

Mladen Cerovac, dipl. iur.*

KARTELI - SURADNJA SUDIONIKA ZABRANJENIH SPORAZUMA S ANTIMONOPOLNIM TIJELIMA KAO PREDUVJET ZA OSLOBAĐANJE ILI UBLAŽAVANJE KAZNE**

U radu se opisuje institut oslobađanja ili ublažavanja kazne sudionicima zabranjenih sporazuma poduzetnika (hard-core kartela) koji s tijelima nadležnima za zaštitu tržišnog natjecanja djelatno surađuju u razotkrivanju i razbijanju tih sporazuma.

U radu se opisuju rješenja primijenjena u propisima Sjedinjenih Američkih Država, Europske unije i pojedinih njenih članica.

S tim u svezi, u radu se daje prikaz primjera zabranjenih sporazuma iz prakse Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Razmatra se i mogućnost uvođenja instituta oslobađanja ili ublažavanja kazne sudionicima zabranjenih sporazuma u hrvatske propise o zaštiti konkurencije. Usputno se daje i kratki kritički osvrt na odredbe hrvatskog kaznenog prava koji predviđaju kaznenu odgovornost za sudionike hard-core kartela.

1. UVOD

Svjedoci smo da se u brojnim zemljama poduzimaju vrlo široke akcije i pokreću postupci upravljani na suzbijanje i razbijanje zabranjenih sporazuma poduzetnika. Štoviše, mediji govore o “novom valu udara na kartele”.¹

Riječ je o udaru na tzv. *hard-core* kartele, odnosno zabranjene sporazume poduzetnika. To su sporazumi poduzetnika upravljani na dogovore o cijenama, dogovore o podjeli tržišta kao i na sve druge oblike zabranjenih sporazuma upravljane na monopolizaciju

* Mladen Cerovac, dipl. iur., zamjenik ravnatelja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

** Članak je (u nešto dužem obliku) objavljen u Hrvatskoj pravnoj reviji, broj 9/2002., Inženjerski biro, Zagreb, rujan 2002. Mišljenja autora iznesena u ovome radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju nužno i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

¹ Tako npr. “*Privredni vjesnik*”, Zagreb, 29. travnja 2002.

nekoj tržišta² s ciljem da utvrđivanjem ili povećavanjem cijena ostvare za sebe posebne koristi i veću dobit.

Svjedoci smo također da je kartelno ponašanje prošireno na sve djelatnosti, počevši od proizvodnje grafitnih elektroda i vitamina, do trgovine umjetninama³ i bankarstva.⁴

Hard-core karteli predstavljaju poseban problem za tijela nadležna za zaštitu tržišnog natjecanja. Za ta se tijela u različitim pravnim sustavima koriste različiti nazivi.⁵ Zbog terminološke različitosti u ovom ćemo radu uvjetno koristiti termin *antimonopolna tijela*.

Osnovni se problem sastoji u teškom otkrivanju takvih kartela. Naime, u pravilu je riječ o tajnim sporazumima poduzetnika. Stoga antimonopolna tijela veoma teško dolaze do saznanja o njihovom postojanju. Budući da sama sumnja nije dovoljna, u praksi je vrlo teško doći do informacija dovoljnih za provođenje postupka u kojem će protupravno ponašanje članova kartela biti dokazano, a njegovim članovima izrečena kazna. Riječ je o prekršajnoj i/ili kaznenoj odgovornosti i vrlo visokim novčanim, pa i zatvorskim kaznama.

Kako članstvo u kartelu poduzetnicima donosi veliku dobit, a kako se u slučaju njegovog razotkrivanja, bez iznimke, kažnjavaju svi njegovi članovi i odgovorne osobe, sudionici kartela su vrlo jedinstveni i dobro paze da antimonopolna tijela ne dođu do bilo kakvih relevantnih informacija.

Stoga su zakonodavstva zemalja s najbogatijom tradicijom u zaštiti konkurencije promijenila pristup. Uvedeni su propisi koji omogućuju oslobađanje od kazne ili blaže kažnjavanje za onog poduzetnika i/ili odgovornu osobu poduzetnika-člana kartela koji antimonopolnom tijelu dostavi relevantne obavijesti o kartelu, te je spreman dobrovoljno i

² Pod pojmom *monopolizacije* tržišta općenito se podrazumijeva pokušaj dominantnog poduzetnika ili skupine relativno velikih poduzetnika da kroz različite oblike zabranjenih antikompetitivnih ponašanja zadrže ili ojačaju kontrolu nad tim tržištem (prema "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", OECD, Paris 1993., str. 59.).

³ Npr. američki slučaj otkrivanja kartela čiji su članovi najpoznatije dražbovaonice umjetnina *Christie's* i *Sotheby's* i kažnjavanja njihovih direktora.

