



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NICHOLASA EMILIOUA
od 12. svibnja 2022.¹

Predmet C-883/19 P

**HSBC Holdings plc,
HSBC Bank plc,
HSBC Continental Europe, prije HSBC France
protiv**

Europske komisije

„Žalba – Tržišno natjecanje – Članak 101. UFEU-a – Manipulacija referentnim međubankovnim stopama Euribor – Razmjena povjerljivih informacija – Ograničenje ‚s obzirom na cilj‘ – Jedinstvena i trajna povreda – Nagodba – Hibridni postupak – Pretpostavka nedužnosti – Pravo na dobru upravu – Obveza nepristranosti”

I. Uvod

1. Banke, institucionalni ulagači, trgovačka društva i pojedinci često koriste kamatne izvedenice denominirane u eurima (Euro Interest Rate Derivatives; u daljnjem tekstu: EIRD-ovi) kako bi se zaštitili od promjena u tržišnim kamatnim stopama. Europska međubankovna kamatna stopa (Euro Interbank Offered Rates; u daljnjem tekstu: Euribor) važna je zato što pruža mjerilo za visinu kamatnih stopa raznih financijskih proizvoda, kao što su kamatni ugovori o razmjeni („interest rate swaps”), kamatne budućnosnice („futures”), štedni računi i zajmovi osigurani hipotekom. S druge strane, prekonoćni prosječni indeks eura (Euro Over-Night Index Average; u daljnjem tekstu: EONIA) nekada je služio kao međubankovna prekonoćna referentna stopa za euro. EONIA se prestala koristiti 3. siječnja 2022.

2. U ovom žalbenom postupku neka društva koja pripadaju bankovnoj grupi HSBC od Suda zahtijevaju da ukine presudu Općeg suda² kojom je djelomično odbijena njihova tužba za poništenje Komisijine odluke kojom im je izrečena novčana kazna zato što su, od 12. veljače do 27. ožujka 2007., sudjelovali u zabranjenom sporazumu na tržištu EIRD-ova vezanih uz Euribor i/ili EONIA-u³.

¹ Izvorni jezik: engleski

² Presuda od 24. rujna 2019., HSBC Holdings i dr./Komisija (T-105/17, EU:T:2019:675, t. 1. do 12.) (u daljnjem tekstu: pobijana presuda)

³ Odluka Komisije od 7. prosinca 2016. u vezi s postupkom na temelju članka 101. UFEU-a i članka 53. Sporazuma o EGP-u (Predmet AT.39914 – kamatne izvedenice u eurima, C(2016) 8530 *final* (u daljnjem tekstu: sporna odluka)

3. Ovaj žalbeni postupak otvara nekoliko postupovnih i meritornih pitanja u pogledu Unijina prava tržišnog natjecanja. Među njima su posebno važna ona koja se odnose na Komisijinu obvezu da bude nepristrana i poštuje pretpostavku nedužnosti stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi kada provodi hibridne postupke⁴ i na pojam „povreda s obzirom na cilj”.

II. Činjenični i pravni kontekst

4. Činjenično stanje i pravni okvir predmetnog slučaja, kako su opisani u pobijanoj presudi⁵, mogu se sažeti na sljedeći način.

5. Dana 14. lipnja 2011. bankovna grupa Barclays (u daljnjem tekstu: Barclays) podnijela je Komisiji zahtjev za priznavanje zabilježbe na temelju Obavijesti Komisije o oslobađanju od kazni i smanjenju kazni u slučajevima kartela⁶, obavijestivši je o postojanju zabranjenog sporazuma u sektoru EIRD-ova i izrazivši želju za suradnjom. Dana 14. listopada 2011. Barclays je uvjetno oslobođen od kazne.

6. Dana 5. ožujka i 29. listopada 2013. Komisija je primjenom članka 11. stavka 6. Uredbe br. 1/2003 pokrenula postupak radi utvrđivanja povrede obveze protiv društava HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc i HSBC Continental Europe (prije društvo HSBC France) (u daljnjem tekstu zajedno: HSBC ili žalitelji), Barclaysa, društava Crédit Agricole SA i Crédit agricole Corporate and Investment Bank (u daljnjem tekstu zajedno: Crédit agricole), društava Deutsche Bank AG, Deutsche Bank Services (Jersey) Ltd i DB Group Services (UK) Ltd (u daljnjem tekstu zajedno: Deutsche Bank), društava JP Morgan Chase & Co., JP Morgan Chase Bank National Association i JP Morgan Services LLP (u daljnjem tekstu zajedno: JP Morgan), društava Royal Bank of Scotland plc i Royal Bank of Scotland Group plc (u daljnjem tekstu zajedno: RBS) te društva Société Générale.

7. Barclays, Deutsche Bank, Société générale i RBS željeli su sudjelovati u postupku nagodbe na temelju članka 10.a Uredbe br. 773/2004. Žalitelji, Crédit Agricole i JP Morgan odlučili su ne sudjelovati u tom postupku nagodbe.

8. Dana 4. prosinca 2013. Komisija je u odnosu na Barclays, Deutsche Bank, Société générale i RBS donijela Odluku C(2013) 8512 *final* u vezi s postupkom na temelju članka 101. [UFEU-a] i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet AT.39914, Kamatne izvedenice u eurima (EIRD) (Nagodba)) (u daljnjem tekstu: odluka o nagodbi) u kojoj je zaključila da su ti poduzetnici povrijedili članak 101. UFEU-a i članak 53. Sporazuma o EGP-u time što su sudjelovali u jedinstvenoj i trajnoj povredi čiji je cilj bilo narušavanje uobičajenog toka određivanja cijena na tržištu EIRD-ova.

9. Dana 19. ožujka 2014. Komisija je žaliteljima kao i Crédito Agricole te JP Morganu uputila obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.

⁴ „Hibridni postupak” je postupak u kojem Komisija usporedno vodi postupak nagodbe na temelju članka 10.a Uredbe Komisije (EZ) br. 773/2004 od 7. travnja 2004. o postupcima koje Komisija vodi na temelju članaka [101. UFEU-a] i [102. UFEU-a] (SL 2004., L 123, str. 18.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 298.), kako je izmijenjena Uredbom Komisije (EZ) br. 622/2008 od 30. lipnja 2008. o izmjeni Uredbe (EZ) br. 773/2004 o provođenju postupaka nagodbe u kartelnim predmetima (SL 2008., L 171, str. 3.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 243.), i redovni upravni postupak na temelju članka 7. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165. i ispravak SL 2016., L 173, str. 108.).

⁵ Točke 1. do 11. pobijane presude

⁶ SL 2006., C 298, str. 17. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 62.)

10. Žalitelji su mogli pregledati dostupne dijelove Komisijina spisa te su njihovi zastupnici imali pravo na dodatan pristup spisu u Komisijinim prostorima. Žalitelji su također imali pristup obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku koja je upućena strankama koje su sudjelovale u nagodbi, odgovorima tih stranaka i odluci o nagodbi.

11. Dana 14. studenoga 2014. tužitelji su podnijeli svoja pisana očitovanja povodom obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku te su se izjasnili na saslušanju koje se odvijalo od 15. do 17. lipnja 2015.

12. Komisija je 7. prosinca 2016., na temelju članka 7. i 23. Uredbe br. 1/2003, donijela spornu odluku.

13. U članku 1. sporne odluke među ostalim je bilo navedeno da su žalitelji povrijedili članak 101. UFEU-a i članak 53. Sporazuma o EGP-a sudjelujući, od 12. veljače 2007. do 27. ožujka 2007., „u jedinstvenoj i trajnoj povredi u vezi s [EIRD-ovima] koja se protezala na cijeli EGP, a sastojala se od sporazuma i/ili usklađenih djelovanja čiji je cilj bilo narušavanje uobičajenog toka određivanja cijena u sektoru EIRD-ova [...]”.

14. Člankom 2. sporne odluke žaliteljima je izrečena novčana kazna u iznosu od 33 606 000 eura, za čije su plaćanje bili solidarno odgovorni.

III. Postupak pred Općim sudom i pobijana presuda

15. Tužitelji su tužbom na temelju članka 263. UFEU-a, podnesenom 17. veljače 2017., od Općeg suda u biti zatražili da poništi spornu odluku ili da, podredno, promijeni iznos novčane kazne.

16. Opći sud je presudom od 24. rujna 2019. odbio tužbene razloge žaliteljâ koji su se odnosili na: (i.) Komisijino utvrđenje postojanja povrede s obzirom na cilj; (ii.) Komisijino utvrđenje postojanja jedinstvene i trajne povrede; i na (iii.) navodnu pogrešku koja se tiče prava i bitnu povredu postupka u okviru upravnog postupka. Međutim, Opći sud je utvrdio da određenje iznosa novčane kazne u spornoj odluci nije dostatno obrazloženo.

17. Shodno tomu, Opći sud je djelomično poništio (točka 1. izreke) i djelomično potvrdio (točka 2. izreke) spornu odluku, naloživši žaliteljima i Komisiji snošenje vlastitih troškova (točke 3. i 4. izreke).

IV. Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

18. U žalbi koju su mu podnijeli 3. prosinca 2019. žalitelji od Suda zahtijevaju da: (i.) ukine točku 2. izreke pobijane presude, (ii.) poništi članak 1. točku (b) sporne odluke ili da ga, podredno, poništi u dijelu u kojem se odnosi na HSBC-ovo sudjelovanje u jedinstvenoj i trajnoj povredi nakon 19. ožujka 2007. te da (iii.) Komisiji naloži snošenje troškova.

19. Komisija pak od Suda zahtijeva da odbije žalbu te da žaliteljima naloži snošenje troškova.

20. Rješenjima predsjednika Suda od 16. srpnja 2020. Créditu Agricole i JP Morganu (u daljnjem tekstu: intervenijenti) dopušteno je da interveniraju u postupak u potporu zahtjevima žaliteljâ.

21. Komisija je odlukom od 28. lipnja 2021. izmijenila i iznova donijela spornu odluku kako bi ispravila nedovoljno obrazloženje u pogledu novčane kazne izrečene žaliteljima (u daljnjem tekstu: odluka iz 2021.)⁷.

22. Dana 7. rujna 2021. od Komisije je mjerom upravljanja postupkom donesenom na temelju članka 62. Poslovnika Suda zatraženo da dostavi primjerak odluke iz 2021. te da odgovori na tri pitanja u pogledu učinaka te odluke u odnosu na (izvornu) odluku koja je predmet pobijane presude. Komisija je dopisom od 16. rujna 2021. obavijestila Sud da su odlukom iz 2021. izmijenjene samo uvodne izjave i izreka sporne odluke u dijelu koji se tiče iznosa novčane kazne izrečene žaliteljima. Odlukom iz 2021. nisu izmijenjeni dijelovi sporne odluke koji su predmet ovog žalbenog postupka.

23. Žalitelji, intervenijenti i Komisija iznijeli su svoja stajališta na raspravi održanoj 26. siječnja 2022.

V. Ocjena

24. U ovom će se mišljenju razmatrati svih šest žalbenih razloga, prema redosljedu u kojem su ih žalitelji iznijeli, pri čemu će se zajedno obuhvatiti razlozi koji se odnose na isto pitanje.

25. Shodno tomu, prvo ću se baviti navodima da je Komisija povrijedila određena postupovna prava i jamstva žaliteljâ (A.). Kao drugo, posvetit ću se žalbenim razlozima žaliteljâ koji se odnose na činjenicu da je Opći sud postupanje žaliteljâ kvalificirao kao povredu „s obzirom na cilj” u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a (B.). Kao treće i posljednje, osvrnut ću se na argumente žaliteljâ koji se odnose na utvrđenja Suda da su sudjelovali u „jedinствenoj i trajnoj povredi” (C.).

