



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 25. lipnja 2015.¹

Predmet C-373/14 P

**Toshiba Corporation
protiv**

Europske komisije

„Žalba – Zabranjeni sporazumi – Tržište energetske transformatora – Usmeni sporazum o podjeli tržišta („Gentlemen’s agreement”) – Pojam ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj – Kriterij javnog distanciranja – Točka 18. Smjernica iz 2006.“

1. Ovom žalbom društvo Toshiba Corporation traži ukidanje presude Općeg suda Europske unije Toshiba/Komisija (T-519/09, EU:T:2014:263, u daljnjem tekstu: pobijana presuda), kojom je Opći sud odbio njegovu tužbu za poništenje Odluke Komisije C (2009) 7601 *final* od 7. listopada 2009. o postupku primjene članka 81. UEZ-a (COMP/39.129 – Energetski transformatori, u daljnjem tekstu: sporna odluka).

2. Od Suda se u žalbenom postupku ponovno traži da razmotri pojam ograničenja tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj“ u smislu članka 81. stavka 1. UEZ-a (koji je postao članak 101. stavak 1. UFEU-a) te, konkretno, da navede elemente analize koji su potrebni za utvrđivanje uvjeta u kojima neka praksa može predstavljati takvo ograničenje.

3. Pojam „javnog distanciranja“ i točka 18. Smjernica o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003² (u daljnjem tekstu: Smjernice iz 2006.) također su u središtu ovog postupka.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL 2006., C 210, str. 2. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58.)

I – Pravni okvir

A – Pravo Unije

1. Ugovor o funkcioniranju Europske unije

4. U skladu s člankom 101. stavkom 1. UFEU-a:

„Budući da su nespojivi s unutarnjim tržištem, zabranjuju se: svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničivanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu, a osobito oni kojima se:

- (a) neposredno ili posredno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti;
- (b) ograničuju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja;
- (c) vrši podjela tržišta ili izvora nabave;
- (d) primjenjuju nejednaki uvjeti na istovrsne poslove s ostalim trgovinskim partnerima, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenciju;
- (e) sklapanje ugovorâ uvjetuje preuzimanjem dodatnih obveza od strane drugih stranaka koje, po svojoj naravi ili prema običajima u trgovini, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.“

2. Smjernice iz 2006.

5. U skladu s točkom 13. Smjernica iz 2006.:

„U određivanju osnovnog iznosa kazne koju će nametnuti, Komisija će upotrijebiti vrijednost prihoda od prodaje robe ili usluga tog poduzetnika na koju se povreda izravno ili neizravno odnosi u odgovarajućem zemljopisnom području unutar Europskoga gospodarskog prostora. Komisija će u pravilu uzeti u obzir prihode od prodaje koje je taj poduzetnik ostvario tijekom posljednje pune poslovne godine svoga sudjelovanja u povredi [...]“.

6. Međutim, točka 18. Smjernica iz 2006. odstupa od tog pravila kad propisuje:

„Ako zemljopisni opseg povreda premašuje granice [EGP-a] (npr. u slučaju svjetskih kartela), mjerodavni prihodi od prodaje takvih poduzetnika unutar Europskoga gospodarskog prostora ne moraju primjereno odražavati težinu svakog poduzetnika u povredi. To poglavito može biti slučaj kod sporazuma o podjeli tržišta na svjetskoj razini.

U takvim okolnostima, kako bi odrazila i ukupnu visinu mjerodavnih prihoda od prodaje unutar Europskoga gospodarskog prostora i relativnu težinu svakog poduzetnika u povredi, Komisija može ocijeniti ukupnu vrijednost prihoda od prodaje robe ili usluga na koje se povreda odnosi na mjerodavnom zemljopisnom području (širem od Europskoga gospodarskog prostora), može odrediti udio prihoda od prodaje svakog poduzetnika koji je sudjelovao u povredi na tom tržištu te može primijeniti taj udio na ukupnu vrijednost prihoda od prodaje tih poduzetnika unutar Europskoga gospodarskog prostora. Rezultat se koristi kao vrijednost prihoda od prodaje za utvrđivanje osnovnog iznosa novčane kazne.“

7. Naposljetku, u točki 37. Smjernica iz 2006. pojašnjeno je da, „[u]natoč tome što ove Smjernice daju opću metodologiju za utvrđivanje kazni, pojedinosti danog slučaja ili potreba za postizanjem preventivnog učinka u pojedinom slučaju mogu opravdati odstupanje od takve metodologije ili od ograničenja navedenih u točki 21.“

II – Okolnosti spora

8. Sektor na koji se odnosi ovaj predmet je sektor energetske transformatora, autotransformatora i paralelnih prigušnica s naponskim rasponom od 380 kV ili većim. Energetski transformatori su bitni električni dijelovi čija je funkcija smanjivanje ili povećanje napona u strujnom krugu.

9. Toshiba Corporation (u daljnjem tekstu: Toshiba) japansko je društvo koje uglavnom djeluje u trima područjima: digitalni proizvodi, elektronički uređaji i komponente kao i infrastrukturni sustavi.

10. Što se tiče djelatnosti tog društva u predmetnom sektoru, valja razlikovati dvije faze tijekom razdoblja koje je Komisija uzela u obzir u svojoj istrazi (od 9. lipnja 1999. do 15. svibnja 2003., u daljnjem tekstu: relevantno razdoblje). Između 9. lipnja 1999. i 30. rujna 2002. društvo Toshiba djelovalo je preko svojeg društva kćeri Power System Co. Od 1. listopada 2002. u izvršavanju djelatnosti žalitelja posredovao je TM T&D, zajednički pothvat između društava Toshiba i Mitsubishi Electric u kojem su ta dva poduzetnika ujedinila svoju proizvodnju energetske transformatora.

11. Komisija je 30. rujna 2008. odlučila pokrenuti postupak u pogledu tržišta energetske transformatora. Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku donesena je 20. studenoga 2008. Društvo Toshiba na nju je odgovorilo 19. siječnja 2009. Rasprava je održana 17. veljače 2009.

12. Komisija je u spornoj odluci utvrdila da je društvo Toshiba tijekom cijelog relevantnog razdoblja sudjelovalo u nezakonitom zabranjenom sporazumu koji obuhvaća cijelo područje EGP-a i Japan. Zabranjeni sporazum sastojao se od usmeno sklopljenog sporazuma između europskih i japanskih proizvođača energetske transformatora čiji je predmet bio poštovanje unutarnjih tržišta svake od tih dviju skupina proizvođača transformatora suzdržavanjem od prodaje na njima (u daljnjem tekstu: *gentlemen's agreement*).

13. Komisija je taj *gentlemen's agreement* kvalificirala kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj.

14. U točkama 165. do 169. sporne odluke Komisija je ispitala argument određenih poduzetnika iz predmetnog postupka da taj zabranjeni sporazum nije utjecao na tržišno natjecanje jer japanski i europski proizvođači nisu bili konkurenti zbog nesavladivih prepreka za ulazak na tržište EGP-a. U tom je pogledu u biti tvrdila da je korejski proizvođač Hyundai nedavno ušao na europsko tržište energetske transformatora i da su japanski poduzetnici zabilježili značajne prihode od prodaje u SAD-u. Međutim, ti poduzetnici nisu uspjeli dokazati da su prepreke ulasku na američko tržište vrlo različite od prepreka ulasku na europsko tržište.

15. Što se tiče organizacije *gentlemen's agreementa*, Komisija je istaknula da je svaka skupina proizvođača morala imenovati poduzetnika tajnika. Također je utvrdila da je sporazum o podjeli tržišta bio dopunjen drugim sporazumom o obavješćivanju tajnika jedne od skupina o pozivima na dostavu ponuda s područja druge skupine i to radi njihove raspodjele.

16. Osim toga, Komisija je smatrala da su se poduzetnici tijekom relevantnog razdoblja sastajali jednom ili dvaput godišnje, a sastanci su se održali od 9. do 11. lipnja 1999. u Malagi, 29. svibnja 2000. u Singapuru, od 29. listopada do 1. studenoga 2000. u Barceloni, 29. i 30. svibnja 2001. u Lisabonu, 18. i 19. veljače 2002. u Tokiju, 26. i 27. rujna 2002. u Beču (u daljnjem tekstu: sastanak u Beču) i 15. i 16. svibnja 2003. u Zürichu (u daljnjem tekstu: sastanak u Zürichu). Prema mišljenju Komisije, ti su sastanci osobito služili potvrđivanju *gentlemen's agreementa*.

17. S obzirom na sva ta razmatranja, Komisija je utvrdila da je društvo Toshiba povrijedilo članak 81. UEZ-a i članak 53. Sporazuma o EGP-u. Stoga mu je izrekla novčanu kaznu u iznosu od 13,2 milijuna eura. Sporna odluka nije se odnosila na TM T&D i Mitsubishi Electric.

III – Postupak pred Općim sudom i pobijana presuda

18. Tužbom podnesenom tajništvu Općeg suda 23. prosinca 2009., Toshiba je pokrenula postupak za poništenje sporne odluke pozivajući se na četiri tužbena razloga. Ova se žalba odnosi samo na razmatranja Općeg suda u odgovoru na tri tužbena razloga koji su pred njime istaknuti.

19. Što se tiče ispitivanja drugog tužbenog razloga koji se odnosi osobito na postojanje ograničenja tržišnog natjecanja, Opći sud je presudio, kao prvo, da je Komisija pravilno kvalificirala *gentlemen's agreement* kao praksu čiji je cilj ograničenje tržišnog natjecanja i da, prema tome, nije potrebno dokazati njezine protutržišne učinke.

20. Kao drugo, Opći sud je analizirao argument društva Toshiba da *gentlemen's agreement* unatoč svojoj naravi nije mogao ograničiti tržišno natjecanje jer japanski proizvođači nisu bili konkurenti europskim poduzetnicima na tržištu EGP-a. U tom je pogledu Opći sud istaknuo da pitanje je li cilj zabranjenog sporazuma bio spriječiti, ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje treba ispitati ne samo s obzirom na sadržaj sporazuma nego i na gospodarski kontekst u koji je smješten i da je, uzimajući u obzir činjenicu da se člankom 101. UFEU-a ne štiti samo učinkovito tržišno natjecanje, nego i potencijalno tržišno natjecanje, sporazum kao što je *gentlemen's agreement* mogao ograničiti tržišno natjecanje, stvarno ili potencijalno, osim ako su postojale nesavladive prepreke ulasku na europsko tržište, čime bi se isključilo svako tržišno natjecanje japanskih proizvođača.

21. Kako bi utvrdio jesu li prepreke ulasku u ovom predmetu bile nesavladive, Opći sud je istaknuo, kao prvo, da se već samo postojanje *gentlemen's agreementa* može smatrati snažnom naznakom postojanja konkurentskog odnosa između japanskih i europskih proizvođača.

