

mr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur.*

PROGRAM OSLOBOĐENJA OD KAZNE ILI SMANJENJA KAZNE ZA SUDIONIKE KARTELA (engl. Leniency program) U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EU I RH**

SAŽETAK:

U pravu tržišnog natjecanja Europske unije sklapanje tajnih sporazuma između tržišnih takmaca kojima se dogovoraju cijene, dijele tržišta ili razmjenjuju poslovne tajne (karteli) identificirani su kao najteže povrede tržišnog natjecanja jer uzrokuju štete potrošačima i kupcima visokim cijenama, ograničenim izborom proizvoda i smanjenim tržišnim natjecanjem. Uslijed tajnosti ove vrste sporazuma tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja najveći problem predstavlja pronalaženje dokaza za otkrivanje i sankcioniranje kartela. Kao izuzetno uspješan instrument u rješavanju ovoga problema koristi se tzv. Leniency program, odnosno program oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne („program pokajnika”). Ovaj rad bavit će se primjenom programa oslobođenja od kazne i smanjenja kazne za sudionike kartela koji prvi pristupe s relevantnim dokazima Europskoj komisiji i nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, te uspostavljenim kriterijima za utvrđivanje uvjeta za ostvarivanje oslobođenja ili smanjenja kazne prema relevantnim Obavijestima Europske komisije i nacionalnim propisima zemalja članica EU. Na kraju će se dati kratak osvrt o važećem pravu tržišnog natjecanja RH i potrebi uvođenja sličnog programa u praksu hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

*mr.sc. Mirta Kapural, dipl. iur.; Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

Ovaj stručni članak objavljen je u časopisu **Pravo i porezi, RRF, broj 3, Zagreb, 2009. str. 58-64.

Mišljenja i stavovi autorice izneseni u ovom radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

1. UVOD

Karteli kao sporazumi između tržišnih takmaca kojima se međusobno dogovaraju cijene, dijele tržišta, kupci ili izvori nabave i time eliminira tržišno natjecanje među sudionicima sporazuma predstavljaju teška ograničenja tržišnog natjecanja u smislu članka 81. Ugovora o osnivanju EZ.¹

Negativan učinak kartela očituje se u višim cijenama ili smanjenim izborom proizvoda za kupce što ima dugoročno negativan učinak i na druge poduzetnike, potrošače i tržište u cijelosti. Prepoznavajući ovu vrstu ograničenja tržišnog natjecanja kao najtežu, Europska komisija (dalje: EK) i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja nastoje svoj rad u najvećoj mjeri usmjeriti prema njihovom suzbijanju i sankcioniranju. Međutim, taj cilj nije lako postići jer je tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja teško pronaći dokaze o postojanju i djelovanju kartela. Navedeno iz razloga što su karteli tajni sporazumi, a njihovi sudionici nastoje prikriti svoje djelovanje. Osim toga, nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, osobito manja, nemaju dovoljno ljudskih kapaciteta niti sredstava za provođenje sveobuhvatnih istraga. Radi iznalaženja rješenja ovoga problema, u zadnjih desetak godina EK, te nešto kasnije i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja počele su primjenjivati programe oslobođenja od kazne ili ublažavanja kazne za sudionike kartela koji pristupe tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja s ključnim dokazima o kartelima (tzv. *leniency* program ili «program pokajnika»). Navedeni program pokazao se u praksi kao izuzetno uspješan instrument u otkrivanju i sankcioniranju kartela što dokazuje velik broj odluka sa sve višim izrečenim sankcijama. Praksa EK i zemalja članica EU utvrdila je da «pokajnik»-prijavitelj programa *leniency* predstavlja najbolji izvor informacija i dokaza kojima se ponekad otkriva i djelovanje više od jednog kartela. Prema tome, specifičnost primjene ovoga programa proizlazi iz javnog interesa da se na one sudionike kartela koji odluče prekinuti sudjelovanje u nezakonitom postupanju kartela i koji žele surađivati, primjeni institut oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne. Naime, u većini pravnih sustava zemalja EU (kao i u SAD i mnogim drugim zemljama) smatra se da je otkrivanje i dokazivanje kartela viša vrijednost od sankcioniranja svakog pojedinog sudionika u zabranjenom sporazumu.²

¹ Članak 81. Ugovora o EZ definira zabranjene sporazume između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i zajedničko djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinsku razmjenu između država članica i koji za cilj ili posljedicu imaju sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja unutar zajedničkog tržišta.

² Navedeno je istaknuto u Obavijesti Europske komisije o oslobođenju od kazne i smanjenju kazne u predmetima kartela, Commission Notice on immunity of fines and reduction of fines in cartel cases 2002/C

2. DEFINICIJA tzv. LENIENCY PROGRAMA

Program *Leniency* označava davanje imuniteta odnosno oslobođenje od kazne za poduzetnika-sudionika u kartelu koji prvi pristupi tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja i podnese nove i bitne dokaze o postojanju i djelovanju kartela i smanjenje kazne za svakog slijedećeg poduzetnika koji pristupi s dokazima.³ Prema definiciji OECD-a, *leniency* može značiti svako smanjenje kazne koja bi se tražila u nedostatku potpune i dobrovoljne suradnje.⁴ Politika provedbe *leniency* kao blažeg postupanja prema sudionicima kartela koji surađuju s nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja obuhvaća niz načela i uvjeta usvojenih od strane tih tijela kada primjenjuju postupak oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne.⁵

