



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE  
JULIANE KOKOTT,  
predstavljeni 28. februarja 2013<sup>1</sup>

**Zadeva C-681/11**

**Schenker & Co. AG in drugi**

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Oberster Gerichtshof (Avstrija))

„Konkurenca — Omejevalni sporazumi — Členi 85 EGS, 81 ES in 101 PDEU — Uredba (EGS) št. 17 — Uredba (ES) št. 1/2003 — Zmota podjetja o tem, da je njegovo ravnanje v nasprotju s pravom o omejevalnih sporazumih (zmota o prepovedi) — Možnost očitavanja zmote o prepovedi — Zaupanje v odvetniški nasvet — Zaupanje v pravilnost odločitve nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco — Obvestilo o ugodni obravnavi v skladu z nacionalnim konkurenčnim pravom — Pristojnost nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, za ugotovitev kršitve prava o omejevalnih sporazumih brez naložitve sankcij“

### I – Uvod

1. Ali se podjetje lahko preganja zaradi kršitve prava o omejevalnih sporazumih, če je to podjetje zmotno izhajalo iz zakonitosti lastnega ravnanja? To je v bistvu pravno vprašanje, ki ga mora Sodišče obravnavati v tem postopku za sprejetje predhodne odločbe.
2. Avstrijski organ, pristojen za konkurenco, obravnava več špedicijskih podjetij zaradi kršitve člena 101 PDEU in ustreznih določb nacionalnega prava o omejevalnih sporazumih, ker so dolga leta usklajevala cene. Zadevna podjetja se v bistvenem branijo s trditvijo, da so v dobri veri zaupala nasvetu specializirane odvetniške pisarne in odločitvi pristojnega nacionalnega sodišča, zato naj ne bi mogla biti obdolžena niti sodelovanja pri kršitvi prava o omejevalnih sporazumih niti naj se jim za to ne bi mogle naložiti globe.
3. Ta primer ponovno kaže, da so organi in sodišča, pristojni za konkurenco, pri izpolnjevanju svojih nalog soočeni s težavami, ki so podobne tistim kazenskega prava, in pri rešitvi katerih se lahko postavijo občutljiva vprašanja varstva temeljnih pravic. Smernice, ki jih bo v zvezi s tem podalo Sodišče, so temeljnega pomena za nadaljnji razvoj evropskega konkurenčnega prava in za njegovo uporabo v praksi – tako na ravni Unije kot na nacionalni ravni.

<sup>1</sup> — Jezik izvirnika: nemščina.

## II – Pravni okvir

### A – Pravo Unije

4. V tem primeru je pravni okvir Unije na primarni ravni določen s členom 85 Pogodbe E(G)S in členom 81 ES ter s splošnimi načeli prava Unije. Na sekundarni ravni je bila za obdobje do vključno 30. aprila 2004 upoštevna Uredba (EGS) št. 17,<sup>2</sup> od 1. maja 2004 pa velja Uredba (ES) št. 1/2003.<sup>3</sup>

#### 1. Uredba št. 17

5. Podjetja in podjetniška združenja so lahko v skladu s členom 2 Uredbe št. 17 od Evropske komisije pridobila tako imenovani „negativni izvid“:

„Na zahtevo zadevnih podjetij ali podjetniških združenj lahko Komisija potrdi, da glede na njej znana dejstva ni podlage po členu 85(1) [Pogodbe EGS] ali členu 86 Pogodbe [EGS] za njeno ukrepanje v zvezi s sporazumom, sklepom ali ravnanjem.“

#### 2. Uredba št. 1/2003

6. Člen 5 Uredbe št. 1/2003, naslovljen „Pristojnosti organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah“, določa:

„Organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, so pristojni za uporabo členov 81 [ES] in 82 [ES] v posameznih primerih. Za ta namen lahko po uradni dolžnosti ali na podlagi pritožbe izdajo naslednje odločbe, ki:

- zahtevajo odpravo kršitve,
- odredijo začasne ukrepe,
- sprejmejo zaveze,
- naložijo globe, periodične denarne kazni ali druge sankcije, predvidene po nacionalnem pravu.

Kadar na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved niso izpolnjeni, se lahko odločijo, da ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje.“

7. Poleg tega člen 6 Uredbe št. 1/2003 vsebuje to določbo o pristojnostih nacionalnih sodišč:

„Nacionalna sodišča so pristojna za uporabo členov 81 [ES] in 82 [ES].“

8. V skladu s členom 35(1) Uredbe št. 1/2003 so lahko organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, ki so odgovorni za uporabo členov 81 ES in 82 ES, tudi sodišča.

2 — Uredba Sveta (EGS) št. 17 z dne 6. februarja 1962, Prva Uredba o izvajanju členov 85 in 86 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3).

3 — Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205). Ta uredba se v skladu s členom 45(2) uporablja od 1. maja 2004.

9. Pristojnosti Evropske komisije so v členu 7(1) Uredbe št. 1/2003 med drugim določene tako:

„Kadar Komisija na podlagi pritožbe ali po uradni dolžnosti ugotovi, da gre za kršitev člena 81 [ES] ali člena 82 [ES], lahko z odločbo zahteva od zadevnih podjetij ali podjetniških združenj, da tako kršitev odpravijo. [...] Če ima Komisija pravni interes, lahko ugotovi kršitev po tem, ko je bila storjena.“

10. Člen 23(2) Uredbe št. 1/2003 poleg tega določa naslednjo pristojnost Evropske komisije glede naložitve glob:

„Komisija lahko podjetjem in podjetniškim združenjem z odločbo naloži globe, kadar naklepno ali iz malomarnosti

(a) kršijo člen 81 [ES] ali člen 82 [ES] [...]“

11. Opozoriti je treba tudi na člen 10 Uredbe št. 1/2003, ki glede „ugotavljanja neuporabe“ določa:

„Kadar javni interes Skupnosti glede uporabe členov 81 [ES] in 82 [ES] tako zahteva, lahko Komisija po uradni dolžnosti z odločbo ugotovi, da se člen 81 [ES] ne uporablja za sporazum, sklep podjetniškega združenja ali usklajeno ravnanje, ker bodisi niso izpolnjeni pogoji iz člena 81(1) [ES] ali pa so izpolnjeni pogoji iz člena 81(3) [ES].

[...]“

#### B – Nacionalno pravo

12. V Avstriji je od 1. januarja 1989 do 31. decembra 2005 veljal Kartellgesetz 1988 (zakon o kartelih iz leta 1988, v nadaljevanju: KartG 1988).<sup>4</sup> Člen 16 KartG 1988 je pojem „kartelov majhnega pomena“ opredeljeval tako:

„Karteli majhnega pomena so karteli, ki imajo v trenutku ustanovitve pri oskrbi

1. manj kot 5-odstotni delež na celotnem domačem trgu in
2. manj kot 25-odstotni delež na morebitnem domačem krajevnem delnem trgu.“

13. Karteli majhnega pomena so se lahko v skladu s členom 18(1), točka 1, KartG 1988 ustanovili tudi pred njihovo pravnomočno odobritvijo, razen v primeru, ko bi bile s pristopom nadaljnjih podjetij h kartelu prekoračene omejitve, določene v členu 16 KartG 1988.

14. V Avstriji od 1. januarja 2006 velja Kartellgesetz 2005 (zakon o kartelih iz leta 2005, v nadaljevanju: KartG 2005),<sup>5</sup> katerega člen 1(1) vsebuje prepoved, primerljivo prepovedi protikonkurenčnih ravnanj iz člena 81(1) ES (sedaj člen 101(1) PDEU). Ta prepoved v skladu s členom 2(2), točka 1, KartG 2005 spet ne velja za

„kartele, v katere so vključena podjetja, ki imajo skupaj največ 5-odstotni delež na celotnem domačem trgu in največ 25-odstotni delež na morebitnem domačem krajevnem delnem trgu (karteli majhnega pomena)“.

4 — BGBl. št. 600/1988.

5 — BGBl. št. 61/2005.

15. Člen 28(1) KartG 2005 določa:

„Potem ko je bila kršitev [...] storjena, sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, ugotovi kršitev, če obstaja upravičen interes.“

### III – Dejansko stanje in spor o glavni stvari

16. Pred nacionalnimi sodišči, pristojnimi za zadeve omejevalnih sporazumov, poteka spor med avstrijskim zveznim organom, pristojnim za konkurenco, in vrsto špedicijskih podjetij, ki delujejo v Avstriji.

17. Ozadje tega spora je dolga leta obstoječ kartel na avstrijskem trgu špedicijskih storitev, tako imenovana Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz („konferenca špediterjev zbirnih pošiljk“, v nadaljevanju: SSK), ki je kot „interesno združenje“ imela okoli 40 članov (špedicijskih podjetij).<sup>6</sup> Udeležena špedicijska podjetja so v okviru SSK sklepala predvsem sporazume o tarifah za domači promet zbirnih pošiljk, torej za špedicijske storitve, pri katerih se posamezne pošiljke več pošiljateljev logistično poveže v eno zbirno pošiljko in nato pošlje na različne namembne kraje.

18. SSK je nastala sredi devetdesetih let prejšnjega stoletja. Udeležena špedicijska podjetja so si zaradi ustanovitve Evropskega gospodarskega prostora s 1. januarjem 1994 prizadevala, da ne bi kršila evropskega konkurenčnega prava. Zato so svoje sodelovanje omejila na ozemlje Republike Avstrije.

19. SSK je 30. maja 1994 postala družba civilnega prava z odložilnim pogojem odobritve s strani sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov.

20. Pri avstrijskem sodišču, pristojnem za zadeve omejevalnih sporazumov, je bila 28. junija 1994 vložena zahteva za odobritev SSK kot „dogovorjenega kartela“.<sup>7</sup> Zahtevi je bil priložen okvirni sporazum SSK, predlagatelji pa so dejansko stanje opisali tako z vidika avstrijskega kot tudi z vidika evropskega prava o omejevalnih sporazumih. V postopku pred sodiščem, pristojnim za zadeve omejevalnih sporazumov, je bilo pridobljeno vmesno izvedensko mnenje paritetnega odbora za zadeve omejevalnih sporazumov,<sup>8</sup> ki je prišel do vmesnega sklepa, da kartel ne vpliva na meddržavno trgovino, zaradi česar se evropski predpisi o konkurenci ne uporabljajo. Ker pa je paritetni odbor v končnem izvedenskem mnenju štel, da SSK z „družbeno-ekonomskega vidika ni upravičena“, je bil zahtevek za odobritev na koncu umaknjen.

21. Zentralverband der Spediteure (centralno združenje špediterjev) je 6. februarja 1995 pri sodišču, pristojnem za zadeve omejevalnih sporazumov, predlagalo, naj ugotovi, da je SSK „kartel majhnega pomena“ v smislu člena 16 KartG 1988, zaradi česar se lahko izvede brez odobritve.<sup>9</sup> Sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, je pregledalo spis postopka odobritve iz leta 1994<sup>10</sup> in se tako seznanilo s pravnim stališčem paritetnega odbora, ki ga je ta poprej podal v svojem vmesnem izvedenskem mnenju glede vprašanja uporabe evropskega konkurenčnega prava. Sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, je s sklepom z dne 2. februarja 1996 ugotovilo, da je SSK kartel majhnega pomena v smislu člena 16 KartG 1988. Ta sklep ni bil izpodbijan, zato je postal pravno močan.