26. S obzirom na broj i važnost pitanja koja ova žalba otvara, u ovom će se mišljenju detaljnije govoriti o onima koja, prema svemu sudeći, otvaraju novu pravnu problematiku ili koja su, u svakom slučaju, nešto složenije prirode. Na preostala ću se pitanja kraće osvrnuti jer je njih, prema mojemu mišljenju, moguće razriješiti na temelju ustaljene sudske prakse.

A. Prvi žalbeni razlog: pretpostavka nedužnosti i pravo na dobru upravu

1. Argumenti stranaka

27. Žalitelji svojim prvim žalbenim razlogom, usmjerenim protiv točaka 287. do 292. pobijane presude, navode da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava u svojoj ocjeni njihovih tužbenih razloga koji se odnose na Komisijinu povredu načela pretpostavke nedužnosti, njihova prava na dobru upravu i njihova prava na obranu.

28. Žalitelji navode da je Komisija, primijenivši hibridni postupak *s vremenskim razmacima*⁸, nepopravljivo pogoršala njihov položaj prije nego što je sporna odluka zapravo donesena, čime je povrijedila pretpostavku nedužnosti. Naime, u odluci o nagodbi, iako HSBC nije bio njezin adresat, utvrđeno je da je HSBC sudjelovao u dvostranim praksama s još jednom bankom kojima

⁷ Odluka Komisije C(2021) 4600 *final* od 28. lipnja 2021. o izmjeni Odluke Komisije C(2016) 8530 *final* od 7. prosinca 2016. (Predmet AT.39914 – kamatne izvedenice denominirane u eurima)

⁸ Za hibridni se postupak smatra da ima „vremenske razmake” kada odluka o nagodbi i redovna odluka (redovne odluke) nisu donesene istodobno, nego između njihova donošenja postoji vremenski razmak.

je cilj bilo ograničenje tržišnog natjecanja. To se utvrđenje, prema mišljenju žalitelja, nije moglo povući u kasnijem (redovnom) postupku koji se odnosio na stranke koje nisu sudjelovale u nagodbi, uključujući žalitelje.

29. Žalitelji usto navode da je Komisija povrijedila njihovo pravo na dobru upravu zato što njihov slučaj nije nepristrano ocijenila. Prema mišljenju žalitelja, to je potvrdio Europski ombudsman. Ombudsman je 2015. utvrdio da je povjerenik odgovoran za tržišno natjecanje (u daljnjem tekstu: tadašnji povjerenik) 2012. i 2014. dao neke javne izjave za koje se valjano može smatrati da sugeriraju da je Komisija (ili sam povjerenik) unaprijed odredila ishod tekuće istrage te da je to činilo slučaj loše uprave⁹.

30. Žalitelji tvrde da je Opći sud primijenio pogrešan pravni test prilikom razmatranja argumenata iznesenih u pogledu pretpostavke nedužnosti i prava na dobru upravu, zahtijevajući od njih da dokažu da bi odluka bila drukčija da nije bilo odnosne povrede¹⁰ (u daljnjem tekstu: test iz presude Suiker Unie¹¹). Prema mišljenju žalitelja, pravilno bi bilo primijeniti test je li postojala „prilika, čak i mala” da relevantna odluka bude drukčija¹².

31. Intervenijenti iznose slične argumente u tom pogledu. Osobito, Crédit Agricole smatra da Komisija, kada se poštovanje pretpostavke nedužnosti stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi ne može sasvim zajamčiti u odluci o nagodbi, odgovarajuće odluke (to jest odluku o nagodbi i redovnu odluku) treba donijeti istodobno. Kada je riječ o Komisijinoj obvezi nepristranosti, Crédit Agricole tvrdi da pobijana presuda nije dostatno obrazložena jer se bavi navodnom povredom objektivne nepristranosti, ali ne i povredom subjektivne nepristranosti. JP Morgan smatra da je Opći sud primjenom testa iz presude Suiker Unie žaliteljima nametnuo nemoguć teret dokazivanja, što čini povredu njihova prava na djelotvoran pravni lijek zajamčenog člankom 47. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja).

32. Komisija pak odbija kritiku koju žalitelji upućuju prema pobijanoj presudi. Ona smatra da donošenjem odluke o nagodbi prije sporne odluke nije povrijedila ni svoju obvezu objektivne nepristranosti ni pretpostavku nedužnosti. Ona u vezi s tim naglašava da se primjena hibridnog postupka s vremenskim razmacima ne protivi ni relevantnom zakonodavstvu¹³ ni sudskoj praksi sudova Unije¹⁴. Mišljenja je da je Opći sud pravilno presudio da u odluci o nagodbi (i.) nije utvrđena odgovornost HSBC-a niti je na njegovu štetu doneseno bilo koje drugo utvrđenje te da se u njoj (ii.) tek nekoliko puta upućuje na HSBC, i to samo u mjeri u kojoj je to bilo strogo nužno kako bi se opisale i utvrdile okolnosti koje terete stranke koje su sudjelovale u nagodbi.

33. Usto, Komisija tvrdi da se Opći sud, primijenivši test iz presude Suiker Unie, držao sudske prakse prema kojoj svaka nepravilnost povezana s objektivnom nepristranosti Komisije (ili člana njezina osoblja) dovodi do poništenja relevantne odluke ako se dokaže da bi sadržaj te odluke bio

⁹ Odluka Europskog ombudsmana od 11. studenoga 2015. u istrazi pritužbe 1021/2014/PD protiv Europske komisije (u daljnjem tekstu: Ombudsmanova odluka)

¹⁰ Točke 289. i 291. pobijane presude

¹¹ Prvi put oblikovan u presudi od 16. prosinca 1975., 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:1975:174, t. 90. i 91.)

¹² Žalitelji u tom pogledu uglavnom upućuju na presudu od 16. siječnja 2019., Komisija/United Parcel Service (C-265/17 P, EU:C:2019:23, t. 56.).

¹³ Komisija upućuje na članak 10.a Uredbe br. 773/2004 i točku 9. Obavijesti Komisije o vođenju postupaka nagodbe s obzirom na donošenje odluka u skladu s člankom 7. i člankom 23. [Uredbe br. 1/2003] u slučajevima kartela (SL 2008, C 167, str. 1.) (SL 2016., C 144, str. 23. (HR)).

¹⁴ Vidjeti, osobito, presudu od 18. ožujka 2021., Pometon/Komisija (C-440/19 P, EU:C:2021:214) (u daljnjem tekstu: presuda Pometon).

drukčiji da te nepravilnosti nije bilo¹⁵. Test koji žalitelji predlažu odnosi se, prema Komisijinu mišljenju, na jednu drugu postupovnu pogrešku (povredu poduzetnikova prava obrane), koja se razlikuje od one o kojoj je ovdje riječ (pristranost).

2. Analiza

34. Argumenti žalitelja u bitnome se svode na dva pitanja, koja ću redom razmotriti u nastavku.

a) Posljedice postupovnih pogrešaka

35. Opći sud je u pobijanoj presudi kao bespredmetne odbio tužbene razloge žalitelja koji su se odnosili na načelo pretpostavke nedužnosti i pravo na dobru upravu. Naveo je da bi postupovna nepravilnost u tom pogledu, čak i da ju je Komisija počinila, dovela do poništenja sporne odluke samo ako je zadovoljen test iz presude Suiker Unie. Međutim, s obzirom na to da je već utvrdio da u spornoj odluci nije u dovoljnoj mjeri dokazano HSBC-ovo sudjelovanje u odnosnom protutržišnom ponašanju, Opći sud je zaključio da taj test nije zadovoljen.

36. Žalitelji kritiziraju tu argumentaciju tvrdeći da je Opći sud primijenio pogrešan pravni test u odnosu na posljedice Komisijinih povreda.

37. Slažem se.

38. Kako bih objasnio zašto se priklanjam tom stavu, možda će od koristi biti kratak pregled sudske prakse koja se odnosi na posljedice mogućih Komisijinih postupovnih pogrešaka u vođenju postupaka u području tržišnog natjecanja. Naime, Europska unija još nema sveobuhvatno zakonodavstvo koje bi određivalo posljedice Komisijinih pogrešaka tijekom upravnih postupaka¹⁶. Ni Uredba br. 1/2003 ne predviđa posebna pravila u tom pogledu. Stoga je na sudovima Unije bilo da popune tu prazninu.

39. Sudska se praksa na prvi pogled čini poprilično raznolikom, ako ne i pomalo zbrkanom¹⁷. Istina, razlozi zbog kojih su sudovi Unije, primjerice, koristili različite pravne testove pri određivanju posljedica postupovnih pogrešaka i/ili slijedili različita načela u pogledu tereta i standarda dokazivanja nisu na prvu dokučivi.

40. Međutim, ako se udaljimo od puke terminologije korištene u raznim odlukama u tom području, koje se protežu kroz nekoliko desetljeća sudske aktivnosti, a usprkos tomu što ih se ne može sve glatko smjestiti u definirane skupine, moguće je prepoznati *dvije* glavne struje sudske prakse.

¹⁵ Komisija upućuje na dvije odluke Općeg suda koje potvrđuju taj test: presude od 6. srpnja 2000., Volkswagen/Komisija (T-62/98, EU:T:2000:180, t. 281. i 283.) i od 10. studenoga 2017., Icap i dr./Komisija (T-180/15, EU:T:2017:795, t. 278.).

¹⁶ Za više detalja o toj temi vidjeti Lenaerts, K., Vanhamme, I., „Procedural Rights of Private Parties in the Community Administrative Process”, 34 *Common Market Law Review*, 1997., sv. 34., str. 531. i 568.

¹⁷ Za pregled i s dodatnim upućivanjima na pravnu teoriju, među ostalim vidjeti Barbier de La Serre, E., „Procedural Justice in the European Community Case-law concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends”, *European Public Law*, 2006., str. 225. do 250.; i Nehl, H. P. *Principles of Administrative Procedure in EC Law*, Hart Publishing, Oxford, 1999., str. 167. do 170.

41. U *prvoj* struji sudske prakse sudovi Unije su, ukratko, ukidali odluke donesene u postupcima u kojima je Komisija povrijedila „bitnu postupovnu pretpostavku”. Sud u tim predmetima nije smatrao potrebnim da poduzetnici koji su navodili postupovnu pogrešku dokažu da je takva pogreška mogla na njihovu štetu utjecati na tijek postupka te na sadržaj predmetnih odluka¹⁸.

42. Prema mojemu mišljenju, upotreba strogog pristupa opravdana je u slučajevima u kojima Komisija nije poštovala bitne postupovne pretpostavke – to jest, temeljne postupovne odredbe propisane u primarnom ili sekundarnom pravu Unije. Komisija u takvim slučajevima u biti djeluje izvan pravnog okvira utvrđenog Ugovorima, u suprotnosti s načelima zakonitosti i dodjeljivanja ovlasti¹⁹.

43. U tom se pogledu mora podsjetiti na to da, u skladu s člankom 13. stavkom 2. UEU-a, institucije Unije moraju „djel[ovati] u granicama ovlasti koje su [im] dodijeljene u Ugovorima i u skladu s njima određenim postupcima, uvjetima i ciljevima”²⁰. Osim toga, u skladu s člankom 296. drugim stavkom UFEU-a, „[u] pravnim se aktima [Unije] navode razlozi na kojima se akti temelje”. Shodno tomu, kada donose akte koji imaju obvezujuće pravne učinke, institucije Unije ne mogu zanemariti najosnovnija postupovna pravila, posebice primjenjujući postupke *sui generis*²¹ ili donoseći akte koji, s obzirom na to da nisu potkrijepljeni odgovarajućim obrazloženjem, onemogućuju sudski nadzor²².