⁴ Posebnu je pozornost hrvatske javnosti privukla nedavna odluka Europske komisije kojom su izrečene izuzetno visoke kazne kartelu osam austrijskih banaka (tzv. "*Lombard Club*" kartel). Ovo, između ostalog, iz razloga što povezana društva nekih od tih banaka djeluju na hrvatskom financijskom tržištu. U nastavku teksta ovom će kartelu biti posvećena posebna pozornost (v. fusnotu 13).

⁵ Najčešći termini koji se koriste u literaturi su *competition authorities*, *anti-monopoly authorities* ili *antitrust authorities*. Riječ je uvijek o neovisnim, sui generis tijelima izvršne vlasti.

Osnivanje takvih tijela započinje u prvoj četvrtini prošloga stoljeća. Prvo takvo tijelo (*Federal Trade Commission*) osnovano je u SAD. Prvo je takvo tijelo u Europi osnovano, pedesetih godina prošlog stoljeća, u SR Njemačkoj (*Bundeskartellamt*). Trenutno u svijetu djeluje oko 90 takvih tijela.

U Republici Hrvatskoj stručne i upravne poslove u vezi sa zaštitom slobodnog tržišnog natjecanja obavlja Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja. Sjedište Agencije je u Zagrebu, Savska cesta 41/VII. Agencija je osnovana 1995. godine, a djelatna je od studenog 1996.

Osnivanje i nadležnost Agencije uređeni su Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja («Narodne novine», broj 48/95, 52/97 i 89/98). Njen specifični, neovisni položaj u sustavu vlasti proizlazi iz položaja njenog ravnatelja. Naime, ravnatelj Agencije imenuje i razriješava Hrvatski sabor. Sukladno tome, ravnatelj Agencije izvješće o radu Agencije podnosi isključivo Hrvatskom saboru i samo je tom tijelu odgovoran za svoj rad (ne i Vladi RH!).

potpuno surađivati u postupku. Time je poduzetnicima «pružena prilika koju ne bi trebali odbiti».⁶

Tako je antimonopolnim tijelima omogućen pristup podacima o postojanju, obliku i djelatnostima hard-core kartela, kao i provođenje i okončanje postupka protiv njih, njihovo razbijanje i kažnjavanje njihovih sudionika.

2. POJAM KARTELA I HARD-CORE KARTELA

U osnovi, *kartel*⁷ je sporazum između poduzetnika. U pravilu je to formalni sporazum.

Kad je riječ o sporazumima koji donose korist samo njegovim sudionicima, i to svakome od njih, čiji je predmet dogovor o cijenama, dogovor o podjeli tržišta ili izvorima nabave roba i usluga, o prodaji ili kupnji robe i pružanja ili korištenja usluga obujmu proizvodnje, govorimo o tzv. *hard-core kartelima*.⁸ U pravilu se javljaju na tržištu koje ima značaj oligopola. Članovi kartela najčešće su izravni tržišni takmaci, ali to ne mora uvijek biti slučaj.⁹

To su sporazumi kojima se ograničava slobodno tržišno natjecanje.¹⁰ Stoga su u većini zakonodavstava takvi sporazumi *per se* zabranjeni i ništavi (u cjelini ili djelomično, u odnosu na naprijed navedene antikompetitivne uglavke). U nekim je zakonodavstvima za njihovu protupravnost potrebno da su ispunjeni i neki dodatni uvjeti.¹¹

⁶ Izraz koji je upotrijebio Gary R. Spratling, zamjenik glavnog državnog odvjetnika SAD, u izlaganju pod nazivom «*Making Companies an Offer they shouldn't refuse*». Izlaganje je održano na 35. godišnjem simpoziju o udruženjima i zaštiti konkurencije Odvjetničke komore Distrikta Columbia, Washington D.C., 16. veljače 1999.

⁷ Prema «*Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*», OECD, Paris 1993., str. 19., do 23..

⁸ Hrvatski *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja* («Narodne novine», broj 48/95, 52/97 i 89/98) za takve sporazume poduzetnika koristi termin *zabranjeni sporazumi* (članak 7. stavak 1.).

⁹ Može biti riječ i o sporazumu poduzetnika koji djeluju na različitim mjerodavnim tržištima. Najčešće je svaki od njih dominantan na svom tržištu.

Primjer takvog sporazuma je slučaj *sporazuma poduzetnika Leda d.d. i INA-e d.d.* Riječ je o sporazumu kojim se o INA d.d., kao vlasnik najvećeg broja benzinskih postaja u Hrvatskoj, obvezuje da će na tim prodajnim mjestima prodavati isključivo sladoled Leda d.d.. Taj je pak poduzetnik dominantni proizvođač sladoleda u Hrvatskoj. Agencija je sporazum ocijenila zabranjenim. Razlog je onemogućavanje pristupa tržištu prodaje sladoleda na benzinskom postajama INA-e d.d. svim drugim proizvođačima sladoleda. Isp. *rješenje Agencije, klasa UP/I-030-02/01-01/26, od 3. srpnja 2001.* («Narodne novine», broj 61/01).