Program oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne predstavlja učinkovit instrument za otkrivanje i suzbijanje (kažnjavanje) kartela. Vrijednost programa *leniency* proizlazi s jedne strane iz otkrivanja tajnih kartela koji bi inače ostali neotkriveni, te s druge strane, iz preventivnog, odvraćajućeg učinka na stvaranje novih kartela. Slijedom toga, važno je poticati sudionike kartela da pristupe tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja s garancijom da će dobiti imunitet ako pristupe prvi i ako se ispune svi ostali uvjeti. Zbog toga je nužno da tijela za zaštitu tržišnog natjecanja na jasan način opišu proceduru prijave i sve uvjete. Polazeći od mogućnosti otkrivanja više od jednog kartela, pojedine zemlje primjenjuju i tzv. *Amnesty plus* program slijedom kojega poduzetnik koji prijavi drugi kartel na drugom tržištu i surađuje s tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja dobiva oslobođenje i njegovi zaposlenici ne odgovaraju za drugi prijestup. Navedeni poduzetnik, također dobiva i dodatno smanjenje kazne pri obračunavanju kazne za sudjelovanje u prvom kartelu.⁶

45/03 (Paragraf 2, Uvoda) i u Commission Notice on immunity of fines and reduction of fines in cartel cases 2006/C 298/11 (paragraf 3 i 7 Uvoda).

³ Vidi primjerice: Obavijest EK o suradnji u okviru Europske mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja/ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, paragraph 37, OJ C 101 of 27 April 2004. ili <http://ec-europa.eu/competition/cartels/leniency/leniency.html>

⁴ OECD 2002, Report on Leniency programs to fight hard core cartels (Harm, Effective Sanctions and Leniency programmes), str. 8.

⁵ ICN (International Competition Network), Anti-Cartel Enforcement Manual, Cartel Working Group, «Drafting and Implementing an Efficient Leniency Program», April 2006.

⁶ *Amnesty plus* pretežno je u primjeni u SAD, Švicarskoj, Velikoj Britaniji.

Prema izvješću Radne skupine za kartele Međunarodne mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (ICN) iz 2006. postoje tri osnovna preduvjeta za uspješnu primjenu *leniency* programa:

1. **Visoki rizik otkrivanja**-navedeno znači da tijela za zaštitu tržišnog natjecanja moraju usvojiti učinkovit program protiv kartela iz kojega će proizlaziti da neovisno od *leniency* programa postoji rizik otkrivanja kartela i kažnjavanja. Ovime se potiče sudionike da pristupe prvi i time izbjegnu visoke kazne koje bi inače uslijedile temeljem istrage tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.
2. **Značajne kazne**-samo prijetnja značajno visokim novčanim sankcijama predstavlja dovoljan poticaj za prijavu tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja. Bez opasnosti da za sudjelovanje u zabranjenom sporazumu budu kažnjeni visokim novčanim sankcijama, prednosti programa oslobođenja zanemarive su za kršitelje propisa o tržišnom natjecanju.
3. **Transparentnost i sigurnost**-dužnost je tijela za zaštitu tržišnog natjecanja pružiti potencijalnim prijaviteljima programa *leniency* i njihovim pravnim zastupnicima jasna pravila, uvjete i garancije ujednačenog postupanja i posljedice prijave ili propuštanja. U tu svrhu, tijela za zaštitu tržišnog natjecanja uz potporu drugih relevantnih državnih tijela potiču prijave kartela podizanjem razine znanja o važnosti borbe protiv kartela, edukacijama, brošurama, te anonimnim i sigurnim brojem telefona/faxa ili e-mail adrese na koje se prijavitelji mogu prijaviti i sl.

Kada se govori o *leniency* davanjem potpunog imuniteta ili amnestije bitno je istaknuti kako ovaj instrument ima posebnu važnost u pravnim sustavima u kojima su karteli predmet kaznenopravnog sankcioniranja.⁷ U takvim sustavima *leniency* znači imunitet od kaznenopravnog progona. Međutim, polazeći od činjenice da su u pravnim sustavima zemalja članica EU karteli većinom predmeti upravnog i/ili prekršajnog postupka za koje se izriču novčane sankcije u ovom radu pažnja se posvećuje isključivo programu oslobođenja od novčanih sankcija odnosno smanjenja novčane kazne.

⁷ Kazneno sankcioniranje za kartele predviđaju SAD i Kanada, te Danska, Velika Britanija, Irska, Rumunjska, Estonija i Slovačka u EU. Češka je 27. siječnja 2009. usvojila novi Kazneni zakon kojim se također predviđaju kaznene sankcije za sudionike kartela.

