

PRESUDA OPĆEG SUDA (treće vijeće)

12. prosinca 2012.(\*)

„Tržišno natjecanje – Koncentracije – Odluka o izricanju novčane kazne zbog provedbe koncentracije – Obveza privremene odgode koncentracije – Obveza obrazlaganja – Pogreška u ocjeni – Zastara – Iznos novčane kazne”

U predmetu T-332/09,

**Electrabel**, sa sjedištem u Bruxellesu (Belgija), koji zastupaju M. Pittie i P. Honoré, odvjetnici,

tužitelj,

protiv

**Europske komisije**, koju zastupaju A. Bouquet i V. Di Bucci, u svojstvu agenata,

tuženika,

povodom zahtjeva, u prvom redu, za poništenje Odluke Komisije C(2009) 4416 od 10. lipnja 2009. o izricanju novčane kazne zbog provedbe koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe Vijeća (EEZ) br. 4064/89 (predmet COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie nationale du Rhône) i, podredno, zahtjeva za poništenje ili smanjenje iznosa novčane kazne izrečene tužitelju tom odlukom,

OPĆI SUD (treće vijeće),

u sastavu: O. Czúcz (izvjestitelj), predsjednik, I. Labucka i D. Gratsias, suci,

tajnik: C. Kristensen, administratorica,

uzimajući u obzir pisani postupak i nakon rasprave održane 30. studenoga 2011.,

donosi sljedeću

**Presudu**

**Činjenice iz kojih proizlazi spor**

- 1 Tužitelj Electrabel društvo je osnovano u skladu s belgijskim pravom koje se u osnovi bavi proizvodnjom, prodajom, trgovanjem i operativnim upravljanjem mrežama u području električne energije i prirodnog plina. U vrijeme nastanka činjenica bio je dio grupe Suez, industrijske grupe koja se bavi upravljanjem javnim komunalnim uslugama kao partner lokalnih tijela, poduzetnika i pojedinaca u području električne energije, plina, energetskih usluga, vodnog gospodarstva i gospodarenja otpadom. Od 22. srpnja 2008. dio je grupe GDF Suez, koja je nastala spajanjem grupe Gaz de France s grupom Suez. U Francuskoj djelatnosti obavlja preko svojeg društva kćeri Electrabel France.
- 2 Compagnie nationale du Rhône (CNR) francuski je javni poduzetnik čija je zadaća razvoj i iskorištavanje rijeke Rhône u okviru koncesije koju mu je dodijelila francuska država i koja je predmet posebnog zakonodavnog okvira, kako osobito proizlazi iz francuskog Zakona br. 80-3 od 4. siječnja 1980. o CNR-u (JORF od 5. siječnja 1980., str. 41.). CNR proizvodi i stavlja na tržište električnu energiju. Isto tako pruža usluge regulacije rijeka u Francuskoj i 20-ak drugih zemalja. U njegovu statutu navedeno je da je društvo s ograničenom odgovornošću u općem interesu pod kontrolom države pod istim uvjetima kao što su i nacionalni javni poduzetnici. Ima nadzorni odbor i upravu.
- 3 Francuskim Zakonom br. 2001-1168 od 11. prosinca 2001. o hitnim mjerama za gospodarske i financijske reforme (JORF od 12. prosinca 2001., str. 19703., u daljnjem tekstu: zakon Murcef) u članku 21. propisano je da je CNR društvo s ograničenom odgovornošću čiju većinu kapitala i dionica s pravom glasa moraju držati lokalna ili regionalna tijela te druge pravne osobe javnog prava ili poduzetnici koji pripadaju javnom sektoru. Do 2003. kapital CNR-a bio je isključivo u vlasništvu javnih subjekata ili javnih poduzetnika čiji je kapital u to vrijeme bio u potpunom vlasništvu države. Do tog trenutka dva najveća dioničara CNR-a bili su Société nationale des chemins de fer français (SNCF) i Électricité de France (EDF).
- 4 U okviru projekta stjecanja njemačkog društva Energie Baden-Württemberg AG (u daljnjem tekstu: EnBW) Komisija Europskih zajednica zahtijevala je od EDF-a da se obveže na prodaju svojeg udjela u CNR-u u skladu s Odlukom Komisije od 7. veljače 2001. o proglašenju koncentracije spojivom sa zajedničkim tržištem i Sporazumom o EGP-u (predmet COMP/M.1853 – EDF/EnBW) (SL 2002., L 59, str. 1., u daljnjem tekstu: Odluka EDF/EnBW).
- 5 Tužitelj je 24. lipnja 2003. stekao dionice u CNR-u koje čine 17,86 % njegova kapitala i 16,88 % njegovih glasačkih prava.
- 6 EDF i tužitelj potpisali su 27. lipnja 2003. obećanje o prodaji i kupnji dionica, na temelju kojeg je EDF prenio na tužitelja svoj cjelokupni udio u kapitalu CNR-a.
- 7 Tužitelj je 24. srpnja 2003. s društvom Caisse des dépôts et consignations (CDC) sklopio sporazum dioničara (u daljnjem tekstu: sporazum) u okviru CDC-ova stjecanja udjela SNCF-a u kapitalu CNR-a. Tim sporazumom osobito se utvrđuju:

- opcija prodaje i kupnje dionica CNR-a u slučaju stavljanja izvan snage pravila iz članka 21. zakona Murcef, kojim se tužitelju daje povlašteno pravo stjecanja svih ili dijela dionica javnog dioničara koje su stavljene na raspolaganje kao i udjela CDC-a,
  - usklađeno glasovanje na glavnoj skupštini ili u nadzornom odboru pri imenovanju predstavnika dioničara u nadzornom odboru i članova uprave CNR-a,
  - pravo na uzajamni prigovor ako druga stranka namjerava sklopiti sporazum o glasovanju s jednim ili više drugih dioničara.
- 8 Tužitelj je 23. prosinca 2003. došao u posjed dionica koje su do tada držali EDF i Trgovačka i industrijska komora Villefranchea i Beaujolaisa (Francuska) te time povećao svoj udio kapitala u CNR-u na 49,95 % i udio glasačkih prava na 47,92 %.
- 9 Tužitelj je 9. kolovoza 2007. od Komisije zatražio njezino mišljenje o njegovu stjecanju *de facto* isključive kontrole nad CNR-om. Uspostavljen je dijalog sa službama Komisije kako bi se utvrdilo postoji li stvarno takva kontrola te odredile informacije potrebne za podnošenje obrasca prijave u skladu s Uredbom Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.). Dana 26. ožujka 2008. podnesen je službeni obrazac prijave (u daljnjem tekstu: obrazac CO), u kojem je tužitelj naveo da je 2007. stekao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om. Odlukom od 29. travnja 2008. (predmet COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie nationale du Rhône) (u daljnjem tekstu: odluka o odobrenju) Komisija se nije usprotivila toj koncentraciji te ju je proglasila spojivom sa zajedničkim tržištem na temelju članka 6. stavka 1. točke (b) Uredbe br. 139/2004, ali je ostavila otvoreno pitanje točnog datuma na koji je tužitelj stekao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om.
- 10 Tužitelj je 17. prosinca 2008. primio obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, u skladu s kojom je Komisija donijela privremeni zaključak da je koncentracija između tužitelja i CNR-a provedena 23. prosinca 2003. prije no što je prijavljena Komisiji i prije no što je proglašena spojivom sa zajedničkim tržištem, čime je povrijeđen članak 7. stavak 1. Uredbe Vijeća (EEZ) br. 4046/89 od 21. prosinca 1989. o kontroli koncentracija između poduzetnika (ispravljena verzija SL 1990., L 257, str. 13.), kako je izmijenjena Uredbom Vijeća (EZ) br. 1310/97 od 30. lipnja 1997. (SL L 180., str. 1.).
- 11 Tužitelj je 13. veljače 2009. odgovorio na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.
- 12 Dana 11. ožujka 2009. održano je saslušanje.
- 13 Komisija je 10. lipnja 2009. donijela Odluku C(2009) 4416 o izricanju novčane kazne zbog provedbe koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 (predmet COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie nationale du Rhône) (u daljnjem tekstu: pobijana odluka).

14 Izreka pobijane odluke glasi kako slijedi:

„Članak 1.

[Tužitelj] je provedbom koncentracije od značaja za cijelu Zajednicu u razdoblju od 23. prosinca 2003. do 9. kolovoza 2007., prije no što je bila prijavljena i proglašena spojivom sa zajedničkim tržištem, povrijedio članak 7. stavak 1. [Uredbe br. 4064/89].

Članak 2.

[Tužitelju] se zbog povrede iz članka 1. izriče novčana kazna u iznosu od 20 000 000 EUR.

Članak 3.

Novčanu kaznu iz članka 2. potrebno je platiti u eurima u roku od tri mjeseca [...].”  
[neslužbeni prijevod]

### **Postupak i zahtjevi stranaka**

15 Zahtjevom podnesenim tajništvu Općeg suda 20. kolovoza 2009. tužitelj je pokrenuo ovaj postupak.

16 Tužitelj u biti od Općeg suda zahtijeva da:

- poništi pobijanu odluku u cijelosti,
- podredno, poništi članke 2. i 3. pobijane odluke ili barem smanji iznos novčane kazne izrečene tužitelju u članku 2.,
- naloži Komisiji snošenje troškova.

17 Komisija od Općeg suda zahtijeva da:

- odbije tužbu,
- naloži tužitelju snošenje troškova.

18 Na temelju izvještaja suca izvjestitelja Opći sud (treće vijeće) odlučio je otvoriti usmeni dio postupka te, u okviru mjera upravljanja postupkom koje su predviđene u članku 64. Poslovnika Općeg suda, postaviti pisana pitanja strankama i zahtijevati od tužitelja dostavu određenih dokumenata. Stranke su postupile u skladu s tim zahtjevima u propisanom roku.

19 Na raspravi održanoj 30. studenoga 2011. saslušana su izlaganja stranaka i odgovori na usmena pitanja koja im je postavio Opći sud.

### **Pravo**

20 Tužitelj u potporu tužbi navodi glavne i podredne zahtjeve. U potporu glavnim zahtjevima tužitelj se poziva na dva tužbena razloga za poništenje pobijane odluke u cijelosti. Prvi tužbeni razlog temelji se na povredi članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 i povredi članka 253. UEZ-a jer Komisija nije pravilno kvalificirala povredu i jer pobijana odluka sadržava proturječno obrazloženje. Drugi tužbeni razlog temelji se na povredi članka 3. stavka 3. i članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 te povredi načela u skladu s kojim je Komisija dužna poštovati pravila koja si je sama odredila. U potporu podrednim zahtjevima tužitelj se poziva na dva tužbena razloga za poništenje novčane kazne ili smanjenje njezina iznosa. Treći tužbeni razlog temelji se na povredi članka 1. Uredbe Vijeća (EEZ) br. 2988/74 od 26. studenoga 1974. o zastarama u postupcima i izvršenju sankcija sukladno pravilima Europske ekonomske zajednice u području prometa i tržišnog natjecanja (SL L 319, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 7., svezak 22., str. 3.) jer je ovlast Komisije za izricanje sankcije tužitelju zastarjela. Četvrti tužbeni razlog temelji se na povredi članka 14. stavka 2. Uredbe br. 4064/89 i povredi načela proporcionalnosti, dobre uprave i legitimnih očekivanja.

*1. Glavni zahtjevi za poništenje pobijane odluke*

21 Opći sud smatra korisnim prije razmatranja prvog tužbenog razloga ocijeniti drugi tužbeni razlog.

*Drugi tužbeni razlog, koji se temelji na povredi članka 3. stavka 3. i članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 te povredi načela u skladu s kojim je Komisija dužna poštovati pravila koja si je sama odredila*

22 Tužitelj u biti tvrdi da je Komisija počinila više pogrešaka kada je smatrala da je tužitelj *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om stekao 23. prosinca 2003.

23 Komisija osporava da je njezina analiza pogrešna.

24 Potrebno je podsjetiti da je u članku 3. stavku 1. Uredbe br. 4064/86 koncentracija definirana kao spajanje dvaju ili više poduzetnika koji su prije bili nezavisni ili stjecanje izravne ili neizravne kontrole nad cijelim ili nad dijelovima jednog ili više poduzetnika od strane jedne ili više osoba koje već kontroliraju najmanje jednog poduzetnika ili od strane jednog ili više poduzetnika, bilo kupnjom vrijednosnih papira ili imovine na temelju ugovora ili na bilo koji drugi način. Ta je odredba dodatno pojašnjena u članku 3. stavku 3. iz kojeg proizlazi da se kontrola temelji na pravima, ugovorima ili bilo kakvom drugom sredstvu, koje zasebno ili u kombinaciji, vodeći računa o svim činjeničnim i pravnim okolnostima, omogućava izvršavanje odlučujućeg utjecaja na djelatnost poduzetnika.

25 Prigovori tužitelja osobito se odnose na uvodne izjave od 40. do 173. pobijane odluke, u kojima Komisija objašnjava činjenične i pravne okolnosti zbog kojih je smatrala da je tužitelj stekao isključivu kontrolu nad CNR-om u smislu članka 3. stavka 3. Uredbe br. 4064/89 s učinkom od 23. prosinca 2003. i da je osobito na taj dan došlo do trajne promjene kontrole. Komisija u uvodnoj izjavi 174. pobijane odluke zaključuje da je tužitelj 23. prosinca 2003. proveo koncentraciju od značaja za cijelu Zajednicu povredom

članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, kojim je propisano da se koncentracija koja je obuhvaćena područjem primjene te uredbe ne provodi prije nego što bude prijavljena ili dok se ne ocijeni spojivom sa zajedničkim tržištem.

- 26 Komisija u pobijanoj odluci navodi šest indicija na kojima temelji svoj zaključak:
- tužitelj je 23. prosinca 2003. stjecanjem udjela EDF-a postao daleko najveći dioničar CNR-a i osigurao *de facto* apsolutnu većinu na njegovoj glavnoj skupštini, osobito s obzirom na svoj udio u kapitalu CNR-a od 49,95 %, koji čini 47,92 % glasačkih prava, veliku raspršenost dioničara osim CDC-a (koji je imao 22 % kapitala i 20 % glasačkih prava) jer je gotovo 200 lokalnih tijela i drugih lokalnih pravnih subjekata imalo 16,82 % kapitala i stopu nazočnosti dioničara na glavnim skupštinama CNR-a u posljednjim trima godinama (uvodne izjave od 41. do 77. pobijane odluke),
  - tužitelj je od 2003. imao apsolutnu većinu u upravi CNR-a i sredstva za zadržavanje te većine (uvodne izjave od 78. do 86. pobijane odluke),
  - zakonom Murcef tužitelju nije bilo onemogućeno stjecanje kontrole nad CNR-om (uvodne izjave od 87. do 93. pobijane odluke),
  - tužitelj je od 2003., nakon što je od EDF-a preuzeo industrijsku ulogu u CNR-a, bio jedini industrijski dioničar CNR-a te je imao glavnu ulogu u njegovu operativnom upravljanju (uvodne izjave od 94. do 126. pobijane odluke),
  - od 2004. rukovoditelji CNR-a i grupe Suez *de facto* su CNR smatrali dijelom grupe Suez (uvodne izjave od 127. do 158. pobijane odluke), i
  - tužitelj je imao pravo povlaštenog upisa drugih dionica CNR-a (uvodne izjave od 159. do 164. pobijane odluke).
- 27 Drugi tužbeni razlog tužitelja podijeljen je na tri dijela. U prvom dijelu tvrdi da Komisija nije uzela u obzir temeljno obilježje CNR-a. U drugom dijelu tvrdi da je Komisija nepotpuno i nepravilno primijenila ispitivanje iz svojih „Smjernica” i počinila pogreške u ocjeni indicije koja se odnosi na većinu na glavnim skupštinama CNR-a. Naposljetku, tužitelj u trećem dijelu upućuje na tri pogreške u pogledu drugih indicija koje je Komisija navela u pobijanoj odluci, odnosno i. činjenicu da je tužitelj od 2003. imao većinu u upravi CNR-a, ii. izjave rukovoditelja CNR-a i grupe Suez i iii. postojanje prava povlaštenog upisa određenih dionica CNR-a.
- 28 Komisija prvo napominje da je drugi tužbeni razlog tužitelja bespredmetan jer je usmjeren protiv samog postojanja povrede. Tužitelj ne osporava postojanje povrede, već eventualno njezino trajanje, čime se ne može opravdati poništenje pobijane odluke u cijelosti. Komisija se poziva na određene tvrdnje tužitelja iz nacрта obrasca CO od 17. siječnja 2008. i na činjenicu da prijavom koncentracije tužitelj u svakom slučaju priznaje da je stekao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om bez odobrenja. Prema mišljenju Komisije, osporavanje

trajanja povrede može eventualno biti relevantno za utvrđivanje iznosa novčane kazne, ali ne za kvalifikaciju činjenica povrede.

- 29 Tužitelj u tom pogledu tvrdi da je prijavom koncentracije 2007. nastojao ispuniti obvezu prijave koncentracije iz članka 4. Uredbe br. 4064/89.
- 30 Taj članak odnosi se na obvezu prethodne prijave koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu. U njegovu prvom stavku navedeno je da se koncentracije koje su od značaja za cijelu Zajednicu prijavljuju Komisiji najkasnije tjedan dana nakon zaključivanja ugovora ili objave javnog nadmetanja ili stjecanja kontrolnog udjela. Valja istaknuti da tužitelj ispravno tvrdi da se prijava transakcije u skladu s navedenom odredbom, u okviru postupka zbog povrede kao što je onaj o kojem je riječ u ovom slučaju, ne može smatrati njegovim priznanjem da je povrijedio obvezu privremene odgode koncentracije iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89.
- 31 U području prava tržišnog natjecanja Komisija mora u slučaju spora o postojanju povrede dokazati povrede koje utvrđuje i iznijeti dokaze kojima se u dovoljnoj mjeri može dokazati postojanje činjenica koje predstavljaju povredu (vidjeti po analogiji presude Suda od 17. prosinca 1998., Baustahlgewebe/Komisija, C-185/95 P, Zb., str. I-8417., t. 58., i od 6. siječnja 2004., BAI i Komisija/Bayer, C-2/01 P i C-3/01 P, Zb., str. I-23., t. 62., te presudu Općeg suda od 17. rujna 2007., Microsoft/Komisija, T-201/04, Zb., str. II-3601., t. 688.). U tu svrhu mora prikupiti dovoljno precizne i usklađene dokaze na kojima se temelji čvrsto uvjerenje da je navodna povreda počinjena (vidjeti u tom smislu i po analogiji presude Suda od 28. ožujka 1984., CRAM i Rheinzink/Komisija, 29/83 i 30/83, Zb., str. 1679., t. 20., i od 31. ožujka 1993., Ahlström Osakeyhtiö i dr./Komisija, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 i od C-125/85 do C-129/85, Zb., str. I-1307., t. 127., te presudu Općeg suda od 21. siječnja 1999., Riviera Auto Service i dr./Komisija, T-185/96, T-189/96 i T-190/96, Zb., str. II-93., t. 47.).
- 32 Stoga je Komisija bila dužna u pobijanoj odluci prikupiti dovoljno precizne i usklađene dokaze za utvrđenje povrede članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89.
- 33 Doista, elemente na koje se poziva Komisija u potporu svojem početnom argumentu, kao što je činjenica da je tužitelj prijavio koncentraciju ili naveo tvrdnje u nacrtu obrasca FO, te isto tako pitanje zakonitosti pozivanja Komisije pred Općim sudom na tvrdnje navedene u takvom nacrtu obrasca moguće je, po potrebi, ispitati sa stajališta dostatnosti dokaza o postojanju povrede. Postupci pred Općim sudom uređeni su načelom slobodne ocjene dokaza, pri čemu je jedini relevantan kriterij za ocjenjivanje podnesenih dokaza njihova vjerodostojnost (presuda Općeg suda od 8. srpnja 2004., JFE Engineering i dr./Komisija, T-67/00, T-68/00, T-71/00 i T-78/00, Zb., str. II-2501., t. 273.).
- 34 Međutim, na takve se argumente nije moguće pozvati kako bi se tužitelju uskratila mogućnost osporavanja sastavnih elemenata povrede za koje teret dokazivanja snosi Komisija, kao što je osobito njezino trajanje.

- 35 Konkretno, u pogledu upućivanja Komisije na tvrdnju tužitelja iz nacrtu obrasca CO od 17. siječnja 2008. prema kojoj se čini da *de facto* isključiva kontrola postoji od 2004., dok je u konačnom obrascu tužitelj tvrdio da je kontrolu stekao 2007., valja napomenuti, s jedne strane, da iako poduzetnikovo izričito ili implicitno priznavanje činjeničnih ili pravnih pitanja tijekom upravnog postupka pred Komisijom može predstavljati dodatni dokaz tijekom ocjene osnovanosti sudske tužbe, njime se ne može ograničiti samo ostvarivanje prava na podnošenje tužbe pred Općim sudom koje fizička ili pravna osoba ima na temelju članka 230. četvrtog stavka UEZ-a (vidjeti u tom smislu presudu Suda od 1. srpnja 2010., Knauf Gips/Komisija, C-407/08 P, Zb., str. I-6371., t. 90.). S druge strane, riječ je o podrednom elementu koji je Komisija navela u uvodnoj izjavi 166. pobijane odluke nakon što je u uvodnoj izjavi 165. zaključila da je povreda postojala od 23. prosinca 2003. U tim okolnostima argument Komisije da je tužbeni razlog tužitelja bespredmetan jer je priznao povredu u nacrtu obrasca CO valja odbiti i stoga nema potrebe za odlučivanjem o argumentu tužitelja da se Komisija pred Općim sudom ne može pozvati na informacije iz nacrtu obrasca CO jer je taj dokument dostavljen na povjerljivoj osnovi.
- 36 Naposljetku, čak i ako bi se tužitelj ograničio na osporavanje trajanja povrede, prihvaćanje njegovih argumenata moglo bi dovesti do djelomičnog poništenja članka 1. pobijane odluke (vidjeti u tom smislu i po analogiji presudu Općeg suda od 25. listopada 2005., Groupe Danone/Komisija, T-38/02, Zb., str. II-4407., t. od 211. do 213.), kako, uostalom, Komisija priznaje.
- 37 U tim okolnostima tužbeni se razlog ne može odbiti kao bespredmetan.
- 38 Opći sud smatra prikladnim prije analize prvog i trećeg dijela drugog tužbenog razloga prvo ispitati argumente navedene u okviru njegova drugog dijela. Osim toga, prvi dio i prvi prigovor iznesen u okviru trećeg dijela ispitat će se zajedno jer su argumenti na kojima se temelje usko povezani.
- Drugi dio drugog tužbenog razloga, koji se temelji na nepotpunoj i nepravilnoj primjeni ispitivanja koje je Komisija utvrdila u svojim „smjernicama” i pogreškama u ocjeni indicije koja se odnosi na većinu na glavnim skupštinama CNR-a
- 39 Tužitelj pri pozivanju na pogreške u ocjeni pri primjeni „smjernica” upućuje na primjenu Obavijesti Komisije o pojmu koncentracije prema Uredbi br. 4064/89 (SL 1998., C 66, str. 5., u daljnjem tekstu: obavijest o pojmu koncentracije) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 9.) i pročišćene obavijesti Komisije o nadležnostima u skladu s Uredbom Vijeća (EZ) br. 139/2004 o kontroli koncentracija između poduzetnika (ispravljena verzija SL 2009., C 43, str. 10., u daljnjem tekstu: pročišćena obavijest o nadležnostima). U biti tvrdi da je Komisija nepotpuno i nepravilno primijenila ispitivanje u pogledu stjecanja *de facto* isključive kontrole manjinskog dioničara koje je preporučeno u tim obavijestima te da je počinila pogreške u ocjeni indicije koja se odnosi na većinu na glavnim skupštinama CNR-a jer je u biti provela kvantitativno ispitivanje, iako je u tim obavijestima isto tako jasno navedeno da je potrebno provesti prognostičku i globalnu analizu te primijeniti kvalitativne, a ne kvantitativne kriterije kako bi se utvrdilo je li transakcija koncentracija.