¹⁰ Karteli, odnosno takva vrsta antikompetitivnog ponašanja spadaju u tzv. *horizontalna ograničenja* tržišnog natjecanja (v. «*Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*», OECD, Paris 1993., str. 20; takođe: KORAH, Valentine, «*An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*», Sweet and Maxwell, London 1994, str. 37 i dalje).

¹¹ Npr. u Kanadi: da bi neki dogovor o cijenama bio zabranjen, potrebno je da sporazum poduzetnika ima učinak na značajnom dijelu tržišta.

Takvi sporazumi poduzetnika mogu biti izričiti ili prešutni, odnosno tajni. U pravilu, s obzirom da su sudionici sporazuma svjesni njihove protupravnosti, oni će biti tajni.¹²

Takvi sporazumi mogu biti formalni ili neformalni. Međutim, ukoliko i postoji pisani sporazum između članova kartela, njegov će sadržaj u pravilu biti držan u tajnosti i dostupan samo članovima. Njime će se, u stvari, utvrđivati odnosi unutar kartela, kako bi se njegovi članovi mogli uzajamno nadzirati glede pridržavanja i provođenja sporazuma.

Kao što smo već naprijed rekli, predmet hard-core kartela nedopušten je u smislu propisa o zaštiti konkurencije. Cilj tih sporazuma je monopolizacija određenog tržišta i ostvarivanje koristi u obliku povećane dobiti ili posebnih prednosti isključivo za njegove članove.

Upravo će takvi sporazumi biti predmet našeg razmatranja. Stoga će se daljnjem tekstu pojam *kartel* odnositi prvenstveno na zabranjene sporazume, odnosno na hard-core kartele.¹³

3. PROBLEMI U OTKRIVANJU I PROCESUIRANJU HARD-CORE KARTELA

Kao što smo već napomenuli u uvodu, hard-core karteli predstavljaju poseban problem za antimonopolna tijela.

Osnovni je problem u teškom otkrivanju takvih kartela. Ovo pogotovu ako je riječ o tajnim sporazumima poduzetnika, što će najčešće biti slučaj.

Kad antimonopolno tijelo ima saznanja o postojanju nekog kartela, to će saznanje najčešće biti jedva dovoljno za pokretanje postupka utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja protiv njegovih članova. Naime, za vođenje ozbiljnog postupka, u kojem će antimonopolno tijelo dokazati protupravno ponašanje članova kartela i koji će rezultirati kažnjavanjem prekršitelja, sama sumnja neće biti dovoljna.

Za ostvarivanje tog cilja antimonopolna tijela moraju raspolagati relevantnim dokazima. Takve će dokaze, kao što je već rečeno, biti izuzetno teško ili nemoguće pribaviti. Za to postoji više razloga. Prije svega, članstvo u kartelu donosi veliku dobit. Međutim, u slučaju razotkrivanja kartela bit će kažnjeni, bez iznimke, svi poduzetnici-članovi kartela i odgovorne osobe tih poduzetnika. Stoga se članovi kartela uzajamno pomno nadziru. Oni su vrlo jedinstveni i dobro paze da antimonopolna tijela ne dođu do bilo kakvih relevantnih informacija.

¹² Tzv. *collusive agreements*. U članku 1. *Priopćenja Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima (Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ 2002/C 45/03, od 19. ožujka 2002.)*, ti se sporazumi definiraju kao *secret cartels*.

¹³ Za najteže oblike hard-core kartela pojedini autori koriste izraz *naked cartels* («goli» karteli). Riječ je o takvim sporazumima poduzetnika koji ne sadrže baš nikakve prokompetitivne odredbe koje bi ih činile barem djelomično dopuštenima. Ti sporazumi nisu čak prikriiveni («odjeveni») unošenjem nekih prividno prokompetitivnih odredaba koje bi barem stvarale privid o njihovoj dopuštenosti (v. KORAH, Valentine, «*An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*», Sweet and Maxwell, London 1994, str. 148).

