Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
NILSA WAHLA,
predstavljeni 21. maja 2015 [1]

Zadeva C-194/14 P

AC-Treuhand AG
proti

Evropski komisiji

„Pritožba — Omejevalni sporazumi — Evropski trgi toplotnih stabilizatorjev — Določanje cen, razdelitev trgov in izmenjava poslovno občutljivih informacij — Odločba o ugotovitvi kršitev člena 81 ES (sedaj člen 101 PDEU) in člena 53 Sporazuma EGP — Odločba, ki se nanaša na svetovalno podjetje, ki ni izvajalo konkurenčnega pritiska na upoštevnih trgih“

1. Pravila, ki se uporabljajo za podjetja na podlagi členov 81 ES in 82 ES (sedaj člena 101 PDEU in 102 PDEU), prepovedujejo omejevanje svobodne konkurence. Opredelitev omejitve konkurence pomeni, da je z ekonomsko analizo dokazano, da se je zadevno podjetje s svojim ravnanjem v celoti ali delno odpovedalo temu, da bi izvajalo pritisk, značilen za učinkovito konkurenco, na druge subjekte na zadevnem trgu ali trgih, in to navsezadnje v škodo gospodarski učinkovitosti in blaginji potrošnikov. Ravnanje, ki ne omejuje konkurence v zgoraj navedenem smislu, naj je še tako moralno ali etično sporno, pa nasprotno ne more biti predmet prepovedi, določenih v pravu Unije, in zlasti ne prepovedi omejevalnih sporazumov iz člena 81(1) ES.

2. Ta zadeva po mojem mnenju ponuja prav posebno priložnost, da opozorim na to temeljno pravilo.

3. Družba AC-Treuhand AG (v nadaljevanju: AC-Treuhand) v pritožbi predlaga razveljavitev sodbe Splošnega sodišča Evropske unije AC-Treuhand/Komisija [2], s katero je to zavrnilo njeno tožbo za razglasitev ničnosti Odločbe Komisije C(2009) 8682 final z dne 11. novembra 2009 v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 ES in člena 53 Sporazuma EGP (zadeva COMP/38.589 – Toplotni stabilizatorji) (v nadaljevanju: sporna odločba) [3] in, podredno, za zmanjšanje zneska glob, ki sta ji bili naloženi.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — T-27/10, EU:T:2014:59, v nadaljevanju: izpodbijana sodba.

3 — Povzetek v *Uradnem listu Evropske unije*, 2010, C 307, str. 9.

4. Med vprašanji, ki se postavljajo v tej zadevi, je treba pozornost nameniti še neobravnavanemu vprašanju. Sodišče je namreč prvič [4] pozvano, naj ugotovi, ali se lahko svetovalno podjetje, ki ne deluje na zadevnih trgih ali povezanih trgih, preganja zaradi kršitve pravil o konkurenci, ker naj bi olajševalo izvajanje omejevalnega sporazuma. V tej zadevi se tako postavlja pomembno in še vedno aktualno vprašanje [5], zaradi katerega se mora Sodišče izreči o obsegu prepovedi omejevalnih sporazumov, določene s pravili o konkurenci iz Pogodb, in tako o naravi ravnanj, za katera lahko velja ta prepoved.

I – **Dejansko stanje**

5. Dejansko stanje iz spora, kakor je predstavljeno v točkah od 1 do 24 izpodbijane sodbe, je mogoče povzeti tako, kot je navedeno v nadaljevanju:

„2 Komisija […] je [s sporno] odločbo ugotovila, da so nekatera podjetja kršila člen 81 ES in člen 53 Sporazuma (EGP) s tem, da so bila udeležena pri dveh skupinah protikonkurenčnih sporazumov in usklajenih ravnanj, ki so zajemali ozemlje EGP, in sicer, prvič, v sektorju kositrnih stabilizatorjev, in drugič, v sektorju epoksidiranega sojinega olja in estrov (v nadaljevanju: sektor ESBO/estri).

[…]

4 V skladu s členom 1 [sporne] odločbe sta obe kršitvi vključevali določanje cen, razdelitev trgov s prodajnimi kvotami, razdelitev strank in izmenjavanje občutljivih poslovnih informacij, zlasti o strankah, proizvodnji in prodaji.

5 V [sporni] odločbi je navedeno, da so bila zadevna podjetja v teh kršitvah udeležena v različnih obdobjih, in sicer med 24. februarjem 1987 in 21. marcem 2000 na področju kositrnih stabilizatorjev ter med 11. septembrom 1991 in 26. septembrom 2000 v sektorju ESBO/estri.

6 Tožeča stranka, družba AC-Treuhand […], ki ima glavni sedež v Zürichu (Švica), je svetovalna družba, ki ponuja ‚celovit izbor posebej prilagojenih storitev nacionalnim in mednarodnim združenjem ter interesnim skupinam‘, pri čemer tudi iz [sporne] odločbe izhaja, da ta družba svoje dejavnosti opredeljuje kot ‚upravljanje in poslovodstvo švicarskih in mednarodnih poklicnih združenj, zvez in neprofitnih organizacij; zbiranje, obdelava in uporaba tržnih podatkov; predstavljanje tržne statistike; preverjanje predloženih številčnih podatkov pri udeležencih‘ […]

[…]

10 [S sporno] odločbo se tožeči stranki pripisuje odgovornost za ključno vlogo, ki jo je – podobno pri obeh zadevnih kršitvah – imela s tem, da je proti plačilu organizirala sestanke za udeležence pri sporazumih, na katerih je bila prisotna in dejavno udeležena, zbirala podatke o prodaji na zadevnih trgih in jih dajala na voljo udeležencem, ponudila, da v primeru napetih odnosov med zadevnimi podjetji ravna kot posrednica, in spodbujala stranke k sprejemanju kompromisov […]

4 — Opozoriti je treba, da zoper sodbo Splošnega sodišča z dne 8. julija 2008, AC-Treuhand/Komisija (T-99/04, EU:T:2008:256, v nadaljevanju: sodba AC-Treuhand I), v kateri je Splošno sodišče prvič odločalo o uporabi člena 81 ES za svetovalno podjetje, ki je pripomoglo k storitvi kršitve, ni bila vložena pritožba. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da čeprav je bilo v zadevi, v kateri je bila izdana ta sodba, razsojeno, da je družba AC-Treuhand odgovorna za kršitev člena 81 ES, ji je bila naložena le globa v višini 1 000 EUR, ki je povsem simboličen znesek v primerjavi z zneski glob, naloženih drugim podjetjem, ki so bila predmet odločbe, izpodbijane v tej zadevi (Odločba Komisije 2005/349/ES z dne 10. decembra 2003 o postopku iz člena 81 [ES] in člena 53 Sporazuma EGP (zadeva COMP/E-2/37.857 – Organski peroksidi) (UL 2005, L 110, str. 44)).

