Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NILSA WAHLA,
predstavljeni 27. marca 2014[1]

Zadeva C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
proti

Evropski komisiji

„Pritožba — Omejevalni sporazumi — Trg bančnih kartic v Franciji — Groupement des Cartes Bancaires (CB) — Tarifni ukrepi, ki se uporabljajo za ‚nove člane' Groupement — Pristopnina ter tako imenovana mehanizma ureditev funkcije pridobivanja in bujenja spečih članov — Obstoj omejitve konkurence zaradi cilja — Pristojnost za izdajo odredb — Spoštovanje načel sorazmernosti in pravne varnosti"

1. Groupement des cartes bancaires (CB) (v nadaljevanju: Groupement) s to pritožbo predlaga razveljavitev sodbe Splošnega sodišča z dne 29. novembra 2012 v zadevi CB proti Komisiji,[2] s katero je Splošno sodišče Evropske unije zavrnilo njegovo tožbo zaradi razglasitve ničnosti Odločbe Komisije C(2007) 5060 final z dne 17. oktobra 2007 v zvezi s postopkom na podlagi člena [81 ES] (COMP/D1/38606 – Groupement des cartes bancaires „CB") (v nadaljevanju: sporna odločba).

2. Sodišče mora v obravnavani zadevi ugotoviti, ali je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je sklenilo, da je bil „cilj" zadevnih ukrepov omejevanje konkurence v smislu člena 81(1) ES (zdaj člen 101(1) PDEU), ob tem da Splošno sodišče v obravnavani zadevi ni presojalo o njihovih posledicah za konkurenco, medtem ko je Evropska komisija v sporni odločbi po temeljiti analizi ugotovila, da so imeli ti ukrepi poleg takega cilja tudi protikonkurenčne posledice.[3]

3. Še zlasti je treba odgovoriti na vprašanje, ali se je Splošno sodišče pravilno odločilo in po potrebi uporabilo precej širok koncept pojma „omejevanje zaradi cilja". To pomembno vprašanje – resda daleč od tega, da ne bi bilo obravnavano – se pojavlja v zelo posebnem okviru trga plačilnih kartic, katerega dvostranskosti[4] in zelo posebnih značilnosti pa Sodišče do zdaj[5] še ni obravnavalo. Kar je še pomembnejše, obravnavana zadeva ponuja Sodišču novo priložnost, da podrobneje razčleni malce sporno sodno prakso v zvezi s pojmom „omejitev zaradi cilja" iz člena 81(1) ES.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — T-491/07 (v nadaljevanju: izpodbijana sodba).

3 — Glej točke od 252 do 358 sporne odločbe.

4 — Dvostranske trge je mogoče opredeliti kot trge, na katerih je število opravljenih poslov odvisno ne le od splošne ravni cen, ki jo plačajo člani, ampak tudi od njihove strukture (Rochet J.-C. in Tirole, J., „Two-sided markets: a progress report", *The RAND Journal of Economics*, zv. 37, št. 3, 2006, str. od 645 do 667).

5 — Treba pa je opozoriti na to, da se v zadevi MasterCard in drugi proti Komisiji (C-382/12 P), trenutno v teku pred Sodiščem (glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Mengozzija, predstavljene 30. januarja 2014), obravnavajo nekatere odločitve, sprejete v okviru tako imenovanega odprtega sistema plačevanja s karticami, ki ga upravlja Mastercard. Zdi se, da se navedena zadeva poleg tega, da se v njej obravnavajo drugačna pravna vprašanja, kot so tista, ki se pojavljajo v obravnavani zadevi, nanaša tudi na zelo drugačne ukrepe naložitve večstranskih menjalnih provizij (*commissions multilatérales d'interchange*, CMI).

I – **Dejansko stanje**

4. Dejansko stanje spora, kot izhaja iz izpodbijane sodbe, je mogoče povzeti, kot sledi.

5. Pritožnik je gospodarsko interesno združenje francoskega prava, ki so ga leta 1984 ustanovile glavne francoske banke. Ustanovljeno je bilo, da bi zagotavljalo interoperabilnost plačilnih sistemov in dvigovanje s plačilnimi karticami (v nadaljevanju: kartice CB) njegovih članov. Navedena interoperabilnost v praksi pomeni, da se lahko kartica CB, ki jo izda en član Groupement, uporabi za plačila pri vseh trgovcih, ki so povezani s sistemom CB prek katerega koli drugega člana, in/ali za dvigovanje s plačilnih avtomatov (v nadaljevanju: PA), ki jih uporabljajo vsi drugi člani. Člani Groupement, ki jih je bilo 29. junija 2007 148, so bodisi tako imenovani vodilni člani bodisi subjekti, ki so povezani z enim od vodilnih članov. Družbe BNP Paribas, BPCE, prej Caisse Nationale des Caisses d'Epargne et de Prévoyance (CNCEP), in Société générale (v nadaljevanju: SG) so v skladu z ustanovitveno pogodbo Groupement med enajstimi vodilnimi člani.

6. Groupement je 10. decembra 2002 v skladu z Uredbo št. 17 [6] Komisiji priglasilo različna nova pravila za sistem CB, med katerimi [7] so bili tudi trije tarifni ukrepi, ki jih je mogoče opisati tako:

— ukrep, poimenovan MERFA [8], katerega namen je bil po navedbah Groupement v bistvu na eni strani spodbujanje članov, ki so tako izdajatelji kot pridobitelji, da razvijajo svojo dejavnost pridobivanja, na drugi strani pa, da finančno upoštevajo prizadevanja članov, katerih dejavnost pridobivanja je velika v primerjavi z dejavnostjo izdajanja. Za ta namen predvidena formula je zajemala primerjavo delež člana v celoti dejavnosti izdajanja v sistemu CB (merjeni po številu SIREN [9] in PA) v primerjavi z deležem tega člana v celoti dejavnosti izdajanja v navedenem sistemu. MERFA je bilo treba uporabiti, kadar je bilo razmerje med tema dvema deležema manjše od 0,5. Zneske, pridobljene na podlagi MERFA, je bilo treba razdeliti med člane Groupement, ki jim ni bilo treba plačati nobenega takega zneska, sorazmerno z njihovih prispevkom k dejavnosti pridobivanja. Ti člani so lahko na tej podlagi prejete zneske prosto uporabili;

— reforma pristopnine h Groupement, ki je – poleg fiksnega zneska 50.000 EUR, prejetega ob pristopu – zajemala pristopnino za vsako izdano in aktivno kartico CB v treh mesecih po pristopu in po potrebi dodatno pristopnino za člane, katerih število kartic CB na zalogi med šestim letom po pristopu ali ob koncu tega leta preseže trikratnik števila njihovih kartic CB na zalogi ob koncu tretjega leta po pristopu;

— ukrep, poimenovan pristopnina za „bujenje spečih članov", ki je zajemal pristopnino za posamezno izdano kartico CB in se je uporabljal za nedejavne ali malo dejavne člane pred uveljavitvijo novih tarifnih ukrepov, katerih delež v dejavnosti izdajanja kartic CB v celotnem sistemu CB je bil v letih 2003, 2004 in 2005 več kot trikrat večji od njihovega deleža v celotni dejavnosti v zvezi s karticami CB v celotnem sistemu CB v poslovnem letu 2000, poslovnem letu 2001 ali poslovnem letu 2002.

7. Komisija je 6. julija 2004 sprejela prvo obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, ki ga je poslala Groupement in devetim vodilnim članom, ki so bili predmet pregledov, v katerem jim je očitala, da so sklenili „tajni protikonkurenčni sporazum", katerega „skupni cilj je bil omejiti konkurenco med bankami, ki so bile stranke sporazuma, in usklajeno zavreti konkurenco novih članov (zlasti za poslovanje na debelo, spletnih bank in tujih bank) na trgu izdajanja [kartic CB]". Menila je, da je bila

6 — Uredba Sveta z dne 6. februarja 1962, prva uredba o izvajanju členov [81 ES] in [82 ES] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 1, str. 3).

7 — Iz opisa ukrepov izhaja, da so priglašeni ukrepi poleg tega, da so bili tarifni, predvidevali tudi prilagoditev načina izračuna glasovalnih pravic članov v Groupement.

8 — Mécanisme de régulation de la fonction acquéreur (mehanizem urejanja funkcije pridobivanja).

9 — Système d'identification au répertoire des entreprises (sistem identifikacije v registru podjetij).

„priglasitev opravljena z namenom prikrivanja resnične vsebine protikonkurenčnega sporazuma“. Predvidela je razveljavitev priglasitve in naložitev globe naslovnikom navedenega obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah. Groupement je na to obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah odgovorilo 8. novembra 2004, 16. in 17. decembra 2004 pa je bilo opravljeno zaslišanje.

8. Komisija je 17. julija 2006 sprejela drugo obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah in ga poslala samo Groupement. V njem je navedla, da je treba prvo obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah šteti za preklicano. Drugo obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah se je nanašalo na sklep podjetniškega združenja, s katerim je bilo določenih več tarifnih ukrepov s protikonkurenčnim ciljem ali učinkom. Groupement je na to drugo obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah odgovorilo 19. oktobra 2006, 13. novembra 2006 pa je bilo opravljeno zaslišanje.

9. Groupement je 20. julija 2007 predstavilo predlog zavez v skladu s členom 9 Uredbe št. 1/2003,[10] ki ga je generalni direktor GD Komisije za konkurenco ocenil za prepoznega in nezadostnega.

10. Komisija je zato sprejela sporno odločbo, v kateri je presodila, da je Groupement kršilo člen 81 ES. Ta odločba med drugim vsebuje te utemeljitve:

— kot zadevni trg je bil opredeljen trg izdajanja plačilnih kartic v Franciji;

— zadevni ukrepi so pomenili sklep podjetniškega združenja;

— cilj teh ukrepov je protikonkurenčen. Ta cilj izhaja iz njihovih formulacij in je v nasprotju s cilji teh ukrepov, kot so navedeni v priglasitvi. Na eni strani ti ukrepi niso primerni za spodbujanje pridobivanja, vodijo pa bodisi v obremenitev članov, za katere veljajo, z dodatnimi stroški, bodisi v omejevanje dejavnosti izdajanja pri članih, za katere bi sicer veljali. Na drugi strani je funkcija spodbujanja k dejavnosti pridobivanja, ki jo ima MERFA, v nasprotju s funkcijo medbančnih provizij ter funkcijo dodatne pristopnine in pristopnine za bujenje spečih članov. Ta protikonkurenčni cilj ustreza resničnim ciljem teh ukrepov, ki so jih omenili vodilni člani ob njihovi pripravi, to je želji po omejevanju konkurence novih članov in po njihovem kaznovanju, želji po ohranitvi prihodkov vodilnih članov in želji po omejevanju zmanjševanja cen kartic CB;

— posledica zadevnih ukrepov je bila tudi omejevanje konkurence. Natančneje, v obdobju njihove uporabe (med 1. januarjem 2003 in 8. junijem 2004) so ti ukrepi vodili v znižanje načrtovane izdaje kartic CB novih članov in preprečevanje znižanja cen kartic CB tako novih kot vodilnih članov;

— zadevnih ukrepov ni mogoče obravnavati kot pomožnih omejitev, za katere se člen 81(1) ES ne uporablja, in

— pogoji za uporabo člena 81(3) ES niso izpolnjeni. Natančneje, utemeljitev zadevnih ukrepov, zlasti v zvezi z MERFA kot mehanizmom za uravnoteženje funkcij pridobivanja in izdajanja, ni mogoče sprejeti, ker je delež dejavnosti izdajanja v razmerju do referenčne dejavnosti pridobivanja delež vodilnih članov, in ne tisti, ki bi bil optimalno uravnotežen za sistem CB.

11. Komisija je na podlagi navedenega sklenila, da se člen 81(3) ES za zadevne ukrepe ne uporablja, da je sklep Groupement v zvezi z zadevnimi ukrepi v nasprotju z določbami člena 81(1) ES in na podlagi člena 81(2) ES ničen in da je zato utemeljeno odredila Groupement, da zadevne ukrepe prekliče in da se v prihodnje vzdrži kakršnega koli sporazuma, sklepa podjetniškega združenja ali usklajenega ravnanja s podobnim ciljem ali posledico.