22. Nadalje, Opći sud je utvrdio, pozivajući se na točke 91. do 98. sporne odluke, da je japanski proizvođač Hitachi prihvatio projekte koji su potjecali od europskih klijenata. Osim toga, istaknuo je da je društvo Hitachi u dopisu od 30. ožujka 2009. upućenom Komisiji tijekom upravnog postupka (u daljnjem tekstu: dopis društva Hitachi) izmijenilo svoje tvrdnje te izjavilo da prihvaća zaključke Komisije o postojanju i opsegu *gentlemen's agreementa*, kao što su izneseni u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama.

23. Što se tiče trećeg tužbenog razloga koji se, među ostalim, odnosi na navodno distanciranje društva Toshiba od zabranjenog sporazuma, Opći sud najprije je podsjetio da, kada poduzetnik sudjeluje makar i pasivno na sastancima koji imaju protutržišni cilj i ne distancira se javno od njihova sadržaja, navodeći tako druge poduzetnike na pretpostavku da je stranka zabranjenog sporazuma proizašlog iz navedenih sastanaka, može se smatrati da je sudjelovao u predmetnom zabranjenom sporazumu.

24. Nadalje, Opći sud je priznao da su dostupni dokumenti mogli potaknuti sumnju da je društvo Toshiba nakon sastanka u Beču sudjelovalo u *gentlemen's agreementu*, ali je smatrao da ti isti dokumenti ne mogu dokazati da se društvo Toshiba distanciralo od *gentlemen's agreementa* već na tom sastanku.

25. Naime, kao što je iz tih dokumenata proizašlo da su poduzetnici koji su sudjelovali na sastanku u Beču potvrdili nezakoniti zabranjeni sporazum i njime predviđena pravila o obavješćivanju o projektima, iz toga je, prema mišljenju Općeg suda, proizašlo da su stranke zabranjenog sporazuma, uključujući društvo Toshiba, htjele produljiti taj sporazum barem do sljedećeg sastanka.

26. Što se tiče argumenata koji se odnose na sudjelovanje društva Toshiba u zabranjenom sporazumu do sastanka u Zürichu kao i navodnog nedostatka protutržišnog cilja tog sastanka, Opći sud ih je smatrao bespredmetnima jer nisu mogli dovesti u pitanje zaključak Komisije da je društvo Toshiba sudjelovalo u *gentlemen's agreementu* do 15. svibnja 2003.

27. Osim toga, utvrdio je da društvo Toshiba nije moglo tvrditi da je osnivanjem TM T&D prestalo sudjelovati u zabranjenom sporazumu. Naime, žalitelj se nije javno distancirao od zabranjenog sporazuma te nije obavijestio druge stranke da taj zajednički pothvat neće sudjelovati u njemu.

28. Što se tiče četvrtog tužbenog razloga koji se odnosi na izračun novčane kazne, Opći sud je smatrao da je Komisija pravilno primijenila metodologiju predviđenu točkom 18. Smjernica iz 2006. i da se stoga ne može prihvatiti tvrdnja da su se za izračun novčane kazne u obzir trebali uzeti samo prihodi od prodaje u Japanu i EGP-u. U tom je pogledu Opći sud u biti utvrdio da pozivanje Komisije na udjele na svjetskom tržištu omogućuje uzimanje u obzir činjenice da se svjetski konkurentski potencijal predmetnih poduzetnika nije upotrijebio za osvajanje tržišta EGP-a.

29. Osim toga, prema mišljenju Općeg suda, Komisija se pravilno oslonila na pretpostavku da bi, u nedostatku *gentlemen's agreementa*, tržišni udjeli japanskih proizvođača u EGP-u bili jednaki onima koje su držali na svjetskom tržištu.

30. Što se tiče, konkretno, proporcionalnosti novčane kazne, Opći sud je smatrao da ne bi bilo primjereno uzeti u obzir stvarne prihode od prodaje japanskih proizvođača u EGP-u jer bi se time, u ovom slučaju, nagradilo društvo Toshiba za poštovanje odredbi *gentlemen's agreementa*. Osim toga, što se tiče sporazuma o podjeli tržišta među poduzetnicima koji međusobno konkuriraju na svjetskoj razini, Opći sud je utvrdio da metodologija kojom se uzimaju u obzir udjeli na svjetskom tržištu pruža prikladniju sliku o sposobnosti tih poduzetnika da ozbiljno naštetite drugim subjektima na europskom tržištu te daje podatak o njihovom doprinosu djelotvornosti zabranjenog sporazuma u cjelini ili, suprotno tome, nestabilnosti koja bi vladala u okviru zabranjenog sporazuma da oni u njemu nisu sudjelovali. Naposljetku, Opći sud je smatrao da takav pristup omogućuje uzimanje u obzir eventualnih prepreka ulasku koje mogu postojati u različitim segmentima svjetskog tržišta.

IV – Zahtjevi stranaka i postupak pred Sudom

31. Toshiba od Suda zahtijeva da:

- ukine pobijanu presudu, u dijelu u kojem je njome odbijen zahtjev društva Toshiba za poništenje članaka 1. i 2. sporne odluke, kao i da poništi navedenu odluku;
- podredno, vrati predmet na ponovno suđenje Općem sudu kako bi odlučio o pravnim pitanjima u skladu s presudom Suda;
- naloži Komisiji snošenje troškova prvostupanjskog i žalbenog postupka.

32. U prilog svojoj žalbi društvo Toshiba iznosi četiri žalbena razloga.

33. Prvim žalbenim razlogom društvo Toshiba tvrdi da je Opći sud primijenio pogrešan pravni kriterij time što je smatrao da su japanski proizvođači energetskih transformatora potencijalni konkurenti na tržištu EGP-a zbog toga što prepreke ulasku na tržište EGP-a nisu bile nesavladive i zbog samog postojanja *gentlemen's agreementa*. Prema mišljenju društva Toshiba, Opći sud je trebao provjeriti jesu li japanski proizvođači imali stvarne i konkretne mogućnosti ulaska na tržište EGP-a i je li taj ulazak mogao biti ekonomski održiva strategija. U nedostatku potencijalnog tržišnog natjecanja između japanskih i europskih proizvođača, *gentlemen's agreementom* nije se mogao povrijediti članak 81. UEZ-a i Komisija nije bila nadležna za vođenje postupka. Prema tome bi se, u pogledu društva Toshiba, pobijana presuda trebala ukinuti, a sporna odluka poništiti.

34. Drugim žalbenim razlogom društvo Toshiba tvrdi da je Opći sud iskrivio sadržaj dopisa u kojemu je druga stranka postupka (odnosno društvo Hitachi) navela da neće osporavati zaključke Komisije. Komisija je smatrala da taj dopis zamjenjuje prethodne izjave tog poduzetnika da nije prodavao na tržištu EGP-a. Prema mišljenju društva Toshiba, radi se o iskrivljavanju dokaza na koje se oslanja Opći sud pri utvrđivanju da prepreke ulasku na tržište EGP-a nisu bile nesavladive.

35. Trećim žalbenim razlogom društvo Toshiba tvrdi da je Opći sud, time što je prigovor tog društva koji se odnosi na njegovo nesudjelovanje na sastanku u Zürichu smatrao „bespredmetnim“, dao proturječno obrazloženje i primijenio pogrešan kriterij u pogledu javnog distanciranja te tako povrijedio načelo osobne odgovornosti. Stoga bi se pobijana presuda trebala ukinuti, a sporna odluka poništiti, u dijelu u kojem se njima utvrđuje da je društvo Toshiba nastavilo sudjelovati u *gentlemen's agreementu* do svibnja 2003.

36. Četvrtim žalbenim razlogom društvo Toshiba naposljetku tvrdi da je Opći sud pogrešno protumačio točku 18. Smjernica iz 2006. za izračun novčanih kazni time što se oslonio na njegove prihode od prodaje na svjetskom tržištu kao sliku njegove težine u povredi.

37. Komisija od Suda zahtijeva da odbije žalbu i naloži društvu Toshiba snošenje troškova postupka.

V – Ocjena

A – Prvi žalbeni razlog koji se temelji na pogreškama koje se tiču prava u primjeni pojma ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj

38. Svojim prvim žalbenim razlogom društvo Toshiba tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je *gentlemen's agreement* kvalificirao kao ograničenje tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. Prema mišljenju društva Toshiba, Opći sud je trebao, da bi došao do tog utvrđenja, provjeriti predstavlja li eventualan ulazak na tržište EGP-a za japanske proizvođače ekonomski održivu strategiju. Međutim, Opći sud samo je utvrdio da se stranke može smatrati potencijalnim konkurentima zbog, s jedne strane, nepostojanja nesavladivih prepreka ulasku na tržište EGP-a i, s druge strane, zbog samog postojanja *gentlemen's agreementa*.

39. Tim se žalbenim razlogom stoga u biti ponovno postavlja pitanje utvrđivanja ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i njegovih postupovnih posljedica u pogledu dokazivanja.

1. Opća i uvodna razmatranja o utvrđivanju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj

40. Kako bi bili obuhvaćeni zabranom iz članka 101. stavka 1. UFEU-a, sporazum, odluka udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje moraju imati za „cilj ili posljedicu sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu“.

41. Razlika između ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj ili s obzirom na posljedicu stoga je svojstvena Ugovoru. Iako nije nova, valja utvrditi da je ta razlika bila u središtu nekoliko predmeta na koje se pravna teorija posljednjih godina kritički osvrnula³.

42. U tom je pogledu nesumnjivo poželjno pojasniti sudsku praksu.

a) Zaključci iz sudske prakse koji se odnose na razliku između ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na posljedicu

43. Alternativno obilježje uvjeta postojanja sporazuma ili usklađenog djelovanja koji imaju za „cilj ili posljedicu“ ograničiti tržišno natjecanje iz članka 101. stavka 1. UFEU-a utvrdio je Sud sredinom šezdesetih godina 20. stoljeća presudom LTM (56/65, EU:C:1966:38) i otad ga neprestano potvrđuje⁴.

44. Sud je najprije pojasnio da navedeni uvjet nije kumulativan, nego alternativan jer je označen veznikom „ili“, i zbog toga je potrebno prvo razmotriti sam cilj sporazuma s obzirom na gospodarski kontekst u kojem se treba primijeniti⁵.

45. Naime, učinke sporazuma treba ispitati samo u slučaju da, podredno, analiza odredbi predmetnog sporazuma ne pokazuje dovoljno visok stupanj štetnosti u pogledu tržišnog natjecanja. U tom slučaju, da bi taj sporazum bio obuhvaćen zabranom, zahtijeva se ispunjenje svih elemenata koji dokazuju da je tržišno natjecanje bilo osjetno spriječeno, ograničeno ili narušeno⁶.

46. Stoga nije potrebno uzimati u obzir stvarne učinke nekog sporazuma kada se čini da taj sporazum ima za cilj sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu⁷. Drugim riječima, nije potrebno ispitati učinke sporazuma ako je dokazan njegov protutržišni cilj⁸.

47. Kako bi se ocijenio taj protutržišni karakter, valja uzeti u obzir sadržaj odredbi sporazuma, ciljeve koji se njime žele postići te gospodarski i pravni kontekst u koji je smješten⁹. Osim toga, iako namjera stranaka ne predstavlja element nužan za utvrđivanje ograničavajućeg karaktera usklađenog djelovanja ili sporazuma, ništa ne brani Komisiji ili sudovima Unije da o tome vode računa¹⁰.