Također je potrebno imati na umu da pojam *leniency* treba razlikovati od pojma nagodbi u pravu tržišnog natjecanja. Naime, program *leniency* predstavlja instrument istrage kojim se otkrivaju karteli i prikupljaju dokazi. Za razliku od toga, nagodba predstavlja način kojim se postupak ubrzava i pojednostavljuje te dovodi do usvajanja formalne odluke. Specifičnost nagodbe je u tom što se jednako smanjenje kazne primjenjuje na sve sudionike, dok se kod *leniency* programa oslobođenje od kazne ili smanjenje kazne određuje isključivo pojedinačno, ovisno o vrsti dokaza koji su dostavljeni i ostalim ispunjenim uvjetima.⁸ U tom odnosu između *leniency* i nagodbe moguće je da nagodbom bude obuhvaćen i prijavitelj *leniency* programa. U tom slučaju se smanjenje kazne od 10 posto dogovoreno u nagodbi nadodaje sniženju po *leniency* osnovi (kumulativno sniženje kazne). Međutim, poduzetnici ne mogu zatražiti *leniency* nakon što je postupak nagodbe formalno otvoren.⁹

3. RAZVOJ I PRIMJENA PROGRAMA LENIENCY U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA EU

3.1. Primjena programa Leniency u praksi Europske komisije

Europska komisija započela je s primjenom programa *leniency* 1996. godine usvajanjem prve Obavijesti (*First Leniency Notice*). Sa svrhom ostvarivanja veće pravne sigurnosti i transparentnosti usvojena je Obavijest iz 2002. godine.¹⁰ Posljednja Obavijest EK koja je obuhvatila i pitanje izjava poduzetnika (tzv. *corporate statements*) na snazi je od 2006. godine.¹¹

Ovim Obavijestima EK utvrđeni su kriteriji i uvjeti kada se može dodijeliti potpuno oslobođenje od kazne, uvjeti kada se može odrediti smanjenje kazne, te situacije kada uopće nije moguće dodijeliti imunitet niti ublažavanje kazne, što se u nastavku prikazuje.

⁸ Više o nagodbi u predmetima iz tržišnog natjecanja u Commission Regulation (EC) No. 662/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No. 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, OJ L 171, 1 July 2008. i u Van Bael and Bellis, «Competition Law of the European Community», Kluwer Law, 2005., str.1136-1139.

⁹ Daljnja pojašnjenja: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/458>

¹⁰ Commission Notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ 2002 C45/3 of 19 February 2002.

¹¹ Commission Notice on immunity of fines and reduction of fines in cartel cases 2006/C 298/11 of 8 December 2006.

a) Uvjeti za potpuno oslobođenje od kazne (imunitet)

Osnovno načelo je da potpuno oslobođenje od kazne može dobiti poduzetnik koji prvi pristupi EK prije početka istrage i podnese dovoljno informacija i dokaza o djelovanju kartela, a kojima se omogućava pretraga prostorija poduzetnika. Također oslobođenje od kazne može dobiti poduzetnik koji pristupi Europskoj komisiji nakon što je već započela istragu i dostavi dokaze relevantne za dokazivanje povrede članka 81. ugovora o EZ.¹²

Obavijest Komisije navodi obvezne informacije koje poduzetnik mora u svom prvom javljanju dostaviti, kao što su podaci o samom prijavitelju, o proizvodnom i geografskom tržištu na kojem je kartel djelovao, o ostalim sudionicima u kartelu, trajanju kartela itd.

U ovoj incijalnoj fazi prijava može biti i anonimna, a dokazi se mogu predstaviti i hipotetski.¹³ Međutim, za prijavu jednako je važno i vrijeme kada se ista podnosi.

S obzirom na navedeno, prijava može biti podnesena prije početka istrage ili tijekom istrage ali EK ne prihvaća prijave za leniency nakon izdavanja Obavijesti o utvrđenim činjenicama u postupku (tzv. *Statement of Objections*).

U proceduri prijave za *leniency*, primjenjuje se tzv. „sustav markera” koji znači da će EK prvome koji se javi čuvati prvo mjesto u redu za određeno razdoblje koje odredi, i u kojem je prijavitelj dužan dostaviti sve relevantne dokaze i informacije temeljem kojih bi EK mogla ili provesti pretrage ili utvrditi povredu članka 81. Ugovora o EZ. Europska komisija neće odlučivati o drugim prijavama dok ne donese odluku o postojećim prijavama za istu povredu.¹⁴ Također EK i većina zemalja članica ne dopuštaju zajedničke prijave za *leniency* od više prijavitelja-članova kartela.

Uz navedeno, dodatni uvjeti koji moraju biti ispunjeni kako bi se dobio uvjetni imunitet:

¹² Neki primjeri davanja potpunog oslobođenja od kazne primjenom Prve i druge Obavijesti EK iz 1996. i 2002. godine: *Rhone-Poulenc* (Vitamins cartel), *Sappi* (Carbonless paper cartel), *Christie's&Sotheby's, Graphite* cartel itd.; Van Bael and Bellis, «Competition Law of the European Community», Kluwer Law, 2005., str.1121.

¹³ Napomena: I kada se dokazi predstavljaju hipotetski, potrebno je dostaviti detaljnu opisnu listu svih dokaza koji će se kasnije, nakon isteka roka za marker otkriti; Obavijest Komisije o Leniency, 2006., paragraf 16 b).

¹⁴ Paragraf 21, Obavijest Komisije o Leniency, 2006.

