



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA  
GIOVANNIJA PITRUZZELLE  
od 14. srpnja 2022.<sup>1</sup>

**Predmet C-682/20 P**

**Les Mousquetaires,  
ITM Entreprises SAS  
protiv**

**Europske komisije**

„Žalba – Tržišno natjecanje – Zabranjeni sporazumi – Upravni postupak – Komisijina odluka kojom se nalaže pretraga – Prigovor nezakonitosti istaknut u pogledu članka 20. Uredbe (EZ) br. 1/2003 – Navodno nepostojanje djelotvornog pravnog lijeka protiv uvjetâ izvršenja odluka o pretrazi – Komisijina odluka o uzimanju i kopiranju podataka koji su sadržani na uređajima za komunikaciju i pohranjivanje, a koji sadržavaju podatke o privatnom životu korisnikâ – Odbijanje zahtjeva žalitelja za povrat predmetnih podataka – Tužba za poništenje”

1. Svojom žalbom društva Les Mousquetaires SAS (u daljnjem tekstu: LM) i ITM Entreprises SAS (u daljnjem tekstu: ITM ili Intermarché i zajedno s LM-om nazvani: žalitelji) zahtijevaju djelomično ukidanje presude Općeg suda od 5. listopada 2020., Les Mousquetaires i ITM Entreprises/Komisija (T-255/17, u daljnjem tekstu: pobijana presuda, EU:T:2020:460), kojom je Opći sud djelomično odbio njihov zahtjev, koji se temelji na članku 263. UFEU-a, za poništenje, kao prvo i glavno, dviju odluka koje je Europska komisija donijela 21. veljače 2017.<sup>2</sup>, kojima se LM-u i svim društvima koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom nalaže da dopuste provođenje pretrage u skladu s člankom 20. stavcima 1. i 4. Uredbe (EZ) br. 1/2003<sup>3</sup> i, podredno, dviju odluka koje je Komisija donijela 9. veljače 2017., kojima se ITM-u i svim društvima koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom nalaže da dopuste provođenje pretrage u skladu s člankom 20. stavcima 1. i 4. Uredbe (EZ) br. 1/2003<sup>4</sup> te, kao drugo, odluke kojom je Komisija, s jedne strane, uzela i kopirala podatke koji su sadržani na uređajima za komunikaciju i pohranjivanje, a koji sadržavaju podatke o privatnom životu korisnika tih uređaja, i, s druge strane, odbila zahtjev za povrat tih podataka koji su podnijeli žalitelji.

<sup>1</sup> Izvorni jezik: francuski

<sup>2</sup> Riječ je o Odluci Komisije C(2017) 1361 *final* (predmet AT.40466 – Tute 1, u daljnjem tekstu: Odluka Tute 1 od 21. veljače 2017.) i Odluci Komisije C(2017) 1360 *final* (predmet AT.40467 – Tute 2, u daljnjem tekstu: Odluka Tute 2 od 21. veljače 2017.).

<sup>3</sup> Uredba Vijeća 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.)

<sup>4</sup> Riječ je o Odluci Komisije C(2017) 1057 *final* (predmet AT.40466 – Tute 1, u daljnjem tekstu: Odluka Tute 1 od 9. veljače 2017.) i Odluci Komisije C(2017) 1061 *final* (predmet AT.40467 – Tute 2, u daljnjem tekstu: Odluka Tute 2 od 9. veljače 2017.).

## I. Okolnosti spora

2. Okolnosti spora, iznesene u točkama 2. do 11. pobijane presude, za potrebe ovog postupka mogu se sažeti na sljedeći način.

3. LM je holding društvo grupe Les Mousquetaires, koje obavlja svoje djelatnosti u sektoru distribucije prehrambenih i neprehrambenih proizvoda u Francuskoj i Belgiji. ITM je njegovo društvo kći.

4. Nakon što je primila informacije o razmjeni informacija između ITM-a i, među ostalim, Casina, koji također obavlja svoje djelatnosti u sektoru distribucije prehrambenih i neprehrambenih proizvoda, Europska komisija donijela je Odluku Tute 1 od 9. veljače 2017.

5. Izreka te odluke glasi kako slijedi:

„Članak 1.

[...] Intermarché [...] i sva društva koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom dužni su dopustiti provođenje pretrage koja se odnosi na moguće sudjelovanje u usklađenom djelovanju koje je protivno članku 101. [UFEU-a] na tržištima opskrbe robom široke potrošnje, na tržištu prodaje usluga proizvođačima proizvoda zaštićenih žigom i na tržištima prodaje robe široke potrošnje potrošačima. Ta usklađena djelovanja uključuju:

- (a) razmjene informacija od 2015. između poduzetnika i/ili udruženja poduzetnika, osobito AgeCorea i/ili njegovih članova, osobito Intermarchéa i ICDC-a [...] i/ili njihovih članova, osobito Casina, u pogledu popusta koje su ostvarili na tržištima opskrbe robom široke potrošnje u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje te cijena na tržištu prodaje usluga proizvođačima proizvoda zaštićenih žigom u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje, u nekoliko država članica Europske unije, osobito u Francuskoj, i
- (b) razmjene informacija barem od 2016. između Casina i Intermarchéa u pogledu njihovih budućih poslovnih strategija, osobito u odnosu na asortiman, razvoj trgovina, e-trgovinu i promidžbenu politiku na tržištima opskrbe robom široke potrošnje i na tržištima prodaje robe široke potrošnje potrošačima u Francuskoj.

Ta se pretraga može obaviti u bilo kojem prostoru poduzetnika [...].

Intermarché ovlašćuje dužnosnike i druge osobe koje je Komisija zadužila da provedu pretragu te dužnosnike i ostale osobe, koje je tijelo dotične države članice nadležno za tržišno natjecanje ovlastilo da im pomogne ili koje je potonje tijelo imenovalo u tu svrhu, da pristupe svim prostorima i prijevoznim sredstvima tijekom uobičajenog radnog vremena ureda. Dopušta da se pregledaju poslovne knjige i svi drugi poslovni dokumenti, neovisno o njihovom obliku, ako to dužnosnici i druge ovlaštene osobe zatraže, te im omogućuje da ih pregledaju na licu mjesta i da uzmu ili dobiju u bilo kojem obliku presliku ili izvadak iz tih knjiga ili dokumenata. Dopušta da se tijekom trajanja pretrage i ako je to u tu svrhu potrebno zapečate svi poslovni prostori i knjige ili dokumenti. Intermarché neposredno na licu mjesta daje usmena objašnjenja u vezi s predmetom i svrhom pretrage ako to dužnosnici ili osoblje zatraže, i ovlašćuje svakog zastupnika ili člana osoblja na davanje takvih objašnjenja. Dopušta da se ta objašnjenja pohrane u svim mogućim oblicima.

## Članak 2.

Pretraga može započeti 20. veljače 2017. ili ubrzo nakon toga.

## Članak 3.

Intermarché [...] i sva društva koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom adresati su ove odluke.

Ta se odluka netom prije pretrage dostavlja poduzetniku koji je njezin adresat na temelju članka 297. stavka 2. [UFEU-a].”

6. Nakon što je primila informacije o razmjeni informacija između osobito Intermarchéa i drugih poduzetnika ili udruženja poduzetnika, Komisija je donijela Odluku Tute 2 od 9. veljače 2017. U članku 1. te odluke navodi se Intermarchéovo moguće sudjelovanje u usklađenim djelovanjima koja predstavljaju „razmjene informacija od 2015. između poduzetnika i/ili udruženja poduzetnika, osobito AgeCorea i/ili njegovih članova, Coopernica i/ili njegovih članova i Eureleca i/ili njegovih članova, u pogledu popusta koje su ostvarili na tržištima opskrbe robom široke potrošnje u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje te cijena na tržištu prodaje usluga proizvođačima proizvoda zaštićenih žigom u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje, u nekoliko država članica Europske unije, osobito u Francuskoj i Njemačkoj”. Članci 2. i 3. navedene odluke imali su isti sadržaj kao članci 2. i 3. Odluke Tute 1 od 9. veljače 2017.

7. Nakon što ga je Komisija obavijestila o toj pretrazi, Autorité de la concurrence (Tijelo nadležno za tržišno natjecanje, Francuska) pokrenuo je postupak pred sucem nadležnim za određivanje pritvora pri tribunalu de grande instance d’Evry (Okružni sud u Evryju, Francuska) kako bi od njega zatražio da odobri provođenje pretrage i oduzimanje predmeta u prostorima žaliteljâ. Rješenjem od 17. veljače 2017. sudac nadležan za određivanje pritvora odobrio je pretrage i oduzimanja predmeta koji se traže kao preventivna mjera. Budući da nijedna od mjera poduzetih tijekom pretrage nije zahtijevala upotrebu pomoći „drugih odgovarajućih tijela” u smislu članka 20. stavaka 6. i 8. Uredbe br. 1/2003, to rješenje nije dostavljeno žaliteljima.

8. Pretraga je počela 20. veljače 2017., a na taj su datum Komisijini inspektori zajedno sa zastupnicima francuskog Tijela nadležnog za tržišno natjecanje došli u Intermarchéove prostore.

9. Nakon dvojbi u pogledu toga da je jedna od osoba na koju se odnosila pretraga ITM-ov ili LM-ov zaposlenik, Komisija je donijela odluke Tute 1 i Tute 2 od 21. veljače 2017. na temelju istih razloga kao što su oni navedeni u odlukama Tute 1 i Tute 2 od 9. veljače 2017., pri čemu je izmijenjeno samo određivanje glavnog adresata pretrage (ITM umjesto LM-a)<sup>5</sup>.

10. Komisija je u okviru pretrage, među ostalim, pretražila urede, prikupila opremu, konkretno računalnu (prijenosna računala, mobilne telefone, tablete, uređaje za pohranu), saslušala nekoliko osoba te izradila kopije sadržaja s prikupljene opreme.

<sup>5</sup> Između odluka Tute 1 od 9. veljače 2017. i od 21. veljače 2017., s jedne strane, te odluka Tute 2 od 9. veljače 2017. i od 21. veljače 2017., s druge strane, izmijenjeno je samo određivanje glavnog adresata pretrage, koji je u jednom slučaju LM, a u drugom ITM.

11. Žalitelji su 24. veljače 2017. uputili Komisiji nekoliko dopisa u kojima su iznijeli zadržke u pogledu odluka o pretrazi i provođenja pretrage na temelju tih odluka, pri čemu su osobito osporavali kopiju dokumenata koji se odnose na privatni život članova njihova osoblja. Te su zadržke dopunjene dopisom upućenim Komisiji 13. travnja 2017., kojim se osobito traži povrat određenih kopiranih dokumenata.

## II. Postupak pred Općim sudom i pobijana presuda

12. Tužbom podnesenom tajništvu Općeg suda 28. travnja 2017. žalitelji su pobijali odluke Tute 1 i Tute 2 od 21. veljače 2017. te, po potrebi, odluke Tute 1 i Tute 2 od 9. veljače 2017. U prilog svojoj tužbi, žalitelji su u biti istaknuli pet tužbenih razloga. Prvi tužbeni razlog temeljio se na prigovoru nezakonitosti članka 20. stavka 4. Uredbe br. 1/2003 i njime se osporavala nedostatnost dostupnih pravnih lijekova protiv uvjeta provođenja pretraga, drugi se temeljio na tome da pobijane odluke nisu bile redovno dostavljene, treći na oduzimanju njihova prava da se brane protiv provođenja pretrage, četvrti na povredi obveze obrazlaganja, a peti na povredi prava na nepovredivost doma.

13. Odlukom predsjednika devetog vijeća Općeg suda od 22. rujna 2017. Vijeću Europske unije odobrena je intervencija u postupku pred Općim sudom u potporu Komisiji.

14. U okviru mjera upravljanja postupkom predviđenih u članku 89. Poslovnika Općeg suda, Opći sud zatražio je od Komisije da podnese verziju indicija o navodnim povredama koja nije klasificirana oznakom tajnosti, kojima je raspolagala na datum donošenja pobijanih odluka, te je zatražio od žalitelja da zauzmu stajalište o podnesenim indicijama. U odgovoru na taj poziv Komisija je, među ostalim, podnijela zapisnike o ispitivanjima 13 dobavljača proizvoda široke potrošnje na koje se odnosila pretraga i koji su redovito sklapali sporazume s Casinom i ITM-om, koja je provela 2016. i 2017. (u daljnjem tekstu: zapisnici o ispitivanjima).

15. Pobijanom presudom Opći sud je, s jedne strane, nakon što je utvrdio da Komisija nije raspolagala dovoljno ozbiljnim indicijama na temelju kojih se može sumnjati na postojanje druge povrede koja se sastojala u razmjenama informacija između Casina i ITM-a u pogledu njihovih budućih poslovnih strategija, poništio članak 1. točku (b) Odluke Tute 1 od 9. veljače 2017. i članak 1. točku (b) Odluke Tute 1 od 21. veljače 2017.<sup>6</sup> S druge strane, time što je odlučio da su dostupni pravni lijekovi radi ispitivanja zakonitosti pretraga i njihova provođenja bili djelotvorni i time što je utvrdio da je Komisija u dovoljnoj mjeri obrazložila pretrage u pogledu mogućeg sudjelovanja žalitelja u usklađenim djelovanjima navedenima u članku 1. točki (a) odluka Tute 2 od 9. i 21. veljače 2017. te da ih je valjano mogla naložiti, Opći sud odbio je tužbu u preostalom dijelu<sup>7</sup>.

## III. Zahtjevi stranaka

16. Žalitelji svojom žalbom od Suda zahtijevaju da ukine točku 2. izreke pobijane presude, da prihvati njihove zahtjeve koje su istaknuli u prvostupanjskom postupku i poništi odluke Tute 1 od 9. i 21. veljače 2017. (u daljnjem tekstu zajedno nazvane: sporne odluke) te da naloži Komisiji snošenje svih troškova cjelokupnog postupka, uključujući postupak pred Općim sudom.

17. Komisija od Suda zahtijeva da odbije žalbu i da žaliteljima naloži snošenje troškova.

<sup>6</sup> Prva točka izreke

<sup>7</sup> Druga točka izreke

18. Vijeće od Suda zahtijeva da odbije prvi žalbeni razlog i da žaliteljima naloži snošenje troškova.

#### IV. O žalbi

19. Žalitelji u prilog svojoj žalbi ističu pet žalbenih razloga. Prvi žalbeni razlog temelji se na pogreškama koje se tiču prava i nedostatku u obrazloženju koje je Opći sud počinio u okviru svoje analize djelotvornosti pravnih lijekova koji se tiču provođenja pretraga. Drugi žalbeni razlog temelji se na povredi članka 6. i 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, potpisane u Rimu 4. studenoga 1950. (u daljnjem tekstu: EKLJP), članka 296. UFEU-a i članka 20. stavka 4. Uredbe br. 1/2003 jer je Opći sud povrijedio obvezu obrazlaganja i ograničenja odluka o pretrazi. Treći žalbeni razlog temelji se na pogrešci koja se tiče prava i povredi Uredbe br. 1/2003 jer je Opći sud smatrao da se ta uredba ne primjenjuje na postupovnu fazu „prije donošenja mjera koje podrazumijevaju prigovor da je počinjena povreda”. Četvrti žalbeni razlog temelji se na povredi članka 6. i 8. EKLJP-a i članka 19. Uredbe br. 1/2003 jer je Opći sud kvalificirao elemente koji su zahvaćeni formalnim i materijalnim nepravilnostima kao „dovoljno ozbiljne indicije”. Naposljetku, peti žalbeni razlog temelji se na nedostatku u obrazloženju koji je posljedica nepostojanja nadzora dokazne vrijednosti tih indicija i pogreške u kvalifikaciji „indicije”.

##### A. Prvi žalbeni razlog

20. Svojim prvim žalbenim razlogom žalitelji u biti osporavaju točke 83. do 112. pobijane presude u kojoj je Opći sud ispitao i odbio njihov prigovor nezakonitosti članka 20. stavka 4. Uredbe br. 1/2003. U okviru tog prigovora nezakonitosti žalitelji su osporavali to što u članku 20. Uredbe br. 1/2003 ne postoje odredbe na temelju kojih se mjerama obuhvaćenim provođenjem pretrage ne pridaje priroda akata protiv kojih se može podnijeti pravni lijek na temelju Ugovora, te kojima se nalaže da se u odluci o pretrazi navede taj mogući pravni lijek, kao što se na temelju članka 20. stavka 4. Uredbe br. 1/2003 moraju navesti pravni lijekovi koji postoje pred sudom Unije protiv same odluke o pretrazi<sup>8</sup>.

##### 1. Pobijana presuda

21. Nakon što je u točkama 58. do 75. pobijane presude odbio apsolutne zapreke vođenju postupka koje su Komisija i Vijeće iznijeli u pogledu prigovora nezakonitosti koji su istaknuli žalitelji, Opći sud započeo je ispitivanje osnovanosti tog prigovora. U točki 82. pobijane presude prije svega je podsjetio na presude Europskog suda za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) koje su donesene o poštovanju članka 6. i 13. EKLJP-a u pogledu pretraga prostora te je naveo četiri uvjeta potrebna kako bi se priznalo postojanje prava na djelotvoran pravni lijek koji proizlaze iz tih presuda, a to su „uvjet djelotvornosti”, „uvjet učinkovitosti”, „uvjet sigurnosti” i „uvjet razumnog roka”. U točki 83. pobijane presude Opći sud je pojasnio da tvrdnja iz navedenih presuda, prema kojoj se u pogledu provođenja pretrage treba moći podnijeti djelotvoran pravni lijek u posebnim okolnostima određenog predmeta, podrazumijeva da se uzmu u obzir svi pravni lijekovi koji su dostupni poduzetniku u pogledu kojeg se provodi pretraga te time sveukupna

<sup>8</sup> Vidjeti točku 74. pobijane presude.

analiza tih pravnih lijekova. Prije nego što je proveo takvu analizu, Opći sud naglasio je da „nije važno da, kad se razmatraju pojedinačno, svaki od ispitanih pravnih lijekova ne ispunjava četiri uvjeta koji se zahtijevaju sudskom praksom ESLJP-a”<sup>9</sup>.

22. Nadalje, Opći sud utvrdio je šest pravnih lijekova koji omogućuju da se sudu podnesu osporavanja u pogledu pretrage, a to su tužba protiv odluke o pretrazi, tužba protiv Komisijine odluke kojom se sankcionira ometanje pretrage na temelju članka 23. stavka 1. točaka (c) do (e) Uredbe br. 1/2003, tužba protiv „svakog akta koji ispunjava uvjete iz sudske prakse u pogledu akta protiv kojeg se može podnijeti pravni lijek i koji je donijela Komisija nakon odluke o pretrazi i u okviru provođenja pretrage, kao što je odluka kojom se odbija zahtjev za zaštitu dokumenata zbog povjerljivosti komunikacije između odvjetnika i klijenata”, koja se temelji na presudi od 17. rujna 2007., Akzo Nobel Chemicals i Akcros Chemicals/Komisija<sup>10</sup> (u daljnjem tekstu: presuda Akzo), tužba protiv konačne odluke o okončanju postupka pokrenutog na temelju članka 101. UFEU-a, postupak privremene pravne zaštite i, naposljetku, tužba za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti.