- 40 U tom pogledu valja napomenuti da se tužitelj, kako je navedeno u uvodnoj izjavi 53. pobijane odluke, ne može pozvati na pročišćenu obavijest o nadležnostima. Točno je da je u točki 2. pročišćene obavijesti o nadležnostima navedeno da se tom obaviješću zamjenjuje obavijest o pojmu koncentracije. Međutim, iako je u točki 1. pročišćene obavijesti o nadležnostima navedeno da je „[s]vrha ove obavijesti pružiti upute o pitanjima nadležnosti u skladu” s Uredbom br. 139/2004, iz članka 26. stavka 2. te uredbe, na koju se upućuje u pobijanoj odluci, proizlazi da se Uredba br. 4064/89 i dalje primjenjuje na koncentracije koje su prije 1. svibnja 2004. bile predmet sporazuma ili objave ili kojima je stečena kontrola u smislu članka 4. stavka 1. te uredbe. U ovom slučaju Komisija, koja je željela sankcionirati provedbu koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, zapravo je smatrala da je tužitelj 23. prosinca 2003. stekao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om. Budući da je u skladu s tekstom njezine točke 1. svrha obavijesti o pojmu koncentracije pružiti upute o tome kako Komisija tumači pojam koncentracije iz članka 3. Uredbe br. 4064/89, valja smatrati da se tužitelj u ovom slučaju može pozvati samo na obavijest o pojmu koncentracije. Međutim, to pojašnjenje ne utječe na analizu koju treba provesti u okviru ovog dijela tužbenog razloga. Kako stranke priznaju, tekst dviju obavijesti ne razlikuje se bitno u pogledu ispitivanja predloženog za utvrđivanje postojanja *de facto* isključive kontrole manjinskog dioničara. Kao i u pročišćenoj obavijesti o nadležnostima, u obavijesti o pojmu koncentracije navedeno je da Komisija pri utvrđivanju je li transakcija koncentracija primjenjuje kvalitativne, a ne kvantitativne kriterije, usredotočujući se pritom na pojam kontrole (točka 4.).
- 41 Osim toga, kako tužitelj napominje i Komisija ne osporava, Komisija je očito obvezana obavijestima koje donese u području kontrole koncentracija pod uvjetom da one ne odstupaju od pravnih pravila Ugovora i Uredbe br. 4064/89 (vidjeti po analogiji presudu Općeg suda od 9. srpnja 2007., Sun Chemical Group i dr./Komisija, T-282/06, Zb., str. II-2149., t. 55.).
- 42 Naposljetku, valja kao prvo utvrditi da iako tužitelj upućuje na očite pogreške Komisije u ocjeni, njezina analiza okolnosti provedbe koncentracije podliježe potpunom nadzoru Općeg suda. Pojam koncentracije osnova je nadležnosti Komisije u skladu s Uredbom br. 4064/89 (vidjeti po analogiji presudu Općeg suda od 6. srpnja 2010., Aer Lingus Group/Komisija, T-411/07, Zb., str. II-3691., t. 62.). Osim toga, Komisija ne tvrdi da u tom pogledu raspolaže marginom prosudbe.
- 43 S obzirom na ta načela, valja redom ispitati tri navodne pogreške u ocjeni koje je Komisija počinila kada je smatrala da je tužitelj 23. prosinca 2003. stjecanjem udjela EDF-a postao daleko najveći dioničar CNR-a i osigurao apsolutnu većinu na glavnoj skupštini CNR-a.
- 44 Tužitelj prvo tvrdi da glasačka struktura na glavnim skupštinama u godinama prije prosinca 2003. nije relevantna. Prema njegovu mišljenju, Komisija nije uzela u obzir činjenicu da je glavni dioničar u to vrijeme bio EDF, društvo pod kontrolom države. Niska stopa sudjelovanja dioničara na glavnim skupštinama u trima godinama prije nego što je tužitelj kupio dionice EDF-a objašnjena je time da su drugi javni dioničari iskazali povjerenje EDF-u kad je riječ o zaštiti njihovih interesa. Dodaje da činjenica da EDF od Odluke

EDF/EnBW više nije bio ovlašten glasovati na glavnim skupštinama CNR-a i da je u tu svrhu imenovao opunomoćenika, nema utjecaja na povjerenje malih dioničara.

- 45 Valja napomenuti da se analiza Komisije iz pobijane odluke (uvodne izjave od 41. do 77.) temelji na nazočnosti i ponašanju dioničara na glavnim skupštinama održanima u trima godinama prije 23. prosinca 2003., koji smatra datumom na koji je tužitelj preuzeo *de facto* kontrolu nad CNR-om i da je na temelju toga zaključila kakva će biti situacija na budućim glavnim skupštinama CNR-a.
- 46 Taj je pristup u načelu u skladu s obaviješću o pojmu koncentracije i člankom 3. stavkom 3. Uredbe br. 4064/89. Njegova je namjena utvrditi je li tužitelj mogao izvršavati odlučujući utjecaj na CNR od kraja prosinca 2003., a iz obavijesti o pojmu koncentracije proizlazi da je nazočnost dioničara na glavnim skupštinama ciljnog društva glavna indicija u tom pogledu.
- 47 U točki 14. obavijesti o pojmu koncentracije navedeno je da se samostalnu kontrolu može steći i u slučaju „kvalificirane manjine” na pravnoj ili činjeničnoj osnovi. Kad je riječ o *de facto* isključivoj kontroli manjinskog dioničara, u točki 14. te obavijesti navedeno je da takva situacija nastaje, primjerice, kada je vrlo vjerojatno da će dioničar dobiti većinu glasova na glavnoj skupštini jer su ostali udjeli jako raspršeni. U takvom je slučaju malo vjerojatno da će na glavnoj skupštini biti nazočni ili zastupljeni svi manji dioničari. Postoji li isključiva kontrola ili ne, utvrđuje se na temelju nazočnosti dioničara u prethodnim godinama. Ako manjinski dioničar na temelju broja dioničara koji sudjeluju na glavnoj skupštini ima stabilnu većinu na toj skupštini, smatra se da on ima isključivu kontrolu nad poduzetnikom.
- 48 Stoga se u obavijesti o pojmu koncentracije za utvrđivanje buduće situacije jasno preporučuje analiza nazočnosti dioničara na glavnim skupštinama u prethodnim godinama. Komisija je u pobijanoj odluci primijenila upravo taj pristup. Komisija u tom pogledu pravilno navodi da se tvrdnja da je nakon povećanja kapitala, kojim se vrlo vjerojatno osigurava isključiva kontrola, potrebno nekoliko godina promatrati situaciju na glavnim skupštinama kako bi se potvrdilo stvarno postojanje takve kontrole, ne temelji na pravilnom tumačenju te obavijesti i mogla bi dovesti do sustava „probne *de facto* kontrole”, što se protivi sustavu prijave i prethodnog odobrenja koji je uveden Uredbom br. 4064/89.
- 49 Međutim, valja pojasniti da se prigovor tužitelja u pogledu irelevantnosti glasačke strukture na glavnim skupštinama prije prosinca 2003. u stvarnosti ne odnosi na činjenicu da je u obzir uzeto razdoblje od 2000. do 2003., već na ulogu EDF-a u tom razdoblju. Tužitelj u biti tvrdi da je s prijavom transakcije čekao više od tri godine jer na kraju 2003. nije postojala velika vjerojatnost da će u budućnosti imati većinu na glavnim skupštinama CNR-a. Prema njegovu mišljenju, bilo je potrebno pratiti događaje tri godine prije nego što je postalo vrlo vjerojatno da će imati većinu.
- 50 Kad je riječ o utvrđivanju datuma početka povrede obveze privremene odgode transakcije u ovom slučaju, tužitelj ispravno tvrdi da nije bilo koncentracije te stoga ni povrede članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 ako u prosincu 2003. nije postojala velika

vjerojatnost da će tužitelj steći kontrolu na budućim glavnim skupštinama. Osim toga, u takvim okolnostima ne bi postojala ni obveza prijave.

- 51 Kad je riječ o toj velikoj vjerojatnosti, Komisija je u pobijanoj odluci utvrdila da je tužitelj sa sigurnošću znao da može postići apsolutnu većinu na glavnim skupštinama 23. prosinca 2003., kada je stekao udio EDF-a (koji je činio 22,22 % kapitala i 20 % glasačkih prava) i time povećao svoj udio u kapitalu sa 17,86 % na 49,95 % i postao većinski dioničar CNR-a sa 47,92 % glasačkih prava. Ta sigurnost osobito je proizlazila iz velike raspršenosti dioničara osim CDC-a (koji je imao 22 % kapitala i 20 % glasačkih prava) jer je gotovo 200 lokalnih tijela i drugih lokalnih pravnih subjekata tada imalo 16,82 % kapitala (uvodna izjava 41.). Komisija je u uvodnoj izjavi 45. pobijane odluke predvidjela udio glasačkih prava na glavnim skupštinama koji bi imao dioničar s udjelom glasačkih prava od 47,92 % na dan 23. prosinca 2003., uzimajući u obzir stope sudjelovanja dioničara na glavnim skupštinama u četirima godinama prije stjecanja udjela EDF-a. Takav dioničar uvijek bi imao više od 60 % glasačkih prava.
- 52 Kao odgovor na argumente tužitelja iz njegova odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, kojima osporava analizu glasačke strukture na glavnim skupštinama u razdoblju od 2000. do 2003., Komisija je u uvodnim izjavama 57. i 58. pobijane odluke dodala da je uvjet za apsolutnu većinu tužitelja na glavnim skupštinama bio stopa sudjelovanja dioničara niža od 95,84 % te da je s obzirom na stopu sudjelovanja u tim godinama, koja je bila znatno niža od navedenog praga (kretala se između 43 % i 76,6 %), bilo iznimno malo vjerojatno da tužitelj nakon 23. prosinca 2003. neće imati apsolutnu većinu na glavnim skupštinama CNR-a.
- 53 Tužitelj osporava tu analizu pozivajući se, s jedne strane, na povjerenje koje su mali dioničari iskazali EDF-u u tom razdoblju i kojim se objašnjava niska stopa sudjelovanja na glavnim skupštinama tako da Komisija nije mogla na temelju nje izvesti nikakve zaključke za budućnost i, s druge strane, na pogrešku Komisije u analizi uloge opunomoćenika koji je ostvarivao pravo glasa EDF-a jer je u pobijanoj odluci navela da EDF od 1. travnja 2001. više nije izvršavao svoje ovlasti dioničara.
- 54 Komisija u pogledu prvog od dvaju elemenata s pravom tvrdi, u uvodnoj izjavi 61. pobijane odluke i pred Općim sudom, da ne postoje dokazi da su mali dioničari iskazali takvo povjerenje tadašnjem glavnom dioničaru EDF-u, društvu pod kontrolom francuske države, kojim bi se mogla objasniti niska stopa nazočnosti dioničara na glavnim skupštinama u trima godinama prije prijenosa dionica EDF-a na tužitelja. Tim argumentom stoga se ne može dovesti u pitanje relevantnost stopa nazočnosti u razdoblju od 2000. do 2003. za analizu Komisije.
- 55 Kad je riječ o drugom elementu, koji se odnosi na navodnu pogrešku Komisije u analizi uloge opunomoćenika koji je nakon Odluke EDF/EnBW ostvarivao glasačka prava EDF-a, Komisija je u uvodnoj izjavi 61. pobijane odluke utvrdila da EDF od 1. travnja 2001. nije ostvarivao svoje ovlasti dioničara na glavnim skupštinama i u upravi. Protivno tvrdnjama tužitelja, ta analiza nije pogrešna. Temelji se na činjenici da je obvezama preuzetima u okviru Odluke EDF/EnBW bilo predviđeno da od 1. travnja 2001. glasačka

prava EDF-a na glavnim skupštinama i u upravi CNR-a ostvaruje opunomoćenik koji djeluje potpuno neovisno o strankama.

- 56 Tim je obvezama u dijelu A, koji se odnosi na odnose s CNR-om, predviđeno da se „EDF obvezuje, s obzirom na to da više neće sudjelovati u poslovnoj politici CNR-a i njegovu ponašanju na tržištu, da će se odreći ostvarivanja svojih glasačkih prava u CNR-u i povući svoje predstavnike iz uprave CNR-a do 31. ožujka 2001.” [neslužbeni prijevod] Navedeno je i da će „[o]punomoćenik djelovati kao skrbnik nad dionicama EDF-a u CNR-u.” [neslužbeni prijevod] Osim toga, na kraju dijela C tih obveza navedeno je da će opunomoćenik svoje dužnosti obnašati kao neovisna nepovezana treća strana. U tim okolnostima, tvrdnja tužitelja da su mali dioničari mogli i dalje smatrati da su dionice EDF-a u tom razdoblju ostale u javnom sektoru nije uvjerljiva jer se zbog neovisnosti opunomoćenika nije moglo pretpostaviti da će se i dalje zastupati samo interesi javnog sektora.
- 57 Prvi prigovor stoga valja odbiti.
- 58 Drugo, tužitelj tvrdi da je Komisija počinila pogrešku kada je smatrala da je 23. prosinca 2003. matematički bilo sigurno da će tužitelj postići apsolutnu većinu na glavnim skupštinama CNR-a samo zato što bi za sprječavanje donošenja njegovih prijedloga bila potrebna stopa sudjelovanja dioničara od 95,84 %. U potporu toj tvrdnji tužitelj se osobito poziva na stalno povećanje stope sudjelovanja dioničara na glavnim skupštinama prije transakcije za 10 % i Odluku Komisije od 20. prosinca 2006. o neprotivljenju prijavljenoj koncentraciji (predmet COMP/M.4336 – MAN/Scania) (u daljnjem tekstu: Odluka MAN/Scania). Tužitelj napominje da je u tom predmetu Komisija, u pogledu pitanja kontrolira li Volkswagen društvo MAN, smatrala da je povećanje stope sudjelovanja dioničara na glavnim skupštinama za 20 % bilo moguće zbog povećanog nadzora drugih manjinskih dioničara nad Volkswagenom nakon što je on povećao svoj udio u kapitalu MAN-a.
- 59 Kad je riječ o fluktuaciji stope nazočnosti dioničara na glavnim skupštinama CNR-a u razdoblju od 2000. do 2003., tužitelj navodi da se stopa sudjelovanja stalno povećavala za oko 10 % na svakoj novoj glavnoj skupštini te da stoga povećanje od 20 % (sa 76,6 % u studenom 2002. na 95,84 % nakon prosinca 2003.) nije bilo nevjerojatno.
- 60 Valja utvrditi da se ta analiza temelji na selektivnom predstavljanju činjenica. Kako tvrdi Komisija, tužitelj ne uzima u obzir glavne skupštine na kojima se nazočnost dioničara smanjila. Iz tablice 2. i bilješke 31. pobijane odluke proizlazi da su stope sudjelovanja dioničara na redovitim, izvanrednim i kombiniranim glavnim skupštinama CNR-a u razdoblju od 2000. do 2003. bile 72,2 % (27. lipnja 2000.), 43 % (21. prosinca 2000.), 55,2 % (28. lipnja 2001.), 62,9 % (21. lipnja 2002.), 76,6 % (redovita skupština 28. studenoga 2002.), 72,6 % (izvanredna skupština 28. studenoga 2002.), 67 % (redovita skupština 25. lipnja 2003.) i 68,5 % (izvanredna skupština 25. lipnja 2003). Stoga nije netočna tvrdnja Komisije pred Općim sudom da je, neovisno o znatnom padu nakon kojeg je uslijedio djelomičan oporavak, stopa sudjelovanja dioničara općenito ostala stabilna i da se u razdoblju od 2000. do 2003. smanjila za 3,7 %.

- 61 Osim toga, iz tablice 2. pobijane odluke rzvidno je da čak i kada je sudjelovanje dioničara na glavnim skupštinama bilo najveće (76,6 % na glavnoj skupštini 28. studenoga 2002.), dioničaru, kao što je tužitelj nakon završetka prosinca 2003., koji je imao 47,92 % glasačkih prava, bila je zajamčena većina glasačkih prava nazočnih ili zastupljenih dioničara.
- 62 Isto tako, argument tužitelja da bi se stopa sudjelovanja dioničara mogla povećati za 20 % nakon 2004. nije uvjerljiv jer povećanje utvrđeno u razdoblju od 2000. do 2003. nije bilo stalno, što je potvrđeno, primjerice, smanjenjem sudjelovanja dioničara na glavnoj skupštini u lipnju 2003. zbog izostanka SNCF-a. Podredno valja napomenuti da čak i ako podaci o sudjelovanju na glavnim skupštinama održanima nakon 2003. nisu prikladni kao dokaz da bi tužitelj s velikom vjerojatnošću mogao od 23. prosinca 2003. nametnuti svoje odluke, njima se potvrđuje znatno povećanje sudjelovanja nakon tog datuma. Neovisno o tome, kako navodi Komisija, to povećanje može se objasniti nazočnošću CDC-a, koji je stekao udio SNCF-a od 20 %. U svakom slučaju, kako je vidljivo iz tablice 3. pobijane odluke, tužitelj je samostalno, čak i s najvišom stopom sudjelovanja na glavnoj skupštini u lipnju 2006., i dalje imao većinu glasova.
- 63 Osim toga, kad je riječ o Odluci MAN/Scania navedenoj gore u točki 58., valja podsjetiti da Komisija i *a fortiori* Opći sud nisu u ovom slučaju vezani činjeničnim utvrđenjima i ocjenama iz prethodne odluke Komisije (vidjeti u tom smislu presude Općeg suda od 14. prosinca 2005., General Electric/Komisija, T-210/01, Zb., str. II-5575., t. od 118. do 120., i Sun Chemical Group i dr./Komisija, točka 41. *supra*, t. 88., i navedenu sudsku praksu).
- 64 Osim toga, Komisija s pravom razlikuje situaciju Volkswagena, koja je predmet Odluke MAN/Scania, od situacije tužitelja u ovom slučaju. Tužitelj se poziva na Odluku MAN/Scania kao primjer predmeta u kojem je Komisija utvrdila da će se sudjelovanje dioničara na glavnim skupštinama vjerojatno povećati za 20 %. U tom predmetu Volkswagen je imao 21,6 % glasačkih prava u MAN-u i Komisija je smatrala prikladnim ispitati je li taj udio doveo do *de facto* kontrole. Prihvatila je tvrdnju MAN-a da je vjerojatno povećanje stope sudjelovanja na njegovim glavnim skupštinama za 20 % sa 40 % na 60 %, čime se isključuje kontrola Volkswagena.
- 65 Međutim, u ovom slučaju tužitelj je na kraju 2003. imao 47,92 % glasačkih prava, što je više od dvostrukog iznosa Volkswagena. Za postizanje sudjelovanja od 95,84 % na glavnoj skupštini i sprječavanje donošenja prijedlogâ tužitelja, stopa sudjelovanja dioničara na glavnim skupštinama CNR-a trebala bi se povećati za više od 20 %, čak i u usporedbi s najvećim stopama sudjelovanja zabilježenima u razdoblju od 2000. do 2003. Osim toga, kako ističe Komisija, stopa sudjelovanja dioničara od 95,84 % vrlo je visoka, dok stopa sudjelovanja dioničara potrebna za eventualno blokiranje Volkswagena nije bila ni 60 %.
- 66 Drugi prigovor stoga isto tako treba odbiti jer je Komisija imala pravo u uvodnoj izjavi 58. pobijane odluke smatrati da je tužitelj mogao predvidjeti da će sa 47,92 % glasačkih prava postići apsolutnu većinu na budućim glavnim skupštinama od 23. prosinca 2003. jer je stopa sudjelovanja dioničara jednaka ili veća od 95,84 % bila iznimno malo vjerojatna.

- 67 Treće, tužitelj tvrdi da je ocjena Komisije da među javnim dioničarima CNR-a ne postoje strukturne i strateške veze pogrešna.
- 68 Ta kritika odnosi se na činjenicu da je Komisija uzela u obzir veliku raspršenost preostalih dioničara, kako osobito proizlazi iz uvodnih izjava 45. i 57. pobijane odluke.
- 69 Prema mišljenju tužitelja, Komisija je trebala primijeniti manje kategoričan pristup i priznati mogućnost nastanka blokade unutar CNR-a. Takve potencijalne blokade mogu biti posljedica sukoba između zadatka CNR-a od općeg interesa i njegovih poslovnih ciljeva zbog raspršenosti javnih dioničara, koji osiguravaju ravnotežu između ciljeva od općeg interesa i strategije CNR-a i zbog rizika nepostojanja većine na glavnim skupštinama s obzirom na strukturu glasovanja. Komisija je isto tako trebala ocijeniti postojanje kontrole retrospektivno i na temelju događaja nakon 2003.
- 70 Kad je riječ o navodnom postojanju strukturnih i strateških veza među javnim dioničarima CNR-a, iz tablice u uvodnoj izjavi 22. pobijane odluke, u kojoj je prikazan razvoj udjela dioničara s više od 2 % kapitala CNR-a i njihovih udjela glasačkih prava na glavnim skupštinama od 2001., vidljivo je da su od 2003. osim CDC-a, koji je tada imao 29,80 % glasačkih prava, samo tri javna dioničara imala više od 2 % glasačkih prava, pri čemu je zajednički udio glasačkih prava tih triju dioničara iznosio 15,98 %. S obzirom na te male udjele i veliku raspršenost preostalog dijela glasačkih prava unutar CNR-a (bilješka 23. pobijane odluke), malo je vjerojatno da bi naglo povećanje sudjelovanja javnih dioničara koji su zabrinuti za zastupanje vlastitih interesa na glavnim skupštinama moglo imati stvaran učinak na većinu glasova.
- 71 Umjesto toga, čini se da bi samo „koalicija” koju bi organizirao CDC i koja bi, osim toga, objedinila 18,12 % glasova raspršenih među manjinskim javnim dioničarima, mogla pobijediti tužitelja u glasovanju na glavnoj skupštini nakon 23. prosinca 2003.
- 72 Komisija se u tom pogledu s pravom poziva na ulogu sporazuma. Kako je navedeno gore u točki 7., tužitelj je sklopio sporazum kako bi osigurao većinu u upravi CNR-a. Valja napomenuti da je od kolovoza 2003. CDC imao 29,80 % glasačkih prava tako da je na glavnim skupštinama ukupno 77,72 % glasačkih prava bilo u rukama tužitelja i CDC-a.
- 73 Sporazumom je propisano da „ako jedna od stranaka namjerava sklopiti sporazum o glasovanju s jednim ili više drugih dioničara, dužna je od druge stranke dobiti prethodnu suglasnost za područje primjene tog sporazuma i identitet drugog ili drugih dioničara s kojima namjerava sklopiti takav sporazum” (članak 10.) sve dok tužitelj nije imao većinu u upravi.
- 74 Tužitelj je u odgovoru na pisano pitanje Općeg suda dostavio kopiju sporazuma i dodatna objašnjenja tumačenja članka 10. Valja zaključiti da je područje primjene te odredbe nejasno. Stranke se, međutim, slažu da se odnosi samo na pravila glasovanja za posebne odluke koje se donose na glavnim skupštinama, odnosno odluke o imenovanju članova uprave i nadzornog odbora. Međutim, čak i ako bi se sporazum odnosio samo na tako ograničena pravila glasovanja, ne čini se vjerojatnim da bi se CDC nakon sklapanja

- sporazuma 24. srpnja 2003. protivio prijedlozima tužitelja na glavnim skupštinama CNR-a.
- 75 Tom se analizom potvrđuje da je potencijalni strah tužitelja da nakon prosinca 2003. neće postići većinu na glavnim skupštinama CNR-a bio malo vjerojatan. Takva je situacija mogla nastati samo ako bi na glavnoj skupštini sudjelovalo 95,84 % ili više dioničara i ako bi javni dioničari, uključujući CDC, donijeli zajedničko stajalište protiv tužitelja.
- 76 Strukturne i strateške veze među javnim dioničarima CNR-a stoga je relevantno ispitati samo u malo vjerojatnom slučaju, koji je odbačen u uvodnoj izjavi 72. pobijane odluke, u kojem bi se smatralo da je tužitelj 23. prosinca 2003. mogao predvidjeti takvo ponašanje CDC-a.
- 77 Argument koji tužitelj u tom pogledu temelji na *de facto* postojanju zajedničkih interesa tih dioničara zbog uključivanja zadatka od općeg interesa u statut CNR-a nije uvjerljiv. Valja konkretno ocijeniti postoje li stvarno takvi zajednički interesi. Međutim, tužitelj ne iznosi konkretne dokaze kojima bi potkrijepio svoj argument.
- 78 Ako se upućuje na sadržaj zapisnika s izvanredne glavne skupštine održane 25. lipnja 2003., na koji se poziva tužitelj, čini se da su lokalna tijela, doduše, željela da se u strategiji CNR-a uzme u obzir opći interes, ali to nije nužno za posljedicu imalo dogovor o utvrđivanju konkretnih metoda te strategije. Tako predstavnik jednog lokalnog tijela u pogledu izbora članova nadzornog odbora tvrdi da će u skladu s „planom zastupanja lokalnih tijela u upravi” koji je predložila francuska vlada „CNR zastupati samo lokalna tijela južno od Montélimara, pri čemu se takvom zemljopisnom zastupljenošću potpuno zanemaruju važni interesi lokalnih tijela na sjeveru.” U zapisniku je isto tako zabilježeno postojanje sporazuma dioničara između nekih lokalnih tijela i savjetodavnog odbora sastavljenog od drugih lokalnih tijela. Osim toga, potpredsjednik glavnog vijeća departmana Haute-Savoie (Francuska) navodi da „odluka koja će biti donesena ne ukazuje na ništa dobro u pogledu funkcioniranja sporazuma javnih dioničara.”
- 79 Zbog toga je teško na temelju elemenata spisa potvrditi da su u prosincu 2003. definitivno postojale snažne i neraskidive strateške veze među javnim dioničarima, jednako kao što je nemoguće dokazati da one uopće nisu postojale, te stoga ti argumenti nisu dovoljno potkrijepljeni.
- 80 Naposljetku, Komisija posvećuje nekoliko uvodnih izjava pobijane odluke (uvodna izjava 65. i sljedeće) pobijanju argumenta tužitelja da je očekivanje značajnog odgovora drugih javnih dioničara na povećanje njegova udjela u kapitalu CNR-a bilo tim vjerojatnije s obzirom na njihove veze i zajedničke strateške interese. U okviru te rasprave obje se stranke u potporu svojim stajalištima pozivaju na okolnosti nakon 2003. Međutim, obveza privremene odgode koncentracije nastala bi samo da je 23. prosinca 2003. stvarno došlo do trajne promjene kontrole. Postojanje koncentracije u skladu s Uredbom br. 4064/89 valja ispitati na temelju podataka koji su postojali u prosincu 2003. Iako nije moguće isključiti da su podaci koji se odnose na razdoblje nakon prosinca 2003. možda relevantni za potvrđivanje stvarnosti povrede s obzirom na njezino trajanje, potrebno ih je u ovoj fazi

analize zanemariti jer valja utvrditi je li na kraju 2003. bilo vrlo vjerojatno da će tužitelj u budućnosti moći nametnuti svoje odluke CNR-u.

