Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 26. ožujka 2015.[1]

Predmet C-634/13 P

Total Marketing Services, pravni sljednik društva Total Raffinage Marketing,
protiv

Europske komisije,

„Žalba – Tržišno natjecanje – Zabranjeni sporazumi – Tržište parafinskog voska u Europskom gospodarskom prostoru i njemačko tržište prešanog parafina – Utvrđivanje cijena i podjela tržištâ – Odluka kojom se utvrđuje povreda pravila tržišnog natjecanja – Trajanje sudjelovanja u nezakonitom zabranjenom sporazumu – Prestanak sudjelovanja – Prekid sudjelovanja – Teret dokazivanja – Javno distanciranje – Percepcija drugih sudionika u zabranjenom sporazumu namjere distanciranja“

I – Uvod

1. Ovom žalbom Total Marketing Services, pravni sljednik društva Total Raffinage Marketing (prije Total France SA, u daljnjem tekstu: Total France), traži ukidanje presude Općeg suda Europske unije Total Raffinage Marketing/Komisija[2] kojom je Opći sud u bitnome odbio njegovu tužbu kojom je tražio djelomično poništenje Odluke Komisije C (2008) 5476 *final* od 1. listopada 2008. o postupku primjene članka 81. [UEZ-a] i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/39.181 – Vosak za svijeće) (u daljnjem tekstu: sporna odluka) i, podredno, sniženje iznosa novčane kazne koja mu je izrečena.

2. Iako je ovaj predmet usko povezan sa žalbenim postupkom pokrenutim u predmetu Total/Komisija (C-597/13 P), predmetu u kojem danas također iznosim svoje mišljenje, pravna pitanja koja se postavljaju u ovom slučaju znatno se razlikuju. Ona se u bitnome odnose na pitanje je li nadzor koji je Opći sud proveo nad sudjelovanjem žalitelja u navodnom zabranjenom sporazumu tijekom određenih razdoblja bio nedovoljan ili pogrešan. Ovaj je predmet prilika da se ponovno iznesu određena razmatranja u vezi s dokazivanjem sudjelovanja poduzetnika u nezakonitom zabranjenom sporazumu i, posebno, da se pojasni pod kojim se uvjetima može primijeniti kriterij javnog distanciranja dotičnog poduzetnika.

II – Okolnosti spora

3. Okolnosti spora i sadržaj sporne odluke Opći sud sažeo je u točkama 1. do 17. pobijane presude, na koje se čitatelja upućuje radi više pojedinosti.

4. Za potrebe analize ove žalbe istaknut ću samo sljedeće.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — T-566/08, EU:T:2013:423, u daljnjem tekstu: pobijana presuda

5. Europska komisija spornom je odlukom utvrdila da su žalitelj i njegovo društvo majka koje je njegov stopostotni vlasnik, odnosno Total SA (u daljnjem tekstu: Total), povrijedili zajedno s drugim poduzetnicima članak 81. stavak 1. UEZ-a i članak 53. stavak 1. Sporazuma o Europskom gospodarskom prostoru od 2. svibnja 1992. (SL 1994., L 1, str. 3.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 106., str. 4.; u daljnjem tekstu: Sporazum o EPG-u) sudjelujući u zabranjenom sporazumu na tržištu parafinskog voska u Europskom gospodarskom prostoru (EGP) i na njemačkom tržištu prešanog parafina. Žalitelj i njegovo društvo majka, Total, jedni su od adresata sporne odluke.

6. Donošenje sporne odluke uslijedilo je nakon istrage pokrenute u proljeće 2005. jer je jedno društvo dostavilo određene informacije. Nakon te istrage Komisija je došla do zaključka da je većina proizvođača parafinskog voska i prešanog parafina u EGP-u, među kojima i žalitelj, sudjelovala u jedinstvenoj, složenoj i trajnoj povredi članka 81. UEZ-a i članka 53. Sporazuma o EGP-u, koja je obuhvaćala područje EGP-a.

7. Ta se povreda uglavnom sastojala od sporazuma ili usklađenih djelovanja koja su se odnosila na utvrđivanje cijena i razmjenu i otkrivanje osjetljivih poslovnih informacija o parafinskom vosku (u daljnjem tekstu: glavni dio povrede). Što se tiče određenih društava, među kojima je i žalitelj, povreda koja se odnosila na parafinski vosak odnosila se i na podjelu kupaca ili tržištâ te na prešani parafin koji se prodavao krajnjim kupcima na njemačkom tržištu (uvodne izjave 2., 95. i 328. te članak 1. sporne odluke).

8. Postupanja koja čine povredu ostvarena su tijekom protutržišnih sastanaka koje su sudionici nazivali „tehničkim sastancima“ ili katkad sastancima „Blauer Salon“ te tijekom „sastanaka o prešanom parafinu“ koji su bili posebno posvećeni pitanjima u vezi s prešanim parafinom.

9. Prema mišljenju Komisije, zaposlenici društva Total France izravno su sudjelovali u povredi tijekom njezina cijelog trajanja. Komisija je stoga smatrala društvo Total France odgovornim za sudjelovanje u zabranjenom sporazumu (uvodne izjave 555. i 556. sporne odluke). Osim toga, Total je od 1990. do kraja povrede izravno ili neizravno bio vlasnik više od 98% društva Total France. Komisija je smatrala da se stoga moglo pretpostaviti da je Total imao odlučujući utjecaj na ponašanje društva Total France s obzirom na to da su oba društva bila dio istog poduzetnika (uvodne izjave 557. do 559. sporne odluke).

10. Iznos novčanih kazni izrečenih u ovom slučaju izračunat je na temelju Smjernica o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003 [3], koje su bile na snazi u trenutku dostave obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama.

11. U skladu s predmetnim smjernicama, Komisija je žalitelju i njegovu društvu majci izrekla novčanu kaznu u ukupnom iznosu od 128.163.000 eura (uvodna izjava 785. sporne odluke).

12. U skladu s izrekom sporne odluke:

„Članak 1.

Sljedeći poduzetnici povrijedili su članak 81. stavak 1. [UEZ-a] i, počevši od 1. siječnja 1994., članak 53. Sporazuma o EGP-u sudjelujući tijekom navedenih razdoblja u trajnom sporazumu i/ili [u] usklađenom djelovanju u sektoru parafinskog voska na zajedničkom tržištu i, od 1. siječnja 1994., u EGP-u:

[…]

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

Total France […]: od 3. rujna 1992. do 28. travnja 2005. i

[Total]: od 3. rujna 1992. do 28. travnja 2005.

Kad je riječ o sljedećim poduzetnicima, povreda se također odnosi na prešani parafin koji su u navedenim razdobljima prodavali krajnjim kupcima na njemačkom tržištu:

[…]

Total France […]: od 30. listopada 1997. do 12. svibnja 2004. i

[Total]: od 30. listopada 1997. do 12. svibnja 2004.

Članak 2.

Za povredu iz članka 1. izriču se sljedeće novčane kazne:

[…]

Total France […] solidarno s [Totalom]: 128.163.000 [eura];

[…]“

III – Pobijana presuda i presuda donesena u predmetu Total/Komisija (T-548/08)

13. Žalitelj je zahtjevom podnesenim 17. prosinca 2008. tajništvu Općeg suda podnio tužbu protiv sporne odluke, iznoseći ukupno jedanaest tužbenih razloga. Dvanaesti tužbeni razlog istaknuo je na raspravi održanoj pred Općim sudom.

14. Opći je sud odbio sve tužbene razloge, osim osmog koji se temeljio na nezakonitosti metode izračuna iz stavka 24. Smjernica iz 2006. Opći je sud smatrao da je Komisija tijekom određivanja koeficijenta množenja koji odražava trajanje sudjelovanja društva Total France u povredi povrijedila načela proporcionalnosti i jednakog postupanja jer je razdoblje sudjelovanja od 7 mjeseci i 28 dana (u pogledu parafinskog voska) te razdoblje sudjelovanja od 6 mjeseci i 12 dana (u pogledu prešanog parafina) poistovjetila sa sudjelovanjem u trajanju od cijele godine. Prema tome, Opći je sud novčanu kaznu žalitelja u ukupnom iznosu od 128.163.000 eura smanjio na 125.459.842 eura.

15. Naprotiv, u presudi donesenoj istog dana u predmetu Total/Komisija (T-548/08, EU:T:2013:434) Opći je sud ocijenio da je, s obzirom na okolnosti ovog slučaja, iznos novčane kazne izrečene društvu majci žalitelja bio primjeren (točka 224. presude) i stoga nije na isti način smanjio novčanu kaznu izrečenu društvu majci Total. Osim toga odbio je sve tužbene razloge koje je Total iznio u potonjem predmetu.