23. U točkama 90. do 98. pobijane presude, Opći sud analizirao je u kojoj mjeri svaki od tih pravnih lijekova omogućuje da se kritiziraju uvjeti u kojima se pretraga provodi i da se osigura popravljivanje posljedica od mogućih nepravilnosti koje je Komisija počinila prilikom te pretrage.

24. Nakon te analize, Opći sud je u točkama 99. do 110. pobijane presude objasnio razloge zbog kojih je smatrao da sustav nadzora provođenja pretraga koji obuhvaća niz takvih pravnih lijekova ispunjava četiri uvjeta navedena u točki 21. ovog mišljenja. U tom je kontekstu u točki 101. te presude, u pogledu uvjeta djelotvornosti, osobito pojasnio da, iako ni jedan od navedenih pravnih lijekova, kad se razmatra pojedinačno, ne omogućuje da se provede nadzor osnovanosti svih mjera poduzetih tijekom pretrage, njihova zajednička primjena omogućuje takav nadzor.

25. Slijedom toga, Opći sud je u točki 111. pobijane presude prigovor nezakonitosti članka 20. Uredbe br. 1/2003, koji se temelji na povredi prava na djelotvoran pravni lijek, odbio kao neosnovan.

## 2. Sažetak argumenata stranaka

26. Nakon što su istaknuli da članak 20. stavak 4. Uredbe br. 1/2003 Komisiji dodjeljuje široke istražne ovlasti kojima se ozbiljno zadire u prava poduzetnika i pojedinaca iz članka 8. EKLJP-a i članka 7. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja), žalitelji podsjećaju na to da je ESLJP u svojoj presudi od 2. listopada 2014., Delta Perkarny protiv Češke Republike<sup>11</sup> (u daljnjem tekstu: presuda Delta Pekarny) odlučio da usklađenost takvog zadiranja s EKLJP-om zahtijeva, među ostalim, djelotvoran pravni lijek koji ne omogućuje samo osporavanje zakonitosti odobrenja, u pogledu prava i činjenica, nego i uvjetâ provođenja pretrage koju je poduzetnik obavezan dopustiti.

27. Kao prvo, žalitelji ističu da, suprotno onomu što tvrdi Opći sud, osobito u točkama 83. i 87. pobijane presude, iz presuda ESLJP-a ne proizlazi da djelotvornost pravnih lijekova protiv zakonitosti i provođenja pretrage treba ocijeniti na temelju „sveukupne analize” mogućih pravnih lijekova, a još manje na temelju analize nadoknađivanjem nedostataka. Opći sud je na temelju

<sup>9</sup> Vidjeti točku 87. pobijane presude.

<sup>10</sup> T-125/03 i T-253/03, EU:T:2007:287, t. 46., 48. i 49. i navedena sudska praksa

<sup>11</sup> CE:ECHR:2014:1002JUD000009711

zajedničkog ispitivanja mogućih pravnih lijekova za osporavanje zakonitosti i provođenja pretraga te time što je nastojao nadoknaditi nedostatke jednog pravnog lijeka prednostima drugog pravnog lijeka u točkama 83. i 99. do 111. pobijane presude došao do pogrešnog zaključka.

28. Prema mišljenju žalitelja, zasebno ispitivanje, provedeno uzimajući u obzir posebne okolnosti određenog predmeta, navelo bi Opći sud da odmah odbije tri pravna lijeka koja je priznao kao djelotvorne, a to su tužba protiv odluke o meritumu, koja nije bila sigurna, nije podnesena u razumnom roku i nije omogućila osiguranje odgovarajućeg popravljivanja posljedica, tužba kojom se osporava zakonitost odluke o pretrazi, koja se ne može odnositi na uvjete provođenja pretrage, kao što to potvrđuje činjenica da je Opći sud odbio kao nedopuštene ili bespredmetne tužbene razloge koje su žalitelji istaknuli u tom pogledu, te tužba za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti, zbog toga što joj je svrha samo naknada štete.

29. Svi drugi pravni lijekovi, odnosno tužba koja se odnosi na zahtjeve za zaštitu povjerljivosti razmjena informacija između odvjetnika i klijenta, postupak privremene pravne zaštite naveden u presudi Općeg suda u području zaštite privatnih podataka ili pak tužba protiv odluke o ometanju, samo su djelomični i ne omogućuju provjeru, u pogledu prava i činjenica, jesu li ispunjeni svi uvjeti provođenja pretrage u skladu s člankom 8. EKLJP-a. Naime, akumuliranje djelomičnih pravnih lijekova koji ne omogućuju da se utvrdi, *in concreto*, postojanje pravnog lijeka koji ispunjava uvjete djelotvornosti, učinkovitosti, sigurnosti i razumnog roka za sva pitanja povezana s provođenjem pretrage koja se mogu pojaviti ne ispunjava zahtjeve iz članka 8. EKLJP-a, kao što ih ne ispunjava ni nepostojanje pravnog lijeka.

30. Kao drugo, žalitelji tvrde da je, u pogledu pravnih lijekova navedenih u prethodnoj točki ovog mišljenja, Opći sud stavio na teret osobi stvaranje uvjeta koji omogućuju njihovo podnošenje. Stoga postupak privremene zaštite i postupak *ex post* u području zaštite podataka te tužba na temelju sudske prakse proizašle iz presude Akzo u području zaštite komunikacije između klijenta i odvjetnika podrazumijevaju da poduzetnikovo izbjegavanje pretrage u tijeku dovodi do toga da Komisija donese izričitu ili prešutnu odluku o odbijanju. Ti pravni lijekovi temelje se i na Komisijinu prihvatanju toga da podatke stavi u zapečaćenu omotnicu dok Opći sud ne donese odluku. Što se tiče tužbe zbog ometanja, ona podrazumijeva da poduzetnik odgovara za ometanje do te mjere da mu se izrekne sankcija.

31. Komisija i Vijeće osporavaju sve te argumente.

### 3. Analiza

32. Prije uzastopnog ispitivanja dvaju prigovora koji čine prvi žalbeni razlog, valja navesti da, u naslovu svojeg prvog žalbenog razloga, žalitelji također navode nedostatak u obrazloženju kojim je zahvaćena analiza Općeg suda o djelotvornosti pravnih lijekova koji se tiču provođenja pretraga. Međutim, taj prigovor iznose isključivo u svojoj replici i pritom u biti samo upućuju na argumente navedene u točkama 27. do 29. ovog mišljenja.

33. Dovoljno je utvrditi, a da pritom nije potrebno razmotriti pitanje dopuštenosti navedenog prigovora, koje Vijeće osporava, ili pitanje je li ga moguće ispitati po službenoj dužnosti<sup>12</sup>, da razlozi zbog kojih je Opći sud smatrao da treba odbiti argumentaciju žalitelja, kojom su od njega tražili da utvrdi nepostojanje djelotvornog pravnog lijeka u pogledu uvjetâ provođenja pretraga,

<sup>12</sup> Vidjeti u pogledu mogućnosti ispitivanja po službenoj dužnosti nedostatka u obrazloženju presudu od 28. siječnja 2016., Quimitécnica.com i de Mello/Komisija (C-415/14 P, neobjavljena, EU:C:2016:58, t. 57.).

jasno i nedvosmisleno proizlaze iz točaka 78. do 112. pobijane presude, tako da, prema mojem mišljenju, ta presuda u tom pogledu nedvojbeno ispunjava zahtjeve obrazloženosti koje je utvrdio Sud<sup>13</sup>.

*a) Prvi prigovor*

34. Prvim prigovorom iz svojeg prvog žalbenog razloga žalitelji u biti osporavaju pristup Općeg suda koji se sastoji u analiziranju svih pravnih lijekova koji su dostupni poduzetnicima za osporavanje zakonitosti provođenja pretrage kako bi se provjerilo ispunjavaju li, kad se razmatraju zajedno, zahtjeve iz članka 47. Povelje.

35. Kao prvo, prema mišljenju žaliteljâ, taj pristup nije u skladu sa sudskom praksom ESLJP-a.

36. U tom pogledu uvodno podsjećam na to da iz članka 52. stavka 3. Povelje proizlazi da su, u mjeri u kojoj Povelja sadržava prava koja odgovaraju pravima zajamčenima EKLJP-om, značenje i opseg primjene tih prava jednaki onima iz EKLJP-a. U Objašnjenjima koja se odnose na Povelju<sup>14</sup> pojašnjava se, u pogledu tog članka, da su značenje i područje primjene prava zajamčenih EKLJP-om utvrđeni ne samo tekstom EKLJP-a i njegovih protokola nego i sudskom praksom ESLJP-a. Osim toga, iz tih objašnjenja proizlazi da članak 47. Povelje odgovara članku 6. stavku 1. i članku 13. EKLJP-a.

37. Člankom 6. stavkom 1. EKLJP-a propisuje se, među ostalim, pravo na pristup sudu. To pravo na pristup treba biti „konkretno i djelotvorno”<sup>15</sup>, odnosno svakom pojedincu treba osigurati „jasnu i konkretnu mogućnost da osporava akt koji predstavlja zadiranje u njegova prava”<sup>16</sup> ili jasnu i konkretnu mogućnost da podnese zahtjev za naknadu štete<sup>17</sup>. Što se tiče članka 13. EKLJP-a<sup>18</sup>, njime se države potpisnice te konvencije obvezuje na osiguravanje djelotvornog pravnog lijeka kojim osobe mogu spriječiti nastanak ili nastavak navodne povrede njihovih prava zajamčenih EKLJP-om ili dobiti odgovarajuće popravljjanje posljedica svake povrede do koje je već došlo<sup>19</sup>.

38. Što se tiče odnosa između tih dviju odredbi, ESLJP je pojasnio da, kad se primjenjuje, članak 6. stavak 1. EKLJP-a „predstavlja *lex specialis* u odnosu na članak 13.” i da su „njegovi zahtjevi, koji uključuju čitav niz jamstava svojstvenih sudskim postupcima, stroži od onih iz članka 13., koji su u njima sadržani”<sup>20</sup>.

<sup>13</sup> Vidjeti presudu od 25. ožujka 2021., Deutsche Telekom/Komisija (C-152/19 P, EU:C:2021:238, t. 98. i navedenu sudsku praksu).

<sup>14</sup> SL 2007., C 303, str. 17. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 7., str. 120.)

<sup>15</sup> Vidjeti ESLJP, 5. travnja 2018., Zubac protiv Hrvatske (CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, t. 76. do 79.).

<sup>16</sup> Vidjeti u tom smislu ESLJP, 4. prosinca 1995., Bellet protiv Francuske (CE:ECHR:1995:1204JUD002380594, t. 38.) i od 20. listopada 2020., Camelia Bogdan protiv Rumunjske (CE:ECHR:2020:1020JUD003688918, t. 75. do 77.).

<sup>17</sup> ESLJP, 26. listopada 2011., Georgel i Georgeta Stoicescu protiv Rumunjske (CE:ECHR:2011:0726JUD000971803, t. 72. do 76.)

<sup>18</sup> U presudi ESLJP-a od 14. siječnja 2020., X i drugi protiv Rusije (CE:ECHR:2020:0114JUD007804216, t. 50.)

<sup>19</sup> Vidjeti u tom smislu ESLJP, 30. listopada 1991. Vilvarajah i drugi protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, t. 122.); 15. studenoga 1996., Chahal protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, t. 145.); 27. rujna 1999., Smith i Grady protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, t. 135.) i 25. lipnja 2019., Nicolae Virgiliu Tănase protiv Rumunjske (CE:ECHR:2019:0625JUD004172013, t. 217.).

<sup>20</sup> Vidjeti u tom smislu ESLJP, 20. studenoga 2008., Société IFB protiv Francuske (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, t. 22.); 21. veljače 2008., Ravon i drugi protiv Francuske (CE:ECHR:2008:0221JUD001849703, t. 27.) i 21. prosinca 2010., Primagaz protiv Francuske (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, t. 23.).

39. U području pretraga prostora koje provode tijela nadležna za tržišno natjecanje, Sud je ispitao postojanje djelotvornog pravnog lijeka s gledišta članka 6. stavka 1. i članka 8. EKLJP-a. Kad se tužba temeljila i na članku 13. EKLJP-a, taj je sud utvrdio da je primjenjiv samo članak 6. stavak 1. EKLJP-a<sup>21</sup> ili nije ispitao prigovor jer je takvo ispitivanje smatrao suvišnim<sup>22</sup>.

40. S obzirom na navedeno, ističem da je pristup koji je primijenio Opći sud, osobito u točkama 83. i 87. pobijane presude, koji se sastoji u sveukupnoj analizi pravnih lijekova dostupnih poduzetnicima na koje se odnose Komisijine pretrage na temelju članka 20. Uredbe br. 1/2003 kako bi osporili zakonitost provođenja tih pretraga, povezan sa sudskom praksom ESLJP-a u pogledu članka 13. EKLJP-a. Naime, ESLJP je pojasnio da zaštita koju pruža taj članak ne zahtijeva poseban oblik pravnog lijeka<sup>23</sup> i da „skup pravnih lijekova predviđenih unutarnjim pravom može ispunjavati zahtjeve iz članka 13. [EKLJP-a], čak i ako ih pojedinačno nijedan od tih zahtjeva ne ispunjava u potpunosti”<sup>24</sup>.

41. Međutim, takav je pristup, iako ga ESLJP nije izričito predvidio u okviru članka 6. stavka 1. ili članka 8. EKLJP-a, suprotno onomu što tvrde žalitelji, u skladu sa sudskom praksom u području pretraga prostora koju su potonji žalitelji naveli.

42. U tom pogledu, najprije valja podsjetiti na to da je ESLJP, od presude od 21. veljače 2008., Ravon i drugi protiv Francuske<sup>25</sup> (u daljnjem tekstu: presuda Ravon), smatrao da poduzetnici na koje se odnose pretrage prostora trebaju moći ostvariti sudski nadzor, u pogledu činjenica i prava, pravilnosti odluke kojom se propisuje pretraga i, po potrebi, mjera donesenih na temelju tog nadzora<sup>26</sup>.

43. Međutim, kao što to Komisija pravilno ističe, u toj presudi, kao i u drugim presudama koje su naveli žalitelji, ESLJP je, nakon što je podsjetio na to da se nepostojanje *a priori* nadzora mjere pretrage može spriječiti *ex post facto* sudskim nadzorom te mjere i njezine provedbe, koji je djelotvoran u pogledu činjenica i prava, pojasnio da, „kad je pretraga koja se smatra nepravilnom već provedena, *dostupni pravni lijek ili pravni lijekovi* trebaju omogućiti da se zainteresiranoj osobi osigura odgovarajuće popravljane posljedica”<sup>27</sup>, čime je stoga odbio ideju prema kojoj je jedinstvenost pravnog lijeka nužan uvjet za djelotvornost sudske zaštite protiv takvih mjera.

<sup>21</sup> ESLJP, 21. prosinca 2010., Primagaz protiv Francuske (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, t. 23.)

<sup>22</sup> Vidjeti primjerice ESLJP, 21. prosinca 2010., Canal Plus i drugi protiv Francuske (CE:ECHR:2010:1221JUD002940808, u daljnjem tekstu: presuda Canal Plus) i presudu Delta Pekarny, t. 103. Što se tiče pretraga prostora u drugim područjima različitim od prava tržišnog natjecanja, ESLJP je ipak ispitao postojanje djelotvornog pravnog lijeka i s gledišta članka 13. EKLJP-a, vidjeti primjerice presudu ESLJP-a od 19. siječnja 2017., Posevini protiv Bugarske (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, t. 84., u daljnjem tekstu: presuda Posevini), u kojoj je ESLJP zajedno ispitao prigovor povrede članaka 8. i 13. EKLJP-a te je smatrao da nije potrebno ispitati tužbu u pogledu treće navedene osnove, odnosno članka 6. stavka 1. EKLJP-a.

<sup>23</sup> ESLJP, 20. ožujka 2008., Boudaïeva i drugi protiv Rusije (CE:ECHR:2008:0320JUD001533902, t. 190.)

<sup>24</sup> Vidjeti ESLJP, 24. listopada 1983., Silver i drugi protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:1983:1024JUD000594772, t. 113.), donesenu u okviru zajedničke primjene članaka 8. i 13. EKLJP-a; 26. ožujka 1987., Leander protiv Švedske (CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, t. 77. i 84.); 15. studenoga 1996., Chahal protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, t. 145.); 26. listopada 2000., Kudła protiv Poljske (CE:ECHR:2000:1026JUD003021096, t. 157.); 13. prosinca 2012., De Souza Ribeiro protiv Francuske (CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, t. 79. i 80.) i 10. srpnja 2020., Mugemangango protiv Belgije (CE:ECHR:2020:0710JUD000031015, t. 131.).

<sup>25</sup> CE:ECHR:2008:0221JUD001849703

<sup>26</sup> Vidjeti presudu Ravon, t. 28. do 35. i ESLJP, 18. rujna 2008., Kandler i drugi protiv Francuske (CE:ECHR:2008:0918JUD001865905 t. 26.); 20. studenoga 2008., Société IFB protiv Francuske (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, t. 26.) i 16. listopada 2008., Maschino protiv Francuske (CE:ECHR:2008:1016JUD001044703, t. 22.).

<sup>27</sup> Vidjeti presudu Ravon, t. 87. i navedenu sudsku praksu (moje isticanje).

44. Usto, u istoj presudi, primjenom kazuističkog pristupa, pri čemu nije uzeo u obzir nepostojanje, u ispitanoj nacionalnoj pravnoj sustavu, samostalnog pravnog lijeka protiv sporne mjere koji ispunjava zahtjeve iz članka 6. stavka 1. EKLJP-a ili članka 8. EKLJP-a, ESLJP analizirao je daju li zainteresiranim osobama različiti pravni lijekovi koji su im dostupni, s obzirom na prigovore koje su iznijeli, pravo na djelotvoran pravni lijek i na odgovarajuće popravljane posljedice<sup>28</sup>.

45. Prema mojem mišljenju, argumenti koje su iznijeli žalitelji ne mogu dovesti u pitanje zaključak do kojeg sam došao u točki 41. ovog mišljenja.

46. Na prvom mjestu, iako su žalitelji pravilno naglasili da iz presude Canal Plus proizlazi da se uvjet djelotvornosti ocjenjuje na razini svake od dviju vrsta nadzora koji se zahtijevaju presudom Ravon, navedenih u točki 42. ovog mišljenja, i da se nepostojanje jednog od njih ne može ublažiti jamstvom drugog<sup>29</sup>, suprotno onomu na što se čini da upućuju žalitelji, Opći sud u pobijanoj presudi ipak nije smatrao da postojanje pravnog lijeka protiv odluke o pretrazi samo po sebi može nadoknaditi navodno nepostojanje sudskog nadzora nad provođenjem pretraga.

