



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 21. svibnja 2015.¹

Predmet C-194/14 P

**AC-Treuhand AG
protiv**

Europske komisije

„Žalba – Zabranjeni sporazumi – Europska tržišta toplinskih stabilizatora – Dogovaranje cijena, podjela tržišta i razmjena gospodarski osjetljivih podataka – Odluka kojom se utvrđuju povrede članka 81. UEZ-a (koji je postao članak 101. UFEU-a) i članka 53. Sporazuma o EGP-u – Odluka koja se odnosi na poduzetnika konzultanta koji ne izvršava konkurentski pritisak na relevantnim tržištima“

1. Pravila koja se primjenjuju na poduzetnike na temelju članka 81. i 82. UEZ-a (sada članci 101. i 102. UFEU-a) imaju za cilj zabraniti ograničenja slobodnog tržišnog natjecanja. Utvrđivanje ograničenja tržišnog natjecanja podrazumijeva da se u skladu s gospodarskom analizom dokaže da se predmetni poduzetnik svojim ponašanjem u potpunosti ili djelomično odrekao toga da izvršava pritisak karakterističan za djelotvorno tržišno natjecanje na druge subjekte jednog ili više predmetnih tržišta, i to, u konačnici, na štetu gospodarske učinkovitosti i dobrobiti potrošača. Ponašanje koje ne ograničava tržišno natjecanje u prethodno navedenom smislu, koliko god moralno i etički bilo sporno, ne može, naprotiv, biti obuhvaćeno zabranama koje se propisuju pravom Unije, a osobito ne zabranama zabranjenih sporazuma iz članka 81. stavka 1. UEZ-a.

2. Prema mojem mišljenju, ovaj predmet pruža posebnu priliku da se podsjeti na to temeljno pravilo.

3. Svojom žalbom AC-Treuhand AG (u daljnjem tekstu: AC-Treuhand) zahtijeva ukidanje presude Općeg suda Europske unije AC-Treuhand/Komisija² kojom je taj sud odbio njegovu tužbu za poništenje Odluke Komisije C (2009) 8682 *final* od 11. studenoga 2009. o postupku primjene članka 81. UEZ-a i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/38.589 – Toplinski stabilizatori) (u daljnjem tekstu: sporna odluka)³ i podredno za smanjenje iznosa novčanih kazni koje su mu izrečene.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — T-27/10, EU:T:2014:59, u daljnjem tekstu: pobijana presuda

3 — Sažetak u *Službenom listu Europske unije*, 2010., C 307, str. 9.

4. Među pitanjima istaknutima u ovom predmetu jedno novo pitanje zaslužuje pozornost. Od Suda se naime prvi put⁴ traži da odredi može li se poduzetnika konzultanta koji ne obavlja djelatnost na predmetnim ili povezanim tržištima progoniti zbog povrede pravila o tržišnom natjecanju zbog toga što je podupro provedbu zabranjenih sporazuma. Stoga ovaj predmet pobuđuje važnu, i dalje aktualnu⁵ problematiku koja od Suda zahtijeva da se izjasni o doseg zabrane zabranjenih sporazuma utvrđenom pravilima ugovora koja se odnose na tržišno natjecanje i time o naravi ponašanja koja mogu biti obuhvaćena tom zabranom.

I – Okolnosti spora

5. Okolnosti spora izložene u točkama 1. do 24. pobijane presude mogu se sažeti na sljedeći način:

„2 [Spornom] odlukom Komisija [...] utvrdila je da je određeni broj poduzetnika prekršio članak 81. UEZ-a i članak 53. Sporazuma o [EGP-u] jer su sudjelovali u dvije skupine protutržišnih sporazuma i usklađenih djelovanja na području EGP-a i u odnosu na, s jedne strane, sektor kositrenih stabilizatora i, s druge strane, sektor epoksidnog sojinog ulja i estera (u daljnjem tekstu: sektor ESBO/esteri).

[...]

4 Prema članku 1. [sporne] odluke, svaka od tih povreda sastojala se od dogovaranja cijena, podjele tržišta putem prodajnih kvota, podjele klijenata i razmjene gospodarski osjetljivih podataka, osobito podataka o klijentima, proizvodnji i prodaji.

5 U [spornoj] se odluci navodi da su dotični poduzetnici sudjelovali u tim povredama tijekom raznih razdoblja između 24. veljače 1987. i 21. ožujka 2000. za kositrene stabilizatore te između 11. rujna 1991. i 26. rujna 2000. za sektor ESBO/esteri.

6 Tužitelj, AC-Treuhand [...] s glavnim sjedištem u Zürichu (Švicarska), konzultantsko je društvo koje nudi 'cijeli niz posebnih usluga za nacionalna i međunarodna udruženja i interesne skupine', a te svoje usluge, kao što proizlazi iz [sporne] odluke, opisuje kako slijedi: „vođenje i upravljanje švicarskim i međunarodnim stručnim udruženjima, savezima i neprofitnim organizacijama; nabava, obrada i korištenje podataka o tržištu, prezentacija tržišnih statistika, provjera dostavljenih brojki kod članova“ [...]

[...]

10 [Spornom] odlukom tužitelj se smatra odgovornim jer je kod obiju predmetnih povreda odigrao bitnu i sličnu ulogu time što je za sudionike zabranjenih sporazuma organizirao sastanke na kojima je bio prisutan i aktivno sudjelovao; prikupljao i davao sudionicima podatke o prodaji na predmetnim tržištima; nudio svoje sudjelovanje kao moderator u slučaju napetosti između dotičnih poduzetnika i poticao strane da nađu kompromise, i to uz naknadu [...]

4 — Valja istaknuti da presuda Općeg suda od 8. srpnja 2008., AC-Treuhand/Komisija (T-99/04, EU:T:2008:256, u daljnjem tekstu: presuda AC-Treuhand I), kojom je Opći sud prvi put odlučio o primjeni članka 81. UEZ-a na poduzetnika konzultanta koji je pridonio ostvarenju povrede, naime nije bila predmet žalbe. U tom pogledu valja napomenuti da, iako je AC-Treuhand u predmetu u kojem je donesena ta presuda proglašen odgovornim za povredu članka 81. UEZ-a, izrečena mu je samo novčana kazna od 1000 eura, što je simboličan iznos u usporedbi s iznosima novčanih kazni izrečenih poduzetnicima iz pobijane odluke u tom predmetu [odluka Komisije 2005/349/EZ od 10. prosinca 2003. o postupku primjene članka 81. [UEZ-a] i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/E-2/37.857 – Organski peroksidi) (SL 2005., L 110, str. 44.)].

5 — U nedavnoj odluci od 4. veljače 2015. Europska komisija kaznila je ICAP, brokersku kuću za financijski sektor sa sjedištem u Ujedinjenoj Kraljevini, novčanom kaznom u iznosu od 14,96 milijuna eura jer je olakšala zaključenje šest od sedam zabranjenih sporazuma otkrivenih u sektoru kamatnih izvedenica denominiranih u jenima, i to različitim postupcima koji su pridonijeli protutržišnim ciljevima koje su članovi tih zabranjenih sporazuma željeli postići. Tužba protiv te odluke podnesena je Općem sudu 14. travnja 2015. (predmet T-180/15, koji je trenutačno u tijeku).