5 — Evropska komisija je pred kratkim v sklepu z dne 4. februarja 2015 finančno-posredniški družbi ICAP s sedežem v Združenem kraljestvu naložila globo v višini 14,96 milijona EUR, ker je šest od sedmih kartelov, odkritih v sektorju obrestnih izvedenih finančnih instrumentov v jenih, podpirala z različnimi ukrepi, ki so pripomogli k protikonkurenčnim ciljem članov teh kartelov. Tožba zoper ta sklep je bila pri Splošnem sodišču vložena 14. aprila 2015 (zadeva T-180/15, v kateri postopek še poteka).

[…]

20 V členu 1 [sporne] odločbe se tožeči stranki pripisuje odgovornost za udeležbo pri kršitvi v zvezi s kositrnimi stabilizatorji, in sicer od 1. decembra 1993 do 21. marca 2000, ter pri kršitvi v zvezi s sektorjem ESBO/estri, in sicer od 1. decembra 1993 do 26. septembra 2000.

[…]

24 V členu 2 izpodbijane odločbe je navedeno:

‚Za kršitev oziroma kršitve v sektorju kositrnih stabilizatorjev […] se naložijo naslednje globe:

[…]

17. AC-Treuhand je odgovorna za 174.000 EUR;

[…]

Za kršitev oziroma kršitve v sektorju ESBO/estri […] se naložijo te globe:

[…]

38. AC-Treuhand je odgovorna za 174.000 EUR;

[…]‘“

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

6. Pritožnica je 27. januarja 2010 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila tožbo, s katero je predlagala razglasitev ničnosti sporne odločbe in, podredno, zmanjšanje zneska naloženih glob.

7. Pritožnica je v utemeljitev tožbe navedla devet tožbenih razlogov, ki jih je Splošno sodišče, potem ko se je seznanilo z odstopom tožeče stranke od devetega tožbenega razloga, v točkah 36 in 268 izpodbijane sodbe povzelo tako:

„36 Tožeča stranka v zvezi z razglasitvijo izpodbijane odločbe za nično navaja štiri tožbene razloge in prvi del še enega tožbenega razloga, ki se nanašajo na, prvič, kršitev člena 81 ES in načela zakonitosti kaznivih dejanj in kazni (tretji tožbeni razlog), drugič, zastaranje pooblastila Komisije za naložitev glob na podlagi člena 25(5) Uredbe št. 1/2003 (drugi tožbeni razlog), tretjič, kršitev pravice do obrambe zaradi prepoznega obvestila o preiskovalnem postopku, ki je tekel zoper njo (osmi tožbeni razlog), četrtič, kršitev načela odločanja v razumnem roku zaradi dolžine upravnega postopka (sedmi tožbeni razlog), in petič, kršitev člena 23(2) Uredbe št. 1/2003 (prvi del šestega tožbenega razloga).

[…]

268 Tožeča stranka v utemeljitev podrednih predlogov za spremembo izpodbijane odločbe glede zneska glob, ki sta ji bili naloženi, navaja štiri tožbene razloge in drugi del še enega tožbenega razloga, ki se nanašajo na, prvič, napačno presojo trajanja kršitev (prvi tožbeni razlog), drugič, trajanje upravnega postopka (sedmi tožbeni razlog), tretjič, obveznost Komisije, da v okoliščinah obravnavane zadeve naloži zgolj simbolično globo (četrti tožbeni razlog), četrtič, kršitev smernic iz leta 2006 glede izračuna osnovnega zneska globe (peti tožbeni razlog), in petič, kršitev navedenih smernic glede izračuna zmožnosti plačila (drugi del šestega tožbenega razloga).“

8. Splošno sodišče je, potem ko je zavrnilo vse navedene tožbene razloge, tožbo v celoti zavrnilo.

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

9. Pritožnica s pritožbo Sodišču predlaga, naj

— razveljavi izpodbijano sodbo;

— sporno odločbo razglasi za nično v delu, v katerem se nanaša nanjo, ali podredno, zmanjša globi, ki sta ji bili naloženi;

— še bolj podredno, zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču;

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

10. Komisija predlaga zavrnitev pritožbe in naložitev plačila stroškov pritožnici.

11. Stranki sta stališča predstavili pisno in ustno na obravnavi 4. marca 2015.

IV – **Analiza pritožbe**

12. Pritožnica v utemeljitev pritožbe navaja štiri pritožbene razloge, ki se nanašajo na (I) kršitev člena 81 ES in načela zakonitosti v kazenskem pravu, kot je določeno v členu 49(1) Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), ker se je štelo, da dejanja, ki jih je storila, pomenijo protikonkurenčni sporazum, (II) kršitev zadnjenavedenega načela ter načela enakega obravnavanja in obveznosti obrazložitve pri naložitvi glob, (III) kršitev člena 23(2) in (3) Uredbe (ES) št. 1/2003[6] ter Smernic o načinu določanja glob, naloženih v skladu s členom 23(2)(a) Uredbe št. 1/2003[7], ter (IV) kršitev člena 261 PDEU in členov 23(3) in 31 Uredbe št. 1/2003 pri izvajanju neomejene pristojnosti s strani Splošnega sodišča.

13. Kot sem napovedal na začetku teh sklepnih predlogov, se s prvim pritožbenim razlogom postavlja načelno vprašanje, na katero bom osredotočil svojo analizo, potem ko bom na kratko predstavil trditve, ki sta jih posebej glede tega pritožbenega razloga navedli obe stranki. Postavlja se namreč vprašanje, ali je družba, ki ne deluje na trgu, ki je predmet kartela, lahko v povezavi z navedenim kartelom podjetje, ki je sodelovalo pri protikonkurenčnem sporazumu v smislu člena 81 ES, ter se ji lahko pripiše odgovornost za kršitev navedene določbe in eventualno naloži plačilo globe na tej podlagi.

A – *Trditve strank*

14. Prvi pritožbeni razlog se nanaša na točke od 43 do 45 izpodbijane sodbe, v katerih je Splošno sodišče zavrnilo tretji tožbeni razlog, ki ga je pritožnica navedla na prvi stopnji, in na različne točke sodbe AC-Treuhand I, na katere napotuje izpodbijana sodba.

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

7 — UL 2006, C 210, str. 2, v nadaljevanju: Smernice iz leta 2006.

15. *Pritožnica* Splošnemu sodišču očita, da je menilo, prvič, da se člen 81 ES lahko uporablja za njeno ravnanje, in drugič, da je bila tako široka razlaga razumno predvidljiva v času dejanskega stanja, ki pomeni kršitev. Splošno sodišče naj bi tako po eni strani kršilo člen 81 ES in po drugi strani naj ne bi upoštevalo zahtev natančnosti in predvidljivosti, ki izhajajo iz načela zakonitosti v kazenskem pravu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), določenega v členu 49(1) Listine.

16. V tem okviru najprej trdi, da je bila v sodbi Evropskega sodišča za človekove pravice z dne 27. septembra 2011, A. Menarini Diagnostics S.r.l. proti Italiji jasno ugotovljena kazenska narava postopkov naložitve glob na podlagi kartelnega prava. Zato naj bi bilo treba uporabiti visoko raven varstva načela zakonitosti v kazenskem pravu. Pritožnica trdi še, da naj bi bila zahteva po pravni jasnosti celo po mnenju Sodišča [8] posebej nujna na področju, na katerem je – kot v obravnavani zadevi – predvidena uporaba posebej visokih kazni.