44. Posljedično, ako Komisija ne poštuje bitne postupovne pretpostavke, postoji jasan (i važan) javni interes za to da se iz pravnog poretka Unije uklone akti obilježeni takvim teškim razlozima nevaljanosti. Taj javni interes opravdava trenutačno poništenje takvih akata, bez obzira na to postoji li uz njega privatni interes nekih poduzetnika čija su postupovna prava povrijeđena (te poklapa li se on s takvim privatnim interesom). Zbog toga poduzetnici koji navode bitnu postupovnu povredu ne moraju dokazati da im je nepravilnost uzrokovala ikakve štetne učinke: već i utvrđenje postojanja nepravilnosti dovodi do poništenja relevantne odluke.

45. U *drugoj* struji sudske prakse sudovi Unije bavili su se postupovnim nepravilnostima koje ne stvaraju nikakav važan javni interes za uklanjanjem akata obilježenih tim nepravilnostima. U tim je slučajevima na zainteresiranim poduzetnicima da istaknu povredu, u dovoljnoj je mjeri dokažu te da – uobičajeno – objasne njezine moguće posljedice. U biti, sudovi Unije u tim su slučajevima uglavnom koristili – da posudim izraz skovan u Sjedinjenim Američkim Državama – takozvani test „bezazlene pogreške”. Jednostavno rečeno, postupovna nepravilnost dovodi do ukidanja pobijanog akta samo ako je utjecala ili mogla utjecati na ishod postupka.

46. Međutim, konkretan oblik testa bezazlene pogreške razlikovao se u pojedinim odlukama, varirajući – ovisno o okolnostima danog slučaja – između blažeg i strožeg. Osim toga, čini se da je Sud u nekim slučajevima koristio pretpostavku u tom pogledu. Shodno tomu, unutar struje sudske prakse koja se odnosi na nepravilnosti koje ponajprije utječu na prava privatnih osoba moguće je pronaći tri različite kategorije presuda.

¹⁸ Vidjeti, primjerice, presude od 15. lipnja 1994., Komisija/BASF i dr. (C-137/92 P, EU:C:1994:247, t. 75. i 76.); od 6. travnja 2000., Komisija/ICI (C-286/95 P, EU:C:2000:188, t. 40., 41. i 51.); i od 21. rujna 2017., Feralpi/Komisija (C-85/15 P, EU:C:2017:709, t. 45. i 46.).

¹⁹ U pogledu načela dodjeljivanja ovlasti vidjeti presudu od 21. lipnja 2018., Poljska/Parlament i Vijeće (C-5/16, EU:C:2018:483, t. 84. i navedenu sudsku praksu). U pravnoj teoriji vidjeti Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1992., str. 253. do 256.

²⁰ Moje isticanje

²¹ Slično tomu, u području prava tržišnog natjecanja vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u spojenim predmetima Feralpi i dr./Komisija, (C-85/15 P, C-86/15 P i C-87/15 P, C-88/15 P i C-89/15 P, EU:C:2016:940, t. 60.).

²² Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 10. ožujka 2016., HeidelbergCement/Komisija (C-247/14 P, EU:C:2016:149, t. 16. i navedenu sudsku praksu).

47. U prvoj kategoriji presuda Sud je koristio *najstroži* oblik testa bezazlene pogreške, koji je, kako je spomenuto, prvi put utvrđen, barem u području prava tržišnog natjecanja, u presudi Suiker Unie²³. To je ujedno test koji je Opći sud upotrijebio u pobijanoj presudi. Prema tom obliku testa postupovna pogreška dovodi do poništenja Komisijine odluke samo ako tužitelj dokaže da *bi* ishod postupka *bio* drukčiji da nepravilnosti nije bilo. Teret dokazivanja scenarija „što ako” u tom je testu na tužitelju, a prag koji se mora doseći za poništenje pobijane odluke jest „gotovo potpuna sigurnost” ili barem „visoka vjerojatnost”.

48. Poslije, u drugoj kategoriji presuda, čini se da se test bezazlene pogreške razvio u *blaži* oblik. Naime, sudovi Unije u nekoliko su slučajeva naveli da će se pobijane odluke poništiti ako tužitelji dokažu da je ishod postupka *mogao* biti drukčiji da nije bilo postupovne nepravilnosti²⁴. Teret dokazivanja i u tim je slučajevima na tužitelju, barem na početku. Međutim, standard dokazivanja je niži (obično je dovoljna puka „mogućnost”) te stoga, kada tužitelj dosegne taj standard, teret dokazivanja prelazi na Komisiju.

49. Naposljetku, u trećoj kategoriji presuda Sud je, kada bi otkrio postupovnu nepravilnost koja je činila tešku i očitu povredu nekog postupovnog prava dotičnih poduzetnika, *pretpostavljao* da je ta nepravilnost utjecala ili je mogla utjecati na ishod postupka. Sud stoga od poduzetnika nije zahtijevao da pruže ikakve dokaze u tom pogledu²⁵.

50. Zašto ta tri oblika testa bezazlene pogreške usporedno postoje u sudskoj praksi te na koje se vrste postupovnih pogrešaka primjenjuju?

51. Kako bi se odgovorilo na ta pitanja, možda je prikladno proučiti smisao testa bezazlene pogreške.

52. Sudovi Unije takav test koriste zato što svaka postupovna nepravilnost ne čini *ipso facto* povredu poduzetnikovih prava. Neke postupovne pogreške jednostavno ne utječu (i ne mogu utjecati) na pravne interese zaštićene odredbama Unije koje jamče određena prava osobama koje su predmet istrage. Drakonski pristup postupovnim nepravilnostima bi, među ostalim, rezultirao formalizmom i „birokracijom” u upravnom postupku²⁶, na štetu djelotvornog ostvarivanja općeg interesa.

53. U vezi s tim mora se imati na umu da – kako je Sud više puta utvrdio – djelotvorna provedba politike tržišnog natjecanja čini cilj od općeg interesa koji priznaje Europska unija. Naime, odredbe Ugovora koje se odnose na pravo tržišnog natjecanja čine temeljne odredbe koje su bitne za ispunjenje zadaća povjerenih Europskoj uniji i, osobito, za funkcioniranje unutarnjeg tržišta²⁷. Stoga, provedba pravila o tržišnom natjecanju mora poštovati temeljna prava uključenih poduzetnika, ali temeljna prava usto treba tumačiti i primjenjivati na način koji ne ometa *djelotvornu* provedbu pravila o tržišnom natjecanju²⁸.

²³ Vidjeti točku 30. ovog mišljenja.

²⁴ Vidjeti, među ostalim, presudu od 26. rujna 2018., Infineon Technologies/Komisija (C-99/17 P, EU:C:2018:773, t. 78. i navedenu sudsku praksu). Test je u nekim slučajevima (zbog prirode navodno povrijeđenog prava) drukčije formuliran, ali je njegova bit ista: vidjeti presudu od 26. siječnja 2017., Duravit i dr./Komisija (C-609/13 P, EU:C:2017:46, t. 100. i navedenu sudsku praksu).

²⁵ Vidjeti, primjerice, presudu od 25. listopada 2011., Solvay/Komisija (C-109/10 P, EU:C:2011:686, t. 62. do 65.).

²⁶ Vidjeti, u pogledu tog pitanja, Hartley, T. C., *The Foundations of European Union Law*, 8. izdanje, Oxford University Press, Oxford, 2014., str. 421.

²⁷ Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 20. rujna 2001., Courage i Crehan (C-453/99, EU:C:2001:465, t. 20. i navedenu sudsku praksu).

²⁸ Vidjeti, u tom pogledu, mišljenje nezavisnog odvjetnika A. Geelhoeda u predmetu Komisija/SGL Carbon (C-301/04 P, EU:C:2006:53, t. 67.). U pravnoj teoriji vidjeti Wils, W., „Fundamental Procedural Rights and Effective Enforcement of Articles 101 and 102 TFEU in the European Competition Network”, *World Competition*, 2020., str. 15. do 18.

54. Osim toga, čak i kada Komisija tijekom upravnog postupka povrijedi neko poduzetnikovo postupovno pravo, ukidanje odnosne odluke ne mora nužno biti najprikladniji pravni lijek. Ako je očito da, unatoč povredi poduzetnikovih prava, odnosna postupovna nepravilnost nije mogla imati nikakav utjecaj na ishod slučaja, ukidanje odluke čini se i neprikladnim (jer se time ne ispravlja počinjena povreda)²⁹ i neproporcionalnim (jer sankcija nije razmjerna pogrešci)³⁰. Poduzetnicima su možda na raspolaganju drugi pravni lijekovi, primjereniji okolnostima³¹.

55. Ta je logika primjenjiva i kada povrijeđena prava imaju status temeljnih prava. Budući da su i Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) i sudovi Unije mnogima od tih prava odredili širok opseg, suvišno je govoriti da nisu sve povrede usporedive. Neke su povrede očito mnogo teže i utjecajnije od drugih.

56. S obzirom na to, smatram logičnim da test bezazlene pogreške ima različite oblike u pojedinim predmetima, koji ponajprije ovise o težini povrede i vjerojatnosti da takva povreda utječe na ishod postupka. Osobito, što je ta vjerojatnost veća, to je niži dokazni standard koji tužitelj mora zadovoljiti i obratno³². Osim toga, s obzirom na standard dokazivanja koji se tužitelju nameće, valja također uzeti u obzir sposobnost tog tužitelja da pribavi i izvede određene dokaze za svoje navode. To je razlog zbog kojeg se, kada (djelomično ili potpuno) nametanje tereta dokazivanja dotičnim poduzetnicima može činiti zahtjev da dokažu nemoguće (*probatio diabolica*), postojanje bezazlene pogreške može pretpostaviti³³.

57. S obzirom na najnoviju sudsku prasku sudova Unije, čini mi se da je blaži test bezazlene pogreške postao „standardan”, barem kada je u danom slučaju riječ o nekom temeljnom pravu. To mi se čini razumnim, prije svega zbog dvaju razloga. Kao prvo, teret dokazivanja povrede pravila o tržišnom natjecanju ustaljeno snosi Komisija te u slučaju postojanja osnovane sumnje treba pogodovati poduzetnicima koji su predmet istrage³⁴. Kao drugo, poduzetniku često može biti izrazito teško pozitivno dokazati alternativni i hipotetski scenarij (ishod postupka da se postupovna nepravilnost nije dogodila), posebice s obzirom na marginu prosudbe koju Unijina pravila o tržišnom natjecanju daju Komisiji kada nadzire poštovanje i provedbu tih pravila.

58. Stroži oblik testa (to jest, onaj koji je upotrijebljen u presudi Suiker Unie) stoga treba biti rezerviran za situacije u kojima se navodne postupovne pogreške prema svemu sudeći odnose na manje nepravilnosti.

²⁹ Vidjeti, po analogiji, presudu od 26. studenoga 2013., Gascogne Sack Deutschland/Komisija (C-40/12 P, EU:C:2013:768, t. 82.).

³⁰ Slično tomu, presuda od 8. srpnja 1999., Hercules Chemicals/Komisija (C-51/92 P, EU:C:1999:357, t. 68.).

³¹ Kao što je primjerice tužba za proglašenje izvanugovorne odgovornosti Europske unije: vidjeti, u tom pogledu, presudu od 18. rujna 2003., Volkswagen/Komisija (C-338/00 P, EU:C:2003:473, t. 165.). Prema članku 340. UFEU-a, „[u] pogledu izvanugovorne odgovornosti Unija je [...] dužna naknaditi svaku štetu koju njezine institucije ili službenici prouzroče pri obavljanju svojih dužnosti” (moje isticanje). U tom se pogledu mora istaknuti da se pojam „službenici” odnosi i na članove Komisije: vidjeti, u tom pogledu, presudu od 15. srpnja 2021., OH (Imunitet od sudskih postupaka) (C-758/19, EU:C:2021:603).