10 — Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [81 ES] in [82 ES] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205).

12. Sporna odločba določa:

„Člen 1

Tarifni ukrepi, ki jih je s sklepoma [upravnega odbora] z dne 8. in 29. novembra 2002 sprejelo [Groupement], to je [MERFA], pristopnina na kartico in dodatna pristopnina ter [pristopnina za speče člane], ki so veljali za člane Groupement, ki po pristopu niso razvili znatne dejavnosti ‚kartic CB,' so v nasprotju s členom 81 [ES].

Člen 2

Groupement takoj preneha kršiti člen 1 s preklicem priglašenih tarifnih ukrepov iz navedenega člena, če tega še ni storilo.

Groupement se v prihodnje vzdrži kakršnih koli ukrepov ali ravnanja z enakim ali podobnim ciljem ali posledico."

II – **Postopek pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba**

13. Tožeča stranka je s tožbo, ki jo je 27. decembra 2007 vložila v sodnem tajništvu Splošnega sodišča, predlagala razglasitev ničnosti sporne odločbe. Družbe BNP Paribas, BPCE in SG so intervenirale v podporo tožeči stranki.

14. Tožeča stranka je, ob podpori intervenientov, v podporo svoji tožbi navajala šest tožbenih razlogov. Prvi tožbeni razlog se je nanašal na kršitev člena 81 ES zaradi napak pri metodi za analizo ukrepov in trgov, kršitev načela enakega obravnavanja ter na neobstoj obrazložitve. Drugi tožbeni razlog se je nanašal na kršitev člena 81(1) ES zaradi napačne uporabe prava, napačne ugotovitve dejanskega stanja in napačne presoje pri preučitvi cilja zadevnih ukrepov. Tretji tožbeni razlog se je nanašal na napačno uporabo prava, napačno ugotovljeno dejansko stanje in napačno presojo pri preučitvi posledic ukrepov. Četrti, podredni tožbeni razlog se je nanašal na kršitev člena 81(3) ES zaradi napačne uporabe prava, napačne ugotovitve dejanskega stanja in napačne presoje pri preučitvi uporabljivosti navedene določbe za zadevne ukrepe. Peti tožbeni razlog se je nanašal na kršitev načela dobrega upravljanja. Šesti tožbeni razlog se je nanašal na kršitev načel sorazmernosti in pravne varnosti.

15. Splošno sodišče je, potem ko je zavrnilo vse navedene tožbene razloge, tožbo v celoti zavrnilo, Groupement naložilo plačilo njegovih stroškov in stroškov Komisije, družbam BPCE, BNP Paribas in SG pa je naložilo plačilo njihovih stroškov.

III – **Predlogi strank in postopek pred Sodiščem**

16. Pritožnik s pritožbo Sodišču predlaga, naj:

— izpodbijano sodbo razveljavi;

— zadevo vrne Splošnemu sodišču v ponovno odločanje, razen če Sodišče meni, da je dovolj seznanjeno z zadevo, da sporno odločbo razglasi za nično, in

— Komisiji naloži plačilo stroškov postopka pred Sodiščem in Splošnim sodiščem.

17. Družbe BNP Paribas, BPCE in SG so predložile odgovore na pritožbo v podporo pritožniku.

18. Komisija predlaga zavrnitev pritožbe in naložitev plačila stroškov pritožniku.

19. V pritožbenem postopku so stranke predstavile svoja stališča v pisnem postopku in na obravnavi 22. januarja 2014.

IV – **Presoja pritožbenih razlogov**

20. Pritožnik v utemeljitev pritožbi uveljavlja tri pritožbene razloge. Prvi pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava pri uporabi pojma „omejevanje konkurence zaradi cilja“. Drugi pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava pri uporabi pojma „omejevanje konkurence zaradi posledic“. Tretji pritožbeni razlog se nanaša na kršitev načel sorazmernosti in pravne varnosti.

21. Pritožnik uvodoma navaja, da je Splošno sodišče očitno iz opisa dejanskega stanja (točke od 1 do 48 izpodbijane sodbe) izpustilo bistvene elemente, kar naj bi kazalo na to, da nikoli ni bilo drugačnega mnenja kot Komisija in da je opustilo izvedbo temeljitega nadzora nad uporabo prava in nad dejstvi, ki ga zahteva Sodišče.[11] Ti elementi so na eni strani dejstvo, da je Komisija korenito spremenila stališče med preiskavo,[12] kar naj bi bila posledica temeljnih napak pri analizi, ki jih Komisija ni navedla, na drugi strani pa neupoštevanje razprave na obravnavi pred Splošnim sodiščem 16. maja 2012 glede pojma omejevanja zaradi cilja, zlasti da bi bilo treba uporabiti razlago iz sodbe Beef Industry Development Society in Barry Brothers.[13]

22. Menim, da teh uvodnih preudarkov, ki pomenijo ozadje vprašanj, ki se postavljajo v obravnavani zadevi, ni mogoče razumeti tako, da se z njimi skušajo uveljavljati eden ali več ločenih pritožbenih razlogov od tistih, ki so bili formalno navedeni.

23. Zato je treba zaporedno obravnavati tri formalno uveljavljane pritožbene razloge, predvsem pa prvega, ki se mi zdi v središču razprave in ki je poleg tega posebno zanimiv.

A – *Prvi pritožbeni razlog: napačna uporaba prava pri uporabi pojma omejevanje zaradi cilja*

24. Pritožnik, ki se mu pridružujejo družbe BNP Paribas, BPCE in SG, navaja, da je Splošno sodišče pri uporabi člena 81(1) ES večkrat napačno uporabilo pravo. Opozarja na to, da je pristop Splošnega sodišča resen precedens, ker pomeni prepoved *per se* vsakršne cene, ki jo subjekt obračuna drugemu. Groupement natančneje trdi, da Splošno sodišče ni upoštevalo, da se pojem omejitve zaradi cilja ne sme razlagati preširoko, in je izpustilo del analize, ki ga Sodišče običajno opravi pri opredelitvi take omejitve.

25. Menim, da je pred preizkusom vseh očitkov zoper analizo zadevnih ukrepov Splošnega sodišča nujno navesti nekaj uvodnih preudarkov v zvezi s pristopom, ki ga je treba po mojem mnenju zavzeti pri analizi obstoja omejitve konkurence zaradi cilja v smislu člena 81(1) ES.

1. Splošni preudarki o pojmu protikonkurenčnega cilja v smislu člena 81(1) ES

26. Ustaljeno se razume, da se vsak sistem prepovedi in sankcioniranja usklajenega ravnanja nanaša na ravnanje, ki omejuje konkurenco.[14]

11 — Glej sodbo z dne 8. decembra 2011 v zadevi KME in drugi proti Komisiji (C-272/09 P, ZOdl., str. I-12789, točka 102).

12 — Pritožnik poudarja, da Komisija nikakor ni odstopila od sklepov iz prvega obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah z dne 6. julija 2004. Po zaslišanju 16. in 17. decembra 2004 pa naj bi bila Komisija prisiljena umakniti navedeno obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, ki naj ne bi temeljilo na nobenem resnem temelju.

13 — Sodba z dne 20. novembra 2008 (C-209/07, ZOdl., str. I-8637).

14 — Treba je pojasniti, da je treba izraz „omejevanje“ razumeti tako, da se nanaša tudi na primer, ko se konkurenca „preprečuje“ ali „izkrivlja“. Podobno je treba omejevanje, ki je predmet te zadeve, razumeti tako, da se ne nanaša zgolj na omejevanje prostega poslovanja podjetij na trgu (*restraint of trade*), ampak tudi na omejevanje delovanja in strukture trga (*restriction of competition*).

27. Pri opredeljevanju ravnanja, s katerim se omejuje konkurenca, sta metodološko mogoči dve poti.

28. Pri prvi gre za kazuističen pristop, ki zajema podroben in temeljit preizkus dejanskih in potencialnih protikonkurenčnih posledic ravnanja podjetij. Tak pristop – čeprav ima veliko prednost, da je usmerjen točno v ravnanje, ki ima jasne protikonkurenčne posledice – pomeni uporabo znatnih virov in ni v skladu z ekonomičnostjo postopka. Zato je lahko na koncu ovira za splošno odkritje protikonkurenčnega ravnanja.

29. Te težave so vodile v drugo pot, delno manj individualizirano, z obravnavo tudi ravnanja, za katerega se običajno – po koncu ekonomske analize – šteje, da škodi konkurenci.

30. V takem sistemu ni bistvene razlike med ravnanjem podjetij, za katerega se ugotovi, da omejuje konkurenco, po individualizirani presoji in tistim, za katerega se to ugotovi po uporabi standardiziranega pristopa – obe sta prepovedani. Upoštevna razlika je predvsem v postopkovnih preudarkih glede dokazovanja protikonkurenčnih posledic, ki jih povzroča očitano ravnanje.

31. Za ponazoritev, v ameriškem protitrustovskem pravu se nekatera ravnanja štejejo za kršitve *per se*. Podjetja, ki tako ravnajo, pred organom za pregon kršitev konkurence ali pred sodiščem ne morejo izpodbijati opredelitve sporazuma, s katerim se omejuje konkurenca, z dokazovanjem, da ima navedeno ravnanje malo škodljivih posledic ali da ima celo nekatere koristne posledice za konkurenco.

32. To, da se člen 81(1) ES sklicuje na sporazume, katerih „cilj je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu“, ima primerljive posledice, ne pa tudi enake.

33. Na prvem mestu, kadar se dokaže, da je „cilj“ ravnanja podjetij protikonkurenčen, je tako ravnanje načeloma prepovedano, ne da bi bilo treba obravnavati njegove posledice.

34. Na drugem mestu, čeprav je pri uporabi člena 81(3) ES mogoče tehtanje pozitivnih in negativnih posledic za konkurenco, ima uporaba pojma protikonkurenčnega cilja nekatere prednosti, ker poenostavlja dokazovanje omejevalnega učinka ravnanja podjetij.

35. Najprej, za podjetja je nedvomno vir predvidljivosti in torej pravne varnosti, ker jim omogoča seznanitev s pravnimi posledicami (zlasti kar zadeva prepovedi in sankcije) nekaterih njihovih dejavnosti, kot je na primer sklepanje sporazumov o cenah, in posledično prilagoditev njihovega ravnanja. Ob tem ima opredelitev sporazumov s ciljem omejevanja konkurence tudi odvračilen učinek in prispeva k preprečevanju protikonkurenčnega ravnanja. Nazadnje, je tudi vir ekonomičnosti postopka, ker pristojnim organom za konkurenco omogoča, da ob pojavu nekaterih oblik usklajevanja sklepajo o njegovem protikonkurenčnem učinku, ne da bi jim bilo treba opraviti pogosto kompleksno in zamudno preiskavo njegovih potencialnih ali dejanskih posledic na upoštevnem trgu.

36. Te prednosti pa se izkažejo samo, če je obseg uporabe pojma omejitve zaradi cilja jasen; brez tega bi lahko vodila v vključitev ravnanja, katerega škodljive posledice za konkurenco niso jasno dokazane.

37. Ti preudarki imajo konkretnejšo podporo v naukih, ki jih je mogoče izpeljati iz ustaljene sodne prakse Sodišča.

38. Prvič – kot je Sodišče že zelo zgodaj razsodilo v sodbi LTM[15] in se potem na to ustaljeno sklicevalo[16] – zaradi možnosti izbire, ki jo vsebuje pogoj, da je „cilj oziroma posledica“ sporazuma omejevanje konkurence po členu 81(1) ES, in jo označuje veznik „oziroma“, je treba najprej preučiti cilj sporazuma in pri tem upoštevati gospodarski okvir, v katerem ga je treba izvajati. Sodišče je

15 — Sodba z dne 30. junija 1966 (56/65, Recueil, str. 337 in 359).