IV – Postupak pred Sudom i zahtjevi stranaka

16. Žalitelj od Suda zahtijeva da:

— ukine pobijanu presudu jer Opći sud pogrešno nije uvažio prestanak sudjelovanja žalitelja u povredi nakon 12. svibnja 2004.,

— ukine pobijanu presudu jer Opći sud pogrešno nije uvažio neopravdano različito postupanje između žalitelja i društava Repsol YPF Lubricantes y Especialidades SA, Repsol Petróleo SA i Repsol YPF SA (u daljnjem tekstu: Repsol) u vezi s trajanjem njihova sudjelovanja u povredi,

— ukine pobijanu presudu jer Opći sud pogrešno nije uvažio prekid sudjelovanja žalitelja u povredi između 26. svibnja 2000. i 26. lipnja 2001.,

— ukine pobijanu presudu jer Opći sud nije odgovorio na tužbeni razlog koji se odnosi na odsutnost ispitivanja dokaza o konkurentskom ponašanju žalitelja na tržištu,

— konačno odluči sukladno članku 61. Statuta Suda Europske unije i, s tog naslova, poništi spornu odluku u dijelu koji se odnosi na žalitelja te, u izvršavanju svoje neograničene nadležnosti, smanji kaznu dosuđenu žalitelju,

— u slučaju da Sud ne odluči konačno u ovom predmetu, da odluči naknadno o troškovima i vrati predmet Općem sudu na ponovno suđenje, sukladno presudi Suda,

— konačno, sukladno članku 69. Poslovnika, naloži Komisiji snošenje troškova kako pred Općim sudom tako i pred Sudom.

17. Komisija smatra da treba odbiti žalbu i žalitelju naložiti snošenje troškova, uključujući troškove nastale pred Općim sudom.

18. Stranke su svoja stajališta iznijele pismeno i usmeno na raspravi održanoj 15. siječnja 2015.

V – Analiza žalbe

19. Žalba se sastoji od četiri žalbena razloga, koji se temelje na:

— povredi članka 101. UFEU-a, pravila izvođenja dokaza, načela pretpostavke nevinosti i pravne sigurnosti kao i zahtjeva obrazloženosti jer je Opći sud presudio da je žalitelj u povredi sudjelovao nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. te do 28. travnja 2005.,

— povredi načela jednakog postupanja, iskrivljavanju dokaza i nepostojanju obrazloženja jer Opći sud nije uvažio povlačenje žalitelja iz zabranjenog sporazuma nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004., ali je uvažio povlačenje društva Repsol nakon sastanka od 3. i 4. kolovoza 2004.,

— povredi članka 101. UFEU-a, načela pretpostavke nevinosti, pravne sigurnosti i jednakog postupanja kao i zahtjeva obrazloženosti jer je Opći sud presudio da žalitelj nije prekinuo svoje sudjelovanje u povredi između 26. svibnja 2000. i 26. lipnja 2001.,

— povredi načela djelotvorne sudske zaštite, individualizacije kazni i sankcija kao i zahtjeva obrazloženosti jer je Opći sud bez ispitivanja odbio tužbeni razlog koji se temelji na neuzimanju u obzir dokaza o konkurentskom ponašanju žalitelja.

20. Komisija smatra da su žalbeni razlozi, čiji je cilj zapravo od Suda zatražiti da drugi put presudi o pitanjima o kojima je Opći sud već presudio, u bitnome nedopušteni. Ističe da su ti žalbeni razlozi, u svakom slučaju, neosnovani.

21. Prije razmatranja merituma postavljenih pitanja, valja reći nešto o dopuštenosti istaknutih žalbenih razloga.

22. Kao što je to pravilno istaknula Komisija, nedvojbeno je da nije na Sudu da pokrene novo ispitivanje tužbe podnesene Općem sudu, s obzirom na to da predmetna ocjena ne spada u nadležnost Suda u okviru žalbe [4]. Posebno, Sud nije nadležan utvrđivati činjenice niti, načelno, ispitivati dokaze koje je Opći sud prihvatio u prilog tim činjenicama. Ta ocjena stoga ne predstavlja, osim u slučaju iskrivljavanja dokaza, pravno pitanje koje, kao takvo, podliježe nadzoru Suda [5].

23. Što se tiče određivanja trajanja povrede, Sud je već pojasnio da pojmovi javnog distanciranja i neprekinutosti protutržišne prakse, na koje posebno upućuju razlozi istaknuti u prilog ovoj žalbi, 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“. Ako su ti dokazi bili prikupljeni na pravilan način i ako su bila poštovana opća načela prava kao i pravila postupka primjenjiva u području tereta dokazivanja 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 [6].

24. Međutim, i dalje se moraju proglasiti dopuštenima žalbeni razlozi čiji cilj nije samo osporiti materijalnu točnost i ocjenu činjeničnih elemenata koji su uzeti u obzir pri određivanju trajanja sudjelovanja žalitelja u zabranjenom sporazumu, već kojima se u pitanje dovodi njihova relevantnost i važnost kao i dokazna snaga koju im je pripisao Opći sud [7].

25. U ovom slučaju, prvim i trećim žalbenim razlogom od Suda se, u bitnome, traži da ispita jesu li kriteriji koje je primijenila Komisija i prihvatio Opći sud za potrebe dokazivanja sudjelovanja žalitelja u povredi tijekom dva točno utvrđena razdoblja, posebno kriterij koji se odnosi na izostanak javnog distanciranja žalitelja i percepciju drugih sudionika, zakoniti ili ne. U tom pogledu žalbene je razloge potrebno proglasiti dopuštenima.

26. Nakon tog pojašnjenja, koje mi se činilo važnim, najprije ću ispitati je li Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava pri nadzoru izvođenja dokaza o sudjelovanju žalitelja u zabranjenom sporazumu, s jedne strane nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. i s druge strane od 26. svibnja 2000. do 26. lipnja 2001., pozivajući se na činjenicu da se žalitelj tijekom tih razdoblja nije javno distancirao od tog zabranjenog sporazuma i na moguću percepciju članova predmetnog zabranjenog sporazuma u pogledu sudjelovanja žalitelja.

27. Stoga će prvi i treći žalbeni razlog koje je istaknuo žalitelj biti zajedno ispitani.

A – *Prvi i treći žalbeni razlog, koji se temelje na povredi članka 101. UFEU-a, pravila izvođenja dokaza, načela pretpostavke nevinosti i pravne sigurnosti kao i zahtjeva obrazloženosti jer je Opći sud presudio da je žalitelj u povredi sudjelovao, s jedne strane, nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. te do 28. travnja 2005. i, s druge strane, od 26. svibnja 2000. do 26. lipnja 2001.*

1. Argumentacija stranaka

28. Svojim prvim žalbenim razlogom žalitelj tvrdi da je Opći sud počinio više pogrešaka koje se tiču prava potvrdivši pristup Komisije u pogledu njegova sudjelovanja u povredi do 28. travnja 2005.

4 — 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, t. 51.) i Quinn Barlo i dr./Komisija (C-70/12 P, EU:C:2013:351, t. 26.).

5 — Presuda Comap/Komisija (C-290/11, EU:C:2012:271, t. 70. i navedena sudska praksa)

6 — Vidjeti presudu Comap/Komisija, C-290/11 P, EU:C:2012:271, t. 71. i 86. i navedenu sudsku praksu.

7 — Vidjeti u tom smislu presudu Siemens i dr./Komisija, C-239/11 P, C-489/11 P i C-498/11 P, EU:C:2013:866, t. 128. do 130. i navedenu sudsku praksu.

29. Kao prvo, oslanjajući se samo na utvrđenje da žalitelj nije iznio nijedan dokaz da se javno distancirao od zabranjenog sporazuma, Opći sud prebacio je teret dokazivanja trajanja sudjelovanja žalitelja u povredi iako je bio dužan provjeriti je li Komisija ispunila svoju obvezu da iznese dokaz da se povreda neprekidno nastavila od 12. svibnja 2004. do 28. travnja 2005., s obzirom na to da žalitelj nije sudjelovao u tajnim kontaktima nakon tog datuma.

30. Kao drugo, Opći sud pogrešno je protumačio sudsku praksu Suda i vlastitu sudsku praksu postavivši opće načelo prema kojem se u nedostatku javnog distanciranja isključuje bilo kakav prestanak povrede. Naime, zahtjev javnog distanciranja koji je postavljen tom sudskom praksom objašnjen je sudjelovanjem dotičnog poduzetnika na tajnim sastancima i indicijama o neprekinutom usklađenom djelovanju tijekom spornog razdoblja.

