Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
M. WATHELET
представено на 25 юни 2015 година [1]

Дело C-373/14 P

Toshiba Corporation
срещу

Европейска комисия

„Обжалване — Картели — Пазар на електрически трансформатори — Устно споразумение за разпределяне на пазарите („джентълменско споразумение“) — Понятие за ограничение на конкуренцията с оглед на целта — Критерий за публично разграничаване — Точка 18 от Насоките от 2006 г.“

1. С настоящата жалба Toshiba Corporation иска отмяната на решение на Общия съд на Европейския съюз Toshiba/Комисия (T-519/09, EU:T:2014:263, наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“), с което той отхвърля жалбата на това предприятие за отмяна на Решение C (2009) 7601 окончателен на Комисията от 7 октомври 2009 година относно производство по член 81 [ЕО] (COMP/39.129 — Електрически трансформатори, наричано по-нататък „спорното решение“).

2. С тази жалба Съдът отново е приканен да разгледа понятието за ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“ по смисъла на член 81, параграф 1 ЕО (понастоящем член 101, параграф 1 ДФЕС), и по-специално да посочи необходимите елементи за анализ, за да се установят условията, при които дадена практика може да представлява такова ограничение.

3. Понятието „публично разграничаване“ и точка 18 от Насоките относно метода за определяне на глобите, налагани по силата на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003 [2] (наричани по-нататък „Насоките от 2006 г.“), също са основен предмет на настоящото производство.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — ОВ C 210, 2006 г., стр. 2; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 4, стр. 264.

I – **Правна уредба**

A – *Правото на Съюза*

1. Договорът за функционирането на Европейския съюз

4. Съгласно член 101, параграф 1 ДФЕС:

„Забраняват се като несъвместими с вътрешния пазар всички споразумения между предприятия, решения на сдружения на предприятия и съгласувани практики, които биха могли да засегнат търговията между държавите членки и които имат за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар, и в частност такива, които:

а) пряко или косвено определят покупни или продажни цени или други условия на търговията;

б) ограничават или контролират производството, пазарите, технологичното развитие или инвестициите;

в) осъществяват подялба на пазари или на доставчици;

г) прилагат различни условия по отношение на еквивалентни сделки с други търговски партньори, като по този начин ги поставят при сравнително по-неблагоприятни условия;

д) поставят сключването на договорите в зависимост от приемането на допълнителни задължения, които по своя характер или в съответствие с търговската практика нямат връзка с предмета на тези договори“.

2. Насоките от 2006 г.

5. Съгласно точка 13 от Насоките от 2006 г.:

„При определяне на основния размер за налаганите глоби Комисията ще отчита стойността на продажбите на стоки и услуги на предприятието, с които нарушението е свързано пряко или косвено в даден географски район в ЕИП [Европейското икономическо пространство]. По принцип тя ще отчита продажбите, извършени от предприятието през последната търговска година на неговото участие в нарушението […]“.

6. В точка 18 от Насоките от 2006 г. обаче се дерогира това правило, като се посочва следното:

„Когато географският обхват на нарушението се разпростира извън ЕИП (например световни картели), съответните продажби на предприятията в ЕИП може да не отразят правилно тежестта на всяко предприятие в нарушението. Такъв може да бъде случаят по-специално с договорености за световна подялба на пазара.

При такива обстоятелства, с цел да се отрази както съвкупният размер на съответните продажби в ЕИП, така и съответната тежест на всяко предприятие в нарушението, Комисията може да оцени общата стойност на продажбите на стоки или услуги, с които е свързано нарушението в съответния географски район (по-широк от ЕИП), може да определи дела от продажби на всяко предприятие, страна по нарушението на този пазар, и може да приложи този дял към съвкупните продажби в ЕИ[П] на съответните предприятия. Резултатът ще се отчита като стойност на продажбите за целите на определяне на основния размер на глобата“.

7. Накрая, в точка 37 от Насоките от 2006 г. се уточнява, че „[в]ъпреки че настоящите насоки представляват обща методология за определяне на глобите, особеностите на даден случай или необходимостта да се постигне възпиращ ефект в конкретен случай може да обоснове отклонение от тази методология или от границите, посочени в точка 21“.

II – **Обстоятелства, предхождащи спора**

8. Засегнатият в настоящото дело сектор е този на електрическите трансформатори, автотрансформаторите и шунтиращите реактори за напрежение 380 kV и по-високо. Електрическият трансформатор е основен електрически компонент, чиято функция е да намали или да увеличи напрежението в дадена електрическа верига.

9. Toshiba Corporation (наричано по-нататък „Toshiba“) е японско дружество, осъществяващо дейност главно в три сфери: цифровите продукти, електронната апаратура и компоненти, както и инфраструктурните системи.

10. Що се отнася до дейностите на това дружество в разглеждания сектор, следва да се направи разграничение между две фази в рамките на периода, взет предвид от Комисията в нейното разследване (от 9 юни 1999 г. до 15 май 2003 г., наричан по-нататък „релевантният период“). Между 9 юни 1999 г. и 30 септември 2002 г. Toshiba осъществява дейност посредством дъщерното си дружество Power System Co. От 1 октомври 2002 г. дейността на жалбоподателя се изпълнява чрез TM T&D — съвместно предприятие между Toshiba и Mitsubishi Electric, в което те двете обединяват производството си на електрически трансформатори.

11. На 30 септември 2008 г. Комисията решава да започне производство относно пазара на електрически трансформатори. Изложението на възраженията е прието на 20 ноември 2008 г. Toshiba отговаря на това изложение на 19 януари 2009 г. Изслушването е проведено на 17 февруари 2009 г.

12. Със спорното решение Комисията установява, че през целия релевантен период Toshiba е участвало в незаконен картел, обхващащ цялата територия на ЕИП и Япония. Картелът се е състоял в устно споразумение, което е сключено между европейските и японските производители на електрически трансформатори и с което те са се договорили за зачитане на вътрешните пазари на всяка от тези две групи производители на трансформатори чрез въздържане от продаване на тях (наричано по-нататък „джентълменското споразумение“).

13. Комисията квалифицира това джентълменско споразумение като ограничение на конкуренцията с оглед на целта.

14. В параграфи 165—169 от спорното решение тя разглежда довода, изложен от някои от предприятията в производството, съгласно който този картел не оказва влияние върху конкуренцията, тъй като японските и европейските производители не били конкурентни поради непреодолимите пречки за навлизане на пазара на ЕИП. В това отношение Комисията по

същество изтъква, че корейският производител Hyundai наскоро е навлязъл на европейския пазар на електрически трансформатори и че японските предприятия са отчели значителни продажби в Съединените щати. Тези предприятия не успели обаче да докажат, че пречките за навлизане на американския пазар били много различни от тези за навлизане на европейския.

15. Що се отнася до организацията на джентълменското споразумение, Комисията изтъква, че всяка група производители е трябвало да определи предприятие секретар. Тя също така установява, че споразумението за разпределяне на пазари е допълнено от второ споразумение, целящо уведомяване на секретаря на една от групите за търсене на оферти с произход от територията на другата група, и то с оглед на преразпределянето им.

16. Освен това Комисията приема, че през релевантния период предприятията са се срещали веднъж или два пъти годишно, като тези срещи са се провели в Малага от 9 до 11 юни 1999 г., в Сингапур на 29 май 2000 г., в Барселона от 29 октомври до 1 ноември 2000 г., в Лисабон на 29 и 30 май 2001 г., в Токио на 18 и 19 февруари 2002 г., във Виена на 26 и 27 септември 2002 г. (наричана по-нататък „срещата във Виена“), както и в Цюрих на 15 и 16 май 2003 г. (наричана по-нататък „срещата в Цюрих“). Според Комисията целта на тези срещи била по-специално да се потвърди джентълменското споразумение.

17. С оглед на всички тези съображения Комисията установява, че Toshiba е нарушило член 81 ЕО и член 53 от Споразумението за ЕИП. Поради това тя му налага глоба в размер на 13,2 милиона евро. TM T&D и Mitsubishi Electric не са посочени в спорното решение.

III – **Производството пред Общия съд и обжалваното съдебно решение**

18. На 23 декември 2009 г. Toshiba подава в секретариата на Общия съд жалба за отмяна на спорното решение, като изтъква четири основания. Настоящата жалба пред Съда се отнася единствено до съображенията на Общия съд в отговор на три от изтъкнатите пред него основания.

19. Във връзка с анализа на второто основание, отнасящо се по-специално до наличието на ограничение на конкуренцията, Общият съд на първо място приема, че Комисията основателно е квалифицирала джентълменското споразумение като практика, имаща за цел ограничаване на конкуренцията, и че поради това не е необходимо да се доказва антиконкурентният резултат от него.

20. На второ място, Общият съд анализира довода на Toshiba, че въпреки естеството си джентълменското споразумение не е можело да ограничи конкуренцията, тъй като японските производители не са били конкурентни на европейските предприятия на пазара на ЕИП. В това отношение този съд отбелязва, че въпросът дали даден картел е имал за своя цел предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията, следва да се разгледа не само с оглед на съдържанието на споразумението, но и на икономическия контекст, в който то се вписва, и че предвид обстоятелството, че член 101 ДФЕС закриля не само действителната, но и потенциалната конкуренция, споразумение като джентълменското е можело да ограничи конкуренцията, реална или потенциална, освен ако не са били налице непреодолими пречки за навлизане на европейския пазар, изключващи по този начин каквато и да е конкуренция от страна на японските производители.

21. За да определи дали пречките за навлизане на пазара в случая са били непреодолими, Общият съд най-напред отбелязва, че самото наличие на джентълменското споразумение може да се счита за убедителна улика за съществуването на конкурентно взаимоотношение между японските и европейските производители.