3 — Presude Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643); T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610); Football Association Premier League i dr. (C-403/08 i C-429/08, EU:C:2011:631); Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649); Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160); Siemens i dr./Komisija (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866), kao i CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204)

4 — Presude Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 15.); T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 28.), kao i GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 55.)

5 — Presude LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 15.); T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 28.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 55.), kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 33.)

6 — Presude LTM (56/65, EU:C:1966:38); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 15.); T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 28.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 55.), kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 34.)

7 — Presude Consten i Grundig/Komisija (56/64 i 58/64, EU:C:1966:41); Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 16.), kao i T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 29.)

8 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 30.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 55.), kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 34.)

9 — Presuda GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 58.). Vidjeti također, u pogledu usklađenog djelovanja, presudu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 27.).

10 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 27.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 58.); Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 37.) kao i CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 54.)

48. Dovoljno je, osim toga, da sporazum *može* proizvesti negativne učinke na tržišno natjecanje, odnosno da je konkretno moguće, s obzirom na pravni i gospodarski kontekst u koji je smješten, da spriječi, ograniči ili naruši tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu¹¹. Kao što je istaknuo nezavisni odvjetnik N. Wahl u svojem mišljenju u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), iako „standardnija ocjena do koje vodi korištenje pojma ograničenja prema cilju pretpostavlja detaljno i pojedinačno preispitivanje spornog sporazuma, [to bi preispitivanje] ipak valjalo jasno razlikovati od preispitivanja stvarnih ili potencijalnih učinaka postupanja optuženih poduzetnika“¹².

49. Naime, ta se razlika između „ograničenja s obzirom na cilj“ i „ograničenja s obzirom na posljedicu“ temelji na utvrđenju da se određeni oblici tajnih sporazuma između poduzetnika mogu smatrati po svojoj naravi štetnima za dobro funkcioniranje normalnog tržišnog natjecanja¹³.

50. Stoga je „utvrđeno da se može smatrati toliko vjerojatnim da će određena koluzivna ponašanja, koja vode do toga da karteli horizontalno određuju cijene, imati negativne učinke, osobito na cijenu, količinu ili kvalitetu proizvoda i usluga, da nije potrebno dokazivati da imaju konkretan učinak na tržište, u svrhu ocjene članka [101. stavka 1. UFEU-a]“¹⁴. Međutim, „u slučaju da analiza neke vrste koordinacije između poduzetnika ne pokaže dovoljan stupanj štetnosti za tržišno natjecanje, treba ispitati njezine posljedice i, kako bi se zabranila, zahtijevati ispunjenje svih elemenata koji dokazuju da je tržišno natjecanje bilo osjetno spriječeno, ograničeno ili narušeno“¹⁵.

51. Nije pogrešno kvalificirati tu sudsku praksu kao ustaljenu.

52. Međutim, u jednoj od najnovijih presuda među prethodno navedenima, presudi Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160), Sud je dodao nekoliko elemenata koje treba uzeti u obzir u ocjeni gospodarskog i pravnog konteksta kojima se narušava dokazni učinak razlike između „ograničenja s obzirom na cilj“ i „ograničenja s obzirom na posljedicu“.

53. Naime, prema mišljenju Suda, „[u] okviru ocjene navedenog konteksta valja također uzeti u obzir narav obuhvaćene robe ili usluga kao i stvarne uvjete funkcioniranja i strukture jednog ili više tržišta u pitanju“¹⁶. To konkretno znači da sud zadužen za procjenu rizika uklanjanja ili ozbiljnog oslabljenja tržišnog natjecanja na predmetnom tržištu „treba osobito uzeti u obzir strukturu tržišta, postojanje alternativnih kanala distribucije i njihov utjecaj kao i tržišnu snagu predmetnih društava“¹⁷.

54. U tom se pogledu slažem s utvrđenjem nezavisnog odvjetnika N. Wahla iz njegova mišljenja u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958) da se čini da je zbog tog sudskog stajališta „teško jasno razlučiti ispitivanje protutržišnog cilja od analize protutržišnih učinaka sporazuma među poduzetnicima“¹⁸. Poput njega, smatram da „granic[a] između pojmova ograničenjâ prema cilju ili prema učinku [ne smije biti nejasna i da se] korištenje tog pojma mora jasnije definirati“¹⁹. Čini mi se da ova žalba Sudu pruža novu priliku da pojasni svoju sudsku praksu; vratit ću se na to nakon što obrazložim prednosti takvog razgraničenja i zašto je ono nužno.

11 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 31.) kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 38.)

12 — Točka 40. Vidjeti također točku 44.

13 — Presude Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 17.); T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 29.) kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 35.); CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 50.) kao i Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 114.)

14 — Presuda CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 51.)

15 — *Ibidem* (t. 52.)

16 — Presuda Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 36.)

17 — *Ibidem* (t. 48.)

18 — Točka 46.

19 — Točka 52. Čini mi se da Sud nije izričito pojasnio tu razliku u presudi CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

b) Svrha razlike između ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj i ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na posljedicu

55. Nitko ne dovodi u pitanje alternativni karakter uvjeta postojanja sporazuma ili usklađenog djelovanja koji imaju za „cilj ili posljedicu“ ograničiti tržišno natjecanje, koji proizlazi iz teksta članka 101. stavka 1. UFEU-a.

56. Svrha te razlike je dokazna: u slučaju ograničenja s obzirom na cilj, nije potrebno dokazati njegove postojeće ili potencijalne protutržišne učinke da bi se primijenile odredbe u pogledu nespojivosti²⁰. Naime, utvrđenje protutržišnog cilja dovoljno je za kvalifikaciju ograničenja tržišnog natjecanja, a stoga i za osudu²¹. Ako se dokaže protutržišni cilj predmetnog sporazuma (ili usklađenog djelovanja), istraga se može prekinuti jer je povreda dokazana te nije potrebno dokazati postojeće ili potencijalne učinke navedenog sporazuma (ili usklađenog djelovanja) na tržišno natjecanje²².

57. Prema mišljenju nekih, „pretpostavka“ nezakonitosti primjenjuje se na ograničenja s obzirom na cilj²³. Međutim, upotreba tog termina dovodi do pomutnje. Kao što je nezavisna odvjetnica J. Kokott vrlo dobro objasnila u svojem mišljenju u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110), zabrana ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj ne može se tumačiti „na način da postojanje protutržišnog cilja dokazuje samo oblik pretpostavke nezakonitosti koji se u konkretnom slučaju može pobiti nedostatkom negativnih učinaka na funkcioniranje tržišta. Takvo bi tumačenje naime dovelo do nedopuštene zamjene dvaju slučajeva koji su u članku [101.] stavku 1. [UFEU-a] razdvojeni: zabrana svakog tajnog sporazuma koji ima protutržišni *cilj* s jedne strane i zabrana svakog koluzivnog djelovanja koje ima protutržišnu *posljedicu* s druge strane“²⁴.

58. Prednosti te dihotomije su poznate. Ako ga razmotrimo iz prethodno objašnjene postupovne perspektive, korištenje pojma protutržišnog cilja „poduzetnicima je nesumnjivo *izvor predvidljivosti* i stoga *pravne sigurnosti* tako što im omogućuje da se upoznaju s pravnim posljedicama (osobito što se tiče zabrana i sankcija) nekih njihovih aktivnosti [...]. Tako prepoznavanje zabranjenih sporazuma, koji za cilj imaju ograničavanje tržišnog natjecanja, također ima i *odvraćajući učinak* i pridonosi prevenciji protutržišnih postupanja. Naposljetku, *izvor* je i *ekonomičnosti postupka* jer dopušta tijelima koja su nadležna za tržišno natjecanje, u slučaju određenih oblika tajnih sporazuma, da donesu zaključak o njihovom protutržišnom utjecaju bez potrebe da provode ispitivanje, koje je često složeno i dugotrajno, o njihovim potencijalnim ili stvarnim učincima na predmetno tržište“²⁵.

20 — Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Pariz, 2013., br. 574.

21 — Prieto, C. i Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013., br. 566.

22 — Vidjeti osobito Geradin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012., br. 3-114, str. 135. i Whish, R. i Bailey, D., *Competition law*, 7. izd., Oxford University Press, 2012., str. 119. i 120. Vidjeti također Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*“, *EL Rev.*, 2013. (38), str. 542. do 551., osobito str. 543.; Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013., br. 4, str. 541. do 564., osobito str. 543.; Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences“, *Competition Law Insight*, 2013., svezak 12., str. 10. do 12., osobito str. 10.; Idot, L. i Prieto, C., „La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'objet anticoncurrentiel“, *Revue des contrats*, 2013., str. 955. do 959., osobito str. 957.

23 — Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013., br. 8; Petit, N., *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Pariz, 2013., br. 594; Bourgeois, J. H. J., „On the Internal Morality of EU Competition Law“, in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014., str. 347. do 374., osobito str. 350.; Waelbroeck, D. i Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in Bourgeois, J. i Waelbroeck, D. (ur.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013., str. 131. do 157., osobito str. 135. i 137. Vidjeti također u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika P. Cruza Villalóna u predmetu Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2012:663, t. 64.).

24 — Točka 45.

25 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 35., moje isticanje). Kao što ističu Geradin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, N., „In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny“ (Geradin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012., br. 3-118, str. 136.). O toj prednosti vidjeti također Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013., br. 4, str. 541. do 564., osobito str. 545. i Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*“, *EL Rev.*, 2013. (38), str. 542. do 551., osobito str. 547.

59. Međutim, kao što je pojasnio nezavisni odvjetnik N. Wahl u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 36.), te se prednosti manifestiraju i opravdavaju samo ako je korištenje pojma ograničenja s obzirom na cilj jasno definirano. Naime, i u tom pogledu zastupam stajalište nezavisne odvjetnice J. Kokott iz njezina mišljenja u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110), s jedne strane, treba izbjegavati preširoko tumačenje pojma sporazuma ili usklađenog djelovanja koji imaju protutržišni cilj zbog radikalnih posljedica kojima poduzetnici mogu biti izloženi u slučaju povrede članka 101. stavka 1. UFEU-a, ali, s druge strane, taj pojam ne treba tumačiti ni pretjerano usko kako se u praksi ne bi ukinula zabrana ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj propisan primarnim pravom²⁶.

60. U tom pogledu valja priznati da se presudu Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160) smatralo presudom kojom se može, ako već ne ukinuti, barem pomutiti razliku između ograničenja s obzirom na cilj i ograničenja s obzirom na posljedicu²⁷, dok je neophodno imati jasnu definiciju ograničenja s obzirom na cilj i kriterija potrebnih za njegovo utvrđivanje²⁸.

61. Naime, kao što je prethodno navedeno, Sud je u toj presudi nacionalnom sudu koji mu je postavio prethodno pitanje pojasnio da bi u okviru ocjene gospodarskog i pravnog konteksta trebao „osobito uzeti u obzir strukturu tržišta, postojanje alternativnih kanala distribucije i njihov utjecaj kao i tržišnu snagu predmetnih društava“²⁹.