31. Kao treće, tezom Općeg suda utvrđena je pretpostavka koja dovodi do opasnosti od arbitrarnosti i pravne nesigurnosti jer bi Komisija tako mogla dokazati sudjelovanje poduzetnika u zabranjenom sporazumu tijekom cijelog trajanja ako je poduzetnik sudjelovao na samo jednom protutržišnom sastanku i od njega se nije javno distancirao. U ovom slučaju, dokazi koje je Opći sud iznio u točkama 375. i 376. pobijane presude odnose se na isključivo jednostrane inicijative poduzetnika koji je bio organizator zabranjenog sporazuma, na temelju kojih se u najboljem slučaju moglo utvrditi da je taj poduzetnik želio da žalitelj bude prisutan na posljednja tri tehnička sastanka. Međutim, žalitelj se na te inicijative nije odazvao. Osim toga, stajalište Općeg suda (točka 380. pobijane presude) prema kojem sama činjenica da žalitelj nije sudjelovao na posljednjim tehničkim sastancima ne dokazuje da nije upotrijebio informacije koje je dobio na prethodnim sastancima na kojima je sudjelovao i da nije imao koristi od sporazuma sklopljenih tijekom tih sastanaka, također predstavlja prebacivanje tereta dokazivanja. Takvo je obrazloženje uostalom opovrgnuto činjenicom da se zabranjeni sporazum provodio nizom usklađenih djelovanja u vrlo kratkim vremenskim razmacima, u prosjeku od tri do četiri mjeseca.

32. Čak i da se prvi žalbeni razlog treba smatrati dopuštenim, Komisija ističe da je on u svakom slučaju neosnovan.

33. Prema mišljenju Komisije, pogrešno je tumačenje sudske prakse koje je iznio žalitelj. On se u bitnome poziva na presude Općeg suda od kojih se svaka odnosi na poseban slučaj koji se ne može nužno primijeniti na ovaj, i to tim više jer je trajanje sudjelovanja u povredi činjenično pitanje koje se mora pojedinačno dokazati ovisno o okolnostima svakog slučaja. Naglašava da se, u ovom slučaju, dokaz o neprekinutosti povrede u pogledu žalitelja temelji na spoju dva neraskidivo povezana elementa: da je i dalje bio pozivan na sastanke, što znači da je pozivatelj uzvanika doživljavao kao sudionika u zabranjenom sporazumu, te da se nije distancirao od zabranjenog sporazuma.

34. Prema mišljenju Komisije, sudska praksa Suda potvrđuje njezino stajalište kao i stajalište Općeg suda. Naime, u presudi 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) Sud nije naveo da je nužno potrebno sudjelovanje na sastancima da bi se zahtijevalo distanciranje. Naprotiv, kriterij percepcije drugih članova zabranjenog sporazuma već je bio jasno oblikovan u sudskoj praksi. Ukratko, Komisija smatra da je sudskom praksom Suda i Općeg suda potvrđeno da je izostanak distanciranja vrlo važan element kada su utvrđene druge indicije o nastavku sudjelovanja u zabranjenom sporazumu i da je, u svakom slučaju, ključna percepcija drugih članova zabranjenog sporazuma. Tako sudskom praksom nije utvrđena hijerarhija između dokaznih sredstava te se Komisija ni Opći sud nisu u ovom slučaju oslonili samo na izostanak distanciranja tužitelja.

35. U svakom slučaju, prema mišljenju Komisije, taj žalbeni razlog nije činjenično osnovan. Naime, u uvodnoj izjavi 602. sporne odluke Komisija se nije oslonila isključivo na izostanak javnog distanciranja žalitelja, nego je i iznijela indicije, koje je potrebno zajedno ocijeniti, i potvrdila nastavak sudjelovanja žalitelja u zabranjenom sporazumu kao i takvu percepciju drugih sudionika. Opći je sud samostalno ocijenio vrijednost koju je potrebno pridati tim elementima.

36. Što se tiče izvođenja dokaza, Komisija ističe, kao prvo, da se oslanjala na činjenicu da je žalitelj bio pozvan na tri sastanka koja su se održala prije provođenja pretraga i, kao drugo, da nije smatrala da je samo jedna poruka elektroničke pošte od 3. studenoga 2004. mogla predstavljati javno distanciranje. U skladu je s načelima kojima je uređeno pravo dokazivanja smatrati da je nastavak sudjelovanja u zabranjenom sporazumu utvrđen u nedostatku dokaza o protivnom, poput, primjerice, stvarnog javnog distanciranja. Osim toga, činjenica da neki poduzetnik nije sudjelovao na sastancima ne znači da se povukao iz zabranjenog sporazuma. Razmatranja žalitelja prema kojima Opći sud nije utvrdio činjenice koje su se dogodile u dovoljno kratkim razmacima da bi se utvrdila neprekinuta povreda nisu relevantna jer se, u ovom slučaju, ne radi o privremenom prekidu sudjelovanja u kartelu, nego o tome je li predmetni poduzetnik ostao do kraja njegov član.

37. Što se tiče trećeg žalbenog razloga, stranke iznose sljedeće.

38. Žalitelj ističe da je, kao što jasno proizlazi iz izjave poduzetnika koji je sudjelovao u zabranjenom sporazumu (izjava se nalazi u spisu), njegov predstavnik iznenada ogorčen napustio sastanak od 25. i 26. svibnja 2000. te više nije sudjelovao na kasnijim sastancima. Nije sporno da žalitelj nakon te prepirke nije sudjelovao ni na jednom od sljedeća tri sastanka, sve dok njegov novi predstavnik nije prisustvovao na sastanku od 26. i 27. lipnja 2001. S druge strane, žalitelj naglašava da je sudjelovao na 18 od 21 sastanka održanog u posljednjih pet godina, odnosno na oko četiri sastanka godišnje.

39. Prema mišljenju žalitelja, zaključak do kojeg je Opći sud došao zato što on nije iznio dokaz da se javno distancirao od zabranjenog sporazuma, ne provjerivši je li Komisija ispunila svoju obvezu iznošenja dokaza koji bi upućivali na to da je žalitelj i dalje sudjelovao u zabranjenom sporazumu, predstavlja povredu načela pretpostavke nevinosti. Žalitelj se poziva na presudu Gosselin Group/Komisija[8] prema kojoj nastavak sudjelovanja u zabranjenom sporazumu podrazumijeva da je došlo do prekida te stoga nije relevantna sama okolnost da je predmetni poduzetnik sudjelovao u zabranjenom sporazumu prije i nakon razdoblja o kojem je riječ.

40. Što se tiče kriterija percepcije sudionika u zabranjenom sporazumu, žalitelj ističe da nikad nije bilo tvrdnji ni dokaza da ga se od svibnja 2000. do lipnja 2001. smatralo članom kartela i da, naprotiv, iz gore navedene izjave jednog drugog poduzetnika koji je sudjelovao u zabranjenom sporazumu proizlazi da potonji poduzetnik nije uopće sumnjao u prekid sudjelovanja žalitelja tijekom tog razdoblja od trinaest mjeseci. U svakom slučaju, Opći sud počinio je pogrešku koja se tiče prava kad je isključio svako javno distanciranje žalitelja tijekom sastanka od 25. i 26. svibnja 2000., suprotno svojem pristupu u slučaju društva Repsol (vidjeti drugi žalbeni razlog), prema kojem kriterij javnog distanciranja može biti ispunjen ako je utvrđeno da su drugi sudionici na sastanku sumnjali u sudjelovanje predmetnog poduzetnika. Naime, Opći je sud prihvatio distanciranje društva Repsol na temelju samog utvrđenja da mu je poduzetnik koji je organizirao sastanke prestao slati službene pozive.

41. Komisija smatra, najprije, da je ovaj žalbeni razlog nedopušten. Podredno, Komisija ističe da je on neosnovan jer ona svoju ocjenu o neprekinutom sudjelovanju žalitelja u zabranjenom sporazumu tijekom tog razdoblja nije temeljila samo na izostanku distanciranja. Iz uvodne izjave 603. sporne odluke tako proizlazi da, uzevši u obzir sve okolnosti, nesudjelovanje žalitelja na trima uzastopnim sastancima i potom nastavak redovitog sudjelovanja od lipnja 2001., kad se promijenio predstavnik žalitelja, nije moglo podrazumijevati prekid sudjelovanja u samom zabranjenom sporazumu. Opći je sud potvrdio tu analizu ne samo na temelju izostanka distanciranja nego i na temelju ispitivanja okolnosti u kojima je predstavnik žalitelja napustio sastanak od 26. svibnja 2000. Opći je sud na temelju te analize zaključio da to ne predstavlja javno distanciranje. Komisija dodaje da odlazak

8 — T-208/08 i T-209/08, EU:T:2011:287, t. 161.

predstavnika žalitelja s tog sastanka nije značio povlačenje iz zabranjenog sporazuma, nego je bio posljedica neslaganja u pogledu načina primjene zabranjenog sporazuma. Uostalom, incident do kojeg je došlo na sastanku od 26. svibnja 2000. nije u izjavama društva Sasol opisan kao povlačenje žalitelja iz zabranjenog sporazuma.