- 81 Na kraju, uzimajući isto tako u obzir elemente navedene u pobijanoj odluci koji se odnose na strukturu dioničara CNR-a i sporazum, valja zaključiti da tužitelj nije podnio nijedan dokaz kojim se dovodi u pitanje prva indicija navedena gore u točki 26. prema kojoj je 23. prosinca 2003. postojala velika vjerojatnost da će tužitelj postići većinu na glavnim skupštinama, čak i ako ne bi imao većinu glasačkih prava. Drugi dio drugog tužbenog razloga stoga treba odbiti.

Prvi dio drugog tužbenog razloga, koji se temelji na izostavljanju temeljnog obilježja CNR-a, i prvi prigovor trećeg dijela drugog tužbenog razloga, koji se temelji na pogrešci u pogledu indicije koja se odnosi na većinu koju tužitelj ima u upravi CNR-a

- 82 Tužitelj tvrdi da je Komisija počinila pogrešku u ocjeni jer u pobijanoj odluci nije uzela u obzir sva činjenična pitanja koja se odnose na poseban zakonodavni okvir koji odstupa od sustava za dionička društva i koji se primjenjuje na CNR. Tužitelj se u tom pogledu u prvom dijelu drugog tužbenog razloga u biti poziva na više okolnosti koje se odnose na činjenicu da je u skladu s člankom 7. Zakona br. 80-3 CNR pod kontrolom francuske države pod istim uvjetima kao nacionalna javna društva, što Komisija nije dovoljno uzela u obzir. U trećem dijelu drugog tužbenog razloga tvrdi, s jedne strane, da je njegova ovlast za utvrđivanje sastava uprave bila ograničenija nego što je to utvrđeno u pobijanoj odluci, jer je činjenica da je od 8. srpnja 2003. imenovao dva od tri člana uprave više posljedica utjecaja države i, s druge strane, da je u nadzornom odboru imao samo tri od 13 predstavnika. U prvom dijelu drugog tužbenog razloga dodaje da Komisija nije dovoljno uzela u obzir važnost zakona Murcef.

- 83 Komisija osporava analizu tužitelja i dovodi u pitanje dopuštenost određenih argumenata i činjeničnih pitanja koje je tužitelj prvi put iznio pred Općim sudom iako je za njih znao u stadiju upravnog postupka.

- 84 Ti prigovori odnose se na drugu i treću indiciju koje je navela Komisija (gore navedena točka 26.) u vezi s činjenicom da je tužitelj 2003. imao apsolutnu većinu u upravi i sredstva za zadržavanje te većine te da zakonom Murcef tužitelju nije bilo onemogućeno stjecanje kontrole nad CNR-om. Riječ je prije o kvalitativnim aspektima stjecanja kontrole na koje se u točki 4. obavijesti o pojmu koncentracije upućuje kao na relevantne čimbenike za utvrđivanje je li transakcija koncentracija, kako je navedeno gore u točki 40.

- 85 Argumenti tužitelja odnose se, s jedne strane, na utjecaj francuske države na upravljanje CNR-om (sastav i uloga uprave i nadzornog odbora, vladini povjerenici, državni nadzornik) i, s druge strane, na učinak zakona Murcef.

– Utjecaj francuske države na upravljanje CNR-om (sastav i uloga uprave i nadzornog odbora, vladini povjerenici, državni nadzornik)

- 86 U uvodnim izjavama od 78. do 86. pobijane odluke Komisija je smatrala da je jedna od indicija stjecanja isključive kontrole u prosincu 2003. bila činjenica da je tužitelj od 2003. imao apsolutnu većinu u upravi CNR-a i sredstva za zadržavanje te većine. U potporu toj tezi Komisija, s jedne strane, napominje da je pravilima o imenovanju članova uprave bila zajamčena nazočnost dvaju predstavnika tužitelja od triju članova koji su činili to važno tijelo koje je upravljalo djelatnostima CNR-a i utvrđivalo njegovu poslovnu politiku jer su CDC i tužitelj imali blokirajuću manjinu u nadzornom odboru, tijelu koje je odlučivalo o imenovanju članova uprave (uvodne izjave 78. i 83.). Komisija se u tom pogledu poziva i na činjenicu da su od 8. srpnja 2003. bez prekida dva člana od triju članova koji su činili upravu stvarno zastupala tužitelja, što on nije osporio u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ni na saslušanju (uvodna izjava 83.). S druge strane, Komisija je irelevantnom smatrala činjenicu da je nadzorni odbor morao odobriti određene odluke koje je predložila uprava jer je bila riječ o mjerama kojima nadzornom odboru nije bilo omogućeno izvršavanje odlučujućeg utjecaja na strategiju CNR-a (uvodne izjave 79. i 80.). Komisija je u pogledu potonjeg elementa u uvodnoj izjavi 81. podredno dodala da u slučaju sukoba između tih dvaju tijela spor rješava glavna skupština, na kojoj je tužitelj mogao osigurati da je njegovo stajalište prevladavajuće.
- 87 Tužitelj iznosi više argumenata kojima dovodi u pitanje tu analizu.
- 88 Prvo, tužitelj osporava analizu Komisije u pogledu situacije kontrole u upravi. Osobito tvrdi da su njegova dva predstavnika 8. srpnja 2003. imenovana članovima uprave na preporuku vladinih povjerenika, a ne kao posljedica preuranjene provedbe sporazuma sklopljenog nakon tog datuma. Prema mišljenju tužitelja, tim se elementom ne dokazuje da je tužitelj od 23. prosinca 2003. imao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om, već da je 2003. CNR neprekidno bio pod kontrolom francuskih javnih tijela na temelju njihove nadzorne ovlasti.
- 89 Na početku valja u tom pogledu odbiti argument Komisije da je riječ o činjeničnom pitanju koje je prvi put izneseno u tužbi. Kako tužitelj s pravom tvrdi, Komisija je s informacijama o imenovanju članova uprave u srpnju 2003. na preporuku vladinih povjerenika bila upoznata u okviru dodatnog odgovora tužitelja od 30. lipnja 2008. na zahtjev Komisije za pružanje informacija od 17. lipnja 2008.
- 90 Međutim, valja napomenuti da je tužitelj barem djelomično izmijenio svoju izjavu. U obrascu CO navedeno je da su „u praksi [tužitelj] i CDC, iako su u nadzornom odboru dobrovoljno ostali u manjini, izabrali [...] [dva svoja] predstavnika u upravu ili osigurali njihov izbor.”
- 91 Osim toga, kako navodi Komisija, vladini povjerenici sudjeluju na sjednicama nadzornog odbora isključivo u savjetodavnom svojstvu. Takva okolnost ni u kojem slučaju ne bi mogla upućivati na situaciju kontrole u smislu prava koncentracija Unije.
- 92 Osim toga, činjeničnim pitanjem na koje se poziva tužitelj ne dokazuje se da su u to vrijeme vladini povjerenici imali utjecaj koji tužitelj (i CDC) nije mogao prevladati pri izboru članova uprave.

- 93 Naposljetku, argumentom tužitelja ne dovodi se u pitanje činjenični element koji je Komisija utvrdila u uvodnoj izjavi 83. pobijane odluke i u skladu s kojim su već puno prije 23. prosinca 2003. dva člana uprave od njih triju bili predstavnici tužitelja. Na to ne utječe ni argument tužitelja da predsjednika uprave imenuje predsjednik Francuske Republike.
- 94 Isto tako, ti argumenti ne protive se činjenici iz uvodne izjave 78. pobijane odluke da tužitelj u budućnosti može na temelju sporazuma utvrditi sastav uprave. Kako je već prethodno navedeno, u skladu s člankom 10. sporazuma tužitelj i CDC „učinit će sve što je u njihovoj moći, osobito ostvarivanjem svojeg glasačkog prava na glavnoj skupštini i pozivanjem članova nadzornog odbora imenovanih na njihov prijedlog da ostvare svoje glasačko pravo u nadzornom odboru, kako bi uprava CNR-a bila sastavljena od triju članova, odnosno od predsjednika i dvaju drugih članova, imenovanih na prijedlog [tužitelja].” Uzimajući u obzir i činjenicu da su CDC i tužitelj, kako je navedeno u uvodnoj izjavi 78. i sljedećima pobijane odluke, imali šest od 13 mjesta u nadzornom odboru, da je za imenovanje članova uprave bila potrebna dvotrećinska većina i da je tužitelj u skladu sa sporazumom imao pravo na protivljenje ako je CDC namjeravao sklopiti sporazum o glasovanju s jednim ili više drugih dioničara, ne može se zaniijekati da je tužitelj bio siguran da će u budućnosti kontrolirati upravu.
- 95 Drugo, tužitelj dovodi u pitanje važnost koja se u pobijanoj odluci pridaje ulozi uprave u upravljanju CNR-om.
- 96 U tom pogledu valja napomenuti da tužitelj ne osporava činjenične elemente navedene u uvodnim izjavama 38., 80. i 83. pobijane odluke, u skladu s kojima uprava utvrđuje poslovnu politiku CNR-a, osobito jer odlučuje o proračunu CNR-a i njegovu poslovnom planu te imenovanju višeg rukovodstva, pri čemu te odluke ne dostavlja nadzornom odboru na odobrenje. Tužitelj ne osporava ni činjenicu da se odlukama, koje nadzorni odbor mora odobriti i koje su navedene u bilješci 19. pobijane odluke, potonjem ne omogućuje kontrola nad CNR-om.
- 97 Kako Komisija navodi u bilješci 20. pobijane odluke, u točki 21. i sljedećima obavijesti o pojmu koncentracije navedeno je da su odluke o proračunu, poslovnom planu i imenovanju višeg rukovodstva bitne jer se njima utvrđuje poslovna strategija poduzetnika. One su stoga uobičajeni pokazatelji kontrole. Osim toga, kako je navedeno u točki 14. te obavijesti, isključivu kontrolu može imati i manjinski dioničar koji ima pravo upravljati djelatnostima poduzetnika i utvrđivati njegovu poslovnu politiku.
- 98 Ti su dokazi stoga relevantni za utvrđivanje postojanja situacije kontrole.
- 99 Nadalje, nije dovedena u pitanje ni tvrdnja Komisije iz uvodne izjave 81. pobijane odluke da eventualni sukob između uprave i nadzornog odbora rješava glavna skupština većinom glasova nazočnih ili zastupljenih dioničara i da u konačnici ovlast za donošenje odluka ima glavna skupština. U članku 18-1. stavku 3. statuta CNR-a navedeno je da „ako nadzorni odbor odbije odobriti jednu od tih transakcija [riječ je u aktima i ugovorima bilo koje vrste ili oblika kojima se obvezuje društvo i koje je zbog njihova iznosa ili trajanja potrebno dostaviti nadzornom odboru na odobrenje], uprava može izvanredno sazvati redovitu

glavnu skupštinu koja može dati predmetno odobrenje i utvrditi sve posljedice spora između tijela društva.” Stoga, ako je tužitelj na kraju prosinca 2003. stvarno mogao biti siguran da će postići većinu glasova na glavnoj skupštini, kako je utvrđeno u drugom dijelu drugog tužbenog razloga, valja smatrati da je tužitelj isto tako bio siguran u svoj uspjeh u slučaju spora između uprave i nadzornog odbora.

- 100 Ipak, tužitelj tvrdi da javnom poduzetniku nije moguće nametnuti stajalište privatnog subjekta na temelju manjinske nazočnosti u upravi. Kako je već naveo na saslušanju, privatni subjekt prvo bi trebao raspraviti o pitanju s državnim tijelima. Osim toga, s obzirom na upravljačku strukturu CNR-a kao dioničkog društva s upravom i nadzornim odborom, nadzorni bi odbor, prema njegovu mišljenju, i dalje bio tijelo koje ima kontrolu nad upravom. U potporu svojem argumentu poziva se na postojanje upravnog nadzora te ekonomskog i financijskog nadzora nad CNR-om kao nacionalnim poduzetnikom, kao i na naknadne provjere koje provode francuski Cour des comptes (Revizorski sud) i francuski parlamentarni odbori. Upravni nadzor osobito se odnosi na ovlast vladinih povjerenika koji su članovi nadzornog odbora CNR-a da zatraže suspenziju primjene odluka donesenih na nadzornom odboru u svrhu upućivanja pitanja ministru nadležnom za nadzor kako bi on potvrdio protivljenje francuske vlade. Ekonomski i financijski nadzor proizlazi iz uloge državnog nadzornika koji sudjeluje na sjednicama nadzornog odbora, daje francuskom ministru financija svoje mišljenje o projektima CNR-a i dostavlja mu godišnje izvješće.
- 101 Prvo, u pogledu naknadnih provjera koje provode Revizorski sud i parlamentarni odbori treba utvrditi da tužitelj nije podnio nijedan konkretan dokaz kojim objašnjava kako bi se tom vrstom intervencije moglo dovesti u pitanje postojanje *de facto* kontrole manjinskog dioničara.
- 102 Kad je riječ o ulogama vladinih povjerenika i državnog nadzornika, Komisija tvrdi da su to novi elementi s kojima je tužitelj bio upoznat i koje je stoga trebao priopćiti tijekom upravnog postupka. Tužitelj tvrdi da je riječ o elementima koje je Komisija trebala uzeti u obzir u svojoj analizi.
- 103 Na početku valja utvrditi da tužitelj spominje nazočnost vladinih povjerenika u nadzornom odboru u obrascu CO, pod nazivom „dva predstavnika države imenovana dekretom”, ali se ne spominje njihova ovlast da zahtijevaju suspenziju provedbe odluka uprave u slučaju protivljenja vlade. Daljnje informacije o vladinim povjerenicima sadržane su u prilogima obrascu CO, i to u statutu društva ili u samom zakonu Murcef. Osim toga, tužitelj ističe činjenicu da je na saslušanju podsjetio na javni karakter CNR-a te pozvao Komisiju da taj element uzme u obzir u svojoj analizi. Iz zapisnika sa saslušanja u tom pogledu proizlazi da je tužitelj na saslušanju spomenuo vladine povjerenike, ali nije naveo pojedinosti o njihovim ovlastima te nije rekao ništa o ulozi državnog nadzornika.
- 104 Međutim, tužitelj u biti tvrdi da iz navoda Komisije o novom karakteru tih činjeničnih pitanja proizlazi da je ispitivanje predmeta koje je provela Komisija nepotpuno. Prema mišljenju tužitelja, čak i pod pretpostavkom da nije dovoljno istaknuo javni karakter CNR-a, Komisija je ipak bila obvezna u analizi predmeta uzeti u obzir sve relevantne činjenice.

- 105 Tužitelj se u tom pogledu poziva na sudsku praksu o opsegu ovlasti nadzora sudova Unije kad je riječ o odlukama za koje institucija raspolaže marginom prosudbe. Sud je u tom kontekstu podsjetio da sudovi Unije moraju nadzirati je li predmetna institucija pažljivo i nepristrano ispitala sve relevantne elemente predmetnog slučaja, elemente u prilog zaključcima koji iz njih proizlaze (vidjeti presudu Suda od 22. studenoga 2007., Španjolska/Lenzing, C-525/04 P, Zb., str. I-9947., t. 57., i navedenu sudsku praksu).
- 106 Međutim, u slučaju kao što je ovaj, koji se odnosi na novčanu kaznu koju je Komisija izrekla zbog povrede prava tržišnog natjecanja, obveza Komisije, čije ispunjenje podliježe nadzoru Općeg suda i na koju se upućuje gore u točki 31., jest prikupiti dovoljno precizne i usklađene dokaze na kojima se temelji čvrsto uvjerenje da je navodna povreda počinjena. Postojanje povrede mora se ocijeniti isključivo u odnosu na dokaze koje je Komisija prikupila u odluci o utvrđenju te povrede te je stoga jedino relevantno pitanje, u biti, je li s obzirom na te dokaze povreda dokazana ili nije (vidjeti po analogiji presudu Općeg suda od 15. ožujka 2000., Cimenteries CBR i dr./Komisija, T-25/95, T-26/95, od T-30/95 do T-32/95, od T-34/95 do T-39/95, od T-42/95 do T-46/95, T-48/95, od T-50/95 do T-65/95, od T-68/95 do T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 i T-104/95, Zb., str. II-491., t. 726.). Ako Opći sud zaključi da je zadovoljen standard dokazivanja, pitanje jesu li uzeti u obzir dodatni dokazi nije relevantno, osim ako se predmetnim dokazima dovodi u pitanje čvrsto uvjerenje da je povreda počinjena. Tužitelj s pravom podsjeća da ako ima dvojbi, sud mora odlučiti u korist adresata odluke (presuda Groupe Danone/Komisija, točka 36. *supra*, t. 215.).
- 107 Kad je riječ o novom karakteru činjeničnih pitanja koja se odnose na ovlasti vladinih povjerenika i ulogu državnog nadzornika, Komisija s pravom napominje da joj se ne može prigovoriti da je u pobijanoj odluci više ili manje detaljno razradila određene argumente s obzirom na argumente koje je tuženik više ili manje očito naveo u upravnom postupku. Neovisno o tome, ostaje činjenica da adresat obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku nije obvezan tijekom upravnog postupka osporiti različita pravna ili činjenična pitanja koja su u njoj navedena jer u protivnom to više neće moći naknadno učiniti u fazi sudskog postupka (presuda Knauf Gips/Komisija, točka 35. *supra*, t. 89.).
- 108 Iz navedenog proizlazi da su osporavana činjenična pitanja koja se odnose na ovlasti vladinih povjerenika i ulogu državnog nadzornika dopuštena. Osim toga, Opći je sud upravo zbog tog razloga od tužitelja zahtijevao dostavu dodatnih objašnjenja o ulozi tih osoba.
- 109 U tom pogledu valja napomenuti da je dokazna snaga argumenta tužitelja ograničena činjenicom da su, s obzirom na to da se ovlasti vladinih povjerenika i uloga državnog nadzornika nisu promijenile u razdoblju od 2003. do 2007., nadzorna tijela još uvijek postojala 2007. kada se tužitelj obratio Komisiji kako bi prijavio stjecanje *de facto* kontrole nad CNR-om.
- 110 Osim toga, u pogledu konkretne uloge vladinih povjerenika valja napomenuti da su njihove ovlasti ograničene. Osobito iz članka 14. statuta CNR-a i članka 11. francuskog Dekreta br. 59-771 od 26. lipnja 1959. (JORF od 28. lipnja 1959., str. 6460.), kako je izmijenjen

člankom 2. francuskog Dekreta br. 2003-512 od 16. lipnja 2003. (JORF od 17. lipnja 2003., str. 10102.), na koji se odnosi članak 14. statuta, proizlazi da se u CNR imenuju dva vladina povjerenika, jedan odlukom francuskog ministra energetike i drugi odlukom francuskog ministra prometa. Njihove su zadaće osigurati da CNR djeluje u skladu sa zadatkom od općeg interesa u okviru koncesije koju mu je dodijelila francuska država. Kako Komisija s pravom tvrdi, zadaća vladinih povjerenika stoga se odnosi samo na zadatak CNR-a od općeg interesa, a ne na njegove poslovne djelatnosti. Osim toga, konkretna uloga vladinih povjerenika u nadzornom odboru i na glavnim skupštinama CNR-a isključivo je savjetodavna te oni imaju samo isto pravo na informiranje kao i drugi članovi nadzornog odbora. Kad je riječ o ovlasti da u roku od osam dana nakon donošenja odluke nadzornog odbora o provedbi koncesije zahtijeva novo vijećanje i da u roku od 15 dana nakon tog vijećanja suspendira njezinu primjenu te pitanje uputi ministru, koji zatim u roku od 15 dana treba po potrebi dostaviti svoje protivljenje, tužitelj je u svojem odgovoru na pisano pitanje Općeg suda priznao da vladini povjerenici u praksi nisu imali priliku služiti se svojim ovlastima da zahtijevaju suspenziju primjene odluke ili iznesu protivljenje projektu dostavljenom u razdobljima od 2000. do 2003. i od 2004. do 2007. na sastancima tijelâ CNR-a.