17. Dalje, pritožnica navaja, da sama ni stranka sporazuma oziroma udeležena pri usklajenem ravnanju v smislu člena 81 ES.

18. Trdi, da iz jasnega besedila tega člena izhaja, da zgolj pomoč pri omejevalnem sporazumu ne spada na področje uporabe tega člena, ker se ta določba nanaša le na same stranke sporazuma oziroma udeležence pri usklajenem ravnanju. V obravnavani zadevi je bil sporazum o omejevanju konkurence kartel proizvajalcev, namenjen določanju cen ter razdelitvi in dodelitvi dobavnih kvot in kupcev. Ravnanja pritožnice naj ne bi bilo mogoče opredeliti kot sodelovanje pri takem zbliževanju volj, ker je bilo osredotočeno le na opravljanje storitev za navedeni kartel. V skladu s sodno prakso Sodišča pa obstoj sporazuma zahteva soglasno voljo vsaj dveh strank. [9]

19. Pritožnica trdi še, da prav tako v skladu s sodno prakso Sodišča obstoj sporazuma zahteva skupno voljo delovati na trgu na določen način. Vendar v obravnavani zadevi pogodbe o opravljanju storitev, ki jih je sklenila z vsakim izmed proizvajalcev, niso bile povezane s trgom, kot zahteva Sodišče. Med navedenimi pogodbami in ugotovljenim omejevanjem konkurence, ki je bilo edini rezultat kartela proizvajalcev, naj ne bi bilo nobene neposredne povezave. Še več, pritožnica ni delovala na nabavnih ali prodajnih trgih ali trgih, ki so sosednji trgom, ki jih je zadeval kartel.

20. Pritožnica meni, da ji niti ni mogoče očitati, da je bila udeležena pri „usklajenem ravnanju“. Svoje avtonomije ravnanja na trgu namreč ni opustila ali omejila zaradi usklajevanja ali sodelovanja s proizvajalci, kot se zahteva v sodni praksi.

21. Poleg tega pritožnica navaja, da bi se njena dejanja „sostorilstva“ lahko kaznovala kvečjemu v skladu z zahtevami načela zakonitosti, če bi v času kartela obstajala ustaljena sodna praksa, iz katere bi bilo mogoče dovolj jasno izpeljati obtožbo. [10] Ugotavlja pa, da pred sodbo AC-Treuhand I ni bilo nobene sodne prakse v zvezi s tem. Poleg tega naj bi iz te sodbe in odločbe Komisije, ki je bila povod za navedeno sodbo [11], izhajalo, da je odločitev Komisije za pregon svetovalnega podjetja pomenila spremembo njene prejšnje prakse odločanja.

22. Nazadnje, pritožnica meni, da preudarki smotrnosti na področju konkurence ne smejo pripeljati do kršitve načela zakonitosti s široko razlago člena 81(1) ES. V obravnavani zadevi se postavlja le vprašanje, ali je storitve podpore, ki jih je opravljala pritožnica, mogoče kaznovati na podlagi člena 81(1) ES, ne pa vprašanje, ali jih je treba kaznovati.

23. *Komisija* meni, da je treba prvi pritožbeni razlog zavrniti kot neutemeljen.

8 — Sodba Komisija/Združeno kraljestvo (32/79, EU:C:1980:189, točka 46).

9 — Sodbi Komisija/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356, točka 79) in Komisija/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460, točka 37).

10 — Sodba Evonik Degussa/Komisija (C-266/06 P, EU:C:2008:295).

11 — Zgoraj navedena odločba 2005/349.

24. Najprej ugotavlja, da načelo zakonitosti, določeno v členu 49(1) Listine, zajema načelo natančnosti, prepoved sklepanja po analogiji in načelo prepovedi retroaktivnosti. Povezane določbe člena 23(2) Uredbe št. 1/2003 in člena 81 ES pa naj ne bi bile del „jedra“ kazenskega prava, tako da naj se načela, ki urejajo to pravo, v tem primeru ne bi smela nujno uporabljati popolnoma dosledno. To naj ne bi bilo v nasprotju z zgoraj navedeno sodbo A. Menarini Diagnostics S.r.l. proti Italiji, ker je bil v njej postopek naložitve globe na podlagi kartelnega prava opredeljen kot upravni postopek, preden je bilo navedeno, da so lahko naložene kazenskopravne sankcije.

25. V vsakem primeru naj načeli natančnosti in prepovedi sklepanja po analogiji ne bi nasprotovali postopni razjasnitvi natančne vsebine kazenskih predpisov v sodni praksi. Poleg tega, če bi načelo retroaktivnosti lahko nasprotovalo retroaktivni uporabi nove razlage kazenskega predpisa, ki ni razumno predvidljiva, bi bila ta predvidljivost odvisna predvsem od vsebine in področja uporabe zadevnega predpisa ter subjektov, na katere se nanaša. Poleg tega, kadar kazenski predpis že ustreza načelu natančnosti zaradi jasnosti besedila, ni več treba uporabiti razlagalne sodne prakse, da bi se upoštevalo načelo natančnosti. [12]

26. Dalje, Komisija opozarja, da trditev pritožnice, s katerimi želi ta doseči pretirano omejevalno razlago merila „sporazum med podjetji“ iz člena 81 ES, ni mogoče sprejeti, ker je usmerjeni prenos nalog kartela na podjetje, ki opravlja storitve za dejansko izvajanje tega kartela, že predmet prepovedi iz te določbe.

27. V zvezi s tem trdi, prvič, da je besedilo člena 81 ES zelo široko in lahko zajema vsako skupno soglasno voljo ali vsako usklajeno ali tajno ravnanje vsaj dveh podjetij. [13] Ker so se storitve, ki jih je opravljala pritožnica, objektivno in subjektivno uporabljale za podporo dvema karteloma na trgih toplotnih stabilizatorjev, naj bi med pritožnico in drugimi udeleženci kartelov obstajala soglasna volja, ki se zahteva za obstoj sporazuma.

28. Drugič, ne bi naj bilo pomembno, ali je omejevanje konkurence na trgih toplotnih stabilizatorjev glavni cilj ali dodatni namen ravnanja pritožnice oziroma ali obstaja neposredna povezava med tem ravnanjem in tem omejevanjem konkurence. Čeprav je „sporazum“ v sodni praksi redno opisan kot „skupna volja delovati na trgu na določen način“, to še ne pomeni, da mora potrebno soglasje volj za vse udeležence nujno pomeniti cilj, povezan s trgom, ali da se mora nanašati na prepoved svobodnega delovanja vseh udeležencev. Prav tako naj ne bi bilo pomembno, da pritožnica ni delovala niti na trgih, ki so bili predmet kartela, niti na sosednjih ali nastajajočih trgih, ker so se tajne storitve pritožnice objektivno in subjektivno uporabljale za omejevanje konkurence s karteloma v zvezi s toplotnimi stabilizatorji.