[...]

- 20 Člankom 1. [sporne] odluke tužitelja se smatra odgovornim za sudjelovanje u povredi koja se odnosi na kositrene stabilizatore od 1. prosinca 1993. do 21. ožujka 2000. i u povredi koja se odnosi na sektor ESBO/esteri od 1. prosinca 1993. do 26. rujna 2000.

[...]

- 24 U članku 2. pobijane odluke navedeno je kako slijedi:

„Za povredu/e na tržištu kositrenih stabilizatora [...] izriču se sljedeće novčane kazne:

[...]

17) AC-Treuhand odgovoran je za iznos od 174.000 eura;

[...]

Za povredu/e na tržištu ESBO/esteri [...] izriču se sljedeće novčane kazne:

[...]

38) AC-Treuhand odgovoran je za iznos od 174.000 eura;

[...]”

II – Postupak pred Općim sudom i pobijana presuda

6. Tužbom podnesenom tajništvu Općeg suda 27. siječnja 2010. tužitelj je tražio poništenje sporne odluke ili, podredno, smanjenje iznosa izrečenih novčanih kazni.

7. U prilog svojoj tužbi tužitelj je naveo devet tužbenih razloga koje je Opći sud, nakon što je primio na znanje da tužitelj odustaje od devetog tužbenog razloga, sažeo kako slijedi u točkama 36. i 268. pobijane presude:

„36 Radi poništenja pobijane odluke tužitelj ističe četiri tužbena razloga i prvi dio petog tužbenog razloga koji se temelje, prvo, na povredi članka 81. UEZ-a i načela zakonitosti kaznenih djela i kazni (treći tužbeni razlog); drugo, na zastari ovlasti Komisije za izricanje novčanih kazni primjenom članka 25. stavka 5. Uredbe br. 1/2003 (drugi tužbeni razlog); treće, na povredi prava obrane zbog zakašnjele obavijesti o istražnom postupku pokrenutom protiv njega (osmi tužbeni razlog); četvrto, na povredi načela razumnog roka zbog trajanja upravnog postupka (sedmi tužbeni razlog); i peto, na povredi članka 23. stavka 2. Uredbe br. 1/2003 (prvi dio šestog tužbenog razloga).

[...]

268 U prilog svojem podrednom tužbenom zahtjevu za preinaku pobijane odluke u odnosu na iznos novčanih kazni koje su mu izrečene tužitelj iznosi četiri tužbena razloga i drugi dio petog tužbenog razloga, koji se temelje, prvo, na pogrešnoj ocjeni trajanja povreda (prvi tužbeni razlog), drugo, na trajanju upravnog postupka (sedmi tužbeni razlog), treće, na obvezi Komisije da izrekne samo simboličnu kaznu u okolnostima ovog predmeta (četvrti tužbeni razlog),

četvrto, na kršenju Smjernica iz 2006. s obzirom na izračun osnovnog iznosa kazne (peti tužbeni razlog) i, peto, na kršenju tih smjernica u vezi s izračunom tužiteljeve sposobnosti plaćanja (drugi dio šestog tužbenog razloga).“

8. Nakon što je odbio sve istaknute tužbene razloge, Opći sud odbio je tužbu u cijelosti.

III – Zahtjevi stranaka i postupak pred Sudom

9. Svojom žalbom žalitelj od Suda zahtijeva da:

- ukine pobijanu presudu;
- poništi spornu odluku u dijelu u kojem se odnosi na žalitelja ili, podredno, smanji iznos novčanih kazni izrečenih žalitelju;
- podredno, vrati predmet Općem sudu;
- naloži Komisiji snošenje troškova postupaka pred Općim sudom i pred Sudom.

10. Komisija zahtijeva odbijanje žalbe i nalaganje žalitelju snošenja troškova.

11. Stranke su usmeno i pisano iznijele svoja stajališta na raspravi održanoj 4. ožujka 2015.

IV – Analiza žalbe

12. U prilog svojoj žalbi žalitelj navodi četiri žalbena razloga koji se redom temelje na (I) povredi članka 81. UEZ-a i načela zakonitosti kaznenih djela i kazni kako je utvrđeno člankom 49. stavkom 1. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja) jer se smatralo da djela koja je on počinio predstavljaju protutržišni sporazum, (II) povredi potonjeg načela kao i načela jednakog postupanja i obveze obrazlaganja prilikom izricanja novčanih kazni, (III) povredi članka 23. stavaka 2. i 3. Uredbe (EZ) br. 1/2003⁶ i Smjernica o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003⁷ i (IV) povredi članka 261. UFEU-a te članka 23. stavka 3. i članka 31. Uredbe br. 1/2003 prilikom izvršavanja neograničene nadležnosti Općeg suda.

13. Kao što sam najavio u uvodu ovog mišljenja, prvi žalbeni razlog postavlja načelno pitanje na koje ću usredotočiti svoju analizu nakon što kratko izložim argumentaciju koju je posebno iznijela svaka stranka u pogledu tog razloga. Postavlja se naime pitanje može li društvo koje ne obavlja djelatnost na tržištu koje je predmet kartela predstavljati, u odnosu na navedeni kartel, poduzetnika koji je sudjelovao u protutržišnom sporazumu u smislu članka 81. UEZ-a i, stoga, može li mu se pripisati povreda navedene odredbe te mu, po potrebi, na temelju toga naložiti plaćanje novčane kazne.

A – Argumentacija stranaka

14. Prvi se žalbeni razlog odnosi na točke 43. do 45. pobijane presude, kojima je Opći sud odbio treći tužbeni razlog koji je tužitelj istaknuo u prvom stupnju, kao i razne točke presude AC-Treuhand I na koje se upućuje u pobijanoj presudi.

6 — Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. [UEZ-a] i 82. [UEZ-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.)

7 — SL 2006., C 210, str. 2. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58.), u daljnjem tekstu: Smjernice iz 2006.

15. *Žalitelj* prigovara Općem sudu što je smatrao, s jedne strane, da se članak 81. UEZ-a može primijeniti na njegovo ponašanje i, s druge strane, da je takvo široko tumačenje bilo razumno predvidljivo u trenutku nastanka činjenica koje predstavljaju povredu. Stoga je Opći sud, s jedne strane, povrijedio članak 81. UEZ-a i, s druge strane, nije ispunio zahtjeve preciznosti i predvidljivosti koji proizlaze iz načela zakonitosti kaznenih djela i kazni (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) utvrđenog u članku 49. stavku 1. Povelje.

16. U tom kontekstu *žalitelj* najprije ističe da se u presudi Europskog suda za ljudska prava A. Menarini Diagnostics S.r.l. protiv Italije od 27. rujna 2011. jasno utvrdila kaznena narav postupaka izricanja novčanih kazni na temelju prava zabranjenih sporazuma. Stoga bi trebalo primijeniti visoku razinu zaštite načela zakonitosti kaznenih djela i kazni koje je predviđeno kaznenim pravom. *Žalitelj* također ističe da je zahtjev pravne jasnoće, kao što smatra i Sud⁸, posebno važan u području u kojem je, kao u predmetnom slučaju, moguće primijeniti posebno visoke kazne.