16 — Zgoraj navedena sodba Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 15).

v zvezi s tem pojasnilo, da če „analiza *določb* tega sporazuma ne izkaže *zadostne škodljivosti*“ (moj poudarek v poševnem tisku) za konkurenco, je treba preučiti njegove učinke; prepovedati ga je mogoče le na podlagi dejavnikov, ki izkazujejo, da je bila konkurenca dejansko preprečena ali znatno omejena oziroma izkrivljena. Da bi presodili, ali je sporazum prepovedan na podlagi člena 81(1) ES, je upoštevanje konkretnih učinkov sporazuma odveč, če se izkaže, da je cilj tega sporazuma omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu. [17]

39. Drugič, Sodišče je pojasnilo, da se razlika med „kršitvami zaradi cilja“ in „kršitvami zaradi učinka“ nanaša na dejstvo, da je mogoče nekatere oblike dogovorov med podjetji že zaradi njihove narave obravnavati kot škodljive za dobro delovanje običajnega konkurenčnega trga. [18] Tako so se različne oblike sodelovanja podjetij že zaradi njihovega cilja obravnavale kot omejitev konkurence zaradi cilja. Kot tako sodelovanje s ciljem omejevanja konkurence niso bile ocenjene samo tiste vrste horizontalnega sodelovanja, ki ni predvideno v členu 81(1), od (a) do (e), ES, [19] ampak tudi nekateri vertikalni sporazumi. [20]

40. Tretjič, bolj standardna presoja, do katere vodi uporaba pojma omejevanje zaradi cilja, predpostavlja podroben in posamičen preizkus spornega sporazuma, ki pa ga je treba jasno ločiti od preizkusa dejanskih ali potencialnih posledic ravnanja obtoženih podjetij.

41. V tem smislu je Sodišče že zelo zgodaj [21] pojasnilo, da obravnava vprašanja, ali je cilj pogodbe omejevalen, ne sme biti ločena od gospodarskega in pravnega okvira, v katerem so jo stranke sklenile. Nato je ustaljeno opozarjalo na to, da je treba določbe sporazuma dejansko preizkusiti glede na njihov okvir, [22] in sicer na podlagi teze, da se je težko braniti pred povsem teoretičnimi in abstraktnimi preudarki pri preizkusu združljivosti ravnanja z določbami Pogodbe o omejevalnih sporazumih. [23]

42. Za ponazoritev mojega stališča naj omenim primer kršitve, za katero se po izkušnjah domneva, da povzroča eno najbolj resnih omejitev konkurence, to je horizontalni sporazum o cenah določenega blaga. Čeprav je nesporno, da tak sporazum konkurenci načeloma zelo škoduje, to ne drži, če imajo na primer zadevna podjetja na zadevnem trgu zgolj neznaten delež.

43. Podobno je Sodišče na podlagi analize konteksta razsodilo, da za sporazum o distribuciji, čeprav bi ga bilo mogoče na prvi pogled oceniti za omejitev konkurence, ni mogoče presoditi, da je njegov cilj že po njegovem značaju znatno omejevati konkurenco. [24]

17 — Glej zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 16 in navedena sodna praksa).

18 — Zgoraj navedena sodba Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 18).

19 — Kot nekaj, kar vsebuje tak protikonkurenčni cilj, so bile med drugim obravnavane izmenjave informacij z namenom usklajevanja ravnanja konkurentov na trgu (sodba z dne 4. junija 2009 v zadevi T-Mobile Netherlands in drugi, C-8/08, ZOdl., str. I-4529).

20 — Glej zlasti sodbe z dne 13. julija 1966 v zadevi Consten in Grundig proti Komisiji (56/64 in 58/64, Recueil, str. 429); z dne 1. februarja 1978 v zadevi Miller International Schallplatten proti Komisiji (19/77, Recueil, str. 131) (sporazumi o distribuciji, s katerimi sta bila prepovedana vzporedno trgovanje med državami članicami in določena ozemeljska izključnost); z dne 3. julija 1985 v zadevi Binon (243/83, Recueil, str. 2015) (sistem selektivne distribucije z določitvijo minimalne prodajne cene) in z dne 13. oktobra 2011 v zadevi Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, ZOdl., str. I-9419) (sistem selektivne distribucije, s katerim je bila – razen ob objektivni upravičenosti – prepovedana prodaja nekaterih proizvodov prek interneta).

21 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Consten in Grundig proti Komisiji (str. 497).

22 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Miller International Schallplatten proti Komisiji (točka 7); sodbi z dne 28. marca 1984 v zadevi Compagnie royale asturienne des mines in Rheinzink proti Komisiji (29/83 in 30/83, Recueil, str. 1679, točka 26) in z dne 6. aprila 2006 v zadevi General Motors proti Komisiji (C-551/03 P, ZOdl., str. I-3173, točka 66).

23 — Glej v zvezi s tem sklepne predloge generalnega pravobranilca K. Roemerja v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba Consten in Grundig proti Komisiji (str. 525).

24 — Sodba z dne 28. aprila 1998 v zadevi Javico (C-306/96, Recueil, str. I-1983, točke od 19 do 31).

44. Menim, da je treba upoštevanje gospodarskega in pravnega okvira pri iskanju protikonkurenčnega cilja – če se ne želi škodljivo poseči v pravilno razumevanje člena 81(1) ES, k čemur se bom vrnil v nadaljevanju – jasno razlikovati od dokazovanja protikonkurenčnih posledic v skladu s drugim delom alternative iz navedene določbe. Upoštevanje okvira pri opredeljevanju protikonkurenčnega cilja lahko zgolj podpre ali izniči [25] preizkus določb domnevnega sporazuma. Nikakor pa ne more nadomestiti odsotnosti dejanske opredelitve protikonkurenčnega cilja, tako da se dokažejo potencialne posledice zadevnih ukrepov.

45. Z drugimi besedami – in ne glede na konceptualne podobnosti med obema deloma navedene alternative [26] – uporaba gospodarskega in pravnega okvira pri opredeljevanju omejitve zaradi cilja ne sme voditi v obremenilno opredelitev zoper obtožena podjetja pri sporazumu, katerega določbe ne izkazujejo škodljivosti z vidika konkurence.

46. Zdi se mogoče, da je bila sodna praksa Sodišča in Splošnega sodišča, v kateri je bilo opozorjeno na obe vrsti omejitev iz člena 81(1) ES, v določeni meri vir različnih razlag ali celo zmede. Zdi se, da je zaradi nekaterih smernic sodne prakse dejansko postalo težavno prepoznati potrebno razliko med preizkusom protikonkurenčnega cilja in analizo protikonkurenčnih posledic sporazumov med podjetji.

47. V nekaterih zadevah je namreč upoštevanje navedenega okvira podobno dejanskemu preizkusu potencialnih posledic zadevnih ukrepov.

48. Tako je Splošno sodišče v zadevi GlaxoSmithKline proti Komisiji, [27] v kateri se je moralo izreči o protikonkurenčnem cilju določb sporazuma, s katerim se je želela omejiti vzporedna trgovina z zdravili, v bistvu menilo, da o protikonkurenčnem značaju sporazuma ni mogoče sklepati le iz konteksta razlage njegovega besedila, ampak je treba „nujno“ upoštevati tudi njegove posledice. Iz te sodbe je mogoče razumeti, da je treba za ugotovitev obstoja protikonkurenčnega cilja v vsakem primeru ugotoviti konkretne posledice za konkurenco. [28]

49. Upravičeno se je mogoče vprašati, ali je ta analiza, ki pomeni oceno nujnih posledic zadevnih sporazumov, bolj podobna preizkusu njihovih omejevalnih posledic za konkurenco kot analizi njihovega protikonkurenčnega cilja.

50. Sodišče je nedavno in še očitneje v sodbi Allianz Hungária Biztosító in drugi [29] razsodilo, da je mogoče za sporazume, s katerimi se družbe za avtomobilska zavarovanja bodisi z avtomobilskimi trgovci, ki delujejo kot avtomehanične delavnice, bodisi z združenjem, ki zastopa te trgovce, dvostransko dogovorijo o urni postavki, ki jo zavarovalna družba plača za popravilo vozil, ki so zavarovana pri njej, pri čemer je določeno, da je ta postavka odvisna med drugim od števila in deleža zavarovanj, ki jih je trgovec prodal kot zastopnik te družbe, šteti, da imajo omejevanje konkurence za „cilj“ v smislu člena 101(1) PDEU. To je tako, če je po posamični in konkretni preučitvi vsebine in cilja teh sporazumov ter iz gospodarskega in pravnega okvira, v katerega so umeščeni, razvidno, da so že po naravi škodljivi za dobro delovanje običajne konkurence na enem od dveh zadevnih trgov. [30]

25 — Za ponazoritev takega izničenja glej sodbo z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters in drugi (C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 97).

26 — V tem smislu je več avtorjev opozorilo na to, da je analiza cilja uporaba analize posledic (glej na primer Wish, R., uvod v 4. okroglo mizo konference New Frontiers of Antitrust z dne 10. februarja 2012 z naslovom Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter?, *Concurrences*, št. 2, 2012, str. 59 in naslednje).

27 — Sodba Splošnega sodišča z dne 27. septembra 2006 (T-168/01, ZOdl., str. II-2969, točka 147).

28 — Čeprav je Sodišče v okviru pritožbe v navedeni zadevi grajalo analizo v zvezi s protikonkurenčnostjo cilja spornih sporazumov, pa je to storilo samo v delu, v katerem je Splošno sodišče obstoj protikonkurenčnega cilja pogojevalo z dokazom, da je sporazum povzročil nevšečnosti za končne potrošnike (glej sodbo z dne 6. oktobra 2009 v zadevi GlaxoSmithKline Services in drugi proti Komisiji in drugim, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P in C-519/06 P, ZOdl., str. I-9291, točki 63 in 64).

29 — Sodba z dne 14. marca 2013 (C-32/11).

30 — Glej zgoraj navedeno sodbo Allianz Hungária Biztosító in drugi (točka 48).

51. Tudi v tem primeru je težko razlikovati, v čem se preizkus okvira, za katerega se je zavzelo Sodišče in ki zajema oceno tveganja preprečitve ali resne oslabitve konkurence na zadevnem trgu, zlasti glede na „strukturo tega trga, obstoj alternativnih distribucijskih kanalov in pomena vsakega od njih ter tržno moč zadevnih družb“, razlikuje od preizkusa, ki zadeva morebitne omejevalne posledice za konkurenco.

52. Vendar in kljub temu, da je sodna praksa lahko v neki meri prispevala k zameglitvi razmejitve med pojmoma omejitve zaradi cilja ali zaradi posledic, menim, da je treba uporabo tega pojma jasneje uokviriti.

53. Opredelitev nekega sporazuma ali ravnanja kot takega, s katerim se omejuje konkurenca zaradi njegovega cilja kot takega, ima pomembne posledice, od katerih si dve zaslužita posebno omembo.

54. Najprej, opredeljevanje „protikonkurenčnega cilja“ temelji na formalističnem pristopu, ki ni brez nevarnosti z vidika varstva splošnih interesov pravil Pogodbe s področja konkurence. Kadar se ugotovi, da ima sporazum protikonkurenčen cilj, je iz tega izhajajoča prepoved zelo splošna, in sicer je lahko preventivna ter s tem prepreči prihodnje stike,[31] ne glede na oceno konkretnih posledic.

55. Ta formalistični pristop je torej mogoče zavzeti samo v zvezi z ravnanjem, ki pomeni imanentno tveganje za še posebno resne škodljive posledice, ali celo ravnanjem, na podlagi katerega je mogoče sklepati, da negativne posledice za konkurenco izničijo pozitivne. Drugačna odločitev bi pomenila zanikanje, da imajo lahko nekatera ravnanja gospodarskih subjektov potencialno pozitivne učinke za konkurenco. Menim, da je tako samo, kadar izkušnje kažejo, da je neko omejitev, ki je v skladu z ekonomsko analizo vedno prepovedana, razumno neposredno sankcionirati zaradi ekonomičnosti postopka.[32]

56. Konkurenco zaradi cilja omejuje torej samo ravnanje, katerega škodljivost je glede na izkušnje in ekonomsko znanost izkazana in zlahka prepoznavna, niso pa taki sporazumi, ki glede na okvir, v katerem so bili sklenjeni, na trg učinkujejo ambivalentno ali imajo pomožne omejevalne učinke, potrebni za doseganje glavnega cilja, ki pa konkurence ne omejuje.