22. По-нататък, като се позовава на параграфи 91—98 от спорното решение, Общият съд установява, че японският производител Hitachi е приел проекти от европейски клиенти. Освен това той отбелязва, че в писмото от 30 март 2009 г., изпратено от Hitachi на Комисията по време на административното производство (наричано по-нататък „писмото на Hitachi“), това дружество е преразгледало твърденията си, като е заявило, че приема изводите на Комисията за съществуването и обхвата на джентълменското споразумение, както са били посочени в изложението на възраженията.

23. Във връзка с третото основание, отнасящо се наред с другото до твърдяното разграничаване на Toshiba от картела, Общият съд първо припомня, че когато дадено предприятие присъства на срещи с антиконкурентна цел, дори без да взема активно участие, и не се разграничава публично от приетото на тези срещи, като по този начин дава основание на другите предприятия да мислят, че е част от произтичащия от срещите картел, може да се приеме, че то участва във въпросния картел.

24. След това, като допуска, че наличните документи могат да породят съмнения относно участието на Toshiba в джентълменското споразумение след срещата във Виена, Общият съд приема, че тези документи не могат да докажат вече извършено от Toshiba разграничаване от споразумението по време на въпросната среща.

25. Всъщност, тъй като видно от тези документи, участващите в срещата във Виена предприятия са потвърдили незаконния картел и предвидените в него правила за уведомяване за проектите, според Общия съд от това произтичало, че страните по джентълменското споразумение, в това число Toshiba, са искали да го продължат, във всички случаи до следващата среща.

26. По отношение на доводите за участието на Toshiba в картела до срещата в Цюрих, както и за твърдяната липса на антиконкурентна цел на тази среща Общият съд приема, че те са неотносими, тъй като не могат да опровергаят извода на Комисията, че Toshiba е участвало в джентълменското споразумение до 15 май 2003 г.

27. Освен това съгласно приетото от Общия съд Toshiba не може да твърди, че е прекратило участието си в картела към момента на създаване на TM T&D. Всъщност жалбоподателят не се е разграничил публично от картела и не е уведомил останалите страни, че това съвместно предприятие няма да участва в него.

28. Що се отнася до четвъртото основание, свързано с определянето на размера на глобата, съгласно приетото от Общия съд Комисията правилно е приложила предвидената в точка 18 от Насоките от 2006 г. методология и поради това не може да се приеме, че само продажбите в Япония и ЕИП е трябвало да се вземат предвид с цел определянето на размера на глобата. В това отношение въпросният съд по същество приема, че извършеното от Комисията позоваване на световните пазарни дялове позволява да се отчете фактът, че конкурентният потенциал на въпросните предприятия в световен мащаб не е бил използван за завладяването на пазара на ЕИП.

29. Освен това според Общия съд Комисията правилно се е основала на презумпцията, че при липсата на джентълменското споразумение пазарните дялове на японските производители в ЕИП са щели да бъдат равни на притежаваните от тях на световния пазар.

30. Що се отнася по-специално до пропорционалността на глобата, Общият съд приема, че не би било подходящо да се вземат предвид действителните продажби на японските производители в ЕИП, тъй като в случая по този начин Toshiba щяло да бъде възнаградено за това, че е спазило стриктно джентълменското споразумение. Освен това Общият съд смята, че методология, при която се отчитат световните пазарни дялове, когато става въпрос за споразумение за разпределяне на пазара между конкуриращи се на световно равнище

предприятия, гарантира по-подходящото представяне на способността им да навредят сериозно на останалите оператори на европейския пазар и предоставя сведения за техния принос за ефективността на картела в неговата цялост или, обратното, за евентуално властващата нестабилност в рамките на картела, ако те не бяха взели участие в него. Накрая, Общият съд приема, че подобен подход позволява да се вземат предвид евентуалните пречки за навлизане на пазара, които може да съществуват в различните сегменти на световния пазар.

IV – **Исканията на страните и производството пред Съда**

31. Toshiba моли Съда:

— да отмени обжалваното съдебно решение в частта, в която се отхвърля искането на Toshiba за отмяна на членове 1 и 2 от спорното решение, както и да отмени последното,

— при условията на евентуалност, да върне делото на Общия съд за ново разглеждане и решаване в съответствие с указанията на Съда по тълкуването и прилагането на правото,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски, направени от Toshiba в производството пред Общия съд и в настоящото производство по обжалване.

32. В подкрепа на жалбата си Toshiba изтъква четири основания.

33. С първото основание Toshiba поддържа, че Общият съд е приложил неправилен правен критерий, като е приел японските производители на електрически трансформатори за потенциални конкуренти на пазара на ЕИП, с мотива че пречките за навлизане на пазара на ЕИП не са били непреодолими и поради самото наличие на джентълменското споразумение. Според Toshiba Общият съд е трябвало да провери дали японските производители са имали действителна конкретна възможност да навлязат на пазара на ЕИП и дали навлизането на този пазар е могло да бъде осъществима от икономическа гледна точка стратегия. При липса на потенциална конкуренция между японските и европейските производители джентълменското споразумение не можело да наруши член 81 ЕО и Комисията нямала правомощие да се произнесе по случая. Поради това обжалваните съдебно решение и решение на Комисията трябвало да бъдат отменени в частта относно Toshiba.

34. С второто основание Toshiba твърди, че Общият съд е изопачил съдържанието на писмо, в което друга страна в производството (а именно Hitachi) е заявила намерението си да не оспорва изводите на Комисията. Според последната това писмо замества предходните изявления на предприятието, че не е извършвало продажби на пазара на ЕИП. Според Toshiba това било изопачаване на доказателствата, въз основа на които Общият съд приел, че пречките за навлизане на пазара на ЕИП не са били непреодолими.

35. С третото основание Toshiba поддържа, че като е приел за „неотносимо“ възражението му, че не е участвало в срещата в Цюрих, Общият съд е изложил противоречиви мотиви и е приложил неправилен правен критерий за публично разграничаване, като по този начин е нарушил принципа на личната отговорност. Поради това обжалваните съдебно решение и решение на Комисията трябвало да бъдат отменени в частта, в която се заключава, че Toshiba е продължило да участва в джентълменското споразумение до май 2003 г.

36. Накрая, с четвъртото си основание Toshiba твърди, че Общият съд е тълкувал неправилно точка 18 от Насоките от 2006 г. относно метода за определяне на размера на глобите, използвайки общите пазарни дялове за представяне на ролята му в нарушението.

37. От своя страна Комисията моли Съда да отхвърли жалбата и да осъди Toshiba да заплати направените в производството съдебни разноски.

V – **Анализ**

A – *По първото основание: грешки при прилагане на правото по отношение на понятието за ограничение на конкуренцията с оглед на целта*

38. С първото си основание Toshiba поддържа, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е квалифицирал джентълменското споразумение като ограничение на конкуренцията с оглед на целта. Според Toshiba, за да направи тази констатация, Общият съд е трябвало да провери дали евентуалното навлизане на пазара на ЕИП представлява за японските производители осъществима от икономическа гледна точка стратегия. Този съд обаче се ограничил до това да установи, че страните е можело да се считат за потенциални конкурентни, от една страна, поради липсата на непреодолими пречки за навлизането на въпросния пазар, и от друга, поради самия факт, че е налице джентълменското споразумение.

39. Ето защо с това основание по същество и още веднъж се поставя въпросът за определението за ограничение на конкуренцията с оглед на целта и за процесуалните му последици от гледна точка на доказването.

1. Общи и предварителни бележки по определението за ограничение на конкуренцията с оглед на целта

40. За да попада в обхвата на предвидената в член 101, параграф 1 ДФЕС забрана, дадено споразумение, решение на сдружение на предприятия или съгласувана практика трябва да има „за своя цел или резултат предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар“.

41. Следователно разграничението между ограничение на конкуренцията с оглед на целта и такова с оглед на резултата произтича от Договора. Налага се изводът, че без да е ново, това различие стои в основата на множество дела, получили критичен отзвук в доктрината през последните години[3].

42. Несъмнено е добре да се поясни съдебната практика в това отношение.

a) Съдебната практика относно разграничението между ограничение на конкуренцията с оглед на целта и такова с оглед на резултата

43. Фактът, че условието по член 101, параграф 1 ДФЕС за наличие на споразумение или съгласувана практика, имащи „за своя цел или резултат“ ограничаването на конкуренцията, е алтернативно предвидено, се утвърждава от Съда от средата на шейсетте години с решение LTM (56/65, EU:C:1966:38) и оттогава непрестанно е потвърждаван[4].

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

4 — Решения Beef Industry Development Society и Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, т. 15), T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 28) и GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 55).

44. От самото начало Съдът уточнява, че не кумулативният, а алтернативният характер на това условие, указан със съюза „или“, води до необходимостта на първо място да се разгледа самата цел на споразумението, като се има предвид икономическият контекст, в който то трябва да се прилага [5].

45. Всъщност резултатът от споразумението следва да се разгледа само в хипотезата при условията на евентуалност, в която анализът на клаузите му не показва наличие в достатъчна степен на засягане на конкуренцията. В този случай, за да бъде то забранено, се изисква да са налице обстоятелства, установяващи, че в действителност конкуренцията е била в значителна степен или предотвратена, или ограничена, или нарушена [6].

46. Следователно отчитането на конкретните резултати от споразумението е излишно, щом като е ясно, че то има за цел предотвратяването, ограничаването или нарушаването на конкуренцията в рамките на вътрешния пазар [7]. С други думи, не е необходимо да се разглеждат резултатите от дадено споразумение, след като е установена неговата антиконкурентна цел [8].

47. За да се прецени антиконкурентният характер на дадено споразумение, следва да се разгледат по-конкретно съдържанието на разпоредбите му, целите, които то се стреми да постигне, както и икономическият и правен контекст, в който то се вписва [9]. Освен това, макар намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на дадена съгласувана практика или споразумение, нищо не забранява на Комисията или на юрисдикциите на Съюза да го вземат предвид [10].