42. Komisija usto smatra da je, u svakom slučaju, dokazala sudjelovanje žalitelja u zabranjenom sporazumu tijekom cijelog spornog razdoblja, u skladu s načelima koja proizlaze iz sudske prakse Suda [9]. Nadalje, dokaz o trajanju sudjelovanja nekog poduzetnika u zabranjenom sporazumu činjenično je pitanje. U ovom slučaju, nedostatak dokaza o protutržišnim kontaktima ili o sudjelovanju u takvim kontaktima tijekom razdoblja od jedne godine nije sam po sebi dostatan da bi se utvrdio prekid sudjelovanja u zabranjenom sporazumu [10]. U tom pogledu argument žalitelja prema kojem taj nedostatak, zbog svojeg trajanja i neprekinutosti, ima izniman karakter, ne može se prihvatiti jer je žalitelj bio nekoliko puta odsutan i na tajnim sastancima. Naprotiv, Opći sud naglasio je da je žalitelj tijekom spornog razdoblja mogao imati koristi od informacija dobivenih na prethodnim sastancima i od sklopljenih sporazuma. Stoga je, prema mišljenju Komisije, Opći sud s punim pravom ocijenio da je to neprisustvovanje na nekoliko sastanaka tek izolirani slučaj povezan s jednom osobom te nema nikakve veze s prekidom sudjelovanja žalitelja u zabranjenom sporazumu.

2. Ocjena

43. Prije ispitivanja okolnosti koje je Komisija uzela u obzir, a Opći sud prihvatio u svrhu utvrđivanja sudjelovanja žalitelja tijekom dvaju spornih razdoblja, tj. od 12. svibnja 2004. do 28. travnja 2005. (razdoblje prestanka) odnosno od 26. svibnja 2000. do 26. lipnja 2001. (razdoblje obustave/prekida), čini mi se primjerenim podsjetiti na nekoliko načela kojima je uređeno izvođenje dokaza o trajanju sudjelovanja poduzetnika u zabranjenom sporazumu i, u ovom okviru, razjasniti kako treba shvatiti upućivanje na javno distanciranje predmetnog poduzetnika koje se javlja u sudskoj praksi Suda [11].

a) Zaključci koji proizlaze iz sudske prakse o teretu dokazivanja sudjelovanja poduzetnika u zabranjenom sporazumu i o zahtjevu javnog distanciranja.

44. Za potrebe ispitivanja prigovora iznesenih u okviru ove žalbe, potrebno je imati na umu određena ključna načela iz područja izvođenja dokaza i tereta dokazivanja protutržišnih ponašanja.

45. Najprije, valja podsjetiti da je na Komisiji da dokaže sudjelovanje u zabranjenom sporazumu, ali i njegovo trajanje. Na temelju pretpostavke nevinosti svaka sumnja u trajanje i neprekinutost sudjelovanja poduzetnika u povredi treba ići u korist tom poduzetniku [12].

46. Zatim, što se tiče samog utvrđivanja trajanja sudjelovanja dotičnog poduzetnika u povredi, čini se prihvaćenim da se, u nedostatku dokaza kojima bi se moglo izravno utvrditi trajanje povrede, Komisija poziva barem na dokaze koji se odnose na činjenice koje su se dogodile u dovoljno kratkim vremenskim razmacima da se može razumno zaključiti da se ta povreda neprekinuto nastavila između dva određena datuma. Sud je stoga potvrdio da se o postojanju protupravnog ponašanja može zaključiti iz određenog broja podudarnosti i indicija koje, promatrane kao cjelina, mogu tvoriti dokaz povrede pravila tržišnog natjecanja, u nedostatku drugog dosljednog objašnjenja [13].

9 — Presude Technische Unie/Komisija (C-113/04 P, EU:C:2006:593, t. 169.) te 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. 260.)

10 — Presuda Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, t. 75.)

11 — Vidjeti osobito 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. i 82. kao i navedenu sudsku praksu).

12 — Vidjeti u tom smislu presudu Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisija (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, t. 52.).

13 — 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, t. 57.) kao i Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisija (C-403/04 P i C-405/04 P, EU:C:2007:52, t. 51.)

47. Naposljetku, čini se da je napravljena razlika između utvrđivanja datuma prestanka sudjelovanja u zabranjenom sporazumu i eventualnih razdoblja obustave predmetnog sudjelovanja. Smatram da to posebno proizlazi iz presude donesene u predmetu Komisija/Verhuizingen Coppens [14], u kojoj je Sud utvrdio da je Komisija osnovano smatrala da se dotično društvo moglo smatrati odgovornim za neprekinuto sudjelovanje u predmetnom sporazumu tijekom cijelog razdoblja od 13. listopada 1992. do 29. srpnja 2003. iako nisu postojali dokazi o aktivnom sudjelovanju tog društva od 1994. do 1995. u sporazumu o lažnim ponudama.

48. Sud je tako pojasnio da činjenica da nije bio iznesen konkretan dokaz o tome da je poduzetnik u nekim određenim razdobljima provodio protutržišni sporazum ne sprečava da se smatra da je ukupno razdoblje povrede trajalo dulje od tih razdoblja ako se takvo utvrđenje temelji na objektivnim i dosljednim indicijama. U kontekstu povrede koja je trajala više godina, činjenica da se zabranjeni sporazum provodio u različitim razdobljima, koja su mogla biti odvojena duljim ili kraćim vremenskim razmacima, ne utječe na postojanje tog zabranjenog sporazuma ako se različite radnje koje su sastavni dio te povrede provode u svrhu ostvarivanja jednog cilja i ulaze u okvir jedinstvene i trajne povrede [15].

49. Uzevši u obzir temeljna pravila kojima su u tom pogledu uređeni teret dokazivanja i izvođenje dokaza, ta sudska praksa, prema mojem mišljenju, ne može dovesti do isključivanja svake mogućnosti dokazivanja da je poduzetnik tijekom određenog razdoblja doista obustavio svoje sudjelovanje u zabranjenom sporazumu. Ovisno o učestalosti spornih kontakata i o tome je li trajanje razdoblja navodnog prekida bilo znatno ili nije u odnosu na ukupno trajanje zabranjenog sporazuma, što je samo na sudu koji odlučuje o meritumu da provjeri, sasvim je moguće zaključiti da dotični poduzetnik tijekom jednog ili više određenih razdoblja nije sudjelovao u spornom zabranjenom sporazumu.

50. Drugim riječima, odgovor na pitanje je li nedostatak materijalnih dokaza o sudjelovanju poduzetnika tijekom određenih razdoblja važan ili nije ovisi o okolnostima svakog pojedinog slučaja. Radi ilustracije svojih navoda upućujem na primjer zabranjenog sporazuma koji je trajao desetak godina i provodio se na višegodišnjim sastancima konkurenata s protutržišnim ciljem. Eventualni izostanak predstavnika poduzetnika s dva sastanka čini se beznačajnim ako postoje druge objektivne i dosljedne indicije kojima se potvrđuje sudjelovanje dotičnog poduzetnika tijekom predmetnog razdoblja.

51. Kako treba u tim okolnostima tumačiti zahtjev javnog distanciranja poduzetnika?

52. Kako bi se odgovorilo na to pitanje, valja ponovno razmotriti okolnosti u kojima je ono postavljeno i, posebno, okolnosti slijedom kojih je donesena presuda 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).

53. Podsjećam da je, u tom predmetu, dotično društvo dovodilo u pitanje činjenicu da se Komisija pozvala na to da se to društvo nije javno distanciralo od sporazuma, što je prihvatio i Opći sud.

54. Sud, kojem je bilo postavljeno to pitanje, potvrdio je pristup za koji se zalagala Komisija i koji je potvrdio Opći sud. Sud je u tom slučaju smatrao dovoljnim da Komisija dokaže da je dotični poduzetnik sudjelovao na sastancima tijekom kojih su sklopljeni sporazumi protutržišne naravi a da im se nije očito usprotivio, kako bi u dovoljnoj mjeri dokazala sudjelovanje navedenog poduzetnika u zabranjenom sporazumu. Sud je tako istaknuo da je, *nakon što se utvrdi sudjelovanje na takvim*

14 — C-441/11 P, EU:C:2012:778

15 — Vidjeti u tom pogledu 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, t. 260.) i Technische Unie/Komisija (C-113/04 P, EU:C:2006:593, t. 169.).

sastancima [16], na tom poduzetniku da podnese indicije koje omogućuju da se utvrdi da je njegovo sudjelovanje na spomenutim sastancima bilo lišeno bilo kakve protutržišne namjere, na način da dokaže da je svojim konkurentima dao do znanja da je na tim sastancima sudjelovao s drukčijim ciljevima od njihovih (vidjeti točku 81. presude).