57. Dalje, zaradi te opredelitve organu pregona ni treba dokazovati protikonkurenčnih posledic sporazuma ali ravnanja, ki ga obravnava. Nenadzorovana širitev ravnanj, ki spadajo med omejitve zaradi cilja, je nevarna z vidika načel, ki urejajo ugotavljanje in dokazno breme v zvezi s protikonkurenčnim ravnanjem.

58. Zaradi navedenih posledic mora biti opredeljevanje omejevalnega sporazuma zaradi cilja nujno uokvirjeno in se mora, *in fine*, nanašati samo na tiste, ki imanentno izkazujejo zadostno škodljivost. Ta pojem se lahko nanaša samo na sporazume, ki imanentno – torej ne da bi bilo treba presojati o njihovih dejanskih ali potencialnih posledicah – izkazujejo zadostno resnost ali škodljivost, tako da je njihov negativni vpliv na konkurenco zelo verjeten. Kljub neizčrpnosti seznama ravnanj, ki se lahko štejejo za omejevalna zaradi cilja, se predlaga previden pristop pri ugotavljanju omejevanja konkurence zaradi cilja.

59. Ta previdnost je še toliko potrebnejša, ker je analiza, ki jo mora Sodišče izluščiti, naloga tako Komisije kot pristojnih nacionalnih organov za konkurenco, katerih občutljivost in strokovnost temelji na različnih dejavnikih.

31 — Na pomen teh posledic je opozoril že generalni pravobranilec P. Cruz Villalón v točki 64 sklepnih predlogov v zgoraj navedeni zadevi Allianz Hungária Biztosító in drugi.

32 — Zdi se, da je tak tudi pristop Komisije v Smernicah o uporabi člena 81(3) ES z dne 27. aprila 2004 (UL C 101, str. 97). Med drugim navaja: „Omejitve konkurence po cilju so tiste, ki že po svoji naravi omejujejo konkurenco. To so omejitve, ki imajo glede na cilje, za katere si prizadevajo pravila Skupnosti o konkurenci, tako velik potencial za negativen vpliv na konkurenco, da za namene uporabe člena 81(1) ni potrebno dokazati dejanskih učinkov na trgu. Ta domneva temelji na *resnosti omejitve in izkušnjah*, ki kažejo, da bodo omejitve konkurence zaradi cilja verjetno negativno vplivale na trg in ogrozile cilje, za katere si prizadevajo pravila Skupnosti o konkurenci“ (moj poudarek).

60. Zdi se, da bi bila korist v smislu predvidljivosti in razbremenjevanja dokaznega bremena, ki ga pomeni opredelitev omejevalnih sporazumov zaradi cilja, ogrožena, če bi bila ta opredelitev v končni fazi posledica presoje, ki izhaja iz posledic navedenega sporazuma za konkurenco, kar precej presega podrobno analizo sporazuma.

61. Kakor koli, treba je ugotoviti, da je Sodišče kljub očitni širitvi ravnanj, opredeljenih kot omejevalnih zaradi cilja, od zgoraj navedene sodbe LTM do zgoraj navedene sodbe Allianz Hungária Biztosító in drugi ustaljeno opozarjalo, da mora analiza cilja izkazati „zadostno škodljivost“. [33]

62. Nazadnje, želel bi opozoriti na to, da taka omejitev ne pomeni „imunitete“ za nekatera ravnanja, tako da se zanje ne uporablja prepoved iz člena 81(1) ES. Če se ne ugotovi, da neki sporazum konkretno – to je ob upoštevanju njegovih ciljev ter pravnega in gospodarskega okvira, v katerem je bil sklenjen – lahko prepreči, omeji ali izkrivi konkurenco na trgu, ni mogoče uporabiti samo pojma omejevanja zaradi cilja. Organ za nadzor konkurence ga bo vedno lahko sankcioniral po podrobnejšem preizkusu njegovih dejanskih in potencialnih protikonkurenčnih posledic na trgu.

2. Presoja obstoja omejitve zaradi cilja v obravnavani zadevi

63. Treba je ugotoviti, da pritožnik s prvim pritožbenim razlogom nasploh kritizira neomejevalno razumevanje pojma omejitve zaradi cilja, ki jo je sprejelo Splošno sodišče. Natančneje, izpodbija napake, ki jih je po njegovem mnenju storilo Splošno sodišče pri presoji besedila, cilja in okvira priprave zadevnih ukrepov.

64. Z drugimi besedami, treba je najprej ugotoviti, ali je Splošno sodišče nasploh pravilno – kot je storilo v točkah 124 in 146 izpodbijane sodbe – menilo, da „pojma kršitve zaradi cilja ni treba razlagati ozko“. Nato je treba ugotoviti, ali je lahko Splošno sodišče, ne da bi s tem napačno uporabilo pravo, v obravnavani zadevi potrdilo obstoj kršitve zaradi cilja v smislu člena 81(1) ES.

a) Ozka ali široka razlaga protikonkurenčnega cilja?

65. Že takoj je treba opozoriti na to, da sodna praksa, za katero je značilna ambivalentnost med željo, da ne bi obstajal izčrpen seznam omejitev zaradi cilja, in potrebo po spoštovanju *ratio legis* člena 81(1) ES, ki med drugim zahteva, da morajo biti zadevna ravnanja zadostno škodljiva, ne odgovarja vedno na vprašanje, ali je pojem omejitve zaradi cilja treba razlagati ozko ali ne, kljub temu da so se nekateri generalni pravobranilci izrekli za en ali drug pristop. [34]

66. Kar zadeva natančneje zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers, menim, da se Splošno sodišče nanjo napačno sklicuje v podporo sklepu, da pojma omejitve zaradi cilja ni treba razlagati ozko.

33 — Na to zahtevo se ves čas opozarja v nedavni sodni praksi (glej zgoraj navedene sodbe Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 15); T-Mobile Netherlands in drugi (točka 28); GlaxoSmithKline Services in drugi proti Komisiji in drugim (točka 55) in sodbo z dne 4. oktobra 2011 v zadevi Football Association Premier League in drugi (C-403/08 in C-429/08, ZOdl., str. I-9083, točka 135)).

34 — Treba je na primer ugotoviti, da se je generalni pravobranilec P. Cruz Villálon v sklepnih predlogih v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba Allianz Hungária Biztosító in drugi, opredelil za ozek pristop, ko je sklenil, da treba kategorijo omejitev konkurence zaradi cilja razlagati ozko in se omejiti na primere, v katerih je mogoče ugotoviti posebno resen potencial za negativen vpliv (glej točko 65 sklepnih predlogov). V zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj navedena sodba T-Mobile Netherlands in drugi, pa se zdi, da se je generalna pravobranilka J. Kokott nasprotno opredelila za manj določen pristop, ko je navedla: „Seveda se pojem usklajeno ravnanje s protikonkurenčnim ciljem ne sme razlagati preširoko, če upoštevamo odločilne posledice, ki so jim izpostavljena udeležena podjetja pri kršitvah iz člena 81(1) ES. Prav tako se ta pojem ne sme razlagati preozko, da bi se izognili napačni razlagi ‚ciljnih kršitev‘ iz primarnega prava in s tem odvzemu dela praktične učinkovitosti člena 81(1) ES“ (glej točko 44 sklepnih predlogov).

67. Res je – kot izhaja iz točke 22 navedene sodbe – da je Sodišče želelo odgovoriti na argumentacijo Beef Industry Development Society in Barry Brothers, po kateri je treba „pojem kršitve zaradi cilja razlagati ozko“, in da naj bi „v to kategorijo […] spadali le sporazumi, katerih cilj je horizontalno določanje cen, omejevanje proizvodnje ali razdelitev trgov, ter sporazumi, katerih protikonkurenčni učinki so tako očitni, da ni treba opraviti nikakršne gospodarske analize“.

68. Vendar ugotavljam, da odgovor Sodišča iz točke 23 navedene sodbe, po katerem „oblike sporazumov, ki so navedene v členu 81(1), od (a) do (e), ES, ne sestavljajo izčrpnega seznama prepovedanih dogovorov“, čeprav je jasno navedeno, da pojem omejitev konkurence ni omejen na najbolj očitne omejitve tiste vrste omejevalnih sporazumov („hard core infringements“), na katere se nanaša ta določba, in ni zaprt z izčrpnim seznamom, ne prejudicira nujno ozke razlage pojma omejevanje konkurence zaradi cilja.

69. Ob branju navedene sodbe je treba ugotoviti še nekaj. Preizkus samega besedila zadevnih sporazumov je nazadnje vodil Sodišče v sklep, da je njihov cilj omejevanje konkurence.

70. Res je, da so zadevni sporazumi v zgoraj navedeni zadevi Beef Industry Development Society in Barry Brothers (v nadaljevanju: sporazumi BIDS) posebni, ker se je z njimi skušal doseči cilj racionalizacije industrije govejega mesa z zmanjšanjem presežnih proizvodnih zmogljivosti.

71. Vendar so ti sporazumi primerljivi s sporazumi, s katerimi se skuša omejiti proizvodnja v smislu člena 81(1)(b) ES. Sodišče je po podrobnem preizkusu besedila sporazumov BIDS sklenilo, da je njihov cilj protikonkurenčen. Med drugim je menilo, da so sporazumi določali mehanizem za spodbujanje umika konkurenčnih podjetij. Dejavniki, s katerimi se je seznanilo Sodišče, so izkazovali dva glavna cilja sporazumov BIDS. Prvič, povečala naj bi se stopnja koncentracije zadevnega trga, s tem da bi se znatno zmanjšalo število podjetij, ki opravljajo predelovalne storitve, in drugič, odpravilo naj bi se skoraj 75 % presežnih proizvodnih zmogljivosti.[35] Sporazumi BIDS so torej v bistvu namenjeni temu, da več podjetjem omogočijo izvajanje skupne politike, katere cilj je spodbujanje nekaterih od teh podjetij, da se umaknejo s trga, s čimer naj bi se posledično zmanjšale presežne zmogljivosti, ki vplivajo na njihovo donosnost, s tem, da jim preprečujejo doseči ekonomijo obsega.[36]

72. Sodišče je na podlagi navedenega sklenilo, da „ta vrsta sporazumov očitno nasprotuje zasnovi določb Pogodbe ES v zvezi s konkurenco, v skladu s katerimi vsak gospodarski subjekt samostojno določi politiko, ki jo namerava voditi na skupnem trgu“. Po njegovem mnenju podjetja, ki so podpisala sporazume BIDS, razen stopnjevanja poslovne tekmovalnosti ali dogovora o koncentraciji brez teh sporazumov v konkurenčnem okviru ne bi imela drugih možnosti za povečanje svoje donosnosti. Ti sporazumi bi jim omogočili, da se izognejo takemu ravnanju in si na podlagi prispevka dveh eurov na enoto, ki jo proizvede vsako od podjetij, ki ostanejo, razdelijo velik del stroškov, potrebnih za zvišanje stopnje koncentracije trga. Poleg tega Sodišče ugotavlja, da sredstva, ki naj bi se uporabila za dosego cilja sporazumov BIDS, vsebujejo tudi omejitve s protikonkurenčnim ciljem.[37]

73. Skratka, zadevni ukrepi so bili zadosti škodljivi, da je bilo mogoče skleniti, da so imeli protikonkurenčni cilj.

74. Na podlagi vseh navedenih preudarkov menim, da je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi napačno navedlo, da se pojma cilj ne sme razlagati ozko.

75. Preizkusiti je treba, ali je lahko Splošno sodišče ne glede na navedeno navedbo brez napačne uporabe prava potrdilo sklep, da je bil cilj spornih ukrepov protikonkurenčen.

35 — Glej zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točki 31 in 32).

36 — Glej zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 33).

37 — Glej zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točke od 34 do 36).

b) Faze analize v obravnavani zadevi, ki je vodila v sklep o obstoju omejitve zaradi cilja

76. V uvodu se mi zdi pomembno opozoriti na to, da medtem ko je Splošno sodišče izključno pristojno na eni strani za ugotavljanje dejanskega stanja – razen če bi vsebinska nepravilnost teh ugotovitev izhajala iz listin v spisu, ki so mu bile predložene – in na drugi strani za presojo tega dejanskega stanja, pa je Sodišče pristojno za to, da v skladu s členom 256 PDEU opravi nadzor nad pravno opredelitvijo tega dejanskega stanja in pravnih posledic, ki jih je iz tega izpeljalo Splošno sodišče. Presoja dejanskega stanja, razen pri izkrivljanju dokazov, predloženih Splošnemu sodišču, torej ni pravno vprašanje, ki bi bilo predmet nadzora Sodišča.[38]

77. Menim, da pritožnik v obravnavani zadevi želi s prvim pritožbenim razlogom predvsem izpodbijati na eni strani napačno uporabo prava pri opredelitvi zadevnih ukrepov kot omejitev zaradi cilja, na drugi strani pa, da je Splošno sodišče izkrivilo dokaze, ki so mu bili predloženi. Ta vprašanja niso *a priori* zunaj nadzora Sodišča.