48. Освен това е достатъчно споразумението да *може* да доведе до отрицателни резултати за конкуренцията, с други думи — с оглед на правния и икономически контекст, в който то се вписва — да е в състояние конкретно да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията в рамките на общия пазар [11]. Както подчертава генералният адвокат Wahl в заключението си по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), макар „по-стандартните съображения, до които води използването на понятието за ограничаване с оглед на целта, [да] предполагат подробно и индивидуално изследване на спорното споразумение, [то] трябва да се различава ясно от изследването на действителните или на потенциалните последици от оспореното поведение на предприятията“ [12].

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

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

7 — Решения Consten и Grundig/Комисия (56/64 и 58/64, EU:C:1966:41), Beef Industry Development Society и Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, т. 16) и T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 29).

8 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 30), GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 55) и Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 34).

9 — Решение GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 58). По отношение на съгласувана практика вж. също решение T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 27).

10 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 27), GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 58), Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 37) и CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 54).

11 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 31) и Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 38).

12 — Точка 40. Вж. също точка 44.

49. Всъщност това разграничение между „ограничения с оглед на целта“ и „ограничения с оглед на резултата“ се основава на констатацията, че определени форми на тайно договаряне между предприятията могат да бъдат разглеждани като увреждащи по самото си естество доброто функциониране на нормалната конкуренция [13].

50. Следователно „безспорно е, че за някои тайни действия, като тези, които водят до хоризонтално ценообразуване от картелите, може да се счита, че е възможно да имат негативни последици по-специално върху цената, количеството или качеството на продуктите и услугите, до такава степен, че не е необходимо за целите на прилагането на член [101, параграф 1 ДФЕС] да се доказват техните конкретни последици върху пазара“ [14]. „Ако обаче анализът на съдържанието на даден вид съгласуване между предприятия не показва наличие в достатъчна степен на засягане на конкуренцията, трябва да се разгледа неговият резултат, като за установяване на неговата забрана е необходимо да са налице обстоятелства, установяващи, че всъщност конкуренцията е била в значителна степен или предотвратена, или ограничена, или нарушена“ [15].

51. Не би било никак преувеличено тази съдебна практика да се определи като постоянна.

52. При все това в едно от най-новите решения сред цитираните по-горе — решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160), Съдът добавя няколко аспекта, които да се вземат предвид при преценката на икономическия и правния контекст, затрудняващи последствията за доказването от разграничението между „ограничение с оглед на целта“ и „ограничение с оглед на резултата“.

53. Всъщност според Съда „[п]ри преценката на този контекст следва също така да се взем[ат] под внимание естеството на засегнатите стоки или услуги, както и реалните условия на функционирането и на структурата на съответния пазар или пазари“ [16]. Това конкретно означава, че юрисдикцията, която следва да прецени риска от премахване или сериозно отслабване на конкуренцията на посочения пазар, „ще трябва по-специално да вземе под внимание структурата [му], наличието на алтернативни канали за дистрибуция и съответното им значение, както и пазарната мощ на съответните дружества“ [17].

54. В това отношение споделям констатацията на генералния адвокат Wahl в заключението му по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), че тази насока в съдебната практика изглежда „[е] придал[а] деликатен характер на необходимото разграничаване между изследването на антиконкурентната цел и анализа на последиците от споразуменията между предприятията за конкуренцията“ [18]. Също като него считам, че „демаркационната линия между понятията за ограничаване с оглед на целта и с оглед на резултата [не може да бъде размита и че] използването на това понятие трябва да бъде уредено по-ясно“ [19]. Струва ми се, че настоящата жалба предлага на Съда нова възможност да поясни съдебната си практика; на това ще се върна, след като представя предимствата на такова разграничение и необходимостта от него.

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

14 — Решение CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 51).

15 — Пак там (т. 52).

16 — Решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 36).

17 — Пак там (т. 48).

18 — Точка 46.

19 — Точка 52. Струва ми се, че Съдът не е направил изрично това пояснение в решение CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:220).

б) Ползата от разграничението между ограничение на конкуренцията с оглед на целта и такова с оглед на резултата

55. Не се оспорва фактът, че условието по член 101, параграф 1 ДФЕС за наличие на споразумение или съгласувана практика, имащи „за своя цел или резултат“ ограничаването на конкуренцията, е предвидено алтернативно.

56. Ползата от това разграничение е свързана с доказването: при ограничение с оглед на целта не се изисква доказване на действителния или потенциалния антиконкурентен резултат, за да се активира механизмът за несъвместимост [20]. Всъщност установяването на антиконкурентна цел е достатъчно за квалифициране като ограничение на конкуренцията, а оттам и за осъждане [21]. Ако антиконкурентната цел на предвиденото споразумение (или съгласувана практика) се докаже, разследването може да бъде прекратено, тъй като нарушението е доказано, без да се налага да бъде доказван действителният или потенциалният резултат от това споразумение (или съгласувана практика) за конкуренцията [22].

57. Според някои автори за ограниченията с оглед на целта съществува „презумпция“ за незаконосъобразност [23]. Употребата на това понятие обаче поражда объркване. Както генералният адвокат Kokott съвсем ясно обяснява в заключението си по дело T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:110), забраната на ограниченията на конкуренцията с оглед на целта не може да се разбира „в смисъл, че наличието на антиконкурентна цел води само до възникването на един вид презумпция за незаконосъобразност, която обаче може да бъде оборена, когато в конкретния случай не е възможно да се докаже настъпването на отрицателни резултати за функционирането на пазара. Подобно тълкуване всъщност би довело до недопустимо смесване на двете самостоятелни, алтернативни хипотези по член [101], параграф 1 [ДФЕС]: забраната на тайното договаряне с антиконкурентна *цел*, от една страна, и забраната на тайното договаряне с антиконкурентен *резултат*, от друга“ [24].

58. Предимствата на тази двойственост са известни. Разглеждано от представената по-горе процесуална гледна точка, прибягването до понятието за антиконкурентна цел „несъмнено е *източник на предвидимост* и следователно *на правна сигурност* за предприятията, доколкото им дава възможност да се запознаят с правните последици (по-специално в смисъл на забрани и санкции), до които водят някои от техните действия […]. По този начин установяването на споразумения с цел ограничаване на конкуренцията има освен това и *възпиращ ефект* и допринася за предотвратяване на антиконкурентното поведение. Накрая, то е *източник на*

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

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

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

23 — *Lemaire*, Chr. New frontiers of antitrust 2012, Bruylant, Bruxelles, 8/2013; *Petit*, N. Droit européen de la concurrence. Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 594/2013; *Bourgeois*, J.H.J. On the Internal Morality of EU Competition Law. — In: Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 347—374, p. 350; *Waelbroeck*, D. et *Slater*, D. The scope of object vs effect under article 101 TFEU. — In: *Bourgeois*, J. et *Waelbroeck*, D. (ed.), Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives, Bruylant, 2013, p. 131—157, p. 135 et 137. В този смисъл вж. също заключението на генералния адвокат Cruz Villalón по дело Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2012:663, т. 64).

24 — Точка 45.

процесуална икономия, тъй като дава възможност на органите в областта на конкуренцията при наличието на някои форми на тайни съглашения да направят извод за антиконкурентното им въздействие, без да се налага да прибягват до изследване, понякога сложно и трудоемко, на техните потенциални или действителни резултати на съответния пазар“ [25].

59. Както обаче уточнява генералният адвокат Wahl по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 36), тези предимства се проявяват и обосновават само ако понятието за ограничаване с оглед на целта е ясно очертано. Всъщност, и в това отношение споделям гледната точка, изразена от генералния адвокат Kokott в заключението ѝ по дело T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:110), от една страна, понятието за споразумение или съгласувана практика с антиконкурентна цел не може да се тълкува твърде разширително, като се имат предвид тежките последици за съответните предприятия в случай на нарушение на член 101, параграф 1 ДФЕС, но от друга страна, също толкова недопустимо е и твърде стеснителното тълкуване на това понятие, за да се избегне опасността чрез тълкуването да се обезсмисли закрепената в първичното право забрана на ограниченията на конкуренцията с оглед на целта [26].

60. В това отношение трябва да се признае, че за решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160) се приема, че може, ако не да премахне, то поне да размие разграничението между ограничението с оглед на целта и това с оглед на резултата [27], при все че е наложително да има ясно определение за ограничение с оглед на целта и за критериите, необходими за неговото установяване [28].

61. Всъщност, както бе посочено по-горе, в това решение Съдът прави за отправилата му преюдициален въпрос национална юрисдикция уточнението, че в рамките на преценката на икономическия и правния контекст тя трябва „по-специално да вземе под внимание структурата на [пазара], наличието на алтернативни канали за дистрибуция и съответното им значение, както и пазарната мощ на съответните дружества“ [29].

62. Все пак считам, че е възможно да се съвмести постоянната практика на Съда, припомнена по-горе, с посоченото решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160).

25 — Заключение на генералния адвокат Wahl по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 35, курсивът е мой). Както изтъкват *Geradin*, D., *Layne-Farrar*, A. и *Petit*, N., „In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny“ (*Geradin*, D., *Layne-Farrar*, A. et *Petit*, N. EU competition law and economics. Oxford University Press, 3-118/2012, p. 136). Относно това предимство вж. също *Nagy*, C. I. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? — World Competition, 4/2013, p. 541—564, p. 545, и *Graham*, C. Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária. — EL Rev., 2013 (38), p. 542—551, p. 547.

26 — Заключение на генералния адвокат Kokott по дело T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:110, т. 44).

27 — По отношение на посоченото дело Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160): „[м]отивите на Съда изглежда *размиват* разграничението между двете квалификации. Прекомерната усложненост поражда опасността не само да се накърни възможността на предприятията да разбират, но и да се накърни практиката при вземане на решения на органите в областта на конкуренцията и националните юрисдикции. *Подобно разширяване на ограничението с оглед на целта е източник на объркване*. То може да доведе до изчезването de facto на това ограничение, което би било триумф за подхода, основан на отчитането на резултата“. [свободен превод] (*Prieto*, C. et *Bosco*, D. Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante. Bruylant, Брюксел, 582/2013; курсивът е мой); „the Court of Justice seems propose a new approach which would *blur* the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition“. (*Graham*, C. Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on Allianz Hungária. — EL Rev., 2013 (38), p. 542—551, p. 542, Abstract; курсивът е мой); „the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungária* would seem to *blur* this distinction“ (*Nagy*, C. I. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? — World Competition, 4/2013, p. 541—564, p. 547; курсивът е мой).