³² Usporediti, primjerice, pristup upotrijebljen u pogledu navodnih povreda prava obrane (presuda od 26. rujna 2018., Infineon Technologies/Komisija (C-99/17 P, EU:C:2018:773, t. 78. i navedena sudska praksa) s pristupom upotrijebljenim u pogledu navodnih povreda povjerljivosti (presuda od 3. prosinca 2009., Evropaiki Dynamiki/Komisija (C-476/08 P, neobjavljena, EU:C:2009:752, t. 33. do 35.).

³³ Vidjeti, slično tomu, mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Solvay/Komisija (C-110/10 P, EU:C:2011:257, t. 37. i 47.).

³⁴ Članak 2. Uredbe br. 1/2003. Vidjeti također, među mnogima, presudu od 22. studenoga 2012., E.ON Energie/Komisija (C-89/11 P, EU:C:2012:738, t. 71. i 72.).

59. Naposljetku, svakako postoje slučajevi u kojima se posljedice nepravilnosti za opću valjanost i pravičnost postupka mogu pretpostaviti. Riječ je o postupovnim pogreškama koje nisu samo osobito teške već su i strukturne: pogreške koje utječu na okvir unutar kojeg se postupak odvija, a ne tek pogreške koje se događaju u inače pravilno vođenom postupku³⁵.

60. S obzirom na to, slažem se sa žaliteljima da je Opći sud u pobijanoj presudi pogriješio podvrgnuvši njihove navode o povredi obveze nepristranosti i načela pretpostavke nedužnosti *strožem* testu bezazlene pogreške (testu iz presude Suiker Unie), čime je od njih zahtijevao da izričito dokažu da bi sadržaj sporne odluke bio drukčiji da te nepravilnosti nije bilo.

61. Ako Komisija ne djeluje kao nepristrana javna uprava kada razmatra određeni slučaj – zato što nije objektivna ili zato što unaprijed pretpostavlja krivnju poduzetnika koji je predmet istrage – riječ je o teškoj povredi njezinih dužnosti koja će vjerojatno utjecati na ishod postupka.

62. Moglo bi se tvrditi da takve pogreške nije moguće usporediti s formalnostima ili detaljima postupka niti ih smatrati usporedivima s pogreškama koje vjerojatno neće posebno utjecati na konačnu odluku. Stoga bi u pogledu takvih pogrešaka trebalo biti dovoljno da dotični poduzetnici iznesu elemente koji dokazuju da su te pogreške *mogle* utjecati na ishod postupka.

63. S obzirom na navedeno, zaključujem da je Opći sud počinio pogrešku primijenivši neodgovarajući pravni test kada je razmatrao navode žalitelja da Komisija nije poštovala svoju obvezu nepristranosti i pretpostavku nedužnosti.

b) Hibridni postupak s vremenskim razmacima

64. Kao drugo, žalitelji navode da je Opći sud počinio pogrešku ne provjerivši je li u postupku nagodbe izričito ili prešutno izražena njihova krivnja.

65. I u tom se pogledu slažem sa žaliteljima. Naime, čini mi se da taj zaključak proizlazi iz nedavne presude Suda u predmetu Pometon.

66. Sud je u presudi Pometon prvo podsjetio na svoju sudsku praksu (i sudsku praksu ESLJP-a) u pogledu pretpostavke nedužnosti, prema kojoj je u složenim kaznenim postupcima koji se vode protiv nekoliko okrivljenika kojima se ne može suditi zajedno katkad „nužno [...] navesti činjenicu sudjelovanja trećih osoba protiv kojih će se možda kasnije voditi zasebni kazneni postupak. Međutim, ako je potrebno navesti činjenice o sudjelovanju trećih osoba, sud o kojem je riječ treba izbjeći iznošenje više informacija nego što je potrebno za analizu pravne odgovornosti osoba kojima se pred njime sudi. Usto, obrazloženje sudskih odluka treba biti sročeno na način da se izbjegne moguće preuranjeno izjašnjavanje o krivnji trećih osoba o kojima je riječ, koje može dovesti u pitanje pravično ispitivanje optužbi koje im se stavljaju na teret u zasebnom postupku.”³⁶

67. Sud je potom utvrdio da su ta načela, *mutatis mutandis*, relevantna i kada Komisija u odnosu na jedan te isti zabranjeni sporazum koristi hibridni postupak s vremenskim razmacima odnosno donese dvije zasebne odluke. U okviru takvog postupka može biti objektivno nužno da se Komisija u odluci o nagodbi izjasni o određenim činjenicama i ponašanjima koji se odnose na sudionike

³⁵ Ovdje parafraziram ulomak presude U. S. Supreme Courta (Vrhovni sud SAD-a) od 26. ožujka 1991. u predmetu Arizona v. Fulminante, 499 U. S. 279 (1991), 316.

³⁶ *Ibid.*, t. 63.

navodnog zabranjenog sporazuma u pogledu kojih se vodi redovni postupak. Međutim, Komisija u tom slučaju mora osigurati, u odluci o nagodbi, očuvanje „pretpostavke nedužnosti poduzetnika koji su odbili sklopiti nagodbu te [u pogledu kojih se] vodi redovni postupak”³⁷.

68. Naposljetku, Sud je utvrdio i da je „[k]ako bi se provjerilo je li Komisija poštovala pretpostavku nedužnosti, zadaća [...] suda Unije da analizira odluku kojom se završava postupak nagodbe i njezino obrazloženje u cijelosti i s obzirom na posebne okolnosti u kojima je donesena. Naime, svako izričito upućivanje u određenim dijelovima te odluke na nepostojanje odgovornosti drugih sudionika u navodnom zabranjenom sporazumu ne bi imalo smisla kad bi se ostali dijelovi navedene odluke mogli shvatiti na način da se njima preuranjeno izražava njihova odgovornost.”³⁸

69. Nesporno je da u pobijanoj presudi nije provedena analiza kakvu Sud zahtijeva u presudi Pometon.

70. Međutim, Komisija tvrdi da je Opći sud, iako se nije držao „slova” presude Pometon – s obzirom na to da je ta presuda donesena nakon donošenja pobijane presude – poštovao njezin „duh”. Prema njezinu mišljenju, Opći sud je *de facto* utvrdio da pretpostavka nedužnosti žalitelja nije povrijeđena.

71. Ne dijelim to stajalište.

72. Opći sud se nije upustio u takvo ispitivanje, ni izričito ni prešutno. Kako je spomenuto u točki 35. ovog mišljenja, taj sud nije razmatrao meritum tužbenih razloga koje su žalitelji iznijeli u tom pogledu jer ih je smatrao bespredmetnima.

73. Shodno tomu, ostavljajući po strani pitanje pravilnosti pravnog testa koji je Opći sud primijenio, poprilično je jasno da Opći sud u pobijanoj presudi nije analizirao tekst odluke o nagodbi kako bi provjerio je li pretpostavka nedužnosti HSBC-a poštovana.

74. Na temelju toga smatram da je Opći sud u svojoj analizi prigovora koje su žalitelji istaknuli u pogledu učinaka odluke o nagodbi na njihov položaj počinio pogrešku koja se tiče prava.

75. S obzirom na navedeno, mišljenja sam da je prvi žalbeni razlog žalitelja načelno osnovan.

B. Drugi i treći žalbeni razlog: povreda „s obzirom na cilj”

76. Drugi i treći žalbeni razlog žalitelja odnose se na pojam „povreda s obzirom na cilj” te na način na koji je Opći sud došao do zaključka da je njihovo postupanje činilo takvu povredu.

1. Argumenti stranaka

77. Žalitelji svojim drugim žalbenim razlogom navode da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava tako što je svojom karakterizacijom cilja manipulacije Euriborom od 19. ožujka 2007. pogrešno primijenio članak 101. UFEU-a i/ili tako što je iskrivio relevantne dokaze.

³⁷ *Ibid.*, t. 64. i 65.

³⁸ *Ibid.*, t. 66.

78. Žalitelji – uz potporu intervenijenata – među ostalim navode da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava zaključivši, u točkama 101. i 102. pobijane presude, da sama *mogućnost* da sudionici manipulacije ponude bolje uvjete nego njihovi konkurenti (zbog informacijske asimetrije u pogledu stopa Euribora) pokazuje dovoljan stupanj štetnosti za tržišno natjecanje koji čini povredu „s obzirom na cilj”. Opći sud je trebao ukoriti Komisiju zbog činjenice da nije razmotrila ključno pitanje je li spoznaja o manipulaciji od 19. ožujka 2007. trgovce *motivirala* da ponude bolje cijene nego njihovi konkurenti. HSBC je u tom pogledu Općem sudu priložio stručno mišljenje iz kojeg je proizlazilo da trgovci koji su sudjelovali u manipulaciji nisu bili motivirani ponuditi bolje cijene jer bi time smanjili svoj profit. Žalitelji smatraju da je Opći sud utvrđenjem, u točki 101. pobijane presude, da to mišljenje „sadržava [...] samo općenite tvrdnje” očito iskrivio taj dokazni element.

79. Usto, žalitelji svojim trećim žalbenim razlogom – opet uz potporu intervenijenata – tvrde da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava zaključivši da su dva razgovora o medijanskim cijenama³⁹ činila povredu „s obzirom na cilj”. Osobito, Opći sud je počinio pogrešku navevši da su se pozitivni učinci tih razgovora na tržišno natjecanje mogli uzeti u obzir samo u kontekstu ograničenja akcesornih glavnom poduhvatu ili u kontekstu ocjene na temelju članka 101. stavka 3. UFEU-a. Osobito, Opći sud je u točkama 149. do 160. pobijane presude primijenio doktrinu „akcesornih ograničenja” razmatrajući argument žaliteljâ da razmjenu informacija o medijanskim cijenama nije moguće po samoj njezinoj naravi smatrati štetnom za dobro funkcioniranje uobičajenog tržišnog natjecanja.

80. Sud se posljedično nije osvrnuo na argument koji su žalitelji zapravo iznijeli u prvostupanjskom postupku. Oni su pred tim sudom tvrdili da su razgovori o medijanskim cijenama, kada ih se promatra u odgovarajućem gospodarskom i pravnom kontekstu, zapravo pozitivno utjecali na tržišno natjecanje. Prema njihovu mišljenju, ti su razgovori smanjili neizvjesnost u pogledu visine medijanskih cijena na tržištu, omogućivši trgovcima da, u korist svojih klijenata, smanje jaz između kupovnih i prodajnih cijena. Odnosno postupanje stoga nije moguće smatrati povredom članka 101. stavka 1. UFEU-a, a kamoli povredom „s obzirom na cilj”.

81. Komisija brani obrazloženje pobijane presude. Prema njezinu mišljenju, žalitelji kritiziraju samo jedan dio utvrđenâ Općeg suda, ne propitkujući bitnije aspekte odnosno činjenicu da je odnosnim postupanjem promijenjena struktura tržišnog natjecanja. Komisija osporava i navod da je Opći sud iskrivio stručno mišljenje koje su žalitelji priložili u prvostupanjskom postupku. Prema njezinu stajalištu, Opći sud je to mišljenje jednostavno smatrao neuvjerljivim.