47. Naime, iz točaka 90. do 98. pobijane presude jasno proizlazi da je Opći sud ispitao u kojoj mjeri različiti pravni lijekovi koji su dostupni žaliteljima, uključujući tužbu protiv odluke o pretrazi, omogućuju da se sudu podnesu *prigovori koji se odnose na pravilnost provođenja tih pretraga* i stoga u kojoj mjeri, unatoč tomu što ne postoji samo jedan pravni lijek, sustav ipak pruža mogućnost djelotvornog sudskog nadzora navedenih pretraga, koji ispunjava zahtjeve utvrđene sudskom praksom ESLJP-a. U tom smislu, pristup Općeg suda u pobijanoj presudi jasno se razlikuje od defenzivne teze koju zagovara francuska vlada i koju je ESLJP odbio u presudi Canal Plus<sup>30</sup>.

48. Na drugom mjestu, što se tiče točke 87. presude Delta Pekarny, na koju upućuju i žalitelji, iz tvrdnje sadržane u toj točki prema kojoj učinkovitost sudskog nadzora, neovisno o tome je li riječ o *a posteriori* nadzoru zakonitosti i nužnosti mjere pretrage, kao u sporu u kojem je donesena ta presuda, ili o nadzoru provedbenih akata za donošenje takve mjere, treba ocijeniti „u posebnim okolnostima određenog predmeta”, ne može se zaključiti da se ta ocjena ne može provesti uzimajući u obzir sve pravne lijekove koji su dostupni predmetnim poduzetnicima.

49. Naime, takvom se tvrdnjom samo pojašnjava da djelotvornost pravnog lijeka treba ocijeniti *in concreto*<sup>31</sup>, s obzirom na to da je ESLJP u nekoliko navrata presudio da mu nije zadaća apstraktno nadzirati zakonodavstvo ili relevantnu nacionalnu praksu, nego treba samo rješavati pitanja postavljena u konkretnom slučaju o kojem odlučuje<sup>32</sup> i, konkretnije, uzimati u obzir isključivo pravne lijekove koji mogu biti od interesa za žalitelja<sup>33</sup>. Stoga točka 87. presude Delta Pekarny ide u prilog pristupu koji je sličan pristupu Općeg suda, u kojem se uzimaju u obzir svi dostupni pravni lijekovi, kao što je to uostalom Opći sud sâm istaknuo u točki 83. pobijane presude. Naime, kao što sam to već istaknuo u točki 44. ovog mišljenja, ESLJP primijenio je takav pristup u svim predmetima koje su naveli žalitelji<sup>34</sup>.

<sup>28</sup> Vidjeti primjerice u okviru analize članka 8. EKLJP-a presude Delta Pekarny, t. 89. do 91. i Canal Plus, t. 37. do 43. Vidjeti za isti pristup, iako u drukčijem kontekstu (pretrage u privatnom i poslovnom prostoru fizičke osobe), presudu Posevini, t. 84. do 86.

<sup>29</sup> Vidjeti presudu Canal Plus, t. 42.

<sup>30</sup> Vidjeti presudu Canal Plus, t. 34.

<sup>31</sup> Vidjeti u tom smislu presudu Ravon, t. 29.

<sup>32</sup> Vidjeti u pogledu članka 13. EKLJP-a, ESLJP, 16. veljače 2000., Amann protiv Švicarske (CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, t. 88.) i 28. siječnja 2003., Peck protiv Ujedinjene Kraljevine (CE:ECHR:2003:0128JUD004464798, t. 102.).

<sup>33</sup> Vidjeti u tom smislu primjerice presude Delta Pekarny, t. 89. i Posevini, t. 84.

<sup>34</sup> Vidjeti presude Ravon, t. 30. do 33., Delta Pekarny, t. 89. do 91. i Canal Plus t. 38. do 43.

50. Na trećem mjestu, suprotno onomu što ističu žalitelji, Opći sud proveo je zasebno ispitivanje šest pravnih lijekova koje je utvrdio, pri čemu je pojasnio prigovore koji se odnose na pravilnost pretraga koje mogu iznijeti predmetni poduzetnici i popravljane posljedica mogućih nepravilnosti kojima su zahvaćene te pretrage koje mogu zatražiti primjenom svakog od tih pravnih lijekova.

51. Točno je da ispitivanje Općeg suda završava sveukupnom ocjenom sustava nadzora provođenja pretraga koji se sastoji od svih ispitanih pravnih lijekova i koji ne doseže nužno istu razinu konkretnosti kao što je ona koja je utvrđena u presudama ESLJP-a. Međutim, valja naglasiti da je Opći sud u pobijanoj presudi trebao odlučiti o prigovoru nezakonitosti članka 20. Uredbe br. 1/2003, koji je istaknut na temelju članka 277. UFEU-a, što zahtijeva opću ocjenu tog sustava koja nadilazi „posebne okolnosti određenog predmeta”.

52. Kao drugo, u okviru prvog prigovora iz svojeg prvog žalbenog razloga žalitelji tvrde da je Opći sud, kako bi postupio u skladu sa sudskom praksom ESLJP-a, trebao odmah isključiti iz svoje analize tri pravna lijeka koja čine tužba protiv odluke o meritumu kojom se utvrđuje postojanje povrede pravila o tržišnom natjecanju, tužba protiv odluke o pretrazi i tužba za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti.

53. U tom pogledu, uvodno valja napomenuti da se, s obzirom na pristup Općeg suda, za koji smatram da je u skladu sa sudskom praksom ESLJP-a, nijedan pravni lijek koji je dostupan poduzetnicima na koje se primjenjuje mjera pretrage logično ne smije odbiti jer im ta mjera omogućuje da sudu Unije podnesu jedan ili više prigovora koji se odnose na nepravilnost provođenja pretraga. S obzirom na to, napominjem sljedeće u pogledu tri pravna lijeka čiju relevantnost osporavaju žalitelji.

54. Na prvom mjestu, što se tiče tužbe protiv odluke u meritumu kojom se utvrđuje postojanje povrede pravila tržišnog natjecanja, točno je, kao što to naglašavaju žalitelji, da je ESLJP u presudi Canal Plus smatrao, s jedne strane, da je dostupnost tog pravnog lijeka nesigurna, s obzirom na to da su se prethodno istodobno zahtijevale odluka o meritumu i tužba protiv te odluke te, s druge strane, da taj pravni lijek ne osigurava odgovarajuće popravljane posljedica u nedostatku sigurnosti da će se sudski nadzor provesti u razumnom roku<sup>35</sup>.

55. Međutim, prema mojem mišljenju, ta utvrđenja nisu dovoljna kako bi se zaključilo da je Opći sud trebao isključiti takav pravni lijek iz svoje analize.

56. Naime, prije svega valja istaknuti da je ESLJP u predmetu u kojem je donesena presuda Canal Plus ispitao u kojoj mjeri tužba protiv odluke o meritumu koju je donijelo nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje može biti djelotvorni pravni lijek *ex post facto* za zakonitost odluke o pretrazi, a ne, kao u ovom predmetu, za pravilnost jedne ili više mjera donesenih radi provedbe te odluke. Međutim, dostupnost izravnog pravnog lijeka protiv mjere kojom se nalaže pretraga, uz mogućnost da se zatraži njezina odgoda, od temeljne je važnosti kako bi se izbjegle posljedice nezakonitog zadiranja u pravo na nepovredivost doma iz članka 8. EKLJP-a ili, po potrebi, kako bi se izbjeglo samo zadiranje.

<sup>35</sup> Vidjeti presudu Canal Plus, t. 40.

57. Nadalje, valja napomenuti da je ESLJP, u zaštićenijem kontekstu pretraga u privatnom prostoru fizičkih osoba<sup>36</sup>, priznao da nadzor mjere kojom se zadire u članak 8. EKLJP-a i koju *ex post facto* provode kazneni sudovi, u određenim okolnostima, i stoga u uvjetima nesigurnosti i neizravnosti koji su usporedivi s onima svojstvenima istrazi u području povrede prava tržišnog natjecanja, zainteresiranoj osobi osigurava odgovarajuće popravljjanje posljedica jer sud provodi učinkovit nadzor zakonitosti i nužnosti sporne mjere te, po potrebi, isključuje prikupljene dokaze iz kaznenog postupka<sup>37</sup>.

58. S obzirom na to, u svakom slučaju ističem da, u kontekstu sveukupne analize koju je proveo Opći sud, pravni lijek koji čini tužba protiv konačne odluke, u okviru koje, kao što se to pravilno tvrdi u točki 90. pobijane presude, predmetni poduzetnici mogu ostvariti nadzor nad time poštuju li Komisija sva ograničenja tijekom provođenja pretrage, osobito omogućuje tim poduzetnicima da izbjegnu štetu koju bi pretrpjeli zbog povrede njihova temeljnog prava na nepovredivost doma kad bi Komisija protiv njih mogla upotrijebiti dokumente koje je nepravilno prikupila tijekom pretrage.

59. Međutim, takva šteta može nastati samo ako i kad se donese konačna odluka kojom se utvrđuje povreda. Osim toga, budući da ta šteta ne nastaje kad su nepravilno prikupljeni dokazi isključeni iz postupka, nisu relevantne činjenice, na koje se pozivaju žalitelji, da prigovori protiv provođenja pretraga koji se mogu istaknuti u okviru tužbe protiv konačne odluke ne mogu dovesti, ako se prihvate, do poništenja te odluke i da ta tužba ne omogućuje povrat nepravilno prikupljenih dokumenata.

60. Na drugom mjestu, što se tiče tužbe protiv odluke o pretrazi, napominjem da Opći sud uzima u obzir taj pravni lijek samo zbog toga što u slučaju utvrđenja nezakonitosti omogućuje ukidanje svih mjera donesenih u okviru provedbe te odluke. Iako je točno da u okviru takve tužbe nije dopušteno iznošenje prigovora koji su izravno usmjereni protiv provođenja pretraga, ta tužba ipak omogućuje neizravnu provjeru zakonitosti tih pretraga provedbom nadzora zakonitosti akta na temelju kojeg su donesene. Iz toga slijedi da Opći sud nije počinio pogrešku time što je u okviru svoje sveukupne analize pravnih lijekova koji su dostupni poduzetnicima kako bi osporili pravilnost provođenja pretraga uzeo u obzir i tužbu protiv same odluke o pretrazi.

61. Na trećem mjestu, što se tiče tužbe za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti, žalitelji u potporu svojoj argumentaciji protiv uzimanja u obzir tog pravnog lijeka upućuju na točku 33. presude Ravon, u kojoj je ESLJP isključio mogućnost da tužba „koja omogućuje dobivanje naknade u slučaju da je šteta nastala tijekom pretrage prostora, a ne nadzor pravilnosti odluke kojom se propisuje ta pretraga i mjera donesenih na temelju te odluke” može biti „djelotvoran pravni lijek” koji se zahtijeva njegovom sudskom praksom. U tom pogledu, dovoljno je istaknuti da, iako je točno da iz te točke proizlazi da, u području pretraga prostora, postupak čija je svrha samo naknade štete ne može sâm po sebi ispuniti uvjete iz članka 6. stavka 1. EKLJP-a<sup>38</sup> ili članka 8. te konvencije, ali to ne podrazumijeva da takav postupak ne može biti dio pravnih lijekova koji su dostupni predmetnim poduzetnicima i osigurati im odgovarajuće popravljjanje posljedica, osobito u slučaju kad je pretraga koja se smatra nepravilnom već provedena. Iz toga

<sup>36</sup> Vidjeti ESLJP, 14. ožujka 2013., Bernh Larsen Holding As i drugi protiv Norveške (CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, t. 104.). Vidjeti i presudu od 18. lipnja 2015., Deutsche Bahn i dr./Komisija (u daljnjem tekstu: presuda Suda Deutsche Bahn, C-583/13 P, EU:C:2015:404, t. 20.).

<sup>37</sup> Vidjeti ESLJP, 10. travnja 2007., Panarisi protiv Italije (CE:ECHR:2007:0410JUD004679499, t. 76. i 77.); 2. prosinca 2010., Uzun protiv Njemačke (CE:ECHR:2010:0902JUD003562305, t. 71. i 72.) i 30. svibnja 2017., Trabaja Rueda protiv Španjolske (CE:ECHR:2017:0530JUD003260012 t. 37.).

<sup>38</sup> Podsjećam na to da je ESLJP u presudi Ravon analizirao prigovor koji su žalitelji u predmetu u kojem je donesena ta presuda istaknuli samo na temelju članka 6. stavka 1. EKLJP-a.

slijedi da Opći sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je u okviru svoje sveukupne analize uzeo u obzir i mogućnost poduzetnika, koji smatraju da su im nezakonitosti koje je Komisija počinila tijekom pretrage prouzročile štetu koja može dovesti do utvrđenja odgovornosti Unije, da podnesu tužbu za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti protiv te institucije.

62. Kao treće, u okviru svojeg prvog prigovora žalitelji tvrde da su svi drugi pravni lijekovi koje je naveo Opći sud samo „djelomični” i ne omogućuju provjeru, u pogledu prava i činjenica, jesu li ispunjeni svi uvjeti provođenja pretrage u skladu s člankom 8. EKLJP-a. Žalitelji osobito naglašavaju da ne postoji pravni lijek u skladu s EKLJP-om koji omogućuje osporavanje nerazumnog trajanja pretrage.

63. U tom pogledu, dovoljno je istaknuti da je, u skladu s prethodno navedenom sudskom praksom ESLJP-a, kako bi se ispunili zahtjevi iz članka 6. stavka 1. EKLJP-a, važno da predmetni poduzetnici na koje se odnosi pretraga prostora imaju mogućnost da se ispita sadržaj njihovih prigovora i da dobiju odgovarajuće popravljane posljedica. Suprotno tomu, ne zahtijeva se da se svi prigovori, koji se mogu istaknuti protiv mjera koje je tijelo javne vlasti donijelo na temelju odluke kojom se propisuje pretraga i kojima se navodno zadire u pravo zajamčeno tim člankom, iznesu u okviru istog pravnog lijeka.

64. Što se tiče navodnog nepostojanja djelotvornog i sigurnog pravnog lijeka koji omogućuje da se istakne prigovor koji se temelji na nerazumnom trajanju pretrage i da se dobije odgovarajuće popravljane posljedica, ističem da se takav prigovor može iznijeti u okviru tužbe protiv konačne odluke i u okviru tužbe za utvrđivanje izvanugovorne odgovornosti. U prvom slučaju, ako se prihvati, taj prigovor može dovesti do toga da se dokumenti koje je Komisija uzela nakon prekoračenja roka koji se smatra razumnim ne mogu upotrijebiti<sup>39</sup>; u drugom slučaju, može dovesti do dodjele naknade štete. Što se tiče posljednje navedenog, naglašavam da, kad je riječ o prigovoru koji se temelji na povredi prava osobe da se njezin slučaj ispita u razumnom roku, u smislu članka 6. stavka 1. EKLJP-a, iz sudske prakse ESLJP-a proizlazi da je u načelu moguć izbor između „preventivnog ili brzog” pravnog lijeka, koji može skratiti trajanje postupka kako bi se izbjeglo da ono ne postane prekomjerno, te pravnog lijeka „za otklanjanje štete, njezinu nadoknadu, odštetu ili novčanu naknadu štete”, koji omogućuje dobivanje *a posteriori* naknade štete zbog već nastalih kašnjenja, neovisno o tome je li postupak još u tijeku ili je okončan<sup>40</sup>.

65. Kao četvrto, žalitelji u pogledu prvog prigovora iz svojeg prvog žalbenog razloga, kojim osporavaju sveukupnu ocjenu koju je proveo Opći sud, tvrde da se dva pravna lijeka navedena u točkama 94. i 96. pobijane presude, odnosno postupak privremene pravne zaštite za odgodu pretrage i *ex post* tužba koja se odnosi na zaštitu privatnih podataka rukovoditeljâ i zaposlenikâ poduzetnika u pogledu kojeg se provodi pretraga, dosad nisu primijenili te njihovu dostupnost i dalje treba dokazati. U tim okolnostima, ti pravni lijekovi ne mogu ispuniti uvjet djelotvornosti.

66. U tom pogledu, iako žalitelji pravilno naglašavaju da osobito iz presude Mac Farlane protiv Irske<sup>41</sup> proizlazi da se pravni lijek, čiju dostupnost i dalje treba dokazati i u pogledu čijeg stvarnog postojanja postoji velika nesigurnost, ne može kvalificirati kao „djelotvoran” u smislu članka 13. EKLJP-a, ipak ističem da ESLJP nije oklijevao proglasiti pravni lijek djelotvornim na temelju te

<sup>39</sup> Što se tiče argumenta žaliteljâ prema kojem navedeni prigovor samo iznimno može dovesti do poništenja konačne odluke, upućujem na ono što sam naveo u točki 59. ovog mišljenja.

<sup>40</sup> Vidjeti osobito ESLJP, 8. lipnja 2006., Sürmeli protiv Njemačke (CE:ECHR:2006:0608JUD007552901, t. 99. i navedenu sudsku praksu).

<sup>41</sup> Vidjeti ESLJP, 10. rujna 2010., Mac Farlane protiv Irske (CE:ECHR:2010:0910JUD003133306, t. 115. do 122.).

odredbe, čak i prije nego što se mogla utvrditi praksa nacionalnih sudova<sup>42</sup>, tako da, suprotno onomu što se čini da tvrde žalitelji, nepostojanje ustaljene sudske prakse ne može biti odlučujuće<sup>43</sup>.

67. U ovom slučaju valja napomenuti da sudska praksa proizašla iz presude Akzo, kojom se priznaje dopuštenost tužbe protiv Komisijine odluke kojom se izričito ili prešutno odbija zahtjev za zaštitu dokumenata zbog povjerljivosti komunikacije između odvjetnika i klijenata podnesen tijekom pretrage, predstavlja samo primjenu na konkretan slučaj ustaljene sudske prakse navedene u točkama 33. do 35. pobijane presude, prema kojoj akte koji se mogu pobijati tužbom za poništenje u smislu članka 263. UFEU-a čine mjere koje proizvode obvezujuće pravne učinke koji mogu utjecati na tužiteljeve interese, tako da značajno mijenjaju njegovu pravnu situaciju<sup>44</sup>.

68. Međutim, svaki Komisijin akt donesen tijekom pretrage koji odgovara toj definiciji u načelu predstavlja akt koji se može pobijati tužbom za poništenje u smislu članka 263. UFEU-a. U tom pogledu, smatram da se, u istim uvjetima kao što su oni predviđeni u presudi Akzo, pravo na podnošenje tužbe protiv odluke kojom Komisija izričito ili prešutno odbija prigovore koje je poduzetnik u pogledu kojeg se provodi pretraga iznio protiv uzimanja određenih dokumenata treba priznati kad se taj prigovor temelji na obrazloženju da su predmetni dokumenti zaštićeni tajnošću komunikacije između odvjetnika i klijenta, kao što je to bio slučaj u predmetu u kojem je donesena presuda Akzo, ili kad je riječ o dokumentima koji su zaštićeni na temelju privatnog života članova osoblja tog poduzetnika<sup>45</sup>, u slučaju koji je Opći sud priznao u točki 37. pobijane presude, ali i kad se tvrdi da su ti dokumenti obuhvaćeni predmetom pretrage ili pak kad je trajanje pretrage prekoračilo rok koji se smatra razumnim.

69. Stoga je Opći sud u točki 94. pobijane presude pravilno smatrao da poduzetnici u pogledu kojih se provodi pretraga sigurno imaju mogućnost podnošenja tužbe, u istim uvjetima kao što su oni navedeni u presudi Akzo, protiv odluke kojom se odbija zahtjev za zaštitu na temelju privatnog života članova njihova osoblja.