55. U tom se smislu treba shvatiti zahtjev javnog distanciranja, koji se temelji na bitnoj pretpostavci da je poduzetnik sudjelovao na sastanku ili da je održavao protutržišne kontakte. Sud je tako osobito pojasnio da je „[r]azlog koji stoji iza tog pravnog načela taj da je poduzetnik, sudjelujući na spomenutom sastanku a da se nije javno distancirao od njegova sadržaja, drugim sudionicima dao povoda misliti da se slaže s njegovim ciljem i da će postupiti u skladu s njime“ (vidjeti točku 82. presude).

56. Drugim riječima, kriterij izostanka 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. Upućivanje na izostanak javnog distanciranja ne može, prema mojem mišljenju, nadoknaditi nedostatak dokaza o sudjelovanju, makar i pasivnom, na sastanku s protutržišnim ciljem. Kao što je istaknuo nezavisni odvjetnik D. Ruiz-Jarabo Colomer u tom predmetu [17], ako društvo sudjeluje sa svojim tržišnim konkurentima na jednom ili više sastanaka koji su doveli do sporazuma protivnog tržišnom natjecanju, tehnikom pretpostavke moguće je zaključiti, u nedostatku izričitih dokaza o protivnom, da ono sudjeluje u zabranjenom sporazumu, *a fortiori* ako to društvo poslije sudjeluje u mjerama provedbe protutržišnog sporazuma. Kako bi se dokazala osnovanost takve pretpostavke, nezavisni odvjetnik navodi da je potrebno „poći od *utvrđenih događaja* [18] na temelju kojih […] je moguće određene činjenice smatrati dokazanima“ [19].

57. To rješenje, koje se logično nastavlja na rješenje koje je već izneseno u nekoliko predmeta u pogledu primjene određenih pretpostavki [20], znači da, u nedostatku bilo kakvih dokaza o tajnim kontaktima ili djelovanjima između poduzetnika i drugih sudionika u zabranjenom sporazumu, Komisija ne može jednostavno zaključiti da se sudjelovanje poduzetnika nastavilo samo na temelju utvrđenja da se on bio dužan distancirati od zabranjenog sporazuma.

58. Zahtjev javnog distanciranja tako ima smisla samo ako je poduzetnik stvarno sudjelovao na tajnim sastancima ili ako postoje barem indicije o usklađenom djelovanju tijekom određenog razdoblja. Taj bi zahtjev stoga trebao imati ulogu samo u slučaju gdje se može pretpostaviti, s obzirom na konkretne dokaze prikupljene tijekom istrage, da je dotični poduzetnik nastavio sudjelovati u zabranjenom sporazumu. Izostanak javnog distanciranja poduzetnika od zabranjenog sporazuma ne može sam po sebi biti dokaz o takvom sudjelovanju.

59. Sud je na ta načela podsjetio u više prilika [21].

16 — Moje isticanje

17 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u predmetu Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, EU:C:2003:85, t. 127. do 131.)

18 — Moje isticanje

19 — Mišljenje nezavisnog odvjetnika D. Ruiz-Jaraba Colomera u predmetu Aalborg Portland i dr./Komisija (C-204/00 P, EU:C:2003:85, t. 128.)

20 — Vidjeti u istom smislu presude Hüls/Komisija (C-199/92 P, EU:C:1999:358, t. 155.) i Montecatini/Komisija (C-235/92 P, EU:C:1999:362, t. 181.).

21 — Vidjeti osobito presudu Dansk Rørindustri i dr./Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, EU:C:2005:408, t. 142. do 145.); rješenje Adriatica di Navigazione/Komisija (C-111/04 P, EU:C:2006:105, t. 48. do 54.) i presudu Comap/Komisija (C-290/11 P, EU:C:2012:271, t. 73. do 76.), što se tiče poduzetnika u pogledu kojih je utvrđeno da su sudjelovali na sastancima s protutržišnim ciljem.

60. Iz svih tih razmatranja proizlazi da se zahtjev javnog distanciranja treba smatrati obvezom dotičnog poduzetnika da bi on mogao dokazati da tijekom određenog razdoblja više nije sudjelovao u zabranjenom sporazumu usprkos svojem prividnom sudjelovanju u njemu. Podsjećam naime da zahtjev javnog distanciranja tako ima smisla samo ako je poduzetnik stvarno sudjelovao na tajnim sastancima ili ako postoje barem indicije o usklađenom djelovanju tijekom određenog razdoblja.

61. Valja posebno podsjetiti na to načelo kako ne bi došlo do štetne pogreške pri tumačenju načela kojima su uređeni teret dokazivanja i izvođenje dokaza o protutržišnim ponašanjima.

b) Primjena na predmetni slučaj: potrebno razlikovanje između dokaza o konačnom prestanku sudjelovanja u zabranjenom sporazumu i dokaza o prekidu/obustavi sudjelovanja

i) Dokaz o sudjelovanju žalitelja tijekom razdoblja prestanka (prvi žalbeni razlog)

62. Kao što je Komisija naglasila u svojim pismenima, u spornoj je odluci zaključila da je žalitelj sudjelovao u povredi do provjera koje je provela 28. travnja 2005. jer, usprkos činjenici da nije bilo utvrđeno da je prisustvovao sastancima održanima nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004., nije iznio nijedan dokaz kojim se potvrđuje da se tog dana formalno povukao iz zabranjenog sporazuma. Opći je sud, na temelju ocjene činjenica iznesenih u uvodnoj izjavi 602. sporne odluke, zaključio da se žalitelj, prema percepciji drugih sudionika, nije distancirao od zabranjenog sporazuma.

63. Valja podsjetiti da je Komisija, u uvodnoj izjavi 602. sporne odluke, smatrala sljedeće:

„[Žalitelj] izjavljuje da nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. nije sudjelovao ni na jednom tehničkom sastanku te dodaje da je prema jednoj internoj obavijesti njegov predstavnik otkazao svoje putovanje na sastanak od 3. i 4. studenoga 2004. nakon savjeta svojeg nadređenog. Komisija napominje da ne postoji nijedan dokaz o eventualnom povlačenju iz zabranjenog sporazuma. U slučajevima složenih povreda, činjenica da poduzetnik nije prisustvovao sastanku ili da se ne slaže s onim o čemu se na njemu raspravljalo ne znači da je on prestao sudjelovati u trajnoj povredi. Kako bi se povreda okončala, poduzetnik se treba jasno distancirati od zabranjenog sporazuma. […] [Žalitelj] nije iznio jasan dokaz da je sasvim samostalno usvojio jednostranu tržišnu strategiju te da se jasno i otvoreno distancirao od djelatnosti zabranjenog sporazuma. Naprotiv, dokazi koje posjeduje Komisija pokazuju da je [žalitelj] primio službene pozive na sljedeća tri tehnička sastanka (odnosno posljednja tri tehnička sastanka održana prije provođenja pretraga). Komisija napominje da je predstavnik [žalitelja] potvrdio da će sudjelovati na sastanku od 3. i 4. studenoga 2004., čak i ako se pokazalo da je poslije otkazao svoje putovanje. Usto, u pogledu sastanka od 23. i 24. veljače 2005. [Sasol Wax International AG, Sasol Holding in Germany GmbH i Sasol Limited, organizator tog sastanka, u daljnjem tekstu: Sasol] već je rezervirao sobu za predstavnika [žalitelja] u hotelu u kojem se održava[o] sastanak, čija je rezervacija poslije [bila] poništena. Komisija iz toga zaključuje da je društvu Sasol i ostalim sudionicima bilo jasno da je [žalitelj] sudjelovao do kraja u zabranjenom sporazumu. Komisija napominje i da se rasprave koje su se vodile na sastancima nisu bitno razlikovale od rasprava koje su se vodile tijekom prethodnih sastanaka, već da su sudionici nastavili raspravljati o povećanju cijena bez spominjanja bilo kakvog pokušaja [žalitelja] da napusti zabranjeni sporazum (vidjeti uvodne izjave 175., 176. i 177.) te da nije bilo neuobičajeno da poduzetnici tijekom zabranjenog sporazuma ne sudjeluju na određenim sastancima. Ta dva elementa dokazuju da nakon sastanka iz svibnja 2004. u pogledu [žalitelja] nije postojala percepcija da je on napustio zabranjeni sporazum. Interna obavijest predstavnika [žalitelja] u pogledu njegovih razloga za nesudjelovanje na sastanku u svakom se slučaju ne može smatrati javnim distanciranjem. Budući da nijedna druga informacija ne upućuje na to da se [on] distancirao od zabranjenog sporazuma, Komisija smatra da sudjelovanje [žalitelja] u zabranjenom sporazumu nije završilo prije pretraga“.