Dakle, kako je u pravilu riječ o kaznenoj odgovornosti i vrlo visokim novčanim, pa i zatvorskim kaznama, te s obzirom na istovremeno ostvarivanje značajne izvanredne dobiti, članovi kartela vrlo će teško dragovoljno otkriti svoju protupravne djelatnosti.¹⁴

Međutim, hard-core karteli imaju i određenih slabosti. Te slabosti razlog su da se relativno velik broj kartela, nakon određenog vremena, raspadne sam od sebe. Naime, na dugi rok karteli rijetko djeluju uspješno. Najuspješnije djeluju karteli s malim brojem članova ili oni čiji su članovi potpomognuti državnom intervencijom.¹⁵

Naime, da bi se takav tajni sporazum mogao uspješno provoditi, moraju se ispuniti određeni uvjeti. Prije svega, svi članovi kartela moraju pristajati na njegovo provođenje i djelovati usklađeno. Oni moraju biti sposobni utvrditi kad je neki od članova prekršio dogovor. Istovremeno, oni moraju biti u mogućnosti na neki način sankcionirati takvo kršenje.¹⁶

¹⁴ Da je otkrivanje, a osobito dokazivanje postojanja tajnih kartela i kažnjavanje njihovih članova vrlo složen i, u pravilu, dugotrajan postupak dobro oslikava primjer koji je nedavno privukao posebnu pozornost hrvatske javnosti. Riječ je o odluci Europske komisije u slučaju kartela vodećih austrijskih banaka. Slučaj je poznat pod nazivom «*Lombard Club*» cartel.

Europska komisija je, 11. lipnja 2002., u tom kartelnom predmetu donijela odluku kojom su izrečene izuzetno visoke kazne kartelu austrijskih banaka. Predmet sporazuma bio je dogovor o cijenama bankarskih usluga (kredita, depozita, novčanih transfera, financiranja izvoza itd.). Sudionici tog zabranjenog sporazuma bila je većina austrijskih banaka. Tim je sporazumom bilo obuhvaćeno cijelo područje Austrije («sve do najmanjeg sela»). Međutim, nakon pažljive analize, Komisija je utvrdila da je osam banaka igralo ključnu ulogu u tom kartelu (Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Bank Austria AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank für Arbeit und Wirtschaft AG, Österreichische Postsparkasse AG, Österreichische Volksbanken AG, Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG, Raiffeisenlandesbank Niederösterreichisch-Wien reg Gen mbH). Neke od navedenih banaka izravno ili neizravno, putem povezanih društava, djeluju i na hrvatskom financijskom tržištu.

Kartel je djelovao neprekidno od siječnja 1994., dakle gotovo devet godina. Dogovori o cijenama uvijek su uslijedili nakon što bi Središnja banka Austrije donijela izmjene kreditnih kamatnih stopa. Dogovori banaka održavani su na najvišoj razini. Tako su izvršni direktori tih banaka u razdoblju, od siječnja 1994. do lipnja 1998., održali preko 300 sastanaka. Tema sastanaka uvijek je bilo «*zajedničko promišljanje o mjerama koje banke moraju poduzeti*» (u odgovoru na mjere Središnje banke; op.a.). Komisija je, međutim, postupak mogla započeti tek nakon što je Austrija Europskoj uniji. U skladu s tim, i kazne koje je Komisija izrekla odnose se samo na to razdoblje.

Tako su službenici Komisije, u pratnji službenika austrijskog Ministarstva gospodarstva, u lipnju 1998. izvršili nekoliko istovremenih nenajavljenih izvida u većem broju banaka. Komisija je prikupila stotine isprava (zapisnika sa sastanaka, memoranduma, snimaka telefonskih razgovora, prepiske, itd.). Iz prikupljenih dokaza bilo je vidljivo da su članovi kartela bili potpuno svjsni protupravnosti svog djelovanja. Tako npr., iz jednog dokumenta proizlazi da je jedan od sudionika sastanka zatražio da se, iz opreza, o sastanku ne vodi zapisnik. U Uz drugog pak dokumenta proizlazi da je pravni odjel jedne banke dao izričitu uputu da se svi dokazi o sastancima unište.

Komisija je odluku kojom se utvrđuje nezakonita djelatnost navedenih banaka donijela 11. lipnja 2002., dakle, nakon istrage koja je intenzivno trajala gotovo sedam godina. Postupak je uspješno okončan i zbog suradnje pojedinih članica kartela s Komisijom, odnosno zbog primjene propisa o amnestiji. Stoga je stupanj suradnje utjecao je i na visinu novčanih kazni izrečenih pojedinim bankama. Unatoč tome, ukupni je iznos kazni izuzetno visok i iznosi 124,26 milijuna eura (v. EU press releases, <http://europa.eu.int/rapid/start/>; stranica posjećena 3. srpnja 2002.).

¹⁵ V. KORAH, Valentine, «*An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*», Sweet and Maxwell, London 1994, str. 43).

¹⁶ Ibid. Tako je kod kartela čiji je cilj dogovor o cijenama česta situacija da neki član kartela procijeni da mu se više isplati povećati proizvodnju na način da svoje proizvode ili usluge prodaje vrlo malom broju velikih kupaca. Tim kupcima robu prodaje po cijenama nižim od onih koje su dogovorene unutar kartela. Kupci zauzvrat moraju biti spremni na šutnju, budući da prodavatelj vara druge članove kartela.