70. Isto tako, ističem da, u skladu sa člancima 278. i 279. UFEU-a, u skraćenom postupku predviđenom u članku 39. Statuta Suda Europske unije, koji je pojašnjen u relevantnim odredbama Poslovnika Suda i Poslovnika Općeg suda, predsjednik Suda i predsjednik Općeg suda mogu naložiti suspenziju primjene pobijanog akta ako smatraju da to okolnosti zahtijevaju, kao što i u predmetima koji se vode pred Sudom ili Općim sudom mogu odrediti potrebne privremene mjere. Stoga Opći sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je smatrao da je stvarna mogućnost dobivanja, navedena u točki 96. pobijane presude, na temelju članka 157. stavka 2. Poslovnika Općeg suda, privremene pravne zaštite kojom se određuje odgoda pretrage.

71. Prema mojem je mišljenju, zbog svih navedenih razloga, prvi prigovor iz prvog žalbenog razloga neosnovan.

<sup>42</sup> Vidjeti u okviru ocjene dopuštenosti zahtjeva na temelju članka 35. stavka 1. EKLJP-a, ESLJP, 4. srpnja 2002., Slaviček protiv Hrvatske (CE:ECHR:2002:0704DEC002086202) i 5. rujna 2002., Nogolica protiv Hrvatske (CE:ECHR:2002:0905DEC007778401).

<sup>43</sup> Vidjeti ESLJP, 1. ožujka 2005., Charzyński protiv Poljske (CE:ECHR:2005:0301DEC001521203, t. 41.). Vidjeti i ESLJP, Vodić kroz članak 13. EKLJP-a, dostupan na sljedećoj internetskoj adresi: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_13\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf).

<sup>44</sup> Vidjeti presudu Akzo, t. 45. do 53. i 56.

<sup>45</sup> U pogledu isključivanja dokumenata koji nisu poslovne prirode, odnosno onih koji se ne odnose na djelatnost poduzetnika na tržištu, iz područja Komisijinih istražnih ovlasti, vidjeti presude od 18. svibnja 1982., AM & S Europe/Komisija (155/79, EU:C:1982:157, t. 16.) i od 22. listopada 2002., Roquette Frères (C-94/00, u daljnjem tekstu: presuda Roquette Frères, EU:C:2002:603, t. 45.).

*b) Drugi prigovor*

72. Svojim drugim prigovorom žalitelji u biti prigovaraju Općem sudu da na osobe stavlja teret stvaranja uvjeta koji omogućuju podnošenje različitih navedenih pravnih lijekova.

73. U tom pogledu, valja podsjetiti na to da pravo na pristup sudu iz članka 6. stavka 1. EKLJP-a i članka 47. Povelje nije apsolutno i podliježe prešutno priznatim ograničenjima, osobito u pogledu uvjeta dopuštenosti pravnog lijeka. Tim ograničenjima ipak se ne može ograničiti pristup koji ima osoba na način ili do mjere da se naruši sama bit njezina prava na sud. Trebaju težiti legitimnom cilju i treba postojati razumni odnos proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i postavljenog cilja<sup>46</sup>. Valja istaknuti i da je ustaljena sudska praksa da predmet članka 47. Povelje nije izmjena sustava sudskog nadzora predviđenog Ugovorima, a osobito ne pravila o dopuštenosti tužbi izravno podnesenih sudu Unije<sup>47</sup>.

74. Što se tiče, prije svega, mogućnosti pobijanja izričite ili prešutne odluke o odbijanju koju je Komisija donijela tijekom provođenja pretrage u slučaju osporavanja prava inspektora da uzmu određene dokumente, ističem da se u presudi Akzo na teret poduzetnika u pogledu kojih se provodi pretraga stavlja samo zadaća izražavanja njihova protivljenja prikupljanju dokumenata o kojima je riječ, uz iznošenje obrazloženja<sup>48</sup>. Budući da takvo protivljenje predstavlja jedinu priliku za te poduzetnike da neposredno zaštite svoje interese i da izbjegnu štetu koja proizlazi iz Komisijina nepravilnog pristupa dokumentima koji su predmet osporavanja, prema mojem mišljenju, ne može se valjano tvrditi da njegovo izražavanje predstavlja prekomjeran teret za navedene poduzetnike kojim se *de facto* povređuje njihovo pravo na djelotvoran pravni lijek.

75. Osim toga, iz točke 49. presude Akzo jasno proizlazi da je Opći sud, suprotno onomu što tvrde žalitelji, priznao postojanje akta koji se može pobijati kad Komisija prihvati staviti dokumente koji su predmet prigovora u zapečaćenu omotnicu, pri čemu naknadno odbija prigovor poduzetnika u pogledu kojeg se provodi pretraga, ali i kada ih odluči uzeti. Stoga, prema mojem mišljenju, žalitelji neosnovano tvrde da pravni lijekovi koji se temelje na sudskoj praksi Akzo podrazumijevaju „određene preduvjete koji su u potpunosti u rukama Komisije”.

76. Isto tako, smatram da se ne može prihvatiti argument koji su iznijeli tužitelji, prema kojem je pravni lijek u postupku privremene pravne zaštite, naveden u točki 96. pobijane presude, teško dostupan zainteresiranim poduzetnicima jer bi ih se njegovim podnošenjem odvratilo od pretrage koja je u tijeku. Naime, teško mi je smatrati da sâmo podnošenje zahtjeva za privremenu pravnu zaštitu pred Općim sudom, kojim se neposredno može osporiti pravilnost pretraga koje su u tijeku, može predstavljati prekomjeran teret za poduzetnika u pogledu kojeg se provodi pretraga, osobito s obzirom na mogućnost koja se pruža takvim pravnim lijekom da se ishodi suspenzija provedbe spornih pretraga.

77. Naposljetku, ne mogu se složiti ni s argumentom koji su iznijeli žalitelji, prema kojem pravni lijek koji čini tužba zbog ometanja ne može biti djelotvoran pravni lijek jer bi se njome poduzetnika u pogledu kojeg se provodi pretraga obvezalo da odgovara za povredu svoje obveze suradnje s Komisijom do te mjere da mu se izrekne sankcija.

<sup>46</sup> Vidjeti u tom smislu rješenje od 16. studenoga 2010., Internationale Fruchthandels-Gesellschaft Weichert/Komisija (C-73/10 P, EU:C:2010:684, t. 53.); vidjeti i ESLJP, 28. listopada 1998., Pérez de Rada Cavanilles protiv Španjolske (CE:ECHR:1998:1028JUD002809095, t. 44.).

<sup>47</sup> Presuda od 30. travnja 2020., Izba Gospodarcza Producentów i Operatorów Urządzeń Rozrywkowych/Komisija (C-560/18 P, EU:C:2020:330, t. 62.).

<sup>48</sup> Vidjeti osobito presudu Akzo, t. 80. i 82., kao i presudu AM & S. U točkama 44. i 45. pobijane presude Opći sud prigovorio je žaliteljima da to nisu učinili pod uvjetima predviđenima u presudi Akzo. Ova se žalba u svakom slučaju ne odnosi na te točke.

78. U prilog tom argumentu, žalitelji se pozivaju na ustaljenu sudsku praksu Suda, koja je nedavno potvrđena u presudi od 6. listopada 2020., *État luxembourgeois* (Pravna zaštita protiv zahtjeva za informacije u području oporezivanja)<sup>49</sup>, u skladu s kojom je poštovanju bitnog sadržaja prava na djelotvoran pravni lijek, propisanog člankom 47. Povelje, koje uključuje pravo na pristup sudu, protivno to da je nositelj tog prava, kako bi pristupio takvom sudu, prisiljen povrijediti pravilo ili pravnu obvezu i izložiti se sankciji zbog počinjenja te povrede.

79. U tom pogledu ističem, kao prvo, da tužba protiv Komisijine odluke donesene na temelju članka 23. Uredbe br. 1/2003 u slučaju ometanja pretrage nije jedini pravni lijek koji je dostupan poduzetnicima u pogledu kojih se provodi pretraga za osporavanje pravilnosti provođenja pretrage. S tog stajališta, situacija tih poduzetnika nije usporediva sa situacijom društava tužitelja u glavnim predmetima u kojima je podnesen zahtjev za prethodnu odluku na temelju kojeg je donesena presuda *État luxembourgeois*, s obzirom na to da se navedenim poduzetnicima ne oduzima njihovo pravo na suđenje, osim ako ne povrijede pravilo ili pravnu obvezu, čime se izlažu sankciji zbog počinjenja te povrede. Konkretno, u tim je predmetima u odluci kojom se tim društvima nalaže pružanje zatraženih informacija istaknuto da se protiv nje ne može podnijeti žalba<sup>50</sup>. Suprotno tomu, poduzetnici na koje se odnosi odluka o pretrazi mogu pred Općim sudom pobijati zakonitost i nužnost te odluke, a da pritom uopće nisu obvezni, kako bi to učinili, izložiti se bilo kakvoj sankciji. Mogu i podnijeti različite pravne lijekove koje je naveo Opći sud kako bi zatražili nadzor pravilnosti pretraga ili naknadu moguće štete koju su pretrpjeli zbog provođenja tih pretraga.

80. Kao drugo, i kao što sam to već imao priliku napomenuti u točki 53. ovog mišljenja, ako se slijedi pristup Općeg suda iz pobijane presude, koji smatram pravilnim, koji se sastoji u sveukupnoj analizi svih pravnih lijekova koji su dostupni u okviru sustava uspostavljenog unutar Unije, nijedan pravni lijek ne isključuje se *a priori*, čak i ako se može podnijeti samo u posebnim situacijama i u određenim okolnostima. Uostalom, u tom pogledu ističem da u presudi *Delta Pekarny* sâm ESLJP, koji je, kao što sam to također već istaknuo, primijenio pristup sličan onomu Općeg suda u pobijanoj presudi, nije *a priori* isključio iz svoje analize relevantnost tužbe protiv odluke kojom je tijelo nadležno za tržišno natjecanje izreklo sankciju poduzetniku tužitelju zbog ometanja tijekom pretrage, nego je ocijenio je li taj poduzetnik u okviru takve tužbe imao mogućnost osporiti zakonitost i nužnost odluke o pretrazi<sup>51</sup>.

81. Kao treće, valja istaknuti da je donošenje odluke o ometanju samo jedna od mogućih posljedica ostvarivanja prava na protivljenje koje je priznato poduzetnicima u pogledu kojih se provodi pretraga na temelju članka 20. stavka 6. Uredbe br. 1/2003<sup>52</sup>. Označava pojavu takoreći „patološke” faze provođenja pretrage. Naime, Komisija se samo u slučaju očite opstrukcije ili zlorabe prava na protivljenje može koristiti sustavom kazni predviđenim u članku 23. Uredbe br. 1/2003, a ne prijetiti tim sustavom kazni kako bi od poduzetnika dobila ustupke koji premašuju stroge granice njihove obveze suradnje<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> C-245/19 i C-246/19, u daljnjem tekstu: presuda *État luxembourgeois*, EU:C:2020:795, t. 66.

<sup>50</sup> Vidjeti presudu *État luxembourgeois*, t. 27. i 37.

<sup>51</sup> Žalitelji se stoga ne mogu osnovano osloniti na presudu ESLJP od 29. srpnja 1998., *Guérin* protiv Francuske (CE:ECHR:1998:0729JUD002520194, t. 43).

<sup>52</sup> Vidjeti za potvrdu takvog prava na protivljenje presudu od 6. rujna 2013., *Deutsche Bahn* i dr./Komisija (T-289/11, T-290/11 i T-521/11, u daljnjem tekstu: presuda Općeg suda *Deutsche Bahn*, EU:T:2013:404, t.87.).

<sup>53</sup> Vidjeti presudu Općeg suda *Deutsche Bahn*, t. 90.

82. Povrh tih graničnih slučajeva, tijekom cijelog postupka pretrage predmetni poduzetnici imaju pravo, kako bi zaštitili svoje interese, protiviti se pretragama koje smatraju povredama ograničenja naloženih Komisiji<sup>54</sup>. Kao što sam to već naveo, ostvarivanjem tog prava ti poduzetnici mogu zatražiti i ishoditi prešutno ili izričito Komisijino stajalište o osnovanosti razloga na kojima se temelji takvo protivljenje, koje će moći pobijati pred Općim sudom u uvjetima predviđenima člankom 263. UFEU-a, poštujući pritom svoju dužnost suradnje.

83. S obzirom na prethodna razmatranja, smatram da je i drugi prigovor iz prvog žalbenog razloga neosnovan.

#### *c) Zaključak o prvom žalbenom razlogu*

84. Zbog svih razloga koje sam upravo iznio, predlažem Sudu da odbije prvi žalbeni razlog.

### **B. Drugi žalbeni razlog**

85. Svojim drugim žalbenim razlogom žalitelji prigovaraju Općem sudu da je povrijedio članke 6. i 8. EKLJP-a, članak 296. UFEU-a i članak 20. stavak 4. Uredbe br. 1/2003 time što je povrijedio obvezu obrazlaganja koju ima Komisija prilikom donošenja odluke o pretrazi, kao i dužnost te institucije da što je više moguće ograniči područje pretraga koje provodi. Taj se žalbeni razlog osobito odnosi na točke 121. do 147. pobijane presude, kojima je Opći sud odbio četvrti tužbeni razlog koji se temelji na nedostatku u obrazloženju, kao i na točke 158. do 165. te presude.

#### *1. Sažetak argumenata stranaka*

86. Žalitelji tvrde, kao prvo, da je Opći sud odustao od svakog nadzora preciznosti obrazloženja spornih odluka jer je samo utvrdio tržišta opskrbe i naveo moguće prakse razmjene informacija između distributera i/ili njihovih saveza, koje potencijalno uključuju sve cjenovne aspekte pregovora s dobavljačima, iako su se, nakon Komisijina odgovora na mjere upravljanja postupkom koje je donio Opći sud, izražene sumnje znatno smanjile.

87. Kao drugo, žalitelji tvrde da je Opći sud trebao utvrditi da su sporne odluke omogućile Komisiji neograničeno područje nadzora, čime joj se odobrilo da provede pravi „fishing expedition” („traženje informacija naslijepo”) koji joj je omogućio da zaplijeni sve dokumente koji se odnose na njihovu opskrbu u Europi i na njihovu prodaju u Francuskoj.

88. Kao treće, prema mišljenju žaliteljâ, Opći sud nije djelotvorno proveo nadzor usklađenosti područja utvrđenog člankom 1. točkom (a) spornih odluka s predmetnim indicijama.

89. Naposljetku, žalitelji prigovaraju Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava time što je u točki 161. pobijane presude utvrdio da se odluci o pretrazi nije trebao predvidjeti završetak pretrage, ni na temelju obveze obrazlaganja ni na temelju načela proporcionalnosti.

90. Komisija osporava sve prigovore koje su žalitelji iznijeli u svojem drugom žalbenom razlogu.

<sup>54</sup> Takvo pravo na protivljenje od osobite je važnosti u okviru sustava jamstava koji omogućuje da se izvršavanje Komisijinih ovlasti za provođenje pretraga zadrži unutar granica koje su u skladu s poštovanjem temeljnih prava priznatih u članku 7. Povelje i članku 8. EKLJP-a.

## 2. Analiza

91. Valja podsjetiti na to da se člankom 20. stavkom 4. Uredbe br. 1/2003 Komisiji nalaže da obrazloži odluku kojom se naređuje pretraga navođenjem njezina predmeta i svrhe.

92. Kao što je to Sud pojasnio, ta obveza obrazlaganja predstavlja temeljni zahtjev koji postoji ne samo zato da bi se predviđena intervencija dotičnim poduzetnicima prikazala opravdanom već i zato da bi im se omogućilo razumijevanje opsega njihove dužnosti suradnje, čuvajući istodobno njihova prava obrane<sup>55</sup>. Iz toga slijedi da opseg obveze obrazlaganja odlukâ o pretrazi ne smije biti ograničen razmatranjima koja se tiču učinkovitosti istrage<sup>56</sup>. Osim toga, budući da se mogu istraživati samo dokumenti koji se odnose na predmet pretrage, obrazloženje odluke o pretrazi također ima za posljedicu ograničavanje opsega ovlasti povjerenih Komisijinim agentima<sup>57</sup>.

93. Kako bi ispunila tu obvezu obrazlaganja, Komisija treba jasno navesti pretpostavke koje namjerava provjeriti<sup>58</sup>, odnosno navesti što traži i na koje se elemente provjera mora odnositi<sup>59</sup>.

94. Suprotno tomu, nije dužna obavijestiti adresata odluke o pretrazi o svim informacijama kojima raspolaže a koje se odnose na navodne povrede kao ni izvršiti detaljnu pravnu analizu tih povreda<sup>60</sup>. U odluci o pretrazi također nije neophodno točno odrediti predmetno tržište ni dati točnu pravnu analizu navodnih povreda ili naznaku razdoblja tijekom kojeg su te povrede počinjene, pod uvjetom da ta odluka o pretrazi sadržava osnovne elemente navedene u točki 93. ovog mišljenja<sup>61</sup>.

95. Naime, imajući u vidu činjenicu da do pretraga dolazi na početku istrage, Komisija još ne raspolaže detaljnim informacijama da bi mogla dati posebnu pravnu ocjenu pa stoga mora najprije provjeriti osnovanost svojih sumnji i doseg nastalih događaja jer je cilj pretrage prikupljanje dokaza o povredi na koju se sumnja<sup>62</sup>.

96. U ovom slučaju, što se tiče prvog prigovora koji su tužitelji istaknuli u okviru svojeg drugog žalbenog razloga, koji se temelji na nedovoljnom nadzoru nad obrazloženjem spornih odluka, ističem da je članak 1. točka (a) tih odluka sadržavao jasnu naznaku navodne povrede na koju se pretraga odnosila, odnosno „razmjenu informacija” u području „cijena” i „popusta”, kao i naznaku ograničenja tržišta na kojima je trebalo doći do te povrede. S jedne strane, što se tiče tržišta proizvoda, u toj je odredbi u pogledu popusta navedeno tržište „opskrbe robom široke potrošnje u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje”, a u pogledu cijena tržište „prodaje usluga proizvođačima proizvoda zaštićenih žigom u sektorima prehrambenih proizvoda, higijenskih proizvoda i proizvoda za čišćenje”. S druge strane, što se tiče utvrđivanja zemljopisnog tržišta, navedeno je da ono obuhvaća državno područje „nekoliko država članica i, među ostalim, [državno područje] Francuske”. Naposljetku, navedena odredba sadržavala je pojašnjenja u pogledu drugih poduzetnika koji su sudjelovali u navodnoj povredi.

<sup>55</sup> Vidjeti presudu Suda Deutsche Bahn, t. 56. i navedenu sudsku praksu.

<sup>56</sup> Vidjeti presudu od 17. listopada 1989., Dow Benelux/Komisija (85/87, EU:C:1989:379, t. 8. i navedenu sudsku praksu).

<sup>57</sup> Vidjeti presudu Suda Deutsche Bahn, t. 60.