6 — Organizaciji predhodnici SSK, „Auto-Sammelladungskonferenz“ („konferenca avtomobilskih zbirnih pošiljk“) in „Bahn-Sammelladungskonferenz“ („konferenca železniških zbirnih pošiljk“), sta obstajali od sedemdesetih let prejšnjega stoletja in imeli do njunega prenehanja 31. decembra 1993 v Avstriji status „dovoljenih kartelov“.

7 — Zadeva 4 Kt 533/94.

8 — Paritetni odbor za zadeve omejevalnih sporazumov je bil do ukinitve z novelo Kartellgesetz iz leta 2002 strokovni pomožni organ sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov. Njegova dejavnost je bila določena v členih 49, 112 in 113 KartG 1988.

9 — Zadeva 4 Kt 79/95-12.

10 — Glej točko 20 teh sklepnih predlogov.

22. Tudi odvetniška pisarna,<sup>11</sup> ki jo je „zastopnik kartela“ SSK najel kot svetovalko, je zastopala stališče, da je SSK mogoče šteti za kartel majhnega pomena. Odvetniška pisarna je to stališče izrazila v več svetovalnih dopisih.

23. Pooblašчени odvetniki so najprej potrdili, da se lahko aktivnosti SSK, skladno z njenim okvirnim sporazumom, brez pridržka izvedejo. V dopisu z dne 11. marca 1996 so navedli točke, ki jih je treba upoštevati pri izvedbi SSK kot kartela majhnega pomena. Z vprašanjem, ali je kartel majhnega pomena združljiv z evropskim pravom o omejevalnih sporazumih, pa se ta dopis ni izrecno ukvarjal.

24. Odvetniška pisarna je v nadaljnjem dopisu iz leta 2001, ki je zadeval spremembo tarifne strukture SSK, poleg tega navedla, da je vprašanje, ali obstaja kartel majhnega pomena, odvisno le od tega, ali udeležena podjetja skupaj presegajo določene tržne deleže ali ne.

25. Centralno združenje špediterjev se je zaradi uveljavitve avstrijske novele Kartellgesetz iz leta 2005 s 1. januarjem 2006 ponovno obrnilo na odvetniško pisarno, da bi preverilo, kakšne učinke bodo nove zakonske določbe imele na SSK. Odvetniška pisarna je v odgovoru z dne 15. julija 2005 opozorila na to, da je treba preveriti, ali delež SSK presega 5 % domačega trga in ali so sporazumi, sklenjeni v okviru SSK, izvzeti iz prepovedi omejevalnih sporazumov. Z vprašanjem združljivosti SSK z evropskim pravom omejevalnih sporazumov pa se dopis ponovno ni ukvarjal.

26. Centralno združenje špediterjev je tržne deleže članov SSK v notranjem avstrijskem prometu z zbirnimi pošiljkami na področju kosovnega blaga za leta 2004, 2005 in 2006 ugotavljalo na podlagi ankete, izvedene po elektronski pošti. Centralno združenje špediterjev je ob upoštevanju načel razmejnitve trga, na katerih je temeljil ugotovitveni sklep sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov, izračunalo tržne deleže SSK, in sicer 3,82 % za leto 2005 in 3,23 % za leto 2006. Vsaj najpomembnejši člani SSK so bili seznanjeni s tem, da 5-odstotni prag ni bil prekoračen. V skladu s predložitvenim sklepom naj bi bilo mogoče izključiti, da je bil v letih do vključno leta 2004 5-odstotni prag prekoračen zaradi novih pristopov.

27. Evropska komisija je 11. oktobra 2007 sporočila, da je v poslovnih prostorih različnih ponudnikov mednarodnih špedicijskih storitev opravila nenapovedane preiskave zaradi suma poslovnih praks, ki omejujejo konkurenco. Upravni odbor SSK je nato 29. novembra 2007 soglasno sprejel sklep o razpustitvi SSK. Člani SSK so bili s tem sklepom seznanjeni 21. decembra 2007.

28. Zvezni organ, pristojen za konkurenco, sedaj špedicijskim podjetjem, udeleženi v SSK, očita, da so od leta 1994 do 29. novembra 2007 „sodelovala pri eni sami, kompleksni in mnogovrstni kršitvi evropskega in nacionalnega prava o omejevalnih sporazumih“, tako da so „na območju Avstrije usklajevala tarife za notranji promet zbirnih pošiljk“. V sporu o glavni stvari je zvezni organ, pristojen za konkurenco, predlagal, naj se večini zadevnih podjetij naložijo globe zaradi njihove udeležbe v kartelu.<sup>12</sup> Za družbo Schenker, ki je zaprosila za ugodno obravnavo, je ta organ predlagal, naj se z golj ugotovi, da je kršila člen 101 PDEU in člen 1 KartG 2005 (oziroma člen 9 v povezavi s členom 18 KartG 1988), brez denarnih sankcij.

29. Obramba špedicijskih podjetij temelji predvsem na tem, da so zaupala strokovnemu nasvetu zanesljivega pravnega svetovalca, izkušenega na področju konkurenčnega prava, in da je sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, SSK priznalo za kartel majhnega pomena v smislu člena 16 KartG 1988. Menijo, da evropskega konkurenčnega prava ni bilo treba uporabiti, saj naj omejitev konkurence, ki je izhajala od SSK, ne bi vplivala na meddržavno trgovino.

11 — [Opomba ni namenjena za objavo.]

12 — Kot pravna podlaga za globe se navajata člen 142(1)(a) in (d) KartG 1998 ter člen 29(1)(a) in (d) KartG 2005.

30. Te trditve obrambe so bile na prvi stopnji uspešne: Oberlandesgericht Wien (višje deželno sodišče na Dunaju) je kot sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, z delnim sklepom z dne 22. februarja 2011 zavrnilo predloge zveznega organa, pristojnega za konkurenco.<sup>13</sup> V utemeljitvi je med drugim navedlo, da špedicijskim podjetjem pri njihovem usklajevanju cen ni mogoče očitati krivdnega ravnanja, saj so se lahko sklicevala na ugotovitveni sklep sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov, z dne 2. februarja 1996 in so poleg tega pridobila pravni nasvet specializirane odvetniške pisarne. Oberlandesgericht je, kar posebej zadeva družbo Schenker, ki je zaprosila za ugodno obravnavo, zavzelo stališče, da je za ugotavljanje kršitev, ne da bi pri tem naložila globe, pristojna izključno Evropska komisija.

31. Zoper sklep, ki ga je na prvi stopnji izdalo Oberlandesgericht Wien, sta sedaj zvezni organ, pristojen za konkurenco, in Bundeskartellanwalt (zvezni državni tožilec za zadeve omejevalnih sporazumov) na Oberster Gerichtshof (vrhovno sodišče) kot višje sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, vložila pravno sredstvo („pritožbo“). Evropska komisija je v postopku pred Oberster Gerichtshof z vlogo z dne 12. septembra 2011 pisno predložila svoje opombe.<sup>14</sup>

#### IV – Predlog za sprejetje predhodne odločbe in postopek pred Sodiščem

32. Oberster Gerichtshof, avstrijsko višje sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov<sup>15</sup> (v nadaljevanju: tudi: predložitveno sodišče), je s sklepom z dne 5. decembra 2011, ki je v sodno tajništvo Sodišča prispel 27. decembra 2011, Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali se lahko podjetju, ki krši člen 101 PDEU, naloži globa, če je bilo pri tej kršitvi v zmoti o zakonitosti svojega ravnanja in mu te zmote ni mogoče očitati?

Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen:

1.a Ali je mogoče podjetju očitati zmoto o zakonitosti njegovega ravnanja, če je ravnalo po nasvetu pravnega svetovalca z izkušnjami s področja konkurenčnega prava in če nepravilnost nasveta ni bila niti očitna niti je podjetje ni moglo odkriti z ustreznim preizkusom?

1.b Ali je mogoče podjetju očitati zmoto o zakonitosti njegovega ravnanja, če je zaupalo v pravilnost odločitve nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, ki je ravnanje, ki je predmet presoje, preizkusilo le na podlagi nacionalnega konkurenčnega prava in ga štelo za dopustno?

2. Ali so nacionalni organi za konkurenco pristojni ugotoviti, da je bilo podjetje udeleženo v kartelu, ki je v nasprotju s konkurenčnim pravom Unije, če se mu ne more naložiti globa, ker je zaprosilo za uporabo obvestila o ugodni obravnavi?“

33. V postopku pred Sodiščem so poleg družbe Schenker in številnih drugih podjetij, udeleženih v sporu o glavni stvari, pisna stališča podali tudi avstrijski zvezni organ, pristojen za konkurenco, in zvezni državni tožilec za zadeve omejevalnih sporazumov, vladi Italije in Poljske ter Evropska komisija. Zvezni organ, pristojen za konkurenco, ter večina udeleženih podjetij ter Evropska komisija so bili zastopani tudi na obravnavi 15. januarja 2013.

13 — Zadeva 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — V zvezi s tem glej člen 15(3), tretji stavek, Uredbe št. 1/2003.

15 — Zadeva 16 Ok 4/11.

## V – Presoja

34. Obravnavana zadeva se nanaša na dolga leta obstoječ kartel SSK, ki je bil v Avstriji delno aktiven v času veljavnosti Uredbe št. 17, delno pa v času veljavnosti Uredbe št. 1/2003.

35. Vsebinsko se vse vrtilo okoli vprašanja, ali so podjetja, udeležena v SSK, lahko v dobri veri izhajala iz tega, da njihovo medsebojno usklajevanje cen ni vplivalo na trgovino med državami članicami in je zato spadalo le na področje uporabe nacionalnega avstrijskega prava o omejevalnih sporazumih, ne pa tudi na področje uporabe evropskega konkurenčnega prava.

36. Člani SSK so očitno, s tem ko so ozemeljsko področje uporabe svojega kartela omejili zgolj na Avstrijo, domnevali, da so z vidika evropskega prava „na varni strani“. Z vidika sodne prakse sodišč Unije in upravne prakse Evropske komisije ne obstaja nikakršen dvom o tem, da je bilo to pravno pojmovanje *objektivno* napačno.<sup>16</sup> Nejasno pa je, ali je mogoče zadevnim podjetjem kršitev prepovedi omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, pripisati tudi *subjektivno*. Povedano drugače, preučiti je treba, ali so podjetja, udeležena v SSK, *krivdno* kršila prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije.