Međutim, neki će od članova kartela nakon određenog vremena procijeniti da mu članstvo u kartelu donosi manju dobit ili manje nekih drugih koristi od očekivanog ili od onog što ostvaruje neki drugi član. Stoga će takav član kartela nastojati prekinuti izvršavanje sporazuma, odnosno izaći iz kartela, što često dovodi do njihovog raspada.¹⁷

Međutim, taj raspad, odnosno izlazak nekog poduzetnika iz kartela, u pravilu, nije sasvim jednostavan. Naime, nezadovoljni član kartela vezan je unutaršnjim dogovorom svih članova. Kako propisi o zaštiti konkurencije većine zemalja za sudioništvo u zabranjenom kartelu predviđaju veoma oštre kazne za sve sudionike, takav će «nezadovoljnik»¹⁸ u pravilu biti na, na neki način, «ucijenjen» od drugih članova. Stoga «nezadovoljniku» neće biti lako napustiti kartel.

4. UVOĐENJE MOGUĆNOSTI OSLOBAĐANJA OD KAZNE ILI NJENOG UBLAŽAVANJA – PROPISI O AMNESTIJE

Poteškoće u otkrivanju i procesuiranju hard-core kartela i mogućnost da se oni raspadnu sami od sebe, tj. bez utjecaja antimonopolnih tijela, ne može i ne smije biti razlog da antimonopolna tijela budu pasivna u tom segmentu njihove nadležnosti.

Stoga je bilo potrebno je bilo pronaći način za za pribavljanje dokaza o postojanju hard-core kartela. Potrebno je bilo pronaći način za pribavljanje čvrstih dokaza o sudionicima takvih kartela, o njihovom djelovanju i ponašanju, dostatnim za djelotvorno provođenje postupka, donošenja odluke i kažnjavanje.

Rješenje je pronađeno u uvođenju odredaba, odnosno programa kojima se sudionicima nekog zabranjenog sporazuma jamči oslobađanje od kazne ili blaže kažnjavanje. Te se odredbe, pod određenim uvjetima, mogu primijeniti samo na one sudionike zabranjenog sporazuma koji se odluče na suradnju s antimonopolnim tijelima u razbijanju kartela. U daljnjem ćemo tekstu, isključivo za potrebe ovog rada, za te osobe koristiti termin *informator*.¹⁹ Taj ćemo izraz koristiti bilo da je riječ o poduzetniku²⁰ ili o odgovornoj osobi poduzetnika.²¹

Takve odredbe odnosno programi u različitim zemljama nose različite nazive kao što su *corporate and individual leniency policy* ili *amnesty program* (SAD) ili *immunity program*

¹⁷ Prema "Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law", OECD, Paris 1993., str. 20.).

¹⁸ U literaturi se za takvog «nezadovoljnoga» člana kartela često koristi pojam «*maverick*».

¹⁹ Pri odabiru termina dvojili smo bi li možda bilo bolje koristiti termin «*svjedok pokajnik*», koji se koristi u hrvatskom kaznenom pravu. Kako se u nekim sustavima na članove kartela ne primjenjuju kazneni propisi, za potrebe ovog rada ipak smo se odlučili za pojam »informator».

²⁰ To će, načelno, ali ne i uvijek, biti pravna osoba. Naime, pojam poduzetnika koji se koristi u pravu konkurencije u pravilu je širi od pojma pravne osobe. Tako hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, u članku 3. u svezi s člankom 2. stavak 1. pojmom poduzetnika obuhvaća trgovačka društva, trgovce pojedince, obrtnike i druge pravne i fizičke osobe koje obavljajući gospodarsku djelatnost sudjeluju u prometu roba i usluga.

²¹ To će uvijek biti fizička osoba.

(Europska unija). Neke zmlje za taj institut koriste pojam *amnesty*. Često se za taj program koristi i duhoviti naziv »*blowing the whistle*«. ²² Iako izraz nikako neće biti odgovarajući, iz razloga jednostavnosti i terminološke ujednačenosti, za potrebe ovoga rada ćemo za te propise koristiti termin *propisi o amnestiji*.

Na uvođenje takvih odredaba prve su se odlučile Sjedinjene Američke države (dalje: SAD). Tako je Odjel za antitrust američkog Ministarstva pravosuđa (dalje: U.S. DOJ – ATD), ²³ u kolovozu 1993., izdao dokument pod nazivom *Corporate Leniency Policy*. ²⁴ Točno godinu dana kasnije uslijedio je dokument pod nazivom *Individual Leniency Policy*. ²⁵

Na temelju bogatih i uspješnih iskustava SAD, Europska je komisija, u veljači 2002., izdala Priopćenje Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima (*Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*). ²⁶

Slične odredbe u svoje propise unosi sve veći broj zemalja (npr. Kanada, Brazil, Južna Koreja, Njemačka, Velika Britanija, Austrija, Belgija, Danska, Irska, Grčka, Češka Republika itd.). To je ujedno i najbolji dokaz brzog jačanja tzv. *procesa konvergencije* američkih i europskih propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Ti su propisi, u svojoj osnovi, sve sličniji, što će omogućiti i jednostavniju i bolju suradnju europskih i američkih (ali naravno i svih drugih) zemalja u zaštiti tržišnog natjecanja.