78. Sodišče mora namreč preizkusiti, ali je Splošno sodišče izvedlo ustrezen nadzor nad tem, ali je Komisija zadostno dokazala – po posamični in konkretni presoji besedila, cilja ter gospodarskega in pravnega okvira, v katerem so bili sprejeti – da so zadevni ukrepi dovolj škodljivi, da je mogoče njihove negativne posledice za konkurenco domnevati.

79. Za ta namen so pridobljene izkušnje povsem upošteven dejavnik. Te „izkušnje“ je treba razumeti kot tisto, kar tradicionalno izhaja iz ekonomske analize, kot so jo opravili pristojni organi za konkurenco in po potrebi potrjuje sodna praksa.

80. V obravnavanih okoliščinah je treba ugotoviti, da so sporni ukrepi horizontalni in da bi jih bilo *a priori* mogoče oceniti kot bolj zmožne za to, da vsebujejo cilj, s katerim se omejuje konkurenca.

81. Vendar čeprav je nesporno, da nekateri horizontalni sporazumi med podjetji vsebujejo očitne omejitve konkurence, kot je določanje cen in razdelitev trga,[39] ter jih je mogoče zato opredeliti kot take, ki vsebujejo omejitev konkurence zaradi cilja, pa škodljivost spornih ukrepov za konkurenco ni takoj razvidna.

82. Kljub temu je treba preizkusiti, ali je Splošno sodišče utemeljeno potrdilo sklep Komisije glede obstoja omejitve zaradi cilja, ob tem da mora tak sklep izhajati iz presoje celotnega besedila ukrepov, po potrebi v povezavi s cilji, ki se objektivno želijo doseči, ter gospodarskim in pravnim okvirom.

83. V tem smislu se zasnova delov obravnavanega pritožbenega razloga, ki se nanašajo na vsakega od treh upoštevnih vidikov za opredelitev ukrepa kot omejitve zaradi cilja, lahko zdi umetna.

84. Kljub temu menim, da jih je primerno obravnavati enega za drugim.

i) Prvi del: presoja vsebine ukrepov Groupement

85. Pritožnik, ki ga z več vidikov podpirajo družbe BNP Paribas, BPCE in SG, navaja, da je Splošno sodišče večkrat napačno uporabilo pravo pri presoji besedila zadevnih ukrepov.

38 — Glej zlasti sodbo z dne 19. julija 2012 v zadevi Alliance One International in Standard Commercial Tobacco proti Komisiji ter Komisija proti Alliance One International in drugim (C-628/10 P in C-14/11 P, točki 84 in 85).

39 — Sodba z dne 8. decembra 2011 v zadevi KME Germany in drugi proti Komisiji (C-389/10 P, ZOdl., str. I-13125, točka 75).

86. Navaja, na prvem mestu, da je Splošno sodišče storilo napake pri analizi „samega“ cilja navedenih ukrepov. Najprej, Splošno sodišče naj ne bi preizkusilo škodljivosti spornih ukrepov glede na njihovo besedilo, ampak naj bi se oprlo na subjektivne namene nekaterih članov Groupement. Tako naj bi Splošno sodišče napačno uporabilo pravo v točkah 126 in 132 izpodbijane sodbe, ko je presodilo, da iz formul zadevnih ukrepov izhaja, da imajo ti ukrepi protikonkurenčen cilj, s katerim se omejuje konkurenca s strani novih članov na zadevnem trgu. Poleg tega pritožnik meni, da je Splošno sodišče izkrivilo dokaze, s tem ko je sklenilo, da je zaradi nekaterih ovir v praksi zelo težko za nove člane razviti dejavnost pridobivanja, pri tem pa se je sklicevalo na navedbe Komisije in brez ustreznega pojasnila ni upoštevalo dejavnikov, ki so dokazovali nasprotno.

87. Na drugem mestu pritožnik trdi, da je Splošno sodišče storilo napako, ko je v točkah 186 in 256 izpodbijane sodbe upoštevalo genezo sprejetja zadevnih ukrepov, kot je izhajala iz dokumentov, ki so bili predloženi pri pregledih v prostorih Groupement in prostorih nekaterih njegovih članov.

88. Najprej, Splošno sodišče naj bi zmotno upoštevalo navedbe nekaterih vodilnih članov pred sprejetjem zadevnih ukrepov pri analizi cilja teh ukrepov, ker te navedbe ne izražajo volje Groupement, ampak samo nekaterih njegovih članov. To pa zato, ker mora sklep pomeniti resničen izraz volje njegovega avtorja, če se naj razume kot sklep podjetniškega združenja. V obravnavani zadevi okoliščine priprave in sprejetja sklepa niso upoštevne, ker samo priglašeni ukrepi v celoti izražajo voljo Groupement. Poleg tega naj bi bila geneza ukrepov upoštevana namesto temeljite analize vsebine ukrepov.

89. Dalje, pritožnik meni, da je Splošno sodišče izkrivilo dokaze, s tem ko je neprimerno izbiralo med pripravljalnim delom, predloženimi dokumenti in izjavami novih subjektov. Po mnenju pritožnika nekaj dejavnikov, še posebno potreba po boju proti parazitizmu in skrb za spoštovanje prava konkurence, potrjuje obstoj resnega dvoma o omejitvi konkurence, ki bi jo moralo upoštevati Splošno sodišče. To izkrivljenje naj bi bilo še očitnejše, ker naj bi se Splošno sodišče oprlo na enake dejavnike kot Komisija, ne da bi odstopilo od sklepov iz prvega obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah.

90. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi v bistvu sklenilo, da je bil protikonkurenčni cilj zadevnih ukrepov v omejitvi konkurence novih članov na francoskem trgu izdajanja kartic CB.

91. Splošno sodišče je tako povzelo sklep, da protikonkurenčni cilj spornih ukrepov izhaja iz formul za izračun, ki so bile določene za zadevne ukrepe (glej točke od 126 do 133 izpodbijane sodbe). Prav tako je menilo, da se je Komisija zgolj v smislu potrditve oprla na dokumente, zbrane med preiskavo navedb vodilnih članov ob pripravi zadevnih ukrepov (glej točke od 123 do 154 izpodbijane sodbe).

92. Kar pa zadeva, prvič, preizkus formul za izračun iz spornih ukrepov – in kot nadaljevanje tega, kar sem navedel prej – menim, da Splošno sodišče ni izvedlo nadzora nad tem, ali so te po naravi protikonkurenčne.

93. Res je, da je Splošno sodišče v točki 132 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je Komisija ob upoštevanju formul iz zadevnih ukrepov in zaradi težav pri razvoju dejavnosti pridobivanja menila, da so ti ukrepi nalagali tistim članom Groupement, za katere so veljali, da bodisi omejijo svojo dejavnost izdajanja bodisi nosijo stroške (povezane z izdajanjem), ki jih niso nosili drugi člani Groupement, med drugim vodilni člani. Splošno sodišče je ugotovilo tudi, da „so zato te formule omejevale možnost članov, za katere so veljali, da bi na trgu izdajanja (cenovno) konkurirali tistim članom Groupement, za katere niso veljali. Komisija je na podlagi navedenega sklenila, da imajo zadevni ukrepi protikonkurenčne posledice, ker omejujejo konkurenco novih članov (glej točke 212, 213 in 222 obrazložitve sporne odločbe).“

94. Podobno je Splošno sodišče v točki 133 izpodbijane sodbe povzelo sklep Komisije, po katerem je „funkcija, ki jo je Groupement namenilo MERFA (spodbujanje k razvoju pridobivanja), v neskladju z obstojem medbančnih provizij, ki spodbujajo izdajanje (glej točke od 226 do 230 obrazložitve sporne odločbe), in z dejstvom, da so se z dodatno pristopnino in pristopnino za bujenje spečih članov sankcionirale banke, ki niso izdale dovolj kartic v bližnji preteklosti (glej točki 231 in 232 obrazložitve sporne odločbe)“.

95. Kljub temu da te ugotovitve prav gotovo izkazujejo besedilo zadevnih ukrepov, s katerimi se v bistvu skuša nekaterim bankam naložiti določene stroške in spodbuditi dejavnost pridobivanja, pa menim, da niti Komisija niti Splošno sodišče nista izkazala, v čem ti ukrepi zaradi njihovega besedila kot takega omejujejo konkurenco. Če se namreč držimo besedila priglašenih ukrepov, kot jih je povzela Komisija in preizkusilo Splošno sodišče, je njihov cilj naložitev finančnega prispevka članom Groupement, namenjenega financiranju stroškov delovanja plačilnega sistema CB. Kot bom navedel v nadaljevanju (glej točki 130 in 131 teh sklepnih predlogov), preprostega dejstva, da bi lahko nekateri člani Groupement zaradi sprejetja zadevnih ukrepov bodisi omejili svojo dejavnost izdajanja bodisi nosili stroške (v zvezi z izdajanjem), ki jih drugi člani Groupement ne nosijo, ni mogoče opredeliti kot omejitev zaradi cilja.

96. Drugič, kar zadeva upoštevanje „geneze“, to je navedb vodilnih članov v nekaterih pripravljalnih dokumentih v zvezi z zadevnimi ukrepi, ki so bili zbrani med pregledi, je sklepanje Splošnega sodišča v okviru obravnavane pritožbe sporno z več vidikov.

97. Najprej je treba preizkusiti, ali je Splošno sodišče s tem, da je nekatere navedbe vodilnih članov ob pripravi zadevnih ukrepov pripisalo Groupement kot celoti, storilo napako. Na drugem mestu je treba analizirati pomen navedenih navedb pri presoji besedila ukrepov, nazadnje pa še njihovo upoštevnost pri ugotavljanju omejitve zaradi cilja.

98. Na prvem mestu, kar zadeva vprašanje, ali navedbe vodilnih članov dejansko izražajo voljo Groupement kot takega, se mi zdi precej prepričljiva trditev, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, s tem ko je namen Groupement izenačilo z navedbami vodilnih članov.

99. V zvezi s tem ugotavljam, da se je Splošno sodišče omejilo na ugotovitev, da „ker so vodilni člani neformalnega telesa, to je [organizacijskega odbora za elektronsko bančništvo (comité d’orientation monétique)], ki je pripravil zadevne ukrepe, in upravnega odbora, ki jih je sprejel, namen vodilnih članov v bistvu ustreza namenu Groupement, kar zadeva sprejetje zadevnih ukrepov“ (točka 256 izpodbijane sodbe). Na podlagi navedenega je sklenilo, da Komisija ni bila v nasprotju sama s seboj, ko je zadevne ukrepe opredelila kot sklepe podjetniških združenj in torej s tako opredelitvijo potrdila, da so zadevni ukrepi izražali voljo Groupement, pri tem pa se je oprla na navedbe vodilnih članov za podkrepitev dejstva, da je bil njihov namen izključiti nove člane (točka 257 izpodbijane sodbe).

100. Menim, da bi moralo Splošno sodišče za potrditev sklepa, do katerega je prišla Komisija v zvezi s pripisljivostjo navedb vodilnih članov celotnemu Groupement, preveriti, ali navedbe vodilnih članov izražajo *resnično* voljo Groupement, brez česar jih ni mogoče opredeliti kot sklep podjetniškega združenja, obravnavan v tej zadevi.[40] V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da kot je Splošno sodišče navedlo v točki 7 izpodbijane sodbe, je organizacijski odbor za elektronsko bančništvo neformalno telo brez pooblastil za odločanje.

40 — Glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Wouters in drugi (točka 64).