37. Predložitveno sodišče se v predložitvenem sklepu, tako kot tudi stranke postopka v svojih stališčih, sklicuje na člen 101 PDEU, ki pa se uporablja šele od 1. decembra 2009. Kršitev prava o omejevalnih sporazumih, ki je predmet spora, pa se je nasprotno odvijala v času, ko je deloma veljal člen 81 ES, deloma pa celo še člen 85 Pogodbe E(G)S. Da bi bilo mogoče torej predložitvenemu sodišču podati koristen odgovor za rešitev spora o glavni stvari, je treba na predlog za sprejetje predhodne odločbe odgovoriti ob upoštevanju zadnjih dveh navedenih določb. Seveda pa je mogoče naslednje ugotovitve brez težav prenesti na sedaj veljavno različico prepovedi omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, v členu 101 PDEU. Zaradi poenostavitve zato pretežno govorim o „prepovedi omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije“, ki je v bistvu v vseh treh navedenih določbah enako vsebinsko določena.

*A – Zmota o prepovedi, ki izključuje krivdo, v evropskem konkurenčnem pravu (prvi del prvega vprašanja za predhodno odločanje)*

38. Oberster Gerichtshof želi s prvim delom prvega vprašanja izvedeti, ali se lahko podjetju, ki je kršilo prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, naloži globa, če je bilo podjetje v zmoti o zakonitosti svojega ravnanja in mu te zmote ni mogoče očitati. Povedano drugače, odgovoriti je treba na temeljno vprašanje, ali evropsko konkurenčno pravo priznava institut zmote o prepovedi, ki izključuje krivdo, ki ga pozna splošno kazensko pravo. Sodišče se je tega problema v dosedanji sodni praksi kvečjemu dotaknilo,<sup>17</sup> nikoli pa ga ni podrobno obravnavalo.

16 — Sodbe z dne 17. oktobra 1972 v zadevi Vereeniging van Cementhandelaren proti Komisiji (8/72, Recueil, str. 977, točka 29), z dne 11. julija 1985 v zadevi Remia in drugi proti Komisiji (42/84, Recueil, str. 2545, točka 22 na koncu), z dne 23. novembra 2006 v zadevi Asnef-Equifax (C-238/05, ZOdl., str. I-11125, točka 37) in z dne 24. septembra 2009 v zadevi Erste Group Bank in drugi proti Komisiji (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P in C-137/07 P, ZOdl., str. I-8681, točka 38); obvestilo Komisije „Smernice o konceptu vpliva na trgovino, ki ga vsebujeta člena 81 in 82 Pogodbe“ (UL 2004, C 101, str. 81), del 3.2.1 (predvsem točka 78).

17 — Glej predvsem sodbi z dne 1. februarja 1978 v zadevi Miller International Schallplatten proti Komisiji („Miller“, 19/77, Recueil, str. 131, točka 18) in z dne 7. junija 1983 v zadevi Musique Diffusion française in drugi proti Komisiji (od C-100/80 do C-103/80, Recueil, str. 1825, točki 111 in 112. V sodbi z dne 10. decembra 1985 v združenih zadevah Stichting Sigarettenindustrie in drugi proti Komisiji (od 240/82 do 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 in 269/82, Recueil, str. 3831, točka 60) je pojem zmote o prepovedi omenjen mimogrede. Sodišče se v sodbah z dne 12. julija 1979 v združenih zadevah BMW Belgium in drugi proti Komisiji („BMW Belgium“, 32/78 in od 36/78 do 82/78, Recueil, str. 2435, točki 43 in 44) in z dne 8. novembra 1983 v združenih zadevah IAZ International Belgium in drugi proti Komisiji (od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 in 110/82, Recueil, str. 3369, točka 45) omejuje – brez konkretne poglobljene presoje morebitne zmote o prepovedi – na izjavo, da ni bistveno, ali se je neko podjetje zavedalo kršitve prepovedi iz člena 85 Pogodbe EGS ali ne. V sklepnih predlogih generalnega pravobranilca H. Mayrasa z dne 13. novembra 1975 v zadevi General Motors proti Komisiji (26/75, Recueil, str. 1367, 1390) se zmota o prepovedi domneva in zato zavrača naložitev globe zaradi naklepa.

39. Odgovor na ta prvi del prvega vprašanja za predhodno odločanje, drugače kot meni Evropska komisija, nikakor ni odvečen in ga tudi ni mogoče nadomestiti zgolj z obravnavanjem naslednjih vprašanj za predhodno odločanje. Ta nadaljnja vprašanja so namreč deloma postavljena le podredno in poleg tega vsa nujno predpostavljajo, da evropsko konkurenčno pravo pozna zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo. Zato je nujno treba najprej preučiti, ali to drži.

40. Izhodiščna točka za razmišljanja o tej problematiki bi morala biti, da pravo o omejevalnih sporazumih sicer ne sodi v jedro kazenskega prava,<sup>18</sup> vendar pa je priznано, da ima kvazikazenski značaj.<sup>19</sup> Posledica tega je, da morajo biti v pravu o omejevalnih sporazumih upoštevana določena načela, ki izvirajo iz kazenskega prava in ki jih je navsezadnje mogoče razlagati z načelom pravne države in načelom krivdne odgovornosti. K njim poleg načela osebne odgovornosti, s katerim so se sodišča Unije v zadevah omejevalnih sporazumov pogosto ukvarjala vse do nedavnega,<sup>20</sup> sodi tudi načelo *nulla poena sine culpa* (ni kazni brez krivde).

41. Četudi Sodišče v sodni praksi do sedaj ni intenzivno obravnavalo načela *nulla poena sine culpa*, pa obstajajo indici, da njegovo veljavnost na ravni Unije predpostavlja kot samoumevno.<sup>21</sup> Dodajam, da gre za načelo z značajem temeljne pravice, ki izvira iz skupnih ustavnih tradicij držav članic.<sup>22</sup> To načelo v Listini Evropske unije o temeljnih pravicah in v EKČP<sup>23</sup> sicer ni izrecno omenjeno, je pa nujni pogoj domneve nedolžnosti. Zato je mogoče izhajati iz tega, da je načelo *nulla poena sine culpa* implicitno vsebovano tako v členu 48(1) Listine kot tudi v členu 6(2) EKČP, za katera je priznано, da se upoštevata v postopkih v zvezi z omejevalnimi sporazumi.<sup>24</sup> Ti dve določbi Listine in EKČP je navsezadnje mogoče šteti za procesnopravna izraza načela *nulla poena sine culpa*.

42. V povezavi s sankcijami s področja prava o omejevalnih sporazumih, ki jih naloži Evropska komisija, pride načelo *nulla poena sine culpa* do izraza tako v členu 15(2) stare Uredbe št. 17 kot tudi v sedaj veljavnem členu 23(2) Uredbe št. 1/2003: v skladu z obema določbama se globe s področja prava omejevalnih sporazumov lahko naložijo le za kršitve, storjene naklepno ali iz malomarnosti.

18 — Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) v sodbi z dne 23. novembra 2006 v zadevi Jussila proti Finski (pritožba št. 73053/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIV, točka 43) konkurenčnega prava ne uvršča v klasično kazensko pravo in izhaja iz tega, da kazenskopravnih jamstev, ki izhajajo iz člena 6(1) EKČP, zunaj „trdega jedra“ kazenskega prava ni nujno treba uporabiti popolnoma dosledno.

19 — V zvezi s tem glej moje sklepne predloge z dne 3. julija 2007 v zadevi ETI in drugi (C-280/06, ZOdl., str. I-10893, točka 71) in z dne 8. septembra 2011 v zadevi Toshiba Corporation in drugi (C-17/10, točka 48) in navedeno sodno prakso. Sodišče v ustaljeni sodni praksi v evropskem konkurenčnem pravu uporablja kazenskopravna načela (glede domneve nedolžnosti glej sodbo z dne 8. julija 1999 v zadevi Hüls proti Komisiji, C-199/92 P, Recueil, str. I-4287, točki 149 in 150, in glede prepovedi dvojnega kaznovanja – *ne bis in idem* – sodbo z dne 14. februarja 2012 v zadevi Toshiba Corporation in drugi, C-17/10, točka 94). Tudi ESČP v sodbi z dne 27. septembra 2011 v zadevi Menarini Diagnostics proti Italiji (pritožba št. 43509/08, točke od 38 do 45) globi, ki jo je zaradi kršitve prava omejevalnih sporazumov naložil italijanski organ, pristojen za konkurenco, priznava kazenskopravni značaj v smislu člena 6(1) EKČP.

20 — Glej na primer sodbe z dne 8. julija 1999 v zadevi Komisija proti Anic Participazioni (C-49/92 P, Recueil, str. I-4125, točki 145 in 204), z dne 11. decembra 2007 v zadevi ETI in drugi (C-280/06, ZOdl., str. I-10893, točka 39), z dne 10. septembra 2009 v zadevi Akzo Nobel in drugi proti Komisiji (C-97/08 P, ZOdl., str. I-8237, točka 56) in z dne 19. julija 2012 v združenih zadevah Alliance One International in Standard Commercial Tobacco proti Komisiji (C-628/10 P in C-14/11 P, točka 42).

21 — Sodišče je v sodbi z dne 18. novembra 1987 v zadevi Maizena in drugi (137/85, Recueil, str. 4587, točka 14) navedlo, da gre pri načelu *nulla poena sine culpa* za „tipično kazenskopravno“ načelo. Njegov obstoj na ravni prava Unije se poleg tega predpostavlja v sodbi z dne 11. julija 2002 v zadevi Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Recueil, str. I-6453, predvsem točki 35 in 44). Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Lenza z dne 11. julija 1992 v zadevi Van der Tas (C-143/91, Recueil, str. I-5045, točka 11) in – splošno glede načela krivdne odgovornosti v upravnih določbah o sankcijah – sklepne predloge generalnega pravobranilca D. Ruiza-Jaraba z dne 24. januarja 2008 v združenih zadevah Michaeler in drugi (C-55/07 in C-56/07, ZOdl., str. I-3135, točka 56).

22 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca W. van Gervna z dne 15. septembra 1993 v zadevi Charlton in drugi (C-116/92, Recueil, str. I-6755, točka 18).

23 — Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP, podpisana 4. novembra 1950 v Rimu).

24 — Sodbi Hüls proti Komisiji (navedena v opombi 19, točki 149 in 150, glede člena 6(2) EKČP) in z dne 22. novembra 2012 v zadevi E.ON Energie proti Komisiji (C-89/11 P, točki 72 in 73, glede člena 48(1) Listine o temeljnih pravicah); v istem smislu že sodba z dne 14. februarja 1978 v zadevi United Brands in United Brands Continentaal proti Komisiji (United Brands, 27/76, Recueil, str. 207, točka 265).



43. To mora veljati tudi, če so kršitve prava Unije o omejevalnih sporazumih predmet postopka pred nacionalnimi organi ali sodišči, pristojnimi za konkurenco. Na področju uporabe prava Unije morajo namreč nacionalni organi pri izvrševanju pooblastil spoštovati splošna načela prava Unije.<sup>25</sup> Nič drugega ne izhaja iz člena 3(2) Uredbe št. 1/2003, katerega namen je navsezadnje zagotoviti prednost vrednotenja prava Unije o omejevalnih sporazumih pred konkurenčnim pravom posameznih držav.