29. Tretjič, glede vprašanja, ali je bila uporabljena razlaga za pritožnico razumno predvidljiva v času kartela, Komisija poudarja, da je že v odločbi, sprejeti leta 1980 [14], to je pred začetkom kršitev, ki se obravnavajo v tej zadevi, ugotovila, da tajne storitve, ki jih opravlja družba za upravno vodenje, pomenijo kršitev člena 81 ES.

30. Četrtič, Komisija trdi, da Splošno sodišče uporabe člena 81 ES ni razširilo prek meja besedila te določbe, ampak se je, nasprotno, s sklicevanjem na cilj in zaščitni namen konkurenčnega prava izreklo proti teleološkemu omejevanju te določbe in ni napačno uporabilo prava, ko je navajalo preudarke o polnem učinku člena 81 ES.

12 — Sodba Dansk Rørindustri in drugi/Komisija (C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P in C-213/02 P, EU:C:2005:408, točka 217 in naslednje).

13 — Sodba Consten in Grundig/Komisija (56/64 in 58/64, EU:C:1966:41).

14 — Odločba Komisije 80/1334/EGS z dne 17. decembra 1980 v zvezi s postopkom na podlagi člena 85 Pogodbe EGS (IV/29.869 – Lito steklo v Italiji) (UL L 383, str. 19).

B – *Presoja*

31. Pri preučitvi prvega pritožbenega razloga se postavljata dve vprašanji.

32. Prvo vprašanje je, ali se člen 81(1) ES lahko uporablja za podjetje, ki – kot pritožnica – ni dejavno na zadevnem trgu ali povezanih trgih ter ni *stricto sensu* sklenilo sporazuma o omejevanju konkurence ali ni bilo udeleženo pri usklajenih ravnanjih na navedenih trgih.

33. Drugo vprašanje, ki je podredno prvemu in je pomembno le, če bi bilo treba ugotoviti, da ravnanje pritožnice spada na področje uporabe prepovedi iz člena 81(1) ES, pa je, ali je pritožnica v obravnavani zadevi lahko razumno predvidela, da se zanjo načeloma uporablja prepoved iz člena 81(1) ES.

34. Iz razlogov, ki jih bom navedel v nadaljevanju, sem trdno prepričan, da je treba na prvo vprašanje odgovoriti nikalno in da zato ni treba odgovoriti na drugo vprašanje. Najprej se bom osredotočil na obseg, ki ga je treba pripisati členu 81(1) ES, nato pa bom obravnaval zelo poseben položaj pritožnice.

1. Obseg prepovedi omejevalnih sporazumov, določene v Pogodbah: prepoved tajnih ravnanj, ki imajo na podlagi ekonomske analize omejevalen učinek na konkurenco

35. Koristno se mi zdi opozoriti, da je Splošno sodišče možnost kaznovanja podjetja, ki je v položaju pritožnice, obrazložilo v točkah od 43 do 44 izpodbijane sodbe, tako da je napotilo na svoje ugotovitve v zadevi, v kateri je bila izdana sodba AC-Treuhand I.

36. Splošno sodišče je s to sodbo potrdilo načelo odgovornosti družbe AC-Treuhand za kršitev člena 81(1) ES. Ravnanja, ki so se očitala pritožnici, so bila zelo primerljiva z ravnanji, obravnavanimi v tej zadevi. Očitalo se ji je, da je imela ključno vlogo v kartelu v zvezi z organskimi peroksidi, ker je organizirala srečanja proizvajalcev, arhivirala nekatere tajne dokumente v zvezi s kartelom, zbirala in obdelovala nekatere številke ter opravljala nekatera logistična in tajniška dela, povezana z organizacijo srečanj.

37. Razlogi, ki jih je Splošno sodišče upoštevalo v sodbi AC-Treuhand I, so v bistvu naslednji.

38. Na prvem mestu, izraz „sporazum“ iz člena 81 ES bi bilo treba razumeti široko. Obstoj „skupne volje“ delovati na trgu na določen način naj bi zadostoval in naj se ne bi zahtevalo popolno ujemanje upoštevnega trga, na katerem deluje podjetje, ki je „storilec“ omejevanja konkurence, in trga, na katerem naj bi se to omejevanje izvajalo. Vsako ravnanje, ki je usklajeno z ravnanjem drugih podjetij in katerega cilj je omejevati konkurenco na upoštevnem trgu, naj bi bilo tako lahko v nasprotju s prepovedjo iz člena 81(1) ES (glej točke od 117 do 122 sodbe AC-Treuhand I).

39. Na drugem mestu, ni izključeno, da lahko podjetje sodeluje pri omejevanju konkurence, tudi če ne omejuje svoje svobode delovanja na trgu, na katerem predvsem deluje. Z vsako drugo razlago bi se lahko zmanjšal obseg prepovedi iz člena 81(1) ES v obsegu, ki je v nasprotju z njenim polnim učinkom, ker ne bi omogočala pregona dejavnega prispevanja podjetja k omejevanju konkurence (glej točke od 124 do 128 sodbe AC-Treuhand I).

40. Na tretjem mestu, da bi Komisija dokazala sodelovanje podjetja v kartelu in da bi podjetje moralo odgovarjati za to, zadostuje, da dokaže, da je podjetje nameravalo s svojim ravnanjem – čeprav podredno, pomožno ali pasivno – prispevati k skupnim ciljem, za katere so si prizadevali vsi sodelujoči, in da je vedelo za stvarna ravnanja, ki so jih načrtovala ali izvajala druga podjetja pri doseganju istih ciljev, ali da jih je lahko razumno predvidelo in je bilo pripravljeno sprejeti tveganje, ki

ga vključujejo. Ta načela se smiselno uporabljajo za sodelovanje podjetja, ki zaradi svoje gospodarske dejavnosti, poklicnega znanja in izkušenj ni moglo prezreti protikonkurenčnosti zadevnih ravnanj in tako dajati nezanemarljivo podporo pri storitvi kršitve (glej točke od 129 do 136 sodbe AC-Treuhand I).

41. Na četrtem in obenem zadnjem mestu je Splošno sodišče v navedeni zadevi v točki 164 navedene sodbe menilo, da dvajsetletna praksa odločanja Komisije, ki se je odrekala izrekanju sodb in kazni svetovalnim podjetjem, vpletenim v kartele, in hkrati dopustila možnost, da bi se ta lahko štela za odgovorna za kršitev, ne more vzbuditi utemeljenega upanja, da Komisija v prihodnje ne bo preganjala in kaznovala svetovalnih podjetij, če sodelujejo pri kartelu. To, da je bil znesek naložene globe v navedenem primeru zelo majhen, ni odločilno za obravnavani primer, saj, kot upravičeno trdi Komisija, je šlo za naložitev kazni subjektom, zlasti svetovalnim podjetjem, za katere je bila v preteklosti sprejeta odločitev, da se ne kaznuje njihova morebitna vpletenost v dejavnosti kartela.