- 111 Stoga valja utvrditi da vladini povjerenici ni na temelju relevantnih odredaba ni u praksi ne sprječavaju ili ne mogu spriječiti *de facto* kontrolu manjinskog dioničara s položajem moći u upravi i osobito na glavnoj skupštini, kao što je položaj tužitelja od 23. prosinca 2003. Taj zaključak ne dovodi se u pitanje izvadcima iz vijećanja tijelâ CNR-a na koje se tužitelj poziva. U najboljem slučaju iz njih proizlazi da je privatni dioničar uzeo u obzir mišljenje francuske države o strateškim projektima koji proizlaze iz zadatka CNR-a od općeg interesa. Tako, primjerice, upućivanja na očekivanje da će nadzorni ministri dati suglasnost za petogodišnji plan provedbe zadatka CNR-a od općeg interesa navedena u zapisniku sa sjednice nadzornog odbora CNR-a od 31. ožujka 2004. ne sadržavaju nikakve informacije o tome može li tužitelj i bez te suglasnosti osigurati provedbu takvog plana u CNR-u, a još manje o činjenici da je tužitelju onemogućeno nametanje njegova stajališta u pogledu poslovne strategije CNR-a.
- 112 Sličnu analizu treba provesti i u pogledu uloge državnog nadzornika. Iz članka 5. Dekreta br. 59-771 i relevantnih odredaba francuskog Dekreta br. 55-733 od 26. svibnja 1955. (JORF od 1. lipnja 1955., str. 5547.), u verziji koja je na snazi od 23. prosinca 2003., proizlazi da državni nadzornik sudjeluje na sjednicama nadzornog odbora u savjetodavnom svojstvu te nadzire gospodarske djelatnosti i financijsko upravljanje osoba koje su pod kontrolom, osiguravajući zaštitu interesa francuske države. U tu svrhu ima neograničene istražne ovlasti i pravo na informiranje te isto tako može sudjelovati na glavnim skupštinama. Njegova je zadaća izvijestiti ministre nadležne za francusko gospodarstvo i proračun o nacrtima odluka koji su im dostavljeni na odobrenje i sastaviti godišnje izvješće o gospodarskom i financijskom položaju kontroliranih poduzetnika. Osim toga, u francuskom Dekretu br. 53-707 od 9. kolovoza 1953. o državnoj kontroli nad nacionalnim javnim poduzetnicima i određenim tijelima s gospodarskim ili socijalnim ciljem (JORF od 10. kolovoza 1953., str. 705.), na koji se tužitelj isto tako poziva u odgovorima na pisana pitanja Općeg suda, predviđena je prethodna kontrola osobito nad proračunom te prijenosom, stjecanjem ili povećanjem financijskih udjela.

- 113 U tom pogledu valja utvrditi da se tužitelj ne poziva na konkretnu odluku CNR-a koja bi podlijegala zajedničkom prethodnom odobrenju francuskog ministra financija i francuskog ministra energetike i o kojoj bi stoga državni nadzornik morao dati prethodno mišljenje. U odgovoru na pitanje Općeg suda kojim se od tužitelja zahtijeva da objasni koje će mjere po potrebi poduzeti ako bi državni nadzornik u svojim mišljenjima i izvješćima eventualno dao negativne ocjene, tužitelj je samo naveo da je riječ o internim dokumentima uprave koji nisu dostupni predmetnim poduzetnicima ili *a fortiori* njihovim privatnim dioničarima. U tim okolnostima, uzimajući u obzir savjetodavnu ulogu državnog nadzornika u tijelima CNR-a i u nedostatku konkretnih elemenata na temelju kojih bi bilo moguće njegove postupke prema nadzornim ministrima povezati sa stvarnim odlukama CNR-a, nije utvrđeno da državni nadzornik ima ulogu kojom bi se dovela u pitanje analiza Komisije.
- 114 Umjesto toga iz navedenog proizlazi da, kao u slučaju vladinih povjerenika i kako Komisija s pravom tvrdi, „kontrola” francuske države preko državnog nadzornika ne odgovara pojmu kontrole u smislu Uredbe br. 4064/89.
- 115 Naposljetku, kad je riječ o argumentu tužitelja prema kojem nije želio dokazati takvu kontrolu države, već samo da postoji skup indicija zbog kojeg tužitelj ne može s velikom vjerojatnošću smatrati da će imati *de facto* isključivu kontrolu, elementi koje navodi ni u kojem slučaju ne sprječavaju takvu kontrolu tužitelja nad operativnim upravljanjem i poslovnom strategijom CNR-a. Kako je već navedeno gore u točki 109., snaga njegova argumenta dovedena je u pitanje činjenicom da su ta nadzorna tijela još uvijek postojala 2007., kada se tužitelj obratio Komisiji kako bi prijavio stjecanje *de facto* isključive kontrole nad CNR-om.
- 116 Podredno, valja pojasniti da tužitelj svojim argumentom od Komisije zahtijeva da dokaže da tužitelj nije imao nikakvih dvojbi da može upravljati djelatnostima CNR-a od 23. prosinca 2003. Međutim, isticanjem pojma „velike vjerojatnosti” iz točke 14. obavijesti o pojmu koncentracije tužitelj iskrivljava pojam *de facto* isključive kontrole.
- 117 U tim okolnostima valja odbiti prigovore da je Komisija počinila pogreške u ocjeni jer je zanemarila utjecaj države na upravljanje CNR-a, osobito putem uloge nadzornog odbora, vladinih povjerenika i državnog nadzornika.

– Učinak zakona Murcef

- 118 U uvodnim izjavama od 87. do 93. pobijane odluke Komisija u biti smatra da se postojanjem zakona Murcef ne mijenja njezina prethodna analiza predvidljive apsolutne većine tužitelja na budućim glavnim skupštinama CNR-a. Kako je navedeno u uvodnoj izjavi 87., svrha je tog zakona spriječiti da privatni subjekt ima više od 50 % kapitala ili glasačkih prava CNR-a. Komisija u uvodnoj izjavi 89. navodi da je želja francuskog zakonodavca da CNR zadrži pretežito javnu strukturu, pitanje različito od pitanja koje se odnosi na stjecanje kontrole u smislu prava Unije.
- 119 Tužitelj navodi da nikada nije tvrdio da je zakon Murcef pravna prepreka njegovu stjecanju isključive kontrole nad CNR-om u smislu prava Unije. Međutim, Komisija nije uzela u

obzir postojanje tog zakona kao činjenično pitanje u okviru skupa indicija koji utječe na veliku vjerojatnost stjecanja kontrole za koju je tužitelj mogao znati u prosincu 2003.

- 120 Valja ustvrditi da je Komisija, kada je u uvodnoj izjavi 89. pobijane odluke navela da je „želja francuskog zakonodavca da CNR zadrži pretežito javnu strukturu pitanje različito od pitanja stjecanja kontrole u smislu prava Unije o koncentracijama” [neslužbeni prijevod], pravilno napravila razliku između situacije pravne kontrole nad CNR-om, koja s obzirom na zakon Murcef u stvari nije moguća, i činjenice da se tom pravnom preprekom ne sprječava da privatni dioničar bude najveći dioničar CNR-a i da može, usprkos tome što je manjinski dioničar, imati *de facto* isključivu kontrolu nad njime. Osim toga, u mjeri u kojoj tužitelj nastoji dokazati da je postojanje zakona Murcef utjecalo na veliku vjerojatnost da će od prosinca 2003. moći imati *de facto* kontrolu nad CNR-om, valja napomenuti da se takvim argumentom negira postojanje objektivnih čimbenika svojstvenih položaju tužitelja prije 23. prosinca 2003., što ne odgovara smislu članka 3. Uredbe br. 4046/89 ili točke 14. obavijesti o pojmu koncentracije.
- 121 Argument da Komisija nije dovoljno uzela u obzir postojanje zakona Murcef kao činjenično pitanje koje utječe na ocjenu kriterija povezanog s velikom vjerojatnošću da će tužitelj imati *de facto* kontrolu nad CNR-om stoga valja odbiti.
- 122 Tužitelj se u tom pogledu poziva i na Odluku Komisije 1999/594/EZ od 18. veljače 1998. o izricanju novčane kazne zbog nepodnošenja prijave i provedbe koncentracije povredom članka 4. stavka 1. i članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 (predmet IV/M.920 – Samsung/AST) (SL 1999., L 225, str. 12.). Prema mišljenju tužitelja, činjenice su u ovom slučaju usporedive s činjenicama iz Odluke 1999/594 jer je u tom predmetu velika važnost pridana ugovornoj i privremenoj odredbi kojom se sprječava stjecanje većine kapitala AST-a.
- 123 Međutim, valja podsjetiti na sudsku praksu na koju se poziva gore u točki 63. i iz koje proizlazi da Komisija i *a fortiori* Opći sud nisu u ovom slučaju vezani činjeničnim utvrđenjima i ocjenama iz prethodne odluke Komisije. Osim toga, Komisija je odbila taj argument tužitelja u uvodnim izjavama 90. i 91. pobijane odluke. Njezinu analizu valja potvrditi. Protivno tvrdnjama tužitelja, Komisija je u Odluci 1999/594 smatrala da je Samsung stekao *de facto* isključivu kontrolu nad AST-om u siječnju 1996., iako se je do prosinca 1998. još uvijek primjenjivala klauzula iz izmjene sporazuma dioničara u skladu s kojom Samsung nije mogao steći više od 49,9 % kapitala AST-a. Komisija je osobito smatrala da je *de facto* kontrola stečena kada je Samsung imenovao većinu članova uprave (uvodna izjava 7. Odluke 1999/594). Stoga ugovorno ograničenje za stjecanje udjela u kapitalu, utvrđeno na 49,9 %, nije bilo odlučujući element u ocjeni Samsungove mogućnosti sjecanja *de facto* isključive kontrole nad AST-om. Shodno tome, ako se slično obrazloženje primijeni na ovaj slučaj, tužitelj je mogao steći *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om iako je zakon Murcef još uvijek bio snazi. Osim toga, kako Komisija s pravom podsjeća, tužitelj je upravo to smatrao u ljeto 2007. kada se obratio Komisiji u pogledu transakcije o kojoj je riječ u ovom slučaju.

- 124 Naposljetku, sudska praksa navedena gore u točki 63. primjenjuje se i u pogledu argumenta koji se odnosi na Odluku Komisije od 12. ožujka 2004. o proglašenju koncentracije spojivom sa zajedničkim tržištem (predmet COMP/M.3330 – RTL/M6) (u daljnjem tekstu: Odluka RTL/M6), na koju se Komisija poziva u uvodnoj izjavi 92. pobijane odluke i čiju relevantnost tužitelj osporava jer nikada nije doveo u pitanje činjenicu da samo postojanje zakona Murcef nije prepreka stjecanju *de facto* isključive kontrole nad CNR-om.
- 125 Osim toga, kako Komisija objašnjava u uvodnoj izjavi 92. pobijane odluke, u Odluci RTL/M6 riječ je bila o francuskom zakonu kojim je bilo zabranjeno da pojedinačna fizička ili pravna osoba ima više od 49 % kapitala ili glasačkih prava nacionalne televizijske postaje. Iako je RTL imao 48,8 % kapitala i 34 % glasačkih prava društva M6, Komisija je zaključila da ima *de facto* isključivu kontrolu, osobito s obzirom na raspršenost preostalih dioničara i provedenu prognostičku analizu. Protivno tvrdnjama tužitelja, upućivanje na taj predmet u pobijanoj odluci kao primjer presedana koji pokazuje da zakon kojim se subjektu zabranjuje apsolutna većina glasačkih prava nije nespojiv sa stjecanjem *de facto* kontrole nad tim društvom jest relevantno. U svakom slučaju, argumentom tužitelja da je to upućivanje u biti „suvišno”, ne može se dovesti u pitanje analiza Komisije u pogledu posljedica koje proizlaze iz zakona Murcef.
- 126 Prigovor koji se odnosi na učinak zakona Murcef stoga također valja odbiti.
- Ostali prigovori iz trećeg dijela drugog tužbenog razloga, koji se odnose na pogreške u pogledu drugih indicija iz pobijane odluke
- 127 Tužitelj se poziva na pogreške koje se odnose na, prvo, njegovu industrijsku i poslovnu ulogu te industrijsku i poslovnu ulogu EDF-a u CNR-u u razdoblju od 2004. do 2006., drugo, izjave rukovoditelja CNR-a, tužitelja i grupe Suez i, treće, postojanje povlaštenog prava u korist tužitelja.
- Prigovor koji se temelji na pogrešci u ocjeni u pogledu indicije koja se odnosi na industrijsku i poslovnu ulogu EDF-a i tužitelja u CNR-u u razdoblju od 2004. do 2006.
- 128 Ovaj prigovor odnosi se na četvrtu indiciju koju je Komisija navela kako bi dokazala da je 23. prosinca 2003. postojala trajna promjena kontrole nad CNR-om u korist tužitelja (gore navedena točka 26.).
- 129 U uvodnim izjavama od 94. do 126. pobijane odluke Komisija je smatrala da je tužitelj, preuzimanjem industrijske uloge koju je prethodno EDF imao u CNR-u, 2003. postao jedini industrijski dioničar CNR-a te imao središnju ulogu u njegovu operativnom upravljanju. Ta analiza obuhvaća dva dijela, od kojih se prvi odnosi na povlačenje EDF-a iz operativnog upravljanja CNR-om, a drugi na tužiteljevo preuzimanje industrijske uloge i operativnog upravljanja od EDF-a.
- 130 Kad je riječ o prvom dijelu, koji se odnosi na povlačenje EDF-a (uvodne izjave od 95. do 102. pobijane odluke), Komisija se osobito poziva na povlačenje EDF-a iz operativnog upravljanja CNR-om nakon preuzimanja obveza 2001. u okviru Odluke EDF/EnBW,

navedene gore u točki 4. Riječ je obvezama EDF-a, s jedne strane, da neće ostvarivati svoja glasačka prava na glavnim skupštinama CNR-a niti imati predstavnike u upravi CNR-a i, s druge strane, da će između travnja 2001. i travnja 2006. kupiti dio proizvodnje električne energije CNR-a na zahtjev potonjeg kako bi mu omogućio postupan ulazak na tržište električne energije.

- 131 Protivno toj analizi, tužitelj tvrdi da je EDF nakon 2003. i do 2006. zadržao znatnu operativnu i poslovnu ulogu u CNR-u. Prema njegovu mišljenju, utjecaj EDF-a bio je najveći u razdoblju od 2004. do 2006.
- 132 Komisija osporava argumente tužitelja i tvrdi da je činjenica da je tužitelj 2003. postao jedini industrijski dioničar CNR-a relevantna indicija.
- 133 Prvo, kad je riječ o općem ugovoru o upravljanju i ugovoru kojim se jamči da će EDF kupiti električnu energiju CNR-a, koji su sklopljeni 2001. na razdoblje od pet godina, tužitelj osobito tvrdi da je EDF imao dovoljno važnu ulogu u događajima i zato Komisija ne može zaključiti da je tužitelj 23. prosinca 2003. potpuno preuzeo operativnu i poslovnu ulogu koju je u prošlosti imao EDF. Činjenica da je Komisija u Odluci EDF/EnBW mogla smatrati da ugovori kojima se jamči kupnja električne energije predstavljaju nužnu obvezu kako bi se „CNR-u omogućio ulazak na tržišta električne energije” dokazuje da je EDF imao ulogu važnog poslovnog partnera kako bi se omogućio taj ulazak na tržište.
- 134 Taj se argument ne može prihvatiti. Kako Komisija navodi u uvodnoj izjavi 100. pobijane odluke, postojanje sporazuma između EDF-a i CNR-a ne protivi se činjenici da CNR može utvrditi svoju industrijsku i poslovnu politiku neovisno o EDF-u. Komisija se u tom pogledu s pravom mogla pozvati na stajališta koja je tužitelj zauzeo u postupku prijave koncentracije o kojoj je riječ u ovom slučaju. U točki 100. pobijane odluke upućuje se na odgovor tužitelja od 7. travnja 2008. na zahtjev za pružanje informacija od 26. ožujka 2008., u kojem je tvrdio da je „EDF [izgubio] kontrolu nad CNR-om 2001., kada [je] odbor Gentot [...] utvrdio uvjete za preispitivanje protokola kojima se uređuju industrijski i poslovni odnosi između dvaju društava kako bi CNR mogao postupno postati neovisan i samostalan proizvođač električne energije.” [neslužbeni prijevod] Iz tog odgovora proizlazi da je tužitelj sam smatrao da je CNR od 2001. bio oslobođen odlučujućeg utjecaja EDF-a.
- 135 Protivno tvrdnjama tužitelja, analiza iz točke 100. pobijane odluke ne znači da je Komisija pogrešno ispitala je li EDF imao kontrolu nad CNR-om u razdoblju od 2001. do 2006., umjesto da je provjerila može li se smatrati da je tužitelj preuzeo operativnu ulogu koju je u prošlosti imao EDF. Taj argument proizlazi iz pogrešnog tumačenja pobijane odluke, u kojoj je Komisija kao jednu od relevantnih indicija za utvrđivanje preuzimanja kontrole nad CNR-a od strane tužitelja krajem 2003. uzela u obzir samo činjenicu da je u tom trenutku on bio jedini industrijski dioničar CNR-a.
- 136 Osim toga, Komisija se u potporu svojoj tezi s pravom poziva i na stavak 90. obrasca CO, koji je naveden u bilješci 51. pobijane odluke. On sadržava upućivanje na zajedničku izjavu

CNR-a i EDF-a iz 2001., u kojoj je navedeno da je CNR odgovoran za glavne odluke o svojem industrijskom upravljanju.

- 137 Drugo, Komisija u pogledu o EDF-ove kupnje električne energije CNR-a s pravom upućuje na obveze preuzete u okviru Odluke EDF/EnBW. Kako je navedeno u uvodnoj izjavi 102. pobijane odluke, riječ je bila o jamstvu da će EDF kupiti određenu količinu električne energije koju proizvodi CNR kako bi potonjem omogućio ulazak na tržište električne energije kao neovisnom dobavljaču. Osim toga, tužitelj ne navodi nikakve brojčane podatke u potporu svojem argumentu koji se odnosi na važnost tog trajnog poslovnog partnerstva s EDF-om ili određenog stupnja neovisnosti proizišlog iz njega. Naposljetku, ne može se prihvatiti argument tužitelja da Komisija nije postupala jednako s poslovnim ugovorom između tužitelja i CNR-a, koji se isto tako odnosio na dobrovoljnu prodaju, ali koji je ipak bio uzet u obzir kao indicija prevladavajuće uloge tužitelja, jer se tim argumentom ne dovodi u pitanje analiza Komisije u skladu s kojom se postojanje mogućnosti, a ne obveze, da EDF kupi dio električne energije CNR-a nije protivilo utvrđenju da je CNR već 2003. utvrdio svoju industrijsku i poslovnu politiku neovisno o EDF-u.
- 138 Treće, kako navodi Komisija, tužitelj ne dovodi u pitanje činjenicu da je u godišnjem izvješću grupe Suez za 2003., čiju relevantnost ne osporava, navedeno da je tužitelj preuzeo operativnu kontrolu nad CNR-om i uključio elektrane CNR-a u svoje kapacitete za proizvodnju električne energije, kako je navedeno u uvodnoj izjavi 101. pobijane odluke.
- 139 Iz gore navedenih točaka od 134. do 138. proizlazi da nije dokazano da je Komisija počinila pogrešku kada je povlačenje EDF-a iz operativnog upravljanja CNR-om utvrdila kao činjenični element u potporu četvrtoj indiciji navedenoj u pobijanoj odluci kako bi dokazala da je tužitelj 23. prosinca 2003. stekao kontrolu nad CNR-om.
- 140 Kad je riječ o drugom dijelu, koji se odnosi na tužiteljevo preuzimanje industrijske uloge od EDF-a i na njegovu glavnu ulogu u operativnom upravljanju CNR-om, Komisija u uvodnim izjavama od 103. do 126. pobijane odluke navodi da su stjecanje udjela EDF-a 23. prosinca 2003. i čimbenici koji se odnose na povlačenje EDF-a i koji su ispitani u okviru prvog dijela bili dio suradnje između tužitelja i CNR-a koja je započela 2000.
- 141 Komisija u tom pogledu upućuje na okvirni sporazum koji su tada sklopili CNR i tužitelj i čija je posebna svrha bila osnivanje zajedničkog društva kćeri Énergie du Rhône (EDR). U uvodnim izjavama od 106. do 110. pobijane odluke Komisija opisuje osnovnu ulogu EDR-a u poslovnoj djelatnosti CNR-a i načine upravljanja zajedničkim društvom kćeri. Iako je CNR imao 51 % kapitala i apsolutnu većinu u upravi EDR-a, odlučujući utjecaj pripisuje se tužitelju jer su određene vrste odluka morale biti donesene jednoglasno. Komisija u uvodnoj izjavi 111. pobijane odluke navodi da su uz sporazum o osnivanju EDR-a tužitelj i CNR u razdoblju od 2001. do 2004. potpisali više sporazuma o tehničkom i poslovnom partnerstvu. U uvodnoj izjavi 112. Komisija upućuje na izjavu predsjednika CNR-a na redovitoj glavnoj skupštini održanoj 25. lipnja 2003., u skladu s kojom je „CNR počeo razmatrati približavanje uspostavom poslovnog i industrijskog partnerstva nakon što je

saznao da će [tužitelj] steći udio u kapitalu. [Tužitelj] je tako postao naš glavni poslovni partner s udjelom u prodaji od 35 % i brzim širenjem [EDR-a].” [neslužbeni prijevod]

- 142 Tužitelj u pogledu te analize iznosi prigovor da se Komisija pozvala na sporazume između CNR-a i tužitelja, od kojih je polovica bila sklopljena nakon 2003. Osim toga, Komisija nije pojasnila kako je tužitelj osnivanjem EDR-a stekao veći utjecaj na CNR. Osnivanje EDR-a bilo je 2002. prijavljeno Komisiji i odobreno kao osnivanje zajedničkog pothvata s karakterom „suradnje”, a ne „koncentracije”. Komisija je osobito odobrila pojedinačno izuzeće u skladu s člankom 81. stavkom 3. UEZ-a „u trajanju koje je jednako razdoblju postupnog povlačenja EDF-a iz CNR-a, odnosno do 2006.” [neslužbeni prijevod] Prema mišljenju tužitelja, Komisija je stoga trebala zaključiti da je tužitelj ulogu referentnog industrijskog dioničara preuzeo tek 2006.
- 143 Komisija osporava argumente tužitelja i tvrdi da indicije iz pobijane odluke u skladu s kojima je tužitelj preuzeo vodeću industrijsku i operativnu ulogu prije 23. prosinca 2003. nisu dovedene u pitanje.
- 144 Prvo, kad je riječ o argumentu tužitelja da se ugovori između CNR-a i tužitelja na koje se osobito poziva u uvodnoj izjavi 111. i bilješki 55. pobijane odluke odnose djelomično na sporazume sklopljene nakon 2003., to je doista tako za tri od šest navedenih sporazuma, međutim ostaje činjenica da su tri sporazuma sklopljena 2001., i to okvirni ugovor o kupnji opcija na terminske ugovore o kupnji električne energije, ugovor o opskrbi i jamstvu te ugovor o preuzimanju, te da oni mogu poslužiti kao dokaz jačanja tehničkog i poslovnog partnerstva između CNR-a i tužitelja puno prije prosinca 2003.
- 145 Drugo, kad je riječ o opsegu izuzeća koje je Komisija odobrila u upravnom dopisu od 29. studenoga 2002. o zaključenju postupka prijave u pogledu EDR-a, Komisija s pravom tvrdi da to što je smatrala da je moguće izuzeti zajednički pothvat EDR do 2006. ne znači da tužitelj nije mogao imati *de facto* kontrolu nad CNR-om od prosinca 2003. Iako je Komisija u tom dopisu mogla navesti da EDR-u odobrava pojedinačno izuzeće u skladu s člankom 81. stavkom 3. UEZ-a „u trajanju koje odgovara razdoblju postupnog povlačenja EDF-a iz CNR-a, odnosno do 2006.”, dionice još nisu bile prenesene s EDF-a na tužitelja. Međutim, kada se ti elementi čitaju zajedno, moguće je utvrditi postojanje *de facto* isključive kontrole na kraju 2003.
- 146 Treće, valja napomenuti da tužitelj ne dovodi u pitanje upućivanje Komisije iz uvodne izjave 112. pobijane odluke na izjavu predsjednika CNR-a od 25. lipnja 2003., odnosno puno prije prosinca 2003., u kojoj se navodi tužiteljeva uloga „glavnog poslovnog partnera s udjelom u prodaji od 35 %.” [neslužbeni prijevod] Osim toga, u istoj izjavi upućuje se na brzo širenje EDR-a povezano s jačanjem uloge tužitelja u CNR-u. Iako se neke brojke navedene u uvodnoj izjavi 112. odnose na podatke nakon 2003. i stoga se na temelju njih ne može utvrditi koji je položaj tužitelj 23. prosinca 2003. predvidio za sebe u CNR-u, predmetna izjava dana je prije tog datuma.
- 147 Četvrto, valja ispitati argument tužitelja da je Komisija nezakonito prebacila teret dokazivanja kada je u pobijanoj odluci utvrdila, bez da je to dokazala u odluci o odobrenju,

da je koncentracija provedena u prosincu 2003. Tužitelj tvrdi da je stoga obvezan dokazati da je koncentracija provedena tek 2007. Tužitelj se osobito poziva na to da je Komisija odbila njegov argument koji se odnosi na činjenicu da su tužitelj i CNR 2007. stvorili zajednički znak jer je smatrala da taj element nije dovoljan dokaz da je *de facto* isključiva kontrola stečena 2007., a ne 2003., bez navođenja obrazloženja tog stajališta.