44. Iz načela *nulla poena sine culpa* izhaja, da mora podjetje za kršitev prava o omejevalnih sporazumih, ki jo je zagrešilo z zgolj objektivnega vidika, odgovarjati le, če mu je to kršitev mogoče očitati tudi s subjektivnega vidika. Če pa je bilo podjetje nasprotno v zmoti o prepovedi, ki izključuje krivdo, potem kršitve podjetja ni mogoče ugotoviti, niti je ni mogoče uporabiti za podlago za naložitev sankcij, kakršne so na primer globe.

45. Poudariti je treba, da ni vsaka zmeta o prepovedi takšna, da lahko v celoti izključi krivdo podjetja, udeleženega v kartelu, in s tem obstoj kršitve, ki ji lahko sledi sankcija. Le če je bila zmeta, v kateri je bilo podjetje glede zakonitosti svojega ravnanja na trgu, *neizogibna* – včasih je bilo govora tudi o *opravičljivi* zmoti ali o zmoti, *ki je ni mogoče očitati* – je bilo ravnanje podjetja nekrivdno in ga ni mogoče preganjati za obravnavano kršitev prava o omejevalnih sporazumih.

46. Taka neizogibna zmeta o prepovedi bo verjetno obstajala zelo redko. Domnevati jo je mogoče le, če je zadevno podjetje naredilo vse, kar je v njegovi moči in kar je od njega mogoče pričakovati, da bi preprečilo kršitev prava Unije o omejevalnih sporazumih, ki se mu očita.

47. Če bi zadevno podjetje svojo zmeta o zakonitosti ravnanja na trgu lahko – kar je pogosto – preprečilo s primernimi ukrepi, potem se ne more izogniti vsem sankcijam za kršitev prava o omejevalnih sporazumih, ki jo je zagrešilo. Odgovorno bo vsaj za malomarno kršitev,<sup>26</sup> kar glede na stopnjo težavnosti obravnavanih vprašanj s področja konkurenčnega prava *lahko* (vendar ni *nujno*) privede do zmanjšanja zneska globe.<sup>27</sup>

48. Ali bi se podjetje, udeleženo v kartelu, lahko izognilo zmoti o prepovedi ali pa to ni bilo mogoče (oziroma ali mu je to zmeta mogoče očitati ali ne), je treba presojati v skladu z enotnimi merili prava Unije, da bi za vsa podjetja, dejavna na notranjem trgu, glede na materialno konkurenčno pravo Unije veljali enotni okvirni pogoji (*level playing field*).<sup>28</sup> To problematiko bom v nadaljevanju podrobneje obravnavala še v zvezi z drugim delom prvega vprašanja za predhodno odločanje.

#### B – Možnost očitanja zmote o prepovedi (drugi del prvega vprašanja za predhodno odločanje)

49. Če bo institut zmote o prepovedi, ki izključuje krivdo, kakor predlagam,<sup>29</sup> v pravu Unije o omejevalnih sporazumih priznan, je treba preučiti tudi podredno postavljen drugi del prvega vprašanja za predhodno odločanje (vprašanje 1, točki (a) in (b)). Predložitveno sodišče želi z njim v bistvu izvedeti, kako skrbno je moralo podjetje ravnati, da bi se lahko domnevalo, da je bilo glede zakonitosti svojega ravnanja na trgu v zmoti o prepovedi, ki je bila neizogibna (mu je ni mogoče očitati) in zato izključuje krivdo, tako da tega podjetja ni mogoče preganjati zaradi morebitne kršitve prava o omejevalnih sporazumih.

25 — Glej na primer sodbe z dne 26. aprila 2005 v zadevi „Goed Wonen“ (C-376/02, ZOdl., str. I-3445, točka 32), z dne 11. julija 2006 v zadevi Chacón Navas (C-13/05, ZOdl., str. I-6467, točka 56) in z dne 27. septembra 2007 v zadevi Twoh International (C-184/05, ZOdl., str. I-7897, točka 25).

26 — V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca H. Mayrasa v zadevi General Motors proti Komisiji (navedeni v opombi 17).

27 — Evropska komisija, Smernice o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe št. 1/2003 (UL 2006, C 210, str. 2, „Smernice iz leta 2006“), točka 29, druga alineja.

28 — V zvezi s tem glej tudi uvodno izjavo 8 Uredbe št. 1/2003 ter moje sklepne predloge z dne 6. septembra 2012 v zadevi Expedia (C-226/11, točka 37 in navedena sodna praksa).

29 — Glej moje ugotovitve glede prvega dela prvega vprašanja za predhodno odločanje (točke od 38 do 48 teh sklepnih predlogov).

50. Podrobno je torej treba preučiti, ali in pod katerimi pogoji lahko zaupanje zadevnega podjetja v odvetniški nasvet (vprašanje 1, točka (a); glej takoj spodaj, oddelek 1) ali v odločitev organa države članice, pristojnega za konkurenco (vprašanje 1, točka (b); glej spodaj, oddelek 2), pripelje do domneve, da podjetju morebitne zmete o prepovedi ni mogoče očitati in ga zato ne bodo doletele sankcije, ki jih določa pravo o omejevalnih sporazumih.

1. Zaupanje podjetja v odvetniški nasvet (vprašanje 1, točka (a))

51. Predložitveno sodišče želi z vprašanjem 1, točka (a), izvedeti, ali je mogoče domnevati zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo, če se je podjetje pri protikonkurenčnem ravnanju, ki se mu očita, zaneslo na odvetniški nasvet.

52. To delno vprašanje se postavlja v povezavi z več pisnimi izjavami odvetniške pisarne, ki jo je najela SSK, na katere se zadevna podjetja sedaj v sporu o glavni stvari sklicujejo z namenom, da bi bila razbremenjena odgovornosti.

53. Med strankami je nadvse sporno, ali je pri presoji krivde podjetja za kršitev prava o omejevalnih sporazumih treba upoštevati odvetniški nasvet. Medtem ko temu podjetja, udeležena v postopku za sprejetje predhodne odločbe, vseskozi pritrjujejo,<sup>30</sup> so Evropska komisija ter države članice in nacionalni organi, zastopani pred Sodiščem, zavzeli nasprotno stališče.

a) Pomen pravnega nasveta v sistemu Uredbe št. 1/2003

54. Sodišče se je do sedaj, kolikor je razvidno, samo enkrat relativno in mimogrede ukvarjalo s to problematiko. V sodbi Miller je navedlo, da z izjavo pravnega svetovalca ni mogoče opravičiti kršitve podjetja zoper člen 85 Pogodbe EGS.<sup>31</sup>

55. To ugotovitev Sodišča v sodbi Miller je treba razumeti ob upoštevanju takrat veljavnega pravnega stanja. Podjetja so do 30. aprila 2004 v skladu z Uredbo št. 17 prosto odločala o tem, ali bodo med seboj sklenjene sporazume predložila Evropski komisiji v odobritev oziroma ali bodo od Komisije zahtevala izdajo negativnega izvida. Podjetjem, dejavnim na skupnem trgu, je bilo s tem omogočeno, da z uradne strani dobijo pravno varnost glede združljivosti njihovega ravnanja z evropskim konkurenčnim pravom. Podjetje, ki tega ni storilo, ampak se je zgolj zaneslo na nasvet odvetnika, ni storilo vsega, kar je v njegovi moči, in tistega, kar je od njega mogoče pričakovati, da bi preprečilo kršitev evropskega konkurenčnega prava. Zaupanje podjetja v izvedensko mnenje odvetnika, gledano samo zase, nekoč ni zadoščalo za to, da bi bilo mogoče morebitno zmoto o prepovedi šteti za neizogibno in s tem za tako, ki izključuje krivdo.

56. Sodne prakse v zadevi Miller pa ni mogoče prenesti na danes veljavno pravno stanje. Z Uredbo št. 1/2003, ki velja od 1. maja 2004, je namreč prišlo do zamenjave paradigem pri izvajanju prava Unije o omejevalnih sporazumih. Stari sistem priglasitve in odobritve iz Uredbe št. 17 je bil nadomeščen z novim sistemom izjem.<sup>32</sup> Od takrat naprej niti Evropska komisija niti organi ali sodišča držav članic, pristojni za konkurenco, za posamezne primere ne izdajajo odobritev ali negativnih izvidov.<sup>33</sup>

30 — Z izjemo družbe Schenker, ki se glede te problematike ni opredelila in je le glede drugega vprašanja za predhodno odločanje podala pisno in ustno stališče.

31 — Sodba Miller (navedena v opombi 17, točka 18). Zaradi celovitosti je treba dodati, da je bilo poleg tega v sodbi BMW Belgium (navedena v opombi 17, točki 43 in 44) navedeno, da se je zadevno podjetje v svoji obrambi sklicevalo na izvedensko mnenje odvetnika, vendar pa Sodišče glede tega vidika ni zavzelo konkretnega stališča.

32 — Uvodna izjava 4 Uredbe št. 1/2003.

33 — Sodišče je nedavno poudarilo, da nacionalni organi, pristojni za konkurenco, niso pristojni za ugotavljanje neobstoja kršitev prava Unije o omejevalnih sporazumih (sodba z dne 3. maja 2011 v zadevi Tele2 Polska, C-375/09, ZOdl., str. I-3055, predvsem točki 29 in 32).

57. Od podjetij, dejavnih na notranjem trgu, se namreč od 1. maja 2004 pričakuje, da bodo na lastno odgovornost presojala združljivost svojega ravnanja na trgu z evropskim pravom o omejevalnih sporazumih. S tem zadevna podjetja načelno sama nosijo tveganje morebitne napačne ocene pravnega stanja. Velja splošna življenjska modrost, da nevednost ne varuje pred kaznijo. Prav zato ima pridobitev strokovnega pravnega nasveta v sistemu Uredbe št. 1/2003 popolnoma drugačen pomen, kot pa ga je še imela v sistemu Uredbe št. 17. Za podjetja je danes posvetovanje s pravnim svetovalcem pogosto edini način, da se temeljito seznanijo s pravnim stanjem na področju omejevalnih sporazumov.

58. To, da se podjetja na eni strani spodbuja, naj pridobijo strokovni pravni nasvet, temu nasvetu pa se na drugi strani pri presoji njihove krivde za kršitev prava Unije o omejevalnih sporazumih ne pripisuje nobenega pomena, ne gre skupaj. Če je podjetje v dobri veri zaupalo v – na koncu napačni – nasvet pravnega svetovalca, to ne more ostati brez posledic v postopku o naložitvi globe v skladu s pravom o omejevalnih sporazumih.

59. Predvsem zgolj civilnopravna odgovornost odvetnika za napačni pravni nasvet, v nasprotju z mnenjem Evropske komisije, sama zase ni primerna izravnava. Civilna odškodnina, ki jo stranka dobi od svojega odvetnika, je praviloma povezana z nepredvidljivimi zapleti in poleg tega ne more izničiti negativne vrednostne sodbe („stigma“), ki je povezana z naložitvijo sankcij v skladu s pravom o omejevalnih sporazumih podjetju – torej kvazikazenskih sankcij.