2. Analiza

82. Za početak, argumenti koje žalitelji iznose u okviru svojeg drugog žalbenog razloga nisu mi uvjerljivi.

83. Kao prvo, pojam ograničenja tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj” u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a odnosi se, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, na koluzivna ponašanja koja se, *po samoj njihovoj naravi*, smatraju štetnima za dobro funkcioniranje uobičajenog tržišnog natjecanja pa je nepotrebno dokazivati da imaju konkretne učinke na tržište⁴⁰. Stoga, ako

³⁹ U uvodnoj izjavi 34. sporne odluke (koja je izložena u točki 128. pobijane presude) objašnjeno je da izraz „medijanske cijene” („mids”) „upućuje na medijan ili prosjek između kupovnih i prodajnih cijena (primjerice, percipiranih, modeliranih, objavljenih ili utrženih) za određeni proizvod. Medijanska cijena često služi za pouzdano procjenjivanje cijene po kojoj održavatelj tržišta trguje s klijentom, osobito kada je tržište likvidno, a jaz između kupovnih i prodajnih cijena malen.” [neslužbeni prijevod]

⁴⁰ Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 2. travnja 2020., Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2020:265, t. 36.).

nadležno tijelo nakon analize odredbi i ciljeva sporazuma kao i pravnog i gospodarskog konteksta u kojem je taj sporazum sklopljen i primjenjivan zaključi da on spada u kategoriju sporazuma čija je štetnost, s obzirom na iskustvo, široko prepoznata i lako određiva, to tijelo ne treba provjeravati je li njime tržišno natjecanje doista iskrivljeno.

84. Nadležno tijelo mora samo isključiti mogućnost da dotični sporazum, „unatoč tomu što spada u kategoriju sporazuma koji se obično smatraju protutržišnim, ipak, zbog određenih specifičnih okolnosti, *nikako ne može* proizvesti štetan učinak na tržištu ili čak pozitivno djeluje na tržišno natjecanje”⁴¹. Drugim riječima, kada razmatra postupanje koje je kao takvo protutržišno, nadležno tijelo mora samo provjeriti, u danom slučaju, „postoje li ikakve pravne ili činjenične okolnosti zbog kojih sporazum ili djelovanje u pitanju *ne može* ograničiti tržišno natjecanje”⁴².

85. Stoga, elementi koji se odnose na svijest dotičnih poduzetnika, njihovu volju ili gospodarski interes da određenim postupanjem ograniče tržišno natjecanje obično nisu osobito značajni kada tijelo nadležno za tržišno natjecanje ocjenjuje može li se to postupanje kvalificirati kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na „cilj”⁴³. U tu je svrhu načelno dovoljna provjera *sposobnosti* određenog postupanja da ograniči tržišno natjecanje.

86. U tom bih kontekstu podsjetio i na to da, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, valja pretpostaviti da poduzetnici koji sudjeluju u usklađenom djelovanju i ostaju aktivni na tržištu vode računa o informacijama koje su razmijenili sa svojim konkurentima kako bi utvrdili njihovo ponašanje na tržištu. Stoga nije potrebno dokazati, kako bi se utvrdilo da je riječ o povredi članka 101. stavka 1. UFEU-a, da je takva razmjena povjerljivih informacija doista utjecala na tržišno natjecanje⁴⁴.

87. Zbog navedenih razloga smatram da u točkama 101. i 102. pobijane presude nije počinjena pogreška koja se tiče prava. Prema mojemu mišljenju, Opći sud je s pravom zaključio da navodno nepostojanje volje i/ili motivacije uključenih trgovaca da ponude bolje cijene nije bilo presudno za potrebe kvalificiranja odnosnog postupanja kao ograničenja s obzirom na cilj.

88. Kao drugo, s obzirom na izložena razmatranja, navod žaliteljâ da je Opći sud iskrivio stručno gospodarsko mišljenje kao dokazni element priložen u prvostupanjskom postupku može se odbiti kao bespredmetan. Naime, čak i ako to mišljenje sadržava, kako žalitelji navode, „konkretno gospodarske dokaze koji podrobno govore o motivaciji trgovaca koji su sudjelovali u manipulaciji”, to ne utječe na kvalifikaciju dotičnog postupanja kao ograničenja s obzirom na cilj.

89. Radi cjelovitosti dodao bih da se, u svakom slučaju, slažem s Komisijom da je Opći sud to mišljenje jednostavno smatrao neuvjerljivim. To utvrđenje nije moguće pobijati. Ne vidim nikakvu pogrešku koja se tiče prava u (nažalost kratkom) navodu Općeg suda koji žalitelji osporavaju.

90. Nasuprot tomu, slažem se s argumentima koje žalitelji iznose u svojem trećem žalbenom razlogu. Naime, smatram da je Opći sud u svojoj ocjeni navoda koje su žalitelji iznijeli u pogledu pozitivnog utjecaja odnosnog postupanja na tržišno natjecanje počinio pogrešku koja se tiče prava.

⁴¹ Mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Bobeka u predmetu Budapest Bank i dr. (C-228/18, EU:C:2019:678, t. 45.)

⁴² *Ibid.*, t. 49.

⁴³ Vidjeti, primjerice, presudu od 7. siječnja 2004., Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 335.).

⁴⁴ Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 19. ožujka 2015., Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 127. i navedenu sudsku praksu).

91. Opći sud je u točki 154. pobijane presude prvo naveo da se, „osim akcesornih ograničenja glavnog poduhvata [...], mogući pozitivni učinci na tržišno natjecanje mogu uzeti u obzir jedino u okviru ocjene članka 101. stavka 3. UFEU-a”. Opći sud je potom objasnio da članak 101. stavak 1. UFEU-a ne sadržava nikakvo „pravilo razuma”, koje bi omogućavalo da se, kako bi se utvrdilo treba li sporazum smatrati „ograničenjem tržišnog natjecanja”, odvagnu njegovi pozitivni i negativni učinci na tržišno natjecanje.

92. Međutim, to stajalište opovrgava nedavna sudska praksa. Osobito, kako je Sud jasno utvrdio u presudi UK Generics, kada se strane sporazuma pozivaju na njegove učinke koji pospješuju tržišno natjecanje, ti se učinci *moraju*, kao elementi konteksta tog sporazuma, uzeti u obzir na odgovarajući način u svrhu kvalifikacije kao „ograničenja s obzirom na cilj” u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a jer oni mogu dovesti u pitanje opću ocjenu dovoljnog stupnja štetnosti dotičnog usklađenog djelovanja za tržišno natjecanje⁴⁵.

93. Kako je objasnio Sud, ispitivanje navodnih pozitivnih učinaka sporazuma na tržišno natjecanje nije pravilo razuma, već je samo namijenjeno ocjeni objektivne težine danog djelovanja. Naime, kada dotični poduzetnici dokažu da su ti učinci relevantni, posebno povezani s dotičnim sporazumom i dovoljno veliki, na temelju toga se može „razumno posumnjati u dovoljnu štetnost dotičnog sporazuma [...] i, time, u njegov protutržišni cilj”⁴⁶.

94. Očito je da Opći sud nije proveo takvo ispitivanje s obzirom na to da je samo razmatrao mogu li se razmjene informacija o medijskim cijenama opravdati u skladu s doktrinom „akcesornog ograničenja”. Međutim, ta se doktrina odnosi na drukčiju vrstu analize, namijenjenu provjeri mogu li se neka ograničenja postupanja stranaka sporazuma, koja nisu predmet tog sporazuma, opravdati čak i ako ograničavaju tržišno natjecanje, zato što su „izravno vezana i nužna za” provedbu sporazuma koji nije štetan za tržišno natjecanje⁴⁷.

95. Iz toga proizlazi da je pobijana presuda, u tom pogledu, obilježena pogreškom koja se tiče prava s obzirom na to da je Opći sud primijenio neodgovarajući pravni okvir kako bi ocijenio, te potom odbacio, argumente žalitelja.

96. Stoga zaključujem da drugi žalbeni razlog treba odbiti, dok treći žalbeni razlog treba prihvatiti.

C. Četvrti, peti i šesti žalbeni razlog: jedinstvena i trajna povreda

97. Četvrti, peti i šesti žalbeni razlog odnose se na utvrđenje Općeg suda da su žalitelji sudjelovali u „jedinstvenoj i trajnoj povredi”.

1. Argumenti stranaka

98. Žalitelji, uz potporu intervenijenata, tvrde da se utvrđenje o njihovu sudjelovanju u jedinstvenoj i trajnoj povredi temelji na nekoliko pogrešaka.

⁴⁵ Presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:52, t. 103.)

⁴⁶ *Ibid.*, t. 104. do 107.

⁴⁷ Vidjeti, među ostalim, presudu od 11. rujna 2014., MasterCard i dr./Komisija (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, t. 89. do 91. i navedenu sudske prakse).

99. Za početak, žalitelji svojim četvrtim žalbenim razlogom navode da je Opći sud očito iskrivio činjenice i dokaze u pogledu razgovora vođenih 12. veljače 2007. Žalitelji tvrde da su tog dana održana dva zasebna i međusobno nepovezana razgovora između istih trgovaca. Međutim, u suprotnosti s onim što je navedeno u pobijanoj presudi, prvi od tih razgovora nije se odnosio na manipulaciju Euriborom. Samo se drugi razgovor – kako žalitelji navode – odnosio na planiranu manipulaciju Euriborom 19. ožujka 2007.

100. Žalitelji dodaju da je Opći sud počinio sličnu pogrešku u pogledu razgovora vođenih 16. veljače 2007. I tog su dana između trgovaca održana dva zasebna razgovora. Samo se prvi razgovor odnosio na medijske cijene, dok se drugi odnosio na jednu prijašnju transakciju. Žalitelji tvrde da je Opći sud stoga iskrivio dokaze opisavši drugi razgovor kao „isti oblik ponašanja” kao prvi razgovor. Prema njihovu mišljenju, prvi razgovor ne čini povredu članka 101. stavka 1. UFEU-a.

101. Osim toga, žalitelji svojim petim žalbenim razlogom kritiziraju zaključak Općeg suda, u točkama 214. do 229. pobijane presude, da su razni oblici postupanja koji su određeni u spornoj odluci imali isti cilj. Prema njihovu mišljenju, Opći sud je taj zaključak donio na temelju nekoliko pogrešnih ocjena.

102. Naposljetku, žalitelji u svojem šestom žalbenom razlogu kritiziraju zaključak Općeg suda, u točkama 255. do 262. pobijane presude, da je HSBC znao da je sudjelovao u jedinstvenoj i trajnoj povredi koja je uključivala ne samo manipulaciju od 19. ožujka 2007. nego i razgovore o mogućnosti ponavljanja te manipulacije koji su vođeni 19. i 27. ožujka 2007. Žalitelji smatraju da je pobijana presuda u tom pogledu prekoračila okvire utvrđenja sadržanih u spornoj odluci.

103. Komisija četvrti, peti i šesti žalbeni razlog smatra nedopuštenima ili bespredmetnima te u svakom slučaju neosnovanima.

104. Kada je riječ o četvrtom žalbenom razlogu, Komisija smatra da je Opći sud pravilno ocijenio predmet razgovora vođenih 12. i 16. veljače 2007. Prema njezinu mišljenju, HSBC-ovi pokušaji da te razgovore prikaže kao odvojene, u smislu da je svaki imao svoj predmet, nategnuti su. Komisija dodaje da je taj žalbeni razlog u svakom slučaju bespredmetan s obzirom na to da bi utvrđenja Općeg suda u pogledu protutržišnih razgovora vođenih između 12. veljače i 27. ožujka 2007. vrijedila čak i ako bi se prihvatili argumenti koje iznose žalitelji.

105. Komisija usto tvrdi da Opći sud nije pogriješio potvrdivši svoj zaključak da su razni oblici postupanja koji su određeni u spornoj odluci imali isti cilj. Taj je cilj objašnjen u uvodnoj izjavi 445. sporne odluke, a pobijana presuda ga ne dovodi u pitanje: „smanjenje novčanih tokova koje bi [sudionici povrede] morali plaćati (ili povećanje onih koje bi primali) i slijedom toga povećanje vrijednosti EIRD-ova koje su imali u svojem portfelju, na štetu drugih ugovornih strana u tim EIRD-ovima”. Komisija dodaje da su argumenti koje žalitelji u tom pogledu iznose u svakom slučaju nedopušteni jer se njima osporavaju samo neke ocjene činjenica koje je Opći sud proveo.