64. U pobijanoj presudi Opći sud prihvatio je stajalište Komisije u pogledu kriterija javnog distanciranja kao i percepcije žalitelja koju su imali ostali sudionici u zabranjenom sporazumu te je utvrdio da se žalitelj, prema percepciji drugih sudionika, nije javno distancirao od zabranjenog sporazuma [22].

65. Osim toga, Opći se sud pozvao na internu poruku elektroničke pošte od 3. studenoga 2004. koju je poslao predstavnik žalitelja, u kojoj je pisalo sljedeće: „S obzirom na cilj sastanka u Austriji, poslušat ću preporuku Thibaulta. Otkazujem svoje putovanje u Beč (polazak je prvotno bio predviđen za danas poslijepodne)“ te je zaključio da takva interna poruka, koja nije priopćena drugim sudionicima, ne može predstavljati javno distanciranje [23].

66. Usto, Opći sud podredno ističe da sama činjenica da žalitelj nije sudjelovao na posljednjim tehničkim sastancima nikako ne dokazuje da se nije koristio informacijama o cijenama koje su primjenjivali njegovi konkurenti, koje je on primio na desetcima prethodnih tehničkih sastanaka na kojima je sudjelovao te da nije imao koristi od sporazuma o podjeli tržištâ i kupaca sklopljenih na predmetnim tehničkim sastancima. Opći sud iz toga je zaključio da žalitelj nije iznio nijedan dokaz na temelju kojeg se može zaključiti da je 12. svibnja 2004. prestao provoditi zabranjeni sporazum [24].

67. Postavlja se pitanje je li, usprkos tim utvrđenjima, Komisija mogla doći do zaključka, koji podržava Opći sud u pobijanoj presudi, prema kojem je žalitelj sudjelovao u zabranjenom sporazumu čak i nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. Posebno je potrebno odlučiti je li u tu svrhu bilo moguće uzeti u obzir činjenicu da se žalitelj nije formalno povukao iz zabranjenog sporazuma i da stoga nije dokazao javno distanciranje od zabranjenog sporazuma.

68. Smatram da, ako se želi izbjeći povreda gore navedenih načela kojima moraju biti uređeni dokazivanje i izvođenje dokaza o protutržišnom ponašanju, na to pitanje valja odgovoriti negativno.

69. U ovom slučaju, nije sporno da žalitelj nije sudjelovao na posljednjim tehničkim sastancima zabranjenog sporazuma koji su se održali od 12. svibnja 2004. (kad je posljednji put sudjelovao na predmetnim sastancima) do 29. travnja 2005. (kad su provedene pretrage Komisije). Također je nesporno da ništa ne upućuje na to da je žalitelj održavao bilo kakav kontakt sa sudionicima u spornom zabranjenom sporazumu tijekom tog istog razdoblja.

70. U takvim uvjetima nije postojao ni najmanji dokaz da je žalitelj, nakon sastanaka od 11. i 12. svibnja 2004., nastavio sudjelovati u spornom zabranjenom sporazumu sudjelovanjem na predmetnim sastancima ili drugim tajnim radnjama.

71. Eventualna percepcija koju su ostali sudionici u zabranjenom sporazumu mogli imati u pogledu nastavka sudjelovanja žalitelja u zabranjenom sporazumu nakon tih datuma uopće mi ne čini odlučujućim kriterijem. Osim što mi se čini da takva percepcija, koja bi se trebala očitovati pozivima i rezervacijama hotela, nije bila jasno utvrđena, ona uopće nije pokazatelj aktivnog ili prešutnog sudjelovanja u zabranjenom sporazumu.

72. Činjenica, koja je posebno istaknuta tijekom rasprave, da je Komisija mogla biti čvrsto uvjerena da je žalitelj, za razliku od drugih poduzetnika [25], nastavio sudjelovati u zabranjenom sporazumu mora se temeljiti na konkretnim indicijama, a ne na osjećaju ili subjektivnom dojmu koje, prema potrebi, potkrjepljuje navodna percepcija ostalih sudionika u zabranjenom sporazumu.

22 — Vidjeti točke 372. do 375. pobijane presude.

23 — Vidjeti točke 378. i 379. pobijane presude.

24 — Vidjeti točku 380. pobijane presude.

25 — To se posebno odnosi na poseban položaj društva Repsol i usporedivost njegova položaja u odnosu na položaj žalitelja. Opći sud tako je istaknuo da, za razliku od društva Repsol, u pogledu žalitelja nije bilo utvrđeno da je prestao primati službene pozive na tehničke sastanke i da su za njegova predstavnika čak bile rezervirane sobe (vidjeti osobito točke 385. do 388. pobijane presude).

73. Iz svih tih razmatranja proizlazi da pobijana presuda u tom pogledu podliježe kritici. Prema mojem mišljenju, Opći sud pogrešno je prihvatio zaključak prema kojemu je žalitelj sudjelovao u zabranjenom sporazumu nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. do pretraga iz travnja 2005.

74. Stoga se pobijana presuda u tom dijelu treba ukinuti. Konkretne posljedice takvog ukidanja na iznos novčane kazne izrečene žalitelju ispitat će se u nastavku.

ii) Dokaz o sudjelovanju žalitelja u zabranjenom sporazumu od 26. svibnja 2000. do 26. lipnja 2001. (treći žalbeni razlog)

75. Iako se prethodna razmatranja mogu *mutatis mutandis* primijeniti na dokaze o sudjelovanju žalitelja od 26. svibnja 2000. do 26. lipnja 2001., velika je razlika u tome što se ovdje ne radi o tome je li žalitelj sasvim prestao sudjelovati, nego je li prekinuo svoje sudjelovanje, ako je to bio slučaj, tijekom određenog razdoblja.

76. Drugim riječima, načela kojima su uređeni teret dokazivanja i izvođenje dokaza o protutržišnom ponašanju su ista. Razlikuje se njihova primjena na činjenice koje treba dokazati, tj. na privremeni prekid odnosno na konačan prestanak sudjelovanja u zabranjenom sporazumu.

77. Kao što sam prethodno naveo, potrebno je, naime, priznati da se elementi na temelju kojih Komisija donosi zaključak o tome je li poduzetnik obustavio sudjelovanje u zabranjenom sporazumu trebaju drukčije sagledati jer oni uvelike ovise o svim okolnostima navodnog prekida i karakteristikama predmetnih tajnih djelatnosti, poput njihove učestalosti i složenosti.

78. U ovom slučaju, čini mi se da su Komisija (vidjeti uvodnu izjavu 603. sporne odluke) i Opći sud (točke 394. do 403. pobijane presude) detaljno ispitali okolnosti odlaska predstavnika žalitelja sa sastanka od 25. i 26. svibnja 2000. te protutržišnih kontakata u pitanju.

79. Osim što se to ispitivanje ne može, u slučaju nepostojanja dokazanog iskrivljavanja činjenica, dovesti u pitanje u okviru ove žalbe, smatram da je primijenjeni pristup uvelike u skladu sa sudskom praksom prema kojoj činjenica da takav dokaz nije bio iznesen u pogledu određenih razdoblja ne sprečava da se smatra da je ukupno razdoblje povrede trajalo dulje od tih razdoblja ako se takvo utvrđenje temelji na objektivnim i dosljednim indicijama. U kontekstu povrede koja je trajala više godina, činjenica da se zabranjeni sporazum provodio u različitim razdobljima, koja su bili odvojena duljim ili kraćim razmacima, ne utječe na postojanje tog zabranjenog sporazuma ako se različite radnje koje su sastavni dio te povrede provode u svrhu ostvarivanja jednog cilja i ulaze u okvir jedinstvene i trajne povrede [26].

80. Ocjena o tome provode li se različite radnje koje su dio zabranjenog sporazuma iz ovog predmeta u svrhu ostvarivanja jednog cilja i ulaze li u okvir jedinstvene i trajne povrede nije, uostalom, u ovom slučaju uopće dovedena u pitanje te, u svakom slučaju, čini dio ispitivanja koje u okviru ove žalbe nije u nadležnosti Suda.