28 — Вж. в този смисъл *Lemaire*, Chr. New frontiers of antitrust 2012. Bruylant, Bruxelles, 66/2013: „Since the effect category can be deduced from the object one, *it is crucial* to have a clear definition of what is anticompetitive by object“ (курсивът е мой).

29 — Решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 48).

в) Критериите, необходими за определянето на ограничение на конкуренцията „с оглед на целта“

63. Както припомних в рамките на анализа на релевантната съдебна практика, не е необходимо да се разглеждат резултатите от дадено споразумение за конкуренцията, след като е установена неговата антиконкурентна цел [30]. За сметка на това и следователно е наложително да се определи антиконкурентната цел на въпросното споразумение.

64. За установяването на антиконкурентната цел намерението на страните не представлява необходим елемент, но при нужда той може да бъде взет предвид [31]. За сметка на това следва да се разгледат съдържанието на разпоредбите на споразумението, целите, които се стреми да постигне, както и икономическият и правен контекст, в който то се вписва [32].

65. Всъщност, макар антиконкурентните резултати да не трябва да се доказват в случай на ограничение на конкуренцията с оглед на целта, все пак въпросното ограничение трябва очевидно да може да окаже минимално въздействие върху пазара [33].

66. С други думи, ако се използва формулировката на генералния адвокат Wahl в заключението му по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 41), изследването на въпроса дали даден договор има ограничаваща цел не може да се осъществява *без връзка* с икономическия и правен контекст, с оглед на който страните са го сключили [34].

67. Икономическият и правен контекст се отчита, за да помогне на органа, компетентен да разгледа твърдяното ограничение с оглед на целта, да *разбере* икономическата функция и действителното значение на споразумението [35].

68. Както посочва генералният адвокат Kokott в заключението си по дело T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:110, т. 46), отчитането на икономическия и правен контекст следователно означава, че спорното споразумение трябва просто да бъде в състояние *конкретно* да предотврати, ограничи или наруши конкуренцията в рамките на общия пазар.

30 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 30), GlaxoSmithKline Services др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 55) и Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 34).

31 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 27), GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 58), Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 37) и CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 54).

32 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 27, по повод на съгласувана практика) и GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 58).

33 — „[…] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. […] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction“ (*Whish*, R. et *Bailey*, D. Competition law. 7. ed., Oxford University Press, 2012, p. 120). В този смисъл вж. също заключението на генералния адвокат Mazák по дело Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): „макар определени форми на споразумения предвид предишния опит на пръв поглед да изглеждат нарушения с оглед на целта, това не освобождава Комисията или националния орган по конкуренцията от задължението за извършване на самостоятелна преценка на дадено споразумение. Смятам, че тази преценка може доста да се съкрати в някои случаи (например, когато има ясно доказателство за хоризонтално споразумение, чиято цел е контрол на производството, за да се поддържа определено равнище на цените), но все пак не може да има пълно освобождаване от задължението да се направи такава оценка“ (точка 27).

34 — За да онагледи изложението си, генералният адвокат Wahl привежда красноречив пример, а именно този за „нарушение, за което с оглед на натрупания опит се предполага, че предизвиква най-сериозно ограничаване на конкуренцията, хоризонталното споразумение за цената на дадена стока. Макар и да се приема [обаче], че такова споразумение по принцип съдържа в себе си висока степен на вредност за конкуренцията, този извод не се прилага, в случай например че съответните предприятия държат незначителна част от съответния пазар“ (заключение на генералния адвокат Wahl по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 42). В този смисъл вж. също *Waelbroeck*, D. et *Slater*, D. The scope of object vs effect under article 101 TFEU. — In: *Bourgeois*, J. et *Waelbroeck*, D. (ed.), Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives, Bruylant, 2013, p. 131—157, p. 135 et 146.

35 — Вж. в този смисъл *Nagy*, C. I. The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis? — World Competition, 4/2013, p. 541—564, p. 558.

69. Всъщност не следва да се забравя, че предимството от гледна точка на предвидимост и облекчаване на тежестта на доказване, произтичащо от установяването на ограничителните с оглед на целта споразумения, би „[изгубило] своя смисъл, ако в крайна сметка зависи от обстойно изследване на последиците на споразумението за конкуренцията, което далеч надхвърля подробното проучване на споразумението“ [36].

70. Един изкуствен подход обаче може да бъде обоснован само по отношение на поведение — като тук отново ще използвам формулировка на генералния адвокат Wahl — за което е присъщ *риск от особено сериозно засягане* [37], тоест на ограничения, за които е присъща определена степен на вредност [38].

71. Този подход освен това е в съответствие с практиката на Съда, съгласно която „основният правен критерий за определяне дали съгласуване между предприятия съдържа подобно ограничаване на конкуренцията „с оглед на целта“ се състои в констатацията, че подобно съгласуване само по себе си засяга в достатъчна степен конкуренцията“ [39].

72. По-конкретно считам, че натрупаният от повече от шестдесет години опит вече позволява да се приеме, че предвидените в член 101, параграф 1 ДФЕС хипотези отговарят на изискването за присъща вредност.

73. Възприемането на изброяването в тази разпоредба като „*твърдото ядро*“ на ограниченията на конкуренцията с оглед на целта [40] отговаря на двойното изискване, произтичащо от практиката на Съда, което, от една страна, налага видовете споразумения, разглеждани в член 101, параграф 1 ДФЕС, да не представляват изчерпателен списък на забранените тайни споразумения [41], като от друга страна същевременно уточнява, че понятието за ограничение на конкуренцията с оглед на целта не може да се тълкува разширително [42].

74. Всъщност по отношение на изрично посочените в член 101, параграф 1 ДФЕС споразумения не следва да се прави отклонение от постоянната практика на Съда, съгласно която съществуването на правдоподобно алтернативно обяснение на инкриминираните поведения (в случая — липсата на какъвто и да е търговски интерес) не трябва да води до поставяне на по-строги изисквания по отношение на доказателствата [43]. Обратното, макар да не е изключено други видове споразумения, нетипични или сложни, да могат да имат за цел предотвратяване, ограничаване или нарушаване на конкуренцията, забраната им изисква по-задълбочен анализ на икономическия и правен контекст, в които те се вписват, без обаче този анализ да се разпростира до разглеждане на резултатите от споразумението.

75. Постановените неотдавна решения Siemens и др./Комисия (C-239/11 P, C-489/11 P и C-498/11 P, EU:C:2013:866) и Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160) не са противоречиви и могат да се впишат в предлаганата от мен рамка.

36 — Заключение на генералния адвокат Wahl по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 60).

37 — Заключение на генералния адвокат Wahl по дело CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, т. 55).

38 — Пак там (т. 58).

39 — Решение CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 57).

40 — Това в известен смисъл е схващането за „object box“, защитавано от някои автори.

41 — Решение Beef Industry Development Society и Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643, т. 23).

42 — Решение CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 58). Стриктното тълкуване на ограниченията с оглед на целта е присъщо за „презумпцията“ за незаконосъобразност, до която те водят: „The finding of ‘*restriction by object*’ must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence“ (*Waelbroeck*, D. et *Slater*, D. The scope of object vs effect under article 101 TFEU. — In: *Bourgeois*, J. et *Waelbroeck*, D. (ed.), Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives, Bruylant, 2013, p. 131—157, p. 156).

43 — Решение Sumitomo Metal Industries и Nippon Steel/Комисия (C-403/04 P и C-405/04 P, EU:C:2007:52, т. 45).

76. В първото от тези решения Съдът по-специално е приканен да разгледа прилагането от Общия съд на принципите, уреждащи тежестта и събирането на доказателства в областта на ограниченията на конкуренцията с оглед на целта. Поради това даденото от него решение е напълно релевантно за настоящия проблем. Съдът не само приема, че „споразуменията за разпределяне на пазарите сами по себе си имат за цел ограничаване на конкуренцията *и спадат към категория споразумения, изрично забранена с член 101, параграф 1 ДФЕС*“ [44], но освен това заключава, че „[т]ази цел не може да бъде оправдана чрез анализ на икономическия контекст, в който се вписва антиконкурентното поведение“ [45].

77. За сметка на това във второто от тези две решения Съдът е изправен пред положение, което бих квалифицирал като нетипично и което при всички положения не попада в нито една от категориите по член 101, параграф 1 ДФЕС. Тази особеност обяснява внесените от Съда две уточнения относно анализа на икономическия и правен контекст.

78. Съдът най-напред посочва, че при преценката на този контекст следва „да се вземе под внимание естеството на засегнатите стоки или услуги, както и реалните условия на функционирането и на структурата на съответния пазар или пазари“ [46].

79. По-нататък, на вниманието на националната юрисдикция, отправила към него преюдициален въпрос, Съдът добавя, че за да прецени риска от премахване или сериозно отслабване на конкуренцията, тя трябва да вземе под внимание структурата на посочения пазар, но също така „наличието на алтернативни канали за дистрибуция и съответното им значение, както и пазарната мощ на съответните дружества“ [47].

80. Според мен формулирането на тези допълнителни критерии, които се доближават до анализа на резултатите от споразумение или картел, се обяснява единствено със спецификата на обстоятелствата в основата на преюдициалното запитване и с желанието на Съда да даде на запитващата юрисдикция възможно най-изчерпателен отговор.

81. Всъщност в това дело става въпрос за поредица от двустранни споразумения, по силата на които дружества за автомобилно застраховане са постигнали съгласие било с дистрибутори на автомобили, действащи като сервизи за ремонт, било със сдружение, което ги представлява, относно цената на час, която застрахователното дружество следва да заплаща за ремонта на застраховани от него автомобили, като са предвиждали, че тази цена зависи включително от броя и дела застрахователни договори, които дистрибуторът е реализирал в качеството си на посредник в полза на това дружество [48].