42. Te ugotovitve, ki vse kažejo, da člen 81 ES ne nazadnje določa le malo meja glede narave tajnih ravnanj, ki lahko spadajo na področje uporabe prepovedi iz odstavka 1 tega člena, po mojem mnenju sploh ne upoštevajo obsega te prepovedi in cilja, ki se želi doseči z njo.

43. Na podlagi člena 81(1) ES so „kot nezdružljivi s skupnim trgom […] prepovedani vsi sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja, ki bi lahko prizadeli trgovino med državami članicami in *katerih cilj ali posledica je preprečevanje, omejevanje ali izkrivljanje konkurence na skupnem trgu*“ [15].

44. Čeprav bom lahko opozoril na nekaj, kar bi lahko bilo z več vidikov očitno, člen 81 ES tako kot člen 82 ES določa nekatera pravila za *podjetja*, da bi se jim prepovedala ravnanja, za katera je dokazano ali v zvezi s katerimi je mogoče na podlagi ekonomske analize upravičeno domnevati, da škodijo konkurenci.

45. Cilj pravil o konkurenci je na splošno zagotoviti, da se učinki svobodne konkurence, ki ustrezajo odprtju trgov, ne izkrivljajo z ukrepi v širšem pomenu, ki dajejo prednost nekaterim podjetjem ali jih postavljajo v manj ugoden položaj ter ki nazadnje škodijo potrošnikom.

46. Ne glede na to, ali se šteje, da imajo navedena ravnanja protikonkurenčni cilj ali prej protikonkurenčni učinek, prepoved ravnanj, na katera se nanašajo pravila Pogodb, ki veljajo za podjetja, temelji na pojmovanju, da imajo ta ravnanja škodljive učinke za dobro delovanje običajne konkurence.

47. Da bi se podjetje štelo za odgovorno za kršitev člena 81(1) ES, je treba ugotoviti, v kolikšnem obsegu se je z drugimi podjetji dogovorilo, da se odpove temu, da bo izvajalo konkurenčni pritisk nanje.

48. V tem smislu je Sodišče zelo zgodaj opozorilo na potrebo po ekonomski analizi, zlasti ob upoštevanju položaja in pomena udeležencev na trgu zadevnih proizvodov ali storitev. [16] Še čisto pred kratkim je v zvezi z metodologijo opredelitve tajnih ravnanj s protikonkurenčnim ciljem opozorilo na pomen, ki ga je treba pripisati ekonomski analizi in izkušnjam [17] za opredelitev konkurenčnih pritiskov, ki se izvajajo na podjetja.

15 — Moj poudarek.

16 — Glej sodbo LTM, 56/65, EU:C:1966:38, v kateri je Sodišče kljub navedbi, da člen 85(1) Pogodbe ES (postal člen 81(1) ES) ne razlikuje glede na to, ali so stranke na isti stopnji („horizontalni“ sporazumi) ali na različnih stopnjah („vertikalni“ sporazumi) ekonomskega procesa, pojasnilo, da je treba konkurenco, katere oškodovanje se zatrjuje, razumeti v dejanskem okviru, v katerem bi se izvajala, če ne bi bilo spornega sporazuma (glej zlasti str. 358 in 360 sodbe).

17 — Glej sodbo CB/Komisija (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, točka 51).

49. Enako sta tako Komisija [18] kot Sodišče večkrat poudarila, da je uporaba določb Pogodbe o prepovedi protikonkurenčnih omejevalnih sporazumov pogojena s tem, da je položaj tretjih oseb „na trgu“ znatno spremenjen.

50. Da bi se lahko za podjetja uporabila prepoved, ki je v zvezi s tem določena v Pogodbah, morajo biti njihova ravnanja, na katera se nanašata Pogodbi, vsaj *taka, da odpravljajo pritisk ali oviro, ki načeloma obstaja na trgu*. Čeprav je narava sredstev, ki jih uporabljajo podjetja, nazadnje nepomembna [19], mora iz tega vseeno izhajati ekonomski pritisk, ki lahko omejuje konkurenco [20].

51. Povedano drugače, da je podjetje udeleženo v kartelu, katerega cilj ali posledica je omejevanje konkurence, mora v običajnih tržnih razmerah izvajati konkurenčni pritisk („*competitive constraint*“) na druge udeležence kartela. Le če zadevno podjetje predstavlja konkurenčni pritisk, ki ga je vredno omejiti, lahko to podjetje predstavlja tak pritisk.

52. V tem smislu ima opredelitev upoštevnega trga osrednji pomen tako v okviru uporabe člena 82 ES kot v okviru uporabe člena 81(1) ES. Čeprav je opredelitev upoštevnega trga redko sporna v okviru uporabe člena 81 ES, je njen namen vedno sistematično opredeliti konkurenčni pritisk na zadevna podjetja. [21]

53. Čeprav je v zvezi s tem pravilna trditev, da evropsko konkurenčno pravo ne zahteva, da vsi udeleženci kartela opravljajo gospodarsko dejavnost na trgu, na katerega vpliva kartel, pa to pravo, nasprotno, zahteva, da se ugotovi, zakaj je cilj ali posledica sklenitve spornega sporazuma omejevanje konkurence na posebnem upoštevnem trgu.

54. Ne gre le za to, ali lahko podjetja, ki lahko sklenejo prepovedan omejevalni sporazum v smislu člena 81 ES, delujejo na ločenih trgih, ampak ali lahko drugo na drugo izvajajo konkurenčni pritisk. Čeprav je res, da konkurenca iz člena 81(1) ES ni le konkurenca, ki jo lahko izvajajo stranke sporazuma, ampak je lahko tudi tista, ki bi se lahko izvajala med eno izmed teh strank in tretjimi osebami [22], mora biti zadevni subjekt sposoben sprejeti ali dati zaveze protikonkurenčne narave.

55. Zdi se mi, da ta zahteva izhaja ne le iz teleološke razlage člena 81(1) ES, ampak tudi iz sodne prakse Sodišča, ki je bila na tem področju predvsem v zvezi z vertikalnimi omejitvami izdana od sodbe Consten in Grunding/Komisija [23] dalje. Sodišče je opozorilo, da člen 85 Pogodbe ES (postal člen 81 ES), ki se na splošno nanaša na vse sporazume, ki izkrivljajo konkurenco na skupnem trgu, ne določa nobenega razlikovanja med temi sporazumi glede na to, ali jih sklenejo konkurenčni subjekti na isti stopnji ali nekonkurenčni subjekti na različnih stopnjah, in v nadaljevanju razlogovanja pojasnilo, koliko lahko ravnanja, ki so bila predmet obravnavane zadeve, in sicer sporazumi o izključni koncesiji, ki sta jih sklenila koncedent in koncesionar, povzročijo omejevanje konkurence na trgu zadevnih

18 — Glej zlasti točko I.2 Obvestila Komisije z dne 3. septembra 1986 o sporazumih manjšega pomena, na katere se člen 85(1) Pogodbe o ustanovitvi Evropske gospodarske skupnosti ne nanaša (UL 1986, C 231, str. 2), v skladu s katero so „[p]repovedani […] samo sporazumi, ki imajo znatne učinke na razmere na trgu, z drugimi besedami, ki znatno spreminjajo položaj tretjih tujih podjetij in uporabnikov na trgu, to je njihovih tržišč ali virov nabave“. V Obvestilu Komisije o sporazumih manjšega pomena, ki neznatno omejujejo konkurenco po členu 81(1) [ES] (*de minimis*) (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 125) so podobni preudarki povzeti v točki 1, v kateri je med drugim navedeno, da je „Sodišče […] pojasnilo, da se [člen 81(1) ES] ne uporablja, kadar je vpliv sporazuma na trgovino v Skupnosti ali na konkurenco neznaten“.