-prestanak sudjelovanja u kartelnim aktivnostima osim ako EK smatra da bi prijavitelj trebao ostati u kontaktu s ostalim sudionicima kartela svrhu očuvanja istrage, ali ne na način da sudjeluje i dalje u kartelnim aktivnostima;

-potpuna i kontinuirana suradnja s EK tijekom cijelog postupka koja znači da prijavitelj ima dužnost dostaviti sve relevantne dokaze EK, biti na raspolaganju EK u svakom trenutku za pojedina pojašnjenja, pobrinuti se da direktori i zaposlenici budu raspoloživi za razgovore s EK, ne uništavati dokaze ili relevantne informacije, i ne odavati drugim poduzetnicima-članovima kartela da je podnesena prijava za *leniency*.

Kada EK utvrdi da su svi gore navedeni uvjeti ispunjeni, u vrijeme ili odmah nakon izdavanja Obavijesti o utvrđenim činjenicama u postupku, izdaje napismeno uvjerenje o uvjetnom oslobođenju od kazne (tzv. *conditional immunity*) ako do kraja postupka ostanu ispunjeni navedeni uvjeti. Nakon dovršetka postupka i donošenja konačne odluke, dodjeljuje se potpuno oslobođenje od kazne. Ako prijavitelj povuče svoju prijavu jer nije ispunio uvjete, EK može dobivene informacije iskoristiti u daljnjem postupku protiv prijavitelja.¹⁵

Tijekom cijelog postupka EK vodi računa o povjerljivosti podataka i pristupu dokumentacije iz predmeta, pa sve što je iznijeto čini dio dokumentacije u predmetu EK i ne može se koristiti izvan postupka protiv tog kartela.¹⁶ Ujedno nije dopušten pristup informacijama prije izdavanja Obavijesti o utvrđenim činjenicama u postupku.

b) Uvjeti za ublažavanje (smanjivanje) novčane kazne

Ukoliko poduzetnik ne ispunjava uvjete za potpuno oslobođenje od kazne može zatražiti smanjenje kazne ako dostavi dokaze koji imaju značajnu dodatnu dokaznu vrijednost u postupku. Dodatna vrijednost utvrđuje se prema sposobnosti tog dokaza da ojača položaj EK u dokazivanju kartela.¹⁷

Sud Europskih zajednica (ECJ) u presudi od 10. svibnja 2007. u predmetu *SGL Carbon AG v. Commission* istaknuo je kako je suradnja poduzetnika s EK relevantna za

¹⁵ Paragraf 20, Obavijest EK o Leniency, 2006.

¹⁶ Paragraf 34, Obavijest EK o Leniency, 2006.

¹⁷ Pismeni dokazi iz vremena u kojem postoje bitne činjenice ili direktni dokazi imat će značajnu dodatnu dokaznu vrijednost, Paragraf 25 Obavijest Komisije o Leniency iz 2006.

ublažavanje kazne prema Obavijesti o *Leniency* samo ukoliko stvarno omogućuje EK da ostvari svoj zadatak utvrđivanja povrede i sprječavanja nastavka iste.¹⁸

Prema Obavijesti EK, smanjenje kazne za prvog poduzetnika koji podnese dokaze s dodatnom vrijednošću određuje se u rasponu od 30 do 50 posto, za drugoga od 20 do 30 posto, a za svakog daljnjeg poduzetnika koji dostavi dokaze s dodatnom vrijednošću do 20 posto.

U kojem će se omjeru smanjiti kazna ovisit će o primjeni određenih pravila o određivanju sankcija, te o olakšavajućim okolnostima ili o otežavajućim okolnostima.¹⁹ Olakšavajuće okolnosti mogu biti npr. stupanj suradnje s EK, pasivna uloga ili kratko sudjelovanje u kartelu, sudjelovanje u kartelu uslijed neznanja da je riječ o zabranjenom postupanju, dok su otežavajuće okolnosti primjerice, ponovno sudjelovanje u kartelu, ili nedovoljna suradnja ili odbijanje suradnje s EK.²⁰

c) Neprimjenjivost oslobođenja od kazne ili ublažavanja kazne

Pitanje je kada Europska komisija neće dodijeliti imunitet od kazne?

Stav je Europske komisije (i većine drugih zemalja EU) da prednostima *leniency* programa ni u kojem slučaju ne može biti obuhvaćen sudionik kartela koji je u kartelu imao ulogu vođe ili poticao druge da se udruže u kartel.²¹ Navedeno je potvrđeno i prethodno spomenutom presudom Suda Europskih zajednica u predmetu *SGL Carbon AG v. Commission*.²²

Isto tako oslobođenje od kazne se neće dodijeliti, odnosno uvjetni imunitet će se povući ukoliko EK utvrdi da prijavitelj ne surađuje ili ako ne podnese dokaze koji bi omogućili pokretanje istrage odnosno dokazivanje povrede članka 81. Ugovora o EZ.

¹⁸ Presuda ECJ, 10 May 2007, Case C-328/05 P, *SGL Carbon v. Commission*, paragraf 83.

¹⁹ EK može i povisiti kaznu zbog otežavajućih okolnosti, npr. za vodeću ulogu u kartelu, kao poduzetnicima *Bridgestone i Parker ITR* u predmetu *Marine hoses*, 28 January 2009.

²⁰ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, OJ C 210 of 1 September 2006.

²¹ Paragraf 13 Obavijest EK o *Leniency* iz 2006.