5. ZAJEDNIČKE ZNAČAJKE PROPISA O AMNESTIJI

Iako se propisi o amnestiji pojedinih zemalja u detaljima razlikuju, njihove su temeljne značajke u osnovi jednake. Te osnovne, zajedničke značajke možemo podijeliti u nekoliko skupina.

5. 1. Na koje se sporazume informacija mora odnositi

Ratione materiae, da bi se propisi o amnestiji mogli primijeniti, dokazi koje informator daje u cilju razotkrivanja i vođenja postupka, moraju se odnositi slučaj hard-core kartela. To će u pravilu biti tajni sporazumi.

²² Smisao izraza je u tome da član kartela koji se odluči na iznošenje informacija o kartelu "puše u zviždaljku" kako bi na sebe skrenuo pozornost antimonopolnog tijela. Tim "zviždukom" ujedno započinje i utrka ostalih članova kartela da se uključe u suradnju. Naime, oslobađanje od kazne ili stupanj ublažavanja kazne ovisi prvenstveno o trenutku u kojem se informator, «zviždač» (*«whistle blower»*), uključio u postupak.

²³ U.S. Department of Justice – Antitrust Division (U.S. DOJ – ATD).

²⁴ U.S. DOJ – ATD, «*Corporate Leniency Policy*» (10. kolovoza 1993.).

²⁵ U.S. DOJ – ATD, «*Individual Leniency Policy*» (10. kolovoza 1994.).

²⁶ *Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases*. Komisija je priopćenje izdala 14. veljače 2002. (OJ 2002/C 45/03, od 19. ožujka 2002.).

Ti sporazumi predstavljaju najteže oblike kršenja propisa o tržišnom natjecanju. Tako će njihov predmet u pravilu biti dogovor o cijenama,²⁷ ograničavanje ili nadzor nad obujmom proizvodnje, prodaje ili kupnje robe i pružanja ili korištenja usluga,²⁸ te dogovor o podjeli tržišta,²⁹ uključujući i dogovore poduzetnika o ponudama na javnim natjecanjima o nabavi roba i usluga³⁰ i dogovore o ograničavanju uvoza ili izvoza.

Sa stanovišta propisa o tržišnom natjecanju ti su sporazumi, bilo da je riječ o pisanim ili prešutnim sporazumima, oni su per se zabranjeni i ništavi.

Držimo, međutim, da bi se propisi o amnestiji trebali primijeniti i na informatora-sudionika koncentracije poduzetnika koji antimonopolnom tijelu pruži dokaze o provedbi te koncentracije. To će biti slučaj kad sudionici, neovisno o razlozima, antimonopolnom tijelu nisu prijavili namjeru provedbe te koncentracije, o čemu to tijelo nema nikakvih saznanja iz drugih izvora.³¹ Ovo pogotovo u slučaju da je riječ o nedopuštenoj koncentraciji.³² Naime, pravni je temelj za provedbu svake koncentracije poduzetnika uvijek je neki sporazum.³³

5. 2. Na koje se osobe amnestija može primijeniti

Ratione personae, propisi o amnestiji primijenjuju se na osobe koje smo uvjetno nazvali informatorima. To će biti poduzetnici-članovi kartela i/ili odgovorne osobe tih poduzetnika. U praksi će to najčešće biti tzv. «nezadovoljnik» («maverick»). Međutim, da bi se propisi o amnestiji primijenili, trebaju biti ispunjeni neki posebni uvjeti:

²⁷ *Price fixing.*

²⁸ *Fixing production or sales quotas.*

²⁹ *Market sharing.*

³⁰ *Bid-rigging.*

³¹ Većina propisa o zaštiti tržišnog natjecanja uključuje i odredbe o kontroli koncentracija poduzetnika. Te odredbe u pravilu predviđaju obvezu *prenotifikacije* koncentracija, odnosno obvezu prijave *namjere* njene provedbe. Za propuštanje podnošenja prijave predviđene su visoke novčane kazne. Takve odredbe sadrži i hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (prijava: članak 22. i članak 23.; kazna: članak 40. stavak 1. točka 2. i stavak 2.).

³² Hrvatski Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja pojam nedopuštene koncentracije utvrđuje u članku 21. stavak 2. (citaj): "Zabranjena je koncentracija poduzetnika kojom se stvara novi ili jača postojeći monopolistički ili vladajući položaj poduzetnika na tržištu, na način da se značajno ili trajno ograničava ili ukida slobodno tržišno natjecanje." Slične odredbe imaju i propisi drugih zemalja.