82. Поради това въпросните дистрибутори са били двояко обвързани със застрахователите. От една страна, при настъпването на застрахователно събитие те са ремонтирали застрахованите автомобили за сметка на застрахователите и от друга страна, са действали като техни посредници, предлагайки на клиентите си при продажба или ремонт на автомобили, в качеството си на довереници на собствените си застрахователни брокери или на съдружници на застрахователен брокер, договори за автомобилна застраховка.

44 — Решение Siemens и др./Комисия (C-239/11 P, C-489/11 P и C-498/11 P, EU:C:2013:866, т. 218). Курсивът е мой.

45 — Пак там.

46 — Решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 36).

47 — Пак там (т. 48).

48 — Тази специфика се изразява във факта, че унгарските дистрибутори имат възможността да действат като посредници или брокери на автомобилни застраховки за сметка на клиентите си във връзка с продажбата или ремонта на автомобили.

83. Следователно, разглеждано поотделно, всяко от тези споразумения само по себе си не е увреждало доброто функциониране на нормалната конкуренция на релевантния пазар (от една страна, пазара на ремонт на автомобили, по отношение на които е настъпило застрахователно събитие, и от друга — този на възнаграждението за дейността като застрахователен брокер на автомобилни застраховки). При съвместния им и цялостен анализ обаче не е било изключено тези споразумения да оказват подобно въздействие.

84. Поради това особените аспекти в преценката, посочени в точка 48 от решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160) — а именно отчитането на наличието на алтернативни канали за дистрибуция, съответното им значение, както и пазарната мощ на съответните дружества — са специфични за това дело и не могат да бъдат генерализирани, тъй като в противен случай е възможно да породят объркване между ограниченията с оглед на целта и тези с оглед на резултата.

85. Последващата това решение съдебна практика потвърждава специфичния и единичен характер на решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160).

86. Всъщност Съдът е продължил да припомня, че за да се прецени дали определено споразумение между предприятия или решение на сдружение на предприятия засяга в достатъчна степен конкуренцията, следва да се разгледат съдържанието на неговите разпоредби, целите, които то се стреми да постигне, както и икономическият и правният контекст, в който то се вписва. Макар обаче по повод на преценката на този контекст да изглежда, че Съдът възпроизвежда някои от тези фактори, посочени за първи път в решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160), като се позовава на естеството на засегнатите стоки или услуги, както и на реалните условия на функционирането и на структурата на съответния пазар или пазари[49], той не добавя вече задълбочените критерии, присъщи за случая в основата на въпросното решение.

г) Опит за обобщение във връзка с преценката на хипотезите на ограничение на конкуренцията с оглед на целта

87. След тези общи и предварителни бележки относно определението за ограничение на конкуренцията с оглед на целта разграничавам две хипотези.

88. Принципът е един и същ и в двата случая: за да се прецени дали определено споразумение между предприятия (или решение на сдружение на предприятия) по своето естество засяга в достатъчна степен конкуренцията, за да се счита за ограничение на конкуренцията „по своята цел“ по смисъла на член 101, параграф 1 ДФЕС, следва да се разгледат съдържанието на неговите разпоредби, неговият предмет, тоест целите, които се стреми да постигне, както и икономическият и правният контекст, в който се вписва. Този принцип се прилага mutatis mutandis и по отношение на съгласуваните практики.

89. Ако вследствие на този анализ се стигне до утвърдителен отговор и споразумението, решението на сдружение на предприятия или съгласуваната практика са част от изрично предвидена в член 101, параграф 1 ДФЕС категория, анализът на икономическия и правния контекст може да се извърши като второстепенен.

49 — Става въпрос за критериите, посочени в точка 36 от решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 36) и след това възпроизведени в решения CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 53) и Dole Food и Dole Fresh Fruit Europe/Комисия (C-286/13 P, EU:C:2015:184, т. 117). Вж. също заключението на генералния адвокат Kokott по съединени дела Fresh Del Monte Produce/Комисия и Комисия/Fresh Del Monte Produce (C-293/13 P и C-294/13 P, EU:C:2014:2439, т. 209), както и това на генералния адвокат Wahl по дело ING Pensii (C-172/14, EU:C:2015:272, т. 41).

90. За сметка на това, ако от същия този анализ произтече, че споразумението, решението на сдружение на предприятия или съгласуваната практика не попадат в една от посочените в член 101, параграф 1 ДФЕС хипотези или са с характеристики, които правят съответното споразумение, решение или практика нетипични или сложни, анализът на икономическия и правния контекст трябва да бъде по-задълбочен.

91. В последната хипотеза при преценката на икономическия и правния контекст могат да се вземат предвид и естеството на засегнатите стоки или услуги и реалните условия на функционирането и на структурата на съответния пазар или пазари, както и в извънредни случаи, допълнителните характеристики, упоменати в т. 48 от решение Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160). Освен това, макар намерението на страните да не представлява необходим елемент за установяване на ограничителния характер на дадено споразумение, решение на сдружение на предприятия или съгласувана практика, нищо не забранява то да бъде взето предвид [50].

2. По преценката за наличие на ограничение с оглед на целта в конкретния случай

92. С първото си основание Toshiba поддържа, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че „споразумение като джентълменското, имащо за цел да закриля европейските производители на тяхната територия от действителна или потенциална конкуренция на японските производители, може да ограничи конкуренцията, освен ако не са налице непреодолими пречки за навлизането на европейския пазар, които изключват каквато и да е потенциална конкуренция от страна на японските производители“ [51].

93. Според Toshiba Общият съд е трябвало да провери дали японските производители са имали действителна конкретна възможност да навлязат на пазара и дали навлизането на този пазар е било осъществима от икономическа гледна точка стратегия. Този съд погрешно се ограничил до това да провери дали пречките за навлизането на пазара са били непреодолими и заключил, че „Комисията поради това е могла само да докаже, че пречките за навлизането на европейския пазар не са били непреодолими“ [52].

94. Освен това Общият съд допуснал грешка при прилагане на правото и като се основал на наличието на джентълменското споразумение, за да докаже съществуването на конкурентно взаимоотношение между японските и европейските производители, доколкото постановил, че „самото наличие на джентълменското споразумение представлява убедителна улика за съществуването на конкурентно взаимоотношение между японските и европейските производители“ [53].

95. Следователно Toshiba отправя критики по същество към отговора на Общия съд на изложения пред него довод, че Комисията не е извършила подробен икономически анализ на положението.

50 — Решения T-Mobile Netherlands и др. (C-8/08, EU:C:2009:343, т. 27), GlaxoSmithKline Services и др./Комисия и др. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P и C-519/06 P, EU:C:2009:610, т. 58), Allianz Hungária Biztosító и др. (C-32/11, EU:C:2013:160, т. 37) и CB/Комисия (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, т. 54).

51 — Точка 230 от обжалваното съдебно решение.

52 — Пак там.

53 — Точка 231 от обжалваното съдебно решение.

96. В това отношение обаче трябва да се установи, че преди критикуваните точки Общият съд е посочил:

— от една страна, че член 81, параграф 1 ЕО забранява картелите, имащи за своя цел или резултат ограничаването на конкуренцията, и че поради това не е било необходимо да се доказват конкретните резултати от картел, когато целта му е да ограничи конкуренцията (т. 227 от обжалваното съдено решение), и

— от друга страна, че Комисията „правилно [е приела], че като споразумение за разпределяне на пазар, джентълменското споразумение е трябвало да бъде квалифицирано като ограничение с оглед на целта“ (т. 228 от обжалваното съдебно решение), както и че поради това „тя основателно е установила […] липсата на задължение да докаже съществуването на антиконкурентни резултати“ (т. 228 от обжалваното съдебно решение).

97. Този анализ ми се струва изцяло в съответствие с изложения от мен по-горе подход.

98. Всъщност, тъй като с джентълменското споразумение се утвърждава неформален картел, съгласно който европейските и японските производители са се договорили да се въздържат от осъществяването на продажби на съответните територии на двете групи, квалифицирането му като ограничение с оглед на целта е в съответствие с общото схващане за този вид споразумения или картели [54].

99. Следователно съгласно последиците за доказването и обхвата на контрола, свързани с установяването на ограничение на конкуренцията с оглед на целта, Общият съд основателно е приел, че „споразумение като джентълменското, имащо за цел да закриля европейските производители на тяхната територия от действителна или потенциална конкуренция на японските производители, може да ограничи конкуренцията, освен ако не са налице непреодолими пречки за навлизането на европейския пазар, които изключват каквато и да е потенциална конкуренция от страна на японските производители, [и че] Комисията поради това е могла само да докаже, че пречките за навлизането на европейския пазар не са били непреодолими“ [55] — нещо, което тя е направила, като се е позовала на проникването на японски производител на този пазар.

100. Също така Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като самият той е приел джентълменското споразумение за „убедителна улика за съществуването на конкурентно взаимоотношение между японските и европейските производители“ [56], както и впрочем за това, че пречките за навлизането на европейския пазар не са непреодолими. Всъщност джентълменското споразумение само по себе си е елемент от релевантния икономически и правен контекст.

54 — Член 101, параграф 1, буква в) изрично предвижда решенията или практиките, които „осъществяват подялба на пазари или на доставчици“. Вж. също *Geradin*, D., *Layne-Farrar*, A. et *Petit*, N. EU competition law and economics. Oxford University Press, 3-114/2012, p. 135 и *Whish*, R. et *Bailey*, D. Competition law, 7. ed., Oxford University Press, 2012, p. 122; *Lemaire*, Chr. New frontiers of antitrust 2012. Bruylant, Bruxelles, 68/2013; *Bourgeois*, J.H.J. On the Internal Morality of EU Competition Law. — In: Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 347—374, p. 351; *Harrison*, D. The Allianz Hungária case. The ECJ's judgment could have ugly consequences. — Competition Law Insight., 2013, vol. 12, p. 10—12, p. 10.