81. Tako se može utvrditi analogija između pitanja koje se ispituje u ovom slučaju i pitanja koje je razmotrio Sud u presudi Komisija/Verhuizingen Coppens, u kojoj je bilo presuđeno da nedostatak dokaza o protutržišnim kontaktima ili o sudjelovanju u takvim kontaktima tijekom razdoblja od jedne godine ne može sâm po sebi biti dovoljan za utvrđivanje prekida zabranjenog sporazuma [27].

82. Stoga smatram da treći žalbeni razlog treba odbiti.

26 — Presuda Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11, EU:C:2012:778, t. 72.)

27 — Presuda Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11, EU:C:2012:778, t. 75.)

B – *Drugi žalbeni razlog, koji se temelji na povredi načela jednakog postupanja, iskrivljavanju dokaza i nepostojanju obrazloženja jer Opći sud nije uvažio povlačenje žalitelja nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004., ali je uvažio povlačenje društva Repsol nakon tog sastanka*

1. Argumentacija stranaka

83. Drugi žalbeni razlog koji je iznio žalitelj podijeljen je u dva dijela.

84. U prvom dijelu žalitelj u bitnome ističe da se zaključak Općeg suda, koji polazi od činjenično pogrešne postavke prema kojoj Repsol nakon sastanka od 11. i 12. svibnja 2004. više nije primao „službene“ pozive, temelji na iskrivljavanju dokaza te da je, u nekoliko pogleda, nedovoljno obrazložen.

85. Drugi se dio odnosi na navodnu povredu načela nediskriminacije. Žalitelj smatra da je trajanje njegova sudjelovanja u zabranjenom sporazumu Opći sud ispitao na temelju kriterija koji su drukčiji i stroži od onih koje je primijenio na društvo Repsol. Naime, Opći je sud od žalitelja zahtijevao javno distanciranje, ali ne i od društva Repsol, čije je povlačenje uvaženo čak i u nedostatku distanciranja.

86. Komisija najprije ističe da je prvi žalbeni razlog bespredmetan jer se nijedan izneseni argument nije odnosio na društvo Total nego na poseban položaj društva Repsol. Komisija ističe da je taj žalbeni razlog, u svakom slučaju, neosnovan.

2. Ocjena

87. Pod pretpostavkom da se prvi žalbeni razlog ne bi trebao prihvatiti, postavlja se pitanje je li se sa žaliteljem postupalo drukčije nego s društvom Repsol.

88. U tom pogledu valja istaknuti da je, u uvodnoj izjavi 604. sporne odluke, Komisija osobito smatrala da je slučaj društva Repsol bio različit od slučaja društva Total jer je rezervacija hotelskih soba za potrebe dvaju sastanka od 3. i 4. studenoga 2004. te od 23. i 24. veljače 2005. upućivala na to da je Sasol bio uvjeren da će Total prisustvovati sastanku, pri čemu to isto uvjerenje nije imao u pogledu društva Repsol.

89. Opći sud u točkama 385. do 389. pobijane presude u bitnome je smatrao da postoji razlika između položaja tih dvaju poduzetnika, s obzirom na percepciju drugih sudionika u zabranjenom sporazumu u pogledu njihova distanciranja, koja se očitovala u slanju službenih poziva i rezervacijama hotela.

90. Ako bi se prvi žalbeni razlog trebao odbiti, smatram da bi se ovaj žalbeni razlog trebao proglasiti bespredmetnim.

91. Kao što je to pravilno istaknula Komisija, argumentacija žalitelja ne odnosi se na njegov specifičan položaj, nego na položaj društva Repsol. Čak i pod pretpostavkom da je Opći sud u ocjeni počinio neku pogrešku, žalitelj se na nju ne može pozvati u svoju korist, a osobito ne s ciljem skraćivanja trajanja svojeg sudjelovanja u predmetnom zabranjenom sporazumu.

92. Naime, općepriznato je da se načelo jednakog postupanja mora pomiriti s poštovanjem načela zakonitosti. Nitko se ne može u svoju korist pozvati na nezakonitost počinjenu na štetu trećega [28].

93. Stoga smatram da, čak i ako treba smatrati da je obrazloženje Općeg suda izneseno u točkama 385. do 389. pobijane presude zahvaćeno nekom pogreškom, valja odbiti drugi žalbeni razlog koji je istaknuo žalitelj.

28 — Vidjeti presudu The Rank Group (C-259/10 i C-260/10, EU:C:2011:719, t. 62. i navedenu sudsku praksu).

C – Četvrti žalbeni razlog, koji se temelji na povredi načela djelotvorne sudske zaštite, individualizacije kazni i sankcija kao i zahtjeva obrazloženosti jer je Opći sud bez ispitivanja odbio tužbeni razlog koji se temelji na neuzimanju u obzir ekonomskih dokaza o konkurentskom ponašanju žalitelja

1. Argumentacija stranaka

94. Žalitelj ističe da, u skladu s člankom 31. Uredbe br. 1/2003[29], Opći sud ima neograničenu nadležnost prilikom odlučivanja o predmetima iz područja tržišnog natjecanja i da se on, neovisno o činjenici da Komisija raspolaže diskrecijskim prostorom u područjima u kojima je nužno provoditi složene gospodarske ocjene, ne smije uzdržati od nadzora nad tumačenjem ekonomskih podataka od strane Komisije[30]. Osim toga, načelo individualizacije kazni zahtijeva da se nepostojanje provedbe zabranjenog sporazuma ocijeni pojedinačno za svakog poduzetnika, posebno prilikom izračuna novčane kazne koja im treba biti izrečena.

95. Žalitelj smatra da Opći sud nije odgovorio na njegov treći tužbeni razlog koji se temelji na neuzimanju u obzir ekonomskih dokaza o tome da se on ponašao u skladu s pravilima tržišnog natjecanja te da nije ispitao relevantnost i sadržaj tih dokaza. Naime, žalitelj je podnio Komisiji, a zatim i Općem sudu, detaljnu ekonomsku analizu kojom je obuhvaćeno razdoblje povrede i koja pokazuje da on nikad nije provodio sporazume koji su bili sklopljeni na tehničkim sastancima. Ta je analiza prešutno zanemarena u spornoj odluci, ali i u pobijanoj presudi, s obzirom na to da točke 406. i 407. ne sadrže nikakav odgovor na argumente žalitelja o nepostojanju ispitivanja njegove ekonomske analize u svrhu pojedinačne ocjene njegova konkurentskog ponašanja u okviru nadzora sankcije i, posebno, olakotnih okolnosti. Žalitelj u tom smislu ističe da se razmatranja Općeg suda u okviru ispitivanja drugog tužbenog razloga, na koja upućuje točka 407. pobijane presude (vidjeti osobito točke 186. i 237.), odnose na provedbu zabranjenog sporazuma na općoj razini, a ne na pojedinačno ponašanje svakog od upletenih poduzetnika.

96. Komisija najprije ističe da je taj žalbeni razlog nedopušten te da je, u svakom slučaju, neosnovan.

2. Ocjena

97. Prema mojem mišljenju, valja odbiti ovaj žalbeni razlog.

98. Naime, čini se da je Opći sud posvetio velik dio svoje analize tome da odgovori na argumente i dokumente koje je iznio žalitelj kako bi dokazao da nije provodio zabranjeni sporazum.

99. Naime, u točkama 163. do 190. pobijane presude, koje se tiču ispitivanja drugog tužbenog razloga, Opći sud odbacio je argument žalitelja prema kojem on nije provodio zabranjeni sporazum o cijenama. Opći se sud posebno oslonio na dokaze *in tempore non suspecto*, poput dopisa o cijenama u kojima je žalitelj kupce obavještavao o povećanjima cijena (vidjeti osobito točku 189. presude).

100. Osim toga, Opći sud je u točkama 243. do 259. pobijane presude, koje se također odnose na ispitivanje drugog tužbenog razloga postupka u prvom stupnju, precizno izložio rasuđivanje na koje se oslonio kako bi dokazao da žalitelj nije iznio dokaze da se konkurentski ponašao na tržištu, suprotno onomu što je žalitelj tvrdio u svojoj ekonomskoj studiji koju je podnio Općem sudu.

101. Čini mi se i da je Opći sud ispunio svoju ulogu provjere i nadzora analize koju je Komisija provela u pogledu dokaza koje je žalitelj iznio o svojem ponašanju na tržištu.

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

30 — Presuda Kone i dr./Komisija (C-510/11 P, EU:C:2013:696, t. 28.)

102. Prema tome, prigovor žalitelja prema kojem je Opći sud proveo samo „opću“ ekonomsku analizu, ne razmotrivši njegov pojedinačni položaj, čini mi se neosnovanim.