²² Paragraf 86. presude ECJ u *SGL Carbon v. Commission*: «SGL Carbon kao vođa kartela nije ispunio uvjete prema Obavijesti o *Leniency* i stoga nije imao pravo zatražiti značajno ublažavanje kazne koja mu je određena.»

Nadalje, odlukom EK od 11. ožujka 2008. za kartel u pružanju usluga međunarodne selidbe u predmetu *International Removal Services in Belgium* odbijeno je korištenje pogodnosti *leniency* programa poduzetniku-bivšem društvu roditelju poduzetnika *Allied Arthur Pierre* kojem je oslobođenje od kazne primjenom *leniency* programa dodijeljeno iz razloga što je prethodni poduzetnik također imao priliku prijaviti se za *leniency* program, no nije to učinio.²³

Povjerenica EK za tržišno natjecanje više puta je istakla kako je borba protiv kartela kao najtežih oblika povrede tržišnog natjecanja jedna od glavnih aktivnosti Uprave za tržišno natjecanje. Primjena *leniency* programa u postupcima EK protiv kartela pokazala se posebno uspješnom. Samo u prošloj godini EK je sudionicima kartela izrekla kazne u visini od ukupno 2.271.232.900 eura, te usvojila 37 odluka protiv poduzetnika-sudionika kartela.²⁴ Od toga su karteli većinom bili otkriveni i dokazani primjenom *leniency* programa.²⁵

U nastavku se navodi nekoliko takvih primjera iz prakse Europske komisije.

U predmetu *Citric Acid* iz 2002. godine u kojem je utvrđeno djelovanje kartela u razdoblju od 1991. do 1995. između pet poduzetnika, EK je dodijelila 90 posto smanjenje od kazne poduzetniku *Cerestar Bioproducts* koji je prvi pristupio s odlučujućim dokazima. Međutim, ovom poduzetniku nije odobreno potpuno oslobođenje od kazne (tz. *full immunity*) iz razloga što nije sasvim dobrovoljno pristupio EK, te je dokaze podnio tek kada je već bilo poznato da je rečeni kartel predmet sveobuhvatne istrage.²⁶

Nadalje, u već spomenutom primjeru, *International Removal Services in Belgium*, sudionici ovog kartela koji je trajao čak devetnaest godina (od 1984. do 2003.) kažnjeni su od strane EK sa 32.7 mil.eura za međusobnu podjelu tržišta, fiksiranje cijena i namještanje javnih natječaja. U ovom slučaju EK je započela istragu na svoju inicijativu, pa je prvom prijavitelju *leniency* programa, poduzetniku *Allied Arthur Pierre* kazna ublažena za 50 posto radi podnošenja značajnih dokaza.

²³ Press release of the European Commission, 11 March 2008,

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>

²⁴ <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

²⁵ Usporedbe radi u 2006. godini EK je kaznila 14 poduzetnika u ukupnom iznosu od 266 mil. eura.

²⁶ *Citric Acid*, (2002) OJ L 239/18; Više o predmetu u F.O.W. Vogelaar «The European Competition Rules, Landmark cases of the European Courts and the Commission», 2004, str. 201-205.

Marine hoses producers, drugi je noviji primjer otkrivanja kartela putem prijave za *leniency* poduzetnika-sudionika kartela (*Yokohama*) zahvaljujući kojem je EK kaznila preostale sudionike sa 131. 510 000 eura za namještanje cijena, podjelu tržišta i razmjenu poslovnih tajni u razdoblju od 1986. do 2007. Primjenom *leniency* programa, poduzetnik *Yokohama* je bio potpuno oslobođen kazne, dok je poduzetnik *Manuli* dobio smanjenje kazne za 30 posto zbog svoje suradnje s EK tijekom postupka.²⁷

Na odredbe o *leniency* u predmetima kartela primjenjuje se zastara propisana za predmete iz tržišnog natjecanja, i to pet godina od povrede, odnosno tri godine od počinjenog proceduralnog propusta.²⁸

3.2. Primjena programa *Leniency* u zemljama EU

Gotovo sve zemlje članice EU usvojile su programe oslobođenja od kazne i smanjenja kazne po uzoru na Obavijesti Europske komisije²⁹. Tako primjerice, Belgija, Njemačka, Mađarska, Slovačka, Češka, Španjolska imaju gotovo identične elemente i sličan postupak odobrenja imuniteta ili smanjenja kazne.

Međutim, unatoč postojećim sličnostima između *leniency* programa u EU, ipak postoje i određene razlike u pojedinim zemljama članicama.

Njemačka je prvi *leniency* program usvojila još 2000. godine, a važeći program na snazi je od 2006. Slično kao i u praksi EK, njemački program *leniency* primjenjuje sustav markera, potpuno oslobođenje od kazne za prvog prijavitelja, uvjetno davanje oslobođenja, smanjenje kazne do 50 posto.³⁰ Za razliku od nekih drugih zemalja i EK u kojima se *leniency* primjenjuje samo na poduzetnika-pravne osobe, u Njemačkoj se primjenjuje na pravne osobe (poduzetnike), fizičke osobe i na udruženja poduzetnika kao sudionika kartela.

²⁷ Odluka Europske komisije od 28. siječnja 2009., Press release of the European Commission, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do>

²⁸ Ukoliko je poduzetnik prestao djelovati, odgovornost za plaćanje kazne prelazi na njegovog pravnog slijednika ako nastavlja obavljati isti posao svog prethodnika.