60. Pridobitev pravnega nasveta podjetja seveda ne more odvezati vsake lastne odgovornosti za njegovo ravnanje na trgu in morebitnih kršitev evropskega konkurenčnega prava. Izvedensko mnenje odvetnika nikoli ne more biti vnaprejšnji odpustek. V nasprotnem primeru bi bila uslužnostnim izvedenskim mnenjem odprta vsa vrata, pristojnost za izdajo uradnih negativnih izvidov, ki jo je odpravila Uredba št. 1/2003, pa bi *de facto* prešla na zasebne pravne svetovalce, ki za to nimajo nobene legitimitnosti.

61. Osnovni cilj zagotavljanja učinkovitega izvajanja evropskih pravil konkurence<sup>34</sup> terja, da se morebitno zaupanje podjetja v pravni nasvet prizna kot podlaga za zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo, le tedaj, če se v povezavi s pridobitvijo tega pravnega nasveta upoštevajo določeni minimalni pogoji, ki jih bom v nadaljevanju na kratko predstavila.

#### b) Minimalne zahteve v povezavi s pridobitvijo pravnega nasveta

62. Osnovni pogoj za upoštevanje pravnega nasveta, ki ga je pridobilo podjetje, je, da je podjetje v dobri veri zaupalo temu nasvetu. Varstvo legitimnih pričakovanj in dobra vera sta namreč tesno povezana.<sup>35</sup> Če dejstva potrjujejo domnevo, da se je podjetje, kljub temu, da je vedelo, da nekaj ni v redu, oprlo na odvetniško izvedensko mnenje, ali da je šlo za uslužnostno izvedensko mnenje, takega pravnega nasveta pri presoji krivdne odgovornosti za kršitev pravil evropskega konkurenčnega prava od vsega začetka ni treba upoštevati.

63. Poleg tega za pridobitev pravnega nasveta veljajo naslednje minimalne zahteve, za katerih spoštovanje zadevno podjetje samo nosi tveganje in odgovornost.

34 — Glede tega cilja glej uvodne izjave 8, 17 in 22 Uredbe št. 1/2003 ter sodbi z dne 7. decembra 2010 v zadevi VEBIC (C-439/08, ZOdl., str. I-12471, točka 56) in z dne 14. junija 2011 v zadevi Pfeiderer (C-360/09, ZOdl., str. I-5161, točka 19).

35 — V tem smislu sodbe z dne 16. julija 1998 v zadevi Oelmühle in Schmidt Söhne (C-298/96, Recueil, str. I-4767, točka 29), z dne 19. septembra 2002 v zadevi Huber (C-336/00, Recueil, str. I-7699, točka 58) in z dne 22. januarja 1997 v zadevi Opel Austria proti Svetu (T-115/94, Recueil, str. II-39, točka 93).

64. Prvič, vedno je treba pridobiti nasvet neodvisnega zunanjega odvetnika.<sup>36</sup> Nasvet sodelavcev lastnega, notranjega pravnega oddelka podjetja ali skupine v primeru zmote o prepovedi nikakor ne more izključevati krivde. Pravniki podjetja so namreč – četudi imajo položaj notranjih odvetnikov<sup>37</sup> – kot delavci neposredno odvisni od zadevnega podjetja, zato je njihov pravni nasvet temu ustrezno mogoče pripisati lastnemu delodajalcu. Podjetje si ne more samo zagotoviti vnaprejšnjega odpustka za svoje ravnanje, ki je morebiti v nasprotju s pravom o omejevalnih sporazumih.

65. Drugič, nasvet mora dati strokovni odvetnik, kar predpostavlja, da je odvetnik specializiran za področje konkurenčnega prava vključno z evropskim pravom o omejevalnih sporazumih in da ima poleg tega redno opravka s strankami s tega pravnega področja.

66. Tretjič, odvetniški nasvet mora biti dan na podlagi popolne in točne predstavitve dejstev s strani zadevnega podjetja. Če je podjetje najetega odvetnika le pomanjkljivo ali celo v nasprotju z resnico obvestilo o okoliščinah, ki izhajajo iz področja odgovornosti podjetja, potem izvedensko mnenje tega odvetnika v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom ne more opravičiti morebitne zmote o prepovedi.

67. Četrtrič, izvedensko mnenje najetega odvetnika se mora izčrpno ukvarjati z upravno prakso Evropske komisije in njeno prakso sprejemanja odločitev ter s sodno prakso sodišč Unije in pri tem vsebovati podrobno stališče o vseh zadevnih pravnih vidikih konkretnega primera. Kar ni izrecno predmet odvetniškega nasveta, ampak se iz njega lahko kvečjemu implicitno izpelje, ne more biti podlaga za priznanje zmote o prepovedi, ki izključuje krivdo.

68. Petič, dan pravni nasvet ne sme biti očitno napačen. Nobeno podjetje ne sme slepo zaupati odvetniškemu nasvetu. Vsako podjetje, ki se obrne na odvetnika, mora njegove izjave namreč preveriti vsaj z vidika njihove verjetnosti.

69. Skrbnost, ki se v zvezi s tem pričakuje od podjetja, je seveda odvisna od njegove velikosti in njegovih izkušenj s konkurenčnopравниimi zadevami.<sup>38</sup> Čim večje je podjetje in čim več izkušenj ima s konkurenčnim pravom, tem bolj je zavezano k temu, da pridobljeni odvetniški nasvet vsebinsko preuči, predvsem takrat, ko ima lastni pravni oddelek z ustreznim strokovnim znanjem.

70. Ne glede na to pa mora vsako podjetje vedeti, da so določene prakse, ki omejujejo konkurenco, že po svoji naravi prepovedane,<sup>39</sup> predvsem da nihče ne sme biti udeležen pri tako imenovanih *nedopustnih omejitvah*,<sup>40</sup> na primer pri usklajevanju cen ali sporazumih ali ukrepih za razdelitev ali zapiranje trgov. Od velikih in izkušenih podjetij je poleg tega mogoče zahtevati, da so se seznanila z zadevnimi navedbami Evropske komisije v njenih obvestilih in smernicah na področju konkurenčnega prava.

71. Šestič, zadevno podjetje ravna na lastno odgovornost, če iz izvedenskega pravnega mnenja, ki ga je pridobilo, izhaja, da je pravno stanje nejasno. Podjetje tedaj namreč vsaj iz malomarnosti vzame v zakup, da s svojim ravnanjem na trgu krši pravila evropskega konkurenčnega prava.

36 — Pojem „odvetnik“ tu in v nadaljevanju zajema tudi take odvetnike, ki so zaposleni v neodvisni odvetniški pisarni.

37 — V zvezi s tem glej sodbo z dne 14. septembra 2010 v zadevi Akzo Nobel Chemicals in Akcros Chemicals proti Komisiji in drugim (C-550/07 P, ZOdl., str. I-8301) ter moje sklepne predloge z dne 29. aprila 2010 v tej zadevi.

38 — To izhaja tudi iz sodb United Brands (navedena v opombi 24, točke od 299 do 301) in z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. 461, točka 134); v istem smislu sodbi z dne 1. aprila 1993 v zadevi Hewlett Packard France (C-250/91, Recueil, str. I-1819, točka 22) in z dne 14. novembra 2002 v zadevi Ilumitronica (C-251/00, Recueil, str. I-10433, točka 54).

39 — V tem smislu sodbe Miller (navedena v opombi 17, točki 18 in 19), z dne 11. julija 1989 v zadevi Belasco in drugi proti Komisiji (246/86, Recueil, str. 2117, točka 41) in z dne 8. februarja 1990 v zadevi Tipp-Ex proti Komisiji (C-279/87, Recueil, str. I-261, točka 2 izreka); glej tudi sodbo Splošnega sodišča z dne 14. decembra 2006 v združenih zadevah Raiffeisen Zentralbank Österreich in drugi proti Komisiji (od T-259/02 do T-264/02 in T-271/02, ZOdl., str. II-5169, točka 205).

40 — Glede izraza nedopustne omejitve glej predvsem Obvestilo Evropske komisije o sporazumih manjšega pomena, ki neznatno omejujejo konkurenco po členu 81(1) Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (*de minimis*) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 125).

72. Priznati je treba, da bodo minimalne zahteve, ki sem jih pravkar predlagala, z vidika zadevnih podjetij nekoliko okrnile vrednost odvetniških izvedenskih pravnih mnenj. Vendar pa je to značilnost sistema, uvedenega z Uredbo št. 1/2003, podobno pa je tudi v klasičnem kazenskem pravu: na koncu je vsako podjetje samo odgovorno za svoje ravnanje na trgu in nosi tveganje za kršitve prava, ki jih je zagrešilo. S pridobitvijo odvetniškega pravnega nasveta ni mogoče doseči popolne pravne varnosti. Če pa so izpolnjene vse zgoraj navedene minimalne zahteve, potem je mogoče domnevati zмотo o prepovedi, ki izključuje krivdo, če se je zadevno podjetje v dobri veri zaneslo na nasvet pravnega svetovalca.

73. Omeniti je še treba, da mora odvetnik, ki s pripravo uslužnostnih izvedenskih mnenj postane podaljšana roka podjetij, ki se poslužujejo protikonkurenčne prakse, računati ne samo s civilno in poklicnopravnimi posledicami, ampak mu je poleg tega mogoče naložiti tudi sankcije s področja prava o omejevalnih sporazumih.<sup>41</sup>

### c) Sklepi za obravnavani primer

74. Če zgoraj navedena merila prenesemo na primer, kakršen je obravnavani, potem iz tega izhaja, da zadevna podjetja niso bila v opravičljivi zmoti o prepovedi, ampak da jim je mogoče očitati morebitno zmoto o nezakonnosti njihovega ravnanja na trgu glede na evropsko konkurenčno pravo.

75. Po eni strani namreč začetni trenutek kršitve, kakor tudi daleč največji del trajanja kartela SSK, leži v času, ko je še veljala Uredba št. 17. Zadevna podjetja<sup>42</sup> bi se torej lahko, kakor ustrezno poudarja avstrijski zvezni državni tožilec za zadeve omejevalnih sporazumov, že zgodaj obrnila na Evropsko komisijo in od nje zahtevala izdajo negativnega izvida v skladu s členom 2 Uredbe št. 17<sup>43</sup>.<sup>44</sup> Dejstva, da so to zamudila, ni mogoče izravnati s pridobitvijo odvetniškega pravnega nasveta. Nič drugega tudi ne more veljati za tisti del kartela SSK, ki je deloval po 30. aprilu 2004, torej v času, ko je že veljala Uredba št. 1/2003. Če se namreč izhaja iz stališča avstrijskega zveznega organa, pristojnega za konkurenco, da je sporni kartel pomenil enotno in trajajočo kršitev, mora začetna zamuda članov SSK, da bi pridobili negativni izvid, vplivati na presojo njihove krivdne odgovornosti za celotno obdobje obstoja kartela.