- 148 Taj se argument ne može prihvatiti. Iako Komisija u uvodnoj izjavi 121. i sljedećima pobijane odluke upućuje na argumente koje je tužitelj naveo na saslušanju kako bi dokazao da do 2007. nije stekao kontrolu nad CNR-om i koje je Komisija zatim odbila uz obrazloženje da tužitelj nije dokazao da je do stjecanja kontrole došlo 2007., ta okolnost nije nezakonito prebacivanje tereta dokazivanja. Naprotiv, Komisija je, svjesna da snosi teret dokazivanja, iznijela brojne bitne i detaljne indicije u pobijanoj odluci kako bi dokazala postojanje povrede i datum njezina početka.
- 149 Naposljetku, kako bi odbila argument u pogledu uspostave zajedničkog znaka 2007. koji je tužitelj iznio u upravnoj fazi, Komisija je u uvodnoj izjavi 126. pobijane odluke tvrdila da tužitelj nije objasnio zašto bi uvođenje tog znaka značilo početak stjecanja kontrole 2007. te dodala da bi se čak moglo tvrditi da je to uvođenje bilo moguće upravo zahvaljujući prethodnoj kontroli tužitelja nad CNR-om. Stoga se ne može smatrati da su elementi koje je Komisija iznijela, iako relativno sažeto, ali ipak dovoljno s obzirom na druge indicije koje su uzete u obzir, sami po sebi prebacivanje tereta dokazivanja.
- 150 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao ni da je Komisija počinila pogrešku kada je uzela u obzir tužiteljevo preuzimanje industrijske uloge od EDF-a i njegovu glavnu ulogu u operativnom upravljanju CNR-om.
- 151 Prigovor koji se temelji na pogrešci u ocjeni u pogledu indicije koja se odnosi na industrijsku i poslovnu ulogu tužitelja i EDF-a u CNR-u u razdoblju od 2004. do 2006. stoga valja u cijelosti odbiti.
- Prigovor koji se temelji na pogrešci u ocjeni u pogledu indicije koja se odnosi na izjave rukovoditelja CNR-a, tužitelja i grupe Suez
- 152 Ovaj prigovor odnosi se na petu indiciju koju je Komisija navela kako bi dokazala da je u prosincu 2003. postojala trajna promjena kontrole nad CNR-om u korist tužitelja (gore navedena točka 26.).
- 153 U uvodnim izjavama od 127. do 158. pobijane odluke Komisija pod naslovom „[r]ukovoditelji CNR-a i grupe Suez od 2004. *de facto* smatraju CNR dijelom grupe Suez” [neslužbeni prijevod] navodi nekoliko internih dokumenata CNR-a i grupe Suez, uključujući zapisnike uprave i nadzornog odbora, iz kojih proizlazi da je što se grupe Suez tiče CNR već 2004. bio dio grupe. Osim toga, počevši od 2003. godišnja izvješća grupe Suez sadržavaju određena upućivanja na CNR.

- 154 Tužitelj osporava vrijednost tih izjava kao indicijâ za dokazivanje da je 23. prosinca 2003. stekao *de facto* kontrolu nad CNR-om, tvrdeći osobito da je većina predmetnih izjava dana nakon 2003.
- 155 Komisija tvrdi, s jedne strane, da iako većina navedenih izjava potječe iz 2006. i 2007., prva izjava dana je početkom 2004. i, s druge strane, da te izjave odražavaju činjenicu da je tužitelj već od kraja 2003. imao *de facto* kontrolu nad CNR-om.
- 156 Na početku valja pojasniti da taj prigovor nije relevantan jer se ispitivanjem drugih prigovora iznesenih u okviru drugog tužbenog razloga u dovoljnoj mjeri potvrđuje ocjena Komisije da je tužitelj 23. prosinca 2003. stekao *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om (gore navedene točke od 22. do 151.).
- 157 Nadalje, činjenica da se Komisija u pobijanoj odluci poziva na izjave dane nakon 23. prosinca 2003. nije sama po sebi problematična. Osim toga, Komisija s pravom napominje da tužitelj ne dovodi u pitanje izjave na koje se Komisija poziva u pobijanoj odluci kao takve. Iako one nisu dovoljne za dokazivanje velike vjerojatnosti da je tužitelj na kraju 2003. bio u situaciji *de facto* kontrole, njima se ipak može potvrditi datum početka povrede kako proizlazi iz elemenata koji su toj povredi prethodili ili su bili istodobni s njome. Osim toga, naknadni događaji mogu biti indicije trajnosti povrede. Komisija je u tom pogledu mogla navesti događaje nakon 2003. upravo zato što joj je tužitelj prijavio koncentraciju tek 2007.
- 158 Točno je da tužitelj s pravom napominje da se ni u jednoj izjavi na koju se Komisija poziva u pobijanoj odluci ne spominje, čak ni implicitno, stjecanje *de facto* kontrole u razdoblju od 2003. do 2007.
- 159 Međutim, Komisija s pravom napominje da je već 2004. na sastanku uprave CNR-a 19. ožujka 2004. bilo riječi o „stajalištu grupe” ili „društvu kćeri velike industrijske grupe”, što ne odgovara situaciji društava koja imaju samo „trajno poslovno partnerstvo.”
- 160 Međutim, ostaje činjenica da, osim tog primjera, većina primjera na koje upućuje Komisija potječe iz 2006. i 2007. i da se izjavom vladinog povjerenika na sjednici nadzornog odbora 13. prosinca 2007., navedenoj u uvodnoj izjavi 152. pobijane odluke, da „odgovornosti [treba pojasniti] u okviru cjeline koju čine Suez/Electrabel, s jedne strane i CNR, s druge strane, kako bi uloga potonjeg u budućnosti bila jasno definirana” [neslužbeni prijevod] može poduprijeti argument tužitelja da je kontrolu stekao tek 2007.
- 161 Stoga, s obzirom na određenu dvosmislenost upotrijebljenih izraza, te izjave mogu poslužiti samo kao podredna indicija za dokazivanje da je *de facto* isključiva kontrola stečena u prosincu 2003., a ne 2007.
- 162 Međutim, valja napomenuti da se dokazi na koje se poziva tužitelj isto tako ne protive argumentu Komisije. Stoga, kako Komisija s pravom tvrdi, izjava predsjednice nadzornog odbora CNR-a na glavnoj skupštini održanoj 28. lipnja 2007. da će CNR „odsada imati

uzorno mjesto u grupi Suez” može značiti da je CNR tek nedavno postao dio grupe Suez ili, upravo suprotno, da joj se već prije priključio.

- 163 Kad je riječ o izjavi vladinog povjerenika na sjednici nadzornog odbora 13. prosinca 2007., na datum koji je tužitelj u upravnom postupku netočno naveo kao 5. srpnja 2007. i koji se spominje gore u točki 160., Komisija s pravom u uvodnoj izjavi 154. pobijane odluke navodi da se ta izjava može tumačiti na način da upućuje na pojašnjenje odgovornosti, čime se ne omogućuje izvođenje zaključaka o datumu na koji je tužitelj stekao *de facto* kontrolu nad CNR-om.
- 164 Naposljetku valja pojasniti da tužitelj više ne dovodi u pitanje određena upućivanja na CNR koja je Komisija otkrila u godišnjim izvješćima grupe Suez i navela u uvodnim izjavama od 155. do 158. pobijane odluke, iako je u upravnom postupku osporio njihovu relevantnost.
- 165 U tim okolnostima prigovor koji se temelji na pogreškama u pogledu indicije koja se odnosi na izjave rukovoditelja CNR-a, tužitelja i grupe Suez valja odbiti.
- Prigovor koji se temelji na pogrešci u ocjeni indicije koja se odnosi na postojanje povlaštenog prava u korist tužitelja
- 166 Ovaj prigovor odnosi se na šestu indiciju koju je Komisija navela kako bi dokazala da je 23. prosinca 2003. postojala trajna promjena kontrole nad CNR-om u korist tužitelja (gore navedena točka 26.).
- 167 Komisija u uvodnim izjavama od 159. do 164. spominje činjenicu da je tužitelj na temelju Sporazuma (gore navedena točka 7.) već 2003. stekao pravo povlaštenog upisa ostalih dionica CNR-a u slučaju stavljanja izvan snage odredbe Zakona Murcef kojom se zahtijeva da javni subjekti imaju više od 50 % kapitala CNR-a. U uvodnoj izjavi 163. navedeno je da u takvom slučaju tužitelj može na temelju sporazuma onemogućiti drugom privatnom dioničaru stjecanje trajne isključive kontrole nad CNR-om. Tužitelju je tako zajamčena takva kontrola *de facto* na temelju Zakona Murcef ili *de lege* u slučaju stavljanja izvan snage tog zakona. Komisija u uvodnoj izjavi 164. tvrdi da je riječ o elementu ocjene koji zajedno s drugim razmatranjima može dovesti do zaključka da u skladu s Obaviješću o pojmu koncentracije postoji isključiva kontrola.
- 168 Tužitelj tvrdi da u skladu s Pročišćenom obaviješću o nadležnostima nije moguće steći isključivu kontrolu na temelju opcije kupnje same po sebi, već u izvanrednim okolnostima ta opcija može biti indicija kojom se zajedno s drugim indicijama može dokazati postojanje kontrole te naglašava da se u ovom slučaju ne može uzeti u obzir postojanje povlaštenog prava upisa s obzirom na definiciju izvanrednih okolnosti u Odluci Komisije od 7. ožujka 1994. o proglašenju koncentracije spojivom sa zajedničkim tržištem (predmet IV/M.397 – Ford/Hertz) (u daljnjem tekstu: Odluka Ford/Hertz).

- 169 Komisija navodi da nikada nije tvrdila da je u ovom slučaju kontrola dodijeljena samo na temelju povlaštenog prava. Budući da tu indiciju treba dodati drugim indicijama, nije potrebno osporiti činjenicu da ona nije bila uzeta u obzir.
- 170 Kako je već navedeno gore u točki 40., ako se prihvati da je *de facto* isključiva kontrola stečena 23. prosinca 2003., u ovom slučaju primjenjuje se Uredba br. 4064/89, čija je primjena bila predmet obavijesti o pojmu koncentracije, a ne Uredba br. 139/2004, koja je navedena u pročišćenoj obavijesti o nadležnostima. Točka 15. obavijesti o pojmu koncentracije glasi:
- „Opcija kupnje ili konverzije udjela sama po sebi ne predstavlja samostalnu kontrolu, osim ako će se ta opcija koristiti u bliskoj budućnosti sukladno pravno obvezujućem sporazumu. Međutim, vjerojatnost da će se takva opcija iskoristiti može se uzeti u obzir kao dodatni čimbenik koji zajedno s drugim čimbenicima može dovesti do zaključka da postoji samostalna kontrola.”
- 171 Čak i ako se, za razliku od točke 60. pročišćene obavijesti o nadležnostima, u tim odredbama ne upotrebljava izričit izraz „u izvanrednim okolnostima”, Komisija u uvodnoj izjavi 162. pobijane odluke priznaje da je pravilo u biti jednako u objema obavijestima.
- 172 Na početku valja napomenuti da tužitelj ne osporava detaljna pravila koja se primjenjuju na pravo upisa koje mu je dodijeljeno sporazumom, kako je opisano u pobijanoj odluci.
- 173 Nadalje, kako Komisija s pravom tvrdi, argument tužitelja koji se temelji na Odluci Ford/Hertz ne može se prihvatiti. Osim činjenice da, prema sudskoj praksi na koju se podsjeća gore u točki 63., Komisija i *a fortiori* Opći sud nisu u ovom slučaju vezani činjeničnim utvrđenjima i ocjenama iz prethodne odluke Komisije, taj se predmet razlikuje od okolnosti ovog slučaja. U predmetu koji je doveo do Odluke Ford/Hertz Komisija je utvrdila da činjenicom da je imao 49 % glasačkih prava i manjinsku zastupljenost u upravi Hertza Fordu nije bila dodijeljena kontrola jer nije imao pravo veta u pogledu bitnih odluka. Međutim, smatrala je da je činjenica da je Ford imao povlašteno pravo upisa koje je mogao ostvariti prema vlastitoj diskrecijskoj ocjeni bez bilo kakvih uvjeta i u svakom trenutku, čime mu je bilo omogućeno da u vrlo kratkom roku preuzme kontrolu nad upravom Hertza, bila okolnost kojom mu je dodijeljena *de facto* kontrola. Povlašteno pravo upisa stoga je u tom predmetu bilo glavni čimbenik na temelju kojeg je utvrđeno postojanje *de facto* isključive kontrole.
- 174 U ovom slučaju tužitelj s pravom tvrdi da njegovo povlašteno pravo osobito podliježe izmjeni zakona Murcef. Međutim, Komisija nije izvela zaključak o postojanju *de facto* isključive kontrole iz povlaštenog prava, već je samo to pravo uzela u obzir kao dodatnu indiciju. To jasno proizlazi iz uvodne izjave 163. pobijane odluke, u kojoj Komisija navodi da je tužitelju bila zajamčena trajna isključiva kontrola nad CNR-om „*de facto* na temelju zakona Murcef ili *de lege* u slučaju stavljanja izvan snage tog zakona.” [neslužbeni prijevod] Postojanje povlaštenog prava, čije ostvarivanje ovisi o stavljanju izvan snage zakona Murcef, stoga je podredna indicija u obrazloženju Komisije jer je zaključak o postojanju *de facto* isključive kontrole bio izveden iz drugih okolnosti.

- 175 Osim toga, pristup Komisije u skladu je s obaviješću o pojmu koncentracije iz koje proizlazi da *de facto* isključiva kontrola manjinskog dioničara može proizlaziti iz strukture glasačkih prava ili iz prava upravljanja djelatnostima predmetnog društva i utvrđivanja njegove poslovne politike (točka 14. obavijesti o pojmu koncentracije), dok postojanje povlaštenog prava upisa nije nužno dodatni uvjet, već može biti, kao i sva druga činjenična pitanja, dodatna indicija (točka 15. obavijesti o pojmu koncentracije). Osim toga, valja podredno pojasniti da se udio tužitelja u glasačkim pravima od 47,92 %, sastav preostalih dioničara i tužiteljev položaj moći u upravi mogu smatrati izvanrednim okolnostima kojima se opravdava uzimanje u obzir postojanja povlaštenog prava upisa. U svakom slučaju, nedostatak indicije koja se odnosi na postojanje povlaštenog prava upisa u korist tužitelja ne može utjecati na zaključak da je postojala *de facto* kontrola koja se osobito temeljila na strukturi glasačkih prava na glavnoj skupštini i tužiteljevom položaju moći u tom tijelu i upravi.
- 176 Stoga prigovor i drugi tužbeni razlog valja odbiti u cijelosti.
- Prvi tužbeni razlog koji se temelji na povredi članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 i povredi članka 253. UEZ-a jer Komisija nije pravilno kvalificirala povredu i jer pobijana odluka sadržava proturječno obrazloženje*
- 177 Tužitelj tvrdi da pobijana odluka sadržava proturječnost između obrazloženja i izreke iz koje proizlazi nedostatak u obrazloženju s obzirom na članak 253. UEZ-a. U biti tvrdi da obrazloženjem pobijane odluke nije potkrijepljena izreka u kojoj je utvrđena povreda članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, već se na temelju njega može utvrditi povreda članka 4. stavka 1. te uredbe.
- 178 Komisija osporava argumente tužitelja. U biti tvrdi da pobijana odluka ne sadržava proturječnost.
- 179 Valja uzeti u obzir da obveza obrazlaganja predviđena člankom 253. UEZ-a predstavlja bitnu postupovnu pretpostavku koju treba razlikovati od pitanja osnovanosti obrazloženja koja čini dio materijalne zakonitosti spornog akta (presude Suda od 2. travnja 1998., Komisija/Sytraval i Brink's France, C-367/95 P, Zb., str. I-1719., t. 67., od 22. ožujka 2001., Francuska/Komisija, C-17/99, Zb., str. I-2481., t. 35. i od 29. rujna 2011., Elf Aquitaine/Komisija, C-521/09 P, Zb., str. I-8947., t. 146.).
- 180 Iz sudske praske isto tako proizlazi da obrazloženje koje se zahtijeva u skladu s člankom 253. UEZ-a mora odgovarati prirodi predmetnog akta te mora jasno i nedvosmisleno odražavati zaključke institucije koja je donijela akt kako bi se zainteresiranim osobama omogućilo da se upoznaju s razlozima poduzimanja mjere i kako bi se nadležnom sudu omogućilo provođenje nadzora. U obrazloženju nije potrebno navoditi sve relevantne činjenične i pravne elemente, jer se pitanje ispunjava li obrazloženje nekog akta zahtjeve iz članka 253. UEZ-a treba ocjenjivati ne samo s obzirom na tekst obrazloženja, nego i na njegov kontekst te na ukupnost pravnih pravila kojima se uređuje predmetno područje (vidjeti presudu Komisija/Sytraval i Brink's France,

točka 179. *supra*, t. 63., i navedenu sudsku praksu, te presudu Općeg suda od 4. srpnja 2006., Hoek Loos/Komisija, T-304/02, Zb., str. II-1887., t. 58.).

- 181 Osim toga, obvezom obrazlaganja iz članka 253. UEZ-a zahtijeva se da razlozi na kojima se temelji odluka budu jasni i nedvosmisleni. Stoga obrazloženje nekog akta treba biti logično i pogotovo ne smije sadržavati unutarnje proturječnosti koje bi otežale dobro razumijevanje razloga na kojima se taj akt temelji (presuda Elf Aquitaine/Komisija, točka 179. *supra*, t. 151.).
- 182 U ovom slučaju, kako Komisija s pravom tvrdi, povreda koja se stavlja na teret tužitelju u različitim je dijelovima pobijane odluke, među ostalim, osim članka 1. izreke, u njezinim uvodnim izjavama od 40. do 173., od 174. do 179., 191., 192., 205., 206., 211., 212. i 223., nedvojbeno kvalificirana kao preuranjena provedba koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89.
- 183 Iz ispitivanja gore navedenog drugog tužbenog razloga proizlazi da je Komisija osobito u uvodnim izjavama od 40. do 173. pobijane odluke objasnila pravna načela i činjenična razmatranja na kojima se temeljilo njezino utvrđenje da je tužitelj 23. prosinca 2003. proveo koncentraciju bez da ju je prijavio Komisiji i za nju dobio odobrenje te da u pogledu merituma njezinu analizu valja prihvatiti.
- 184 Prvo, kako bi dokazao navodne proturječnosti u pobijanoj odluci, tužitelj se poziva na uvodnu izjavu 59. u kojoj je navedeno:
- „[...] [tužitelj] se najkasnije u prosincu 2003., kada je stekao dodatni udio i time povećao svoj ukupni udio na 49,95 % kapitala i 47,92 % glasačkih prava CNR-a, trebao obratiti Komisiji, po potrebi u okviru konzultacija, kao što je učinio 2007. Komisija bi zatim, kao i 2007., primjenom utvrđene prakse odlučivanja potvrdila da [tužitelj] stječe isključivu kontrolu nad CNR-om i stoga je obvezan prijaviti transakciju.” [neslužbeni prijevod]
- 185 Prema mišljenju tužitelja, ta uvodna izjava jasno pokazuje da mu Komisija prigovara da nije prijavio ili je barem sa zakašnjenjem prijavio transakciju protivno članku 1. izreke, koji se odnosi na povredu zbog preuranjene provedbe koncentracije. Međutim, kako Komisija s pravom tvrdi, činjenica da je u toj uvodnoj izjavi pobijane odluke navela da joj se tužitelj trebao obratiti prije ne znači da se utvrđena povreda, za koju je bila izrečena novčana kazna, temelji na povredi obveze prijave jer, kako proizlazi iz teksta članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, obveza privremene odgode koncentracije može biti povrijeđena neovisno o tome je li koncentracija prijavljena ili nije.
- 186 Drugo, tužitelj tvrdi da se određenim elementima ocjene u pobijanoj odluci koji se odnose na trajanje povrede potvrđuje njezina proturječnost. Stoga, utvrđenjem da je povreda počela 23. prosinca 2003., na datum kada je tužitelj stekao dionice koje je imao EDF, i da se nastavila do 9. kolovoza 2007., odnosno datuma prethodne prijave, Komisija je utvrdila povredu članka 4. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 koji se odnosi na nepodnošenje prijave. Prema mišljenju tužitelja, ako je Komisija željela utvrditi povredu članka 7. stavka 1. te uredbe o preuranjenoj provedbi koncentracije, trebala je uzeti u obzir postojanje povrede

od stvarnog ostvarivanja glasačkih prava, odnosno od glavne skupštine 29. lipnja 2004., do datuma na koji je Komisija odobrila transakciju, odnosno 29. travnja 2008. Datumi 23. prosinca 2003. i 9. kolovoza 2007. nisu relevantni za utvrđenje preuranjene provedbe koncentracije. Komisija je implicitno priznala tu činjenicu kada je potvrdila da je rok zastare počeo teći tek od datuma prestanka povrede, odnosno 29. travnja 2008.