²⁹ Iznimka su samo Malta i Slovenija koje još nemaju usvojene programe oslobođenja od kazne za sudionike kartela koji surađuju sa tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, prema listi zemalja koje primjenjuju *leniency* od 28. veljače 2008. objavljeno na internet stranici:

http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_programme_nca.pdf

³⁰ Prema statistici Njemačkog federalnog ureda za kartele (Bundeskartellamt) do 2009. zaprimljeno je 40 prijava za *leniency* od poduzetnika i 76 od pojedinaca.

Francuska je usvojila prvi *leniency* program još 2001. godine, a 2006. je donesena i Proceduralna obavijest o *leniency* koja sadrži određene specifičnosti:

- primjenjuje se na sve ograničavajuće horizontalne sporazume, a ne samo na tajne karte;
- ne traži da se odmah prekine sudjelovanje u kartelu;
- zadržava se identitet zviždača/prijavitelja sve do izdavanja Obavijesti o utvrđenim činjenicama u postupku.³¹

Iako za razliku od francuskog programa *leniency*, Mađarska primjenjuje program sličan onome EK, dakle primjenom na kartelne horizontalne sporazume, ipak je u jednom slučaju došlo do primjene ovoga programa na vertikalne sporazume. Odlukom od 18. prosinca 2007. Mađarsko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja u konkretnom slučaju proširilo je primjenu *leniency* programa na sporazum o ekskluzivnoj distribuciji u sektoru zdravstvenih usluga.³²

Grčka je svojim prvim *leniency* programom iz 2006. usvojila nešto stroži pristup nego EK, pa tako uz sve uvjete koje navodi Obavijest EK postavlja i dva dodatna uvjeta:

1. tajnost da je predana prijava sve do izdavanja i o utvrđenim činjenicama u postupku,
2. prijavitelj ne smije prethodno sudjelovati u nekom kartelu. Uz navedeno, za razliku od većine drugih zemalja, Grčka nije usvojila sustav markera kojim se prvom prijavitelju čuva mjesto u redu kroz neko vrijeme.³³

Portugalski *leniency* program predviđa smanjenje kazne u iznosu od 50 posto za prvog prijavitelja koji dostavi dokaze, a nije obuhvaćen imunitetom, te do 50 posto za slijedećeg. Međutim, za razliku od Obavijesti o *leniency* EK, portugalski program ne uzima u obzir značajnu dodatnu dokaznu vrijednost podnesenih dokaza.

Poljsko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja odlukom od 7. travnja 2008. odbilo je prijavu za *leniency* iz razloga što prijavitelj nije priznao sklapanje kartelnog sporazuma kojim se ograničava tržišno natjecanje, te nije prestao s kartelnim aktivnostima nakon prijave.

³¹ Prvu odluku primjenom Obavijesti o *leniency* Francuska je donijela 2006. (*Doors manufacturing*), a nova proceduralna Obavijest usvojena je 17. travnja 2007. Prema:

http://www.concurrences.com/article_bulletin_gratuit.php3

³² Više o ovoj odluci: http://www.concurrences.com/article_bulletin_gratuit.php3?id_article=19934; ili http://www.gvh.hu/gvh/alpha?do=2&st=2&pg=96&m19_act=4

³³ Grčka Komisija za zaštitu tržišnog natjecanja, <http://www.epant.gr/main.php?Lang=en>

Slijedom toga, sudionicima kartela (uključujući i navedenog prijavitelja) izrečena je kazna u iznosu od 13.000,000 eura.³⁴

Velika Britanija-osim što primjenjuje kaznenopravni sustav kažnjavanja za sudionike kartela, posebnost je Velike Britanije da predviđa nagrade za tzv. doušnike koji otkriju informacije o kartelima. Također, što se tiče oblika prijave Britanski ured za tržišno natjecanje (*Office of Fair Trading*) predviđa poseban sporazum s prijaviteljima *leniency*, potpisan od obje strane, dok ostala tijela za zaštitu tržišnog natjecanja predviđaju samo pisane formulare, a EK nema standardizirani oblik prijave.³⁵

Osim Europske komisije, primjenom *leniency* programa i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja sankcionirala su kartele izrazito visokim kaznama. Primjerice, u Belgiji u kojoj se *leniency* primjenjuje od 2004. godine (posljednje izmjene unesene su 2007.), izrečena je kazna u iznosu od 500,000 eura sudionicima kartela u kemijskoj industriji.