17. Nadalje, *žalitelj* navodi da on sam nije stranka sporazuma ni sudionik u usklađenom djelovanju u smislu članka 81. UEZ-a.

18. *Žalitelj* smatra da iz jasnog teksta tog članka proizlazi da obična pomoć zabranjenom sporazumu nije obuhvaćena područjem primjene tog članka jer se ta odredba odnosi samo na stranke sporazuma ili sudionike u usklađenom djelovanju. U ovom se slučaju sporazum o ograničenju tržišnog natjecanja sastojao od zabranjenog sporazuma između proizvođača usmjerenog na dogovaranje cijena kao i podjelu i dodjelu kvota isporuke i klijenata. Ponašanje *žalitelja* ne može se smatrati sudjelovanjem u takvom usuglašavanju volja jer je bilo usmjereno samo na pružanje usluga u navedenom zabranjenom sporazumu. Međutim, u skladu sa sudskom praksom Suda, postojanje sporazuma podrazumijeva suglasnost volja najmanje dviju strana⁹.

19. *Žalitelj* također ističe da, i dalje u skladu sa sudskom praksom Suda, postojanje sporazuma zahtijeva zajedničku volju da se na tržištu ponaša na određeni način. Ipak, u ovom predmetu, ugovori o uslugama koje je sklopio sa svakim proizvođačem nisu bili povezani s tržištem kako zahtijeva Sud. Između navedenih ugovora i utvrđenog ograničenja tržišnog natjecanja, koje je bilo jedina posljedica zabranjenog sporazuma između proizvođača, nije bilo nikakve izravne povezanosti. Štoviše, *žalitelj* nije sudjelovao na uzlaznim ili silaznim tržištima, ili tržištima koja su susjedna onima na koja se odnosi zabranjeni sporazum.

20. *Žalitelj* smatra da mu se isto tako ne može prigovoriti da je sudjelovao u „usklađenom djelovanju“. Naime, nije se odrekao ili ograničio svoju autonomiju ponašanja na tržištu zbog koordinacije ili suradnje s proizvođačima, kao što se zahtijeva sudskom praksom.

21. Osim toga, *žalitelj* navodi da su se njegovi postupci „suučesništva“ mogli strogo kazniti u skladu sa zahtjevima načela zakonitosti da je u trenutku nastanka zabranjenog sporazuma postojala ustaljena sudska praksa iz koje se na dovoljno jasan način moglo zaključiti o njegovoj kažnjivosti¹⁰. Međutim, *žalitelj* napominje da prije presude AC-Treuhand I nije postojala nikakva sudska praksa u tom pogledu. Osim toga, iz te presude kao i iz odluke Komisije na kojoj se navedena presuda temeljila¹¹ proizlazi da je odabir Komisije da progoni poduzetnika konzultanta predstavljao promjenu njezine prethodne prakse odlučivanja.

8 — Presuda Komisija/Ujedinjena Kraljevina, 32/79, EU:C:1980:189, t. 46.

9 — Presude Komisija/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, t. 79.) i Komisija/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, t. 37.)

10 — Presuda Evonik Degussa/Komisija, C-266/06 P, EU:C:2008:295

11 — Odluka 2005/349

22. Naposljetku, žalitelj smatra da razmatranja o prikladnosti u području tržišnog natjecanja ne mogu dovesti do povrede načela zakonitosti širokim tumačenjem članka 81. stavka 1. UEZ-a. U ovom se slučaju samo postavlja pitanje mogu li se usluge podrške koje je pružao žalitelj kazniti na temelju članka 81. stavka 1. UEZ-a, a ne i pitanje zaslužuju li biti kažnjene.

23. *Komisija* smatra da prvi žalbeni razlog treba odbiti kao neosnovan.

24. Komisija najprije ističe da načelo zakonitosti propisano člankom 49. stavkom 1. Povelje obuhvaća načelo preciznosti, zabrane zaključivanja po analogiji i načelo zabrane retroaktivnosti. Odredbe članka 23. stavka 2. Uredbe br. 1/2003 u vezi s člankom 81. UEZ-a ipak nisu dio „srži“ kaznenog prava, tako da se načela koja uređuju potonje pravo u ovom slučaju ne bi nužno trebala strogo primijeniti. To ne bi bilo u suprotnosti s gore navedenom presudom A. Menarini Diagnostics S.r.l./Italija jer je u njoj postupak izricanja novčane kazne na temelju prava zabranjenih sporazuma kvalificiran kao upravni postupak prije nego što je navedeno da izrečene kazne mogu biti kaznene naravi.

25. U svakom slučaju, načela preciznosti i zabrane zaključivanja po analogiji nisu u suprotnosti s postupnim pojašnjenjem točnog sadržaja kaznenih pravnih pravila kroz sudsku praksu. Osim toga, iako se načelo retroaktivnosti može protiviti retroaktivnoj primjeni novog tumačenja kaznenog pravnog pravila koje nije razumno predvidljivo, ta predvidljivost osobito ovisi o sadržaju i području primjene tog pravila kao i o subjektima na koje se odnosi. Nadalje, kada kazneno pravno pravilo već udovoljava načelu preciznosti zbog jasnoće svojeg teksta, više nije potrebno koristiti se interpretativnom sudskom praksom kako bi se poštovalo načelo preciznosti¹².

26. Nadalje, Komisija ističe da se argumenti žalitelja kojima se želi postići pretjerano restriktivno tumačenje kriterija „sporazuma između poduzetnika“ iz članka 81. UEZ-a ne mogu prihvatiti jer se na ciljani prijenos djelatnosti zabranjenog sporazuma na poduzetnika pružatelja usluga u svrhu djelotvorne provedbe zabranjenog sporazuma nesumnjivo odnosi zabrana iz te odredbe.

27. U tom pogledu tvrdi da je, kao prvo, tekst članka 81. UEZ-a vrlo širok i može obuhvaćati svaku suglasnost zajedničkih volja ili svako usklađeno ili koluzivno ponašanje najmanje dvaju poduzetnika¹³. Budući da su usluge koje je žalitelj pružio objektivno i subjektivno služile kao potpora dvama zabranjenim sporazumima na tržištima toplinskih stabilizatora, između žalitelja i drugih sudionika u zabranjenim sporazumima postojala je suglasnost volja koja je potrebna za postojanje sporazuma.

28. Kao drugo, nije važno predstavlja li ograničenje tržišnog natjecanja na tržištima toplinskih stabilizatora glavni cilj ili usputnu svrhu ponašanja žalitelja, ili postoji li izravna povezanost između tog ponašanja i tog ograničenja tržišnog natjecanja. Iako se „sporazum“ u sudskoj praksi redovito opisuje kao „zajednička volja da se na tržištu ponaša na određeni način“, to ipak ne znači da potrebna suglasnost volja nužno mora za sve stranke predstavljati cilj povezan s tržištem ili da se mora odnositi na ograničenje slobode djelovanja svih stranaka. Sasvim je nevažno što žalitelj nije djelovao ni na tržištima na koja se odnosi zabranjeni sporazum, ni na susjednim tržištima ili tržištima u nastajanju, jer su koluzivne usluge žalitelja objektivno i subjektivno služile ograničavanju tržišnog natjecanja putem zabranjenih sporazuma o toplinskim stabilizatorima.