106. Nadalje, šesti je žalbeni razlog – prema Komisijinu mišljenju – i nedopušten i neosnovan. Ona tvrdi da žalitelji i njime osporavaju način na koji je Opći sud ocijenio činjenice i dokaze u pogledu HSBC-ova znanja o sudjelovanju drugih banaka u odnosnom postupanju. U svakom slučaju, Komisija tvrdi da su utvrđenja Općeg suda pravilna te potpuno dosljedna utvrđenjima iz sporne odluke.

2. Analiza

107. Argumenti kojima žalitelji i intervenijenti osporavaju pravilnost utvrđenja Općeg suda koja se odnose na HSBC-ovo sudjelovanje u jedinstvenoj i trajnoj povredi nisu mi uvjerljivi.

108. U tom bih pogledu podsjetio na to da iz članka 256. stavka 1. drugog podstavka UFEU-a te iz članka 58. prvog stavka Statuta Suda Europske unije proizlazi da je, načelno, Opći sud isključivo nadležan utvrđivati i ocjenjivati činjenice. O pravnom je pitanju, koje kao takvo Sud može preispitivati, riječ samo ako je Opći sud iskrivio dokaze⁴⁸.

109. Žalitelji iskrivljavanje dokaza navode samo u okviru svojeg četvrtog žalbenog razloga. Ne navode ga u okviru petog i šestog žalbenog razloga, iako ti razlozi ne otvaraju nikakvo konkretno pravno pitanje.

110. Žalitelji i intervenijenti ne kritiziraju ni način na koji je Opći sud protumačio pojam „jedinstvene i trajne” povrede (odnosno njegove sastavne elemente, kao što je „isti cilj”) ni, općenitije, pravni okvir koji je primijenjen u pobijanoj presudi. Oni u bitnome osporavaju konkretna utvrđenja koja je Opći sud donio u pogledu predmeta, naravi i konteksta određenih razgovora koji su vođeni između trgovaca.

111. Stoga, kako pravilno ističe Komisija, žalitelji i intervenijenti od Suda *de facto* traže da iznova ocijeni činjenice i dokaze povezane s pitanjem jesu li žalitelji sudjelovali u jedinstvenoj i trajnoj povredi. Međutim, to u žalbenom postupku nije dopušteno.

112. Shodno tomu, peti i šesti tužbeni razlog treba proglasiti nedopuštenima. Za četvrti žalbeni razlog pak smatram da ga treba odbiti kao neosnovan.

113. U tom bih pogledu istaknuo da, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, iskrivljavanje mora jasno proizlaziti iz dokumenata u spisu, bez potrebe za ponovnim ocjenjivanjem činjenica i dokaza⁴⁹. Zagovaranje tumačenja dokaza koje se razlikuje od onog koje je pružio Opći sud nije dovoljan pokazatelj iskrivljavanja dokaza⁵⁰.

114. Valja priznati da u predmetnom slučaju određivanje „stvarnog” sadržaja i značenja razgovora vođenih 12. i 16. veljače 2007. nije laka zadaća. Za to je potrebno dešifrirati pisane poruke koje su među sobom razmijenili trgovci i uzeti u obzir činjenicu da su razmjenu tih poruka prekidala razdoblja u kojima su trgovci razgovarali telefonom.

115. Objašnjenje tih razgovora koje žalitelji pružaju razlikuje se od objašnjenja kojem se priklanja Opći sud. Međutim, meni objašnjenje koje pružaju žalitelji nipošto nije vjerodostojnije ili vjerojatnije od onog koje slijedi Opći sud, a kamoli da može dokazati materijalnu pogrešku u načinu na koji je Opći sud ocijenio činjenice i dokaze kakva je potrebna da bi se dokazalo iskrivljavanje.

116. S obzirom na navedeno, smatram da četvrti, peti i šesti žalbeni razlog treba odbiti.

⁴⁸ Vidjeti, u tom pogledu, presudu od 28. siječnja 2021., Qualcomm i Qualcomm Europe/Komisija (C-466/19 P, EU:C:2021:76, t. 42. i navedenu sudsku praksu).

⁴⁹ Vidjeti presudu od 4. travnja 2017., Ombudsman/Staelen (C-337/15 P, EU:C:2017:256, t. 83. i navedenu sudsku praksu).

⁵⁰ Vidjeti presudu od 25. srpnja 2018., QuaMa Quality Management/EUIPO (C-139/17 P, neobjavljena, EU:C:2018:608, t. 35. i navedenu sudsku praksu).

VI. Posljedice ocjene

117. U ovom sam mišljenju zaključio da su prvi i treći žalbeni razlog osnovani.

118. Međutim, u skladu s ustaljenom sudskom praksom, ako iz obrazloženja presude Općeg suda proizlazi da je povrijeđeno pravo Unije, ali se njezina izreka temelji na drugim pravnim razlozima, ta povreda ne može dovesti do poništenja te odluke te je potrebno zamijeniti obrazloženje⁵¹. U takvim slučajevima žalbu treba odbiti⁵².

119. Zbog razloga koje ću izložiti u nastavku, to je slučaj u ovom predmetu.

A. Pravo na dobru upravu, pretpostavka nedužnosti i pravo obrane

120. Za početak valja podsjetiti na to da je pravo na dobru upravu zajamčeno člankom 41. Povelje, prema kojem „[s]vatko ima pravo da institucije, tijela, uredi i agencije Unije njegove predmete obrađuju *nepristrano*, pravično i u razumnom roku”⁵³. Kako je Opći sud naveo u pobijanoj presudi, ta obveza nepristranosti obuhvaća, s jedne strane, *subjektivnu* nepristranost, u smislu da nijedan član institucije u pitanju koji je zadužen za predmet ne smije pokazati pristranosti ili osobne predrasude te, s druge strane, *objektivnu* nepristranost, u smislu da institucija mora pružiti dovoljno jamstava da isključi svaku legitimnu sumnju u tom pogledu⁵⁴.

121. Načelo pretpostavke nedužnosti je pak utvrđeno u članku 48. Povelje, koji, odražavajući članak 6. stavak 2. EKLJP-a, predviđa da se „[s]vaki optuženik smatra [...] nedužnim sve dok mu se ne dokaže krivnja u skladu sa zakonom”. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da se, s obzirom na narav danih povreda te narav i težinu sankcija propisanih za te povrede, to načelo primjenjuje i na postupke koji se odnose na povrede pravila o tržišnom natjecanju primjenjivih na poduzetnike, a koji mogu rezultirati izricanjem jednokratnih ili periodičnih novčanih kazni⁵⁵.

122. Naposljetku, Sud je više puta naveo da je načelo poštovanja prava obrane temeljno načelo prava Unije. To bi načelo bilo povrijeđeno ako bi se sudska odluka temeljila na činjenicama i dokumentima o kojima same stranke ili jedna od njih nisu imale saznanja i o kojima stoga nisu bile u mogućnosti zauzeti stajalište⁵⁶.

123. Žalitelji – uz potporu intervenijenata – tvrde da je Komisija povrijedila ta prava na, u bitnome, dva načina. Kao prvo, žalitelji navode da je Komisija to učinila primijenivši hibridni postupak s vremenskim razmacima i donijevši odluku o nagodbi kojom ih je *de facto* proglasila odgovornim za povredu članka 101. UFEU-a. Kao drugo, žalitelji prigovaraju na određene izjave koje je tadašnji povjerenik nadležan za politiku tržišnog natjecanja iznio prije donošenja sporne odluke.

⁵¹ Vidjeti nedavnu presudu od 11. studenoga 2021., *Autostrada Wielkopolska/Komisija i Poljska* (C-933/19 P, EU:C:2021:905, t. 58. i navedenu sudsku praksu).

⁵² Vidjeti presudu od 22. rujna 2020., *Austrija/Komisija* (C-594/18 P, EU:C:2020:742, t. 47. i navedenu sudsku praksu).

⁵³ Vidjeti članak 41. stavak 1. Povelje (moje isticanje).

⁵⁴ Vidjeti točku 286. pobijane presude i navedenu sudsku praksu Suda.

⁵⁵ Vidjeti, među ostalim, presudu od 22. studenoga 2012., *E.ON Energie/Komisija* (C-89/11 P, EU:C:2012:738, t. 73. i navedenu sudsku praksu).

⁵⁶ Vidjeti, primjerice, presudu od 12. studenoga 2014., *Guardian Industries i Guardian Europe/Komisija* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, t. 30. i navedenu sudsku praksu).

124. Niti jedan od tih argumenata nije mi uvjerljiv. Kako ću objasniti u nastavku, ta načela i prava nisu povrijeđena. U svakom slučaju, žalitelji nisu istaknuli nijedan element koji bi sugerirao da bi sporna odluka bila drukčija da se navodne nepravilnosti nisu dogodile.

1. Hibridni postupak

125. Žalitelji u bitnome navode da je Komisija, primijenivši hibridni postupak, nepovratno prejudicirala njihov položaj prije nego što je sporna odluka zapravo donesena. Na žalitelje se u odluci o nagodbi, iako oni nisu bili njezini adresati, nepotrebno upućuje nekoliko puta, čime je *de facto* već utvrđena njihova odgovornost.

126. Argumenti žalitelja nisu mi uvjerljivi.

127. Za početak, mora se podsjetiti na to da je Sud prije utvrdio da Komisiju ništa ne sprječava da u odnosu na pojedine sudionike zabranjenog sporazuma primijeni hibridni postupak s *vremenskim razmacima*⁵⁷. Obveza Komisije da istodobno donese i odluku o nagodbi i povezane redovne odluke protivila bi se cilju postupka nagodbe, a to je pojednostavniti i ubrzati upravne postupke kao i smanjiti broj tužbi podnesenih pred sudom Unije kako bi se time omogućilo Komisiji da s istim sredstvima vodi više predmeta⁵⁸.

128. Međutim, Crédit Agricole tvrdi da Komisija to treba učiniti *kada* ne postoje dovoljna jamstva da će se u hibridnom postupku s vremenskim razmacima poštovati pretpostavka nedužnosti stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi.

129. Iako u teoriji možda i naginjem takvoj hipotezi, u praksi mi je teško zamisliti okolnosti u kojima bi Komisijino donošenje odluke o nagodbi – unatoč primjeni svih mogućih zaštitnih mjera i maksimalnoj predostrožnosti – neizbježno rezultiralo utvrđivanjem odgovornosti stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi.

130. Naime, kako je Opći sud pravilno naveo u nedavnoj odluci, u okviru postupka uređenog odredbama Uredbe br. 1/2003 i dotični poduzetnici i Komisija nalaze se, u odnosu na postupak nagodbe, u situaciji *tabula rasa*, u kojoj odgovornosti tek treba utvrditi. Komisija je u tom postupku vezana isključivo obaviješću o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku upućenom dotičnim poduzetnicima te tim poduzetnicima mora, što je gotovo suvišno isticati, omogućiti da ih se sasluša, pri čemu mora uzeti u obzir pravne i činjenične elemente koje oni iznesu⁵⁹.

131. Ništa ne sprječava Komisiju da, unatoč tomu što je u odluci o nagodbi donijela drukčija činjenična i pravna utvrđenja, u kasnijoj redovnoj odluci, suočena s novim argumentima ili dokazima, donese drukčiji zaključak. Drugim riječima, Komisija se u kasnijoj odluci ne može jednostavno osloniti na utvrđenja iz odluke o nagodbi. Svaka Komisijina odluka donesena na temelju odredbi Uredbe br. 1/2003 mora, u načelu, biti samostalna odluka u kojoj su zaključci nadležnih tijela na odgovarajući način i samostalno opravdani i obrazloženi⁶⁰.