101. Na drugem mestu, kar zadeva pomen, ki je bil pripisan namenu, izraženemu z navedbami vodilnih članov, pri ugotavljanju protikonkurenčnega cilja zadevnih ukrepov, je sklep Splošnega sodišča, da se je Komisija zgolj zaradi potrditve oprla na dokumente, zbrane pri pregledih, ki so vsebovali navedbe vodilnih članov pri pripravi zadevnih ukrepov (točki 134 in 267 izpodbijane sodbe), daleč od samoumevnega.

102. Res je, da se glede na strukturo tistega dela sporne odločbe, ki se nanaša na analizo obstoja omejitve zaradi cilja,[41] zdi, da je Komisija najprej ugotovila, da je formula ukrepov v nasprotju s cilji, navedenimi v priglasitvi,[42] nato pa navedla, zakaj cilj omejevanja konkurence, kot izhaja iz same formule ukrepov, v celoti ustreza dejanskim ciljem ukrepov, ki so jih navedli vodilni člani med njihovo pripravo.[43] Podobno je Komisija navedla, da „navedbe vodilnih članov ob pripravi ukrepov potrjujejo protikonkurenčni cilj MERFA“.[44]

103. Kaže pa, da je Komisija nazadnje pripisala enak pomen dokumentom, ki so nastali med „genezo“ navedenih ukrepov, in analizi formul zadevnih ukrepov.

104. Menim, da to dovolj jasno izhaja iz točk 193 in 198 obrazložitve sporne odločbe, v katerih so ob povzemanju pristopa Komisije pri ugotavljanju protikonkurenčnega cilja navedeni pripravljalni dokumenti. Poleg tega pa – kot je sicer v pisanjih opozorila SG – je namen tistega dela, ki je namenjen analizi formul, navedba negativnega dokaza, da zadevni ukrepi ne ustrezajo pripisanemu cilju. Pozitivni dokaz o protikonkurenčnem cilju zadevnih ukrepov je temeljil predvsem na materialnih dokazih, ki so izhajali iz pripravljalnih dokumentov vodilnih članov.[45]

105. Podobno se zdi, da je Splošno sodišče pri razlagi besedila zadevnih ukrepov prevzelo preudarke v zvezi s formulami navedenih ukrepov, kot se razumejo v luči dokumentov, zbranih pri pregledih, in potrjujejo navedbe vodilnih članov.[46]

106. Kakor koli, na tretjem mestu se zdi nujno ugotoviti, ali je mogoče navedbe vodilnih članov kot element geneze zadevnih ukrepov obravnavati kot upoštevne pri ugotavljanju obstoja omejitve zaradi cilja.

107. V zvezi s tem menim, da teh navedb – tudi če se domneva, da dejansko izražajo voljo Groupement, kar pa je po mojem mnenju treba izključiti (glej točko 100 teh sklepnih predlogov) – ni mogoče šteti za zadosten dokaz o obstoju protikonkurenčnega sporazuma in sporazuma *a fortiori*, ki vsebuje omejitev konkurence zaradi cilja.

108. Res je, da iz sodne prakse dovolj jasno izhaja, da lahko organi, pristojni za varstvo konkurence, nacionalna sodišča in sodišča Unije vseeno upoštevajo namen strank, čeprav ni nujni dejavnik za opredelitev omejujoče narave sporazuma.[47]

41 — Točke od 193 do 251 sporne odločbe.

42 — Razdelek 10.2.1.1, ki zajema točke od 199 do 234 sporne odločbe.

43 — Razdelek 10.2.1.2, ki zajema točke od 235 do 250 sporne odločbe.

44 — Točka 234 sporne odločbe.

45 — Glej tudi opis vsebine sporne odločbe v točkah 35 in 36 izpodbijane sodbe.

46 — Glej zlasti točko 186 izpodbijane sodbe.

47 — Glej v zvezi s tem zgoraj navedeno sodbo Allianz Hungária Biztosító in drugi (točka 37 in navedena sodna praksa).

109. Navedeno možnost upoštevanja izraženega namena strank je po mojem mnenju mogoče razumeti zgolj kot nekaj več ali nekaj dodatnega, in ne kot nadomestilo podrobnega preizkusa besedila in ciljev spornega ravnanja. Tako kot se stranke sporazuma ne morejo sklicevati na odsotnost namena kršenja prepovedi iz člena 81(1) ES,[48] ni dovolj navajati obstoj tega namena kot podlago za sklep, da ukrepi, ki so jih sprejele, vsebujejo protikonkurenčni cilj. Namen strank se nikakor ne sme upoštevati, kadar gre – kot v obravnavani zadevi – za presojo protikonkurenčnih posledic ravnanja podjetij.

110. Menim namreč, da opredelitev „protikonkurenčnega cilja“ pomeni resnično objektivno presojo, ne glede na voljo strank. Zato menim, da morebitne namere, ki jih izražajo udeleženci domnevnega omejevalnega sporazuma, tako kot morebitni upravičeni cilji, ki jih ti želijo doseči, niso neposredno upoštevne pri presoji, ali ima navedeni omejevalni sporazum – ne glede na obliko – protikonkurenčni „cilj“.

111. Nazadnje, v okviru tega dela obravnavanega pritožbenega razloga pritožnik navaja, da je Splošno sodišče izkrivilo predložene dokaze. To izkrivljenje naj bi bilo v tem, da je Komisija – poleg dokumentov, ki dokazujejo, da razvoj dejavnosti pridobivanja ni bil nujno težaven – neprimerno izbirala navedbe vodilnih članov.

112. V zvezi s tem je treba opozoriti na to, da je načeloma Splošno sodišče izključno pristojno za presojo vrednosti dokazov, ki so mu bili predloženi. Izkrivljenje dokazov pomeni, da je Splošno sodišče očitno preseglo meje razumne presoje teh dokazov,[49] kar mora očitno izhajati iz dokumentov v spisu, tako da navedenih dokazov ni treba ponovno preizkusiti. Če pa pritožnik očita, da je Splošno sodišče izkrivilo dokaze, mora natančno navesti dokaze, ki naj bi jih omenjeno sodišče izkrivilo, in napake pri presoji, ki so po njegovem mnenju Splošno sodišče privedle do izkrivljanja.[50]

113. V obravnavani zadevi očitano izkrivljenje ne izhaja očitno iz dokumentov v spisu. Poleg tega pritožnik ni natančno opredelil dokumentov, ki po njegovem mnenju izkazujejo tako izkrivljenje. Kaže, da želi pritožnik s svojo argumentacijo – čeprav se sklicuje na izkrivljenje dokazov – v resnici doseči ponovno presojo dokazov, za kar pa Sodišče ni pristojno.

114. Iz navedenih preudarkov izhaja, da če se preizkusi samo besedilo zadevnih ukrepov, kot jih povzema Splošno sodišče, je težko razumljiv sklep, da je Komisija zadostno pravno dokazala protikonkurenčnost navedenih ukrepov zaradi cilja.

ii) Drugi del: analiza cilja ukrepov

115. Pritožnik trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo pri presoji ciljev zadevnih ukrepov. Splošno sodišče naj bi namreč napačno – ob priznavanju, da je izogibanje parazitiranju v sistemu CB legitimen cilj – zavrnilo presojo tega cilja v skladu s členom 81(1) ES. Splošno sodišče bi moralo priznati, da je omejitev konkurence zaradi cilja izključena, če ukrepi Groupement vodijo k spodbujanju dejavnosti pridobivanja in iskanju optimizacije med dejavnostmi pridobivanja in izdajanja. Ti ukrepi naj bi bili v skladu z načelom sorazmernosti primerni, ker so sistemski ukrepi v splošnem interesu sistema CB, in uravnoteženi, ker puščajo vsakemu članu Groupement izbiro možnosti, ki ustreza njegovemu posamičnemu položaju.

116. Iz sodne prakse izhaja, da se je treba, da bi lahko ugotovili, ali je sporazum prepovedan na podlagi člena 81(1) ES, med drugim navezati na objektivne cilje, ki se želijo z njim doseči.[51]

48 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo General Motors proti Komisiji (točka 77 in navedena sodna praksa).

49 — Glej sodbi z dne 10. februarja 2011 v zadevi Activision Blizzard Germany proti Komisiji (C-260/09 P, ZOdl., str. I-419, točka 57) in z dne 4. julija 2013 v zadevi Komisija proti Aalberts Industries in drugim (C-287/11 P, točka 52).

50 — Glej v tem smislu sodbo z dne 7. januarja 2004 v zadevi Aalborg Portland in drugi proti Komisiji (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P in C-219/00 P, Recueil, str. I-123, točka 50).

51 — Glej zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 21).

117. Zdi se mi pomembno opozoriti na to, da se ti objektivni cilji, ki morajo jasno izhajati iz zadevnih ukrepov, ne smejo mešati s subjektivnim namenom, da se konkurenca omejuje ali ne, ali z legitimnimi cilji, ki jih eventualno želijo doseči zadevna podjetja. Ustaljeno je, da se torej za neki sporazum lahko šteje, da njegov cilj omejuje konkurenco, tudi če se z njim želi doseči druge legitimne cilje. [52]

118. Kako bi bilo treba v obravnavani zadevi razumeti tarifne ukrepe Groupement?

119. V nasprotju s tem, kar je na obravnavi namigovala Komisija, je težko trditi, da je ukrep MERFA tako škodljiv, da bi bil enak omejevalnemu sporazumu [53] o cenah, ki kot tak škoduje konkurenci. Podobno menim, da so iz prej navedenih razlogov v tej zadevi obravnavani ukrepi, ki ne vsebujejo mehanizma za spodbujanje izstopa nekaterih konkurentov, težko primerljivi z ukrepi za racionalizacijo zadevnega trga v zadevi Beef Industry Development Society in Barry Brothers.

120. Iz izpodbijane sodbe izhaja, da se je z zadevnimi ukrepi v bistvu želelo uvesti prispevke za člane Groupement, ki so tako ob pristopu kot uporabi sistema CB hkrati izdajatelji kartic CB (dejavnost izdajanja plačilnih kartic in/ali dvigovanje imetnikov kartic) in pridobitelji (dejavnost pridobivanja članstva trgovcev s številko SIREN in uporabo PA).

121. Vsi navedeni ukrepi so bili po mnenju Groupement namenjeni varstvu sistema CB pred ekonomskim parazitizmom zaradi dejavnosti bank, ki razvijajo predvsem dejavnosti izdajanja kartic in brez nadomestila uživajo koristi, ki izhajajo iz naložb drugih članov sistema na področju pridobivanja.

122. Vendar čeprav je nesporno, da je sicer Splošno sodišče priznalo (glej zlasti točki 76 in 77 izpodbijane sodbe) boj proti parazitizmu kot legitimen cilj, tak preudarek ni neposredno upošteven pri ugotavljanju obstoja omejitve konkurence zaradi cilja v smislu člena 81(1) ES.

123. Zato menim, da se Splošno sodišče v absolutnem smislu ni zmotilo pri sklepu, da cilja boja proti parazitizmu ni mogoče nasploh upoštevati v fazi preizkusa ukrepov v skladu s členom 81(1) ES, bi ga bilo pa mogoče upoštevati pri preizkusu morebitne upravičenosti do izjeme v skladu s členom 81(3) ES.

124. Vendar se mi zdi tak sklep smiseln samo, kadar je jasno dokazano – po podrobnem preizkusu – da imajo sporni ukrepi protikonkurenčen cilj. Prav zaradi okoliščine, da ima neko ravnanje očitno protikonkurenčen cilj, ni upoštevno dejstvo, da se želijo z njim doseči drugi cilji.

125. Če ni tako, torej kadar omejitev zaradi cilja ni jasno dokazana – tako se mi zdi, da je v obravnavani zadevi – je treba preizkusiti protikonkurenčne posledice in v tem okviru presoditi, ali so zadevni ukrepi glede na cilj, ki se želi doseči, potrebni in sorazmerni. [54]

126. Težko pa si predstavljam, v čem so zadevni ukrepi tako škodljivi, kot se zahteva v sodni praksi.

52 — Kot med drugim zakoniti cilji trgovske politike (zgoraj navedena sodba General Motors proti Komisiji, točka 64) ali varstvo javnega zdravja in znižanje stroškov nadzora nad skladnostjo (sodba z dne 8. novembra 1983 v zadevi 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 25) ter ukrepi, namenjeni boju proti sektorski krizi (zgoraj navedena sodba Beef Industry Development Society in Barry Brothers, točka 21).