55 — Точка 230 от обжалваното съдебно решение.

56 — Точка 231 от обжалваното съдебно решение.

101. Да се изисква от Общия съд да провери „дали японските производители са имали действителна конкретна възможност да навлязат на пазара и дали навлизането на този пазар е било осъществима от икономическа гледна точка стратегия“, както поддържа Toshiba в подкрепа на първото си основание, би довело до поставянето на по-строги изисквания за доказателствата, които трябва да бъдат представени. Подобно изискване обаче би било в противоречие с практиката на Съда [57] и с предложената в общите и предварителни бележки рамка.

102. Поради това следва да се направи изводът, че не е налице първото основание.

Б – *По второто основание: изопачаване на доказателствата, въз основа на които Общият съд приема, че пречките за навлизане на пазара на ЕИП не са били непреодолими*

103. За да докаже, че евентуалните пречки за навлизането на европейския пазар не са били непреодолими, Общият съд се основава не само на наличието на джентълменското споразумение, но и на факта, че едно от участващите в него японски предприятия е приело проекти от установени в Европа клиенти.

104. За сметка на това Toshiba поддържа, че в отговора си на искането за сведения от 28 февруари 2008 г. и по време на изслушването предприятието Hitachi е посочило, че не е продавало електрически трансформатори в Съюза или в ЕИП през периода от 2001 г. до 2003 г. По отношение на това твърдение Общият съд прима следното: „в този контекст следва да се припомни, че на по-късен етап, в писмото си от 30 март 2009 г., Hitachi преразглежда тези твърдения и заявява, че приема изводите на Комисията за наличието и обхвата на джентълменското споразумение, както са били посочени в изложението на възраженията“ [58].

105. Toshiba счита, че по този начин Общият съд е изопачил съдържанието на писмото на Hitachi и го е тълкувал превратно.

106. Съгласно постоянната съдебна практика от член 256 ДФЕС и член 58, първа алинея от Статута на Съда на Европейския съюз следва, че обжалването се ограничава само до правни въпроси и поради това единствено Общият съд е компетентен да установява и преценява фактите освен в случаите, когато неточността на фактическите му констатации следва от представените пред него материали по делото. С други думи, освен в случай на изопачаване на представените пред Общия съд доказателства, преценката на фактите не представлява правен въпрос, който в това си качество подлежи на контрол от Съда [59].

107. Твърдяното изопачаване на фактите трябва ясно да личи от доказателствата по делото, без да е необходимо да се прибягва до нова преценка на фактическите обстоятелства и на доказателствата [60].

57 — Решение Sumitomo Metal Industries и Nippon Steel/Комисия (C-403/04 P и C-405/04 P, EU:C:2007:52, т. 45).

58 — Точка 233 от обжалваното съдебно решение.

59 — В този смисъл вж. по-специално решения Wunenburger/Комисия (C-362/05 P, EU:C:2007:322, т. 66), YKK и др./Комисия (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, т. 44) и Marktgemeinde Straßwalchen и др. (C-531/13, EU:C:2015:79, т. 38).

60 — В този смисъл вж. по-специално решения Wunenburger/Комисия (C-362/05 P, EU:C:2007:322, т. 67), YKK и др./Комисия (C-408/12 P, EU:C:2014:2153, т. 44) и Marktgemeinde Straßwalchen и др. (C-531/13, EU:C:2015:79, т. 39).

108. От анализа на писмото на Hitachi обаче не е видно, че Общият съд е изопачил фактите. Всъщност в това писмо изрично се посочва, че Hitachi приема изводите за наличието и обхвата на джентълменското споразумение, както са били посочени в изложението на възраженията. От самия отговор на Toshiba на последното обаче е видно, че въпросът за приемането на три договора от Hitachi на европейския пазар вече е бил изтъкнат от Комисията в посоченото изложение на възраженията [61].

109. Следователно Общият съд е имал основание в точки 232—234 от обжалваното съдебно решение да констатира — като при това не е изопачил изложените в писмото на Hitachi факти — че на по-късен етап от отговора на това предприятие на искането на Комисията за сведения от 28 февруари 2008 г. и по време на изслушването то е преразгледало твърденията си и е заявило, че приема изводите на Комисията за наличието и обхвата на джентълменското споразумение, както са били посочени в изложението на възраженията.

110. Освен това бих искал да отбележа, че второто основание, изтъкнато от Toshiba в подкрепа на жалбата му, се отнася единствено до точка 233 от обжалваното съдебно решение. При все това в непосредствено предхождащата я точка Общият съд вече е посочил, че изтъкнатото от Комисията в спорното решение приемане на три европейски проекта от страна на Hitachi „доказва, че пречките за навлизането на пазара не са били непреодолими за японски производител“. В рамките на жалбата си обаче Toshiba не излага оплаквания нито относно тази точка, нито относно онези, в които Общият съд анализира въпроса (и към които той прави препратка в края на точка 233 от решението си) [62].

111. Тази липса на оплаквания от страна на Toshiba противоречи на възможността за изопачаване на фактите, което, бих искал да припомня, трябва ясно да личи от доказателствата по делото, без да е необходимо да се прибягва до нова преценка на фактическите обстоятелства и на доказателствата.

112. Поради това следва да се направи изводът, че от анализа на писмото на Hitachi не е видно, че Общият съд явно е изопачил изложените в него факти.

B – *По третото основание: продължителност на участието на Toshiba в нарушението, противоречиви мотиви и изопачаване на доказателствата, неправилно прилагане на критерия за публично разграничаване, както и нарушение на принципа на личната отговорност*

113. Третото изтъкнато от Toshiba основание се отнася до продължителността на участието му в джентълменското споразумение. Това основание се подразделя на три части. Първо, в решението на Общия съд били изложени противоречиви мотиви по отношение на направените фактически констатации и доказателствата, което водело до изопачаване на последните. Второ, Общият съд приложил неправилно критерия за публичното разграничаване. Трето, той нарушил принципа на личната отговорност, като приел, че възражението на Toshiba относно въздържането му от участие в срещата в Цюрих било „неотносимо“. Втората и третата част в действителност се отнасят до едни и същи съображения на Общия съд и затова ще ги разгледам заедно.

61 — Вж. точки 83—88 от отговора на Toshiba на изложението на възраженията, приложение A.03.24.a към жалбата.

62 — Тоест точки 59—62 от обжалваното съдебно решение.

1. По противоречивите мотиви и изопачаването на доказателствата

114. Според Toshiba Общият съд си противоречал, като в точка 208 от обжалваното съдебно решение от една страна счел, че то „е изключило възможността да участва в бъдещите срещи“, и като от друга е приел, че „са били налице съмнения относно бъдещото участие на жалбоподателя в джентълменското споразумение“ (точка 209 от обжалваното съдебно решение), както и че участието му е щяло да зависи от това на TM T&D (точка 211 от обжалваното съдебно решение).

115. Тези твърдения на Toshiba несъмнено произтичат от избирателен прочит на обжалваното съдебно решение и на приведените в подкрепа документи.

116. Всъщност в точка 208 от решението си Общият съд установява, че поради създаването на съвместното предприятие TM T&D е предстояло вземането на решение относно участието на Toshiba в бъдещите срещи. От някои документи Общият съд заключава, че Toshiba действително е изключило възможността да участва на тях индивидуално, но останалите участници ясно са посочили, че без него вече не е имало интерес от запазване на джентълменското споразумение.

117. След като в точка 210 от обжалваното съдебно решение посочва, че от документите не може да се заключи, че Toshiba се е разграничило от джентълменското споразумение по време на срещата във Виена, в точка 211 от това решение Общият съд много логично приема, „че от изтъкнатите от жалбоподателя документи е видно също, че след изявлението му за предстоящото вземане на решение относно участието на TM T&D в бъдещите срещи и за обуславянето на участието на самия него от това на последното дружество, присъстващите на тази среща предприятия все пак са потвърдили джентълменското споразумение и предвидените в рамките на картела правила за уведомяване за проектите“.

118. За разлика от поддържаното от Toshiba всеки от изтъкнатите документи потвърждава несигурността относно, от една страна, присъствието на Toshiba на следващата среща и от друга, продължаването на участието му в джентълменското споразумение, било то индивидуално или посредством TM T&D.

119. Най-напред, съгласно паметната записка от срещата във Виена, изготвена от г-н Okamoto (Fuji), участието на Toshiba на срещите, последващи учредяването на съвместното предприятие, все още не е било решено. Макар да е добавено в скоби, че „[н]е се очаква смекчено решение като такова за продължаване на участието от името на [Toshiba]“, непосредствено до това изречение е упоменато „Да или Не“. Освен акцесорния характер на този елемент, указан с употребата на скоби, прибавянето на алтернативата „да или не“ безспорно указва, че в случая става въпрос за първо впечатление, което все още не е било предмет на решение [63].

120. По-нататък, за разлика от посоченото от Toshiba в тълкувателната бележка, приложена към изявлението на Fuji пред Комисията с оглед на намаляване на глобата или на освобождаване от отговорност, не само се посочва, че „възможността Toshiba да присъства на срещите след създаването на TM T&D (докато Mitsubishi не участва на тях) е отхвърлена от Toshiba“, но се указва също, че „тъй като Mitsubishi вече не участва в тези срещи, трябва да се вземе решение, за да се установи дали TM T&D ще бъде упълномощено да участва в тях“ [64].

63 — Оригиналният документ, на английски език, гласи следното: „Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)“ (съставена от г-н Okamoto вътрешна за Fuji паметна записка относно срещата във Виена, приложение A.14 към жалбата).

64 — Оригиналният документ, на английски език, гласи следното: „In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings […], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba“ (Изявление на Fuji пред Комисията с оглед на намаляване на глобата или на освобождаване от отговорност, приложение A.16 към жалбата).