62. Ipak smatram da je moguće pomiriti ustaljenu sudsku praksu Suda, koja je prethodno navedena, i tu presudu Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) Kriteriji potrebni za utvrđivanje ograničenja tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj“

63. Kao što sam podsjetio u okviru ispitivanja relevantne sudske prakse, nije potrebno ispitati učinke sporazuma ako je dokazan njegov protutržišni cilj³⁰. Međutim, prema tome, neophodno je utvrditi protutržišni cilj predmetnog sporazuma.

64. Kako bi se ocijenio taj protutržišni karakter, namjera stranaka ne predstavlja nužan element, ali se prema potrebi može uzeti u obzir³¹. Suprotno tome, valja uzeti u obzir sadržaj odredbi sporazuma, ciljeve koji se njime žele postići kao i gospodarski i pravni kontekst u koji je smješten³².

26 — Mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110, t. 46.)

27 — U pogledu te presude Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160): „[č]ini se da obrazloženje Suda *pomućuje* razliku između dvije kvalifikacije. Previše suptilnosti može naštetiti razumijevanju ne samo poduzetnika, nego i prakse odlučivanja tijela nadležnih za tržišno natjecanje i nacionalnih sudova. *Takvo širenje ograničenja s obzirom na cilj dovodi do pomutnje*. Ono može dovesti do njegovog *de facto* nestanka, što bi bio vrhunac pristupa temeljenog na posljedicama“ (Prieto, C. i Bosco, D., *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruxelles, 2013., br. 582; moje isticanje); „the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition“ (Graham, C., „Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungária*“, *EL Rev.*, 2013. (38), str. 542. do 551., osobito str. 542., *Abstract*; moje isticanje); „the Court of Justice’s judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction“ (Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013., br. 4, str. 541. do 564., osobito str. 547.; moje isticanje).

28 — Vidjeti u tom smislu Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013., br. 66: „Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object“ (moje isticanje).

29 — Presuda Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 48.)

30 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 30.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 55.) kao i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 34.)

31 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 27.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 58.); Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 37.) kao i CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 54.)

32 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 27., u pogledu usklađenog djelovanja) i GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 58.)

65. Naime, iako u okviru ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj nije potrebno dokazati protutržišne učinke, očito je ipak potrebno da predmetno ograničenje tržišnog natjecanja može imati minimalan utjecaj na tržište³³.

66. Drugim riječima, da ponovim što je rekao nezavisni odvjetnik N. Wahl u svojem mišljenju u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 41.), ispitivanje toga je li cilj ugovora ograničenje ne može se *odvojiti* od ekonomskog i pravnog konteksta s obzirom na koji su ga stranke sklopile³⁴.

67. Gospodarski i pravni kontekst trebao bi tijelu zaduženom za ispitivanje navodnog ograničenja s obzirom na cilj pomoći *razumjeti* gospodarsku funkciju i stvarno značenje sporazuma³⁵.

68. Kao što je objasnila nezavisna odvjetnica J. Kokott u svojem mišljenju u predmetu T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:110, t. 46.), uzeti u obzir gospodarski i pravni kontekst stoga znači da sporni sporazum jednostavno treba *konkretno* moći spriječiti, ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu.

69. Naime, ne smije se izgubiti iz vida da bi se prednost u smislu predvidljivosti i olakšavanja pravila o teretu dokazivanja koju sadržava utvrđivanje sporazuma koji su ograničavajući s obzirom na cilj „dovela u pitanje kada bi to utvrđivanje u konačnici ovisilo o detaljnom ispitivanju posljedica navedenog sporazuma na tržišno natjecanje, koje uvelike izlazi iz okvira detaljnog ispitivanja [navedenog] sporazuma“³⁶.

70. Međutim, površni pristup može se opravdati samo u slučaju postupanjâ, i ovdje ponovno navodim riječi nezavisnog odvjetnika N. Wahla, koja predstavljaju *rizik neraskidiv od osobito ozbiljnog štetnog učinka*³⁷, odnosno od ograničenja koja u sebi izvorno sadržavaju određeni stupanj štetnosti³⁸.

71. Taj je pristup, osim toga, u skladu sa sudskom praksom Suda prema kojoj je „temeljni kriterij za određivanje sadrži li koordinacija između poduzetnika takvo ograničenje [s obzirom na ‚cilj‘] utvrđenje da takva koordinacija predstavlja sama po sebi dovoljan stupanj štetnosti u odnosu na tržišno natjecanje“³⁹.

72. Konkretno, smatram da se na temelju iskustva stečenog u više od šezdeset godina može smatrati da pretpostavke iz članka 101. stavka 1. UFEU-a ispunjavaju zahtjev imanentne štetnosti.

33 — „[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. [...] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction“ (Whish, R., i Bailey, D., *Competition law*, 7. izdanje, Oxford University Press, 2012., str. 120.). Vidjeti također u tom smislu mišljenje nezavisnog odvjetnika J. Mazáka u predmetu Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „iako se s obzirom na prošla iskustva čini da određeni oblici sporazuma predstavljaju *prima facie* povrede s obzirom na cilj, to Komisiju ili nacionalno tijelo nadležno za tržišno natjecanje ne oslobađa od obveze provedbe pojedinačnog ispitivanja sporazuma. Smatram da takva procjena može biti prilično krnja u određenim slučajevima, primjerice kada je očito da postoji horizontalni zabranjeni sporazum čiji je cilj nadzirati proizvodnju kako bi se održale cijene, ali ne može je se u potpunosti napustiti“ (točka 27.).

34 — Kako bi objasnio svoje primjedbe, nezavisni odvjetnik N. Wahl daje rječit primjer upućivanjem na „slučaj povrede za koju se, uzimajući u obzir stečeno iskustvo, pretpostavlja da je izazvala jedno od najtežih ograničenja tržišnog natjecanja, a odnosi se na horizontalni sporazum o cijenama određene robe. [Međutim, i]ako je utvrđeno da takav zabranjeni sporazum ima načelno visok stupanj štetnosti za tržišno natjecanje, takav se zaključak ne nameće u slučaju kad su, na primjer, obuhvaćeni poduzetnici-imatelji tek neznatnog dijela dotičnog tržišta“ (mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 42.)). Vidjeti također u tom smislu Waelbroeck, D. i Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in Bourgeois, J. i Waelbroeck, D. (ur.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013., str. 131. do 157., osobito str. 135. i str. 146.

35 — Vidjeti u tom smislu Nagy, C. I., „The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?“, *World Competition*, 2013., br. 4, str. 541. do 564., osobito str. 558.

36 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 60.)

37 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, t. 55.)

38 — *Ibidem* (t. 58.)

39 — Presuda CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 57.)

73. Ako se popis iz te odredbe shvati kao „srž“ ograničenjâ tržišnog natjecanja s obzirom na cilj⁴⁰, to odgovara dvostrukoj pretpostavci koja proizlazi iz sudske prakse Suda da, s jedne strane, vrste sporazuma predviđene člankom 101. stavkom 1. UFEU-a ne čine iscrpnu listu zabranjenih tajnih dogovora⁴¹ i, da se, s druge strane, kao što je pojašnjeno, pojam ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj ne može široko tumačiti⁴².

74. Naime, u pogledu sporazuma izričito navedenih u članku 101. stavku 1. UFEU-a, nije potrebno odstupati od ustaljene sudske prakse Suda prema kojoj postojanje prihvatljivog alternativnog objašnjenja spornih postupanja (u ovom slučaju, nedostatak svakog poslovnog interesa) ne može dovesti do toga da se postave stroži zahtjevi u pogledu dokaza koje treba dostaviti⁴³. Suprotno tome, iako nije isključeno da cilj drugih vrsta sporazuma, netipičnih ili složenih, može biti sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja, njihova zabrana zahtijeva temeljitiju analizu gospodarskog i pravnog konteksta u koji su smješteni a da se u okviru te analize ipak ne proučavaju učinci sporazuma.

75. Nedavne presude Siemens i dr./Komisija (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866) i Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160) nisu proturječne te se mogu smjestiti u okvir koji predlažem.

76. U prvoj od tih presuda od Suda se osobito traži da ispita načela kojima su uređeni teret i izvođenje dokaza a koja je Opći sud primijenio u području ograničenjâ tržišnog natjecanja s obzirom na cilj. Njegova je odluka stoga sasvim relevantna za predmetni problem. Međutim, Sud nije samo smatrao da „sporazumi kojima se žele podijeliti tržišta sami po sebi imaju za cilj ograničiti tržišno natjecanje i pripadaju kategoriji sporazumâ koji su izričito zabranjeni člankom 101. stavkom 1. UFEU-a“⁴⁴, nego je, osim toga, zaključio da se „takav cilj ne može opravdati analizom gospodarskog konteksta u koji se smješta predmetno protutržišno ponašanje“⁴⁵.

77. Suprotno tome, Sud je u drugoj od tih presuda bio suočen sa situacijom koju bih ja nazvao netipičnom i koja ni u kojem slučaju nije pripadala nijednoj kategoriji iz članka 101. stavka 1. UFEU-a. Zbog te je posebnosti jasno zašto je Sud dao dva pojašnjenja o analizi gospodarskog i pravnog konteksta.

78. Sud je najprije naveo da u okviru ocjene tog konteksta valja „uzeti u obzir narav obuhvaćene robe ili usluga kao i stvarne uvjete funkcioniranja i strukture jednog ili više tržišta u pitanju“⁴⁶.

79. Zatim je nacionalnom sudu koji mu je postavio prethodno pitanje pojasnio da treba, kako bi procijenio rizik uklanjanja ili ozbiljnog oslabljenja tržišnog natjecanja, uzeti u obzir strukturu tržišta, ali i „postojanje alternativnih kanala distribucije i njihov utjecaj kao i tržišnu snagu predmetnih društava“⁴⁷.

40 — Radi se na neki način o ideji „object box“ koju zastupaju određeni autori.

41 — Presuda Beef Industry Development Society i Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, t. 23.)

42 — Presuda CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 58.). Usko tumačenje ograničenjâ s obzirom na cilj svojstveno je „pretpostavci“ nezakonitosti koju ta ograničenja uzrokuju: „The finding of ‚restriction by object‘ must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence“ (Waelbroeck, D. i Slater, D., „The scope of object vs effect under article 101 TFEU“, in Bourgeois, J. i Waelbroeck, D. (ur.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013., str. 131. do 157., osobito str. 156.).

43 — Presuda Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisija (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, t. 45.)

44 — Presuda Siemens i dr./Komisija (C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866, t. 218.). Moje isticanje.

45 — *Idem*

46 — Presuda Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 36.)

47 — *Ibidem* (t. 48.)

80. Prema mojem mišljenju, navođenje tih dodatnih kriterija koji se tiču analize učinaka sporazuma ili zabranjenog sporazuma može se objasniti isključivo posebnosću činjenica iz kojih proizlazi zahtjev za prethodnu odluku te željom Suda da sudu koji je uputio zahtjev pruži najpotpuniji mogući odgovor.