76. Po drugi strani kaže, da je glede na navedbe predložitvenega sodišča pridobljeni pravni nasvet v obravnavanem primeru pomanjkljiv. Različni dopisi odvetniške pisarne, ki je bila najeta za pripravo nasveta – s pridržkom ponovne presoje s strani nacionalnega sodišča – namreč ne vsebujejo stališča ravno glede vprašanja, od katerega je odločilno odvisno kaznovanje članov SSK za kršitev prava o omejevalnih sporazumih, namreč glede področja stvarne uporabe člena 85 Pogodbe E(G)S oziroma člena 81 ES. V tej povezavi, v nasprotju z očitnim mnenjem nekaterih podjetij, udeleženi v postopku, ne zadošča, da so odvetniška izvedenska mnenja morebiti implicitno omogočala sklepe glede problematike vplivanja na trgovino med državami članicami. Kar ni izrecno predmet odvetniškega nasveta, ampak je mogoče kvečjemu posredno izpeljati iz njega, ne more biti, kot že omenjeno,<sup>45</sup> podlaga za priznanje zmoti o prepovedi, ki izključuje krivdo. To še posebej velja, če gre – kot v obravnavanem primeru – za osrednje in vseodločujoče pravno vprašanje nekega primera.

41 — V tem smislu sodba Splošnega sodišča z dne 8. julija 2008 v zadevi AC-Treuhand proti Komisiji (T-99/04, ZOdl., str. II-1501), ki zadeva udeležbo svetovalnega podjetja v kartelu, ki samo ni bilo aktivno na trgu, na katerem je deloval kartel.

42 — To velja za vsa podjetja, ki so bila že pred 1. majem 2004 člani SSK.

43 — Podobno določbo je nekoč vseboval člen 2 Protokola 4 k Sporazumu med državami Efte o ustanovitvi nadzornega organa in sodišča (UL 1994, L 344, str. 12).

44 — V tem smislu sodba Hoffmann-La Roche proti Komisiji (navedena v opombi 38, točke 129, zadnji stavek, 130 in 134, predzadnji stavek).

45 — Glej zgoraj točko 67 teh sklepnih predlogov.

77. Dodajam, da je vsaj od velikih podjetij med udeleženci kartela poleg tega mogoče zahtevati poznavanje zadevnih obvestil in smernic Evropske komisije.<sup>46</sup> Iz njih nesporno izhaja, da horizontalni karteli, kakršen je SSK, ki se raztezajo čez celotno ozemlje države članice, praviloma lahko vplivajo na trgovino med državami članicami,<sup>47</sup> zato za njih velja prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije.

78. Za vprašanje krivdne odgovornosti podjetij, udeleženih v kartelu, končno ni bistvena okoliščina, ki jo poudarjajo nekatere stranke postopka, da SSK ni bil skriven kartel in da so si člani SSK po lastnih navedbah prizadevali preprečiti kršitev prava Unije o omejevalnih sporazumih. Zmote o prepovedi, ki izključuje krivdo, ni mogoče domnevati zgolj zato, ker storilec misli, da ima prav in je tudi sicer „prepričan o svoji stvari“. Bistveno je namreč le to, ali je storil vse, kar je v njegovi moči in kar je mogoče od njega pričakovati, da bi preprečil storitev kršitve.

2. Zaupanje podjetja v odločitev nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco (vprašanje 1, točka (b))

79. Predložitveno sodišče želi z vprašanjem 1, točka (b), izvedeti, ali je mogoče domnevati zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo, če je podjetje, ki se mu očita protikonkurenčno ravnanje, zaupalo odločitvi nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, ki je to ravnanje presojalo le na podlagi nacionalnega konkurenčnega prava in ga štelo za dopustno.

80. Ozadje tega delnega vprašanja je okoliščina, da je avstrijsko sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, kot pristojni nacionalni organ s pravnomočnim sklepom z dne 2. februarja 1996 ugotovilo, da je SSK „kartel majhnega pomena“ v smislu člena 16 KartG 1988. Zadevna podjetja se sedaj na ta sklep v sporu o glavni stvari sklicujejo z namenom, da bi bila razbremenjena odgovornosti.

81. Med strankami postopka je, prav tako kot pri zgoraj obravnavanem zaupanju v odvetniški nasvet, nadvse sporno, ali je treba pri presoji krivdne odgovornosti podjetja za kršitev prava o omejevalnih sporazumih upoštevati odločitev nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco. Stališča glede obeh problemov so v bistvenem enaka.

a) Pomen odločitev nacionalnih organov in sodišč, pristojnih za konkurenco

82. Eden od glavnih ciljev Uredbe št. 1/2003 je bil ta, da se nacionalni organi bolj kot v preteklosti vključijo v izvajanje evropskega prava o omejevalnih sporazumih.<sup>48</sup> V novem, decentraliziranem sistemu izvajanja prava o omejevalnih sporazumih imajo tako nacionalni organi, pristojni za konkurenco, in nacionalna sodišča nezanemarljivo vlogo. Organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, in nacionalna sodišča so v skladu s členoma 5 in 6 Uredbe št. 1/2003 izrecno pristojni za uporabo prava Unije o omejevalnih sporazumih in po potrebi – v okoliščinah, navedenih v členu 3 te uredbe – celo zavezani.<sup>49</sup>

83. Uporaba člena 85 Pogodbe E(G)S oziroma člena 81 ES tudi v času pred 30. aprilom 2004, ko je sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, izdalo sklep, ki ga navajajo zadevna podjetja, nikakor ni bila izvzeta iz pristojnosti nacionalnih organov in sodišč. Evropska komisija je bila sicer nekoč v skladu s členom 9(1) Uredbe št. 17 izključno pristojna za priznanje oprostitev v skladu s členom 85(3) Pogodbe E(G)S oziroma členom 81(3) ES. Nacionalnim organom in sodiščem pa sicer načelno ni bilo onemogočeno, da uporabijo neposredno veljavni člen 85(1) Pogodbe E(G)S oziroma

46 — Glej zgoraj točko 70 teh sklepnih predlogov.

47 — Smernice o konceptu vpliva na trgovino, ki ga vsebujeta člena 81 in 82 Pogodbe, del 3.2.1 (predvsem točka 78).

48 — Uvodne izjave 6, 7 in 8 Uredbe št. 1/2003.

49 — Glede te obveznosti glej tudi sodbo Toshiba Corporation in drugi (navedena v opombi 19, točka 77).

člen 81(1) ES in predvsem preverijo, ali je tajno dogovarjanje podjetij sodilo na področje stvarne uporabe evropskih pravil konkurence, to pomeni, ali je bilo takšno, da bi lahko vplivalo na trgovino med državami članicami.<sup>50</sup> Takšna presoja je bila na primer potrebna takrat, ko je v primeru kolizije določb med pravom Skupnosti o omejevalnih sporazumih in nacionalnim pravom o omejevalnih sporazumih veljalo, da je treba upoštevati prednost prava Skupnosti, ki jo zahteva Sodišče.<sup>51</sup>

84. Glede na navedeno lahko odločitve nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, in sodišč – tudi takšne, ki so bile izdane pred 1. majem 2004 – poleg upravne prakse Evropske komisije in sodne prakse sodišč Unije dajo podjetjem, dejavnim na notranjem trgu, pomembne izhodiščne točke za razumevanje veljavnega pravnega stanja v evropskem konkurenčnem pravu.

85. Kako zaupanje zadevnih podjetij v take odločitve vpliva na njihovo krivdno odgovornost za kršitve prava o omejevalnih sporazumih, je treba ugotoviti ob upoštevanju načela varstva legitimnih pričakovanj, ki je priznано tudi na ravni Unije.<sup>52</sup> V skladu z njim nikakor ni izključeno, da se podjetja v zadevah prava Unije lahko zanesejo na odločitve nacionalnih organov in sodišč.<sup>53</sup> Poleg tega je zaupanje v stališča takih državnih organov verjetno pomembnejše kot pa zaupanje v izvedenska mnenja zasebnih pravnih svetovalcev.

86. Bilo pa bi pretirano, če bi vsaki kakršni koli izjavi nacionalnega organa o pravu Unije o omejevalnih sporazumih pripisovali učinke na presojo krivdne odgovornosti podjetij za kršitve, ki se jim očitajo. Tudi tu morajo biti izpolnjeni določeni minimalni pogoji, da ne bi bilo ovirano učinkovito izvajanje evropskih pravil konkurence.

b) Pogoji za priznanje legitimnega pričakovanja v zvezi z odločitvami nacionalnih organov in sodišč, pristojnih za konkurenco

87. Prvič, obstajati mora odločitev organa, pristojnega za konkurenco v državi članici, ki je pristojen za uporabo prava Unije o omejevalnih sporazumih v smislu členov 5 in 35 Uredbe št. 1/2003 ali odločitev nacionalnega sodišča s takimi pristojnostmi v smislu člena 6 te uredbe.

88. Nacionalni *organ, pristojen za konkurenco*, sicer ne sme izdajati dovoljenj ali negativnih izvidov glede prava Unije o omejevalnih sporazumih. V skladu s členom 5(2) Uredbe št. 1/2003 pa lahko odloči, da ni nobenega vzroka za njegovo ukrepanje, kadar na podlagi razpoložljivih informacij pogoji za prepoved niso izpolnjeni. V tem primeru zadevno podjetje lahko zaupa, da lahko vsaj na področju krajevne pristojnosti tega organa nadaljuje z ravnanjem na trgu, ki ga je preučil ta organ.

89. Odločitev nacionalnega *sodišča* pride v poštev kot podlaga za priznanje zmote o prepovedi, ki izključuje krivdo, če sodišče z njo ugotovi, da določeno ravnanje na trgu ne pomeni kršitve prava Unije o omejevalnih sporazumih. Do tega lahko pride predvsem z odločitvijo nacionalnega sodišča o ustavitvi sodnega postopka naložitve globe, razveljavitvi odločbe organa o naložitvi globe ali zavrnitvi civilnopravne odškodninske ali opustitvene tožbe, vložene zoper zadevno podjetje.

90. Drugič, zadevno podjetje mora nacionalni organ prej izčrpno in po resnici obvestiti o vseh okoliščinah, pomembnih za odločitev, če je bilo – kakor člani SSK v letih 1995 in 1996 – že udeleženo v prvotnem uradnem ali sodnem postopku. Če ima zadevna odločitev pomanjkljivost, ki jo je treba pripisati podjetju samemu, se podjetje kasneje zato, da bi bilo razbremenjeno odgovornosti, ne more sklicevati na to odločitev.

50 — Sodba z dne 30. januarja 1974 v zadevi BRT in SABAM (127/73, Recueil, str. 51, točke od 15 do 22).

51 — Sodba z dne 13. februarja 1969 v zadevi Walt Wilhelm in drugi (14/68, Recueil, str. 1, točka 6 na koncu).

52 — Glej na primer sodbi z dne 5. maja 1981 v zadevi Dürbeck (112/80, Recueil, str. 1095, točka 48) in z dne 20. marca 1997 v zadevi Alcan Deutschland (C-24/95, Recueil, str. I-1591, točka 25).