- 187 Kako napominje Komisija, budući da u tom pogledu obveza prijave iz članka 4. Uredbe br. 4064/89 nastaje u određenom trenutku, činjenica da je u pobijanoj odluci nastojala dokazati trajanje povrede znači da nije pokušala dokazati ili u svakom slučaju ne samo dokazati nepodnošenje prijave.
- 188 Što se tiče argumenta tužitelja da Komisija nije mogla utvrditi da je povreda počela krajem prosinca 2003. jer koncentracija može biti provedena prije prijave samo ako su glasačka prava učinkovito ostvarena, što se nije dogodilo do glavne skupštine 29. lipnja 2004., u članku 7. stavku 1. Uredbe br. 4064/89 upućuje se na zabranu provedbe koncentracije prije njezine prijave ili odobrenja.
- 189 U članku 3. stavcima 1. i 3. Uredbe br. 4064/89 (gore navedena točka 24.) koncentracija je definirana kao promjena kontrole kojom se omogućuje izvršavanje odlučujućeg utjecaja na djelatnost predmetnog poduzetnika te stoga stjecanje kontrole u formalnom obliku, a ne učinkovito izvršavanje takve kontrole. Osim toga, to je potvrđeno u točki 9. drugom stavku obavijesti o pojmu koncentracije. U drugoj rečenici te odredbe navedeno je da Uredba br. 4064/89 „jasno određuje kontrolu kao ‚mogućnost ostvarivanja prevladavajućeg utjecaja’, a ne kao stvarno ostvarivanje takvog utjecaja”. Argument tužitelja stoga se ne može prihvatiti. Pitanje je li, kako Komisija tvrdi, nepodnošenje prijave utvrđeno prije 23. prosinca 2003., nije relevantno za ispitivanje ovog tužbenog razloga.
- 190 Kad je riječ o završetku razdoblja povrede u pogledu kojeg tužitelj tvrdi da činjenica da je kao završetak utvrđen datum prethodne prijave, odnosno 9. kolovoza 2007., znači da je predmetna povreda zaista bila nepodnošenje prijave, valja napomenuti da je Komisija razloge svojeg pristupa navela u uvodnim izjavama 211. i sljedećima pobijane odluke. U njima objašnjava da nakon provedbe koncentracije i za vrijeme njezina trajanja povreda članka 7. Uredbe br. 4064/89 može prestati tek kad Komisija odobri transakciju ili, ovisno o slučaju, odobri izuzeće od obveze privremene odgode. Nakon što je u uvodnim izjavama od 212. do 214. utvrdila da je prošlo puno vremena između utvrđenog datuma stjecanja isključive kontrole, odnosno 23. prosinca 2003., i odluke o odobrenju, Komisija u uvodnoj izjavi 215. navodi da, u okviru svoje diskrecijske ovlasti i ne dovodeći u pitanje svoje načelno stajalište, neće uzeti u obzir razdoblje koje obuhvaća rasprava i ispitivanje koncentracije nakon njezine prethodne prijave na datum 9. kolovoza 2007., koji stoga smatra završetkom povrede.
- 191 Iz razmatranja navedenih u prethodnoj točki proizlazi da se na temelju činjenice da je Komisija kao datum prestanka povrede utvrdila datum prethodne prijave koncentracije ne može zaključiti da je Komisija utvrdila povredu obveze prijave. Stoga se taj argument ne može prihvatiti.

- 192 Treće, iako tužitelj tvrdi da nakon što joj je u ljeto 2007. bila upućena dokumentacija Komisija nije od njega zahtijevala da odgodi učinke preuranjene provedbe koncentracije, čime se potvrđuje da nije utvrdila povredu članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, valja prihvatiti analizu Komisije u skladu s kojom ta okolnost nema učinka na pravnu kvalifikaciju povrede.
- 193 Iako tužitelj tvrdi da je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava kada je tvrdila da takav pristup nije predviđen u Uredbi br. 4064/89 jer se u ljeto 2007. već primjenjivala Uredba br. 139/2004, kako uostalom proizlazi iz odluke o odobrenju u kojoj je navedeno da je potonja „donesena na temelju članka 6. stavka 1. [točke (b)] Uredbe br. 139/2004” [neslužbeni prijevod], kako naglašava Komisija, uredba koja se primjenjuje u ovom slučaju još nije bila utvrđena kada je odobrila koncentraciju jer je pitanje datuma stjecanja *de facto* isključive kontrole ostalo otvoreno. Točno je da je odlukom o odobrenju koncentracija proglašena spojivom sa zajedničkim tržištem na temelju Uredbe br. 139/2004, ali Komisija je u uvodnoj izjavi 18. izričito pojasnila da pitanje točnog datuma stjecanja isključive kontrole za potrebe odluke o odobrenju može ostati otvoreno jer ne utječe na ispitivanje koncentracije u pogledu tržišnog natjecanja. Takav pristup valja prihvatiti jer, kako je navedeno gore u točki 40., iz članka 26. stavka 2. Uredbe br. 139/2004 proizlazi da se Uredba br. 4064/89 i dalje primjenjuje na koncentracije koje su prije 1. svibnja 2004. bile predmet sporazuma ili objave ili kojima je stečena kontrola u smislu članka 4. stavka 1. te uredbe.
- 194 Osim toga, kako navodi Komisija, samo je u članku 8. stavku 5. Uredbe br. 139/2004 izričito predviđena mogućnost poduzimanja odgovarajućih privremenih mjera. U Uredbi br. 4064/89 nije bila predviđena takva mogućnost. U svakom slučaju, čak i u okviru Uredbe br. 139/2004 Komisija ima samo mogućnost izricanja takve mjere. U tim okolnostima u ovom se slučaju na temelju činjenice da Komisija nije zahtijevala privremenu odgodu predmetne transakcije ne mogu izvesti nikakvi zaključci u pogledu pitanja kvalifikacije povrede.
- 195 Četvrto, tužitelj tvrdi da je nedosljednost obrazloženja Komisije već bila vidljiva u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, da je u svojem odgovoru na tu obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku uputio na probleme u kvalifikaciji povrede i da Komisija u pobijanoj odluci nije objasnila zašto je odbila njegove argumente. Međutim, iz odgovora na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ne proizlazi da je tužitelj iznio takve argumente.
- 196 Točno je da odgovor tužitelja na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku sadržava odjeljak o „nedostatku pravne kvalifikacije povrede i nedostatku dokaza o povredi u ovom slučaju”, u kojem tužitelj navodi da se u obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ne dokazuje glavni element povrede koji Komisija navodi protiv tužitelja, a to je da je 23. prosinca 2003. postojala koncentracija u smislu Uredbe br. 4064/89. Međutim, iako osporava nedostatak pravne kvalifikacije činjenica u pogledu članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, tužitelj ne tvrdi da su činjenice koje je utvrdila Komisija povreda članka 4. stavka 1. te uredbe. Stoga, protivno onome što navodi tužitelj, on u tom dokumentu ne tvrdi da je Komisija kvalificirala drukčiju povredu od one

koju je prema vlastitim tvrdnjama utvrdila. U svakom slučaju, tužitelj preciznije iznosi svoj argument u odgovoru u kojem poriče da je počinio bilo kakvu povredu. Tako tvrdi da u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku nije mogao tvrditi da je smatrao da je povreda utvrđena na temelju članka 4. Uredbe br. 4064/89, a da sam sebi ne proturječi, jer je uvijek tvrdio da nije kriv ni za kakvu povredu. Prigovor tužitelja da se u svojem odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku pozvao na problem u kvalifikaciji povrede koji Komisija nije ispitala u pobijanoj odluci stoga je neosnovan.

197 Iz navedenog proizlazi da je u pobijanoj odluci u dovoljnoj mjeri obrazložena činjenica da je tužitelj povrijedio članak 7. stavak 1. Uredbe br. 4064/89 i da ona u tom pogledu ne sadržava proturječnosti u obrazloženju.

198 Prvi tužbeni razlog i glavne tužbene zahtjeve za poništenje pobijane odluke stoga valja odbiti.

## *2. Podredni tužbeni zahtjevi za poništenje novčane kazne ili smanjenje njezina iznosa*

*Treći tužbeni razlog, koji se temelji na povredi članka 1. Uredbe br. 2988/74 zbog zastare ovlasti Komisije za izricanje sankcije tužitelju*

199 Tužitelj u okviru ovog tužbenog razloga tvrdi da je nastupila zastara ovlasti Komisije za izricanje sankcije jer je riječ bila, s jedne strane, o postupovnoj povredi i, s druge strane, o trenutačnoj povredi. Prema njegovu mišljenju, rok zastare od tri godine koji se u skladu s člankom 1. stavkom 1. točkom (a) Uredbe br. 2988/74 primjenjuje u ovom slučaju istekao je jer je utvrđeno da je povreda započela 23. prosinca 2003. i jer je prvi akt kojim se mogao učinkovito prekinuti rok zastare donesen 17. lipnja 2008., odnosno pet godina nakon početka povrede.

200 Komisija osporava zastaru svoje ovlasti za izricanje sankcije.

201 Iz uvodnih izjava od 179. do 183. pobijane odluke proizlazi da je Komisija u skladu s člankom 1. stavkom 1. Uredbe br. 2988/74 smatrala da rok zastare iznosi pet godina za povredu kao što je ona o kojoj je riječ u ovom slučaju, koja je povezana s provedbom koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 i koja se nije odnosila na jednostavno nepodnošenje prijave, već na postupanje koje je dovelo do strukturne promjene uvjeta tržišnog natjecanja. Komisija isto tako napominje da je prvim zahtjevom za pružanje informacija, koji je tužitelju poslan 17. lipnja 2008. u svrhu istrage povrede, a zatim obaviješću o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku od 17. prosinca 2008., prekinut rok zastare u skladu s člankom 2. Uredbe br. 2988/74.

202 Tužbeni razlog u biti se odnosi na Komisijinu primjenu članka 1. Uredbe br. 2988/74. Ta odredba glasi:

„1. Ovlast Komisije za kažnjavanje globom ili kaznama zbog kršenja pravila Europske ekonomske zajednice o prometu ili tržišnom natjecanju podliježe sljedećim rokovima zastare:

(a) tri godine u slučaju kršenja odredaba koje se odnose na zahtjeve za podacima od strane poduzetnika i udruženja poduzetnika, zahtjeve za pružanje podataka ili provođenja istraga;

(b) pet godina za sve druge prekršaje.

2. Rok počinje teći od dana kad je prekršaj počinjen. Međutim, u slučaju stalnih ili ponovljenih prekršaja, rok počinje teći od dana kada je kršenje prestalo.”

- 203 Valja napomenuti da se argumenti tužitelja djelomično podudaraju s onima koje je iznio u okviru prvog tužbenog razloga jer se potonji temeljio na činjenici da je povreda trebala biti kvalificirana kao nepodnošenje prijave protivno članku 4. Uredbe br. 4064/89, a ne kao povreda obveze privremene odgode iz članka 7. stavka 1. te uredbe. Međutim, iz ispitivanja prvog i drugog tužbenog razloga proizlazi da je Komisija, bez da si je proturječila, povredu pravilno kvalificirala kao povredu članka 7. stavka 1. te uredbe koja je započela 23. prosinca 2003.
- 204 Međutim, tužitelj prvo tvrdi da čak i ako je riječ bila o povredi članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, bilo je potrebno primijeniti rok zastare od tri godine u skladu s člankom 1. stavkom 1. točkom (a) Uredbe br. 2988/74 jer osnovni kriterij za utvrđivanje nezakonitosti provedbe koncentracije u prvom redu ovisi o tome je li transakcija prethodno prijavljena. Pobijana odluka sadržava više upućivanja na izostanak prijave, čime se dokazuje da Komisija tužitelju prigovara da je koncentraciju proveo ne samo prije odobrenja već i prije prijave.
- 205 Tu analizu treba odbiti. Kako Komisija s pravom tvrdi i kako je navedeno u okviru ispitivanja prvog tužbenog razloga, iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 proizlazi da je ta odredba povrijeđena ako je koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu provedena prije nego što je prijavljena ili proglašena spojivom sa zajedničkim tržištem, pri čemu prijava kao takva nije odlučujuća za dokazivanje postojanja koncentracije niti je dovoljna za njezin prestanak.
- 206 Komisija u tom pogledu s pravom podsjeća da se razlika koja dovodi do dvaju različitih rokova zastare u Uredbi br. 2988/74 odnosi i na narav povrede jer je u članku 1. stavku 1. točki (a) te uredbe predviđen kratak rok za povrede koje se odnose na zahtjeve ili prijave poduzetnika ili udruženja poduzetnika, zahtjeve za pružanje informacija ili provođenja pretraga, dok je u članku 1. stavku 1. točki (b) predviđen dulji rok od pet godina za ostale povrede. Jasno je da se prva kategorija povreda iz točke (a) odnosi na formalne ili postupovne povrede. Međutim, preuranjena provedba koncentracije povredom članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 povreda je koja se ne može kvalificirati kao čisto formalna ili postupovna jer može dovesti do znatnih promjena uvjeta tržišnog natjecanja, kako je navedeno u uvodnoj izjavi 182. pobijane odluke.

- 207 Kad je riječ o argumentu tužitelja da se povreda odnosi na nepoštovanje isključive nadležnosti Komisije za provedbu prethodne kontrole koncentracija i stoga je ona povreda pravila tržišnog natjecanja, valja napomenuti da čak i ako se radi o pitanju tržišnog natjecanja, ono se ipak odnosi na povredu drukčiju od onih navedenih u članku 1. stavku 1. točki (a) Uredbe br. 2988/74.
- 208 Argumenti tužitelja o trajanju povrede i osobito datumu koji se smatra datumom prestanka povrede, kako je navedeno gore u točki 191. u okviru ispitivanja prvog tužbenog razloga, nisu sami po sebi relevantna indicija.
- 209 Iz navedenog proizlazi da je Komisija u ovom slučaju s pravom primijenila članak 1. stavak 1. točku (b) Uredbe br. 2988/74 za utvrđivanje roka zastare od pet godina.
- 210 Drugo, tužitelj tvrdi da je utvrđena povreda trenutačna jer je počinjena jednim činom, odnosno provedbom koncentracije i da se samo rezultat povrede nastavlja. Takva analiza znači da se rok zastare računa od 23. prosinca 2003. Tužitelj se u potporu svojem argumentu konkretno poziva na razliku, osobito u francuskom pravu tržišnog natjecanja, između trajnih kontinuiranih povreda i sukcesivnih kontinuiranih povreda. Prema njegovu mišljenju, povrede iz prve kategorije počinjene su jednim činom, iako su njihovi učinci i rezultat dugotrajni, tako da se primjenjuje sustav trenutačne povrede. Povreda o kojoj je riječ u ovom slučaju pripada prvoj kategoriji jer je utvrđeno da je počinjena zbog nemara i jer se to obilježje ne može primijeniti na drugu kategoriju, koja pretpostavlja ponavljanje nezakonite namjere u određenom razdoblju. Osim toga, tužitelj tvrdi da bi drukčiji zaključak značio da bi povrede članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 trajale gotovo u nedogled jer rok zastare nikada ne bi mogao isteći.
- 211 Taj argument, koji se odnosi na primjenu članka 1. stavka 2. Uredbe br. 2988/74, u skladu s kojim rok zastare počinje teći od dana kada je povreda počinjena, osim u slučaju stalnih ili ponovljenih povreda, za koje rok zastare počinje teći od dana kada je povreda prestala, ne može se prihvatiti.
- 212 Mogućnost izvršavanja odlučujućeg utjecaja na djelatnost kontroliranog poduzetnika nužno traje od datuma stjecanja kontrole do njezina prestanka. Kako Komisija s pravom tvrdi u odgovoru na pisano pitanje Općeg suda kojim se od nje zahtijeva da objasni svoj argument povezan s trajnošću povrede, subjekt koji je stekao kontrolu nad poduzetnikom i dalje tu kontrolu izvršava povredom obveze privremene odgode iz članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 sve dok ne prestane s povredom tako da od Komisije dobije odobrenje ili odustane od kontrole. Shodno tome, povreda traje sve dok postoji kontrola stečena povredom članka 7. stavka 1. i dok Komisija ne odobri koncentraciju. Komisija je stoga s pravom povredu kvalificirala kao kontinuiranu do datuma odobrenja koncentracije ili, prema potrebi, do ranijeg datuma koji se može uzeti u obzir s obzirom na okolnosti slučaja. Osim toga, Komisija s pravom tvrdi da se razlika između kontinuiranih povreda i sukcesivnih kontinuiranih povreda, na koju se tužitelj poziva, ne primjenjuje u pravu tržišnog natjecanja Unije i stoga je ne treba dalje ispitivati.

- 213 Kad je riječ o argumentu tužitelja da bi u tim okolnostima rok zastare trajao „u nedogled“, valja napomenuti da kvalifikacija povrede kao što je ona u ovom slučaju kao trenutačne nije prihvatljiva sa stajališta represivne politike jer bi u nedostatku vidljivih učinaka na tržištu bilo prilično jednostavno postići zastaru ovlasti za izricanje sankcije za takvu povredu.
- 214 Naposljetku i u svakom slučaju, čak i ako bi povreda bila trenutačna što znači da je rok zastare počeo 23. prosinca 2003., rok zastare od pet godina, kako proizlazi iz gore navedene točke 209., bio bi prekinut zahtjevom za pružanje informacija od 17. lipnja 2008. i obaviješću o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku od 17. prosinca 2008., u skladu s člankom 2. Uredbe br. 2988/74, kojim je predviđeno da se rok zastare u postupku prekida svakom mjerom koju Komisija poduzme u svrhu prethodne istrage ili postupka, kako je uostalom objašnjeno u uvodnoj izjavi 180. pobijane odluke.
- 215 Iz prethodno navedenog proizlazi da ovlast Komisije za izricanje sankcije zbog povrede članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 nije bila zastarjela na datum pobijane odluke.
- 216 Treći tužbeni razlog stoga valja odbiti.
- Četvrti tužbeni razlog, koji se temelji na povredi članka 14. stavka 2. Uredbe br. 4064/89 te načela proporcionalnosti, dobrog upravljanja i legitimnih očekivanja*
- 217 U okviru ovog tužbenog razloga tužitelj navodi dva dijela u potporu svojem podrednom zahtjevu za poništenje ili smanjenje novčane kazne. U prvom dijelu navodi očite pogreške u ocjeni i neproporcionalnost iznosa novčane kazne u odnosu na cilj sankcioniranja pojedinačne povrede. U drugom dijelu tvrdi da novčana kazna nije proporcionalna u odnosu na cilj odvratanja i da politika tržišnog natjecanja Komisije nije dosljedna.
- Prvi dio četvrtog tužbenog razloga, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni i neproporcionalnosti iznosa novčane kazne u odnosu na cilj sankcioniranja pojedinačne povrede
- 218 Tužitelj tvrdi da je izricanje novčane kazne u iznosu od 20 milijuna EUR potpuno neproporcionalno i nepravedno. Osim toga tvrdi, kao prvo, da navodna povreda ne može biti teška povreda za koju se može izreći tako visoka novčana kazna. Kao drugo, ocjena Komisije u pogledu trajanja povrede sadržava očite pogreške. Kao treće, dovodi u pitanje ocjenu Komisije u pogledu olakotnih okolnosti.
- 219 Komisija zahtijeva da se argumenti tužitelja odbiju. Napominje da tužitelj ne osporava određene važne aspekte ocjene Komisije, da miješa narav i težinu povrede i da obrazloženje pobijane odluke u pogledu trajanja povrede i uzimanja u obzir olakotnih okolnosti ne sadržava pogreške, a još manje očite pogreške.
- 220 Analiza Komisije sadržana je u uvodnim izjavama od 184. do 227. pobijane odluke. Komisija u uvodnoj izjavi 184. pobijane odluke navodi da je u skladu s člankom 14.

stavkom 3. Uredbe br. 4064/89 uzela u obzir narav i težinu povrede, kao i njezino trajanje te eventualne otegotne ili olakotne okolnosti.

- 221 Na početku valja napomenuti da u skladu s člankom 16. Uredbe br. 4064/89 Sud ima neograničenu nadležnost u nadzoru odluka kojima Komisija izriče novčane kazne ili periodične penale te može ukinuti, smanjiti ili povećati izrečenu novčanu kaznu ili periodični penal. Takva nadležnost sudu omogućuje da osim jednostavnog nadzora zakonitosti kazne, svojom ocjenom zamijeni Komisijinu ocjenu te da posljedično ukine, smanji ili poveća izrečenu novčanu kaznu ili periodični penal (vidjeti u tom smislu i po analogiji presudu Suda od 15. listopada 2002., *Limburgse Vinyl Maatschappij i dr./Komisija*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P i C-254/99 P, Zb., str. I-8375., t. 692.).
- 222 Međutim, valja istaknuti da izvršavanje neograničene nadležnosti nije jednako nadzoru po službenoj dužnosti te podsjetiti da je postupak pred sudovima Unije kontradiktoran. Uz iznimku razloga javnog poretka na koje sud pazi po službenoj dužnosti, kao što je nepostojanje obrazloženja pobijane odluke, na tužitelju je da istakne tužbene razloge protiv takve odluke i iznese dokaze u prilog tim tužbenim razlozima.
- 223 Prije ispitivanja argumenata tužitelja o čimbenicima koje je Komisija uzela u obzir pri utvrđivanju iznosa novčane kazne valja analizirati, s jedne strane, uvodne argumente Komisije koji se temelje na činjenici da njezina analiza ukupnih sredstava tužitelja u pobijanoj odluci nije osporena pred Općim sudom i, s druge strane, tužiteljevo pozivanje na određene metode ili načela primijenjena za utvrđivanje novčanih kazni u slučajevima kartela.
- 224 Ukupna sredstva tužitelja spominju se u uvodnim izjavama 196., 197. i 225. pobijane odluke. U uvodnim izjavama 196. i 197. navode se veličina tužitelja i njegova „dostatna sredstva pravne analize” [neslužbeni prijevod]. Uvodna izjava 197. pobijane odluke sadržava, među ostalim, popis koncentracija u Zajednici u koje je bio uključen tužitelj ili grupa Suez. Osim toga, Komisija u uvodnoj izjavi 225. pobijane odluke navodi da uzima u obzir potrebu da novčane kazne budu odvraćajuće te da u slučaju poduzetnika veličine tužitelja novčana kazna mora biti dostatna kako bi imala odvraćajući učinak.
- 225 Ocjene navedene u prethodnoj točki tužitelj ne osporava u okviru svoje tužbe, odnosno u svakom slučaju ne osporava ih izravno. Komisija navodi da su ta razmatranja imala važnu ulogu u utvrđivanju iznosa novčane kazne, osobito kako bi se osigurao njezin odvraćajući učinak. Tvrdi, pri čemu tužitelj to ne osporava, da je izrečeni iznos od 20 milijuna EUR samo 0,42 % zakonskog maksimuma i 0,04 % prometa koji je grupa Suez ostvarila 2007. (47,5 milijardi EUR).
- 226 Valja napomenuti da je iznos novčane kazne znatno manji od zakonskog maksimuma od 10 % propisanog u članku 14. stavku 2. točki (b) Uredbe br. 4064/89, u skladu s kojom Komisija poduzetnicima može izreći novčane kazne u visini od najviše 10 % ukupnog prometa predmetnih poduzetnika ako namjerno ili zbog nemara provedu koncentraciju povredom članka 7. stavka 1. te uredbe. To vrijedi i ako se u obzir uzme samo promet

tužitelja, koji je iznosio 15,2 milijarde EUR 2007. i 14,6 milijardi EUR 2008., uključujući CNR.