29. Kao treće, što se tiče pitanja je li prihvaćeno tumačenje bilo razumno predvidljivo za žalitelja u trenutku nastanka zabranjenog sporazuma, Komisija navodi da je već u odluci donesenoj 1980.¹⁴, odnosno prije početka predmetnih povreda u ovom predmetu, utvrdila da koluzivne usluge koje je pružalo društvo za administrativno upravljanje predstavljaju povredu članka 81. UEZ-a.

12 — Presuda Dansk Rørindustri i dr./Komisija, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 217. i slj.

13 — Presuda Consten i Grundig/Komisija, 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41

14 — Odluka Komisije 80/1334/EEZ od 17. prosinca 1980. o postupku primjene članka 85. Ugovora o EEZ-u (IV/29.869 – Valjano staklo iz Italije) (SL L 383, str. 19.)

30. Kao četvrto, Komisija tvrdi da Opći sud nije proširio primjenu članka 81. UEZ-a izvan granica njegova teksta, nego je, naprotiv, pozivajući se na svrhu i zaštitnu namjeru prava tržišnog natjecanja, odlučio protiv teleološkog ograničavanja tog propisa i nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je istaknuo razmatranja koja se odnose na koristan učinak članka 81. UEZ-a.

B – Ocjena

31. U ispitivanju prvog žalbenog razloga postavljaju se dva pitanja.

32. Prvo je pitanje može li se članak 81. stavak 1. UEZ-a primijeniti na poduzetnika koji, poput žalitelja, ne djeluje na predmetnom tržištu ili povezanim tržištima i koji, *stricto sensu*, nije sklopio sporazum o ograničenju tržišnog natjecanja niti usklađeno djelovao na navedenim tržištima.

33. Drugim se pitanjem, koje je sporedno i ima smisla samo ako se zaključi da je ponašanje žalitelja obuhvaćeno zabranom iz članka 81. stavka 1. UEZ-a, želi utvrditi je li žalitelj u ovom slučaju mogao razumno predvidjeti da se zabrana iz članka 81. stavka 1. UEZ-a načelno primjenjuje na njega.

34. Zbog razloga koje ću izložiti u nastavku, čvrsto sam uvjeren da na prvo pitanje treba odgovoriti niječno i da stoga ne treba odgovarati na drugo pitanje. Najprije ću se usredotočiti na doseg koji treba pripisati članku 81. stavku 1. UEZ-a te ću zatim razmotriti vrlo specifičnu situaciju žalitelja.

1. Doseg zabrane zabranjenih sporazuma propisane ugovorima: zabrana koluzivnih ponašanja koja u skladu s gospodarskom analizom imaju ograničavajući učinak na tržišno natjecanje

35. Čini mi se korisnim podsjetiti da je Opći sud mogućnost kažnjavanja poduzetnika koji su u položaju kakav je žaliteljev obrazložio u točkama 43. i 44. pobijane presude, i to upućivanjem na svoja razmatranja u predmetu u kojem je donesena presuda AC-Treuhand I.

36. Tom je presudom Opći sud potvrdio načelo odgovornosti AC-Treuhand za povredu članka 81. stavka 1. UEZ-a. Ponašanja koja se predbacuju žalitelju bila su vrlo usporediva s ponašanjima iz ovog predmeta. Tako mu se predbacilo da je imao ključnu ulogu u zabranjenom sporazumu o organskim peroksidima jer je organizirao sastanke između proizvođača, arhivirao određene tajne dokumente koji se odnose na zabranjeni sporazum, skupljao i obrađivao određene brojčane podatke te obavljao određene logističke i tajničke poslove povezane s organiziranjem sastanaka.

37. Razlozi koje je Opći sud utvrdio u presudi AC-Treuhand I u biti su sljedeći.

38. Kao prvo, pojam „sporazum“ iz članka 81. UEZ-a treba se široko tumačiti. Postojanje „zajedničke volje“ da se na tržištu ponaša na određeni način dovoljno je i ne može se zahtijevati savršena podudarnost između relevantnog tržišta na kojem djeluje poduzetnik „počinitelj“ ograničenja tržišnog natjecanja i onog na kojem bi se to ograničenje trebalo ostvariti. Svako ponašanje koje je usklađeno s ponašanjem drugih poduzetnika, a čiji je cilj ograničiti tržišno natjecanje na relevantnom tržištu tako može povrijediti zabranu predviđenu člankom 81. stavkom 1. UEZ-a (vidjeti točke 117. do 122. presude AC-Treuhand I).

39. Kao drugo, nije isključeno da poduzetnik može sudjelovati u provedbi ograničenja tržišnog natjecanja čak i ako ne ograničava vlastitu slobodu djelovanja na tržištu na kojem uglavnom djeluje. Svako drugo tumačenje može umanjiti doseg zabrane iz članka 81. stavka 1. UEZ-a suprotno njegovu korisnom učinku, s obzirom na to da ne omogućuje progon aktivnog doprinosa poduzetnika ograničenju tržišnog natjecanja (vidjeti točke 124. do 128. presude AC-Treuhand I).

40. Kao treće, da bi se utvrdilo da poduzetnik sudjeluje u zabranjenom sporazumu i da bi se na temelju toga pozvao na odgovornost, dovoljno je da Komisija dokaže da je poduzetnik vlastitim ponašanjem namjeravao, makar i na podređen, sporedan ili pasivan način, pridonijeti zajedničkim ciljevima te da je znao za materijalne postupke koje su planirali ili proveli drugi poduzetnici, ili da ih je mogao razumno predvidjeti te je bio spreman prihvatiti rizik koji iz toga proizlazi. Ta se načela primjenjuju *mutatis mutandis* na sudjelovanje poduzetnika koji zbog svoje gospodarske djelatnosti i stručnog znanja mora znati za protutržišni karakter predmetnih postupaka i stoga pruža nezanemarivu potporu počinjenju povrede (vidjeti točke 129. do 136. presude AC-Treuhand I).

41. Kao četvrto i posljednje, Opći je sud u točki 164. navedene presude AC-Treuhand I smatrao da na temelju prakse odlučivanja Komisije, koja postoji više od dvadeset godina i kojom se nije osuđivalo niti kažnjavalo poduzetnike konzultante uključene u zabranjene sporazume, a da ipak nije isključena mogućnost da ih se može smatrati odgovornima za povredu, ne mogu nastati utemeljena očekivanja da Komisija u budućnosti neće progoniti i kažnjavati poduzetnike konzultante ako sudjeluju u zabranjenom sporazumu. Činjenica da je iznos izrečene novčane kazne u tom slučaju bio vrlo ograničen nije odlučujuća za predmetni slučaj jer se, kao što je Komisija s pravom istaknula, radilo o kažnjavanju subjekata, osobito konzultantskih društava, za koje je u prošlosti odlučeno da se njihova moguća uključenost u aktivnosti kartela ne kažnjava.