³³ To su prije svega sporazumi kojima jedan poduzetnik stječe većinski udjel i/ili većinsko pravo odlučivanja u drugom poduzetniku. To, međutim, mogu biti i *poduzetnički ugovori*, poglavito *ugovor o vođenju poslova društva* ili *ugovor o prijenosu dobiti*. Sklapanje takvih ugovora predviđeno je člankom 479. *Zakona o trgovačkim društvima* («Narodne novine», broj 111/93, 34/99 i 121/99). Odredba članka 21. stavak 1. *Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja* i te sporazume predviđa ga kao jedan od oblika koncentracije poduzetnika («*Koncentracija poduzetnika nastaje priključivanjem, povezivanjem, pripajanjem ili spajanjem poduzetnika te stjecanjem većinskog udjela ili većinskog prava odlučivanja, sukladno odredbama Zakona o trgovačkim društvima i drugim propisima*»).

i) Informator mora dostaviti dokaze i vjerodostojne i potpune podatke o postojanju, sklapanju, sadržaju i uvjetima zabranjenog sporazuma. U daljnjem ćemo tekstu za te informacije koristiti izraz *obavijest*.

ii) Obavijest mora sadržavati podatke dovoljne za pokretanje postupka utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja.

iii) Mora biti riječ o informacijama koje do tog trenutka antimonopolno tijelo nije već pribavilo iz drugih izvora.

iv) Informator mora antimonopolnom tijelu dati pismenu izjavu o spremnosti na daljnju dobrovoljnu, dosljednu, potpunu i bezuvjetnu suradnju i žurno dostavljanje i svih onih dokaza, podataka i saznanja do kojih dođe kasnije, tijekom konkretnog postupka. U daljnjem ćemo tekstu koristiti izraz *izjava*.³⁴

v) Informator ne smije biti poduzetnik ili osoba za koju se može nedvojbeno utvrditi da je bio organizator i pokretač sklapanja zabranjenog sporazuma ili podstrekač koji je druge sudionike tog sporazuma aktivno poticao ili prisiljavao na uključivanje u kartel.

vi) Informator mora istovremeno s dostavljanjem obavijesti, potpuno prekinuti suradnju s kartelom.

5. 3. Način primjene propisa o amnestiji

Kao i u svim ostalim stvarima tako se i za primjenu propisa o amnestiji može reći: *timing is everything*. Naime, hoće li se na informatora primijeniti propis o oslobađanju od kazne ili će biti kažnjen, ali će kazna biti ublažena, ovisi prvenstveno o trenutku u kojem je informator antimonopolnom tijelu dostavio relevantne dokaze. Pritom su moguće dvije situacije.

Prva je mogućnost da antimonopolno tijelo, u trenutku kad mu je informator dostavio dokaze, još nije pokrenulo postupak. Ovo iz razloga što o postojanju kartela u tom trenutku nije imalo nikavih saznanja, ili zato što o postojanju i djelovanju kartela u tom trenutku nije imao dovoljno dokaza odlučnih za pokretanje postupka.

Druga je situacija da je antimonopolno tijelo, u trenutku kad mu je informator dostavio dokaze, već pokrenulo postupak. To je moglo učiniti na temelju dokaza i činjenica koje je samo pribavilo iz drugih izvora, ili na temelju ranije obavijesti kojeg drugog informatora.

Stoga će važnu ulogu u primjeni propisa o amnestiji imati činjenica u kojem se trenutku, odnosno u kojoj se fazi postupka informator uključio u postupak, koji je bio po redu,³⁵ kao i koliko je značajan njegov doprinos u razotkrivanju kartela.³⁶

³⁴ U.S. DOJ – ATD izdao je u tu svrhu, u travnju 1998., model takve izjave, odnosno sporazuma ("Agreement") između tog tijela i informatora (tzv. *model letter for use in granting amnesty to corporations pursuant to the Corporate Leniency Policy*).

³⁵ Ovo se odnosi na situaciju kad je u nekom konkretnom slučaju bilo više informatora koji su sukcesivno nudili suradnju.