- 227 Kad je riječ o pozivanju tužitelja na određena načela ili određene metode za izračun novčanih kazni koje su navedene u smjernicama o metodi za utvrđivanje kazni koje se propisuju u skladu s člankom 23. stavkom 2. točkom (a) Uredbe br. 1/2003 (SL 2006., C 210, str. 2.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 58., u daljnjem tekstu: nove smjernice) i u smjernicama o metodi za utvrđivanje novčanih kazni koje se propisuju u skladu s člankom 15. stavkom 2. Uredbe br. 17. i člankom 65. stavkom 5. Ugovora o EZUČ-u (SL 1998., C 9, str. 3.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 6., u daljnjem tekstu: stare smjernice), osobito u pogledu tretiranja trajanja povrede i olakotnih okolnosti, Komisija s pravom potvrđuje da se te odredbe primjenjuju samo u okviru Uredbe Vijeća br. 17 od 6. veljače 1962., Prve uredbe o provedbi članka [81.] i [82. UEZ-a] (SL 1962., 13, str. 204.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 3., str. 3.) i Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165.) i da se stoga ne primjenjuju na novčane kazne izrečene na temelju Uredbe br. 4064/89. Argument tužitelja da se predmetne odredbe primjenjuju jer se njima definira „opća metoda s pomoću koje Komisija utvrđuje novčane kazne u području tržišnog natjecanja” stoga se ne može prihvatiti.
- 228 Iako se u tom pogledu sigurno mogu povući paralele osobito s primjenom sudske prakse o određenim općim načelima u području prava tržišnog natjecanja, Komisiji se ne može prigovoriti da pri utvrđivanju iznosa novčane kazne u ovom slučaju nije primijenila određenu metodu navedenu u starim ili novim smjernicama. Okvir za njezinu analizu mora biti članak 14. stavak 3. Uredbe br. 4064/89, u skladu s kojim pri utvrđivanju iznosa novčane kazne treba uzeti u obzir narav i težinu povrede. Komisija u pogledu te odredbe nije donijela smjernice za utvrđivanje metode izračuna koju mora primijeniti pri utvrđivanju novčanih kazni na temelju te odredbe. Međutim, od nje se zahtijeva da u pobijanoj odluci jasno i nedvosmisleno navede elemente koje je uzela u obzir pri utvrđivanju iznosa novčane kazne.
- Težina povrede
- 229 Tužitelj u biti iznosi tri argumenta o težini povrede.
- 230 Na početku valja podsjetiti u tom pogledu da se, prema ustaljenoj sudskoj praksi, težina povrede utvrđuje vodeći računa o mnogim elementima u pogledu kojih Komisija ima marginu prosudbe (vidjeti po analogiji presude Suda od 28. lipnja 2005., Dansk Rørindustri i dr./Komisija, C-189/02 P, C-202/02 P, od C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02 P, Zb., str. I-5425., t. od 240. do 242., i od 10. svibnja 2007., SGL Carbon/Komisija, C-328/05 P, Zb., str. I-3921., t. 43.).
- 231 Prvi argument tužitelja odnosi se na činjenicu da je povreda počinjena zbog nemara i da se taj nemar ne može ni u kojem slučaju smatrati čimbenikom kojim se povećava težina

- povrede. Tužitelj tvrdi da Komisija u tom pogledu proturječi sama sebi u pobijanoj odluci i stoga je cijela ocjena težine pogrešna. Prema njegovu mišljenju, smatrajući da je svaka povreda članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 po naravi teška povreda, Komisija osobito nije uzela u obzir članak 14. stavak 2. te uredbe, u kojem se povrede počinjene „namjerno” razlikuju od onih koje su počinjene „zbog nemara.” [neslužbeni prijevod]
- 232 Iz uvodnih izjava od 186. do 191. pobijane odluke proizlazi da Komisija povredu smatra teškom jer se njome narušava učinkovitost odredaba o kontroli Zajednice nad koncentracijama. Objašnjava da poduzetnik koji provodi koncentraciju od značaja za cijelu Zajednicu bez odobrenja jednostrano izbjegava obveznu kontrolu za koju je zakonodavac Komisiji dodijelio isključivu nadležnost i time oslabljuje pravni poredak Unije. Stoga je, prema mišljenju Komisije, svaka povreda članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 po naravi teška.
- 233 Komisija pred Općim sudom tvrdi da je taj pristup u skladu sa sudskom praksom koja se odnosi na druge zabrane provedbe povezane s mehanizmima prethodne prijave i odobrenja. Osobito upućuje na sustav državnih potpora i sustav prijave tehničkih normi koji su uspostavljeni Direktivom Vijeća 83/189/EEZ od 28. ožujka 1983. o utvrđivanju postupka osiguravanja informacija u području tehničkih normi i propisa (SL L 109, str. 8.). Komisija dodaje da je s obzirom na samu logiku sustava prethodne prijave povreda te obveze teška, bez obzira na to je li počinjena namjerno ili zbog nemara i neovisno o posljedicama za predmetno tržišno natjecanje.
- 234 Iako se sustavima prijave državnih potpora ili tehničkih normi ne može opravdati obrazloženje u pobijanoj odluci jer, kako tužitelj napominje, tim sustavima nije predviđeno izricanje novčanih kazni, Komisija u tom pogledu s pravom u uvodnoj izjavi 193. pobijane odluke navodi da činjenica da su Uredbom br. 4064/89 propisane tako velike novčane kazne, koje mogu iznositi do 10 % prometa predmetnog poduzetnika, pokazuje da je zakonodavac želio zaštititi sustav prethodne prijave i odobrenja provedbe koncentracije od značaja za cijelu Zajednicu. Osim toga, valja napomenuti da je u Uredbi br. 139/2004 u njezinu članku 14. stavku 2. zadržana ta razina novčane kazne za povrede koje se odnose na provedbu koncentracije povredom obveze privremene odgode koncentracije te je, osim toga, proširen sustav strogih sankcija zbog nepodnošenja prijave, koje se u skladu s Uredbom br. 4064/89 sankcioniralo samo novčanim kaznama u iznosu od 1 000 EUR do 50 000 EUR.
- 235 Komisija je stoga s pravom u uvodnoj izjavi 187. pobijane odluke navela da je „[u]vjetovanjem koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu prethodnom prijavom i odobrenjem zakonodavac Zajednice želio osigurati učinkovitost kontrole Komisije nad koncentracijama od značaja za cijelu Zajednicu tako da je Komisiji dopustio da po potrebi spriječi provedbu takvih koncentracija prije donošenja konačne odluke i time izbjegne nepopravljivu i trajnu štetu tržišnom natjecanju.” [neslužbeni prijevod] Komisija je stoga mogla, ne čineći time pogrešku, povredu kvalificirati kao tešku s obzirom na njezinu narav.
- 236 Kad je riječ o nemaru, iz uvodnih izjava od 195. do 206. pobijane odluke proizlazi da je Komisija povredu kvalificirala kao tešku i, osim toga, uputila na činjenicu da je tužitelj

djelovao nemarno. Međutim, prema mišljenju tužitelja, povreda počinjena zbog nemara ne može se kvalificirati kao teška.

- 237 Valja utvrditi u tom pogledu da se u članku 14. stavku 2. Uredbe br. 4064/89 ne uspostavlja razlika ovisno o tome je li povreda počinjena namjerno ili zbog nemara, već se ta dva uvjeta izricanja novčane kazne navode kao alternative (vidjeti po analogiji, u pogledu članka 15. stavka 2. Uredbe br. 17, rješenje Suda od 25. ožujka 1996., SPO i dr./Komisija, C-137/95 P, Zb., str. I-1611., t. 56.). Osim toga, povrede počinjene zbog nemara nisu sa stajališta njihovih učinaka na tržišno natjecanje manje teške od namjerno počinjenih povreda (vidjeti po analogiji gore navedeno rješenje SPO i dr./Komisija, t. 55.).
- 238 Stoga je Komisija s pravom smatrala da je povreda po svojoj naravi teška, što ne znači da povreda mora biti namjerna.
- 239 Osim toga, činjenica da je u starim i novima smjernicama nemar naveden kao olakotna okolnost u području novčanih kazni za povrede članka 81. ili članka 82. UEZ-a bespredmetna je, s jedne strane, s obzirom na razmatranja navedena gore u točki 227. i, s druge strane, jer se pitanje je li Komisija trebala uzeti u obzir nemar kao olakotnu okolnost razlikuje od pitanja je li pravilno kvalificirala povredu s obzirom na njezinu narav i težinu.
- 240 Naposljetku valja napomenuti da iz konteksta pobijane odluke i razloga iz uvodnih izjava od 196. do 206. pobijane odluke, navedenih u potporu kvalifikaciji ponašanja tužitelja kao nemarnog, proizlazi da Komisija smatra da je riječ o ponašanju koje je daleko od ispričive zablude i koje je s obzirom na okolnosti neprimjereno, kako je, osim toga, podsjetila pred Općim sudom.
- 241 Argument tužitelja da je Komisija povrijedila članak 14. Uredbe br. 4064/89 i proturječila sama sebi u pobijanoj odluci jer je povredu kvalificirala kao tešku i istovremeno smatrala da je počinjena zbog nemara valja stoga odbiti.
- 242 Drugi argument tužitelja kojim osporava kvalifikaciju povrede kao teške odnosi se na činjenicu, koju Komisija priznaje, da povredom nije nanesena šteta tržišnom natjecanju. Tužitelj napominje da se čak ni povrede članaka 81. i 82. UEZ-a, koje prema definiciji mogu uzrokovati najozbiljniju štetu tržišnom natjecanju, ne smatraju automatski teškima. Budući da je krajnji cilj prethodne kontrole koncentracija spriječiti nepopravljivu i trajnu štetu tržišnom natjecanju i budući da Komisija u uvodnoj izjavi 194. pobijane odluke i sama priznaje da je konkretni učinak na tržišno natjecanje relevantan kriterij, njezino obrazložene nije dosljedno jer predmetnu povredu kvalificira kao tešku, iako njezin cilj i učinak nisu nanošenje štete tržišnom natjecanju.
- 243 Taj argument odnosi se na uvodne izjave od 192. do 194. pobijane odluke o težini povrede, u kojima je Komisija ustvrdila da činjenica da povreda nije prouzročila probleme povezane s tržišnim natjecanjem ne utječe na njezinu težinu.

- 244 Usporedbu predmetne povrede s povredama članka 81. ili 82. UEZ-a valja u tom pogledu prilagoditi, jednako kao i argument koji se temelji na ulozi koju, prema mišljenju tužitelja, ima činjenica da povreda koja mu se stavlja na teret nema učinaka na tržišno natjecanje.
- 245 Točno je da je cilj propisa o kontroli koncentracija Unije spriječiti nepopravljivu i trajnu štetu tržišnom natjecanju, kako Komisija sama priznaje u uvodnoj izjavi 187. pobijane odluke. Prva uvodna izjava Uredbe br. 4064/89 odnosi se na cilj nenarušavanja tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu. Naposljetku, pravno dobro koje se time štiti jest slobodno tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu, koje je u skladu s člankom 3. stavkom 1. točkom (g) UEZ-a temeljni cilj Unije, kao što je to, osim toga, slučaj i s ovlastima Komisije za provedbu istraga i izricanje sankcija u pogledu povreda članaka 81. i 82. UEZ-a (vidjeti u tom smislu presudu Suda od 29. lipnja 2006., SGL Carbon/Komisija, C-308/04 P, Zb., str. I-5977., t. 31.).
- 246 Međutim, iz Uredbe br. 4064/89 proizlazi i da sustav kontrole koncentracija koji je njome uspostavljen Komisiji omogućuje učinkovitu kontrolu svih koncentracija sa stajališta njihova učinka na strukturu tržišnog natjecanja (sedma uvodna izjava) i da je učinkovitost tog sustava osigurana uvođenjem prethodne kontrole učinaka koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu. Iz uvodne izjave 17. te članka 4. i članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 proizlazi da se učinkovitost te kontrole temelji na obvezi poduzetnika da prethodno prijave takve koncentracije i privremeno odgode njihovu provedbu dok Komisija ne donese odluku kojom ih proglašava spojivima sa zajedničkim tržištem. Osim toga, ograničenjima mogućnosti odstupanja od obveze privremene odgode koncentracije iz članka 7. i težinom sankcija zbog njezine povrede u skladu s člankom 14. stavkom 2. točkom (b) Uredbe br. 4064/89 potvrđuje se temeljna važnost koju zakonodavac pridaje obvezi privremene odgode koncentracije u okviru kontrole koncentracija, pri čemu je taj pristup opravdan u mjeri u kojoj provedba koncentracije utječe na strukturu tržišta i može Komisiji otežati donošenje odluka kojima se nastoji po potrebi ponovno uspostaviti učinkovito tržišno natjecanje. Komisija u tom kontekstu s pravom tvrdi da naknadna analiza nepostojanja učinka provedbe koncentracije na tržište ne može razumno biti odlučujući čimbenik za kvalifikaciju težine povrede sustava prethodne kontrole.
- 247 Međutim, time se ne sprječava da se nepostojanje učinaka na tržište uzme u obzir kao relevantan čimbenik pri utvrđivanju iznosa novčane kazne, kako Komisija priznaje u uvodnoj izjavi 194. pobijane odluke. Osim toga, Komisija u istoj uvodnoj izjavi s pravom tvrdi da bi u slučaju postojanja štete za tržišno natjecanje povreda bila još teža. Naposljetku valja napomenuti da iako to dalje ne analizira, Komisija u uvodnoj izjavi 225. pobijane odluke navodi da je uzela u obzir činjenicu da provedbom koncentracije nije nanesena šteta tržišnom natjecanju.
- 248 Treći argument kojim tužitelj osporava težinu povrede temelji se na činjenici da bi pitanje *de facto* isključive kontrole 2003. zahtijevalo složenu činjeničnu i pravnu analizu. Prema njegovu mišljenju, Komisija se stoga nije mogla pozvati na navodnu predvidljivost, osobito jer presedani navedeni u pobijanoj odluci, posebno Odluka 1999/594 (gore navedena točka 122.) i Odluka Komisije 1999/459/EZ od 10. veljače 1999. o izricanju novčanih kazni zbog nepodnošenja prijave i provedbe triju koncentracija povredom članka 4. i

članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 (predmet IV/M.969 – A. P. Møller) (SL L 183, str. 29.), nije bilo moguće upotrijebiti protiv njega.

- 249 Argument se odnosi na uvodne izjave od 195. do 206. pobijane odluke, u kojima je Komisija u okviru svoje ocjene težine povrede ustvrdila da je tužitelj djelovao nemarno na temelju triju čimbenika, prvo, činjenice da je tužitelj veliki poduzetnik sa znatnim sredstvima pravne analize na raspolaganju i da se u više navrata susretao s pravom koncentracija Unije, drugo, činjenice da je stjecanje kontrole bilo predvidivo i, treće, postojanja presedana.
- 250 Međutim, na početku valja istaknuti da, kako je navedeno gore u točkama 224. i 225., tužitelj ne osporava prvi od triju čimbenika koje Komisija navodi kao osnovu svojeg utvrđenja da je tužitelj djelovao nemarno, odnosno činjenicu da je tužitelj veliki poduzetnik sa znatnim sredstvima pravne analize na raspolaganju i da se u više navrata susretao s pravom koncentracija Unije.
- 251 Kad je riječ o drugom čimbeniku koji je navela Komisija, odnosno predvidljivosti stjecanja kontrole, tužitelj u biti tvrdi da je pitanje postojanja *de facto* isključive kontrole u njegovu korist 2003. zahtijevalo složenu činjeničnu i pravnu analizu. Isto se tako poziva na posebnu narav CNR-a kao društva s ograničenom odgovornošću u općem interesu.
- 252 Komisija u uvodnim izjavama 198. i sljedećima pobijane odluke navodi niz elemenata kojima potkrepljuje svoj argument da je tužitelj počinio povredu zbog nemara jer se stjecanje kontrole moglo predvidjeti. Valja utvrditi da je riječ o relevantnim čimbenicima zbog kojih, u svakom slučaju u vezi s iskustvom tužitelja u području koncentracija i postupaka prijave, njegov argument da mu se ne može prigovoriti zbog nemara nije uvjerljiv.
- 253 Tužitelj je naime u lipnju 2003. sklopio sporazum s EDF-om radi stjecanja njegova udjela u CNR-u nakon što je EDF preuzeo obveze u okviru Komisijina odobrenja jedne druge koncentracije. Tako je stekao udio kapitala i glasačkih prava CNR-a od gotovo 50 % u kontekstu raspršenih dioničara i sklapanja sporazuma s CDC-om. Osim toga, tužitelj je već imao dva od tri predstavnika u upravi. S obzirom na njegovu veličinu u smislu prometa, veličinu CNR-a i čimbenike koji se donose na strukturu upravljanja, Komisija je s potpunim pravom smatrala da je tužitelj djelovao nemarno kada se najkasnije u prosincu 2003. nije obratio Komisiji kako bi se moglo utvrditi je li stvarno riječ o koncentraciji u smislu prava tržišnog natjecanja. Činjenica da je tužitelj drukčije protumačio primjenjivi zakonodavni okvir ne znači da taj zakonodavni okvir nije bio jasan ili da tužitelj nije mogao predvidjeti da se izlaže riziku ako o svojem tumačenju ne raspravi pravovremeno s Komisijom.
- 254 Točno je da nemarno djelovanje nije dovoljno kako bi se počinila povreda koja se stavlja na teret tužitelju i kako bi zbog nje bila izrečena sankcija. Komisija mora dokazati da je stvarno došlo do koncentracije, što je činjenica kojom se utvrđuje njezina nadležnost i, po potrebi, početak eventualne povrede obveze privremene odgode koncentracije. Međutim,

- iz gore navedenog ispitivanja drugog tužbenog razloga proizlazi da je Komisija u dovoljnoj mjeri dokazala te okolnosti.
- 255 Komisija usto ispravno tvrdi da čak i da je dokazivanje kontrole bilo osobito složeno, tužitelj bi, što je Komisija sasvim opravdano očekivala, postupio primjereno da se obratio Komisiji.
- 256 Naposljetku, činjenica da je sama Komisija dugo utvrđivala datum početka povrede nije relevantna jer se postupak barem dijelom otezao zbog sporosti djelovanja tužitelja.
- 257 Iz navedenog proizlazi da argument tužitelja o nepredvidljivosti koncentracije treba odbiti.
- 258 Što se tiče trećeg čimbenika korištenog za dokazivanje nemara tužitelja, odnosno presedana navedenih u uvodnoj izjavi 205. pobijane odluke, osobito Odluke 1999/594 (gore navedena točka 122.) i Odluke 1999/459 (gore navedena točka 248.), odnosno prvih odluka Komisije o izricanju novčanih kazni zbog nepoštovanja članka 4. i članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89, i protivno tvrdnjama tužitelja, činjenicom da su to bile stare odluke u trenutku početka povrede potvrđuje se zaključak Komisije o postojanju nemara tužitelja. Tužitelj se s obzirom na te odluke nije mogao pozvati na nepostojanje prakse odlučivanja u tom području.
- 259 Naposljetku, kad je riječ o Odluci Komisije 2003/625/EZ od 3. srpnja 2001. o proglašenju koncentracije spojivom sa zajedničkim tržištem i funkcioniranjem Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/JV.55 – Hutchison/RCPM/ECT) (SL 2003., L 223, str. 1.), na koju se tužitelj poziva i u okviru koje je Komisija odlučila da neće izreći novčanu kaznu zbog nepodnošenja prijave zajedničkog pothvata s karakterom koncentracije, osobito zbog posebno složene analize činjeničnih i pravnih pitanja svojstvenih toj vrsti koncentracije, dovoljno je napomenuti da su okolnosti tog predmeta bile drukčije od okolnosti ovog slučaja. Ta se odluka odnosila na problematiku sporazuma o suradnji koji je Komisiji prvo prijavljen kao zajednički pothvat s karakterom suradnje obuhvaćen područjem primjene Uredbe br. 17 i koji je, međutim, Komisija naknadno kvalificirala kao zajednički pothvat s karakterom koncentracije. Odluka o neizricanju novčane kazne u tom predmetu stoga je donesena u posve posebnom kontekstu. Osim toga, Komisija s pravom podsjeća da njezina prijašnja praksa odlučivanja ne služi kao pravni okvir za novčane kazne iz područja tržišnog natjecanja (vidjeti po analogiji presudu Općeg suda od 30. rujna 2003., Michelin/Komisija, T-203/01, Zb., str. II-4071., t. 292.).
- 260 Iz navedenog proizlazi da tri argumenta koja tužitelj iznosi kako bi osporio težinu povrede valja odbiti.
- Trajanje povrede
- 261 U uvodnim izjavama od 207. do 217. pobijane odluke Komisija je navela da za utvrđivanje iznosa novčane kazne u obzir treba uzeti razdoblje od 23. prosinca 2003. do 9. kolovoza 2007., odnosno tri godine, sedam mjeseci i sedamnaest dana, koje je kvalificirano kao „jako dugo”.

- 262 Prema mišljenju tužitelja, time što razdoblje od tri godine, sedam mjeseci i sedamnaest dana smatra dugim u odnosu na kraće razdoblje utvrđeno u Odluci 1999/459 (gore navedena točka 248.), Komisija ne poštuje vlastitu praksu u skladu s kojom se puno teže i dugotrajnije povrede smatraju povredama prosječnog trajanja. Ne poštuje ni stare smjernice u skladu s kojima su povrede od jedne godine do pet godina prosječnog trajanja. Osim toga, podsjećajući u uvodnoj izjavi 217. pobijane odluke na to da se rizik štetnog učinka na potrošače povećava s trajanjem povrede, Komisija je isto tako počinila pogrešku jer je izričito priznala da utvrđena povreda nije imala štetan učinak na tržišno natjecanje ili potrošače.
- 263 Komisija osporava argumente tužitelja.
- 264 Prvo, valja utvrditi da se argument koji tužitelj iznosi u okviru ovog dijela tužbenog razloga ne odnosi na izračun trajanja povrede kao takav, već je ograničen na osporavanje, s jedne strane, kvalifikacije trajanja, koje Komisija smatra vrlo dugim, i, s druge strane, relevantnosti uzimanja u obzir trajanja povrede u ovom slučaju.
- 265 Drugo, kako je već navedeno gore u točki 227., Komisija opravdano osporava relevantnost starih smjernica u ovom slučaju. Također s pravom napominje da povreda koja se tiče preuranjene provedbe koncentracije vjerojatno traje kraće od tajnog kartela i stoga se ne čini da su usporedbe pri ocjenjivanju trajanja povreda u odnosu na te različite vrste povreda od velike važnosti.
- 266 Treće, tužitelj ne osporava da je povreda u ovom slučaju trajala puno dulje od povrede u Odluci 1999/459 (gore navedena točka 248.). Komisija se stoga mogla valjano pozvati na tu odluku u uvodnoj izjavi 217. pobijane odluke u potporu kvalifikaciji trajanja u ovom slučaju.
- 267 Četvrto, opća tvrdnja iz uvodne izjave 217. pobijane odluke da se rizik štetnog učinka na potrošače povećava s trajanjem povrede nije proturječna. Kako Komisija s pravom navodi, samo je podsjetila da se rizik štete za tržišno natjecanje povećava kada se nezakonita situacija produljuje i da u slučaju povrede obveze privremene odgode koncentracije, s obzirom na ono što je navedeno gore u točki 246., taj rizik treba ocijeniti *a priori* bez uzimanja u obzir analize učinaka transakcije u budućnosti. Protivno tvrdnjama tužitelja, trajanje povrede u ovom je slučaju relevantno. Komisija je u odgovoru na pisano pitanje Općeg suda pravilno utvrdila da ako je povreda definirana kao provedba nezakonite radnje ili aktivnosti, zakonito je uzeti u obzir opseg predmetne radnje ili aktivnosti, kao i njezino trajanje, čak i ako se te okolnosti odnose na razdoblje nakon počinjenja povrede.
- 268 Tužitelj u tim okolnostima nije dokazao da je Komisijina ocjena trajanja povrede pogrešna.
- Olakotne okolnosti
- 269 Kako proizlazi iz uvodnih izjava od 218. do 224. pobijane odluke, Komisija je kao olakotne okolnosti uzela u obzir činjenicu da se tužitelj obratio Komisiji na vlastitu inicijativu, napominjući da je to učinio tek tri i pol godine nakon stjecanja udjela EDF-a, te njegovo

sudjelovanje tijekom cijelog postupka prijave i nakon njega, pri čemu je, međutim, navela da je razdoblje prije prijave bilo dugo. Kad je riječ o neprikrivanju udjela u CNR-u u razdoblju od 2004. do 2007., Komisija smatra da to ne može biti olakotna okolnost i da činjenica da nije ispitala taj aspekt ne dovodi u tom pogledu do pretpostavke zakonitosti u korist tužitelja. U najboljem slučaju, neprikrivanje može značiti da je tužitelj u dobroj vjeri smatrao da ne mora prijaviti transakciju. Komisija nije utvrdila otegotne okolnosti.