42. Ta sva razmatranja kojima se ističe da članak 81. UEZ-a u konačnici vrlo malo ograničava narav koluzivnih ponašanja koja bi mogla biti obuhvaćena zabranom iz njegova stavka 1. prema mojem mišljenju u potpunosti zanemaruju doseg te zabrane i cilj koji se njome želi postići.

43. U skladu s člankom 81. stavkom 1. UEZ-a, „[b]udući da su nespojivi s unutarnjim tržištem, zabranjuju se: svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i *koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu*“¹⁵.

44. Iako bi se ono na što ću podsjetiti u mnogim pogledima moglo činiti očitim, članak 81. UEZ-a kao i članak 82. UEZ-a propisuju određena pravila koja se odnose na *poduzetnike* kako bi im zabranili ponašanja za koja je dokazano ili za koja se nakon gospodarske analize može razumno pretpostaviti da imaju negativan utjecaj na tržišno natjecanje.

45. Cilj pravila u području tržišnog natjecanja općenito jest osigurati da učinci slobode tržišnog natjecanja, koji su istovjetni otvaranju tržišta, nisu narušeni mjerama u širem smislu koje daju prednost određenim poduzetnicima ili ih stavljaju u nepovoljniji položaj i koje u konačnici štete potrošačima.

46. Bez obzira na to smatra li se da navedena ponašanja imaju protutržišni cilj ili pak protutržišnu posljedicu, zabrana ponašanja koja su obuhvaćena pravilima ugovora koji se odnose na poduzetnike temelji se na ideji da ta ponašanja imaju štetne učinke na dobro funkcioniranje uobičajenog tržišnog natjecanja.

47. Da bi se poduzetnika smatralo odgovornim za povredu članka 81. stavka 1. UEZ-a, treba odrediti u kojoj se mjeri dogovorio s drugim poduzetnicima da se odrekne toga da na njih izvršava konkurentski pritisak.

15 — Moje isticanje

48. U tom je smislu Sud vrlo rano podsjetio na potrebu da se provede gospodarska analiza, osobito uzimajući u obzir položaj i važnost sudionika na tržištu predmetnih proizvoda ili usluga¹⁶. Sud je, čak vrlo nedavno, što se tiče metodologije utvrđivanja koluzivnih ponašanja koja imaju protutržišni cilj, podsjetio na važnost koju treba pripisati gospodarskoj analizi i iskustvu¹⁷ u svrhu utvrđivanja konkurentskih pritisaka koji se izvršavaju na poduzetnike.

49. Jednako tako, Komisija¹⁸ je, kao i Sud, opetovano isticala da primjenjivost odredbi ugovora o zabrani protutržišnih zabranjenih sporazuma podrazumijeva to da se položaj trećih strana „na tržištu“ znatno promijenio.

50. Da bi poduzetnici bili obuhvaćeni zabranom koja je u tom pogledu predviđena ugovorima, njihova ponašanja, obuhvaćena ugovorima, trebala bi biti barem *takve naravi da uklanjaju pritisak ili prepreku koja načelno postoji na tržištu*. Iako je priroda sredstava koja poduzetnici upotrebljavaju u konačnici nevažna¹⁹, ipak je potrebno da iz toga proizlazi gospodarski pritisak koji može ograničiti tržišno natjecanje²⁰.

51. Drugim riječima, da bi predmetni poduzetnik sudjelovao u zabranjenom sporazumu čiji je cilj ili posljedica ograničenje tržišnog natjecanja, potrebno je da on na uobičajenom tržištu izvršava konkurentski pritisak („competitive constraint”) na ostale sudionike zabranjenog sporazuma. Samo ako dotični poduzetnik predstavlja pritisak na konkurenciju koji se isplati ograničavati, može se raditi o takvom pritisku.

52. U tom smislu definicija relevantnog tržišta ima središnju važnost u okviru primjene članka 82. UEZ-a kao i u okviru članka 81. stavka 1. UEZ-a. Iako je definicija relevantnog tržišta rijetko sporna u okviru primjene članka 81. UEZ-a, cilj joj je uvijek sustavno utvrditi konkurentске pritiske na predmetne poduzetnike²¹.

53. Iako je u tom pogledu točna tvrdnja da europsko pravo tržišnog natjecanja ne zahtijeva da svi sudionici zabranjenog sporazuma obavljaju gospodarsku djelatnost na tržištu na koje utječe zabranjeni sporazum, to pravo ipak zahtijeva da se odredi po čemu je cilj ili posljedica sklapanja spornog sporazuma ograničenje tržišnog natjecanja na određenom relevantnom tržištu.

16 — Vidjeti presudu LTM, 56/65, EU:C:1966:38, u kojoj se objašnjava, navodeći da članak 85. stavak 1. Ugovora o EZ-u (koji je postao članak 81. stavak 1. UEZ-a) ne pravi nikakvu razliku ovisno o tome nalaze li se stranke na istoj razini (takozvani „horizontalni” sporazumi) ili na različitim razinama (takozvani „vertikalni” sporazumi) gospodarskog procesa, da tržišno natjecanje koje je navodno narušeno treba shvatiti u stvarnom okviru u kojem bi se odvijalo kad ne bi bilo spornog sporazuma (vidjeti osobito str. 358. i 360. presude).

17 — Vidjeti presudu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 51.).

18 — Vidjeti osobito točku I.2. Obavijesti Komisije od 3. rujna 1986. o sporazumima male vrijednosti koji nisu obuhvaćeni odredbama članka 85. stavka 1. Ugovora o osnivanju Europske ekonomske zajednice (SL 1986., C 231, str. 2.), u skladu s kojom su „[z]abranjeni samo sporazumi koji imaju znatne učinke na tržišne uvjete, drugim riječima, koji znatno mijenjaju položaj trećih stranih poduzetnika i korisnika na tržištu, odnosno njihove tržišne mogućnosti ili izvore opskrbe”. U Obavijesti Komisije o sporazumima male vrijednosti koji neznatno ograničavaju tržišno natjecanje prema članku 81. stavku 1. [UEZ-a] (sporazumi *de minimis*) (SL 2001., C 368, str. 13.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 30.) navode se slična razmatranja u njezinoj točki I. i osobito se pojašnjava da je „Sud [...] dao [...] objašnjenje da se [članak 81. stavak 1. UEZ-a] ne primjenjuje u slučajevima u kojima je utjecaj sporazuma na trgovinu unutar Zajednice ili na tržišno natjecanje neznatan”.

19 — U tom pogledu nije sporno da se članak 81. UEZ-a odnosi na vrlo različite oblike koluzije koji se očituju u više ili manje formalnim sporazumima, odnosno u usklađenim djelovanjima koja nisu utvrđena u ugovorima u pravom smislu riječi. Naime, dovoljno je da su predmetna protutržišna ponašanja izraz suglasnosti volja najmanje dviju strana, pri čemu oblik u kojem se očituje ta suglasnost nije sam po sebi odlučujući (vidjeti osobito presudu Komisija/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, t. 37.).