19 — V zvezi s tem je nesporno, da se člen 81 ES nanaša na zelo različne oblike tajnih dogovarjanj, ki se kažejo v bolj ali manj formalnih sporazumih, celo v usklajenih ravnanjih, ki niso potrjena s pogodbami v pravem pomenu besede. Zadostuje namreč, da so protikonkurenčna ravnanja izraz soglasne volje vsaj dveh strank, pri čemer oblika tega soglasja sama po sebi ni odločilna (glej zlasti sodbo Komisija/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, točka 37).

20 — Sklepni predlogi generalnega pravobranilca H. Mayrasa v združenih zadevah Suiker Unie in drugi/Komisija (od 40/73 do 48/73, 50/73, od 54/73 do 56/73, 111/73, 113/73 in 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Glej v zvezi s tem sodbo Erste Group Bank in drugi/Komisija (C-125/07 P, C-133/07 P in C-137/07 P, EU:C:2009:576, točka 60).

22 — Sodba Italija/Svet in Komisija (32/65, EU:C:1966:42).

23 — 56/64 in 58/64, EU:C:1966:41, str. 493.

proizvodov, ki se izvaja med koncesionarji in tretjimi osebami, ki so njihovi konkurenti. Položaj, ki je nastal zaradi navedenih sporazumov, je med drugim povzročil razdelitev nacionalnih trgov zadevnih proizvodov in omogočil, da so se za te proizvode uporabljale cene, ki niso bile izpostavljene učinkoviti konkurenci.

56. Primer, ki se obravnava v tej zadevi, bom preučil z vidika teh preudarkov.

2. Uporaba v obravnavani zadevi

57. V obravnavani zadevi mora Sodišče odločiti o tem, ali se člen 81 ES lahko uporablja za ravnanje „cartels facilitators“, to je subjektov, ki pomagajo pri izvajanju sporazuma o omejevanju konkurence, med drugim s tem, da organizirajo srečanja konkurentov in opravljajo storitve v okviru protikonkurenčnih sporazumov.

58. Komisija je v točki 381 obrazložitve sporne odločbe vlogo, ki jo je imela pritožnica, opisala tako:

„Iz dejstev, omenjenih v točkah od 356 do 359 obrazložitve, je razvidno, da je imela družba AC-Treuhand pomembno vlogo pri organizaciji in vodenju srečanj. Družba AC-Treuhand je podrobno poznala vsebino protikonkurenčnih dogovorov in dejansko zelo profesionalno pripravljala in razširjala vse informacije o cenah, kvotah in kupcih. Imela je pooblastilo za opravljanje revizij v prostorih podjetij, ki so bila udeležena v kartelih. Kot podlaga za pogajanja in dogovore so se lahko uporabljali le podatki, ki jih je nazadnje odobrila družba AC-Treuhand. Družba AC-Treuhand je dajala na voljo svoje prostore, da je omogočila prikrivanje kartelov. V obeh kartelih je bila njena vloga preprečiti odkritje obeh kršitev. Kot moderatorka je spodbujala iskanje kompromisov, da bi omogočila sklenitev protikonkurenčnih sporazumov. Družba AC-Treuhand je dala obema karteloma na voljo svoje storitve, strokovno znanje in izkušnje ter infrastrukturo, da bi imela koristi od tega […]“

59. Ugotoviti je treba, da dejstva, ki se očitajo pritožnici, zajemajo sklop ravnanj, ne da bi bila vloga, ki jo je imela, pravno in jasno pojasnjena kot vloga storilca (udeleženca) ali sostorilca (pomočnika).[24]

60. Na podlagi tako opisanega položaja pritožnice se je torej treba vprašati – najprej v nadaljevanju zgoraj navedenega – ali je podjetje, ki ni navzoče na trgu ali sosednjem trgu, mogoče preganjati kot storilca kršitve člena 81(1) ES, in nato, ali je mogoč pregon takega subjekta zaradi sostorilstva pri protikonkurenčnih ravnanjih.

a) Ali je lahko družba, ki ne deluje na zadevnem trgu ali povezanih trgih, *storilec* kršitve prepovedi omejevalnih sporazumov?

61. Kot sem omenil zgoraj, člen 81(1) ES prepoveduje le sporazume in usklajena ravnanja, katerih cilj ali posledica je omejevanje konkurence.

62. Da pa je oseba ali subjekt, ki je predmet pregona, sposobna omejevati konkurenco, mora biti v običajnih razmerah sposobna izvajati konkurenčni pritisk („*competitive constraint*“) na subjekte, navzoče na trgu, to je pritisk, ki se lahko odpravi ali zmanjša s tajnimi dejanji.

63. Neodvisno od vprašanja, ali zadevno podjetje deluje na istem trgu ali na isti stopnji kot podjetja, udeležena v kartelu, je treba zato tudi ugotoviti, koliko je bila konkurenca, ki se je izvajala na trgu zadevnih proizvodov, potencialno omejena ali odpravljena zaradi sodelovanja tega podjetja.

24 — V točki 668 obrazložitve sporne odločbe, ki se nanaša na določitev zneska glob, je vseeno navedeno, da se družba AC-Treuhand šteje za odgovorno za svoje „neposredno sodelovanje“ v kartelih v teh obdobjih.

64. V obravnavani zadevi je družbo AC-Treuhand nedvomno mogoče na splošno opredeliti kot podjetje, ker je gospodarski subjekt z enotno organizacijo osebnih, materialnih in nematerialnih elementov, ki si trajno prizadeva za določen gospodarski cilj. Kot je razvidno iz točke 6 izpodbijane sodbe, je to namreč družba, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ki zajema zlasti storitve na trgu svetovanja. [25]

65. Vendar je treba ugotoviti, da je v tej zadevi ni mogoče obravnavati kot podjetje, ki deluje na upoštevnem trgu ali povezanem trgu. V obravnavani zadevi je delovala kot svetovalec, ni pa niti dala niti prejela nobene protikonkurenčne zaveze. Niti potencialno ne deluje na zadevnih trgih, ki so trgi zelo posebnih proizvodov, to je toplotnih stabilizatorjev določenega tipa, ampak deluje na trgu opravljanja svetovalnih storitev, ki je področje dejavnosti pritožnice.