81. Naime, u tom se slučaju radilo o nizu sporazuma u kojima su se društva za osiguranje automobila bilateralno sporazumjela, bilo s trgovcima automobila koji djeluju kao mehaničarske radionice bilo s udrugom koja predstavlja te potonje, o iznosu satnice za plaćanje osiguravajućem društvu za popravak automobila koji je preko njega osiguran, propisujući da je taj iznos među ostalim ovisio o broju i omjeru ugovora o osiguranju koje je trgovac prodao kao posrednik tog društva⁴⁸.

82. Ti su trgovci dakle bili dvostruko povezani s osiguravateljima. S jedne su strane u slučaju nezgode popravljali osigurane automobile za račun osiguravatelja, a s druge djelovali kao njihovi posrednici tako što su, kao ovlaštenici vlastitih zastupnika u osiguranju ili povezanih zastupnika, prilikom prodaje ili popravka automobila svojim klijentima nudili osiguranje automobila.

83. Stoga, ako ih promatramo zasebno, svaki sporazum sam po sebi nije bio štetan za dobro funkcioniranje normalnog tržišnog natjecanja na relevantnom tržištu (sporazum o popravku oštećenih automobila s jedne strane i sporazum o aktivnostima posredovanja u osiguranju automobila s druge strane). Međutim, ako se analiziraju zajedno i u cijelosti, nije isključeno da su navedeni sporazumi imali takav utjecaj.

84. Posebni elementi ocjene navedeni u točki 48. presude Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160), odnosno uzimanje u obzir postojanja alternativnih kanala distribucije i značaja svakoga od tih kanala kao i tržišne snage predmetnih društava, stoga su specifični za taj predmet i ne mogu se poopćiti jer bi doveli do zabune između ograničenja s obzirom na cilj i ograničenja s obzirom na posljedicu.

85. Sudska praksa nakon te presude potvrđuje posebnost i izdvojenost presude Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160).

86. Naime, Sud je nastavio podsjećati da, kako bi se ocijenilo sadržava li sporazum između poduzetnika ili odluka udruženja poduzetnika dovoljan stupanj štetnosti, valja uzeti u obzir sadržaj njegovih odredbi, ciljeve koji se njime žele postići te gospodarski i pravni kontekst u koji je smješten. Međutim, iako se čini da Sud u pogledu ocjene tog konteksta otad uzima u obzir određene čimbenike prvi put navedene u presudi Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160) tako što upućuje na narav obuhvaćene robe ili usluga kao i na stvarne uvjete funkcioniranja i strukture jednog ili više predmetnih tržišta⁴⁹, više ne dodaje detaljne kriterije svojstvene slučaju koji je doveo do navedene presude.

d) Pokušaj sinteze u pogledu ocjene slučajeva ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj

87. Nakon tih općih i uvodnih razmatranja o utvrđivanju ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, razlikujem dva slučaja.

48 — Ta se posebnost može objasniti činjenicom da mađarski trgovci prilikom prodaje ili popravka automobila mogu djelovati kao posrednici ili zastupnici u osiguranju automobila za račun svojih klijenata.

49 — Radi se o kriterijima navedenima u točki 36. presude Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 36.) i potom primijenjenima u presudama CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 53.) i Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 117.). Vidjeti također mišljenje nezavisne odvjetnice J. Kokott u spojenim predmetima Fresh Del Monte Produce/Komisija i Komisija /Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P i C-294/13 P, EU:C:2014:2439, t. 209.) i nezavisnog odvjetnika N. Wahla u predmetu ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, t. 41.).

88. Načelo je jednako u oba slučaja: kako bi se ocijenilo sadržava li sporazum između poduzetnika (ili odluka udruženja poduzetnika) po samoj svojoj naravi dovoljan stupanj štetnosti da bi se mogao smatrati ograničenjem tržišnog natjecanja „s obzirom na cilj“ u smislu članka 101. stavka 1. UFEU-a, valja uzeti u obzir sadržaj njegovih odredbi, njegov cilj, odnosno ciljeve koji se njime žele postići, te gospodarski i pravni kontekst u koji je smješten. *Mutatis mutandis*, to se načelo primjenjuje i na usklađena djelovanja.

89. Ako je zaključak te analize pozitivan i ako su sporazum, odluka udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje dio neke kategorije izričito navedene u članku 101. stavku 1. UFEU-a, provedba analize gospodarskog i pravnog konteksta može biti sporedna.

90. Suprotno tome, ako iz te iste analize proizlazi da sporazum, odluka udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje nije obuhvaćen slučajevima navedenima u članku 101. stavku 1. UFEU-a ili ima obilježja koja sporazum, odluku udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje čine netipičnim ili složenim, analiza gospodarskog i pravnog konteksta treba biti temeljitija.

91. U potonjem slučaju narav obuhvaćene robe ili usluga kao i stvarni uvjeti funkcioniranja i strukture jednog ili više predmetnih tržišta mogu se uzeti u obzir u ocjeni gospodarskog i pravnog konteksta kao i, u iznimnim slučajevima, dodatne značajke navedene u točki 48. presude Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160). Osim toga, iako namjera stranaka ne predstavlja element potreban za utvrđivanje ograničavajućeg karaktera sporazuma, odluke udruženja poduzetnika ili prakse usklađenog djelovanja, nije zabranjeno o tome voditi računa⁵⁰.

2. Ocjena postojanja ograničenja s obzirom na cilj u ovom slučaju

92. Svojim prvim žalbenim razlogom društvo Toshiba tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava jer je smatrao da „sporazum kao što je *gentlemen's agreement*, čiji je cilj zaštititi europske proizvođače na njihovom području od stvarnog ili potencijalnog tržišnog natjecanja japanskih proizvođača, može ograničiti tržišno natjecanje, osim ako postoje nesavladive prepreke ulasku na europsko tržište koje isključuju svako potencijalno tržišno natjecanje japanskih proizvođača“⁵¹.

93. Prema mišljenju društva Toshiba, Opći sud trebao je provjeriti jesu li japanski proizvođači imali stvarnu i konkretnu mogućnost ulaska na tržište i je li taj ulazak bio ekonomski održiva strategija. Pogriješio je kad je samo provjerio jesu li prepreke ulasku bile nesavladive i kad je zaključio da je „Komisija stoga mogla samo dokazati da prepreke ulasku na europsko tržište nisu bile nesavladive“⁵².

94. Osim toga, Opći sud počinio je i pogrešku koja se tiče prava time što se oslonio na postojanje *gentlemen's agreementa* kako bi dokazao postojanje konkurentskog odnosa između japanskih i europskih proizvođača kad je odlučio „da već samo postojanje *gentlemen's agreementa* predstavlja snažnu naznaku postojanja konkurentskog odnosa između japanskih i europskih proizvođača“⁵³.

95. Dakle, društvo Toshiba u biti kritizira odgovor Općeg suda na argument iznesen pred njim prema kojemu Komisija nije provela detaljnu gospodarsku analizu situacije.

50 — Presude T-Mobile Netherlands i dr. (C-8/08, EU:C:2009:343, t. 27.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 58.); Allianz Hungária Biztosító i dr. (C-32/11, EU:C:2013:160, t. 37.) kao i CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, t. 54.)

51 — Vidjeti točku 230. pobijane presude.

52 — *Idem*

53 — Vidjeti točku 231. pobijane presude.

96. Međutim, u tom pogledu valja utvrditi da je Opći sud prije kritiziranih točaka tvrdio:

- s jedne strane, da se člankom 81. stavkom 1. UEZ-a zabranjuju sporazumi koji imaju za cilj ili posljedicu ograničiti tržišno natjecanje i da stoga nije bilo potrebno dokazati konkretne učinke zabranjenog sporazuma ako je njegov cilj ograničiti tržišno natjecanje (točka 227. pobijane presude) i
- s druge strane, da je Komisija „pravilno smatrala da *gentlemen's agreement*, kao sporazum o podjeli tržišta, treba kvalificirati kao ograničenje s obzirom na cilj“ (točka 228. pobijane presude) i da je stoga „s pravom utvrdila [...] da nije bila obvezna dokazati da je imao protutržišne učinke“ (točka 228. pobijane presude).

97. Ta mi se analiza čini u potpunosti u skladu s pristupom koji sam prethodno iznio.

98. Naime, budući da je *gentlemen's agreement* bio potvrda neslužbenog zabranjenog sporazuma na temelju kojeg su se europski i japanski proizvođači dogovorili da neće prodavati na području jedne, odnosno druge skupine, njegova je kvalifikacija kao ograničenja s obzirom na cilj u skladu sa zajedničkim shvaćanjem te vrste sporazuma ili zabranjenog sporazuma⁵⁴.

99. Prema tome je Opći sud, u skladu s dokaznim učincima i opsegom nadzora koji su povezani s priznavanjem ograničenja tržišnog natjecanja s obzirom na cilj, pravilno presudio da „sporazum kao što je *gentlemen's agreement*, čiji je cilj zaštititi europske proizvođače na njihovom području od stvarnog ili potencijalnog tržišnog natjecanja japanskih proizvođača, može ograničiti tržišno natjecanje, osim ako postoje nesavladive prepreke ulasku na europsko tržište koje isključuju svako potencijalno tržišno natjecanje japanskih proizvođača [i da] je Komisija stoga mogla samo dokazati da prepreke ulasku na europsko tržište nisu bile nesavladive“⁵⁵, što je učinila tako što se pozvala na prodor jednog japanskog proizvođača na to tržište.

100. Opći sud također je sam mogao, a da ne počinii pogrešku koja se tiče prava, *gentlemen's agreement* smatrati „snažnom naznakom postojanja konkurentskog odnosa između japanskih i europskih proizvođača“⁵⁶ kao i, uostalom, zaključiti da prepreke ulasku na europsko tržište nisu bile nesavladive. Naime, *gentlemen's agreement* kao takav je relevantan element gospodarskog i pravnog konteksta.

101. Ako bi se od Općeg suda tražilo da provjeri „jesu li japanski proizvođači imali stvarnu i konkretnu mogućnost ulaska na tržište i je li taj ulazak bio ekonomski održiva strategija“, kao što društvo Toshiba tvrdi u prilog svojem prvom žalbenom razlogu, to bi dovelo do toga da se postave stroži zahtjevi u pogledu dokaza koje treba dostaviti. Međutim, takav bi zahtjev bio protivan sudskoj praksi Suda⁵⁷ i okviru koji predlažem u svojim općim i uvodnim razmatranjima.

102. Prema tome, valja zaključiti da je prvi žalbeni razlog neosnovan.

54 — Članak 101. stavak 1. točka (c) izričito se odnosi na odluke ili prakse kojima se „vrši podjela tržišta ili izvora nabave“. Vidjeti također Geradin, D., Layne-Farrar, A. i Petit, N., *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012., br. 3-114, str. 135. i Whish, R., i Bailey, D., *Competition law*, 7. izdanje., Oxford University Press, 2012., str. 122.; Lemaire, Chr., *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013., br. 68.; Bourgeois, J. H. J., „On the Internal Morality of EU Competition Law“, in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruxelles, 2014., str. 347. do 374., osobito str. 351.; Harrison, D., „The *Allianz Hungária* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences“, *Competition Law Insight*, 2013., sv. 12., str. 10. do 12., osobito str. 10.