<sup>58</sup> Vidjeti presudu od 17. listopada 1989., Dow Benelux/Komisija (85/87, EU:C:1989:379, t. 9.).

<sup>59</sup> Vidjeti presudu od 25. lipnja 2014., Nexans i Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, t. 36. i navedenu sudsku praksu).

<sup>60</sup> Vidjeti presudu od 25. lipnja 2014., Nexans i Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, t. 35. i navedenu sudsku praksu).

<sup>61</sup> Vidjeti presudu od 25. lipnja 2014., Nexans i Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, t. 36. i navedenu sudsku praksu).

<sup>62</sup> Vidjeti presudu od 25. lipnja 2014., Nexans i Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, t. 37. i navedenu sudsku praksu).

97. S obzirom na elemente iz članka 1. točke (a) spornih odluka navedene u prethodnoj točki ovog mišljenja i s obzirom na prethodno navedenu sudsku praksu, smatram da Opći sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je u točki 130. pobijane presude zaključio da je Komisija ispunila svoju obvezu jasnog navođenja pretpostavki koje je namjeravala provjeriti.

98. Što se tiče argumenata koje žalitelji izvođe iz pojašnjenja o prirodi predmetnih ograničenja, koja je Komisija pružila upućivanjem na mjere upravljanja postupkom koje je naložio Opći sud<sup>63</sup>, valja pojasniti da su informacije na koje upućuju žalitelji sadržane u izvacima verzije indicija koja nije klasificirana oznakom tajnosti koje su Komisiji omogućile da posumnja na tajne sporazume koji se odnose na popuste i cijene, čije je podnošenje Opći sud zatražio kako bi provjerio jesu li te indicije dovoljno ozbiljne da bi se opravdalo donošenje spornih odluka u pogledu prethodno navedenih praksi<sup>64</sup>.

99. Međutim, valja podsjetiti na to da, prema sudskoj praksi navedenoj u točki 94. ovog mišljenja, kako bi ispunila svoju obvezu obrazlaganja, Komisija nije dužna obavijestiti adresata odluke o pretrazi o svim informacijama kojima raspolaže a koje se odnose na navodne povrede kao ni izvršiti detaljnu pravnu analizu tih povreda.

100. Iz toga slijedi da žalitelji iz toga što su navodne povrede u području popusta i cijena detaljnije opisane u izvacima verzije indicija koja nije klasificirana oznakom tajnosti kojima je Komisija raspolagala i koju je dostavila Općem sudu ne mogu zaključiti da je Opći sud „odustao od svakog nadzora preciznosti obrazloženja odluka o pretrazi”<sup>65</sup>.

101. Što se tiče tvrdnje žaliteljâ prema kojoj je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i iskrivio smisao prethodno navedene sudske prakse time što je u točkama 250. i 254. pobijane presude odlučio da se zemljopisni doseg praksi i uloga žaliteljâ u navodnoj povredi mogu valjano izvesti iz običnog navođenja, u obrazloženju odluka o pretrazi, saveza čiji je Intermarché bio član, dovoljno je istaknuti da se te točke nalaze u dijelu obrazloženja pobijane presude u kojem Opći sud ispituje dovoljnu ozbiljnost indicija kojima raspolaže Komisija.

102. Stoga, kao što je to ta institucija pravilno istaknula u svojim pisanim očitovanjima, ta tvrdnja proizlazi iz zamjene nadzora poštovanja bitnog postupovnog zahtjeva koji predstavlja obveza obrazlaganja pobijanog akta s nadzorom osnovanosti tog obrazloženja, koji uključuje materijalno ispitivanje zakonitosti tog akta<sup>66</sup>.

103. Iz iste zamjene proizlazi i treći prigovor, koji žalitelji, osim toga, samo navode a da ga ne pojašnjavaju i koji se temelji na nepostojanju djelotvornog nadzora usklađenosti područja utvrđenog člankom 1. točkom (a) spornih odluka s indicijama kojima raspolaže Komisija, kao i drugi prigovor iz istog žalbenog razloga, koji se temelji na tome da Opći sud nije priznao da su odluke o pretrazi imale neograničeno područje, čime se odobrilo pravo „traženje informacija naslijepo”.

<sup>63</sup> Riječ je o mjerama upravljanja postupkom koje je Opći sud donio 3. prosinca 2018., kao i 13. svibnja i 25. rujna 2019., navedenim u točki 176. pobijane presude.

<sup>64</sup> Vidjeti točku 176. pobijane presude. Suprotno tomu, iz točke 130. pobijane presude proizlazi da Opći sud nije smatrao potrebnim naložiti mjere upravljanja postupkom koje su zatražili žalitelji kako bi Komisija pojasnila pretpostavke na kojima se temelje sporne odluke, zbog toga što je smatrao da su te pretpostavke bile dovoljno detaljne da bi se ispunila Komisijina obveza obrazlaganja.

<sup>65</sup> Osim toga, ističem da iz objašnjenja koje je Komisija dala u odgovoru na mjere upravljanja postupkom od 5. lipnja 2019. proizlazi da je ta institucija, u fazi donošenja spornih odluka, oklijevala u pogledu pravilne kvalifikacije predmeta navodnih razmjena informacija kao „popusta na tržištima opskrbe” ili kao „cijena prodaje usluga za proizvođače”, što bi moglo opravdati upotrebu širih izraza u tim odlukama prilikom navođenja pretpostavki koje treba provjeriti.

<sup>66</sup> Vidjeti *inter alia* presudu od 2. rujna 2021., EPSU/Komisija (C-928/19 P, EU:C:2021:656, t. 108.).

104. Što se tiče, konkretnije, potonjeg prigovora, s jedne strane, ističem da je Opći sud u točki 124. pobijane presude već pravilno istaknuo da pitanje, koje su istaknuli žalitelji, je li Komisija provela takvo „traženje”, koje se ne može odobriti Uredbom br. 1/2003<sup>67</sup>, ovisi o dostatnosti indicija kojima je Komisija raspolagala tijekom donošenja spornih odluka i da stoga to pitanje treba ispitati u okviru žalbenog razloga koji se temelji na povredi prava na nepovredivost doma poduzetnika u pogledu kojih se provodi pretraga, a ne u okviru žalbenog razloga koji se temelji na nedovoljnom obrazloženju tih odluka.

105. S druge strane, napominjem da žalitelji u potporu tom prigovoru upućuju na područje primjene spornih odluka, koje proizlazi iz njihova članka 1. točke (a), ali i iz njihova članka 1. točke (b), u kojima se navodi pretpostavka povrede čiji su predmet razmjene koje se odnose na „buduće poslovne strategije”, osobito u području asortimana, razvoja trgovina, e-trgovine i promidžbene politike „na tržištima opskrbe robom široke potrošnje i na tržištima prodaje robe široke potrošnje potrošačima u Francuskoj”. Međutim, budući da je Opći sud konačno poništio članak 1. točku (b) tih odluka u točki 1. izreke pobijane presude, žalitelji se u svakom slučaju više ne mogu oslanjati na njegov sadržaj kako bi potkrijepili svoju argumentaciju koja se temelji na preširokom području predmeta pretrage.

106. Budući da tvrdnju navedenu u točki 102. ovog mišljenja, kao i prigovore navedene u njegovoj točki 103., Sud treba tumačiti na način da se njima nastoji dovesti u pitanje ocjena Općeg suda u pogledu indicija kojima je raspolagala Komisija, valja utvrditi, s jedne strane, da ta tvrdnja i ti prigovori nisu ni na koji način potkrijepljeni te, s druge strane, da, s obzirom na to da se ne poziva ni na kakvo iskrivljavanje tih indicija, Sud u svakom slučaju nije nadležan za njihovo ispitivanje u okviru žalbe<sup>68</sup>.

107. Naposljetku, što se tiče četvrtog prigovora koji su žalitelji istaknuli u okviru svojeg drugog žalbenog razloga, ističem da je taj prigovor usmjeren protiv točaka 158. do 165. pobijane presude, u kojima se ispituje tužbeni razlog koji se temelji na povredi prava na nepovredivost doma i osobito na dijelu te analize koji se odnosi na nadzor poštovanja načela proporcionalnosti. U tim je točkama Opći sud smatrao, pri čemu se oslonio na svoju raniju sudsku praksu, da činjenica da Komisija nije utvrdila vremenski rok u kojem se mora provesti pretraga ne predstavlja neproporcionalno zadiranje u privatni život žaliteljâ.

108. U tom pogledu valja istaknuti da se člankom 2. spornih odluka utvrdio datum nakon kojeg pretraga može započeti, ali se nije naveo datum kada treba završiti. Takva naznaka bila je u skladu s člankom 20. stavkom 4. Uredbe br. 1/2003, kojim se Komisiji nalaže da utvrdi datum početka pretrage, ali se u njemu ne navodi ništa u pogledu eventualne obveze utvrđivanja datuma njezina završetka.

109. Kao što je to Opći sud pravilno naglasio u točki 161. pobijane presude, nepostojanje datuma završetka pretrage ne znači da pretraga može neograničeno trajati, s obzirom na to da je Komisija, u tom pogledu, dužna poštovati razuman rok u skladu s člankom 41. stavkom 1. Povelje<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> U tom pogledu, slažem se s mišljenjem nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Nexans France i Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:207, t. 55.).

<sup>68</sup> Vidjeti nedavno rješenje od 2. lipnja 2022., Arnautu/Parlament (C-573/21 P, neobjavljeno, EU:C:2022:448, t. 93. i navedenu sudsku praksu).

<sup>69</sup> Vidjeti u tom pogledu presudu od 12. srpnja 2018., Nexans France i Nexans/Komisija (T-449/14, EU:T:2018:456, t. 69.).

110. Iz toga slijedi da, iako vremenski doseg odluke o pretrazi nije trebalo unaprijed utvrditi u svim njezinim elementima, ipak je ograničen na način da provođenje pretrage ne prekoračuje razumno trajanje, koje se ocjenjuje s obzirom na sve relevantne okolnosti i elemente pojedinog slučaja.

111. S jedne strane, taj vremenski okvir čini, barem kad se pretraga provodi a da Komisija ne upotrebljava nacionalna sredstva prisile, u skladu s člankom 20. stavcima 6. do 8. Uredbe br. 1/2003, odgovarajuće i dovoljno jamstvo protiv proizvoljnosti, osobito kad se prilikom ocjene razumnosti trajanja pretrage uzima u obzir zahtjev vremenskog ograničavanja zadiranja u prava navedena u članku 7. Povelje i članku 8. EKLJP-a na ono što je *strogo nužno* za potrebne provjere s obzirom na predmet pretrage.

112. S druge strane, takvim se vremenskim okvirom jamči, kao što to Opći sud ističe u točkama 163. i 164. pobijane presude, djelotvornost Komisijinih istražnih ovlasti, koja zahtijeva da je trajanje pretrage prilagođeno s obzirom na elemente koji su unaprijed poznati, ali i s obzirom na elemente koji se otkrivaju tek nakon donošenja odluke o pretrazi, kao što su količina informacija pronađenih na licu mjesta, tehnologije upotrijebljene u pretrazi<sup>70</sup> i ponašanje poduzetnika u pogledu kojih se provodi pretraga, čime se izbjegava to da prethodno uzimanje u obzir tih neizvjesnih elemenata navede Komisiju na to da u odluci kojom se nalaže pretraga utvrdi trajanje pretrage dulje od onog koje je strogo nužno.

113. S obzirom na sva prethodna razmatranja, smatram da je drugi žalbeni razlog u cijelosti neosnovan.

### **C. Treći žalbeni razlog**

114. Svojim trećim žalbenim razlogom žalitelji prigovaraju Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava i povrijedio Uredbu br. 1/2003 zbog toga što je smatrao da se ta uredba ne primjenjuje na postupovnu fazu koja se odvija prije nego što Komisija donese mjere koje podrazumijevaju prigovor da je počinjena povreda. Taj se žalbeni razlog odnosi na točke 189. do 196. pobijane presude koje se nalaze u dijelu te presude u kojem je Opći sud ispitao dovoljnu ozbiljnost indicija kojima je raspolagala Komisija.

#### **1. Pobijana presuda**

115. U točki 189. pobijane presude, Opći sud uvodno je naglasio da se ocjena dovoljne ozbiljnosti indicija kojima raspolaže Komisija mora provesti s obzirom na okolnost da se odluka o pretrazi „donosi u okviru faze prethodnog prikupljanja dokaza koja ima za cilj omogućiti Komisiji da prikupi sve relevantne elemente koji potvrđuju ili ne potvrđuju postojanje povrede pravila tržišnog natjecanja te da zauzme prvi stav o smjeru kao i o daljnjem tijeku postupka”. U točki 190. pojasnio je da se stoga „u toj fazi” ne može tražiti od Komisije da prije donošenja odluke o pretrazi raspolaže elementima koji dokazuju postojanje povrede i da treba razlikovati, „s jedne strane, dokaze o povredi i, s druge strane, indicije koje su takve da stvaraju razumnu sumnju o nastanku mogućih povreda”.

<sup>70</sup> Vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu Nexans France i Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:207, t. 65.) i presudu donesenu u tom predmetu od 16. srpnja 2020., Nexans France i Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:571, t. 88. i 89.).

116. U točkama 192. i 193. pobijane presude Opći sud tvrdio je da ta razlika „ima posljedice [osobito] za zahtjeve koji se odnose na oblik [...] indicija koje opravdavaju odluke o pretrazi” i da se „potonje indicije ne mogu uvjetovati istim stupnjem formalnosti kao što je onaj povezan s poštovanjem pravila koja se propisuju Uredbom br. 1/2003 i sudskom praksom donesenom na temelju te uredbe u pogledu Komisijinih istražnih ovlasti”. Naime, prema mišljenju Općeg suda, „[k]ad bi se jednake formalnosti zahtijevale za prikupljanje indicija koje prethodi pretrazi i za prikupljanje dokaza o povredi, to bi, naime, značilo da Komisija treba poštovati pravila kojima se uređuju njezine istražne ovlasti, dok nikakva istraga u smislu poglavlja V. Uredbe br. 1/2003 nije još službeno pokrenuta i Komisija još nije upotrijebila istražne ovlasti koje su joj povjerene konkretno člancima 18. do 20. Uredbe br. 1/2003, odnosno nije donijela mjeru koja podrazumijeva prigovor da je počinjena povreda, osobito odluku o pretrazi” (točka 193. pobijane presude). Prema mišljenju Općeg suda „[t]a definicija polazne točke istrage i faze prethodnog prikupljanja dokaza proizlazi iz ustaljene sudske prakse” (točka 194. pobijane presude).

117. U točki 196. pobijane presude, Opći sud tvrdio je da se među odredbama koje Komisija nije bila dužna poštovati nalaze zahtjevi propisani člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004<sup>71</sup>, kako se tumače u presudi od 6. rujna 2017., Intel/Komisija<sup>72</sup>.

118. U točki 206. pobijane presude Opći sud stoga je zaključio da, u ovom slučaju, Komisija nije bila dužna bilježiti zapisnike o ispitivanjima, održanim tijekom 2016. i 2017., 13 dobavljača proizvoda široke potrošnje u pogledu kojih se provodila pretraga i koji su redovito sklapali sporazume s Casinom i ITM-om (u daljnjem tekstu: ispitivanja dobavljača) te da se indicije koje su proizašle iz tih ispitivanja ne mogu odbiti zato što su zahvaćene formalnom nepravilnosti uz obrazloženje da se nije poštovala obveza bilježenja predviđena člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

## 2. Sažetak argumenata stranaka

119. Žalitelji tvrde, kao prvo, da definicija polazne točke istrage i faze prethodnog prikupljanja dokaza sadržana u pobijanoj presudi proizlazi iz iskrivljavanja sudske prakse Suda. Naime, jedina razlika u pogledu primjenjivih prava u svim presudama navedenima u točki 194. te presude, koje se osim toga odnose samo na ocjenu polazne točke razdoblja koje treba uzeti u obzir kako bi se ocijenilo razumno trajanje postupka, jest „razlika između dviju faza upravnog postupka, tj. faze istrage prije obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama i faze preostalog dijela upravnog postupka”, koja uostalom proizlazi iz same Uredbe br. 773/2004.

120. Kao drugo, žalitelji prigovaraju Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava time što je presudio *contra legem* da se Uredba br. 1/2003 ne primjenjuje prije donošenja prve odluke o pretrazi, dok, prema njihovu mišljenju, iz uvodne izjave 25. te uredbe i iz članka 2. stavka 3. Uredbe br. 773/2004 proizlazi da se ona „u potpunosti primjenjuje na sve Komisijine akte donesene radi primjene članka 101. UFEU-a i sljedećih članaka, već u fazi otkrivanja praksi”. To tumačenje potvrđuje činjenica da se zahtjevi iz Uredbe br. 1/2003 primjenjuju na istraživanja sektora predviđena člankom 17. te uredbe i na izjave za oslobađanje odnosno smanjenje kazne<sup>73</sup> koje ne uključuju donošenje mjera koje podrazumijevaju prigovor da je počinjena povreda.

<sup>71</sup> Uredba Komisije od 7. travnja 2004. o postupcima koje Komisija vodi na temelju članaka [101. i 102. UFEU-a] (SL 2004., L 123, str. 18.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 298.)

<sup>72</sup> C-413/14 P, u daljnjem tekstu: presuda Intel, EU:C:2017:632

<sup>73</sup> U skladu s Obaviješću Komisije o oslobađanju od kazni i smanjenju kazni u slučajevima kartela (2006/C 298/11) od 8. prosinca 2006. (SL 2006., C 298, str. 17.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 62.)

121. Kao treće, žalitelji osporavaju posljedice koje Opći sud izvodi iz razlike između dokaza o povredi i indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi te osobito tvrdnju iz točke 193. pobijane presude, prema kojoj se potonje indicije ne mogu uvjetovati istim stupnjem formalnosti. Tvrdi da svi dokazi koje je Komisija prikupila i koji su se upotrijebili u postupcima pokrenutima na temelju Uredbe br. 1/2003, na temelju indicija ili dokaza, trebaju ispuniti iste zahtjeve i biti uvjetovani istom formalnosti i istim postupovnim pravilima kojima se jamče autentičnost, poštenost i vjerodostojnost dokaza. Doista, poštovanje tih pravila jamči autentičnost dokaza i indicije, što je nužan preduvjet prije procjene njegove vjerodostojnosti.

122. Komisija tvrdi da je dokazna vrijednost koja je potrebna kako bi materijalni element mogao predstavljati indiciju koja omogućuje donošenje odluke o pretrazi nužno manja od dokazne vrijednosti koja je potrebna kako bi materijalni element predstavljao dokaz u svrhu utvrđivanja povrede i da iz te razlike proizlazi da su indicije nužno uvjetovane znatno manjim stupnjem formalnosti u odnosu na dokaze.

123. Konkretno, nije potrebno da su te indicije zabilježene na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003 i članka 3. Uredbe br. 773/2004, osim ako se ne smatra da se formalnost predviđena tim odredbama primjenjuje čak i prije pokretanja istrage.