- 270 Tužitelj podsjeća da je starim i novim smjernicama propisano da Komisija pri utvrđivanju iznosa novčane kazne mora uzeti u obzir olakotne okolnosti. Osim neuzimanja u obzir nemara kao olakotne okolnosti, dovodi u pitanje činjenicu da je Komisija odbila smatrati neotkrivanje takvom okolnošću uz obrazloženje da nije istražila taj aspekt. Komisija je time počinila pogrešku koja se tiče prava jer je pobrkala pojmove olakotne okolnosti i pretpostavke zakonitosti.
- 271 Komisija osporava argumente tužitelja.
- 272 Valja utvrditi da Komisija ponovno s pravom podsjeća da pristup utvrđen u starim i novim smjernicama nije odlučujući zbog razloga navedenih gore u točki 227. Osim toga, Komisija ima određenu marginu prosudbe pri uzimanju ili neuzimanju u obzir određenih elemenata, kao što je neotkrivanje stjecanja ili nemara, kao olakotnih okolnosti.
- 273 Kad je konkretno riječ o činjenici da nemar nije uzet u obzir kao olakotna okolnost, prethodno je već utvrđeno da Komisija nije počinila pogrešku kada je pri kvalifikaciji povrede kao teške uzela u obzir nemar. Osim toga, kako je Komisija ponovno istaknula na raspravi, povreda koja se tiče preuranjene provedbe koncentracije primjer je povrede kod koje je teško dokazati namjeru.
- 274 Kad je riječ o činjenici da je nemar uzet u obzir kao olakotna okolnost u Odluci 1999/594 (gore navedena točka 122.), ali ne i u ovom slučaju, valja podsjetiti da činjenica da je u određenim slučajevima Komisija u svojoj prethodnoj praksi odlučivanja uzela u obzir određene mjere kao olakotne okolnosti ne znači da isto mora učiniti u ovom slučaju, iako je Komisija obvezna poštovati načelo jednakog postupanja, koje je opće načelo prava u skladu s kojim ne može u usporedivim situacijama postupati na različit način ili u različitim situacijama na isti način, osim ako je takvo postupanje objektivno opravdano (vidjeti po analogiji presudu Općeg suda od 12. rujna 2007., Pym i Pym Consumer/Komisija, T-30/05, neobjavljenu u Zborniku, t. 205., i navedenu sudsku praksu). Jedan element prema kojem se Odluka 1999/594 jasno razlikuje od ovog slučaja jest da je to bila prva odluka koju je Komisija donijela u skladu s člankom 14. Uredbe br. 4064/89. U svakom slučaju, od Komisije se ne može zahtijevati da u ovom slučaju primijeni isto rješenje.
- 275 Osim toga, kako je navedeno gore u točkama 240. i od 248. do 259., Komisija u pobijanoj odluci iznosi više argumenata iz kojih proizlazi da je nemar koji se stavlja na teret tužitelju bio ponašanje koje je daleko od ispričive zablude i koje je s obzirom na okolnosti neprimjereno.

- 276 Komisija je stoga mogla legitimno i zakonito smatrati da činjenica da je povreda počinjena zbog nemara ne bi trebala dovesti do smanjenja iznosa novčane kazne.
- 277 Osim toga, ako je Komisija odbila uzeti u obzir kao olakotnu okolnost činjenicu da tužitelj nije prikrivao svoj udio u CNR-u u biti pravdajući to time da budući da nije istražila taj aspekt nije mogla „stvoriti pretpostavku zakonitosti u korist tužitelja”, takvu analizu valja potvrditi. Komisija je stoga s pravom tvrdila da bi prikrivanje bilo element namjere kojim bi se moglo opravdati povećanje iznosa novčane kazne. Činjenica da je Komisija u Odluci 2003/625 smatrala da bi neprikrivanje povrede moglo dovesti do neizricanja novčane kazne nije relevantna jer su, kako je već navedeno gore u točki 259., činjenične okolnosti predmeta u kojem je donesena ta odluka bile drukčije. Komisija s pravom napominje da je riječ bila o transakciji koja joj je prvo bila prijavljena kao sporazum o suradnji u svrhu odobrenja izuzeća, ali je naknadno kvalificirana kao zajednički pothvat s karakterom koncentracije.
- 278 Iz navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao da je Komisija u postupanju s olakotnim okolnostima prekoračila granice svoje diskrecijske ovlasti.
- Proporcionalnost novčane kazne
- 279 Načelo proporcionalnosti zahtijeva da akti institucija Unije ne prelaze granice koje su prikladne i nužne za ostvarivanje opravdanih ciljeva kojima teži predmetna uredba, pri čemu je, kad je moguće odabrati između više odgovarajućih mjera, potrebno odabrati onu koja je najmanje ograničavajuća i čiji nedostaci ne smiju biti nerazmjerni ciljevima kojima se teži (presuda Suda od 5. svibnja 1998., Ujedinjena Kraljevina/Komisija, C-180/96, Zb., str. I-2265., t. 96., i presuda Prym i Prym Consumer/Komisija, točka 274. *supra*, t. 223.). Iz navedenog proizlazi da novčane kazne ne smiju biti neproporcionalne u odnosu na postavljene ciljeve, to jest s obzirom na poštovanje pravila tržišnog natjecanja, a iznos novčane kazne izrečene poduzetniku zbog povrede u području tržišnog natjecanja mora biti proporcionalan povredi promatranj kao cjelini, osobito uzimajući u obzir njezinu težinu (vidjeti presudu Prym i Prym Consumer/Komisija, točka 274. *supra*, t. 224., i navedenu sudsku praksu).
- 280 U tom pogledu valja podsjetiti da je u ovom slučaju, neovisno o pitanju je li sankcionirana povreda počinjena zbog nemara i bez obzira na to što nije utjecala na tržišno natjecanje, riječ o teškoj povredi kojom je ugrožena učinkovitost kontrole Komisije nad koncentracijama od značaja za cijelu Zajednicu i koja vrlo dugo traje.
- 281 Osim toga, nemar koji se stavlja na teret tužitelju ponašanje je koje je daleko od ispričive zablude i koje je s obzirom na okolnosti neprimjereno.
- 282 Osim toga, Komisija pri utvrđivanju iznosa novčanih kazni ima pravo uzeti u obzir potrebu da se osigura da novčane kazne imaju dovoljno odvraćajući učinak (vidjeti u tom smislu i po analogiji presudu Suda od 7. lipnja 1983., Musique Diffusion française i dr./Komisija, od 100/80 do 103/80, Zb., str. 1825., t. 108., i presudu Općeg suda od 14. svibnja 1998., Europa Carton/Komisija, T-304/94, Zb., str. II-869., t. 89.). Nadalje, ne može se osporiti

- veza između, s jedne strane, veličine i ukupnih sredstava poduzetnika i, s druge strane, potrebe da se osigura odvratajući učinak novčane kazne. Komisija stoga pri izračunu iznosa novčane kazne može uzeti u obzir, među ostalim, veličinu i gospodarsku snagu predmetnog poduzetnika (vidjeti u tom smislu i po analogiji presudu Suda od 17. lipnja 2010., Lafarge/Komisija, C-413/08 P, Zb., str. I-5361., t. 112., i navedenu sudsku praksu). Međutim, kako je navedeno gore u točkama 225. i 226., iznos od 20 milijuna EUR odgovara samo oko 0,04 % prometa grupe Suez 2007. (47,5 milijardi EUR), pri čemu je ta grupa poduzetnik koji sudjeluje u koncentraciji u smislu članka 14. stavka 2. Uredbe br. 4064/89 jer je preko tužitelja stekla *de facto* isključivu kontrolu nad CNR-om, i oko 0,13 % konsolidiranog prometa tužitelja 2007. (15,2 milijarde EUR 2007. i 14,6 milijardi EUR 2018., uključujući promet CNR-a).
- 283 Uzimajući u obzir sve te okolnosti i osobito činjenicu da je iznos novčane kazne od 20 milijuna EUR, iako visok, sasvim jasno pri dnu ljestvice iznosa koji su mogli biti izrečeni s obzirom na gornju granicu od 10 % prometa predmetnog poduzetnika predviđenu u članku 14. stavku 2. Uredbe br. 4064/89, taj iznos ne čini se neproporcionalnim u odnosu na postavljeni cilj zaštite sustava prethodne prijave i odobrenja provedbe koncentracije od značaja za cijelu Zajednicu i proporcionalan je povredi ocijenjenoj u cjelini.
- 284 Međutim, tužitelj tvrdi da je neproporcionalnost novčane kazne utvrđena osobito s obzirom na znatno niže novčane kazne izrečene u odlukama 1999/594 (gore navedena točka 122.) i 1999/459 (gore navedena točka 248.) ili neizricanje novčane kazne u Odluci 2003/625 ili Odluci Komisije 2003/754/EZ od 26. lipnja 2002. o proglašenju koncentracije spojivom sa zajedničkim tržištem i Sporazumom o EGP-u (predmet COMP/M.2650 – Haniel/Cementbouw/JV) (SL 2003., L 282, str. 1.). Kad je riječ o odluci u posljednjem predmetu i Odluci 2003/625, koja je navedena gore u točki 259., činjenične okolnosti bile su znatno drukčije od onih u ovom slučaju. Iako su se predmetne stranke na početku oslanjale na ocjenu nizozemskog tijela nadležnog za tržišno natjecanje, koje je smatralo da predmetna transakcija nije koncentracija, Komisija je naknadno smatrala da je riječ o koncentraciji od značaja za cijelu Zajednicu koja joj je trebala biti prijavljena.
- 285 Što se tiče novčanih kazni izrečenih u predmetima u kojima su donesene odluke 1999/594 (gore navedena točka 122.) i 1999/459 (gore navedena točka 248.), koje su iznosile 33 000 EUR i 219 000 EUR, stvarno postoji velika razlika između tih iznosa i novčane kazne od 20 milijuna EUR izrečene u ovom slučaju. Međutim, Komisija s pravom tvrdi da ti presedani potječu iz puno ranijeg stadija primjene članka 14. Uredbe br. 4064/89, kako je, osim toga, i navedeno u tim odlukama. Inače, u objema odlukama dio kazne izrečen je zbog nepodnošenja prijave, dok je njezin veći dio izrečen zbog povrede obveze privremene odgode koncentracije uz obrazloženje da su u tim iznosima uzete u obzir posebne okolnosti predmeta te da se navedenim iznosima ne dovode u pitanje naknadni predmeti koji uključuju primjenu članka 14.
- 286 U svakom slučaju, kako je već prethodno navedeno, prijašnja praksa odlučivanja Komisije ne služi kao pravni okvir za novčane kazne iz područja tržišnog natjecanja (vidjeti po analogiji presudu Michelin/Komisija, točka 259. *supra*, t. 292.). Inače, činjenica da je Komisija u prošlosti primijenila novčane kazne određene razine za određene vrste povreda

ne znači da joj je zabranjeno podići tu razinu u okviru ograničenja navedenih u Uredbi br. 4064/89 ako je to potrebno za osiguravanje provedbe politike tržišnog natjecanja Unije. Kako bi se pravila tržišnog natjecanja Unije učinkovito primjenjivala, Komisija mora imati mogućnost prilagoditi razinu novčanih kazni potrebama te politike (vidjeti po analogiji presudu Dansk Rørindustri i dr./Komisija, točka 230. *supra*, t. 169., i navedenu sudsku praksu).

287 Prvi dio četvrtog tužbenog razloga stoga valja odbiti.

Drugi dio četvrtog tužbenog razloga, koji se temelji na neproporcionalnosti novčane kazne u odnosu na cilj odvracanja i nedosljednost politike tržišnog natjecanja Komisije

288 Tužitelj se poziva, s jedne strane, na neproporcionalnost i nedosljednost izrečene novčane kazne u odnosu na pravila koja se primjenjuju u području kartela i, s druge strane, na nedosljednost izrečenog iznosa u odnosu na praksu odlučivanja Komisije i ciljeve kontrole koncentracija.

289 Komisija osporava argumente tužitelja.

290 Prvo, kad je riječ o neproporcionalnosti i nedosljednosti izrečene novčane kazne u odnosu na pravila koja se primjenjuju u području kartela, tužitelj u biti tvrdi da mu je s obzirom na politiku oslobađanja od kazni koja se primjenjuje u području kartela, u skladu s kojom poduzetnik koji je sudjelovao u kartelu i prijavi njegovo postojanje Komisiji može dobiti potpuno oslobođenje od novčanih kazni, trebalo biti odobreno takvo oslobođenje. Tužitelj napominje i da Komisija raspolaže drugim pravnim alatima koji joj omogućuju da povrede okonča alternativnim sredstvima, odnosno odlukama kojima obveze u okviru Uredbe br. 1/2003 i transakcije koje se temelje na načelu smanjenja ili ukidanja novčanih kazni za poduzetnika koji surađuje postaju obvezujuće. Tužitelj se poziva i na postojanje novčane kazne u usporedivom iznosu u odluci Komisije koja je donesena istodobno s pobijanom odlukom i koja je izrečena poduzetniku koji je oko 13 godina sudjelovao u tajnom kartelu za određivanje cijena i podjelu zemljopisnih tržišta, te dostavlja sažetu tablicu iznosa novčanih kazni izrečenih u nekim drugim predmetima kartela.

291 Valja napomenuti da Komisija s pravom tvrdi da usporedba s politikom oslobađanja od kazni u području kartela nije relevantna. Ta je politika odgovor na posebne probleme u otkrivanju kartela koji su po svojoj naravi tajne povrede. Program oslobađanja od kazni i transakcije posebni su instrumenti povezani s tim kontekstom te valja odbiti svaku analognu primjenu u okviru sustava koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu, koji se temelji na obvezi prijave i poštovanja isključive ovlasti Komisije za davanje prethodnog odobrenja. Isto tako, kad je riječ o ovlasti Komisije u skladu s Uredbom br. 1/2003 da obveze koje poduzetnici ponude proglaši obvezujućima i da utvrdi da nije potrebno istražiti povredu, cilj je takvih odluka uklanjanje negativnih učinaka predmetnih sporazuma ili praksi na tržište. Budući da je koncentracija o kojoj je riječ u ovom slučaju bila odobrena, nikakva analogija s tim mehanizmom nije relevantna.

- 292 Nadalje valja ispitati argument tužitelja koji se temelji na činjenici da je u Odluci Komisije C(2008) 5476 final od 1. listopada 2008. o postupku primjene članka 81. [UEZ-a] i članka 53. Sporazuma o EGP-u (predmet COMP/C-39181 – Vosak za svijeće) (SL C 295, str. 17.), čiji je sažetak objavljen u Službenom listu Europske unije 4. prosinca 2009., španjolskom društvu Repsol izrečena novčana kazna koja je s obzirom na iznos od 19,8 milijuna EUR usporediva s novčanom kaznom izrečenom tužitelju. Tužitelj napominje da je Repsol sankcioniran zbog njegova dugotrajnog sudjelovanja u tajnom kartelu, dok Komisija tužitelja tereti samo za povredu počinjenu zbog nemara bez učinaka na tržište. Poziva se i na postojanje drugih primjera usporedivih iznosa novčanih kazni izrečenih u drugim odlukama o kartelu. Međutim, ta se usporedba ne može prihvatiti zbog istih razloga koji su navedeni u prethodnoj točki. Na te odluke, koje su donesene u posebnom području kartela i u skladu su s njegovim posebnim ciljevima i posebnom metodologijom povezanim s tajnošću kartela, ne može se učinkovito pozvati kako bi se ocijenila proporcionalnost novčane kazne izrečene u ovom slučaju. Osim toga, budući da Komisija može s vremenom razviti vlastitu politiku novčanih kazni za određenu vrstu povrede, kako je navedeno gore u točki 286., ništa je ne sprječava u tome da razvije politiku novčanih kazni koja odgovara posebnoj logici u području koncentracija.
- 293 Drugo, kad je riječ o nedosljednosti izrečenog iznosa u odnosu na praksu odlučivanja Komisije i ciljeve kontrole koncentracija, tužitelj tvrdi da Komisija tako strogim sankcioniranjem poduzetnika koji joj se obratio na vlastitu inicijativu i tvrdnjom da njezina ovlast za izricanje sankcija zastarijeva nakon pet godina šalje poruku koja se protivi dobrom upravljanju njezinom politikom tržišnog natjecanja u području kontrole koncentracija. Prema njegovu mišljenju, pristup kojim bi se u većoj mjeri poštovala načela proporcionalnosti i dobrog upravljanja mogao bi se sastojati od utvrđivanja povrede članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 bez izricanja novčane kazne. Osim toga, tužitelj podsjeća da je Komisija u Odluci 1999/594 (gore navedena točka 122.) jasno navela da poduzetnicima koji ne prijave koncentraciju zbog nemara i obrate se Komisiji na vlastitu inicijativu izriče samo male novčane kazne. Stoga tužitelj tvrdi da Komisija nije poštovala načelo legitimnih očekivanja.
- 294 Komisija osporava argumente tužitelja.
- 295 Kad je riječ o argumentu da se novčana kazna izrečena u ovom slučaju protivi dobrom upravljanju politikom tržišnog natjecanja u području kontrole koncentracija, u tom pogledu scenarij koji je predvidio tužitelj, u skladu s kojim bi za sve eventualne počinitelje povrede obveze prijave koncentracije bilo korisno da se ne obrate Komisiji prije isteka roka zastare od pet godina, osobito ako je predmetnom transakcijom nanesena šteta tržišnom natjecanju, u svakom slučaju nije ništa vjerodostojniji od onoga koji brani Komisija. Ona navodi da ima razloga vjerovati da će izricanje znatnih novčanih kazni zbog povreda članka 7. stavka 1. Uredbe br. 4064/89 ponajprije imati učinak odvraćanja poduzetnika od počinjenja takvih povreda. Zapravo se čini vjerojatnim da sama najava mogućeg izricanja novčane kazne od 20 milijuna EUR bez njezine stvarne primjene očito ne bi imala isti odvraćajući učinak.

- 296 Opći sud u pogledu povrede načela legitimnih očekivanja postavio je Komisiji pisano pitanje o području primjene uvodne izjave 18. Odluke 1999/594, gore navedena točka 122., na koju se tužitelj osobito pozvao u tom pogledu i koja glasi: „[...] Komisija smatra da, u okolnostima koje opisuje Samsung, a to je nepodnošenje prijave bez štetnih posljedica za tržišno natjecanje i bez posebnih problema u pogledu utvrđivanja kontrole, poduzetniku je svakako u interesu da obavijesti Komisiju i prijavi predmetnu transakciju, što je Samsung i učinio. Poduzetnik se time izlaže riziku da mu Komisija izrekne relativno malu novčanu kaznu (ovisno o okolnostima predmeta), ali istovremeno izbjegava ozbiljnije posljedice odluke koju Komisija može donijeti u skladu s člankom 14. Uredbe o koncentracijama ako utvrdi da je poduzetnik djelovao u zloj vjeri [...]” [neslužbeni prijevod]
- 297 Kada joj je konkretno postavljeno pitanje mogu li se te tvrdnje s obzirom na njihovu opću narav i nepostojanje smjernica o novčanim kaznama u tom području smatrati naznakom metode koju je namjeravala upotrijebiti u primjeni članka 14. Uredbe br. 4064/89, Komisija je navela da je cilj tog odjeljka bio odbiti prijedlog Samsunga za donošenje politike oprosta u slučajevima nenamjernog nepodnošenja prijave bez štetnih posljedica za tržišno natjecanje i ako stranke spontano skrenu pozornost Komisije na svoju pogrešku i pokušaju je ispraviti. Komisija je tako željela pokazati da politika oprosta nije nužna i prikladna jer poduzetnicima u svakom slučaju može biti u interesu da obavijeste Komisiju. Prema njezinu mišljenju, u tom se kontekstu pozvala na izlaganje poduzetnika riziku da mu bude izrečena relativno mala novčana kazna, pri čemu je pojasnila da bi to ovisilo o posebnim okolnostima predmeta.
- 298 Valja utvrditi da je objašnjenje Komisije vjerodostojno, iako je upućivanje na kraju navedenog odjeljka na činjenicu da se sankcija u skladu s člankom 14. Uredbe br. 4064/89 izriče samo u slučaju zle namjere posljedica nepravilnog tumačenja te odredbe, u skladu s kojom se novčane kazne mogu izreći čak i slučaju nepostojanja zle namjere, odnosno u slučaju nemara, kako proizlazi iz gore navedene analize te odredbe.
- 299 Osim toga, Komisija s pravom podsjeća da se tužitelj ne može pozvati na legitimna očekivanja u pogledu zadržavanja razine novčanih kazni izrečenih prije deset godina u ranoj frazi primjene Uredbe br. 4064/89. Kako je već prethodno navedeno, u sudskoj praksi prepoznata je potreba da se Komisiji dopusti prilagodba razine novčanih kazni potrebama politike tržišnog natjecanja, što znači da subjekti ne mogu imati legitimna očekivanja u pogledu održavanja postojećeg stanja, osobito jer je politici tržišnog natjecanja svojstvena široka diskrecijska ovlast Komisije, posebno pri utvrđivanju iznosa novčanih kazni (presuda Dansk Rørindustri i dr./Komisija, točka 230. *supra*, t. od 169. do 173.). Očito je da se takva analiza u slučaju nepostojanja smjernica primjenjuje *a fortiori* na povrede koje se sankcioniraju na temelju Uredbe br. 4064/89. Stoga se predmetni odjeljak nije mogao tumačiti kao naznaka metode koju je Komisija namjeravala u budućnosti upotrebljavati u primjeni članka 14. Uredbe br. 4064/89.
- 300 Osim toga, pozivanje Komisije pred Općim sudom na njegovu presudu od 8. srpnja 2008., AC-Treuhand/Komisija (T-99/04, Zb., str. II-1501.) nije irelevantno. Opći sud u tom je predmetu u točki 164. presude smatrao da na temelju prethodne dvadesetogodišnje prakse odlučivanja Komisije, kojom se nije osuđivalo i sankcioniralo poduzetnike konzultante

uključene u kartele, ali nije bila isključena mogućnost da ih se može smatrati odgovornima za povredu, ne mogu nastati legitimna očekivanja da Komisija u budućnosti neće progoniti i sankcionirati poduzetnike konzultante ako sudjeluju u kartelu. Činjenica da je iznos novčane kazne izrečene u tom slučaju bio vrlo mali nije odlučujuća za ovaj slučaj jer je, kako Komisija s pravom tvrdi, riječ bila o sankcioniranju subjekata, osobito poduzetnika konzultanata, za koje je prethodno bila donesena odluka o nesankcioniranju njihove eventualne uključenosti u aktivnosti kartela.

- 301 Naposljetku, odluke nacionalnih tijela na koje Komisija upućuje, jer se isto tako odnose na izricanje novčanih kazni zbog povreda zabrane provedbe koncentracija koje nisu neznatne, ni u kojem slučaju nisu relevantne za ocjenjivanje proporcionalnosti novčane kazne u ovom slučaju jer se, među ostalim, lako mogu utvrditi činjenične razlike između predmeta koje je navela Komisija i ovog slučaja.
- 302 Stoga drugi dio četvrtog tužbenog razloga valja odbiti, kao i četvrti tužbeni razlog u cijelosti.
- 303 Kad je riječ o podrednim zahtjevima u mjeri u kojoj se odnose na smanjenje iznosa novčane kazne, Opći sud u izvršavanju svoje neograničene ovlasti u svakom slučaju smatra da nema razloga za smanjenje iznosa novčane kazne na temelju te ovlasti jer smatra da je taj iznos, koji je sasvim jasno pri dnu ljestvice iznosa koji su teoretski mogli biti izrečeni, primjeren kako okolnostima slučaja s obzirom na težinu i trajanje povrede koju je utvrdila Komisija tako i ukupnim sredstvima tužitelja.
- 304 S obzirom na sve prethodno navedeno, tužbu valja odbiti u cijelosti.

### **Troškovi**

- 305 Sukladno odredbama članka 87. stavka 2. Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku snosi troškove, ako je takav zahtjev postavljen. Budući da tužitelj nije uspio u postupku, valja mu naložiti snošenje vlastitih troškova i troškova Komisije, sukladno njezinu zahtjevu.

Slijedom navedenog,

OPĆI SUD (treće vijeće)

proglašava i presuđuje:

- 1. Tužba se odbija.**
- 2. Electrabelu se nalaže snošenje troškova.**

Objavljeno na javnoj raspravi u Luxembourg 12. prosinca 2012.

[Potpisi]

---

\* Jezik postupka: francuski

RADNI PRIJEVOD