VI – Privremeni zaključak

103. Kao što sam prethodno iznio, čini mi se da je prvi žalbeni razlog istaknut u ovoj žalbi osnovan i da stoga treba ukinuti pobijanu presudu jer Opći sud pogrešno nije uvažio prestanak sudjelovanja žalitelja u povredi nakon 12. svibnja 2004.

104. Djelomično ukidanje pobijane presude koje predlažem nužno dovodi do ponovne procjene iznosa novčane kazne čije je plaćanje naloženo žalitelju, kako bi pravilno odražavao trajanje njegova sudjelovanja u predmetnoj povredi. Naime, čini mi se da stanje predmeta dopušta da se o njemu konačno odluči u smislu članka 61. stavka 1. druge rečenice Statuta Suda.

105. Budući da u okviru svojeg prava da sâm odluči o predmetu Sud ima neograničenu nadležnost, kao što je predviđeno u članku 261. UFEU-a u vezi s člankom 31. Uredbe br. 1/2003, on može slobodno utvrditi novi iznos novčane kazne [31].

106. Iako takva nadležnost omogućuje sudu Unije, osim pukog nadzora zakonitosti novčane kazne, da Komisijinu ocjenu o primjerenosti iznosa novčane kazne zamijeni vlastitom ocjenom, potrebno je također naglasiti da izvršavanje neograničene nadležnosti ne znači da se nadzor provodi po službenoj dužnosti te da je postupak pred sudovima Unije kontradiktoran [32].

107. Također predlažem Sudu da se ograniči na to da smanji iznos novčane kazne i time ispravi pogrešku koja se tiče prava utvrđenu tijekom ispitivanja trećeg žalbenog razloga.

108. Umjesto proizvoljnog određivanja iznosa, predlažem, usto, radi dosljednosti i predvidljivosti, da se pridržava metodologije iz Smjernica iz 2006., kako ju je precizirao i prilagodio Opći sud u pogledu koeficijenta množenja koji treba primijeniti [33], te ponovno izračuna iznos novčane kazne s obzirom na skraćeno trajanje povrede.

109. Kao što je Opći sud iznio u točki 565. pobijane presude, za izračun iznosa novčane kazne izrečene tužiteljima Komisija je na ime težine povrede uzela u obzir 18% godišnje vrijednosti prihoda od prodaje parafinskog voska i 15% godišnje vrijednosti prihoda od prodaje prešanog parafina. Tako dobiveni iznosi [34] pomnoženi su zbog trajanja povrede koeficijentom 13 za parafinski vosak i 7 za prešani parafin. Ukupno, Komisija je, uključujući „ulaznu naknadu“, primijenila množitelj 14 za parafinski vosak i 7 za prešani parafin.

110. Kako bi se otklonile nezakonitosti utvrđene u točki 561. pobijane presude, prilagodivši iznos novčane kazne izrečene žalitelju radi uzimanja u obzir točnog trajanja njegova sudjelovanja u povredi, Opći je sud koeficijent množenja s obzirom na trajanje njegova sudjelovanja u povredi utvrdio na 12,64 (kojem se dodaje jedan bod zbog ulazne naknade) u pogledu parafinskog voska (12 godina,

31 — Presuda Komisija/Verhuizingen Coppens (C-441/11 P, EU:C:2012:778, t. 79. i navedena sudska praksa)

32 — Vidjeti osobito Komisija/Parker Hannifin Manufacturing i Parker-Hannifin (C-434/13 P, EU:C:2014:2456, t. 74. i 76. kao i navedenu sudsku praksu).

33 — Vidjeti točke 561., 566. i 567. pobijane presude.

34 — S obzirom na vrijednost godišnjih prodaja na predmetnim tržištima, koja je iznosila 31.133.865 eura (od čega 1.993.620 eura za prešani parafin) (vidjeti uvodnu izjavu 640. i točku 13. pobijane presude, ti iznosi dosežu 5.245.244 eura (za tržište parafinskog voska) odnosno 299.043 eura (za tržište prešanog parafina)).

7 mjeseci i 28 dana)[35] te 6,53 u pogledu prešanog parafina (6 godina, 6 mjeseci i 12 dana)[36]. Naposljetku, nakon primjene koeficijenta od 1,7[37] radi preventivnog učinka, iznos novčane kazne utvrđen je na 121.626.710 eura za parafinski vosak i 3.833.132 eura za prešani parafin, tako da je ukupni iznos novčane kazne izrečene žalitelju bio 125.459.842 eura.

111. U ovom slučaju, predlažem da se ponovi izračun novčane kazne kroz njegove različite faze uzimajući u obzir nezakonitost u pogledu određivanja trajanja sudjelovanja žalitelja u zabranjenom sporazumu koji se odnosi na tržište parafinskog voska. Budući da se trajanje sudjelovanja žalitelja treba smanjiti na 11 godina, 7 mjeseci i 15 dana, valja smanjiti koeficijent množenja primijenjen na iznos utvrđen za povredu (odnosno koeficijent kojim se uzima u obzir trajanje povrede i ulazna naknada) na predmetnom tržištu s 13,64 na 12,62, što dovodi do iznosa od oko 66.194.974 eura. Nakon primjene koeficijenta od 1,7 radi preventivnog učinka, iznos novčane kazne mora se, prema mojim izračunima, smanjiti na oko 112.531.456 eura za parafinski vosak. Uvećan za konačni iznos utvrđen za prešani parafin, odnosno za 3.833.132 eura, ukupni iznos novčane kazne izrečene žalitelju trebao bi biti utvrđen na oko 116.364.588 eura.

112. Stoga predlažem da se iznos novčane kazne izrečene žalitelju utvrdi na zaokružen iznos od 116.364.588 eura.

VII – Troškovi

113. U skladu s člankom 184. stavkom 2. Poslovnika, kad je žalba osnovana i Sud sâm konačno odluči o sporu, Sud odlučuje o troškovima.

114. U skladu s člankom 138. stavkom 1. Poslovnika Suda, u vezi s člankom 184. stavkom 1. istog Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove. Člankom 138. stavkom 3. navedenog Poslovnika utvrđeno je da, ako stranke djelomično uspiju u svojim zahtjevima, svaka stranka snosi vlastite troškove. Međutim, u skladu s istom odredbom, ako se to čini opravdanim u danim okolnostima, Sud može odlučiti da, osim vlastitih troškova, jedna stranka snosi i dio troškova druge stranke.

115. U ovom slučaju smatram, s obzirom na okolnosti ovog predmeta, da, što se tiče troškova nastalih u prvom stupnju, valja odlučiti da će Total Raffinage Marketing snositi osam desetina vlastitih troškova i osam desetina troškova Komisije. Komisija će snositi dvije desetine vlastitih troškova i dvije desetine troškova društva Total Raffinage Marketing.

116. U pogledu ovog postupka, predlažem da se svakoj od stranaka naloži snošenje vlastitih troškova nastalih u okviru žalbenog postupka.

VIII – Zaključak

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

1. Presuda Total Raffinage Marketing/Komisija (T-566/08, EU:T:2013:423) ukida se jer Opći sud pogrešno nije uvažio prestanak sudjelovanja žalitelja u povredi nakon 12. svibnja 2004.

35 — Odnosno iznos od oko 71.545.123 eura.

36 — Odnosno iznos od 1.952.750,79 eura.

37 — Kad se primijeni na svaki od iznosa, taj koeficijent iznosi oko 121.626.717,87 i 3.139.676,34 eura. Ti su iznosi, međutim, utvrđeni na 121.626.710 odnosno na 3.833.132 eura.

2. Poništava se članak 1. Odluke Komisije C (2008) 5476 *final* od 1. listopada 2008. o postupku primjene članka 81. [UEZ-a] i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/39.181 – Vosak za svijeće) u dijelu u kojem se odnosi na sudjelovanje žalitelja u trajnom sporazumu i/ili usklađenom djelovanju u sektoru parafinskog voska na zajedničkom tržištu tijekom razdoblja od 12. svibnja 2004. do 28. travnja 2005.

3. Iznos novčane kazne izrečene društvu Total Raffinage Marketing u članku 2. Odluke C (2008) 5476 *final* utvrđuje se na 116.364.588 eura.

4. Što se tiče troškova nastalih u okviru postupka u prvom stupnju, Total Raffinage Marketing snosit će osam desetina vlastitih troškova i osam desetina troškova Europske komisije. Komisija će snositi dvije desetine vlastitih troškova i dvije desetine troškova društva Total Raffinage Marketing.

5. Svaka će strana snositi svoje troškove nastale u okviru ovog žalbenog postupka.