66. Očitno je, da so edini sporazumi, pri katerih potencialno sodeluje družba AC-Treuhand, sporazumi o opravljanju storitev, ki jih je sklenila s podjetji, udeleženimi v kartelu v zvezi s toplotnimi stabilizatorji. Nasprotno pa je ni mogoče šteti za polnopravnega udeleženca kartela, opredeljenega v členu 1 sporne odločbe, to je sklopa sporazumov in usklajenih ravnanj, ki se nanašajo na toplotne stabilizatorje in v bistvu zajemajo določanje cen, razdelitev trgov in kupcev ter izmenjavo poslovno občutljivih informacij.

67. Predmet sporazumov, ki so jih sklenili družba AC-Treuhand in podjetja, ki delujejo na trgu, je bilo le opravljanje storitev, ki so seveda povezane z izvajanjem kartela, vendar so kot take ločene od ravnanj, ki se očitajo udeležencem kartela.

68. Poleg tega Komisija ni zatrjevala in še manj dokazala, da družba AC-Treuhand izvaja pritisk, ki ga konkurenca načeloma izvaja na podjetja, ki so udeležena v kartelu. Ker se z ravnanji družbe AC-Treuhand ne izvaja pritisk na udeležence kartela, ugotovljenega v sektorju toplotnih stabilizatorjev, kot taka ne morejo omejevati konkurence in zato zanje ne more veljati prepoved omejevalnih sporazumov iz člena 81(1) ES.

69. Tudi če bi se izkazalo, da so ukrepi družbe AC-Treuhand pozitivno vplivali na delovanje kartela, ker so povečali njegovo učinkovitost in ga prikrivali, izhajajo učinki zadevnih ukrepov na konkurenco *izključno* iz ravnanja udeležencev kartela. Tudi v tem primeru velja, da če družba AC-Treuhand v običajnih razmerah ne izvaja pritiska, ki ga konkurenca izvaja na zadevna podjetja, ukrepi, ki jih izvaja to podjetje, ne omejujejo konkurence.

70. Posledično, naj so izrazi, uporabljeni v Pogodbi, še tako splošni, z vidika prepovedi iz člena 81(1) ES ne morejo zajemati sporazumov, ki sami po sebi nimajo za cilj ali posledico omejevanje konkurence, ampak se nanašajo na storitve, katerih namen je strankam sporazuma, ki pa omejuje konkurenco, olajšati nadaljevanje nezakonitih ravnanj. [26] Zgolj namen podjetja, da bo omejevalo konkurenco, ne more zadostovati, če ni dejansko sposobno izvajati takega omejevanja.

71. Če bi Sodišče sprejelo pristop, ki ga je v tej zadevi predlagala Komisija in ga je Splošno sodišče potrdilo, bi to močno vplivalo na metodologijo opredeljevanja protikonkurenčnih ravnanj, na katera se nanašata Pogodbi. Po mojem mnenju bi temu sledila taka nepovezanost med zadevnimi ravnanji in potrebo po opredelitvi omejevanja konkurence v ekonomskem pomenu besede, da bi bili povsem odveč določitev upoštevnega trga in opredelitev pritiskov, ki se načeloma izvajajo na navedenem trgu.

25 — Glej v tem smislu zlasti sodbo Wouters in drugi (C-309/99, EU:C:2002:98, točka 47 in navedena sodna praksa).

26 — Kot je Sodišče že zelo zgodaj omenilo, je sicer splošnost izrazov, uporabljenih v Pogodbi v zvezi s prepovedjo omejevalnih sporazumov, izraz namena, da se nanaša na vse kategorije omejevalnih sporazumov, vendar je omejevalna narava člena 81(1) ES nezdružljiva z vsakršno razširitvijo prepovedi, določene v tem členu, ki presega tri taksativno naštete kategorije omejevalnih sporazumov (glej sodbo Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, str. 109).

72. Ta nepovezanost bi se lahko izkazala za problematično ne le v okviru odkrivanja tajnih ravnanj, za katera velja člen 81 ES, ampak po analogiji tudi za zlorabe prevladujočega položaja, za katere velja prepoved iz člena 82 ES. Navsezadnje ni mogoče na podlagi ničesar izključiti, da bi bilo tudi ravnanje pomočnika, ki zajema na primer strateško svetovanje ali ekonomska izvedenska mnenja, kaznovano v okviru uporabe člena 82 ES.

73. Na primer, pri uporabi člena 81 ES bi bilo lahko tako dovolj dokazati, da je podjetje bolj ali manj spodbujalo ali pomagalo podjetjem, ki so se odločila za tajna ravnanja na danem trgu, ne da bi se zahtevalo, da je neodvisno od njegove navzočnosti na tem trgu dejansko lahko izvajalo kakršen koli konkurenčni pritisk na podjetja, ki so delovala ali želela delovati na navedenem trgu, in sicer brez presoje gospodarske moči kartela.[27] V istem smislu bi bilo mogoče enemu ali več poslovnim partnerjem očitati, da so sodelovali pri zlorabi prevladujočega položaja, neodvisno od preučitve vprašanja, ali je to podjetje dejansko imelo tak položaj na dobro opredeljenem trgu in ali je lahko dejansko omejevalo konkurenco, ki se je izvajala na danem trgu.

74. Po mojem mnenju Splošno sodišče s potrditvijo ugotovitve Komisije v zvezi s tem ni upoštevalo pogojev iz člena 81(1) ES, razlaganega z vidika načela zakonitosti.

75. V teh okoliščinah načeloma ni treba ugotoviti, ali je pritožnica – kot trdi Komisija – lahko razumno predvidevala, da se prepoved iz člena 81(1) ES načeloma uporablja.

76. Glede na vse navedeno menim, da Komisija družbe AC-Treuhand ni mogla šteti za neposredno odgovorno za kršitev člena 81(1) ES.

77. Ali je bila ta lahko odgovorna na drugi podlagi? To bom preučil v nadaljevanju.

b) Ali je lahko družba, ki ne izvaja konkurenčnega pritiska na udeležence kartela, *sostorilka* kršitve prepovedi omejevalnih sporazumov?

78. Čeprav je treba po mojem mnenju izključiti odgovornost podjetja, kot je družba AC-Treuhand, kot glavnega storilca, ker ne deluje na upoštevnem trgu ali trgih, povezanih s kartelom, se postavlja še vprašanje, ali je mogoče tako podjetje šteti za odgovorno za sostorilstvo, pri čemer je treba navesti, da se – drugače kot v sodbi AC-Treuhand I (glej zlasti točko 133) – ta pojem v sporni odločbi in izpodbijani sodbi ne uporablja izrecno.

79. *A priori* je ta zamisel zelo privlačna. Sostorilstvo se namreč na splošno razume kot prispevanje k storitvi kršitve, zlasti s pomočjo ali podporo storilcu te kršitve. Sostorilec v zvezi s tem v kazenskem pravu številnih držav članic pomeni vsako osebo, ki je – ne da bi izpolnjevala merila za kršitev – s pozitivnim in najpogosteje namernim ravnanjem pomagala ali olajšala storitev kršitve.