⁵⁷ Vidjeti, osobito, presudu Pometon (t. 63.).

⁵⁸ Vidjeti presudu od 20. svibnja 2015., Timab Industries i CFPR/Komisija (T-456/10, EU:T:2015:296, t. 60.).

⁵⁹ Presuda od 2. veljače 2022., Scania i dr./Komisija (T-799/17, EU:T:2022:48, t. 129.)

⁶⁰ Vidjeti, po analogiji, mišljenje nezavisnog odvjetnika M. Bobeka u predmetu Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, t. 42. i 48.).

132. Okrećući se sada glavnom argumentu žalitelja, najprije moram istaknuti da ne vidim na koji se način za upućivanja na žalitelje u odluci o nagodbi može smatrati da su nepovratno prejudicirala njihov položaj u usporednom postupku.

133. Na *formalnoj razini* stranke se slažu da odluka o nagodbi nema za cilj te da ne može proizvesti nikakav pravni učinak, barem ne izravno, u odnosu na žalitelje jer oni nisu adresati te odluke⁶¹ te ih se ne spominje u njezinoj izreci.

134. Osim toga, u uvodnoj izjavi 3. odluke o nagodbi nedvosmisleno se navodi da se ta odluka temelji samo na činjenicama koje prihvaćaju stranke koje su sudjelovale u nagodbi te da „ne utvrđuje odgovornost stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi za sudjelovanje u povredi Unijina prava tržišnog natjecanja u ovom slučaju”. Ta uvodna izjava sadržava i bilješku (bilješku 4.) u kojoj se navodi da se u toj odluci o postupanju „stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi govori isključivo kako bi se utvrdila odgovornost stranaka koje su sudjelovale u nagodbi [...]”.

135. Istina, postojanje tih „ograda” nije dovoljno da isključi povredu koju žalitelji navode jer, kako proizlazi iz presude Pometon, Komisija u odluci o nagodbi treba izbjeći iznošenje više informacija nego što je potrebno za analizu pravne odgovornosti poduzetnika koji su sudjelovali u postupku nagodbe. Usto, obrazloženje odluka o nagodbi treba biti sročeno na način da se izbjegne moguće preuranjeno izjašnjavanje o krivnji stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi, što treba biti predmet zasebnih postupaka.

136. Shodno tomu, odluka o nagodbi u predmetnom slučaju mora se ispitati, u svojoj cijelosti, kako bi se provjerilo može li se – unatoč elementima navedenima u točkama 133. i 134. ovog mišljenja – upućivanja na žalitelje sadržana u toj odluci *de facto* smatrati preuranjenim izjašnjavanjima o njihovoj krivnji. Drugim riječima, da se izrazimo kako su to žalitelji učinili u svojoj tužbi, „kristalizira” li odluka o nagodbi njihov položaj u tolikoj mjeri da se taj aspekt nije mogao „ispraviti” u kasnijem postupku?

137. Žalitelji u tom pogledu prigovaraju na činjenicu da je Komisija u bilješci 4. odluke o nagodbi izraz „stranke” definirala kao „svi poduzetnici koji podliježu postupku”, što, dakle, uključuje i stranke koje nisu sudjelovale u nagodbi. Komisija je poslije opisala odnosne prakse (u odjeljku 4. odluke o nagodbi) te ih pripisala „strankama”⁶². Ona je u tom kontekstu uputila i na dvostrane kontakte između Barclaysa i, među ostalima, HSBC-a⁶³. Osim toga, u dijelu odluke o nagodbi u kojem se ocjenjuje ograničavajuća narav odnosnih praksi upućuje se na prakse opisane u odjeljku 4. te odluke.

138. Međutim, niti jedno od tih upućivanja ne čini mi se problematičnim, bilo da ih se promatra pojedinačno ili zajedno.

139. Kao prvo, odluka o nagodbi sadržava poprilično malo upućivanja na stranke koje nisu sudjelovale u nagodbi te se niti jedno od njih ne nalazi u dijelu te odluke koji se odnosi na „pravnu ocjenu”⁶⁴. Kao drugo i važnije, sva su ta upućivanja opisne naravi te ne čine – ni izričito ni prešutno – ocjenu HSBC-ova pravnog položaja.

⁶¹ Vidjeti, osobito, uvodne izjave 1. i 2. odluke o nagodbi.

⁶² Uvodna izjava 32.

⁶³ Uvodna izjava 36.

⁶⁴ Uvodne izjave 42. do 109.

140. Istina, u dijelu odluke o nagodbi koji se odnosi na pravnu ocjenu Komisija doista nekoliko puta upućuje na opisni dio te odluke, u kojem se HSBC spominje izravno ili neizravno.

141. Međutim, s obzirom na to da se postupanje stranaka koje su sudjelovale u nagodbi koje je predmet odluke o nagodbi sastojalo od kontakata sa strankama koje nisu sudjelovale u nagodbi te da ti kontakti imaju određenu važnost u strukturi te odluke, od Komisije se nije moglo očekivati da izostavi te informacije. HSBC-ov se interes u tom pogledu mora odvagovati u odnosu na Komisijinu obvezu da donese odluku koja je, što je više moguće, potpuna i transparentna i odgovarajuće obrazložena, kako u činjeničnom tako i u pravnom smislu. Ta su upućivanja stoga „objektivno neophodna” za utvrđivanje odgovornosti stranaka koje su sudjelovale u nagodbi, u smislu presude Pometon.

142. Shodno tomu, čini mi se da *odluka o nagodbi* ne sadržava prikrivenu ili uzgrednu ocjenu HSBC-ove odgovornosti. U toj odluci nema ni upućivanja na HSBC koje se čini nepotrebnim ili suvišnim.

143. Analiza sporne odluke potvrđuje moj zaključak. Naime, upućivanja na odluku o nagodbi i u spornoj se odluci nalaze samo u njezinu opisnom dijelu. Pravna ocjena odnosnog postupanja i odgovornost, u tom pogledu, stranaka koje nisu sudjelovale u nagodbi temelje se na neovisnoj analizi koja se u niti jednom svojem dijelu ne oslanja na utvrđenja iz odluke o nagodbi. Čitava je ocjena iznova provedena, s obzirom na argumente i dokaze koje je pružio adresat sporne odluke. Komisijina utvrđenja su stoga samostalno opravdana i obrazložena.

144. S obzirom na navedeno, ne vidim niti jedan uvjerljiv argument koji bi me naveo na zaključak da je odgovornost žaliteljâ *de jure* ili *de facto* utvrđena u odluci o nagodbi, tako da Komisija u praksi nije mogla promijeniti svoja utvrđenja u kasnijoj odluci. Argumente kojima se navodi da je načelo pretpostavke nedužnosti povrijeđeno zbog primjene hibridnog postupka s vremenskim razmacima stoga treba odbiti.

2. Povjerenikove izjave

145. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da pretpostavka nedužnosti zahtijeva, prije svega, da članovi suda prilikom obavljanja svojih dužnosti ne smiju unaprijed biti uvjereni da je optuženik počinio kazneno djelo za koje je optužen; kao i da je teret dokazivanja na tužiteljstvu te da u slučaju eventualne sumnje u tom pogledu treba pogodovati optuženiku⁶⁵.

146. Nadalje, u skladu s dosljednom strujom sudske prakse ESLJP-a, načelu pretpostavke nedužnosti usto se protivi to da tijela javne vlasti preuranjeno izražavaju mišljenje da je osoba koja je optužena za kazneno djelo kriva za njegovo počinjenje, odnosno da to izražavaju prije nego što je dokazano da je odnosna osoba kriva u skladu sa zakonom. Naime, to izražavanje može ponukati javnost da vjeruje u krivnju dotične osobe, što može utjecati na njezin ugled i dostojanstvo te dovesti u pitanje uredno i nepristrano razmatranje slučaja koje provode nadležna tijela⁶⁶.

⁶⁵ Vidjeti, među ostalim, presudu ESLJP-a od 6. prosinca 1988., Barberà, Messegué i Jabardo protiv Španjolske (CE:ECHR:1988:1206JUD001059083, t. 77.).

⁶⁶ Vidjeti presudu ESLJP-a od 24. travnja 2008., Ismoilov i dr. protiv Rusije (CE:ECHR:2008:0424JUD000294706, t. 161. i navedenu sudsku praksu.)

147. Ta tijela javne vlasti ne uključuju samo suce nego i javne službenike (kao što su istražna tijela i drugi predstavnici države)⁶⁷. Međutim, izjave potonjih podliježu blažem nadzoru u usporedbi s izjavama sudskih tijela⁶⁸.

148. ESLJP je usto utvrdio da, s obzirom na slobodu izražavanja, a ja bih dodao i s obzirom na zahtjeve otvorenosti i transparentnosti javne uprave⁶⁹, načelo pretpostavke nedužnosti nije moguće shvaćati na način da sprječava tijela javne vlasti da obavijeste javnost o istragama koje su u tijeku. To vrijedi pod uvjetom da ta tijela to učine uz potrebnu diskreciju i oprez⁷⁰.

149. U sudskoj se praksi dosljedno pravi bitna razlika između, s jedne strane, izjava da je netko samo *osumnjičen* za počinjenje kaznenog djela i, s druge strane, jasnih proglašenja da je netko zaista počinio dotično kazneno djelo iako za to nije konačno osuđen. Prvonavedeno se načelno smatra legitimnim, dok potonje čini povredu pretpostavke nedužnosti⁷¹.

150. Naravno, u tom je pogledu od ključne važnosti način na koji su tijela sročila svoje izjave⁷². Ipak, najvažnije od svega, osobito u „graničnim” situacijama, jest *stvarno značenje* izjava koje su dala tijela, a ne njihov doslovan oblik⁷³.

151. U određenim okolnostima ESLJP uporabu neke nesretne formulacije, za čiju je kritiku možda doista bilo razloga, nije smatrao presudnom pri ocjenjivanju postojanja navodnih povreda pretpostavke nedužnosti⁷⁴. U tom smislu, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da na pitanje čini li izjava tijela javne vlasti povredu pretpostavke nedužnosti treba odgovoriti s obzirom na kontekst *konkretnih okolnosti* u kojima je ta izjava dana⁷⁵.

152. S obzirom na to, je li izjavama koje je tadašnji povjerenik dao 2012. i 2014. povrijeđeno načelo pretpostavke nedužnosti u odnosu na žalitelje?

153. Iako donekle uvažavam argumente žalitelja, smatram da nije došlo do takve povrede.

154. Za početak mora se istaknuti da je tadašnji povjerenik bio član upravne institucije (Komisije) koja je, u predmetnom slučaju, djelovala kao istražno tijelo. Stoga, standard koji treba primijeniti na povjerenikove izjave nije toliko visok koliko bi bio da je ta osoba bila dio sudstva.

155. Ipak, mora se priznati da se te izjave, zbog korištenih riječi i načina na koji su iznesene, nalaze na granici između proglašenja puke sumnje i preuranjenih proglašenja krivnje. Unatoč tomu, te izjave zbog nekoliko elemenata smatram nesretnima, ali ipak relativno „bezazlenima”.

⁶⁷ Vidjeti, primjerice, presudu ESLJP-a od 10. veljače 1995., *Alenet de Ribemont protiv Francuske* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, t. 35.).

⁶⁸ Vidjeti, među ostalim, presudu ESLJP-a od 21. rujna 2006., *Pandy protiv Belgije* (CE:ECHR:2006:0921JUD001358302, t. 43.).

⁶⁹ Vidjeti, osobito, članak 10. stavak 3. i članak 11. stavak 2. UEU-a.