53 — Nasprotno se zdi, da je Komisija sprva (glej točko 7 teh sklepnih predlogov) zadevne ukrepe enačila z omejevalnim sporazumov med Groupement in njenimi vodilnimi člani, nato pa med preiskavo to opustila.

54 — Glej sodbi z dne 28. januarja 1986 v zadevi Pronuptia de Paris (161/84, Recueil, str. 353, točke od 15 do 17) in z dne 15. decembra 1994 v zadevi DLG (C-250/92, Recueil, str. I-5641).

127. Najprej, nikakor ni sporno, da so bili ti ukrepi sprejeti zaradi spodbujanja dejavnosti pridobivanja kartic CB v plačilnem sistemu, ki ima dve plati, povezani z učinki omrežja. Kot je Splošno sodišče ugotovilo v točki 102 izpodbijane sodbe, je Komisija sama navedla, da sta bili dejavnosti izdajanja in pridobivanja nujni ena za drugo in za delovanje sistema plačil s karticami CB nasploh, ker se na eni strani trgovci ne bi strinjali z vključitvijo v sistem plačevanja s karticami, če bi bilo število imetnikov kartic nezadostno, na drugi strani pa potrošniki ne bi želeli imeti kartice, če ne bi bila uporabna pri zadostnem številu trgovcev.

128. Zato se je s spornimi ukrepi želel pridobiti finančni prispevek tistih članov, ki imajo pri dejavnosti izdajanja kartic neposredno korist od pristopa k plačilnemu sistemu, ki izhaja iz prizadevanj drugih članov pri „pridobivanju“. Ti ukrepi, zlasti MERFA, vsebujejo v bistvu ukrep, s katerim se zahteva finančni prispevek od članov, ki so bolj malo dejavni pri „pridobivanju“.

129. Naložitev finančnega prispevka članom omrežja, ki brez nadomestila uživajo koristi od prizadevanja drugih članov za razvoj omrežja, pa po mojem mnenju ne vsebuje protikonkurenčnega cilja.

130. Res je, da v obravnavani zadevi višina zahtevanega prispevka ali težave nekaterih subjektov pri razvoju dejavnosti pridobivanja lahko povzročijo izključitev subjektov, ki ne plačajo prispevka v skladu z zadevnimi ukrepi. Vendar menim, da razen pri sklicevanju na teorijo „nujnih dobrin“ [55] – na katero se Komisija v obravnavani zadevi nikjer ne sklicuje [56] in katere uporabljivost se mi zdi v vsakem primeru dvomljiva [57] – to ni nedopustno z vidika konkurence.

131. Kakor koli, čeprav ni mogoče izključiti, da je posledica spornih ukrepov spodbujanje nekaterih članov Groupement, bodisi da omejijo svoje dejavnosti izdajanja bodisi da okrepijo svojo dejavnost pridobivanja, s tem da je slednja možnost dejansko težavna in pomeni njihovo izključitev iz sistema, je to vprašanje v vsakem primeru stvar presoje morebitnih protikonkurenčnih posledic navedenih ukrepov, in ne njihovega cilja. Menim, da je mogoče posledice izključitve, ki jih povzročajo tarifni ukrepi, kot so ti v obravnavani zadevi, preizkusiti šele v fazi presoje protikonkurenčnih posledic.

132. Predvsem pa moram izraziti začudenje nad tem, kako Komisija in Splošno sodišče razumeta sporne ukrepe, ki jih je sprejelo Groupement za vse svoje člane, ki so – kot je bilo ugotovljeno – bodisi vodilni člani bodisi člani, ki so povezani ali odvisni od vodilnih članov. [58] V obsegu, v katerem tarifni ukrepi neposredno ali posredno zadevajo vse člane Groupement, težko razumem, v čem bi bili ti po naravi protikonkurenčni, pa tudi v kolikšnem obsegu so bili nekako naravnani na varovanje vodilnih članov. [59]

133. Iz navedenih preudarkov izhaja, da poleg besedila zadevnih ukrepov tudi cilji, ki se želijo z njimi doseči, ne podpirajo sklepa, da je Komisija pravilno sklenila, da v obravnavani zadevi obstaja omejitev zaradi cilja.

55 — Opozarjam na to, da mora v skladu s to teorijo imetnik vira ali strukture to dati na voljo svojim konkurentom, kadar je dostop do te strukture nujen za opravljanje njihovih dejavnosti (glej v tem smislu sodbo z dne 29. aprila 2004 v zadevi IMS Health, C-418/01, Recueil, str. I-5039).

56 — Glej v tem smislu izpodbijano sodbo (točki 66 in 224).

57 — Komisija je v svojem *XXX. poročilu o politiki konkurence* navedla, da „Komisija meni, da sistem CB ni temeljna infrastruktura in da zato Groupement lahko odloča o dostopu svojih konkurentov do njega (če med njimi ne diskriminira)“ (točka 207 navedenega poročila).

58 — Glej točko 3 izpodbijane sodbe, v kateri je povzeta točka 29 sporne odločbe.

59 — Glej točko 130 izpodbijane sodbe. Družba BNP Paribas je tako v odgovoru na tožbo kot na obravnavi opozorila na to, da je bilo – po njenem mnenju napačno – izhodišče, da se zadevni ukrepi ne uporabljajo za nobenega od vodilnih članov, tisto, ki je utemeljilo opredelitev kršitve zaradi cilja. Splošno sodišče naj bi z opiranjem na to temeljno izhodišče kršilo svojo obveznost obrazložitve.

iii) Tretji del: preizkus okvira priprave ukrepov

134. Pritožnik navaja, da je Splošno sodišče storilo več napak pri analizi okvira, v katerem so bili sprejeti zadevni ukrepi.

135. Prvič, pritožnik očita Splošnemu sodišču, da je napačno upoštevalo pravni okvir, na eni strani z nepravilno razlago sodne prakse v zvezi z omejevanjem konkurence zaradi cilja, zlasti zgoraj navedeno sodbo Beef Industry Development Society in Barry Brothers, na drugi pa vprašanja, obravnavana v predhodni praksi odločanja. V zvezi s tem naj bi bila obrazložitev izpodbijane sodbe nasprotujoča si, ker je Splošno sodišče v točkah 94 in 99 navedene sodbe hkrati navedlo, da so ravnanja, obravnavana v obeh odločbah Visa[60], precej drugačna od tistih v obravnavani zadevi, in da sta se navedeni dve odločbi nanašali na „podobne ali enake položaje“. Napačna analiza naj bi izhajala tudi iz dejstva, da se je Komisija sama strinjala z razpravo o morebitnih zavezah v skladu s členom 9 Uredbe št. 1/2003, to je o ukrepih, „ki bi lahko odgovorili na njene skrbi“ in ki ne pomenijo nobene kršitve konkurence kot take.

136. Drugič, pritožnik meni, da je Splošno sodišče večkrat napačno uporabilo pravo pri upoštevanju gospodarskega okvira, zlasti s tem da ni upoštevalo dvostranskega delovanja sistemov plačevanja z bančnimi karticami.

137. Tretjič, pritožnik meni, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo pri upoštevanju gospodarskega okvira z opustitvijo preizkusa kompleksnih ekonomskih presoj. V obravnavani zadevi naj Splošno sodišče ne bi izvedlo takega minimalnega in objektivnega preizkusa ekonomskih presoj v sporni odločbi, ampak naj bi se v točkah 320 in 321 izpodbijane sodbe zadovoljilo z zavrnitvijo nekaterih ekonomskih študij, ki jih je predložilo Groupement, ker naj bi bile v nasprotju z drugimi študijami.

138. Iz preizkusa prvih dveh delov tega pritožbenega razloga izhaja, da če se upoštevata besedilo zadevnih ukrepov in cilj, ki ga želijo doseči, potem ni dokazan obstoj omejitve konkurence zaradi cilja v smislu člena 81(1) ES.

139. V teh okoliščinah elementi iz gospodarskega in pravnega okvira[61] priprave zadevnih ukrepov ne morejo sami po sebi dokazovati obstoja protikonkurenčnega cilja. Kot sem predhodno navedel, analiza okvira nikakor ne more nadomestiti odsotnosti dejanske opredelitve protikonkurenčnega cilja (glej točko 44 teh sklepnih predlogov).

140. Zaradi popolnosti pa je treba vseeno opozoriti na naslednje.

141. Kar zadeva, prvič, upoštevanje pravnega okvira, so – kot sem prej navedel – pridobljene izkušnje v širšem smislu dejavnik, ki ga je treba upoštevati pri ugotavljanju obstoja omejitve zaradi cilja (glej točko 55 in naslednje teh sklepnih predlogov).

142. Vendar kljub temu, da pridobljene izkušnje lahko nedvomno omilijo imanentno škodljivost nekaterih vrst sodelovanja pri očitnih/jasnih omejitvah konkurence, ki zelo verjetno vplivajo na konkurenco, nisem prepričan, da je mogoče iz prakse odločanja Komisije vedno izpeljati močan argument. To, da je Komisija v preteklosti menila, da sporazum določene vrste zaradi samega cilja ne omejuje konkurence, samo po sebi ne preprečuje, da bi v prihodnje po posamičnem in podrobnem preizkusu spornih ukrepov menila drugače.

60 — Odločbi Komisije v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 ES in člena 53 EGP, in sicer Odločba 2001/782/ES z dne 9. avgusta 2001 (zadeva COMP/29.373 – Visa International) (UL L 293, str. 24, v nadaljevanju: odločba Visa 2001) in Odločba 2002/914/ES z dne 24. julija 2002 (zadeva COMP/29.373 – Visa International – Commission multilatérale d’interchange) (UL L 318, str. 17, v nadaljevanju: odločba Visa 2002).

61 — Čeprav so očitki pritožnika razdeljeni na tri točke, menim, da je tretja, s katero se Splošnemu sodišču očita, da ni preizkusilo kompleksnih ekonomskih presoj, zlahka povezljiva s tisto, ki se nanaša na presojo gospodarskega okvira.

143. V obravnavani zadevi predhodna stališča Komisije glede sporazumov, sprejetih v okviru plačilnih sistemov, natančneje tistih, ki izhajajo iz odločb Visa 2001 in Visa 2002 – če se domneva, da zadevajo v bistvu enake ukrepe, kot so ti v obravnavani zadevi – nujno ne prejudicirajo tega, da so navedeni ukrepi omejevalni zaradi cilja.

144. Kljub temu pa je treba biti pozoren na razloge, zaradi katerih so bili zavrnjeni sklepi iz dotedanje prakse odločanja Komisije v zvezi s trgom plačilnih sistemov. Splošno sodišče je bilo pristojno za preizkus, v čem so bili zadevni ukrepi – drugače kot ukrepi, sprejeti na istem trgu, katerih podobnost je to delno potrdilo [62] – dovolj škodljivi, da jih je bilo mogoče obravnavati kot take s protikonkurenčnim ciljem.

145. Kar zadeva precedens, ki je v obravnavani zadevi sodba Beef Industry Development Society in Barry Brothers, menim, da se – kot sem predhodno navedel v točkah od 69 do 73 teh sklepnih predlogov – navedena zadeva jasno razlikuje od obravnavane z več vidikov.

146. Kar zadeva, drugič, upoštevanje gospodarskega okvira, Groupement v bistvu očita Splošnemu sodišču, da ni upoštevalo značilnosti sistema CB in še posebno dvostranskost sistema.

147. V zvezi s tem menim, da tudi če se domneva, da bi bilo mogoče na podlagi besedila in ciljev, ki se želijo doseči z zadevnimi ukrepi, sklepati o njihovem protikonkurenčnem cilju, elementi okvira ta sklep oslabijo.

148. Glede tega opozarjam na to, da se Komisija pri sklepanju o obstoju omejitve zaradi cilja ne sme – še posebno pri omejitvi, ki ni očitna – omejiti na abstraktno presojo.

149. Upoštevanje medsebojnih razmerij med „izdajanjem“ in „pridobivanjem“ v okviru presoje okvira priprave ukrepov zaradi opredelitve omejitve konkurence zaradi cilja se mi zdi drugačno od tistega, ki se nanaša na opredelitev upoštevnega trga. Ne gre namreč za izpodbijanje trditve, da sta trga izdajanja in pridobivanja različna, ampak za preizkus, ali je bil gospodarski okvir ukrepov dovolj upoštevan.