20 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika H. Mayrasa u spojenim predmetima Suiker Unie i dr./Komisija (40/73 do 48/73, 50/73, 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 i 114/73, EU:C:1975:78)

21 — Vidjeti u tom pogledu presudu Erste Group Bank i dr./Komisija (C-125/07 P, C-133/07 P i C-137/07 P, EU:C:2009:576, t. 60.).

54. Ne postavlja se samo pitanje mogu li poduzetnici koji mogu sklopiti zabranjeni sporazum u smislu članka 81. UEZ-a djelovati na različitim tržištima, nego i mogu li jedan na drugoga izvršavati konkurentski pritisak. Iako je točno da tržišno natjecanje iz članka 81. stavka 1. UEZ-a nije samo natjecanje u kojem mogu međusobno sudjelovati stranke sporazuma, nego i natjecanje koje se može odvijati između jedne od stranaka i trećih osoba²², ipak je potrebno da predmetni subjekt može preuzeti ili stvoriti obveze protutržišne naravi.

55. Čini mi se da taj zahtjev ne proizlazi samo iz teleološkog tumačenja članka 81. stavka 1. UEZ-a, nego i iz sudske prakse Suda koja je u tom području, osobito u pogledu vertikalnih ograničenja, nastala nakon presude Consten i Grunding/Komisija²³. Sud je podsjetio da se članak 85. Ugovora (koji je postao članak 81. UEZ-a) na općenit način odnosi na sve sporazume koji narušavaju tržišno natjecanje unutar zajedničkog tržišta, pri čemu se njime ne uspostavlja nikakva razlika između tih sporazuma s obzirom na to jesu li sklopljeni između konkurentskih subjekata na istoj razini ili između subjekata koji nisu konkurenti i djeluju na različitim razinama, te je u nastavku svojeg rasuđivanja pojasnio kako ponašanja u tom predmetu, odnosno sporazumi o isključivoj distribuciji koje su sklopili distributer i proizvođač, mogu prouzročiti ograničenje tržišnog natjecanja u pogledu predmetnih proizvoda koje se odvija između distributera i trećih osoba koje su im konkurenti. Situacija koja je nastala zbog navedenih sporazuma prouzročila je podjelu nacionalnih tržišta predmetnih proizvoda i omogućila da se za te proizvode odrede cijene koje nisu izložene učinkovitom tržišnom natjecanju.

56. Ovaj ću slučaj ispitati uzimajući u obzir ta razmatranja.

2. Primjena na predmetni slučaj

57. U ovom slučaju, od Suda se traži da razmotri pitanje može li se članak 81. UEZ-a primijeniti na ponašanje „cartels facilitators“, odnosno na subjekte koji pomažu u provedbi sporazuma o ograničenju tržišnog natjecanja osobito time što organiziraju sastanke između konkurenata i pružaju usluge u okviru protutržišnih sporazuma.

58. U točki 381. sporne odluke Komisija je ulogu tužitelja opisala na sljedeći način:

„Iz činjenica navedenih u uvodnim izjavama 356. do 359. proizlazi da je AC-Treuhand imao važnu ulogu u organiziranju i vođenju sastanaka. Detaljno je poznavao sadržaj protutržišnih dogovora i stoga je vrlo stručno sastavio i prosljedio sve podatke o cijenama, kvotama i klijentima. Imao je ovlast obavljati reviziju u prostorijama poduzetnika koji su sudjelovali u zabranjenim sporazumima. Samo su podaci koje je u konačnici odobrio AC-Treuhand mogli služiti kao osnova za pregovore i dogovore. Stavio je na raspolaganje svoje prostorije kako bi omogućio prikrivanje zabranjenih sporazuma. U oba je sporazuma njegova uloga bila spriječiti otkrivanje dviju povreda. Kao moderator, njegova uloga bila je poticati kompromise kako bi omogućio sklapanje protutržišnih sporazuma. AC-Treuhand je svoje usluge, stručno znanje i infrastrukturu stavio na raspolaganje dvama kartelima kako bi od njih mogao izvući korist [...]“

59. Mora se utvrditi da činjenice koje se predbacuju žalitelju obuhvaćaju niz ponašanja a da njegova uloga nije bila pravno i jasno pojašnjena kao uloga počinitelja ili pak sudionika (ili pomagača)²⁴.

22 — Presuda Italija/Vijeće i Komisija (32/65, EU:C:1966:42)

23 — 56/64 i 58/64, EU:C:1966:41, str. 493.

24 — Uvodna izjava 668. sporne odluke koja se odnosi na utvrđivanje iznosa novčanih kazni ipak upućuje na to da se AC-Treuhand smatrao odgovornim za „izravno sudjelovanje“ u zabranjenim sporazumima tijekom tih razdoblja.

60. Tako opisan položaj žalitelja stoga dovodi do pitanja, najprije i u nastavku na gore navedeno, može li se poduzetnika koji nije prisutan na tržištu ili susjednom tržištu progoniti kao počinitelja povrede članka 81. stavka 1. UEZ-a i, zatim, je li moguće takvog subjekta progoniti zbog sudionništva u protutržišnim ponašanjima.

a) Može li društvo koje ne obavlja djelatnost na predmetnom tržištu ili povezanim tržištima biti *počinitelj* povrede zabrane zabranjenih ugovora?

61. Kao što sam prethodno napomenuo, člankom 81. stavkom 1. UEZ-a zabranjuju se samo sporazumi i usklađeno djelovanje koji imaju za cilj ili posljedicu ograničenje tržišnog natjecanja.

62. Međutim, da bi mogla ograničiti tržišno natjecanje, optužena osoba ili subjekt mora u uobičajenim okolnostima moći na subjekte koji su prisutni na tržištu izvršiti konkurentski pritisak („competitive constraint“) koji se može ukloniti ili smanjiti koluzivnim radnjama.

63. Isto tako, neovisno o tome djeluje li predmetni poduzetnik na istom tržištu ili istoj razini kao i poduzetnici članovi zabranjenog sporazuma, potrebno je utvrditi u kojoj je mjeri tržišno natjecanje koje se provodi na tržištu predmetnih proizvoda bilo potencijalno ograničeno ili ukinuto zbog sudjelovanja tog poduzetnika.

64. U ovom slučaju, nema sumnje da se AC-Treuhand općenito može smatrati poduzetnikom u smislu da čini gospodarski subjekt koji se sastoji od jedinstvene organizacije osobnih, materijalnih i nematerijalnih elemenata kojom se trajno želi postići konkretni gospodarski cilj. Naime, kao što proizlazi iz točke 6. pobijane presude, ovdje se doista radi o društvu koje obavlja gospodarsku djelatnost, osobito djelatnost pružanja usluga na tržištu savjetovanja²⁵.

65. Ipak, valja napomenuti da ga se u ovom predmetu ne može smatrati poduzetnikom koji djeluje na relevantnom tržištu ili povezanim tržištima. U ovom je slučaju djelovao kao savjetnik, ali nije preuzeo niti je itko prema njemu preuzeo nikakvu protutržišnu obvezu. Čak ni potencijalno ne djeluje na predmetnim tržištima, koja su tržišta vrlo specifičnih proizvoda, odnosno toplinskih stabilizatora određene vrste, nego samo u svojem području djelatnosti, odnosno pruža usluge savjetovanja.