53 — V tem smislu sodba z dne 10. septembra 2009 v zadevi Plantanol (C-201/08, ZOdl., str. I-8343, točka 53); glej tudi moje sklepne predloge z dne 24. januarja 2013 v zadevi Agroferm (C-568/11, točke od 43 do 50).

91. Tretjič, odločitev organa ali sodišča je morala biti izdana točno glede tistih vprašanj o dejstvih in pravnih vprašanj, zaradi katerih se zadevno podjetje sklicuje na zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo. Podobno kakor v primeru odvetniškega izvedenskega mnenja poleg tega velja, da je mogoče upoštevati le tiste izjave organa ali sodišča, ki jih zadevna odločitev izrecno vsebuje, ne pa nasprotno siceršnjih sklepov, ki kvečjemu implicitno izhajajo iz nje.<sup>54</sup>

92. Četrtrič, stališče nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, ali nacionalnega sodišča o pravu Unije o omejevalnih sporazumih ne sme biti očitno napačno.<sup>55</sup> Načelno sicer za dokončne uradne odločbe in pravnomočne sodne odločbe, ki zadevajo pravo Unije o omejevalnih sporazumih, velja, da so zakonite, tako da lahko tisti, na katere so naslovljene, zaupajo v pravilnost njihove vsebine in jim jih ni treba preizkusiti z vidika verjetnosti, kakor to velja za odvetniški nasvet. Kljub temu mora vsako podjetje, kakor je že bilo navedeno,<sup>56</sup> vedeti, da so določene prakse, ki omejujejo konkurenco, že po svoji naravi prepovedane, predvsem da nihče ne sme biti udeležen pri tako imenovanih *nedopustnih omejitvah*, na primer pri usklajevanju cen ali sporazumih ali ukrepah za razdelitev ali zapiranje trgov.

93. Petič, zaupanje podjetja v odločitev organa ali sodišča je pomembna le, če gre za podjetje v dobri veri.<sup>57</sup> To ni izpolnjeno le v – zanesljivo neverjetnem – primeru tajnega dogovarjanja med podjetjem in nacionalnim organom oziroma nacionalnim sodiščem. Zaupanje podjetja v vsebinsko točnost odločitve namreč tudi tedaj nima več podlage, če je podjetje izvedelo za nasprotno pravno stališče pristojnih organov Unije – Evropske komisije in Sodišča Evropske unije. Za tak primer gre na primer tedaj, če se je Evropska komisija v skladu s členom 15(3) Uredbe št. 1/2003 udeležila nacionalnega sodnega postopka in se je zadevno podjetje v okviru tega seznanilo z njenim pravnim stališčem.

94. Na obravnavi pred Sodiščem je bilo poleg tega obravnavano vprašanje, ali priznanje legitimnega pričakovanja podjetij v zvezi z odločitvami nacionalnih *sodišč* predpostavlja, da je bila konkretna zadeva prej predložena Sodišču v predhodno odločanje. Menim, da je to treba zanikati. Ne zdi se mi primerno, da bi se varstvo legitimnih pričakovanj omejilo le na tiste nacionalne sodne odločitve, ki temeljijo na predhodni odločbi Sodišča.

95. Praviloma bo namreč šlo za odločitve sodišč v smislu člena 267, drugi odstavek, PDEU, ki niso zavezana k vložitvi predloga za sprejetje predhodne odločbe. Če zakonodajalec Unije določi, da so *vs*a nacionalna sodišča pristojna za uporabo prava Unije o omejevalnih sporazumih (člen 6 Uredbe št. 1/2003), potem mora veljati, da se tudi posamezniki lahko sklicujejo na s tem povezane odločitve *vseh* nacionalnih sodišč, ne glede nato, ali je bil prej izpeljan – fakultativni – postopek za sprejetje predhodne odločbe ali ne.

96. Uredba št. 1/2003 vsebuje specifične instrumente, ki pomagajo pri zagotavljanju enotne razlage in uporabe prava Unije o omejevalnih sporazumih. Pri tem ima ključno vlogo Evropska komisija. Komisija se lahko udeležuje postopkov pred nacionalnimi *sodišči*.<sup>58</sup> Z nacionalnimi *organi, pristojnimi za konkurenco*, Komisija tesno sodeluje v okviru Evropske mreže za konkurenco (EMK) in lahko po potrebi celo prevzame upravne postopke, ki jih vodijo.<sup>59</sup>

54 — Sodišče glede varstva legitimnih pričakovanj zelo podobno navaja, da se nihče ne more sklicevati na kršitev tega načela ob pomanjkanju natančnih jamstev, ki naj bi mu jih zagotovila uprava, in da nejasni indici v tem pogledu ne zadoščajo (sodba z dne 16. decembra 2008 v zadevi Masdar proti Komisiji, C-47/07 P, ZOdl., str. I-9761, točki 81 in 86).

55 — V skladu z ustaljeno sodno prakso se ni mogoče sklicevati na načelo varstva legitimnih pričakovanj v zvezi z natančnimi določili besedila prava Unije; glej sodbe z dne 26. aprila 1988 v zadevi Krücken (316/86, Recueil, str. 2213, točka 24), z dne 1. aprila 1993 v združenih zadevah Lageder in drugi (od C-31/91 do C-44/91, Recueil, str. I-1761, točka 35) in z dne 16. marca 2006 v zadevi Emsland-Stärke (C-94/05, ZOdl., str. I-2619, točka 31).

56 — Glej zgoraj točko 70 teh sklepnih predlogov.

57 — V zvezi s tem glej zgoraj točko 62 teh sklepnih predlogov in sodno prakso, navedeno v opombi 35.

58 — Člen 15(3) Uredbe št. 1/2003.

59 — Člen 11(6) Uredbe št. 1/2003.



c) Sklepi za obravnavani primer

97. Če pravkar predstavljena merila prenesemo na primer, kakršen je obravnavani, iz tega izhaja, kakor že v povezavi z odvetniškim pravnim nasvetom, da zadevna podjetja niso bila v opravičljivi zmoti o prepovedi, ampak da jim je mogoče očitati morebitno zmoto o nezakonnosti njihovega ravnanja na trgu glede na evropsko konkurenčno pravo.

98. Sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, je namreč, kakor navaja predložitveno sodišče, s sklepom z dne 2. februarja 1996, na katerega se sklicujejo člani SSK, ravnanje, ki se očita špedicijskim podjetjem, presojalo in spoznalo za dopustno le na podlagi nacionalnega konkurenčnega prava. Ta sklep ne obravnava vprašanja, ali so člani SSK kršili prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije. Pravo Unije pred 1. majem 2004, ko še ni veljal člen 3 Uredbe št. 1/2003, sicer ni določalo obveznosti hkratne uporabe prava Unije o omejevalnih sporazumih in nacionalnega prava o omejevalnih sporazumih.<sup>60</sup>

99. Morda sicer drži, da je sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, pred izdajo sklepa z dne 2. februarja 1996 pregledalo vmesno izvedensko mnenje paritetnega odbora za zadeve omejevalnih sporazumov iz leta 1994,<sup>61</sup> ki je zanikal uporabo evropskega konkurenčnega prava. Zgolj ta okoliščina pa članom SSK še ni omogočala sklepa, da njihovemu ravnanju na trgu niso nasprotovala evropska pravila konkurence. Odločilno je, da se samo sodišče, pristojno za zadeve omejevalnih sporazumov, ni izrecno izreklo glede vprašanja združljivosti SSK z evropskim konkurenčnim pravom.<sup>62</sup>

100. Priznati je treba, da so morali nacionalni organi in sodišča, pristojni za konkurenco, že pred 1. majem 2004 spoštovati prednost takratnega prava Skupnosti ter skrbeti za to, da niso vplivali na neomejeno in enotno uporabo tega prava Skupnosti.<sup>63</sup> Tudi iz nacionalnega prava je bilo mogoče že takrat izpeljati obveznost spoštovanja evropskih pravil konkurence, na kar so zadevna podjetja opozorila na obravnavi.

101. Le iz tega pa ni mogoče sklepati, da so nacionalna in evropska pravila konkurence že pred začetkom veljavnosti člena 3 Uredbe št. 1/2003 vedno morala privedi do enakih rezultatov. Področji uporabe evropskih in nacionalnih pravil o konkurenci se, kot je znano, ne prekrivata<sup>64</sup> in obe obravnavata omejevalna ravnanja z različnih vidikov.<sup>65</sup> To je bilo tako že pred 1. majem 2004 in se z Uredbo št. 1/2003 ni spremenilo.<sup>66</sup> Prav določba, kakršna je avstrijska o kartelih majhnega pomena, posebej jasno pokaže, kakšne razlike so lahko obstajale med pravom Unije o omejevalnih sporazumih in nacionalnim pravom o omejevalnih sporazumih in lahko obstajajo tudi še naprej.<sup>67</sup>

102. V skladu s tem sklep, ki temelji le na nacionalnem konkurenčnem pravu, kakršen je sklep sodišča, pristojnega za zadeve omejevalnih sporazumov, z dne 2. februarja 1996, pri vprašanju prava Unije, kakršno je odločilno za spor o glavni stvari, ne more utemeljiti legitimnega pričakovanja zadevnih podjetij.

60 — Sodba Toshiba Corporation in drugi (navedena v opombi 19, točka 62).

61 — Glej zgoraj točki 20 in 21 teh sklepnih predlogov.

62 — Glej zgoraj točko 92 teh sklepnih predlogov.

63 — Sodba Walt Wilhelm in drugi (navedena v opombi 51, točki 6 in 9).

64 — Sodbi z dne 1. oktobra 2009 v zadevi Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, ZOdl., str. I-8963, točka 52) in Toshiba Corporation in drugi (navedena v opombi 19, točka 81).

65 — Sodbe Walt Wilhelm in drugi (navedena v opombi 51, točka 3), z dne 13. julija 2006 v združenih zadevah Manfredi in drugi (od C-295/04 do C-298/04, ZOdl., str. I-6619, točka 38), Akzo Nobel Chemicals in Akros Chemicals proti Komisiji in drugim (navedena v opombi 37, točka 103) in Toshiba Corporation in drugi (navedena v opombi 19, točka 81).

66 — Sodba Toshiba Corporation in drugi (navedena v opombi 19, točka 82).

67 — V sodbi z dne 13. decembra 2012 v zadevi Expedia (C-226/11) je Sodišče jasno navedlo, da sporazum, ki bi lahko prizadel trgovino med državami članicami in ki ima protikonkurenčni cilj, po svoji naravi in neodvisno od dejanskega učinka znatno omeji konkurenco (točka 37), kar pa je tako le, če niso doseženi pragovi, ki jih je Komisija določila v Obvestilu *de minimis* (točka 38).