Nadalje, u Italiji prva odluka kojom je dodijeljeno potpuno oslobođenje od kazne donesena je 17. svibnja 2007. Istom odlukom osam poduzetnika-sudionika kartela kažnjeno je s ukupnom kaznom od 31 milijun eura.³⁶

Austrijsko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja predložilo je sudu za kartele izricanje najviše kazne u svojoj praksi, u iznosu od 88 milijuna eura. Ovako visoka kazna temeljila se na odluci austrijskog tijela od 5. listopada 2007. kojom je utvrđen kartel između poduzetnika namještanjem natječaja i fiksiranjem cijena na tržištu liftova i pokretnih stepenica s učinkom na tržištima drugih zemalja članica (Belgije, Luxembourga Njemačke i Nizozemske).³⁷

3.3. Suradnja između država članica u primjeni *leniency* programa

Prilikom prijave EK, prijavitelju se postavlja pitanje je li podnio prijavu i drugim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja u EU. Naime, smatra se da prijava jednom nacionalnom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja pojedine države članice EU, ne znači automatski

³⁴ Poljska: <http://www.uokik.gov.pl/en/>

³⁵ Detaljnije o *leniency* programu OFT: http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/comp_policy/oft803.pdf

³⁶ Talijansko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja: <http://www.agcm.it/>

³⁷ U većini zemalja članica EU, nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja izriču kazne direktno, međutim u Austriji sankcije za povredu propisa o tržišnom natjecanju izriče poseban kartelni sud.

prijavu u svim drugim nacionalnim tijelima država članica. Stoga se prijaviteljima preporuča da u isto vrijeme podnesu prijavu u nekoliko država čija su tržišta pogođena kartelom i koje bi mogle biti određene kao najprikladnije za davanje imuniteta.³⁸

U otkrivanju međunarodnih kartela i primjeni *leniency* programa posebno je značajna formalna i neformalna suradnja među državama. Među članicama Europske mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: ECN), precizno su utvrđeni uvjeti međusobne razmjene informacija dobivenih od prijavitelja programa *leniency*.³⁹ Međutim, iako postoji međusobna razmjena informacija, u praksi nije moguće razmijenjivati dokaze čak niti između članica ECN. Naime, u praksi može doći do sukoba interesa između različitih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja s obzirom na to koje je tijelo najbolje da provede istragu, gdje se nalazi većina dokaza, koje je tržište najviše pogođeno kartelom i sl. Uz navedeno, svjedoci u međunarodnim kartelima neskloni su davanju pisanih izjava kako se isto ne bi iskoristilo protiv njih u postupku u nekoj drugoj zemlji. Navedeni problemi međunarodne suradnje najviše se pojavljuju uslijed činjenice da se u pojedinim pravnim sustavima primjenjuje samo građanski odnosno administrativni režim (većina EU zemalja), u drugima, isključivo kazneni progon sudionika kartela (Velika Britanija, Irska) dok se u pojedinim zemljama primjenjuju oba sustava (Njemačka).

Polazeći od postojećih razlika u programima *leniency* prilagođenim pojedinim pravnim sustavima, ali i prepoznavajući niz sličnih elemenata, u svrhu pravne sigurnosti potencijalnih prijavitelja kartela, ECN izradila je 2006. godine tzv. *ECN Model Leniency Programme* kao prvi korak EK prema usklađivanju prakse EU zemalja članica u primjeni ovog programa.⁴⁰ Navedeni ECN Model program samo utvrđuje temeljna načela koja su zajednička svim programima *leniency* zemalja članica EU, te propisuje ujednačenu formu skraćene prijave kada se prijavljuje *leniency* u više zemalja članica. Ovo ujednačavanje programa predstavlja samo tzv. *soft harmonisation*, jer su države članice i dalje slobodne prilagođavati *leniency* programe svojim pravnim sustavima provedbe propisa o tržišnom natjecanju i odrediti povoljnija pravila za prijavitelje.

³⁸ Paragraf 15, Obavijest EK o *Leniency* 2006.

³⁹ Uvjeti: prijavitelj je pristao na razmjenu informacija, prijava za *leniency* postoji u oba nacionalna tijela za isti predmet i tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja koje prima informacije se obvezuje da zaprimljene informacije neće iskoristiti za izricanje sankcija protiv prijavitelja, njegovih povezanih društava ili zaposlenika; ECN Model *Leniency Programme*, 2006; str. 8-9.

⁴⁰ ECN Model *Leniency Programme* of 29 September 2006, changes from 2008., dostupan na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf

4. PREDNOSTI I NEDOSTACI PROGRAMA LENIENCY

4.1. Prednosti

Kao glavne prednosti programa *leniency* ističe se slijedeće:

- učinkovit instrument u otkrivanju skrivenih zabranjenih sporazuma između tržišnih takmaca (kartela) koji se sklapaju i provode u tajnosti,
- omogućuje dostavu relevantnih dokaza tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja do kojih bi inače vrlo teško došli, a time i kvalitetniju istragu i učinkovitiji postupak,
- poticaj za suradnju poduzetnicima, mogućnost da ih se oslobodi sankcije ili da se ista smanji,
- posebna važnost u pravnim sustavima koji primjenjuju kaznenopravne sankcije za kartele,
- preventivni karakter, učinak na poduzetnike da ne sklapaju navedene sporazume,
- destabilizirajući učinak na postojeće kartele jer potiče sumnju i nepovjerenje među članovima.

4.2. Nedostaci

Usprkos velikom doprinosu ovog programa za dokazivanje teških oblika kršenja tržišnog natjecanja postoje i određeni nedostaci:

- opasnost da prijavitelj upozori ostale sudionike kartela na provođenje istrage,
- opasnost saznavanja od strane drugih sudionika kartela postoji u slučaju ispitivanja pojedinih zaposlenika-potencijalnih svjedoka,
- prijava radi izbjegavanja kazne,
- opasnost da prijavitelji unište relevantne dokumente prije nego što pristupe tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja i zatraže oslobođenje od kazne,
- problem osiguravanja dovoljno kvalitetnih dokaza od prijavitelja kartela.