121. Накрая, не може да се твърди, че протоколът от срещата във Виена не е ясен, тъй като в него съвсем недвусмислено се посочва, че бъдещото участие на Toshiba в предстоящите срещи „ще бъде решено относително бързо“, и се уточнява още, че от бъдещите срещи ще има смисъл само ако то продължи да участва. Освен това в края на тази точка от протокола се отбелязва, че посоченият въпрос ще бъде основната тема на следващата среща[65]. Междувременно джентълменското споразумение е потвърдено[66].

122. Поради това следва да се направи изводът, че анализът на документите, на които Общият съд се е основал, не разкрива този съд явно да е изопачил изложените в тях факти, нито е довел до противоречие в преценката му.

2. По неправилното прилагане на критерия за публичното разграничаване и нарушението на принципа на личната отговорност

123. Според Toshiba Общият съд приложил неправилно критерия за публичното разграничаване, като в точка 218 от обжалваното съдебно решение отхвърлил като неотносим довода му, че не е участвало в срещата в Цюрих след създаването на TM T&D. С други думи, като препраща към точки 213 и 220 от обжалваното съдебно решение, Toshiba счита, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел, че неучастието на Toshiba в посочената среща не е от съществено значение за преценката на критерия за публичното разграничаване, при положение че преди това е заключил от документи, че Toshiba е изразило съмнение относно бъдещото си участие в картела.

124. Макар критерият за публичното разграничаване да е редовно изтъкван от предприятията, упреквани в антиконкурентно поведение, трябва да се установи, че той изобщо не е развит в практиката на Съда[67] и поражда неголям интерес в доктрината. Решение Comap/Комисия (C-290/11 P, EU:C:2012:271) ми се струва подходящо за очертаването на неговите предели.

125. Всъщност в това решение Съдът постановява, че понятията за публично разграничаване и продължаване на антиконкурентна практика „отразяват фактически положения, вече установени с оглед на конкретния случай от съдията по същество въз основа на преценка на „определен брой съвпадения и улики“, които са му били представени, и след „обща оценка на всички релевантни доказателства и улики“[68]. От това определение следва, че „[с]лед като тези доказателства са редовно събрани и са спазени общите принципи на правото и приложимите процесуални правила относно доказателствената тежест и събирането на доказателствата, само Общият съд може да преценява какво значение да придаде на представените пред него доказателства. Следователно, освен в случай на изопачаване на доказателствата, тази преценка не представлява правен въпрос, който в това си качество да подлежи на контрол от Съда“[69].

65 — Оригиналният документ, на английски език, гласи следното: „Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic“ (протокол от срещата във Виена, Siemens/Hitachi, приложение A.15 към жалбата).

66 — Оригиналният документ, на английски език, гласи следното, под заглавието „3. GA and Inhouse business): „Confirmation on rules: GA enquiries via Secs“ (протокол от срещата във Виена, Siemens/Hitachi, приложение A.15 към жалбата).

67 — Вж. по-специално решения Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P, EU:C:2004:6), Dansk Rørindustri и др./Комисия (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P—C-208/02 P и C-213/02 P, EU:C:2005:408), Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166), Comap/Комисия (C-290/11 P, EU:C:2012:271), Quinn Barlo и др./Комисия (C-70/12 P, EU:C:2013:351), както и определение Adriatica di Navigazione/Комисия (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Следа от схващането за публично разграничаване може да се намери в решение Комисия/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), като в рамките на това дело Комисията поддържа, че „всяко лице, което твърди, че се е *разграничило* от изводите за съгласуваните дейности, би следвало изрично да докаже своето *разграничаване*“ (точка 95). Курсивът е мой.

68 — Точка 71.

69 — Пак там.

126. Този подход — съответстващ на следвания в предходната съдебна практика[70] — се потвърждава в решение Quinn Barlo и др./Комисия (C-70/12 P, EU:C:2013:351, т. 28—30).

127. По принцип публичното разграничаване се изтъква от участвало в среща предприятие, което няма желание да участва в обсъжданото на нея споразумение или картел. Във връзка с тази хипотеза има практика на Съда, която може да бъде квалифицирана като постоянна въпреки ограничения брой решения, постановени по този въпрос, и да бъде обобщена по следния начин: „за да се докаже надлежно участието на едно предприятие в даден картел, е достатъчно да се докаже, че съответното предприятие е участвало в срещите, по време на които са били сключени антиконкурентни споразумения, без да им се е противопоставило явно. Когато участието в такива срещи е било установено, в тежест на това предприятие е да посочи данни, въз основа на които може да се установи, че участието му в тези срещи е било лишено от всякакви антиконкурентни намерения, като докаже, че е уведомило конкурентите си, че участва в тези срещи с намерения, различни от техните“[71]. В това отношение Съдът добавя, че „именно разбирането на другите участници в даден картел за намерението на съответното предприятие има определящо значение, за да се прецени дали последното е имало намерение да се дистанцира от незаконосъобразното споразумение“[72].

128. В случая с втората и третата част от третото основание Toshiba по същество твърди, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като е постановил, че то може да се възприеме за участващо в джентълменското споразумение до срещата в Цюрих, въпреки изявлението на това предприятие по време на срещата във Виена през септември 2002 г. за разграничаването си от споразумението, както и въпреки факта, че то не е участвало, поне не индивидуално, в срещата в Цюрих през май 2003 г., и обстоятелството, че Комисията не е включила съвместното предприятие TM T&D сред адресатите на спорното решение.

129. Действително в случая фактическата рамка е малко по-различна от разглежданата в непосредствено цитираните от мен по-горе решения. Всъщност в настоящия случай Toshiba твърди, че публично се е разграничило по време на срещата във Виена, като е съобщило, че няма да участва, поне не индивидуално, на следващите срещи поради създаването на съвместно предприятие с Mitsubishi (чието участие е предстояло да бъде решено), като всичко това се потвърждавало с отсъствието му от срещата в Цюрих.

130. Дори и в тази особена хипотеза обаче считам, че въпросът дали Toshiba е могло да се счита за страна по джентълменското споразумение в периода от срещата във Виена до тази в Цюрих, продължава да бъде фактически и не е от компетентността на Съда, освен ако не са изопачени доказателствата[73]. Изтъкнатото от Toshiba основание „в крайна сметка подлага на съмнение извършената от Общия съд преценка на представените пред него факти и доказателства във връзка с липсата на публично разграничаване на жалбоподателя“[74].

70 — Вж. в този смисъл, освен решение Comap/Комисия (C-290/11 P, EU:C:2012:271, т. 76—78), решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 132), както и определение Adriatica di Navigazione/Комисия (C-111/04 P, EU:C:2006:105, т. 50 и 54).

71 — Решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 119), в което се препраща към решение Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P и C-219/00 P, EU:C:2004:6, т. 81).

72 — Решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 120).

73 — „Тъй като определянето на продължителността на нарушението е фактически въпрос, то не попада, освен ако не бъдат изопачени представените пред Общия съд доказателства, в обхвата на контрола на сезирания с жалба Съд. Това по-специално се отнася до прилагането на „понятията за публичното разграничаване и продължаването на антиконкурентна практика […]“ [свободен превод] (*Bernardeau*, L. et *Christienne*, J.-Ph. Les amendes en droit de la concurrence — Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union. Larcier, coll. Europe(s), II.1314/2013).

74 — Решение Quinn Barlo и др./Комисия (C-70/12 P, EU:C:2013:351, т. 28).

131. Всъщност, за разлика от делото Total marketing services/Комисия (C-634/13 P, висящо пред Съда), в случая не е налице положение, в което не съществува и най-малкото доказателство, че въпросното предприятие е продължило да участва в спорния картел след определена дата. Напротив, както такова разграничение е провел и генералният адвокат Wahl в представеното от него по това дело заключение [75], налице е положение, в което липсата на изрично разграничаване е в подкрепа на основаната на конкретни косвени доказателства презумпция, съгласно която за предприятие, участвало в срещи с антиконкурентна цел, се предполага, че е участвало в картел, попадащ в обхвата на забраната по член 101, параграф 1 ДФЕС.

132. Всъщност, макар, както Toshiba изтъква в самото начало в точка 25 от жалбата, то вече да е поддържало в рамките на защитата си пред Общия съд, че не е имало доказателства за продължаването на участието му след срещата във Виена и за узнаването по ясен начин от останалите страни по джентълменското споразумение въз основа на различни елементи, че то публично се е разграничило от това споразумение, все пак е вярно, че тъй като е присъствало на различните срещи, в това число на срещата във Виена, именно то е следвало, в съответствие с припомнената по-горе съдебна практика, да докаже публичното си разграничаване от това споразумение [76], както и това, че другите участници в картела са разбрали намерението му именно по този начин [77].

133. В този контекст Общият съд е разгледал доказателствата, които Toshiba е представило пред него за целта, и по-специално протокола от срещата във Виена, вътрешната бележка на Fuji за тази среща, както и обяснителната бележка на Fuji за срещата, приложена към изявлението му с оглед на намаляване на глобата или освобождаване от отговорност [78].

134. Toshiba обаче не оспорва преценката на Общия съд в това отношение [79], с изключение на точки 209 и 211 от обжалваното съдебно решение, при това в рамките на първата част от третото основание. Във връзка с това стигам до извода, че анализът на документите, на които се е основал Общият съд, не разкрива явно изопачаване на изложените в тях факти, нито води до противоречие в преценката му.

135. Напротив, тези документи доказват наличието на съмнение относно бъдещото участие на Toshiba на предстоящите срещи и — в очакване на решение по това участие — потвърждаването на джентълменското споразумение.

136. Следователно втората част от третото основание е недопустима, тъй като с нея се цели поставянето под въпрос на извършената от Общия съд преценка на фактите и доказателствата и липсва изопачаване на тези доказателства.

137. Що се отнася до третата част от третото основание, считам, че Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е приел за неотносими възраженията на Toshiba относно направеното от Комисията тълкуване на ролята, изпълнявана от г-н R. на срещата в Цюрих, и относно липсата на антиконкурентен характер на тази среща.