150. V obravnavani zadevi – in kot je pritožnik navedel pred Splošnim sodiščem – je dobro delovanje sistema CB zahtevalo, da se dejavnosti izdajanja in pridobivanja izvajajo uravnoteženo. S tega vidika ni mogoče izključiti, da se lahko upošteva prispevek vsakega člana pri razvoju vsake od njegovih funkcij. Član Groupement – ne glede na to, ali je že član ali na novo pristopa – ki je dejaven predvsem ali izključno na področju izdajanja kartic CB, ima namreč korist od naložb v razvoj „pridobivanja“, ki je nujno za trajnost sistema.

3. Sklep

151. Če sklenem, kaže, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, na eni strani s sklepanjem in široko razlago pojma omejitve zaradi cilja, na drugi strani pa prav z uporabo takega pristopa pri presoji besedila, ciljev in okvira priprave spornih ukrepov.

152. Splošno sodišče še zlasti ni preverilo, ali je Komisija na podlagi besedila, ciljev in okvira priprave obravnavanih ukrepov pravilno sklenila, da so navedeni ukrepi dovolj škodljivi, da bi bilo mogoče domnevati o njihovih protikonkurenčnih posledicah.

62 — Čeprav se zdi, da obstaja rahlo nasprotje med sklepom iz točke 94 izpodbijane sodbe, po katerem v odločbah Visa 2001 in Visa 2002 obravnavanih ukrepov ni mogoče šteti za primerljive, in tistim iz točke 99 iste sodbe, po katerem „iz obveznosti obrazložitve ni mogoče izpeljati, da mora Komisija poleg obrazložitve svoje odločbe z opiranjem na spis obravnavane zadeve konkretno navesti razloge, na podlagi katerih je prišla do drugačnega sklepa, kot je bil tisti iz predhodne zadeve, ki se je nanašala na podoben ali enak položaj ali ki je vključevala iste gospodarske subjekte“.

153. Izpodbijano sodbo je treba torej glede tega grajati in bi jo bilo mogoče samo zaradi tega razglasiti za nično.

154. Ker je Splošno sodišče menilo, da ni treba presoditi, ali imajo navedeni ukrepi protikonkurenčne posledice, je treba obravnavano zadevo vrniti Splošnemu sodišču.

155. Vendar – in če se Sodišče ne bi strinjalo z mojim sklepom – bom v nadaljevanju na kratko obravnaval drugi in tretji pritožbeni razlog, ki ju je pritožnik navedel v obravnavani pritožbi.

B – *Drugi pritožbeni razlog: napačna uporaba prava pri uporabi pojma omejitev zaradi posledic*

156. Pritožnik, ki ga podpira družba BNP Paribas, opozarja na to, da so od 455 točk izpodbijane sodbe samo štiri namenjene preizkusu posledic zadevnih ukrepov. Splošno sodišče naj poleg napačne uporabe prava pri presoji obstoja omejitve konkurence zaradi posledic ne bi pravno zadostno odgovorilo na argumente pritožnika in naj bi s tem kršilo obveznost obrazložitve, ki jo ima na podlagi člena 36 v povezavi s členom 53, prvi odstavek, Statuta Sodišča Evropske unije. Natančneje, Komisija naj ne bi dokazala, da so zadevni ukrepi povzročili izstop novih članov s trga ali omejitev njihove dejavnosti izdajanja kartic CB.

157. Ker Splošno sodišče v obravnavani zadevi res ni preverilo, ali so imeli sporni ukrepi protikonkurenčne posledice, in če bi bilo treba skleniti – v nasprotju s tem, kar predlagam – da je Splošno sodišče lahko brez napačne uporabe prava sklenilo, da je bil „cilj“ zadevnih ukrepov omejiti konkurenco v smislu člena 81(1) ES, je treba drugi pritožbeni razlog razglasiti za brezpredmeten.[63]

158. V skladu z ustaljeno sodno prakso[64] in kot nadaljevanje tega, kar sem navedel prej, kadar se ugotovi protikonkurenčni cilj nekega sporazuma, ni treba preizkušati protikonkurenčnih posledic.

159. Splošno sodišče torej ni napačno uporabilo prava, ker je v točkah od 269 do 272 izpodbijane sodbe sklenilo, da je brezpredmeten tožbeni razlog v zvezi z napačno uporabo prava, napačno ugotovitvijo dejanskega stanja in presojo zadevnih ukrepov, in ker je sklenilo, da je cilj navedenih ukrepov preprečiti, omejiti ali izkriviti konkurenco na skupnem trgu v smislu člena 81(1) ES.

160. Splošnemu sodišču ni mogoče očitati niti tega, da je kršilo svojo obveznost obrazložitve v zvezi s tem. Ker je v obravnavani zadevi Splošno sodišče ocenilo za primerno – za kar je v skladu s sodno prakso pooblaščeno – da preizkusi obstoj protikonkurenčnega cilja, mu ni bilo treba navesti razlogov, zaradi katerih so imeli sporni ukrepi tudi protikonkurenčne posledice.

161. Poleg tega Sodišče v okviru tega postopka ni pristojno za obravnavo vprašanja, ali bi bilo treba presoditi, da imajo zadevni ukrepi, če nimajo protikonkurenčnega cilja, protikonkurenčne posledice. Sodišče še zlasti ni pristojno za preverjanje, ali je Komisija dokazala, da so sporni ukrepi povzročili izstop novih članov s trga ali omejitev njihovega načrta izdajanja kartic CB. To še toliko bolj drži, ker je Komisija, kot sem prej navedel,[65] znatni del sporne odločbe namenila presoji posledic zadevnih ukrepov.

162. Skratka, menim, da ta pritožbeni razlog v nobenem primeru ne more uspeti.

63 — V tem smislu je Sodišče med drugim pojasnilo, da je dajanje prednosti presoji trditev glede protikonkurenčnega cilja sporazuma v primerjavi s tistimi glede protikonkurenčnih posledic še toliko bolj utemeljeno, ker bi bilo treba, če se potrdi napačna uporaba prava pri presoji cilja navedenega sporazuma, zavrniti pritožbo glede obrazložitve izpodbijane sodbe v zvezi s protikonkurenčnimi posledicami sporazuma (glej zgoraj navedeno sodbo GlaxoSmithKline Services in drugi proti Komisiji in drugim, točka 56).

64 — Glej zgoraj navedeni sodbi LTM in Beef Industry Development Society in Barry Brothers (točka 16).

65 — Glej točko 2 teh sklepnih predlogov.

C – Tretji pritožbeni razlog: Splošno sodišče je kršilo načeli sorazmernosti in pravne varnosti, ker ni razglasilo za nično odredbo iz člena 2, drugi odstavek, sporne odločbe

163. Pritožnik, ki se mu pridružuje družba BNP Paribas, trdi, da je Splošno sodišče, ker ni razglasilo za ničen člen 2, drugi odstavek, sporne odločbe, s katerim se Groupement nalaga prihodnja opustitev vsakršnih ukrepov ali ravnanj z enakim ali podobnim ciljem ali posledicami, kot jih imajo zadevni ukrepi, kršilo načeli sorazmernosti in pravne varnosti.

164. Kar zadeva, prvič, načelo sorazmernosti, določeno v členu 5(4) PEU, pritožnik opozarja na to, da bi moralo Splošno sodišče v skladu s členom 7(1) Uredbe št. 1/2003 ugotoviti, da obveznost, ki jo je naložila Komisija, ni bila potrebna glede na cilj, to je „odpravo ugotovljene kršitve“, ker je Groupement celo pred sprejetjem sporne odločbe prekinilo ukrepe in ker ta v členu 2, prvi odstavek, nalaga takojšnje prenehanje kršitve z odpravo priglašenih tarifnih ukrepov. Podobno bi moralo Splošno sodišče ugotoviti, da je izpodbijana prepoved nesorazmerna, ker se nanaša tudi na ukrepe s „podobnimi“ posledicami. Potreba po ožji zamejitvi prepovedi naj bi bila toliko bistvenejša v obravnavani zadevi, ker zadevni ukrepi zajemajo zelo velike razlike v analizi med Splošnim sodiščem in Groupement.

165. Dalje, pritožnik v zvezi z načelom pravne varnosti meni, da bi moralo Splošno sodišče ugotoviti, da sporna odločba vsebuje precejšnjo dvoumnost v zvezi z obsegom izrečene odredbe, ki naj bi povzročila pravno negotovost za Groupement glede ukrepov, ki jih lahko sprejme v prihodnje za zagotavljanje svoje konkurenčnosti in razvoja. Negotovost naj bi v obravnavani zadevi izvirala iz zelo splošne in nenatančne opredelitve ukrepov, ki so Groupement prepovedani v prihodnje, ki lahko zajema vsakršen ukrep za uravnoteženje, ki bi bil v prihodnje ocenjen za potreben za okrepitev konkurenčnega položaja sistema CB ali za zagotovitev njegovega razvoja. Groupement bi bilo zato onemogočeno sprejemanje ukrepov zaradi boja proti parazitizmu, ki naj bi prizadeval navedeni sistem.

166. Ugotoviti je treba, da pritožnik s tretjim pritožbenim razlogom kritizira Komisijo, da obsega odredbe iz člena 2, drugi odstavek, sporne odločbe ni ožje zamejila, vendar ni opredelil napačne uporabe prava s strani Splošnega sodišča, zlasti v zvezi s tem, kako bi bilo treba razlagati sodno prakso Sodišča.

167. Treba je ugotoviti, da se torej s tem pritožbenim razlogom v bistvu povzemajo argumenti v podporo tožbi pred Splošnim sodiščem v okviru drugega dela šestega tožbenega razloga[66] in da bi ga bilo treba že samo zato razglasiti za nedopusten.

168. Ob tem pa ta pritožbeni razlog poudarja zanimivo problematiko, neločljivo povezano s presojo prvega pritožbenega razloga, v zvezi s pristojnostjo za izdajo odredb Komisije in nadzorom, ki ga mora Splošno sodišče opraviti nad njenim izvajanjem.

169. Čeprav se mi zdi, da se stranke strinjajo, da se načeli sorazmernosti in pravne varnosti uporabljata, se postavlja vprašanje, kolikšen je obseg navedenih načel, kadar Komisija ugotovi obstoj omejevalnega sporazuma „zaradi cilja“ v smislu člena 81(1) ES.

170. Kar zadeva spoštovanje načela sorazmernosti, me potreba po zagotavljanju polnega učinka odločbe o ugotovitvi obstoja kršitve člena 81(1) ES vodi v sklep, da ko se *jasno* dokaže obstoj kršitve „zaradi cilja“, lahko Komisija obtoženim podjetjem naloži, ne samo da prekinejo in odpravijo izvajanje spornih ukrepov, ampak tudi da se v prihodnje vzdržijo izvajanja vsakršnega ukrepa s podobnim ciljem.

66 — Glej točke od 435 do 452 izpodbijane sodbe.

171. Spet je treba „protikonkurenčni“ cilj, ki naj bi ga imeli sporni ukrepi, jasno opredeliti in zamejiti, kar se mi zdi, da ni bilo storjeno, kot sem navedel v okviru presoje prvega pritožbenega razloga.

172. Menim, da navedena zahteva velja tudi z vidika spoštovanja načela pravne varnosti.

173. Kadar je protikonkurenčni cilj spornih ukrepov zadosti opredeljen ali opredeljiv, mora biti Komisiji omogočeno, da zadevnim podjetjem naloži, naj se vzdržijo pred vsakršnim podobnim ravnanjem. Menim, da je ustreznost takega pristopa spornejša, bodisi kadar protikonkurenčni cilj ni ali ni dovolj opredeljen bodisi kadar – kot je to v obravnavani zadevi – morajo podjetja sama opredeliti obseg zadevne odredbe.

V – **Predlog**

174. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj odloči:

1. Sodba Splošnega sodišča Evropske unije z dne 29. novembra 2012 v zadevi CB proti Komisiji (T-491/07) se razveljavi.

2. Zadeva se vrne v razsojanje Splošnemu sodišču Evropske unije.

3. Odločitev o stroških se pridrži.