124. U tom pogledu, Komisija pojašnjava da se pokretanje istrage, koje odgovara datumu na koji se Komisija prvi put koristi svojim istražnim ovlastima te poduzima mjere koje podrazumijevaju prigovor da je počinjena povreda i koje imaju značajne posljedice na položaj osumnjičenih poduzetnika, odvija u drugo vrijeme i ima drukčije pravne posljedice od otvaranja spisa i pokretanja postupka u smislu članka 2. Uredbe br. 773/2004. Dok je otvaranje spisa unutarnji akt tajništva Glavne uprave za tržišno natjecanje kad dodjeljuje broj predmeta čija je jedina svrha da Glavnoj upravi za tržišno natjecanje omogući pohranu dokumenata, pokretanje postupka odgovara datumu na koji Komisija donosi odluku na temelju članka 2. Uredbe br. 773/2004 kako bi donijela odluku u skladu s poglavljem III. Uredbe br. 1/2003.

125. Komisija napominje da iz teksta članka 19. Uredbe br. 1/2003 proizlazi da se „ispitivanje” u smislu tog članka treba odnositi na „prikupljanj[e] informacija koje se odnose na predmet [istrage]”, koje se po definiciji treba prethodno pokrenuti. Osim toga, osporava relevantnost upućivanjâ žaliteljâ na uvodnu izjavu 25. Uredbe br. 1/2003, kao i na istraživanja sektora i izjave za oslobađanje odnosno smanjenje kazne.

126. U ovom slučaju, sastanci i telefonske konferencije s 13 predmetnih dobavljača održani su prije pokretanja istrage na temelju Uredbe br. 1/2003 i stoga prije bilo kakvog „postupka”. Komisija stoga nije bila dužna poštovati formalnost propisanu tom odredbom.

127. U suprotnom bi to s nekoliko aspekata dovelo u pitanje Komisijinu provedbu prava tržišnog natjecanja. Kao prvo, to bi spriječilo Komisiju da prikupi i upotrijebi indicije kad se one mogu prenijeti samo usmeno, kao što je objava koju je predstavnik Komisije čuo tijekom sastanka, neformalnog posjeta prostorima ili na javnom mjestu. Kao drugo, to bi značilo da se indicije nikada ne mogu prenijeti usmeno, čime bi se ugrozila učinkovitost Komisijinih istraga zbog odgode datuma pretrage.

128. Usto, prema Komisijinu mišljenju, uvjetovanje indicija manjim stupnjem formalnosti u odnosu na dokaze osigurava zahtjev žurnosti na kojem se temelji donošenje odluka o pretrazi i učinkovitost Komisijine istrage.

129. Naposljetku, Komisija dodaje da se, u svakom slučaju, tvrdnje žalitelja u pogledu autentičnosti dokaza temelje na pogrešnom tumačenju sudske prakse. Naime, autentičnost dokaza nije „nužan preduvjet” za njegovu vjerodostojnost. Načelo koje prevladava u pravu Unije jest načelo slobodne ocjene dokaza, iz kojeg proizlazi da je jedini relevantan kriterij za ocjenu dokazne vrijednosti pravilno podnesenih dokaza njihova vjerodostojnost i da dokaznu vrijednost dokaza treba sveukupno ocijeniti, tako da iznošenje običnih nepotkrijepljenih dvojbi u pogledu autentičnosti dokaza nije dovoljno da bi se ugrozila njegova vjerodostojnost. Ta se načela tim više primjenjuju na indicije jer je dokazna vrijednost koja je potrebna kako bi materijalni element predstavljao indiciju po definiciji manja.

### 3. Analiza

130. Valja podsjetiti na to da, u skladu s člankom 19. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003, Komisija može uzeti izjavu od svake fizičke ili pravne osobe koja pristane na davanje izjave u svrhu prikupljanja informacija koje se odnose na predmet istrage. Ispitivanja koja se temelje na toj odredbi podliježu poštovanju formalnosti propisanih člankom 3. Uredbe br. 773/2004. Stoga, u skladu sa stavkom 1. tog članka, Komisija na početku razgovora navodi pravnu osnovu i svrhu razgovora i podsjeća na to da je on dobrovoljne prirode te također obavještuje osobu koja mu pristupa o svojoj namjeri bilježenja razgovora. U skladu sa stavkom 3. navedenog članka, Komisija može bilježiti u bilo kojem obliku iskaze osoba koje pristupaju razgovoru. Kopija svakog zapisa stavlja se na raspolaganje takvoj osobi radi odobrenja. Prema potrebi Komisija određuje rok u kojem ta osoba može dostaviti moguće ispravke iskaza.

131. Sud je u presudi Intel pojasnio, što se tiče dosega zahtjeva u pogledu oblika koji se primjenjuju na ispitivanja koja se provode u skladu s člankom 19. Uredbe br. 1/2003, da je Komisija, ako uz pristanak ispitivane osobe odluči provesti ispitivanje na temelju te odredbe, dužna zabilježiti to ispitivanje u njegovoj cijelosti, neovisno o izboru koji joj je ostavljen u pogledu oblika tog bilježenja<sup>74</sup>.

132. Iz toga slijedi da Komisija ima obvezu bilježenja, u obliku po svojem izboru, svakog ispitivanja koje vodi na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003 za potrebe prikupljanja informacija koje se odnose na predmet istrage<sup>75</sup>.

133. Opći sud je u pobijanoj presudi u biti zaključio da se ta obveza ne primjenjuje na ispitivanja dobavljača jer su se, s jedne strane, ta ispitivanja provela prije pokretanja istrage na temelju Uredbe br. 1/2003, odnosno prije nego što je Komisija donijela mjeru koja podrazumijeva prigovor da je počinjena povreda i jer je, s druge strane, kako bi donijela odluku o pretrazi, koja je dio faze prethodnog prikupljanja dokaza prije slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, Komisija samo dužna raspolagati ozbiljnim materijalnim indicijama koje mogu stvoriti sumnju o povredi i koje se ne mogu uvjetovati istim stupnjem formalnosti kao što je onaj potreban za prikupljanje dokaza o povredi. Tužitelji različitim argumentima osporavaju taj zaključak, dok Komisija smatra da on ne sadržava nijednu pogrešku koja se tiče prava.

134. Stoga Sud, kako bi odlučio o trećem žalbenom razlogu, treba pojasniti je li Komisija obvezna bilježiti, u skladu s člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004, ispitivanja iz kojih proizlaze informacije koje se upotrebljavaju kao indicije koje opravdavaju donošenje odluke o pretrazi u smislu članka 20. stavka 4. Uredbe br. 1/2003.

<sup>74</sup> Vidjeti presudu Intel, t. 90.

<sup>75</sup> Vidjeti presudu Intel, t. 91.

135. Zbog razloga koje ću iznijeti u nastavku, smatram da na to pitanje treba dati potvrđan odgovor.

136. Na temelju prigovora koje su istaknuli žalitelji Sud treba razmotriti, s jedne strane, od kojeg se trenutka ispitivanja spisa koje provodi Komisija treba smatrati da su ispitivanja koja provodi izvršena „u svrhu prikupljanja informacija koje se odnose na predmet [istrage]” i, s druge strane, opravdava li činjenica da indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi imaju manju dokaznu vrijednost nego dokazi o povredi to da su ti dokazi uvjetovani manjom formalnosti, koja osobito ne uključuje poštovanje zahtjeva u pogledu oblika propisanih člankom 3. Uredbe br. 773/2004 za ispitivanja koja se provode na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003.

137. Stoga ću početi s analizom drugog od tih pitanja.

138. U tom pogledu, smatram da ni manja dokazna vrijednost koja se zahtijeva za indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi ni okolnost da je takva odluka dio faze prethodnog prikupljanja dokaza prije slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, prema mojem mišljenju, ne utječu, suprotno onomu što se tvrdi u točkama 189. do 192. pobijane presude, na zahtjeve koji se odnose na oblik, koje je Komisija dužna poštovati, na temelju primjenjivih propisa, kad prikuplja dokazne elemente koje upotrebljava u svrhu svojih istraga.

139. Dakako, prethodno navedeno ne znači da oblik materijalnog dokaza ne utječe na njegovu dokaznu vrijednost. Na primjer, javnobilježnički akt u pravilu ima veću dokaznu vrijednost nego privatna isprava. Međutim, taj odnos između oblika i dokazne vrijednosti ne podrazumijeva nužno stupnjevanje formalnosti kojom su uvjetovane određene kategorije dokaznih elemenata, ovisno o dokaznoj vrijednosti koja je potrebna da bi se ti elementi mogli upotrijebiti.

140. Što se osobito tiče informacija koje Komisija izvodi iz ispitivanja koja provodi s fizičkim ili pravnim osobama, nepostojanje bilo kakve povezanosti između dokazne vrijednosti i poštovanja zahtjeva u pogledu oblika propisanih člankom 19. stavkom 1. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004 proizlazi, prema mojem mišljenju, iz presude Intel.

141. Naime, iz te presude, a osobito iz njezine točke 87., u kojoj je Sud pojasnio da nijedan element koji se temelji na tekstu članka 19. stavka 1. Uredbe br. 1/2003 ili cilj koji on slijedi ne omogućuje zaključak da je zakonodavac namjeravao uvesti razlikovanje između dviju kategorija ispitivanja na temelju te odredbe niti isključiti iz njezina područja primjene neka od tih ispitivanja, jasno je da su obvezom bilježenja koja iz toga proizlazi obuhvaćena sva ispitivanja koja provodi Komisija ako se „odnose na predmet istrage”. Postojanje takve obveze stoga ne može ovisiti ni o dokaznoj vrijednosti koja se može priznati izjavama prikupljenima tijekom tih ispitivanja, koja se uostalom može ocijeniti tek nakon što se ispitivanja provedu, ni o tome kako Komisija namjerava upotrijebiti te informacije tijekom različitih faza postupka. U tom pogledu, čini mi se da se Komisijinim upućivanjem na pripremne akte za Uredbu br. 1/2003 ne može samim po sebi dovesti u pitanje taj zaključak<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> Vidjeti Prijedlog uredbe Vijeća o provedbi pravila o tržišnom natjecanju predviđenih člancima [101.] i [102. UFEU-a] te o izmjeni uredbi (EEZ) br. 1017/68, (EEZ) br. 2988/74, (EEZ) br. 4056/86 i (EEZ) br. 3975/87 (COM(2000) 582 *final*, SL 2000., C 365 E, str. 284.). U komentaru na članak 19. tog prijedloga, kojim se predviđa Komisijina ovlast da sasluša fizičke ili pravne osobe, neovisno o tome jesu li obuhvaćene postupkom, i da zabilježi njihove odgovore, Komisija pojašnjava da „[t]a odredba dopunjuje nedostatak na razini Komisijinih ovlasti time što odobrava bilježenje usmenih odgovora i njihovo podnošenje kao dokaza u postupku”. Međutim, prema mojem mišljenju, izraz „dokaz” treba shvatiti u širem smislu „dokaznog elementa”, neovisno o njegovoj dokaznoj vrijednosti u odnosu na činjenicu koju treba dokazati.

142. Osim toga, ističem da tvrdnji o postojanju povezanosti između dokazne vrijednosti indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi i poštovanja zahtjeva u pogledu oblika, koja se navodi u točkama 189. do 192. pobijane presude, proturječi, kad je riječ o indicijama izvedenim iz ispitivanja koja je provela Komisija, tumačenje Općeg suda članka 19. Uredbe br. 1/2003 i presude Intel iz točaka 195., 200. do 203. i 205. te presude. Naime, iz tih točaka proizlazi da je Opći sud smatrao da je, nakon pokretanja istrage u smislu navedenom u točki 194. pobijane presude, Komisija u načelu dužna poštovati obvezu bilježenja ispitivanja koja se odnose na predmet te istrage i da takva obveza postoji neovisno o dokaznoj vrijednosti informacija koje Komisija može izvesti iz tih ispitivanja te neovisno o tome upotrebljavaju li se te informacije kao indicije u okviru faze prethodne istrage, uključujući u svrhu donošenja odluke o pretrazi<sup>77</sup>, ili kao dokazi u fazi slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.

143. Općenitije, razlika između indicija i dokaza proizlazi iz činjenice da prvonavedene indicije samo omogućuju pretpostavku o postojanju činjenice koju treba dokazati, dok je drugonavedeni dokazi dokazuju. Kad izvođenje dokaznog elementa zahtijeva određenu formalnost, često kako bi se osigurala njegova autentičnost i vjerodostojnost, nepoštovanje te formalnosti podrazumijeva da taj element, neovisno o svojoj vrijednosti, ne može ispuniti svoju dokaznu funkciju.

144. Što se tiče prvog pitanja navedenog u točki 136. ovog mišljenja, ono u biti podrazumijeva tumačenje pojma „ispitivanje” u svrhu „prikupljanja informacija koje se odnose na predmet [istrage]” u smislu članka 19. stavka 1. Uredbe br. 1/2003.

145. Podsjećam na to da je Opći sud u pobijanoj presudi smatrao da iz samog teksta te odredbe proizlazi da se predmetna ispitivanja odnose na „prikupljanj[e] informacija koje se odnose na predmet [istrage]”, koja *po definiciji treba biti pokrenuta* i čiji predmet treba utvrditi prije nego što se održe navedena ispitivanja. Iz toga je zaključio da se obveza bilježenja navedenih ispitivanja, predviđena člankom 3. Uredbe br. 773/2004, ne nalaže „u pogledu ispitivanja koja se održavaju prije nego što Komisija pokrene istragu [...]”<sup>78</sup>. U točki 193. pobijane presude, Opći sud je u biti smatrao da je istraga službeno pokrenuta samo ako Komisija upotrijebi istražne ovlasti koje su joj povjerene konkretno člancima 18., 19. i 20. Uredbe br. 1/2003, donošenjem mjere koja podrazumijeva prigovor da je počinjena povreda, osobito odluke o pretrazi, te je u točki 194. te presude pojasnio da ta definicija polazne točke istrage proizlazi iz ustaljene sudske prakse.

146. Iz te sudske prakse, proizašle iz presude od 15. listopada 2002., Limburgse Vinyl Maatschappij i dr./Komisija<sup>79</sup>, slijedi da upravni postupak koji provodi Komisija može uključivati ispitivanje u dvije uzastopne faze, od kojih svaka ima svoju unutarnju logiku. Prva faza, koja traje do slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, počinje teći od dana kad Komisija, koristeći se ovlastima koje joj je dodijelio zakonodavac Unije, poduzme mjere koje podrazumijevaju prigovor da je počinjena povreda te joj mora omogućiti da zauzme stajalište o smjeru postupka. Druga faza pak traje od slanja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku do donošenja konačne odluke. Ta faza mora omogućiti Komisiji da donese konačnu odluku o povredi koja se stavlja na teret.

<sup>77</sup> Ne može se isključiti da Komisija, nakon što je upotrijebila neku od istražnih ovlasti predviđenih u poglavlju V. Uredbe br. 1/2003, primjerice upućivanjem zahtjeva za pružanje informacija određenom poduzetniku ili provođenjem pretraga u njegovim prostorima, tijekom ispitivanja fizičke ili pravne osobe na koju se odnosi predmet istrage pokrenute donošenjem tih akata, prima informacije koje joj omogućuju da pretpostavi da je poduzetnik koji do tada još nije bio osumnjičen sudjelovao u navodnim povredama koje su dovele do pokretanja istrage. Međutim, u takvom slučaju, u skladu s logikom iz točaka 195., 200. do 203. i 205. pobijane presude, Komisija je dužna primijeniti članak 19. stavak 1. Uredbe br. 1/2003 i provesti bilježenje u skladu s člankom 3. Uredbe br. 773/2004, čak i ako primljene informacije namjerava upotrijebiti samo kao indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi u pogledu tog poduzetnika.

<sup>78</sup> Vidjeti pobijanu presudu, t. 200. i 201.

<sup>79</sup> C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, u daljnjem tekstu: presuda LMV, EU:C:2002:582, t. 182.

147. U tom pogledu valja podsjetiti, kao što to čine žalitelji, na to da su načela navedena u prethodnoj točki ovog mišljenja uspostavljena u svrhu primjene načela razumnog roka. Sud je u presudi LMV, na temelju sudske prakse ESLJP-a<sup>80</sup>, nastojao utvrditi trenutak u kojem se Komisijina aktivnost istraživanja i otkrivanja povreda prava tržišnog natjecanja materijalizira u aktu koji podrazumijeva, ako ne još službenu optužbu, barem prigovor „koji ima značajne posljedice za situaciju osumnjičenih poduzetnika”<sup>81</sup>.

148. Međutim, kao ni žalitelji, nisam uvjeren da je logika na kojoj se temelji utvrđivanje polazne točke razdoblja koje treba uzeti u obzir u svrhu ocjene razumnog trajanja upravnog postupka, koja je povezana s utvrđivanjem trenutka u kojem predmetni poduzetnik saznaje za prigovor iznesen u odnosu njega i kad na njegovu situaciju utječu mjere koje je donijela Komisija, relevantna kad je riječ o tumačenju teksta članka 19. Uredbe br. 1/2003.

149. U tom pogledu, podsjećam na to da je taj članak dio poglavlja V. te uredbe, naslovljenog „Istražne ovlasti”. Kad provodi ispitivanje u smislu te odredbe, Komisija stoga izvršava „istražnu ovlast”, kao što izvršava takvu ovlast kad upućuje zahtjeve za pružanje informacija na temelju članka 18. navedene uredbe ili pak kad donosi odluku o pretrazi u smislu članka 20. te uredbe. Međutim, iako nije sporno da donošenje akta na temelju članaka 18. i 20. Uredbe br. 1/2003 određuje pokretanje „[istrage]”, suprotno tomu, u skladu s tumačenjem članka 19. Uredbe br. 1/2003 koje je primijenio Opći sud i koje zagovara Komisija, upotreba ovlasti utvrđena u tom članku sama po sebi ne označava početak takve istrage, nego u svrhu izvršenja takve ovlasti zahtijeva da je istraga već pokrenuta.

150. Prema mojem mišljenju, riječ je o elementu nedosljednosti koji se ne može ublažiti time da Opći sud prešutno prizna mogućnost da provođenje ispitivanja u smislu članka 19. Uredbe br. 1/2003 označava, kao i zahtjev za pružanje informacija ili zahtjev za pretragu, pokretanje istrage u slučaju kad takvo ispitivanje za ispitane poduzetnike ili za poduzetnika na kojeg se odnose izjave dane Komisiji podrazumijeva prigovor da je počinjena povreda<sup>82</sup>. Naime, takvo priznavanje, s jedne strane, dovodi u pitanje tvrdnju Općeg suda prema kojoj iz teksta članka 19. Uredbe br. 1/2003 proizlazi da se istraga treba pokrenuti i da se njezin predmet treba utvrditi *prije* provođenja ispitivanja na temelju tog članka. S druge strane, ono samo djelomično odgovara logici na kojoj se temelji sudska praksa navedena u točki 194. pobijane presude, s obzirom na to da istraga trećeg poduzetnika u okviru ispitivanja ne podrazumijeva to da je on saznao za moguće prigovore koji su izneseni u odnosu na njega.