*C – Pristojnost nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, za ugotavljanje kršitev prasilcev za ugodno obravnavo (drugo vprašanje za predhodno odločanje)*

103. Drugo vprašanje za predhodno odločanje se nanaša posebej na položaj prosilca za ugodno obravnavo, v katerem je v obravnavanem primeru podjetje Schenker. To vprašanje nujno predpostavlja, da se zadevno podjetje – kakor je bilo opisano v okviru prvega vprašanja za predhodno odločanje – *ne* more sklicevati na zmoto o prepovedi, ki izključuje krivdo. V primeru take zmote namreč sploh ne bi bilo kršitve, ki bi jo organ, pristojen za konkurenco, ali sodišče lahko ugotovil(o) zoper podjetje.<sup>68</sup>

104. Predložitveno sodišče želi v bistvu izvedeti, ali lahko organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, v skladu z Uredbo št. 1/2003 ugotovijo, da je podjetje kršilo prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, in ne naložijo globe.

105. Pristojnosti nacionalnih organov, pristojnih za konkurenco, pri uporabi prava Unije o omejevalnih sporazumih izhajajo iz člena 5 Uredbe št. 1/2003. Njihovo izvajanje je lahko v skladu s členom 35(1) te uredbe zaupano tudi sodiščem, kar velja tudi za Avstrijo.

106. Pristojnost organov držav članic za preprosto ugotovitev kršitve prava Unije o omejevalnih sporazumih brez naložitve sankcije v členu 5 Uredbe št. 1/2003 ni izrecno določena. Na drugi strani lahko Evropska komisija, če obstaja pravni interes, v skladu z izrecno pristojnostjo v zadnjem stavku člena 7(1) te uredbe ugotovi kršitev po tem, ko je bila storjena.

107. Iz člena 5 Uredbe št. 1/2003 pa v nasprotju z mnenjem družbe Schenker nikakor ni mogoče sklepati, da bi bilo nacionalnim organom prepovedano, da zgolj ugotovijo obstoj kršitve, ne da bi naložili sankcije. Tudi iz pristojnosti Komisije v skladu z zadnjim stavkom člena 7(1) Uredbe št. 1/2003 tega ni mogoče izpeljati z obratnim sklepom.

108. Drži sicer, da Uredba št. 1/2003 organom in sodiščem, pristojnim za konkurenco v državah članicah, določenih pristojnosti zavestno ne priznava, da ne bi bila okrnjena vodstvena vloga Komisije pri oblikovanju evropske konkurenčne politike, ki je globoko zakoreninjena v sistemu te uredbe,<sup>69</sup> in na novo ustvarjeni sistem izjem. Tako je na primer Komisija edini organ v EMK, ki lahko v skladu s členom 10 Uredbe št. 1/2003 v izjemnih primerih sprejme odločbo ugotovitvene narave, da se pravo Unije o omejevalnih sporazumih ne uporablja,<sup>70</sup> medtem ko lahko nacionalni organi, pristojni za konkurenco, v skladu s členom 5(2) te uredbe kvečjemu odločijo, da v konkretnem primeru ni nobenega vzroka za njihovo ukrepanje, kar izključuje izdajo negativnih meritornih odločb.<sup>71</sup>

109. Vendar pa ni mogoče domnevati, da je zakonodajalec Unije želel tudi v obratnem primeru, torej glede tu obravnavane pristojnosti za ugotovitev kršitev, omejiti pristojnosti organov in sodišč, pristojnih za konkurenco v državah članicah. Eden od glavnih ciljev Uredbe št. 1/2003 je bil namreč ta, kakor je že bilo navedeno, da bi bili organi držav članic bolj kot do sedaj vpeti v izvajanje prava Unije o omejevalnih sporazumih.<sup>72</sup> Organi, pristojni za konkurenco v državah članicah, naj bi dobili

68 — Glej zgoraj točko 44 teh sklepnih predlogov.

69 — Glej uvodno izjavo 34 Uredbe št. 1/2003, v kateri je poudarjena osrednja vloga organov Unije pri izvajanju načel iz členov 81 ES in 82 ES; glej tudi sodbi z dne 7. junija 1983 v združenih zadevah *Musique Diffusion française* in drugi proti Komisiji (navedena v opombi 17, točka 105 na koncu) in z dne 14. decembra 2000 v zadevi *Masterfoods* (C-344/98, Recueil, str. I-11369, točka 46, prvi stavek) ter moje sklepe predloge v zadevi *Expedia* (navedeni v opombi 28, točka 38).

70 — Glej tudi uvodno izjavo 14 Uredbe št. 1/2003.

71 — Sodba *Tele2 Polska* (navedena v opombi 33, točke od 22 do 29 in 32).

72 — Uvodne izjave 6, 7 in 8 Uredbe št. 1/2003.

več, in ne manj možnosti za učinkovito uporabo prava Unije o omejevalnih sporazumih.<sup>73</sup> V decentraliziranem sistemu Uredbe št. 1/2003 je odkrivanje, ugotavljanje in po potrebi naložitev sankcij za kršitve evropskih pravil konkurence bistveni sestavni del njenega seznama nalog<sup>74</sup> in prispeva k učinkovitemu izvajanju teh pravil.

110. Možnost zgolj ugotovitve kršitve je nujno vsebovana v pristojnosti organov, pristojnih za konkurenco v državah članicah, da naložijo sankcije v skladu s členom 5(1), zadnja alinea, Uredbe št. 1/2003 (*argumentum a maiore ad minus*). Brez predhodne ugotovitve kršitve prava o omejevalnih sporazumih namreč morebitne sankcije, ki jih organ naloži zadevnim podjetjem za njihovo ravnanje, sploh ne bi bile mogoče.

111. Nacionalni organi oziroma sodišča, pristojna za konkurenco, nikakor ne izgubijo svoje pristojnosti za ugotovitev kršitve, če ne naložijo sankcij, da bi na primer prosilca za ugodno obravnavo nagradili za njegovo sodelovanje v postopku v zvezi z omejevalnim sporazumom. Nasprotno, za učinkovito izvajanje pravil o konkurenci prava Unije je lahko celo potrebno, da se v takšnem primeru kljub odpovedi naložitve sankcij ugotovi obstoj kršitve.

112. Če se nacionalni organ oziroma nacionalno sodišče ne bi odpovedal(o) zgolj naložitvi sankcije ampak tudi enostavni ugotovitvi kršitve in bi postopek v zvezi z omejevalnim sporazumom nasproti zadevnemu podjetju preprosto ustavilo, bi lahko nastal zmotni vtis, da je bilo njegovo ravnanje na trgu zakonito. Z ugotovitvijo kršitve, ki je v bistvu izenačena z naložitvijo globe v višini nič, pa je nasprotno nesporno pojasnjeno in dokumentirano, da je podjetje krivdno kršilo pravila konkurence prava Unije.

113. Ali in kako pristojni nacionalni organi uporabijo pristojnost za ugotovitev kršitve brez naložitve sankcij, ki jo implicitno vsebuje člen 5 Uredbe št. 1/2003, spada v postopkovno avtonomijo držav članic. Nič torej ne govori proti temu, da nacionalno pravo ugotovitev kršitve prepusti prosti presoji pristojnega organa oziroma pristojnega sodišča ali za to ob upoštevanju zadnjega stavka člena 7(1) Uredbe št. 1/2003 zahteva upravičen interes, pod pogojem, da se spoštujeta načeli prava Unije o enakovrednosti in učinkovitosti.<sup>75</sup>

114. Ob upoštevanju načela učinkovitosti, ki se izraža v cilju učinkovitega izvajanja prava Unije o omejevalnih sporazumih,<sup>76</sup> bo praviloma obstajal upravičen interes za ugotovitev kršitve, četudi sankcije ne bodo naložene. Po eni strani bo namreč mogoče zadevno podjetje na podlagi take ugotovitve v prihodnosti obravnavati kot povratnika, če bo ponovno odgovorno za kršitev pravil evropskega konkurenčnega prava.<sup>77</sup> Po drugi strani ugotovitev kršitve odvratalno vpliva na druga podjetja, krepi pa se tudi zaupanje vseh udeležencev na trgu v udarnost konkurenčnih pravil evropskega notranjega trga. Ne nazadnje bo uradna ugotovitev kršitve občutno pomagala tudi podjetjem in potrošnikom, ki jih je omejevalni sporazum prizadel, pri uveljavljanju civilnopravnih zahtevkov proti udeležencem kartela.<sup>78</sup>

73 — Uvodni izjavi 28 in 34 Uredbe št. 1/2003.

74 — Glej predvsem člena 5, prvi stavek, in 6 ter uvodne izjave 6, 7 in 8 Uredbe št. 1/2003.

75 — O pomenu teh načel v konkurenčnopravnem kontekstu glej sodbi z dne 20. septembra 2001 v zadevi Courage in Crehan (C-453/99, Recueil, str. I-6297) in Manfredi in drugi (navedena v opombi 65).

76 — Glede tega cilja glej sodno prakso, navedeno zgoraj v opombi 34.

77 — Točka 28, prva alinea, Smernic iz leta 2006.

78 — Glede pomena zasebnega izvrševanja konkurenčnega prava glej poleg sodb, navedenih v opombi 74, predvsem Belo knjigo o „odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES“, ki jo je Evropska komisija predložila 2. aprila 2008 (COM(2008) 165 final). Komisija v Beli knjigi predlaga ukrepe, namenjene „vzpostavitvi učinkovitega sistema zasebnega izvrševanja (konkurenčnega prava) s pomočjo tožb, ki dopolnjuje, vendar ne nadomešča ali ogroža javnega izvrševanja“ (str. 4, Del 1.2). Tudi Sodišče EFTA je imelo pred kratkim priložnost opozoriti na pomen zasebnega izvrševanja konkurenčnega prava in poudariti, da je to v javnem interesu (sodba z dne 21. decembra 2012 v zadevi DB Schenker proti Nadzornemu organu EFTA, E-14/11, točka 132).

## VI – Predlog

115. Na podlagi zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj na predlog za sprejetje predhodne določbe, ki ga je vložilo avstrijsko Oberster Gerichtshof, odgovori tako:

1. Podjetju zaradi kršitve prepovedi omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, ni dopustno naložiti globe, če je bilo podjetje v zmoti o zakonitosti svojega ravnanja (zmota o prepovedi) in mu te zmote ni mogoče očitati.
2. Podjetju je zmota o prepovedi mogoče očitati, če je zaupalo v odvetniški pravni nasvet ali v odločitev nacionalnega organa, pristojnega za konkurenco, v katerih odločilni pravni problem ni ali vsekakor ni izrecno obravnavan.

Pri kršitvah, ki so se začele pred 1. majem 2004, je podjetju mogoče zmota o prepovedi očitati tudi tedaj, če ni pravočasno od Evropske komisije zahtevalo izdaje negativnega izvida v skladu s členom 2 Uredbe (EGS) št. 17.

3. Uredba (ES) št. 1/2003 organom, pristojnim za konkurenco v državah članicah, ne prepoveduje, da ugotovijo samo kršitev podjetja zoper prepoved omejevalnih sporazumov, ki jo določa pravo Unije, in pri tem ne naložijo globe, če se spoštujeta splošni načeli prava Unije o enakovrednosti in učinkovitosti.