80. Dejanja, ki se očitajo družbi AC-Treuhand (organizacija srečanj, razširjanje in arhiviranje dokumentacije, različna podpora in ukrepi za ohranitev tajnosti kartela), bi *a priori* lahko spadala v to opredelitev, ker je ravnanje navedenega podjetja zelo očitno vsebovalo pomoč udeležencem kartela pri vzpostavitvi in izvajanju tega kartela.

81. To pa ne spremeni dejstva, da je tako ugotovitev, ker ravnanja, ki so se v obravnavani zadevi štela za kazniva, niso bila ugotovljena in natančno opredeljena, očitno težko predvideti. V zvezi s tem sicer ni bilo nikjer navedeno, da je vloga, ki jo je imela družba AC-Treuhand, sekundarna ali podredna vlogi, ki so jo imela podjetja, udeležena v kartelu, na katera se nanaša sporna odločba.

27 — Za ponazoritev tega tveganja glej zlasti sodbi Deltafina/Komisija (T-29/05, EU:T:2010:355, točka 45 in naslednje) in Gütermann/Komisija (T-456/05 in T-457/05, EU:T:2010:168, točka 53).

82. Poleg tega in predvsem, čeprav – kolikor vem – obstaja skoraj soglasno dopuščanje razlikovanja med „storilcem“ in „sostorilcem“ kršitve na področju kazenskega pregona, se mi zdi, da tako razlikovanje na splošno ni znano na upravnem področju. Vendar pa je, kot je Sodišče potrdilo ob številnih priložnostih in čeprav bi to lahko bilo predmet razprave, konkurenčno pravo Unije upravne narave. Uporaba koncepta sostorilstva zato v tem kontekstu načeloma ni smiselna. Čeprav v pravu držav članic obstajajo položaji, v katerih je predvideno kaznovanje oseb ali subjektov, ki so pomagali pri storitvi kršitve pravil o konkurenci, primeri, ki sem jih lahko odkril, ostajajo redki, se nanašajo na posebne nacionalne določbe [28] ali so neposredna posledica sodbe AC-Treuhand I. [29]

83. Vsekakor pa taka inkriminacija ne izhaja iz besedila člena 81 ES ali pravil, sprejetih za njegovo izvajanje.

84. Glede na vse navedeno menim, da v sedanjem stanju prava Unije pregon družbe AC-Treuhand na podlagi člena 81(1) ES nima pravne podlage.

85. To ne izključuje, da se lahko dejanja sostorilstva, ki se očitajo družbi AC-Treuhand, v prihodnosti kaznujejo na podlagi posebne določbe.

86. V zvezi s tem se mi zdi zanimivo omeniti, da se je zakonodajalec v nekaterih državah članicah odločil za sprejetje posebnih pravil za kaznovanje ravnanj „pomočnika“, ki pa so najpogosteje del kazenskega prava. Primer Združenega kraljestva po mojem mnenju ponazarja omejitve pravil o konkurenci za razumevanje ukrepov podpore za vzpostavitev protikonkurenčnih ravnanj, ker je bilo z uvedbo posebne obtožbe („*criminal cartel offence*“), predvidene v členu 188 Enterprise Act iz leta 2002 [30], ki je začel veljati junija 2003, odločeno, da se kaznuje pomočnik v zadevi „kartel v zvezi s cevmi za uporabo v pomorstvu“ [31].

87. Po mojem mnenju lahko le zakonodajalec Unije določi kršitev, ki zadeva sostorilce pri kršitvah konkurenčnega prava. V zvezi s tem želim poudariti, da mora biti želja institucij, da se zagotovi učinkovitost politik, ki jih želijo izvajati, usklajena z zahtevami zakonitosti in pravne varnosti. Kot je poudaril neki avtor, doktrina polnega učinka ne sme privesti Sodišča do tega, da določbe Pogodbe razlaga v smislu največje razširitve pristojnosti institucij, ampak mora omogočiti razlago upoštevnih pravil v skladu z njihovim ciljem in namenom. [32]

88. Iz vseh teh razlogov se mi zdi, da je prvi pritožbeni razlog utemeljen in da je treba izpodbijano sodbo razveljaviti, ne da bi bilo treba odločiti o drugih pritožbenih razlogih.

89. Ker se zdi, da stanje postopka dovoljuje odločitev v zadevi, poleg tega Sodišču predlagam, naj sporno odločbo razglasi za nično v delu, ki se nanaša na družbo AC-Treuhand.

28 — Glej zlasti sodbo cour d'appel de Paris z dne 26. septembra 1991, v kateri je bilo predvideno kaznovanje odvetnika zaradi pravnih nasvetov o mehanizmu usklajenih ravnanj, hkrati pa je bilo razsojeno, da za te nasvete velja poslovna skrivnost. Omeniti je treba, po eni strani, da člen L. 420-1 francoskega trgovinskega zakonika, ki se nanaša na omejevalne sporazume, kot pogoj za uporabo ne določa, da morajo imeti udeleženci status podjetja, in po drugi strani, da člen L.420-6 navedenega zakonika določa možnost kaznovati z globo ali zaporno kaznijo „vsako fizično osebo, ki z namenom zlorabe osebno ali odločilno sodeluje pri zasnovi, organizaciji ali izvajanju [protikonkurenčnih] ravnanj iz členov L. 420-1 in L. 420-2“.

29 — Nederlandse Mededingingsautoriteit (nizozemski organ, pristojen za konkurenco), sedaj Autoriteit Consument & Markt, je 12. junija 2009 kaznoval inženirsko podjetje zaradi njegove vloge pomočnika v sektorju pleskarstva (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). Pred nedavnim je z globo v višini 5 000 EUR kaznoval pomočnika v kmetijskem sektorju (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

30 — Ta člen določa: „An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings.“

31 — V skladu z odločitvijo, ki jo je sprejel UK Office of Fair Trading, so bile fizične osebe kaznovane z zapornimi kaznimi do treh let zaradi udeležbe v navedenem kartelu.

32 — Glej Pescatore, P., „Monisme et dualisme et ‚effet utile‘ dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne“, v *Une communauté de droit*, 2003, str. 340.

V – **Predlog**

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

1. Sodba Splošnega sodišča Evropske unije z dne 6. februarja 2014, AC-Treuhand/Komisija (T-27/10, EU:T:2014:59) se razveljavi.

2. Odločba Komisije C(2009) 8682 final z dne 11. novembra 2009 v zvezi s postopkom na podlagi člena 81 ES in člena 53 Sporazuma EGP (zadeva COMP/38.589 – Toplotni stabilizatorji) se razglasi za nično v delu, ki se nanaša na družbo AC-Treuhand AG.

3. Evropski komisiji se naloži plačilo stroškov postopka na prvi stopnji in pritožbenega postopka.