Uz navedene nedostatke, kao posebno značajan nedostatak ovog programa, najveći kritičari *leniency* programa ističu neriješen sustav odnosa zaštite žrtve u odnosu na počinitelja u parnicama za naknadu štete nastale kartelima. U praksi se pokazalo da postoji proturječje između zaštite svjedoka (prijavitelja *leniency* programa i dokaza) i zaštite prava žrtve povrede propisa o tržišnom natjecanju na odgovarajuću kompenzaciju izgubljenog.

S jedne strane se pruža zaštita počinitelju koji neće biti kažnjen na štetu žrtve. Primjerice, konačna odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja predstavlja osnovu na temelju koje strana oštećena kartelom traži naknadu štete na nadležnom sudu (građanskom odnosno parničnom ili trgovačkom sudu za poduzetnike). U konkretnom slučaju, kartel je dokazan primjenom *leniency* programa, odnosno prijavom kartela i bitnih dokaza od strane poduzetnika-sudionika u kartelu koji je zauzvrat dobio oslobođenje od kazne. Slijedom toga, postoji zaštita tajnosti krunskog svjedoka, prvog korisnika *leniency* programa, i zaštita povjerljivih dokumenata koji dokazuju djelovanje kartela i sadrže poslovne tajne. S druge strane potrebno je osigurati pravo na naknadu štete žrtvama koje moraju dokazati to svoje pravo. Uslijed ovih pravnih dilema i očitog nesuglasja programa *leniency* i naknade štete dovodi se u pitanje cjelokupan program *leniency* jer se javlja se opasnost da povjerljivi dokazi kojima je dokazan kartel ipak dođu u ruke trećoj osobi-žrtvi. Ovaj problem u praksi još nije riješen.⁴¹

5. SITUACIJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

U pravnom sustavu Republike Hrvatske prema važećim propisima o tržišnom natjecanju još nije u primjeni *leniency* program⁴². Navedeno, pretežno iz razloga što do sada Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja nije izricala sankcije pa stoga poduzetnici nisu niti imali poticaj surađivati s Agencijom radi smanjenja kazne. Naime, usprkos propisanim visokim sankcijama u ZZTN u dosadašnjoj praksi tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj, nadležni prekršajni sudovi za povrede propisa o tržišnom natjecanju izricali su niske novčane kazne ili ih nisu uopće izricali. Polazeći od potrebe usklađivanja hrvatskih propisa i prakse s onom Europske unije, te potrebe osiguravanja učinkovite provedbe tržišnog natjecanja za očekivati je da će i u Republici Hrvatskoj biti uveden ovaj program. Kao i u drugim zemljama, i u RH je nadležnom tijelu za provedbu zaštite tržišnog natjecanja teško doći do saznanja i dokaza o postojanju i djelovanju kartela. Slijedom toga, uvođenje programa *leniency* uz primjenu dobrih iskustava EK i drugih zemalja članica EU u svrhu otkrivanja tajnih kartela, i ostvarivanjem tri elementa uspješnosti *leniency* programa-prijetnja strogim kaznama koje se izriču, prijetnja

⁴¹ Odgovore na pitanja i probleme naknade štete pokušala je dati EK u dokumentu: *White paper on Damages Actions for breach of the EC Antitrust Rules*, 2 April 2008, COM (2008) 165 final.

⁴² U Republici Hrvatskoj na snazi je Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja („Narodne novine”, broj 122/03) i odgovarajuće Uredbe Vlade RH, dostupni na službenoj stranici Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja: <http://www.aztn.hr>

otkrivanjem i transparentna pravila prijave, uz potrebno informiranje javnosti predstavljat će ubuduće poticaj sudionicima zabranjenih sporazuma da surađuju s Agencijom. Pri tome je izbor odgovarajućeg programa leniency nužno prilagoditi pravnom sustavu RH i imati u vidu navedene nedostatke *leniency* programa, te za iste pokušati predvidjeti odgovarajuća rješenja.

7. ZAKLJUČAK

Dosadašnja praksa primjene *leniency* programa u EU dokazala je važnost navedenog programa u otkrivanju i dokazivanju kartela koji koristi kako nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, tako i samim poduzetnicima-članovima kartela. Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja primjenom *leniency* programa dolaze do saznanja i dokaza o kartelima čime se omogućuje njihovo sankcioniranje i preventivni učinak na sklapanje novih kartelnih sporazuma. S druge strane, sudionici kartela prijavom za program *leniency* imaju mogućnost izbjeći izrazito visoke novčane sankcije (a, u kaznenopravnim sustavima i kazneni progon) pa stoga imaju poticaj da surađuju s tijelima za tržišno natjecanje. Iz navedenog proizlazi zajednička svrha primjene programa *leniency*, a to je učinkovita provedba zaštite tržišnog natjecanja. Stoga je nužno i u RH uvesti ovaj program prilagođen pravnom sustavu RH kako bi se odgovarajuće sankcionirali najteži oblici povrede propisa o tržišnom natjecanju. Za postizanje ovoga cilja potrebno je prije svega izmjenama postojećeg zakonskog okvira omogućiti Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja izricanje novčanih kazni u prvome stupnju kako bi program *leniency* mogao doći do primjene.