⁷⁰ Vidjeti presudu ESLJP-a od 10. veljače 1995., *Alenet de Ribemont protiv Francuske* (CE:ECHR:1995:0210JUD00151789, t. 38.).

⁷¹ Vidjeti, među mnogima, presudu ESLJP-a od 12. studenoga 2015., *El Kaada protiv Njemačke* (CE:ECHR:2015:1112JUD000213010, t. 54.).

⁷² Vidjeti, primjerice, presudu ESLJP-a od 27. ožujka 2014., *Müller protiv Njemačke* (CE:ECHR:2014:0327JUD005496308, t. 46.).

⁷³ Vidjeti, među ostalim, presudu ESLJP-a od 28. studenoga 2002., *Lavents protiv Latvije* (CE:ECHR:2002:1128JUD005844200, t. 126.).

⁷⁴ Vidjeti presudu ESLJP-a od 27. veljače 2014., *Karaman protiv Njemačke* (CE:ECHR:2014:0227JUD001710310, t. 63. i navedenu sudsku praksu).

⁷⁵ Vidjeti presude ESLJP-a od 28. listopada 2004., *Y. B. i dr. protiv Turske* (CE:ECHR:2004:1028JUD004817399, t. 44.) i od 24. svibnja 2011., *Konstas protiv Grčke* (CE:ECHR:2011:0524JUD005346607, t. 33.).

156. Kao prvo, kada je riječ o *sadržaju* odnosnih izjava, točno je da je nekoliko iznesenih zapažanja bilo dvosmisleno i da bi dio zainteresirane publike neke od njih mogao doživjeti kao insinuaciju da su (neki ili svi) poduzetnici koji su bili predmet istrage vjerojatno počinili povredu Unijinih pravila o tržišnom natjecanju⁷⁶. Međutim, ne može se poreći da su te izjave bile poprilično neodređene i generičke te da njima ipak nije proglašena krivnja poduzetnika koji su bili predmet istrage. Osim toga, u tim se izjavama o tim poduzetnicima nije govorilo na osuđujuć ili oštar način. U njima se usto nije posebno upućivalo na jednog ili više konkretnih poduzetnika, nisu iznesene nikakve konkretne pojedinosti koje bi mogle otkriti identitet jednog ili više njih niti su otkrivene ikakve povjerljive informacije ili poslovne tajne koje su im mogle naštetiti.

157. Kao drugo, kada je riječ o *kontekstu* u kojem su odnosne izjave dane, posebno mi se relevantnima čine pitanja „gdje”, „zašto” i „kada”. Te su izjave dane u (i.) Europskom parlamentu, (ii.) francuskom Senatu odnosno (iii.) tijekom razgovora sa specijaliziranim novinarima. Njihova je svrha bila *obavijestiti* druge (Unijine ili nacionalne) institucije i gospodarske subjekte u relevantnim sektorima o statusu istrage koja je bila u tijeku. U svijetu koji se još oporavlja od razornih učinaka financijske krize iz 2007. i 2008. (čiji se korijeni mogu pronaći u nemarnom ponašanju određenih globalnih financijskih institucija) te s obzirom na to da je Europska unija provodila značajnu reformu sektora financijskih usluga, takve su informacije očito bile od velikog interesa za javnost. Osim toga, odnosne su izjave dane nakon što je već objavljeno postojanje istrage u sektoru EIRD-ova⁷⁷.

158. Kao treće, kada je riječ o mogućim *posljedicama* odnosnih izjava, ne vidim – niti su žalitelji podrobnije objasnili – na koji su način te izjave mogle utjecati na ugled i dostojanstvo žalitelja odnosno dovesti u pitanje uredno i nepristrano razmatranje slučaja koje je Komisija provodila⁷⁸.

159. Osobito, žalitelji ne osporavaju da (i.) su u okviru upravnog postupka uživali sva postupovna jamstva predviđena zakonodavstvom Unije; (ii.) i odluka o nagodbi i sporna odluka čine akte Komisije (to jest, Kolegija povjerenika), a ne povjerenika odgovornog za politiku tržišnog natjecanja; te da (iii.) u trenutku donošenja sporne odluke osoba koja je dala odnosne izjave više nije bila povjerenik odgovoran za politiku tržišnog natjecanja.

160. S obzirom na navedeno, čini mi se da odnosne izjave, iako, kako je naveo Ombudsman, doista ima razloga za njihovu kritiku, nisu takve vrste i težine da dovode u pitanje Komisijinu nepristranost u provedbi *istrage* i načinu na koji ocijenila položaj žalitelja u *spornoj odluci*.

161. U svakom slučaju, čak i ako bi Sud smatrao da je tim izjavama povrijeđena pretpostavka nedužnosti, mišljenja sam da žalitelji nisu pružili niti jedan dokaz o tome da su te izjave mogle utjecati na ishod postupka.

162. Naposljetku bih samo dodao da navodi koje žalitelji u tom kontekstu iznose u pogledu povrede njihova prava obrane ne otvaraju nikakva nova pitanja osim onih o kojima se već govorilo. Te navode stoga nije potrebno zasebno razmatrati.

163. Shodno tomu, smatram da tvrdnje žalitelja koje se odnose na povrede pretpostavke nedužnosti, prava na dobru upravu i prava obrane treba odbiti.

⁷⁶ Vidjeti Ombudsmanovu odluku, t. 1. i 5.

⁷⁷ Vidjeti, primjerice, Priopćenje Europske komisije za medije od 19. listopada 2011., „Antitrust: Commission confirms inspections in suspected cartel in the sector of Euro interest rate derivatives” (Zaštita tržišnog natjecanja: Komisija potvrđuje provedbu istraga o mogućem postojanju zabranjenih sporazuma u sektoru kamatnih izvedenica denominiranih u eurima) (MEMO/11/711).

⁷⁸ U tom pogledu, također vidjeti Ombudsmanovu odluku, t. 4.

B. Ograničenje s obzirom na cilj

164. Žalitelji u bitnome tvrde da je odnosna razmjena informacija trgovcima omogućila, time što je smanjila njihovu neizvjesnost u pogledu visine medijskih cijena na tržištu, da, u korist svojih klijenata, smanje jaz između kupovnih i prodajnih cijena, što bi dovelo do jačanja tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu.

165. Ni taj mi argument nije uvjerljiv. Sudska je praksa u tom pogledu relativno jasna te ću stoga svoju analizu ograničiti na iznošenje nekoliko kratkih napomena.

166. Za početak, sumnjam da je odnosno postupanje, s obzirom na njegov učinak, moguće smatrati *pozitivnim za tržišno natjecanje*. U tom pogledu ističem da su informacije o medijskim cijenama, barem u odnosu na određene izvedenice, načelno povjerljive i da nisu javno dostupne. HSBC i JP Morgan sami su, tijekom istrage, potvrdili netransparentnost na tržištu EIRD-ova⁷⁹. Osim toga, važno je naglasiti da su informacije o medijskim cijenama izrazito relevantne za određivanje cijena u sektoru EIRD-ova. Trgovac koji poznaje medijske cijene svojih konkurenata u boljem je položaju da preciznije odredi konačne kupovne ili prodajne cijene tih konkurenata⁸⁰.

167. Ne vidim na koji način to postupanje pozitivno utječe na tržišno natjecanje. Razmjena povjerljivih informacija o medijskim cijenama odnosnim bankama nije omogućila – da navedem nekoliko primjera pozitivnog utjecaja na tržišno natjecanje – da ponude nove ili bolje usluge, uđu na nova tržišta, otvore tržište novim klijentima ili, općenitije, da poboljšaju funkcioniranje tržišta ili isprave njegove nedostatke. Neke su banke razmjenom odnosnih informacija uklonile neizvjesnost u pogledu načina na koji će u budućnosti određivati svoje cijene, u korist banaka koje su sudjelovale u usklađenom djelovanju, a na štetu onih koje u njemu nisu sudjelovale⁸¹.

168. Osim toga, činjenica da su odnosne banke neke od koristi prenijele na svoje klijente ne isključuje protutržišnu narav odnosnog postupanja. Iz ustaljene sudske prakse proizlazi da Unijino pravo tržišnog natjecanja nije namijenjeno samo zaštiti neposrednih interesa konkurenata ili potrošača, već i zaštiti strukture tržišta⁸². To znači da se postupanje koje može utjecati i na motivaciju i sposobnost (jednako učinkovitih) konkurenata da se natječu na tržištu može, kada su ispunjeni odgovarajući uvjeti iz članka 101. i/ili članka 102. UFEU-a, smatrati protutržišnim.

169. Shodno tomu, kako bi se utvrdilo da određeno postupanje ima protutržišni cilj, ono ne mora biti izravno povezano s povećanjem potrošačkih cijena⁸³. Čak se i postupanje koje može dovesti do određenog smanjenja cijena relevantnih proizvoda ili usluga može, u određenim okolnostima, smatrati protutržišnim po svojoj naravi⁸⁴.

⁷⁹ Vidjeti uvodne izjave 45. i 46. sporne odluke.

⁸⁰ Vidjeti, osobito, uvodnu izjavu 34. sporne odluke.

⁸¹ Vidjeti, u tom pogledu, točku 132. pobijane presude, u kojoj je u bitnome izložena uvodna izjava 395. sporne odluke.

⁸² Vidjeti, primjerice, presudu od 19. ožujka 2015., Dole Food i Dole Fresh FruitEurope/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 125. i navedenu sudsku praksu).

⁸³ Vidjeti presudu od 19. ožujka 2015., Dole Food i Dole Fresh FruitEurope/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 123. do 125. i navedenu sudsku praksu).

⁸⁴ Presuda od 30. siječnja 2020., Generics (UK) i dr. (C-307/18, EU:C:2020:52, t. 109. i 110.)

170. S obzirom na navedeno, smatram da treba odbiti navod kojim žalitelji navode da je razmjena informacija o medijanskim cijenama pozitivno utjecala na tržišno natjecanje te da je stoga nije moguće kvalificirati kao povredu članka 101. UFEU-a s obzirom na cilj.

VII. Troškovi

171. U skladu s člankom 138. stavkom 1. Poslovnika Suda, koji se na žalbene postupke primjenjuje na temelju članka 184. stavka 1. tog poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove.

172. Budući da je Komisija podnijela zahtjev u pogledu troškova te da žalitelji nisu uspjeli u postupku, potonji su dužni snositi troškove ovog žalbenog postupka. Međutim, s obzirom na to da su žalitelji uspješno osporili nekoliko pogrešaka koje se tiču prava sadržanih u pobijanoj presudi, mišljenja sam da se – u skladu s člankom 138. stavkom 3. Poslovnika Suda – čini opravdanim da se žaliteljima i Komisiji naloži snošenje vlastitih troškova žalbenog postupka.

173. U ovom se predmetu usto čini opravdanim primijeniti članak 140. stavak 3. Poslovnika Suda, koji se na žalbene postupke primjenjuje na temelju članka 184. stavka 1. tog poslovnika, a prema kojem Sud može odlučiti da privatne stranke koje su intervenirale u žalbeni postupak snose vlastite troškove.

174. Naposljetku, ne vidim razlog za to da se promijeni odluka Općeg suda o troškovima prvostupanjskog postupka.

VIII. Zaključak

175. S obzirom na navedeno, predlažem da Sud:

- odbije žalbu;
- naloži društvima HSBC Holdings plc, HSBC Bank plc, HSBC Continental Europe (prije društvo HSBC France) i Europskoj komisiji snošenje vlastitih troškova ovog žalbenog postupka;
- naloži društvima Crédit Agricole SA i Crédit Agricole Corporate and Investment Bank te društvima JP Morgan Chase & Co., JP Morgan Chase Bank National Association i JP Morgan Services LLP snošenje vlastitih troškova ovog žalbenog postupka.