevet sanktioneret af Europa-Kommissionen, hvis det bevises, dels at disse selskaber i lyset af de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser imellem dem udgjorde en økonomisk enhed på tidspunktet for overtrædelsen, dels at datterselskabets adfærd på det marked, som er berørt af moderselskabets ulovlige adfærd, i væsentlig grad bidrog til opnåelsen af det med denne adfærd forfulgte formål og realiseringen af overtrædelsens virkninger.«