55 — Vidjeti točku 230. pobijane presude.

56 — Vidjeti točku 231. pobijane presude.

57 — Presuda Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisija (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, t. 45.)

B – Drugi žalbeni razlog koji se temelji na iskrivljanju dokaza na koje se oslanja Opći sud pri utvrđivanju da prepreke ulasku na tržište EGP-a nisu bile nesavladive

103. Kako bi dokazao da eventualne prepreke ulasku na europsko tržište nisu bile nesavladive, Opći sud nije se oslonio isključivo na samo postojanje *gentlemen's agreementa*, nego i na činjenicu da su japanski poduzetnici koji su sudjelovali u njemu prihvatili projekte koji su potjecali od klijenata iz Europe.

104. Društvo Toshiba tvrdilo je, suprotno tome, da je društvo Hitachi u svojem odgovoru na zahtjev za podacima od 28. veljače 2008. i na saslušanju potvrdilo da nije prodavalo energetske transformatore u Uniji ili EGP-u u razdoblju od 2001. do 2003. Opći sud je u pogledu te tvrdnje smatrao da „u tim okolnostima, valja podsjetiti da je društvo Hitachi naknadno, u dopisu od 30. ožujka 2009., promijenilo svoje tvrdnje te izjavilo da prihvaća zaključke Komisije o postojanju i opsegu *gentlemen's agreementa* iznesene u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama“⁵⁸.

105. Društvo Toshiba smatra da je Opći sud time iskrivio sadržaj dopisa društva Hitachi te ga krivo protumačio.

106. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, iz članka 256. UFEU-a i članka 58. stavka 1. Statuta Suda Europske unije proizlazi da je žalba ograničena na pitanja prava i da je stoga Opći sud jedini nadležan utvrditi i ocijeniti činjenice, osim u slučaju kada materijalne netočnosti njegovih utvrđenja proizlaze iz elemenata spisa koji su mu podneseni. Drugim riječima, ocjena činjenica, osim u slučaju iskrivljanja dokaza podnesenih Općem sudu, ne predstavlja pravno pitanje koje kao takvo podliježe nadzoru Suda⁵⁹.

107. Navodno iskrivljanje činjenica mora jasno proizlaziti iz dokumenata u spisu, bez potrebe za obavljanjem nove ocjene činjenica i dokaza⁶⁰.

108. Međutim, iz ispitivanja dopisa društva Hitachi ne proizlazi da je Opći sud iskrivio činjenične elemente. Naime, u njemu je izričito navedeno da društvo Hitachi prihvaća zaključke o postojanju i opsegu *gentlemen's agreementa* iznesene u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama. Iz samog odgovora društva Toshiba na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama proizlazi da je Komisija u toj obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama već uputila na pitanje prihvaćanja društva Hitachi triju ugovora na europskom tržištu⁶¹.

109. Stoga je Opći sud u točkama 232. do 234. pobijane presude mogao utvrditi, a da ne iskrivi činjenične elemente iz dopisa društva Hitachi, da je to društvo, nakon odgovora na zahtjev Komisije za podacima od 28. veljače 2008. i nakon saslušanja, izmijenilo svoje tvrdnje i izjavilo da prihvaća zaključke Komisije o postojanju i opsegu *gentlemen's agreementa* iznesene u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama.

58 — Vidjeti točku 233. pobijane presude.

59 — Vidjeti osobito u tom smislu presude Wunenburger/Komisija (C-362/05 P, EU:C:2007:322, t. 66.); YKK i dr./Komisija (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, t. 44.) kao i Marktgemeinde Straßwalchen i dr. (C-531/13, EU:C:2015:79, t. 38.).

60 — Vidjeti osobito u tom smislu presude Wunenburger/Komisija (C-362/05 P, EU:C:2007:322, t. 67.); YKK i dr./Komisija (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, t. 44.) kao i Marktgemeinde Straßwalchen i dr. (C-531/13, EU:C:2015:79, t. 39.).

61 — Vidjeti točke 83. do 88. odgovora društva Toshiba na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama, prilog A.03.24a žalbi.

110. Ističem, osim toga, da se drugi žalbeni razlog na koji se poziva društvo Toshiba u prilog svojoj žalbi odnosi samo na točku 233. pobijane presude. Međutim, Opći sud već u točki koja joj neposredno prethodi tvrdi da upućivanje Komisije u pobijanoj odluci na prihvaćanje društva Hitachi triju europskih projekata „dokazuje da prepreke ulasku za japanskog proizvođača nisu bile nesavladive“. Međutim, društvo Toshiba u okviru žalbe ne kritizira ni tu točku ni točke u kojima Opći sud analizira to pitanje (i na koje Opći sud upućuje na kraju točke 233. svoje presude)⁶².

111. Taj izostanak kritike društva Toshiba protivan je mogućnosti iskrivljavanja činjenica s obzirom na to da ono mora, podsjećam, jasno proizlaziti iz dokumenata u spisu, bez potrebe za obavljanjem nove ocjene činjenica i dokaza.

112. Prema tome, valja zaključiti da ispitivanje dopisa društva Hitachi ne ukazuje na to da je Opći sud očito iskrivio činjenične elemente iz tog dopisa.

C – Treći žalbeni razlog, koji se odnosi na trajanje sudjelovanja društva Toshiba u povredi i koji se temelji na proturječnom obrazloženju i iskrivljavanju dokaza, pogrešnoj primjeni javnog distanciranja i povredi načela osobne odgovornosti

113. Treći žalbeni razlog koji je istaknulo društvo Toshiba odnosi se na trajanje njegova sudjelovanja u *gentlemen's agreementu*. Taj se žalbeni razlog dijeli na tri dijela. Kao prvo, u presudi Općeg suda iznosi se proturječno obrazloženje u odnosu na činjenična utvrđenja i prethodno utvrđene dokaze, što je dovelo do njihova iskrivljavanja. Kao drugo, Opći sud pogrešno je primijenio kriterij javnog distanciranja. Kao treće, povrijedio je načelo osobne odgovornosti time što je prigovor društva Toshiba u pogledu njegova nesudjelovanja na sastanku u Zürichu smatrao „bespredmetnim“. Drugi i treći dio zapravo se odnose na ista razmatranja Općeg suda pa ću ih ispitati zajedno.

1. Proturječno obrazloženje i iskrivljavanje dokaza

114. Prema mišljenju društva Toshiba, Opći sud sam sebi proturječi jer je, s jedne strane, u točki 208. pobijane presude utvrdio da je to društvo „isključilo svoje sudjelovanje na budućim sastancima“, dok je s druge strane odlučio da „postoje sumnje u pogledu budućeg sudjelovanja tužitelja u *gentlemen's agreementu*“ (točka 209. pobijane presude) i da će njegovo sudjelovanje ovisiti o sudjelovanju TM T&D (točka 211. pobijane presude).

115. Ti navodi društva Toshiba zasigurno proizlaze iz nepotpunog čitanja pobijane presude i dokumenata na koje se u njoj poziva.

116. Naime, Opći sud u točki 208. svoje presude utvrđuje da se zbog osnivanja zajedničkog pothvata TM T&D o sudjelovanju društva Toshiba na budućim sastancima tek trebalo odlučiti. Opći sud iz određenih dokumenata zaključuje da je društvo Toshiba doista isključilo svoje individualno sudjelovanje, ali su ostali sudionici jasno naveli da bez tog društva interes za održavanje *gentlemen's agreementa* više ne postoji.

117. Nakon što je u točki 210. pobijane presude istaknuo da se ni iz jednog dokumenta ne može zaključiti da se društvo Toshiba na sastanku u Beču distanciralo od *gentlemen's agreementa*, Opći sud u točki 211. te presude logično utvrđuje „da iz dokumenata na koje se tužitelj pozvao također proizlazi da su, nakon objave da se o sudjelovanju TM T&D na budućim sastancima tek treba odlučiti i da će o tome ovisiti njegovo sudjelovanje, poduzetnici koji su sudjelovali na tom sastanku ipak potvrdili *gentlemen's agreement* i pravila o obavlješćivanju o projektima koja proizlaze iz tog zabranjenog sporazuma“.

62 — Odnosno točke 59. do 62. pobijane presude

118. Suprotno tvrdnjama društva Toshiba, svaki od dokumenata na koje se poziva potvrđuje neizvjesnosti koje se odnose, s jedne strane, na prisutnost društva Toshiba na sljedećem sastanku i, s druge strane, na nastavak njegova sudjelovanja u *gentlemen's agreementu*, individualno ili kroz TM T&D.

119. Kao prvo, prema memorandumu o sastanku u Beču koji je sastavio g. Okamoto (Fuji), o sudjelovanju društva Toshiba na sastancima nakon osnivanja zajedničkog pothvata još se nije odlučilo. Iako je u zagradi dodano da se „ne očekuje mlaka odluka poput odluke o nastavku sudjelovanja kao [društvo Toshiba]“, odmah iza te rečenice slijede riječi „da ili ne“. Osim sporedne naravi tog elementa koja je označena upotrebom zagrada, dodavanje alternative „da ili ne“ nedvojbeno označava da se radi o prvom dojmu o kojem još nije bilo odlučeno⁶³.

120. Nadalje, suprotno tvrdnjama društva Toshiba, napomena za tumačenje priložena izjavi koju je društvo Fuji podnijelo Komisiji na temelju pokajničkog programa ne potvrđuje samo da je „društvo Toshiba odbacilo mogućnost sudjelovanja na sastancima nakon osnivanja TM T&D (dok društvo Mitsubishi na njima ne sudjeluje)“, nego se u njoj navodi i da se, „s obzirom na to da društvo Mitsubishi više ne sudjeluje na tim sastancima, trebala donijeti odluka kako bi se znalo hoće li TM T&D biti ovlašten sudjelovati na navedenim sastancima“⁶⁴.

121. Naposljetku, bilo bi netočno tvrditi da zapisnik sa sastanka u Beču nije jasan jer se u njemu sasvim nedvosmisleno navodi da će se o budućem sudjelovanju društva Toshiba na sljedećim sastancima „odlučiti relativno brzo“ i nadalje pojašnjava da će buduća sastanci imati smisla samo ako to društvo nastavi sudjelovati na njima. Ta je točka zapisnika, osim toga, završila tvrdnjom da će to pitanje biti glavna točka sljedećeg sastanka⁶⁵. U međuvremenu, *gentlemen's agreement* bio je potvrđen⁶⁶.

122. Prema tome, valja zaključiti da ispitivanje dokumenata u spisu na koje se Opći sud oslonio ne ukazuje na to da je Opći sud očito iskrivio činjenične elemente iz tih dokumenata ni da ga je to ispitivanje dovelo do proturječnog obrazloženja.

2. Pogrešna primjena kriterija javnog distanciranja i povreda načela osobne odgovornosti

123. Prema mišljenju društva Toshiba, Opći sud je pogrešno primijenio kriterij javnog distanciranja time što je u točki 218. pobijane presude odbio kao bespredmetan njegov argument koji se temelji na činjenici da to društvo nije sudjelovalo na sastanku u Zürichu nakon osnivanja TM T&D. Drugim riječima, društvo Toshiba smatra, pri čemu upućuje na točke 213. i 220. pobijane presude, da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava kad je smatrao da nesudjelovanje društva Toshiba na sastanku u Zürichu nije bilo važno za ocjenu kriterija javnog distanciranja, iako je prethodno iz dokumenata na koje se to društvo pozvalo zaključio da je postojala sumnja u pogledu njegova budućeg sudjelovanja u zabranjenom sporazumu.