66. Jedini sporazumi u kojima je AC-Treuhand mogao eventualno sudjelovati su sporazumi o pružanju usluga koje je sklopio s poduzetnicima sudionicima kartela koji se odnose na toplinske stabilizatore. S druge strane, AC-Treuhand ne može se smatrati punopravnim članom zabranjenog sporazuma iz članka 1. sporne odluke, odnosno niza sporazuma i usklađenih djelovanja koja se odnose na određene toplinske stabilizatore i kojima se dogovaraju cijene, dijele tržišta kao i klijenti te razmjenjuju osjetljivi tržišni podaci.

67. Predmet sporazuma sklopljenih između AC-Treuhand i poduzetnika koji djeluju na tržištu bilo je samo pružanje usluga koje su, naravno, povezane s provedbom zabranjenog sporazuma, ali koje se, kao takve, razlikuju od ponašanja koja se predbacuju članovima zabranjenog sporazuma.

68. Osim toga, Komisija nije navela, a još manje je dokazala, da AC-Treuhand načelno izvršava konkurentski pritisak na poduzetnike koji su članovi kartela. Budući da AC-Treuhand ne izvršava takav pritisak na članove kartela utvrđenog u sektoru toplinskih stabilizatora, njegova ponašanja kao takva ne mogu ograničavati tržišno natjecanje i stoga ne mogu biti obuhvaćena zabranom zabranjenih sporazuma iz članka 81. stavka 1. UEZ-a.

25 — Vidjeti u tom smislu osobito presudu Wouters i dr. (C-309/99, EU:C:2002:98, t. 47. i navedenu sudsku praksu).

69. Čak i kad bi se pokazalo da su postupci AC-Treuhand imali pozitivan učinak na funkcioniranje kartela jer su ga učinili djelotvornijim i prikrili ga, učinci predmetnih postupaka na tržišno natjecanje proizlaze *isključivo* iz ponašanja članova kartela. Čak i u tom slučaju, ako AC-Treuhand u uobičajenim okolnostima ne izvršava konkurentski pritisak na predmetne poduzetnike, njegovi postupci ne ograničavaju tržišno natjecanje.

70. Stoga, koliko god pojmovi upotrijebljeni u Ugovoru bili općeniti, u kontekstu zabrane iz članka 81. stavka 1. UEZ-a ne mogu se obuhvatiti sporazumi koji sami po sebi nemaju za cilj ili posljedicu ograničenje tržišnog natjecanja, nego se odnose na usluge čiji je cilj strankama sporazuma, koji djeluje ograničavajuće na tržišno natjecanje, olakšati nastavak nezakonitih ponašanja²⁶. Sama namjera poduzetnika da ograniči tržišno natjecanje ne može biti dovoljna ako poduzetnik nije stvarno sposoban provoditi takvo ograničenje.

71. Ako bi Sud trebao prihvatiti pristup koji u ovom predmetu zastupa Komisija i potvrđuje Opći sud, to bi ozbiljno poremetilo metodologiju utvrđivanja protutržišnih ponašanja obuhvaćenih ugovorima. Prema mojem mišljenju, to bi dovelo do razdvajanja predmetnih ponašanja i nužnosti utvrđivanja ograničenja tržišnog natjecanja u gospodarskom smislu riječi, koje bi određivanje relevantnog tržišta i utvrđivanje pritisaka koji se u načelu izvršavaju na navedenom tržištu učinilo potpuno suvišnim.

72. To bi se razdvajanje moglo pokazati problematičnim, ne samo u okviru otkrivanja koluzivnih ponašanja iz članka 81. UEZ-a nego i, po analogiji, u pogledu zlorababe vladajućeg položaja obuhvaćene zabranom iz članka 82. UEZ-a. Naposljetku, ne može se isključiti mogućnost da bi se ponašanje pomagača, koje uključuje, na primjer, davanje strateških savjeta ili gospodarskih ekspertiza, također kaznilo u okviru primjene članka 82. UEZ-a.

73. Na primjer, u okviru primjene članka 81. UEZ-a moglo bi biti dovoljno utvrditi da je poduzetnik više ili manje pomagao ili podržavao poduzetnike koji su usvojili koluzivna ponašanja na danom tržištu a da se pritom ne zahtijeva da je, neovisno o svojoj prisutnosti na tom tržištu, stvarno mogao izvršavati bilo kakav konkurentski pritisak na poduzetnike koji djeluju ili žele djelovati na navedenom tržištu, odnosno da se pritom nije ocijenila gospodarska snaga zabranjenog sporazuma²⁷. U istom smislu, moglo bi se predbaciti jednom ili više poslovnih partnera da su sudjelovali u zlorabi vladajućeg položaja neovisno o pitanju zauzimaju li oni zaista takav položaj na jasno određenom tržištu i jesu li zaista mogli ograničiti tržišno natjecanje koje se odvija na njemu.

74. Time što je potvrdio zaključak koji je u tom pogledu donijela Komisija, Opći je sud, prema mojem mišljenju, povrijedio tekst članka 81. stavka 1. UEZ-a s obzirom na načelo zakonitosti.

75. U tim okolnostima u načelu nije potrebno utvrditi je li, kao što tvrdi Komisija, žalitelj mogao razumno predvidjeti da se zabrana propisana člankom 81. stavkom 1. UEZ-a u načelu primjenjuje na njega.

76. Imajući sva ta razmatranja u vidu, držim da Komisija nije mogla izravno smatrati AC-Treuhand odgovornim za povredu članka 81. stavka 1. UEZ-a.

77. Je li mogao biti odgovoran po nekoj drugoj osnovi? To ću ispitati u razmatranjima koja slijede.

26 — Kao što je Sud vrlo rano napomenuo, iako je općenitost upotrijebljenih pojmova u Ugovoru kada je riječ o zabrani zabranjenih sporazuma izraz namjere da se obuhvate sve kategorije zabranjenih sporazuma, restriktivni karakter članka 81. stavka 1. UEZ-a protivi se svakom proširenju zabrane izvan tri izričito nabrojene kategorije zabranjenih sporazuma (vidjeti presudu Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, str. 109.).

27 — Kao primjer tog rizika vidjeti osobito presude Deltafina/Komisija (T-29/05, EU:T:2010:355, t. 45. i slj.) i Gütermann/Komisija (T-456/05 i T-457/05, EU:T:2010:168, t. 53.).

b) Može li društvo koje ne izvršava konkurentski pritisak na članove zabranjenog sporazuma biti *sudionik* povrede zabrane zabranjenih ugovora?

78. Iako, prema mojem mišljenju, treba isključiti odgovornost poduzetnika kao što je AC-Treuhand kao glavnog počinitelja jer ne djeluje na relevantnom tržištu ili tržištima povezanim sa zabranjenim sporazumom, postavlja se još i pitanje može li ga se smatrati odgovornim za sudioništvo s obzirom na to da se, suprotno presudi AC-Treuhand I (vidjeti osobito točku 133.), u spornoj odluci i pobijanoj presudi tim pojmom ne koristi izričito.