<sup>80</sup> Prema mišljenju ESLJP-a, cilj je prava svake osobe da se njezin slučaj ispita u razumnom roku utvrđenog u članku 6. stavka 1. ESLJP-a da u kaznenim stvarima optuženici ne budu predugo optuženi i da se odluči o osnovanosti te optužbe. Vidjeti ESLJP, 27. lipnja 1968., Wemhoff protiv Njemačke (CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, t. 18.) i 3. prosinca 2009., Kart protiv Turske (CE:ECHR:2008:0708JUD000891705, t. 68.). U skladu s tim ciljem, razdoblje koje treba uzeti u obzir kako bi se ocijenilo razumno trajanje postupka počinje, prema mišljenju ESLJP-a, na dan kada je osoba optužena (vidjeti ESLJP, 27. lipnja 1968., Neumeister protiv Austrije (CE:ECHR:1968:0627JUD000193663, t. 18.)) ili na raniji datum, primjerice na datum pokretanja preliminarnih istraga (vidjeti ESLJP, 16. srpnja 1971., Ringeisen protiv Austrije (CE:ECHR:1971:0716JUD000261465, t. 110., na koju se Sud oslonio u presudi LMV)), pri čemu se podrazumijeva da je trenutak koji treba uzeti u obzir onaj od kojeg tužitelj sazna za optužbu ili onaj od kojeg na njegovu situaciju znatno utječu mjere donesene u okviru istrage ili kaznenog postupka (vidjeti ESLJP, 27. srpnja 2006., Mamić protiv Slovenije (br. 2) (CE:ECHR:2006:0727JUD007577801, t. 23. i 24.) i 28. svibnja 2019., Liblik i drugi protiv Estonije (CE:ECHR:2019:0528JUD000017315, t. 94.)).

<sup>81</sup> Vidjeti presudu LMV, t. 182.

<sup>82</sup> Vidjeti točku 205. pobijane presude.

151. Nedosljednost istaknuta u prethodnoj točki ovog mišljenja tim je očitija ako se smatra, kao što su to pravilno istaknuli žalitelji, da Komisija može pokrenuti istraživanje sektora koristeći se ovlasti utvrđenom u članku 17. Uredbe br. 1/2003, a da pritom određenom poduzetniku ne uputi prigovor da je počinio povredu<sup>83</sup>.

152. Prema mojem mišljenju, tekst članka 19. Uredbe br. 1/2003, a osobito izraz „u svrhu prikupljanja informacija koje se odnose na predmet [istrage]”, zahtijeva drukčije tumačenje, u okviru kojeg nije nužno da se ispitivanja o kojima je riječ smjeste u određenu fazu upravnog postupka ni da se utvrdi na temelju kojeg je svojeg službenog akta Komisija dužna poštovati formalnost koja se nalaže člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

153. Naime, smatram da definicija dosega te obveze i stoga određivanje slučajeva u kojima se izvršava ovlast utvrđena u članku 19. Uredbe br. 1/2003 uglavnom ovise o predmetu i sadržaju ispitivanja koja provodi Komisija.

154. U ovom slučaju, iz pobijane presude i spisa postupka pred Općim sudom proizlazi da su se predmetna ispitivanja provodila s dobavljačima proizvoda široke potrošnje na koje se odnosi pretpostavka povrede navedena u članku 1. točki (a) spornih odluka, da su ti dobavljači redovito sklapali sporazume s Intermarchéom i da je Komisija, radi pripreme tih ispitivanja, ispitanim dobavljačima poslala upitnik koji se osobito odnosio na ponašanje savezâ distributera tijekom pregovora s dobavljačima, na razvoj njihove pregovaračke snage tijekom vremena i na njezine učinke na uvjete tržišnog natjecanja na tržištu distribucije. Komisija je u upitniku također otvoreno pitala je li dobavljač bio upoznat s razmjenama osjetljivih poslovnih informacija između distributera unutar saveza te je, po potrebi, od njega zatražila da pojasni koje su to informacije. Osim toga, iz pobijane presude proizlazi da su se predmetna ispitivanja provodila nedugo nakon što je 16. rujna 2016. održana konvencija u sjedištu Intermarchéa, kojoj su prisustvovali predstavnici savezâ i na koju su bili pozvani sudjelovati dobavljači trgovačkih lanaca, te da su trajala sve do dana uoči donošenja spornih odluka.

155. Međutim, prema mojem mišljenju, Komisija provođenjem ispitivanja takvog sadržaja, čiji je predmet unaprijed utvrđen i kojima otvoreno nastoji dobiti informacije o funkcioniranju određenog tržišta i o ponašanju dionika na tom tržištu radi otkrivanja mogućih protupravnih ponašanja ili potvrditi svoje sumnje u pogledu postojanja takvog ponašanja, izvršava svoju ovlast na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003, neovisno o fazi postupka u kojoj se ispitivanje odvija.

156. U takvim je okolnostima, prema mojem mišljenju, dovoljno da se spis otvori tajništvu Komisije kako bi se smatralo da se takva ispitivanja provode u svrhu „prikupljanja informacija koje se odnose na predmet [istrage]” u smislu te odredbe<sup>84</sup>. Drugim riječima, kao što je to naveo

<sup>83</sup> Čini mi se da Komisijino upućivanje na presudu od 25. ožujka 2021., Xellia Pharmaceuticals i Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245), ne može dovesti u pitanje utvrđenje nepostojanja prigovora u smislu sudske prakse navedene u točki 194. pobijane presude prilikom pokretanja istraživanja sektora. Naime, u točkama 153. i 154. presude od 25. ožujka 2021., Xellia Pharmaceuticals i Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245), na koje upućuje Komisija, Sud je samo pojasnio da je „istraživanje sektora instrument čija je namjena potvrđivanje pretpostavki o ograničenju tržišnog natjecanja u sektoru koji se istražuje” i da, „kada Komisija pokrene takve istrage, poduzetnici koji pripadaju predmetnom sektoru, a osobito oni koji su sklopili sporazume izričito navedene u odluci o pokretanju predmetne istrage [...] moraju očekivati da će se protiv njih u budućnosti možda pokrenuti pojedinačni postupci”. Osim toga, Sud je u točki 139. te presude jasno naveo da su prve mjere koje znače Komisijin prigovor u odnosu na žalitelje, u predmetu u kojem je donesena navedena presuda, donesene na datum nakon pokretanja predmetnog istraživanja sektora (riječ je o datumu Komisijine obavijesti o postojanju istraživanja sektora).

<sup>84</sup> Osim toga, ističem da se čini da Komisijin interni priručnik o postupcima u području primjene članaka 101. i 102. UFEU-a od 12. ožujka 2012. ([https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust\\_manproc\\_11\\_2019\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf), poglavlje 8, točka 2.5, u daljnjem tekstu: Komisijin priručnik o postupcima) ide u tom smjeru kad se u njemu navodi da, „što se tiče sigurnosti u pogledu predmeta istrage u trenutku ispitivanja, barem jedan slučaj treba zabilježiti posebnim brojem predmeta”. Naglašavam da otvaranje spisa prije provođenja ispitivanja omogućuje pružanje smjernica potrebnih u svrhu primjene članka 28. stavka 1. Uredbe br. 1/2003.

nezavisni odvjetnik N. Wahl u svojem mišljenju u predmetu Intel Corporation/Komisija<sup>85</sup>, „članak 19. Uredbe br. 1/2003 mora se primjenjivati na svako ispitivanje treće osobe koje je posebno organizirano kako bi se prikupile materijalne informacije za potrebe ocjene slučaja”<sup>86</sup>.

157. Primjena drukčijeg tumačenja dovela bi do toga da se ispitivanja s prethodno opisanim sadržajem provode izvan pravnog okvira uspostavljenog Uredbom br. 1/2003, što je prema mojem mišljenju nedopustivo. Međutim, kad Komisija *de facto* izvršava svoje istražne ovlasti, takav pravni okvir nužno se primjenjuje, čak i ako istraga nije „službeno pokrenuta”, suprotno onomu što se čini da proizlazi iz točke 193. pobijane presude<sup>87</sup>.

158. To vrijedi tim više kad se, kao u ovom slučaju, informacije dobivene provođenjem takvih ispitivanja upotrebljavaju kao ozbiljne indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi, odnosno mjera koja uključuje zadiranje u privatni život poduzetnika i ograničenje njegovih temeljnih prava utvrđenih u članku 7. Povelje i članku 8. EKLJP-a.

159. Naposljetku, pojašnjavam da tumačenje članka 19. Uredbe br. 1/2003 koje predlažem ne podrazumijeva, suprotno onomu što tvrdi Komisija, da ona više ne bi mogla prikupljati i upotrebljavati indicije kad se one mogu prenijeti samo usmeno.

160. U tom pogledu, s jedne strane, valja istaknuti da je scenarij opisan u točki 154. ovog mišljenja vrlo daleko od scenarija koji je Komisija navela u svojim pisanim očitovanjima (predstavnik Komisije koji čuje objavu tijekom sastanka, neformalnog posjeta prostorima ili na javnom mjestu). S druge strane, valja pojasniti da Komisija ne provodi ispitivanje na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003 i stoga nije obvezna bilježiti svoje kontakte s trećim osobama ako se ti kontakti ne odnose na predmet konkretne istrage<sup>88</sup>.

161. Na temelju prethodnih razmatranja, smatram da je Opći sud pogrešno protumačio članak 19. stavak 1. Uredbe br. 1/2003 i da je počinio pogrešku koja se tiče prava time što je smatrao da se indicije koje su proizašle iz ispitivanja dobavljača ne mogu odbiti zato što su zahvaćene formalnom nepravilnosti uz obrazloženje da se nije poštovala obveza bilježenja predviđena člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

162. U slučaju da Sud odluči potvrditi tumačenje članka 19. stavka 1. Uredbe br. 1/2003 koje je utvrdio Opći sud i da smatra da se obveza bilježenja ispitivanja provedenih na temelju te odredbe nalaže samo ako su ona provedena nakon pokretanja istrage u smislu pojašnjenom u točkama 193. i 194. pobijane presude, ipak smatram da je Opći sud pogrešno ocijenio da Komisija u ovom slučaju nije imala tu obvezu.

163. Naime, smatram da je Komisija, kad razmatra mogućnost upotrebe informacija koje su proizašle iz njezinih razmjena s trećim osobama u svrhu donošenja odluke o pretrazi, kao što je to u ovom slučaju očito s obzirom na predmet, sadržaj i kronologiju ispitivanja dobavljača koja je provela, u svakom slučaju dužna bilježiti te razmjene u skladu s člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

<sup>85</sup> C-413/14 P, EU:C:2016:788, t. 232.

<sup>86</sup> Osim toga, ističem da ni nezavisni odvjetnik N. Wahl u točki 233. svojeg mišljenja ne isključuje pretpostavku da se ispitivanje u smislu članka 19. može provesti prije „tekuće” istrage.

<sup>87</sup> Uostalom, prema mojem mišljenju, članak 2. stavak 3. Uredbe br. 773/2004 treba tumačiti na taj način. Komisija može izvršiti svoje istražne ovlasti u skladu s poglavljem V. Uredbe br. 1/2003, uključujući one predviđene njezinim člankom 19., čak i „prije pokretanja postupka”.

<sup>88</sup> Vidjeti mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, t. 233.). Vidjeti i Komisijin priručnik o postupcima, poglavlje 8., točka 2.4.

Prema mojem mišljenju, riječ je o nužnom jamstvu s obzirom na to da pretraga zadire u temeljna prava poduzetnika u pogledu kojeg se provodi, osobito kako bi se sudovima Unije omogućilo da provjere ozbiljnost indicija kojima Komisija raspolaže i koje opravdavaju takvo zadiranje.

164. S obzirom na sva prethodna razmatranja, stoga predlažem Sudu da prihvati treći žalbeni razlog.

#### ***D. Četvrti žalbeni razlog***

165. Četvrti žalbeni razlog dijeli se na četiri dijela. Prva tri dijela, koji se redom temelje na iskrivljavanju činjenica, pogrešci koja se tiče prava i očitoj pogrešci u ocjeni koje je Opći sud počinio time što je odlučio, kao prvo, da istraga nije pokrenuta prije donošenja prve odluke o pretrazi (Odluka Tute 1 od 9. veljače 2017.), kao drugo, da se zapisnici o ispitivanjima mogu upotrijebiti kao indicije a da pritom nisu ispunjeni zahtjevi iz članka 19. Uredbe br. 1/2003 i članka 3. Uredbe br. 773/2004 i, kao treće, da se poštovanjem formalnosti predviđene tim odredbama ugrožava otkrivanje protutržišnih praksi, u biti se preklapaju s argumentima koje su žalitelji istaknuli u svojem trećem žalbenom razlogu. Stoga upućujem na razmatranja iznesena u okviru ispitivanja tog žalbenog razloga.

166. Slijedom toga, preostaje analizirati četvrti dio četvrtog žalbenog razloga.

#### ***Četvrti dio četvrtog žalbenog razloga***

167. Četvrtim dijelom svojeg četvrtog žalbenog razloga žalitelji prigovaraju Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava time što je u točki 219. pobijane presude zaključio da je Komisija na datum donošenja spornih odluka raspolagala dovoljno ozbiljnim indicijama a da pritom nije potrebno točno utvrditi datume izrade i završetka zapisnika o ispitivanjima.

168. S jedne strane, tvrde da iz sudske prakse proizlazi da se indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi trebaju nalaziti u Komisijinu spisu prije datuma donošenja te odluke, osobito kako bi se različitim subjektima uključenima u postupak njezine pripreme omogućilo da provjere jesu li takve indicije dovoljno ozbiljne i da pravilno ograniče područje pretrage. Stoga je Opći sud u točki 208. pobijane presude pogrešno smatrao da je „relevantan datum koji treba uzeti u obzir za određivanje toga je li se raspolagalo indicijama na dan donošenja [spornih odluka bio] datum održavanja ispitivanja dobavljača na koja su se odnosili zapisnici”.

169. S druge strane, žalitelji navode da je Opći sud u točki 215. pobijane presude na njih prebacio teret dokazivanja da je Komisija sastavila sve zapisnike nakon datuma donošenja prve sporne odluke (Odluke Tute 1 od 9. veljače 2017.).

170. Komisija tvrdi da relevantan datum za procjenu toga je li Komisija raspolagala indicijama u obliku usmenih izjava odgovara datumu tih izjava, a ne datumu kad je formalizirala navedene izjave u pisanom obliku. U tom pogledu upućuje na presudu od 9. lipnja 2016., Repsol Lubricantes y Especialidades i dr./Komisija<sup>89</sup>, koja je donesena u kontekstu postupaka za oslobađanje odnosno smanjenje kazne i koja je navedena u točki 209. pobijane presude, iz koje proizlazi da to što Komisija posjeduje neki materijalni element znači isto kao da je ona upoznata s njegovim sadržajem. Doista, u ovom su slučaju sva ispitivanja dobavljača provedena prije datuma

<sup>89</sup> C-617/13 P, EU:C:2016:416, t. 66. do 74.

prve sporne odluke (Odluka Tute 1 od 9. veljače 2017.). Osim toga, budući da je Opći sud priznao da je Komisija na datum donošenja spornih odluka već raspolagala indicijama koje su proizašle iz uzastopnih sastanaka odnosno telefonskih konferencija s 13 dobavljača, Komisiji se pobijanom presudom nije priznala mogućnost ispravljanja nepravilnosti *a posteriori*.

171. Uvodno ističem da iz točaka 207. i 210. pobijane presude jasno proizlazi da se obrazloženje te presude, koje žalitelji osporavaju u četvrtom dijelu svojeg četvrtog žalbenog razloga, temelji na pretpostavci da Komisija u ovom slučaju nije imala obvezu bilježenja na temelju članka 3. Uredbe br. 773/2004 i da stoga nije trebala dokazati datum na koji su sastavljeni zapisnici o ispitivanjima, s obzirom na to da se prethodno postojanje indicija koje su proizašle iz tih ispitivanja treba ocijeniti u odnosu na datum na koji su dane izjave, odnosno datum na koji su provedena ispitivanja. Naime, budući da ne postoji takva obveza bilježenja, Opći sud smatrao je da se indicije na kojima se temelji odluka o pretrazi i koje su proizašle iz Komisijinih ispitivanja trećih osoba mogu prenijeti samo usmeno te da su, u ovom slučaju, ispitivanja dobavljača podrazumijevala poznavanje informacija koje su priopćene tijekom tih ispitivanja i raspolaganje predmetnim informacijama na datum navedenih ispitivanja.

172. Iz toga slijedi da je, ako Sud odluči prihvatiti treći žalbeni razlog, kao što to predlažem da učini, neovisno o posljedicama takve odluke u pogledu ukidanja ili zadržavanja pobijane presude, koje će se razmotriti u nastavku, također potrebno ukinuti točke obrazloženja pobijane presude na koje se odnosi dio žalbenog razloga koji se ispituje. Stoga su razmatranja koja slijede iznesena u slučaju da Sud ne prihvati moj prijedlog.

173. I dalje uvodno, čini mi se da je moguće iznijeti određene zadržke u pogledu predmetnosti tog dijela žalbenog razloga, s obzirom na to da se on odnosi samo na jedan od dvaju razloga zbog kojih je Opći sud odbio prigovor koji se temelji na prethodnom nepostojanju indicija na kojima se temelje sporne odluke jer Komisija nije utvrdila datum sastavljanja zapisnika o ispitivanjima.

174. Naime, kako bi odbio taj argument, Opći sud je, s jedne strane, najprije smatrao, kao što sam to naveo u točki 171. ovog mišljenja, da je relevantan datum koji treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo je li Komisija raspolagala indicijama koje su proizašle iz ispitivanja dobavljača prije donošenja spornih odluka bio datum na koji su provedena ta ispitivanja. S druge strane, u točki 215. pobijane presude podredno je smatrao da se, čak i pod pretpostavkom da se treba uzeti u obzir datum na koji su sastavljeni zapisnici o navedenim ispitivanjima i iako Komisija nije dokazala taj datum, može razumno smatrati, na temelju elemenata koje je podnijela ta institucija i s obzirom na činjenicu da je potvrdila da je sastavila te zapisnike kako bi ispunila ono što je smatrala obvezom bilježenja u smislu članka 3. Uredbe br. 773/2004, da su navedeni zapisnici sastavljeni tijekom razmjena informacija, odnosno od početka tih razmjena do kojih je većinom došlo krajem 2016.<sup>90</sup>

175. Međutim, iako je točno da su žalitelji istaknuli prigovor i protiv te točke 215. pobijane presude, taj se prigovor odnosi samo na navodno prebacivanje tereta dokazivanja, koje ni na koji način ne proizlazi iz rasuđivanja Općeg suda, koji je, suprotno tomu, smatrao da su elementi koje je podnijela Komisija dovoljni da bi se dokazalo da je većina zapisnika o ispitivanjima sastavljena prije datuma prve sporne odluke (Odluka Tute 1 od 9. veljače 2017.). Suprotno tomu, žalitelji nisu doveli u pitanje standard dokazivanja koji je primijenio Opći sud niti su se pozvali na to da je on iskrivio dokaze, što je jedini prigovor koji bi im omogućio da se pozovu na pogrešku u ocjeni tih dokaza.

<sup>90</sup> Iako taj zaključak jasnije proizlazi iz točke 216. pobijane presude, koja se ipak temelji na dokazu koji je Komisija nepravodobno podnijela i koji je Opći sud proglasio nedopuštenim, prema mojem mišljenju, on već dovoljno proizlazi iz točke 215. te presude.