63 — Izvorni dokument na engleskom jeziku glasi kako slijedi: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)“ (interni memorandum društvu Fuji o sastanku u Beču koji je sastavio g. Okamoto, Prilog A.14 žalbi).

64 — Izvorni dokument na engleskom jeziku glasi kako slijedi: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba“. (Izjava društva Fuji Komisiji na temelju pokajničkog programa, Prilog A.16 žalbi.)

65 — Izvorni dokument na engleskom jeziku glasi kako slijedi: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.“ (zapisnik sa sastanka u Beču, Siemens/Hitachi, prilog A.15 žalbi).

66 — Izvorni dokument na engleskom jeziku, pod naslovom „3. GA and Inhouse business“, glasi kako slijedi: „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs“ (zapisnik sa sastanka u Beču, Siemens/Hitachi, prilog A.15 žalbi).

124. Iako se poduzetnici kojima se na teret stavlja protutržišno ponašanje redovito pozivaju na kriterij javnog distanciranja, valja utvrditi da se taj kriterij gotovo i ne navodi u sudskoj praksi Suda⁶⁷ te da mu ni pravna teorija ne pridaje puno pozornosti. Čini mi se da je presuda Comap/Komisija (C-290/11 P, EU:C:2012:271) primjerena za određivanje njegovog okvira.

125. Naime, Sud je u toj presudi presudio da pojmovi javnog distanciranja i neprekinutosti protutržišne prakse „ukazuju na činjenične situacije čije postojanje u svakom pojedinačnom slučaju utvrđuje sud koji odlučuje o meritumu na temelju ocjene ‚određenog broja podudarnosti i indicija‘ koje su mu bile iznesene, a zatim na temelju ‚opće procjene svih relevantnih dokaza i indicija‘“⁶⁸. Iz te definicije proizlazi da, „[a]ko su ti dokazi bili prikupljeni na pravilan način i ako su bila poštovana opća načela prava kao i pravila postupka primjenjiva u području tereta i izvođenja dokaza, ocjena dokazne vrijednosti podnesenih elemenata isključivo je na Općem sudu. Ta ocjena stoga ne predstavlja, osim u slučaju iskrivljavanja dokaza, pravno pitanje koje, kao takvo, podliježe nadzoru Suda“⁶⁹.

126. Taj je pristup, koji je u skladu s pristupom iz prethodne sudske prakse⁷⁰, potvrđen u presudi Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, EU:C:2013:351, t. 28. do 30.).

127. Općenito, na javno se distanciranje poziva poduzetnik koji je sudjelovao na sastanku, ali nije htio sudjelovati u sporazumu ili zabranjenom sporazumu o kojemu se na tom sastanku raspravljalo. Sudska praksa Suda koja se odnosi na taj slučaj, koja se može kvalificirati kao ustaljena unatoč ograničenom broju presuda koje su donesene o tom pitanju, može se sažeti kako slijedi: „kako bi se u dovoljnoj mjeri dokazalo sudjelovanje poduzetnika u zabranjenom sporazumu, dovoljno je dokazati da je predmetni poduzetnik sudjelovao na sastancima tijekom kojih su sklopljeni sporazumi protutržišne naravi, a da im se nije očito usprotivio. Ako je utvrđeno sudjelovanje na takvim sastancima, na tom je poduzetniku da istakne indicije kojima se može utvrditi da je njegovo sudjelovanje na tim sastancima bilo lišeno svake protutržišne namjere i da dokaže da je svoje konkurente uputio u to da će na tim sastancima sudjelovati s drukčijim ciljevima od njihovih“⁷¹. U tom pogledu Sud je dodao da je „upravo shvaćanje drugih sudionika u zabranjenom sporazumu namjere poduzetnika o kojem je riječ odlučujuće za ocjenu je li se potonji namjeravao distancirati od nezakonitog sporazuma“⁷².

128. U ovom slučaju, društvo Toshiba drugim i trećim dijelom trećeg žalbenog razloga u biti tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je presudio da se može smatrati da je to društvo sudjelovalo u *gentlemen's agreementu* do sastanka u Zürichu, unatoč tome što je izjavilo na sastanku u Beču u rujnu 2002. da bi se od njega distanciralo, ali i unatoč činjenici da nije sudjelovalo, barem ne individualno, na sastanku u Zürichu u svibnju 2003. te okolnosti da Komisija nije uključila zajednički pothvat TM T&D među adresate sporne odluke.

67 — Vidjeti osobito presude Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap/Komisija (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, EU:C:2013:351) kao i rješenje Adriatica di Navigazione/Komisija (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Ideju javnog distanciranja možemo naći u presudi Komisija/Anic Participazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356) s obzirom na to da Komisija u predmetu u kojem je donesena ta presuda tvrdi da „je svaka osoba koja navodi da se *udaljila* od zaključaka o dogovorenom djelovanju dužna podnijeti izričit dokaz svojeg *udaljanja*“ (točka 95.). Moje isticanje.

68 — Točka 71.

69 — *Idem*.

70 — Vidjeti u tom smislu, osim presude Comap/Komisija (C-290/11 P, EU:C:2012:271, t. 76. do 78.); presudu Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 132.), kao i rješenje Adriatica di Navigazione/Komisija (C-111/04 P, EU:C:2006:105, t. 50. i 54.).

71 — Presuda Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 119.) u kojoj se upućuje na presudu Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, EU:C:2004:6, t. 81.).

72 — Presuda Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 120.)

129. Točno je da je u ovom slučaju činjenična struktura nešto drukčija od strukture u presudama koje sam upravo naveo. Naime, u ovom slučaju društvo Toshiba navodi da se na sastanku u Beču javno distanciralo kad je objavilo da neće sudjelovati na sljedećim sastancima, barem ne individualno, zbog osnivanja zajedničkog pothvata s društvom Mitsubishi (o čijem se sudjelovanju tek trebalo odlučiti), što je sve bilo potvrđeno njegovim nesudjelovanjem na sastanku u Zürichu.

130. Međutim, čak i u tom posebnom slučaju smatram da pitanje može li se društvo Toshiba smatrati strankom *gentlemen's agreementa* u razdoblju između sastanka u Beču i sastanka u Zürichu ostaje dio činjenične ocjene koja nije u nadležnosti Suda, osim u slučaju iskrivljavanja dokaza⁷³. Društvo Toshiba tim žalbenim razlogom „u konačnici dovodi u pitanje ocjenu Općeg suda koja se odnosi na činjenice i dokaze koji su mu podneseni u pogledu izostanka javnog distanciranja žalitelja“⁷⁴.

131. Naime, za razliku od predmeta Total marketing services/Komisija (C-634/13 P, koji je u tijeku pred Sudom), u ovom predmetu ne možemo tvrditi da ne postoji ni najmanji dokaz da je predmetni poduzetnik nastavio sudjelovati u spornom zabranjenom sporazumu nakon određenog datuma. Naprotiv, da ponovim razliku koju je nezavisni odvjetnik N. Wahl primijenio u svojem mišljenju u tom istom predmetu⁷⁵, nalazimo se u situaciji u kojoj izostanak izričitog javnog distanciranja omogućuje održavanje pretpostavke, koja se temelji na konkretnim indicijama, da je poduzetnik koji je sudjelovao na sastancima s protutržišnim ciljem sudjelovao u zabranjenom sporazumu obuhvaćenim zabranom iz članka 101. stavka 1. UFEU-a.

132. Naime, iako je društvo Toshiba, kao što uvodno navodi u točki 25. žalbe, u okviru svoje obrane pred Općim sudom već tvrdilo da nije bilo dokaza da je nakon sastanka u Beču nastavilo sudjelovati i da su ostali članovi *gentlemen's agreementa* na temelju različitih elemenata jasno razumjeli da se ono javno distanciralo od tog sporazuma, ipak je upravo na njemu bilo, s obzirom na to da je sudjelovalo na različitim sastancima, uključujući sastanak u Beču, da u skladu s prethodno navedenom sudskom praksom podnese dokaz da se javno distanciralo od *gentlemen's agreementa*⁷⁶ i da su njegove namjere tako razumjeli i ostali sudionici u zabranjenom sporazumu⁷⁷.

133. Opći sud je u tom okviru ispitao dokaze koje je društvo Toshiba u tu svrhu podnijelo radi ocjene, konkretno zapisnik sa sastanka u Beču, internu bilješku društva Fuji o navedenom sastanku i napomenu s objašnjenjem društva Fuji u pogledu tog sastanka, priloženu njegovoj izjavi za primjenu pokajničkog programa⁷⁸.

134. Međutim, društvo Toshiba nije osporilo ocjenu Općeg suda u tom pogledu⁷⁹, osim u točkama 209. i 211. pobijane presude, i to u okviru prvog dijela trećeg žalbenog razloga. U tom sam pogledu došao do zaključka da ispitivanje dokumenata u spisu na koje se Opći sud oslonio nije ukazalo na očito iskrivljavanje činjeničnih elemenata iz tih dokumenata, kao što nije dovelo ni do proturječnog obrazloženja.

135. Naprotiv, ti dokumenti dokazuju da je postojala sumnja u buduće sudjelovanje društva Toshiba na sljedećim sastancima i, do donošenja te odluke, u potvrđivanje *gentlemen's agreementa*.

73 — „Budući da je određivanje trajanja povrede činjenično pitanje, ono, osim u slučaju iskrivljavanja dokaza podnesenih Općem sudu, nije obuhvaćeno nadzorom Suda nad žalbenim postupkom. Isto vrijedi osobito za primjenu pojmovi javnog distanciranja i neprekinutosti protutržišne prakse [...]“ Bernardeau, L., i Christienne, J.-P., *Les amendes en droit de la concurrence – Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, zbirka Europe(s), 2013., br. II.1314).

74 — Presuda Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, EU:C:2013:351, t. 28.)

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, t. 56.

76 — Vidjeti u tom smislu presudu Comap/Komisija (C-290/11 P, EU:C:2012:271, t. 76.).

77 — Vidjeti u tom smislu presudu Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 120.).

78 — Vidjeti točku 207. pobijane presude.

79 — Odnosno točke 208. do 214. pobijane presude

136. Prema tome, s obzirom na to da Toshiba želi dovesti u pitanje ocjenu činjenica i dokaza koju je donio Opći sud te da ti dokazi nisu iskrivljeni, drugi dio trećeg žalbenog razloga je nedopušten.

137. Što se tiče trećeg dijela trećeg žalbenog razloga, smatram da Opći sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je proglasio bespredmetnima prigovore društva Toshiba koji se odnose na tumačenje koje je dala Komisija u pogledu uloge R.-a na sastanku u Zürichu i na nedostatak protutržišne naravi sastanka u Zürichu.