79. *A priori*, ta se zamisao može činiti privlačnom. Naime, sudioništvom se općenito smatra svaki doprinos ostvarenju povrede, osobito pomaganje ili podržavanje njezina počinitelja. Sudionik se u tom pogledu, u kaznenom pravu mnogih država članica, odnosi na svaku osobu koja je, ne ostvarujući sve elemente povrede, pozitivnim i najčešće namjernim ponašanjem pomogla ili poduprla ostvarenje povrede.

80. Činjenice koje se predbacuju AC-Treuhandu (organiziranje sastanaka, distribucija i arhiviranje dokumentacije, podržavanje i različiti postupci radi očuvanja tajnosti zabranjenog sporazuma) mogle bi *a priori* biti obuhvaćene tom definicijom jer je ponašanje navedenog poduzetnika prema svemu sudeći uključivalo podršku članovima kartela u njegovom osnivanju i realizaciji.

81. To ne mijenja činjenicu da je, zbog nedostatka utvrđivanja i točne kvalifikacije ponašanja koja se u ovom slučaju smatraju kažnjivima, takav zaključak teško predvidjeti. U tom pogledu, uostalom, nigdje nije navedeno da je uloga AC-Treuhanda bila sekundarna ili sporedna u odnosu na ulogu koju su imali poduzetnici članovi kartela na koje se odnosi sporna odluka.

82. Osim toga i prije svega, ako i, prema mojim saznanjima, postoji gotovo jednoglasno priznanje razlikovanja između „počinitelja“ i „sudionika“ povrede u području kaznenog progona, čini mi se da je takvo razlikovanje općenito nepoznato u upravnom području. Međutim, kao što je Sud potvrdio u mnogo navrata i iako to može biti predmet rasprave, pravo tržišnog natjecanja Unije upravne je naravi. Upotrebljavanje pojma sudioništva stoga u načelu nema smisla u tom kontekstu. Iako u pravu država članica postoje brojne situacije u kojima je predviđeno kažnjavanje osoba ili subjekata koji su podržali izvršenje povrede pravila tržišnog natjecanja, slučajevi koje sam ja mogao pronaći rijetki su i odnose se na specifične nacionalne odredbe²⁸ ili su proizašli izravno iz presude AC-Treuhand I²⁹.

83. U svakom slučaju, takva optužba ne proizlazi iz teksta članka 81. UEZ-a ili pravila donesenih radi njegove provedbe.

84. Imajući u vidu sva ta razmatranja, smatram da, u pravu Unije prema njegovu trenutačnom stanju, progon AC-Treuhanda na temelju članka 81. stavka 1. UEZ-a nema pravnu osnovu.

85. To ne isključuje mogućnost da se postupci sudioništva koji se predbacuju AC-Treuhandu u budućnosti kazne na temelju posebne odredbe.

28 — Vidjeti osobito presudu Cour d'appel de Paris od 26. rujna 1991. kojom se predviđa kažnjavanje odvjetnika zbog pravnog savjetovanja o mehanizmu usklađenih djelovanja i u kojoj je presuđeno da su ti savjeti bili obuhvaćeni profesionalnom tajnom. Valja napomenuti da, s jedne strane, članak L. 420.1 francuskog Code de commercea, koji se odnosi na zabranjene sporazume, kao uvjet za primjenu ne postavlja da stranke moraju imati status poduzetnika i da, s druge strane, članak L. 420-6 navedenog zakona predviđa mogućnost kažnjavanja novčanom ili zatvorskom kaznom „svake fizičke osobe koja s namjerom zlouporabe osobno i odlučno sudjeluje u oblikovanju, organiziranju ili provedbi [protutržišnih] djelovanja iz članaka L. 420-1 i L. 420-2“.

29 — Nederlandse Mededingingsautoriteit (nizozemsko tijelo nadležno za tržišno natjecanje), koje je postalo Autoriteit Consument & Markt, 12. lipnja 2009. kaznilo je inženjersko društvo zbog njegove uloge pomagača u području soboslikarstva (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/>). Nedavno je novčanom kaznom od 5000 eura kaznilo pomagača u poljoprivrednom sektoru (<https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/>).

86. U tom pogledu, čini mi se zanimljivim napomenuti da je, u određenim državama članicama, zakonodavac odabrao donošenje posebnih pravila o kažnjavanju ponašanja „pomagača“, odnosno pravila koja su najčešće obuhvaćena kaznenim pravom. Slučaj Ujedinjene Kraljevine je dobar primjer ograničenja svojstvenih pravilima tržišnog natjecanja za obuhvaćanje radnji potpore za uspostavljanje protutržišnih ponašanja jer je upravo uvođenjem posebne inkriminacije („criminal cartel offence“), koja je predviđena odjeljkom 188. Enterprise Acta iz 2002.³⁰ i koja je stupila na snagu u lipnju 2003., odlučeno da se kazni pomagač u predmetu nazvanom „kartel koji se odnosi na cijevi korištene u pomorstvu“³¹.

87. Prema mojem mišljenju, samo zakonodavac Unije može predvidjeti povredu koja se odnosi na sudionike u povredi prava tržišnog natjecanja. U tom pogledu želim istaknuti da se želja institucija da osiguraju djelotvornost politika koje namjeravaju provoditi treba uskladiti sa zahtjevima zakonitosti i pravne sigurnosti. Kao što je napomenuo jedan autor, doktrina korisnog učinka ne smije dovesti Sud do toga da odredbe Ugovora tumači u smislu najvećeg proširenja nadležnosti institucija, nego treba omogućiti tumačenje relevantnih pravila u skladu s njihovim ciljem i svrhom³².

88. Zbog svih tih razloga, smatram da je prvi istaknuti žalbeni razlog osnovan i da pobijanu presudu treba ukinuti a da nije potrebno očitovati se o drugim žalbenim razlozima.

89. Budući da mi se čini da stanje predmeta dopušta da se o njemu konačno odluči, usto predlažem Sudu da ukine spornu odluku u dijelu u kojem se odnosi na AC-Treuhand.

V – Zaključak

90. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da odluči na sljedeći način:

1. Presuda Općeg suda Europske unije od 6. veljače 2014., AC-Treuhand/Komisija (T-27/10, EU:T:2014:59), ukida se.
2. Odluka Komisije C (2009) 8682 *final* od 11. studenoga 2009. o postupku primjene članka 81. UEZ-a i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/38589 – Toplinski stabilizatori) poništava se u dijelu u kojem se odnosi na AC-Treuhand AG.
3. Europskoj komisiji nalaže se snošenje troškova, kako prvostupanjskog postupka tako i žalbenog postupka.

30 — Ta odredba predviđa sljedeće: „An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings“.

31 — U skladu s odlukom koju je donio UK Office of Fair Trading, fizičkim osobama su izrečene zatvorske kazne do tri godine zbog sudjelovanja u navedenom kartelu.

32 — Vidjeti Pescatore, P., „Monisme et dualisme et ‚effet utile‘ dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne“, u *Une communauté de droit*, 2003., str. 340.