176. U slučaju da Sud odluči ispitati meritum dijela koji se analizira, smatram da je to osnovano.

177. U tom pogledu, valja podsjetiti na to da je cilj Komisijinih pretraga poduzetnikâ prikupljanje potrebne dokumentacije kako bi provjerila postojanje i doseg određene činjenične i pravne situacije u pogledu koje već raspolaže informacijama<sup>91</sup>. Iz toga slijedi da Komisija prije donošenja odluke o pretrazi treba raspolagati ozbiljnim elementima i materijalnim indicijama koji su je naveli na sumnju o postojanju povrede za koju je osumnjičen poduzetnik u pogledu kojeg se provodi pretraga<sup>92</sup>. Osim toga, raspolaganje takvim elementima i indicijama treba se iscrpno prikazati u odluci kojom se nalaže pretraga<sup>93</sup>.

178. Iz prethodno navedenog proizlazi da je, kako bi dokazala prethodno postojanje indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi u odnosu na datum donošenja te odluke, na Komisiji da dokaže da je na taj datum stvarno raspolagala izvorom informacija na temelju kojih opravdava pretragu, ali i da je konkretno mogla ocijeniti, s jedne strane, jesu li i u kojoj mjeri te informacije omogućile da se iznesu pretpostavke o postojanju povrede i da se utvrde njezini ključni elementi kako bi se ograničilo područje pretrage i elementi koji se istražuju tijekom pretrage te, s druge strane, jesu li te indicije ozbiljne.

179. Drugim riječima, prethodno postojanje indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi u odnosu na datum donošenja te odluke ne podrazumijeva samo Komisijino „raspolaganje” informacijama. To je razlog zbog kojeg, prema mojem mišljenju, pretpostavka koja proizlazi iz sudske prakse u pogledu odluka o oslobađanju odnosno smanjenju kazne navedena u točki 209. pobijane presude, prema kojoj to što Komisija posjeduje neku informaciju znači isto kao da je ona upoznata s njezinim sadržajem, nije primjenjiva na odluke o pretragama, tako da se, suprotno onomu što je smatrao Opći sud, ta sudska praksa ne može primijeniti u tom području.

180. Osim toga, kako bi omogućila sudski nadzor neproizvoljnog zadiranja u privatni život predmetnog poduzetnika koji pretraga podrazumijeva, Komisija treba dokazati da se odluka kojom se nalaže pretraga temelji na dovoljno ozbiljnim indicijama koje je konkretno mogla ocijeniti i da je područje provjera utvrđeno tom odlukom ograničeno na povredu na koju Komisija može sumnjati na temelju tih indicija.

181. Međutim, prema mojem mišljenju, takav je dokaz, u pogledu informacija koje su proizašle iz usmenih izjava trećih osoba i koje se nisu zabilježile na temelju članka 3. Uredbe br. 773/2004, može podnijeti samo ako se dostavi prijepis ili detaljan zapisnik o njihovom sadržaju. Stoga sam sklon smatrati da je relevantan datum koji treba uzeti u obzir kako bi se utvrdilo prethodno postojanje indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi u odnosu na datum te odluke, kad je riječ o indicijama koje su proizašle iz takvih izjava, datum na koji je sastavljen prijepis ili zapisnik o razmjenama informacija između Komisije i dotične osobe ili dotičnih osoba, prilikom kojih su prikupljene te izjave.

182. Dodajem da zahtjev donošenja odluka o pretrazi brzo nakon prosljeđivanja informacija o mogućim povredama kako bi se smanjio rizik od curenja informacija i prikrivanja dokaza, koji je Opći sud istaknuo u točki 210. pobijane presude, prema mojem mišljenju, ne može dovesti do uspostave općeg pravila koje je primjenjivo u svim slučajevima, prema kojem je za utvrđenje

<sup>91</sup> Vidjeti presudu od 26. lipnja 1980., *National Panasonic/Komisija* (136/79, EU:C:1980:169, t. 13. i 21).

<sup>92</sup> Vidjeti presudu *Roquette Frères*, t. 99.; presudu Općeg suda *Deutsche Bahn*, t. 172. i presudu od 27. studenoga 2014., *Alstom Grid/Komisija* (T-521/09, EU:T:2014:1000, t. 53.).

<sup>93</sup> Vidjeti osobito presudu od 20. lipnja 2018., *České dráhy/Komisija* (T-621/16, neobjavljena, EU:T:2018:367, t. 85. i navedenu sudsku praksu).

prethodnog postojanja indicija na kojima se temelji odluka o pretrazi relevantan samo datum na koji je Komisija dobila usmene izjave iz kojih su proizašle te indicije. Naime, iako, naravno, razumijem takav zahtjev, smatram da on ne može opravdati nepostojanje bilo kakvog pisanog traga o ispitivanjima trećih osoba koja je provela Komisija, zbog nedostatka mjera formalnog bilježenja tih ispitivanja, osobito u slučajevima kao što je ovaj, u kojem su se predmetna ispitivanja odvijala nekoliko tjedana ili čak nekoliko mjeseci, čime se Komisiji stoga ostavilo vrijeme za sastavljanje zapisnikâ usporedno s prikupljanjem izjava dobavljača.

183. Suprotno tomu, iako smatram da barem jedan zapisnik o ispitivanjima na koja se Komisija oslanja kako bi opravdala odluku o pretrazi treba, koliko je to moguće, uložiti u spis prije datuma donošenja odluke o pretrazi<sup>94</sup>, prema mojem mišljenju, zahtjevi žurnosti mogu opravdati Komisijino odstupanje od tog pravila u konkretnom slučaju.

184. S obzirom na sva prethodna razmatranja, smatram da, u slučaju da Sud odluči meritorno ocijeniti četvrti dio četvrtog žalbenog razloga, taj dio treba proglasiti osnovanim.

### ***E. Peti žalbeni razlog***

185. Svojim petim žalbenim razlogom, koji se temelji na nedostatku u obrazloženju koji je posljedica nepostojanja nadzora dokazne vrijednosti indicija i pogreške u kvalifikaciji „indicije”, žalitelji osporavaju točke 220. do 232., 253. i 254. pobijane presude.

186. Kao prvo, prigovaraju Općem sudu da nije proveo, kao što su to zatražili i kao što se to zahtijeva člancima 6. i 8. EKLJP-a, nadzor *in concreto* mjere u kojoj višestruke nepravilnosti, koje su istaknuli i koje sadržavaju elementi koje je podnijela Komisija, utječu na vjerodostojnost, a time i na dokaznu vrijednost tih elemenata.

187. U tom pogledu valja utvrditi da je Opći sud u točkama 224. do 232. pobijane presude proveo takav nadzor time što je uzastopno ocijenio vjerodostojnost i dokaznu vrijednost izjava dobavljača navedenih u zapisnicima o ispitivanjima (točka 225.), poruke elektroničke pošte od 22. studenoga 2016. koju je poslao glavni direktor udruženja dobavljača, u kojoj se navode razmjene i odnosi među velikim distribucijskim lancima, osobito unutar velikih udruženja distributera (u daljnjem tekstu: poruka elektroničke pošte direktora udruženja N, točka 226.) te zapisnika o ispitivanjima koje je sastavila Komisija (točka 229.). Osim toga, u istim točkama obrazloženja pobijane presude, Opći sud je ispitao i odbio sve argumente koje su iznijeli žalitelji kako bi doveli u pitanje vjerodostojnost ili dokaznu vrijednost tih različitih elemenata, kao i njihovu kvalifikaciju kao „indicija”.

188. Prema mojem mišljenju, u tim uvjetima, taj prvi prigovor iz petog žalbenog razloga ne može se prihvatiti.

189. Kao drugo, žalitelji prigovaraju Općem sudu da je u točkama 253. i 254. pobijane presude kao „ozbiljne materijalne indicije” kvalificirao „nejasne i hipotetske” izjave iz kojih je samo izveo postojanje istovjetnosti i činjenicu da „nijedan dobavljač ne navodi da smatra da nije vjerojatn[o]” da postoji razmjena informacija. Međutim, nepostojanje izjava kojima se nijeće vjerojatnost zabranjenog sporazuma ne može predstavljati ozbiljnu materijalnu indiciju njegova postojanja.

<sup>94</sup> Iako je točno da se u presudi Roquette Frères ne razmatra pitanje u kojem se trenutku može smatrati da Komisija raspolaže indicijama koje je prikupila i na kojima se temelji odluka o pretrazi, iz točke 61. te presude ipak proizlazi da je pravilo da se takve indicije trebaju nalaziti u njezinu spisu prije donošenja te odluke.

190. Kao i Komisija, smatram da žalitelji tim argumentima, koji su, osim toga, svedeni na osporavanja izdvojenih odlomaka pobijane presude koji se navode izvan njihova konteksta, zapravo nastoje dovesti u pitanje ocjenu Općeg suda u pogledu dokaza koji su mu podneseni, a da pritom ne utvrđuju niti uostalom ističu iskrivljavanje tih dokaza.

191. Stoga, prema mojem mišljenju, taj drugi prigovor iz petog žalbenog razloga treba proglasiti nedopuštenim. Žalitelji u svojoj replici tvrde da navedenim prigovorom nastoje osporiti pravnu kvalifikaciju činjenica koju je utvrdio Opći sud, a ne njegovu ocjenu.

192. U tom pogledu, samo ću istaknuti da je Opći sud u točkama 253. i 254. pobijane presude iznio podredno rasuđivanje, kao što to potvrđuje upotreba izraza „[š]toviše” na početku točke 252. te presude.

193. Naime, Opći sud je u točkama 248. do 251. te presude, nakon što je analizirao informacije koje su proizašle iz ispitivanjâ dobavljača, navedene u zapisnicima koje je sastavila Komisija, zaključio da te informacije predstavljaju dovoljno ozbiljne indicije o postojanju istovjetnosti u ponašanjima između dvaju međunarodnih saveza distributera, odnosno ICDC-a i AgeCorea (čiji je član bio Intermarché), koju obilježavaju istodobnost i sličnost njihovih zahtjeva za popuste dobavljačima.

194. U točki 252. pobijane presude, Opći sud istaknuo je da Komisija „nije samo prosljedila indicije o tom prvom elementu koji čini usklađeno djelovanje, odnosno istovjetnosti ponašanja na tržištu, na temelju kojeg se uostalom u određenim uvjetima može pretpostaviti postojanje drugog elementa koji čini usklađeno djelovanje, odnosno dogovor”, nego je i podnijela „indicije o postojanju takvog dogovora koji je u ovom slučaju uključivao razmjene informacija, koje se, kad ih se razmatra zajedno, također mogu smatrati dovoljno ozbiljnim”. Međutim, upravo se na ocjenu dovoljne ozbiljnosti takvih indicija odnose, *ad abundantiam*, točke 253. i 254. pobijane presude koje žalitelji osporavaju.

195. Osim toga, Opći sud je u točkama 256. do 258. te presude također istaknuo da izjave dobavljača koje se odnose na razmjene informacija između distributera u pogledu popusta potvrđuju „informacije o kanalima kojima su se te razmjene odvijale”, koje su proizašle iz izjava nekoliko dobavljača i iz poruke elektroničke pošte direktora udruženja N.

196. Iz toga slijedi da, pod pretpostavkom da žalitelji drugim prigovorom iz svojeg petog žalbenog razloga prigovaraju Općem sudu da je počinio pogrešku u pravnoj kvalifikaciji, taj prigovor treba proglasiti bespredmetnim.

197. Na temelju svih prethodnih razmatranja, smatram da je peti žalbeni razlog djelomično neosnovan i djelomično nedopušten ili bespredmetan.

#### ***F. Posljedice pogreške koju je počinio Opći sud***

198. Iz analize trećeg žalbenog razloga proizlazi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je zaključio da indicije koje su proizašle iz ispitivanjâ dobavljača ne treba odbiti zato što su zahvaćene formalnom nepravilnosti uz obrazloženje da se nije poštovala obveza bilježenja predviđena člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

199. Što se tiče posljedica koje treba izvesti iz takve pogreške, valja podsjetiti na to da, prema ustaljenoj sudskoj praksi Suda, ako obrazloženje odluke Općeg suda upućuje na povredu prava Unije, ali je izreka osnovana iz drugih pravnih razloga, takva povreda ne može dovesti do poništenja te odluke i stoga je obrazloženje potrebno zamijeniti novim<sup>95</sup>.

200. Međutim, ističem da je Opći sud, kao što to proizlazi iz točke 206. pobijane presude, s obzirom na to da je odbio argumente žalitelja koji se temelje na nepoštovanju obveze bilježenja ispitivanja dobavljača, smatrao da nije potrebno odlučiti o Komisijinoj tvrdnji prema kojoj zapisnici o tim ispitivanjima predstavljaju bilježenja koja su u skladu s člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i člankom 3. Uredbe br. 773/2004.

201. Stoga valja ispitati tu tvrdnju. Naime, ako se ona pokaže osnovanom, pobijani dio izreke presude Općeg suda mogao bi se zadržati na temelju razloga različitih od onih koji sadržavaju pogreške<sup>96</sup>.

202. Komisija je pred Općim sudom tvrdila da je ispunila svoju obvezu bilježenja izjava 13 ispitanih dobavljača time što je sastavila i u spis uložila duge i detaljne zapisnike koji vjerno odražavaju sadržaj tih izjava. Prema njezinu mišljenju, detaljni zapisnik uložen u spis jedan je od „oblika” bilježenja, kao što su to i audio ili audiovizualni zapis ili doslovni prijepis, čiji je odabir člankom 3. stavkom 3. Uredbe br. 773/2004 prepušten Komisiji. Tvrdila je i da, čak i pod pretpostavkom da nije ispunila svoju obvezu bilježenja, izjave 13 ispitanih dobavljača u svakom slučaju predstavljaju indicije.

203. U tom pogledu, smatram da, iako se ne može isključiti da detaljan zapisnik koji je sastavila Komisija nakon ispitivanja provedenog na temelju članka 19. Uredbe br. 1/2003 i koji je uložen u spis može ispuniti zahtjeve u pogledu oblika iz članka 3. Uredbe br. 773/2004, to nikako ne može biti slučaj kad osoba koja je dala izjave nije primila primjerak tog zapisnika i kad joj se stoga nije omogućilo da potvrdi njegov sadržaj ili da, po potrebi, ispravi svoje izjave. Drukčije tumačenje bilo bi protivno samom tekstu članka 3. stavka 3. Uredbe br. 773/2004, kojim se predviđa da se „[k]opija svakog zapisa stavlja [...] na raspolaganje takvoj osobi radi odobrenja” i da, po potrebi, Komisija određuje „rok u kojem ta osoba može dostaviti moguće ispravke iskaza”.

204. Prema mojem mišljenju, drukčije tumačenje ne može se neizravno izvesti iz točke 92. presude Intel, u kojoj je Sud ispitao može li se smatrati da se dostavom inkriminiranom poduzetniku Komisijine interne bilješke kojom se ukratko sažima sadržaj tema o kojima se raspravljalo na spornom ispitivanju ispravilo nepostojanje formalnog bilježenja takvih razmjena. Naime, u toj točki, s jedne strane, Sud nije razmotrio pitanje može li ta bilješka predstavljati formalno bilježenje na temelju članka 3. stavka 3. Uredbe br. 773/2004, nego samo pitanje može li navedena bilješka ispraviti povredu odredbi tog članka u vezi s člankom 19. Uredbe br. 1/2003. S druge strane, samo je istaknuo da predmetna bilješka ne sadržava nikakvu naznaku u pogledu sadržaja rasprava koje su se održale na tom ispitivanju i u pogledu prirode informacija koje je pružila ispitana osoba te da stoga nije bilo moguće, neovisno o bilo kojem drugom čimbeniku, pružiti predmetnom poduzetniku elemente koji su potrebni da bi ostvario svoja prava obrane. Osim toga, iz točaka 95. i 96. presude Intel proizlazi da se Komisija nije oslonila na predmetnu bilješku kako bi dokazala povredu i da se samo postavilo pitanje jesu li izjave koje su dane tijekom spornog ispitivanja sadržavale elemente koji su korisni obrani.

<sup>95</sup> Vidjeti presudu Intel, t. 94.

<sup>96</sup> Smatram da Sud u okolnostima ovog predmeta može, po potrebi, zamijeniti obrazloženje novim, čak i ako to podrazumijeva ispitivanje argumenta o kojem Opći sud nije odlučio.

205. Naposljetku, smatram, u skladu s onim što sam već naveo u točki 143. ovog mišljenja, da nepoštovanje odredbi u području bilježenja podrazumijeva neupotrebljivost informacija koje je Komisija dobila tijekom nepropisno zabilježenih ispitivanja u svrhu donošenja odluke o pretrazi.

### **G. Zaključak o žalbi**

206. Na temelju svih prethodnih razmatranja, predlažem Sudu da prihvati žalbu i da ukine točku 2. izreke pobijane presude.

### **V. O tužbi**

207. Iz razloga navedenih osobito u točkama 144. do 163. i 202. do 205. ovog mišljenja, smatram da je osnovan prigovor koji su žalitelji istaknuli pred Općim sudom i koji se temelji na Komisijinu nepoštovanju obveze bilježenja predviđene člankom 19. Uredbe br. 1/2003 i članka 3. Uredbe br. 773/2004 te da zbog toga indicije koje su proizašle iz ispitivanjâ dobavljača treba odbaciti jer su zahvaćene formalnom nepravilnosti.

208. Doista, iz spisa proizlazi da su informacije koje su proizašle iz tih ispitivanja predstavljale ključni element indicija na kojima se temelje sporne odluke, pri čemu poruka elektroničke pošte direktora udruženja N, čija je dokazna vrijednost, osim toga, ograničena činjenicom da sadržava samo zabilježene izjave koje ne upućuju na osobno i izravno poznavanje predmetnih poslovnih odnosa, te njezini prilozi samo nadopunjuju te informacije.

209. U tim okolnostima, prema mojem mišljenju, valja zaključiti da Komisija na datum donošenja spornih odluka nije raspolagala dovoljno ozbiljnim indicijama koje opravdavaju pretpostavke navedene u članku 1. točki (a) spornih odluka i da te odluke treba poništiti u cijelosti.

### **VI. Zaključak**

210. Na temelju svih prethodnih razmatranja, predlažem Sudu da:

- ukine točku 2. izreke pobijane presude,
- poništi Odluku Komisije C(2017) 1057 *final* od 9. veljače 2017., kojom se Intermarchéu i svim društvima koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom nalaže da dopuste provođenje pretrage u skladu s člankom 20. stavcima 1. i 4. 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] (predmet AT.40466 – Tute 1) i Odluku Komisije C(2017) 1361 *final* od 21. veljače 2017., kojom se društvu Les Mousquetaires i svim društvima koja su izravno ili neizravno pod njegovim nadzorom nalaže da dopuste provođenje pretrage u skladu s člankom 20. stavcima 1. i 4. Uredbe br. 1/2003 (predmet AT.40466 – Tute 1),
- naloži Europskoj komisiji snošenje troškova, uključujući troškove postupka pred Općim sudom, te
- odluči da će Vijeće Europske unije snositi vlastite troškove.