138. Opći sud pravilno smatra da ti prigovori, ako su bili osnovani, nisu mogli dovesti u pitanje utvrđenje Komisije da je društvo Toshiba sudjelovalo u *gentlemen's agreementu* do 15. svibnja 2003. Naime, iako je Opći sud u točki 220. pobijane presude zaključio da, „čak i u slučaju da tužitelj nije sudjelovao na sastanku u Zürichu i da taj sastanak nije imao protutržišni cilj, valja smatrati da je tužitelj, izostankom javnog distanciranja, sudjelovao u *gentlemen's agreementu* do navedenog sastanka“, pri tome se oslonio na razmatranja iz točaka 205. do 214. te presude. Međutim, ne samo da točka 220. nije predmet žalbe, nego, kao što smo prethodno vidjeli, ni točke 205. do 214. ne ukazuju ni na kakvo iskrivljavanje činjenica i/ili dokaza koje je analizirao Opći sud.

139. Naposljetku, Opći sud je u točki 221. pobijane presude također pravilno smatrao da se društvo Toshiba ne može uspješno pozvati na to da je u *gentlemen's agreementu* prestalo sudjelovati u trenutku osnivanja zajedničkog pothvata TM T&D 1. listopada 2002. Na taj se dan nije javno distanciralo od spornog zabranjenog sporazuma, u smislu u kojem to zahtijeva sudska praksa Suda, s obzirom na to da je u tom pogledu odlučujuće shvaćanje drugih sudionika u zabranjenom sporazumu namjere poduzetnika o kojem je riječ⁸⁰. Naime, nakon sastanka u Beču, koji se održao prije 1. listopada 2002., ostali sudionici još nisu bili sigurni u sudjelovanje društva Toshiba i/ili TM T&D. Suprotno tome, ti su sudionici, s jedne strane, potvrdili *gentlemen's agreement* i pravila o obavješćivanju o projektima koja iz njega proizlaze i, s druge strane, smatrali da bez sudjelovanja društva Toshiba ne postoji nikakav interes za održavanje *gentlemen's agreementa*.

140. Prema tome, treći je žalbeni razlog dijelom nedopušten i dijelom neosnovan.

D – Četvrti žalbeni razlog koji se temelji na pogreškama koje se tiču prava pri određivanju iznosa novčane kazne

141. Svojim četvrtim žalbenim razlogom društvo Toshiba prigovara Općem sudu da je pogrešno primijenio točku 18. Smjernica iz 2006. s obzirom na to da je potvrdio da je Komisija za izračun fiktivne vrijednosti prihoda od prodaje u EGP-u upotrijebila tržišne udjele sudionika u zabranjenom sporazumu na svjetskoj razini.

142. U skladu s navedenom točkom Smjernica iz 2006. Komisija može, ako zemljopisni opseg povreda premašuje granice Europskoga gospodarskog prostora kako bi odrazila i ukupnu visinu mjerodavnih prihoda od prodaje unutar Europskoga gospodarskog prostora i relativnu težinu svakog poduzetnika u povredi, ocijeniti ukupnu vrijednost prihoda od prodaje robe ili usluga na koje se povreda odnosi na mjerodavnom zemljopisnom području (širem od Europskoga gospodarskog prostora), može odrediti udio prihoda od prodaje svakog poduzetnika koji je sudjelovao u povredi na tom tržištu te može primijeniti taj udio na ukupnu vrijednost prihoda od prodaje tih poduzetnika unutar Europskoga gospodarskog prostora.

80 — Vidjeti u tom smislu presudu Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 120.).

143. Ta odredba navedenih Smjernica, prema mojem saznanju i osim u presudi ICF/Komisija (C-467/13 P, EU:C:2014:2274)⁸¹, još nije bila predmetom tumačenja Suda.

144. Međutim, budući da točka 18. Smjernica iz 2006. predstavlja odstupanje od načelnog pravila iz točke 13. tih Smjernica, upućivanja na tu točku i okvir u koji je smještena mogu nam pomoći u određivanju opsega točke 18.

145. U tom je pogledu korisno podsjetiti da su Smjernice iz 2006. donesene kako bi se osigurala transparentnost i nepristranost odluka koje Komisija donosi na temelju članka 23. stavka 2. točke (a) Uredbe Vijeća br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u⁸².

146. Svrha tog članka jest nastojanje da se novčanoj kazni osigura dovoljno preventivan učinak koji opravdava uzimanje u obzir gospodarske snage poduzetnika u pitanju⁸³.

147. Sud je iz toga zaključio da je postavljeni cilj točke 13. Smjernica iz 2006. da će se „kao polazište za izračunavanje novčane kazne koja se izriče nekom poduzetniku uzeti iznos koji odražava ekonomsku važnost povrede i veličinu poduzetnikovog doprinosa toj povredi“⁸⁴.

148. Stoga Sud smatra da bi bilo protivno cilju koji je postavljen točkom 13. Smjernica iz 2006. pojam „vrijednost prodaje“ iz te točke shvatiti „na način da se odnosi samo na prihod ostvaren prodajom za koju je utvrđeno da je stvarno bila obuhvaćena [predmetnim] zabranjenim sporazumom“⁸⁵.

149. Odstupanjem od ograničenja zemljopisnog područja iz točke 13. Smjernica iz 2006. i njegovim širenjem izvan EGP-a točka 18. navedenih Smjernica teži istom cilju: najprimjerenije odražavati težinu poduzetnika u povredi.

150. Sam taj cilj opravdan je člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003, kojim se novčanoj kazni želi osigurati dovoljno preventivan učinak na način da se u obzir uzima gospodarska snaga predmetnog poduzetnika.

151. U tim se okolnostima doslovnim tumačenjem točke 18. Smjernica iz 2006., prema kojoj bi se „mjerodavno zemljopisno područje (šire od Europskoga gospodarskog prostora)“ ograničilo samo na područja obuhvaćena nezakonitim zabranjenim sporazumom, ne bi nužno u obzir uzela stvarna gospodarska snaga predmetnog poduzetnika te bi stoga ono moglo biti protivno gore navedenom cilju odvrćanja.

152. Ovaj slučaj to izvrsno predočuje. Naime, ako bi se u obzir uzeli samo prihodi od prodaje u EGP-u i Japanu, barem bi jedan japanski član zabranjenog sporazuma izbjegao svaku novčanu kaznu zbog toga što nije prodavao na europskom tržištu.

153. Usto bi se, općenito, uskim tumačenjem točke 18. Smjernica iz 2006., koje podupire društvo Toshiba, u slučaju sporazuma o podjeli tržišta, nagrađivalo poštovanje tog sporazuma. Naime, poštovanjem navedenog sporazuma poduzetnik ne ostvaruje nikakvu prodaju na partnerovom području pa bi dakle izbjegao, *de facto* i *de jure*, novčanu kaznu.

81 — Međutim, pitanje iz te presude različito je od pitanja u ovom predmetu s obzirom na to da se odnosi na pojam „ukupne vrijednosti prihoda od prodaje robe ili usluga na koje se povreda odnosi“ naveden u točki 18. Smjernica iz 2006., a ne na pojam „mjerodavnog zemljopisnog područja (šireg od Europskoga gospodarskog prostora)“ na koji se odnosi ovaj predmet.

82 — SL 2003., L 1, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.). Vidjeti točku 3. Smjernica iz 2006.

83 — Vidjeti u tom smislu presudu Dole Food i Dole Fresh Fruit Europe/Komisija (C-286/13 P, EU:C:2015:184, t. 142.).

84 — *Ibidem* (t. 148.).

85 — Vidjeti presudu Guardian Industries i Guardian Europe/Komisija (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, t. 57.).

154. Opći sud je stoga u točki 281. pobijane presude pravilno presudio, a da nije počinio pogrešku koja se tiče prava, da je, „s obzirom na to da je tužitelj sudjelovao u sporazumu o podjeli tržišta čiji je cilj bio ograničiti pristup japanskih proizvođača EGP-u, Komisija pravilno smatrala da ne bi bilo primjereno primijeniti metodologiju koja se temelji na stvarnim prihodima od prodaje u EGP-u“ te kad je u točki 282. navedene presude sam smatrao da, „s obzirom na prirodu predmetne povrede, metodologija koja uzima u obzir udjele na svjetskom tržištu primjereno odražava težinu povrede“.

155. Osim toga, iako Sud općenito shvaća Smjernice kao pravilo postupanja od kojega se Komisija ne može udaljiti jer bi inače bila sankcionirana na temelju povrede općih pravnih načela, poput jednakog postupanja i zaštite legitimnih očekivanja⁸⁶, ipak je pojasnio da su te Smjernice za Komisiju *okvirno* pravilo postupanja koje ukazuje na praksu koja se treba slijediti i od kojeg, u određenom slučaju, Komisija može odstupiti ako navede razloge koji su u skladu s načelom jednakog postupanja⁸⁷.

156. Ta je mogućnost uostalom izričito predviđena točkom 37. Smjernica iz 2006. prema kojoj „pojednosti danog slučaja ili potreba za postizanjem preventivnog učinka u pojedinom slučaju mogu opravdati odstupanje od takve [opće] metodologije“ za utvrđivanje kazni.

157. Međutim, u ovom slučaju valja utvrditi da je Komisija u svojoj odluci objasnila zašto je umjesto prihoda od prodaje ostvarenih na područjima obuhvaćenima povredom opravdano upotrijebiti prihode od prodaje na svjetskom tržištu. S jedne strane, to je učinila „jer prihodi od prodaje poduzetnika u EGP-u i Japanu ne odražavaju primjereno težinu svakog poduzetnika u povredi“⁸⁸ i, s druge strane, jer bi, ako bi se „u obzir uzeli samo prihodi od prodaje energetskih transformatora u EGP-u i Japanu, izrečena novčana kazna društvu Fuji bila jednaka nuli“⁸⁹.

158. Komisija je, osim toga, pojasnila da svoju odluku temelji na točki 37. Smjernica iz 2006. te da bi „svaka druga metoda izračuna osnovnog iznosa novčane kazne [osim one upotrijebljene u ovom slučaju] dovela do proizvoljnog i neuravnoteženog ishoda *te ne bi imala preventivni učinak*“⁹⁰.

159. Prema tome, četvrti je žalbeni razlog također neosnovan.

VI – Troškovi

160. Sukladno članku 138. stavku 1. Poslovnika Suda, koji se primjenjuje na žalbeni postupak na temelju članka 184. stavka 1. istoga Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove. Budući da je Komisija postavila zahtjev da se društvu Toshiba naloži snošenje troškova i da isto nije uspjelo u postupku, valja mu naložiti snošenje troškova.

VII – Zaključak

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

- odbije žalbu, i
- naloži društvu Toshiba Corporation snošenje troškova.

86 — Vidjeti u tom smislu presudu Archer Daniels Midland/Komisija (C-510/06 P, EU:C:2009:166, t. 60.).

87 — Vidjeti u tom smislu presudu Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, EU:C:2013:351, t. 53.).

88 — Vidjeti točku 229. sporne odluke.

89 — Vidjeti točku 235. sporne odluke.

90 — *Ibidem* (t. 236.). Moje isticanje