138. Общият съд правилно е счел, че дори и да се приемат за основателни, тези възражения не биха могли да опровергаят констатацията на Комисията, че Toshiba е участвало в джентълменското споразумение до 15 май 2003 г. Всъщност, макар в точка 220 от обжалваното съдебно решение Общият съд да е заключил, че „дори и в хипотезата, в която жалбоподателят не е участвал в срещата в Цюрих и тази среща не е имала антиконкурентна цел, следва да се

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

76 — Вж. в този смисъл решение Comap/Комисия (C-290/11 P, EU:C:2012:271, т. 76).

77 — Вж. в този смисъл решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 120).

78 — Вж. точка 207 от обжалваното съдебно решение.

79 — Тоест точки 208—214 от обжалваното съдебно решение.

приеме, че при липсата на публично разграничаване от негова страна той е участвал в джентълменското споразумение до посочената среща“, за целта този съд се е основал на съображенията от точки 205—214 от решението. При все това не само точка 220 не е предмет на жалбата, но както бе изложено по-горе, и точки 205—214 не разкриват каквото и да е изопачаване на анализираните от Общия съд факти и/или доказателства.

139. Накрая, в точка 221 от обжалваното съдебно решение Общият съд също така правилно е приел, че Toshiba не е можело надлежно да изтъква прекратяването на участието си в джентълменското споразумение към момента на учредяване на съвместното предприятие TM T&D на 1 октомври 2002 г. Към тази дата то не се е разграничило публично от спорния картел по смисъла на практиката на Съда, като разбирането на другите участници в даден картел за намерението на съответното предприятие в това отношение има определящо значение [80]. Всъщност след края на срещата във Виена, проведена преди 1 октомври 2002 г., останалите участници все още не са били сигурни в присъствието на Toshiba и/или TM T&D. Напротив, те от една страна са потвърдили джентълменското споразумение и произтичащите от него правила за уведомяване за проектите и от друга страна, са счели, че при все това няма никакъв интерес да се поддържа въпросното споразумение без участието на Toshiba.

140. Поради това в една част третото основание е недопустимо, а в друга — трябва да се отхвърли по същество.

Г – *По четвъртото основание: грешки при прилагане на правото във връзка с определянето на размера на глобата*

141. С четвъртото си основание Toshiba упреква Общия съд, че е приложил неправилно точка 18 от Насоките от 2006 г., поради това че е потвърдил употребата от страна на Комисията на пазарните дялове, притежавани на световно равнище от участниците в картела, за да изчисли фиктивните продажни стойности в ЕИП.

142. Съгласно посочената точка от Насоките от 2006 г., когато географският обхват на нарушението се разпростира извън ЕИП, с цел да се отрази както съвкупният размер на съответните продажби в ЕИП, така и съответната тежест на всяко предприятие в нарушението, Комисията може да оцени общата стойност на продажбите на стоки или услуги, с които е свързано нарушението в съответния географски район (по-широк от ЕИП), може да определи дела от продажби на всяко предприятие, страна по нарушението на този пазар, и може да приложи този дял към съвкупните продажби в ЕИП на съответните предприятия.

143. Доколкото ми е известно и с изключение на решение ICF/Комисия (C-467/13 P, EU:C:2014:2274) [81], тази разпоредба на посочените насоки все още не е била тълкувана от Съда.

144. Тъй като обаче точка 18 от Насоките от 2006 г. е изключение от принципното правило в точка 13 от тях, указаното за последната и контекстът, в който тя се вписва, могат да спомогнат за определяне на обхвата на точка 18.

80 — Вж. в този смисъл решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 120).

81 — Разглежданият в това решение въпрос обаче е различен от настоящия, тъй като се отнася до понятието „обща стойност на продажбите на стоки или услуги, с които е свързано нарушението“, упоменато в точка 18 от Насоките от 2006 г., а не за понятието „съответния географски район (по-широк от ЕИП)“, разглеждано в настоящото дело.

145. В това отношение може да бъде от полза да се припомни, че Насоките от 2006 г. са приети с цел осигуряване на прозрачност и безпристрастност на решенията, приети от Комисията на основание на член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003 на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 [ЕО] и 82 [ЕО] от Договора [82].

146. При все това целта на този член по-специално е да се осигури на глобата достатъчен възпиращ ефект, което оправдава отчитането на икономическата мощ на съответното предприятие [83].

147. От това Съдът заключава, че с точка 13 от Насоките от 2006 г. „се цели при изчисляването на глобата, която следва да се наложи на дадено предприятие, като отправна точка да се приеме сума, отразяваща икономическото значение на нарушението и относителната тежест на предприятието в него“ [84].

148. Така Съдът приема, че би било в противоречие с целта на точка 13 от Насоките от 2006 г. използваното в нея понятие „стойност на продажбите“ да се разбира „като отнасящо се единствено до оборота, реализиран само от продажбите, за които е установено, че са били действително засегнати от [разглеждания] картел“ [85].

149. Когато предвижда дерогация от очертания в точка 13 от Насоките от 2006 г. географски район, за да разшири обхвата му извън ЕИП, точка 18 от посочените насоки преследва същата цел: да се отрази по най-правилния начин тежестта на предприятието в нарушението.

150. Самата тази цел обаче е обоснована с член 23, параграф 2, буква а) от Регламент № 1/2003, който е предвиден да осигури на глобата достатъчен възпиращ ефект, като се отчете икономическата мощ на съответното предприятие.

151. При тези обстоятелства буквалното тълкуване на точка 18 от Насоките от 2006 г., съгласно което „съответният географски район (по-широк от ЕИП)“ трябва да бъде ограничен само до обхванатите от незаконния картел територии, не би отчело непременно действителната икономическа мощ на засегнатото предприятие и следователно би могло да противоречи на посочената по-горе цел за възпиране.

152. Настоящият случай е идеален пример за това. Всъщност, ако бяха взети предвид единствено продажбите в ЕИП и Япония, поне един японски член на картела щеше да избегне налагането на глоба поради липсата на продажби на европейския пазар.

153. Освен това в по-общ смисъл предложеното от Toshiba ограничително тълкуване на точка 18 от Насоките от 2006 г. води, в хипотезата на споразумение за разпределяне на пазари, до възнаграждаване на спазването на това споразумение. Всъщност със спазването на споразумението предприятието не извършва никакви продажби на територията на партньора и следователно би избегнало, de facto и de jure, налагането на глоба.

154. Поради това Общият съд с основание и без да е допуснал грешка при прилагане на правото, е приел в точка 281 от обжалваното съдебно решение, че „тъй като жалбоподателят е участвал в споразумение за разпределяне на пазар, имащо за цел да ограничи достъпа на японските производители в ЕИП, Комисията правилно е счела за неуместно да се приложи

82 — ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167. Вж. точка 3 от Насоките от 2006 г.

83 — Вж. в този смисъл решение Dole Food и Dole Fresh Fruit Europe/Комисия (C-286/13 P, EU:C:2015:184, т. 142).

84 — Пак там (т. 148).

85 — Вж. решение Guardian Industries и Guardian Europe/Комисия (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, т. 57).

методология, основаваща се на действителните продажби в ЕИП“, като самият той е счел в точка 282 от това решение, че „с оглед на естеството на разглежданото нарушение методология, която отчита световните пазарни дялове, е подходяща, за да се отрази тежестта на нарушението“.

155. Освен това, макар насоките по принцип да се разглеждат от Съда като правило за поведение, от което Комисията не би могла да се отклони под страх от санкция за нарушаване на общи принципи на правото като равното третиране и защитата на оправданите правни очаквания [86], Съдът също така уточнява, че тези насоки продължават да бъдат за Комисията правило за поведение, *указващо* практиката, която трябва да се следва, и от което в конкретен случай тя може да се отклони, при условие че изложи съвместими с принципа на равно третиране причини [87].

156. Тази възможност впрочем е изрично предвидена в точка 37 от Насоките от 2006 г., съгласно която „особеностите на даден случай или необходимостта да се постигне възпиращ ефект в конкретен случай може да обоснове отклонение от тази [обща] методология“, изложена в насоките за определяне на глобите.

157. В случая обаче трябва да се установи, че в решението си Комисията не е пропуснала да обясни с какво се обосновава използването на световните продажби, а не на тези, реализирани на съответните територии на нарушението. От една страна, това „се дължи на факта, че продажбите на предприятията в ЕИП и Япония не отразяват правилно тежестта на всяко предприятие в нарушението“ [88] [неофициален превод], и от друга, ако „трябваше да се вземат предвид единствено продажбите на електрически трансформатори в ЕИП и Япония, наложената на Fuji глоба щеше да е равна на нула“ [89] [неофициален превод].

158. Освен това Комисията е основала решението си на точка 37 от Насоките от 2006 г., като е уточнила, че „всеки друг метод за изчисляване на основния размер на глобата [различен от използвания в случая] би довел до произволен и небалансиран резултат *и не би имал възпиращо действие*“ [90] [неофициален превод].

159. Поради това четвъртото основание също не е налице.

VI – **По съдебните разноски**

160. Съгласно член 138, параграф 1 от Процедурния правилник на Съда, приложим за производството по обжалване по силата на член 184, параграф 1 от същия, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като Комисията е направила искане за осъждането на Toshiba и последното е загубило делото, то следва да бъде осъдено да заплати съдебните разноски.

86 — Вж. в този смисъл решение Archer Daniels Midland/Комисия (C-510/06 P, EU:C:2009:166, т. 60).

87 — Вж. в този смисъл решение Quinn Barlo и др./Комисия (C-70/12 P, EU:C:2013:351, т. 53).

88 — Точка 229 от спорното решение.

89 — Точка 235 от спорното решение.

90 — Пак там (точка 236). Курсивът е мой.

VII – **Заключение**

161. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да се произнесе по следния начин:

— отхвърля жалбата, и

— осъжда Toshiba Corporation да заплати съдебните разноски.