5. 3. 1. Postupak

Propisi SAD kao i propisi EU točno propisuju postupak primjene amnestije. Postupak ima nekoliko faza koje su u osnovi identične u oba sustava. Te osnovne faze obuhvaćaju prvo nuđenje informacije antimonopolnom tijelu, odgovor tog tijela na ponudu, te konačni dogovor i izdavanje konkretnog jamstva o oslobođenju od kazne ili ublažavanju kazne.

i) *Prvi kontakt informatora s antimonopolnim tijelom*

Riječ je o prvoj ponudi infomatora kojom antimonopolnom tijelu nudi suradnju u otkrivanju nekog kartela. Uz ponudu informator može odmah dostaviti konkretne dokaze kojima u tom trenutku raspolaže. Međutim, informator u ovoj fazi može doastaviti samo preslike isprava iz kojih ne mora biti vidljiv identitet poduzetnikâ-članova kartela. Tako npr. tvrtke mogu biti precrtane. Isto tako iz isprava mogu biti ispušteni (uklonjeni) i drugi značajni dijelovi.³⁷ Dakle, informator mora dostaviti barem tzv. *hipotetičke dokaze*,³⁸ odnosno listu dokaza. Te je dokaze kasnije, ukoliko njegova ponuda za suradnju bude prihvaćena, spreman dostaviti u cijelosti. Međutim, te isprave već u ovoj fazi moraju, po svojoj prirodi i sadržaju, biti takvi da je nedvojbeno da je riječ o dokazima značajnim za otkrivanje kartela i procesuiranje njegovih članova.

ii) *Odgovor antimonopolnog tijela*

Antimonopolno tijelo procijenit će ponudu infomatora s obzirom na kvalitetu ponuđenih dokaza i njihov značaj za provođenje postupka i donošenje konačne odluke, kao i s obzirom na uvjete koje mora ispuniti sam informator (npr. da informator nije bio organizator kartela i sl.).

Nakon izvršene procjene to tijelo može informatorov prijedlog za suradnju odbiti ili prihvatiti. U slučaju da tijelo procijeni da su načelno ispunjeni propisani uvjeti za primjenu propisa o amnestiji, informatoru će dostaviti odgovor kojim mu se uvjetno jamči amnestija. Naime, za davanje amnestije potrebno je da informator kasnije zaista dostavi dokaze koje je nudio.

iii) *Potpisivanje izjave o suradnji*

Nakon što informator dostavi stvarne i potpune dokaze, potpisat će izjavu o bezuvjetnoj i potpunoj suradnji s antimonopolnim tijelom. Ta suradnja uključuje i dostavljanje i onih dokaza do kojih informator dođe naknadno.

³⁶ Misli se na to koliki je značaj obavijest pojedinog informatora imala za razotkrivanje kartela i donošenje konačne odluke.

³⁷ Tako Priopćenja Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima, u članku 13. slovo b), takve dijelove naziva «*sensitive parts*».

³⁸ Ibid.: «*Evidence in hypothetical terms*».

iv) *Davanje jamstva antimonopolnog tijela*

Informatoru koji je dostavio dokaze i potpisao izjavu, antimonopolno tijelo jamči da će se na njega primijeniti propisi o amnestiji.³⁹

5. 3. 2. U kojim se slučajevima informator oslobađa od kazne

Od kazne će se ultimativno osloboditi samo onaj informator koji kumulativno ispunjava nekoliko uvjeta. Ti se uvjeti djelomično poklapaju s uvjetima iz prethodnog odjeljka. Riječ je o slijedećim uvjetima:

i) *Da je riječ o informatoru koji je prvi dostavio obavijest.*

ii) *Da obavijest sadrži dokaze i vjerodostojne i potpune podatke dovoljne za pokretanje postupka protiv kartela.*

iii) *Da je informator dao pismenu izjavu o spremnosti na daljnju dobrovoljnu, dosljednu, potpunu i bezuvjetnu suradnju.⁴⁰*

iv) *Da se može nedvojbeno utvrditi da informator nije organizator i pokretač stvaranja kartela ili podstrekač koji je druge članove aktivno poticao ili prisiljavao na pristup kartelu.*

v) *Da antimonopolno tijelo u trenutku dostavljanja obavijesti već nije imala saznanja o postojanju kartela, pribavljena iz drugih izvora, dovoljna za pokretanje postupka.*

vi) *Da je informator potpuno prekinuo suradnju s kartelom.*

Prekid suradnje s drugim članovima kartela, odnosno daljnje izvršavanje konkretnog zabranjenog sporazuma, mora nastupiti najkasnije u trenutku dostavljanja obavijesti antimonopolnom tijelu.

5. 3. 3. U kojim se slučajevima kazna za informatora ublažava

U ovom je slučaju uvijek riječ o informatoru koji se naknadno uključio u postupak. Taj informator ne može biti oslobođen od kazne kao informator koji je prvi dostavio obavijest, ali mu se kazna može ublažiti.

³⁹ Ovakav se postupak primjenjuje u EU (članak 12. do članak 19. Priopćenja Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima).

Propisi SAD, Corporate Leniency Policy, u Odjeljku D (*Leniency Procedure*) predviđaju da voditelji postupka u konkretnom predmetu informatorovu ponudu za suradnju bez odgode dostave operativnom tijelu Ministarstva pravosuđa (*Office of Operations*). Uz ponudu dostavljaju i obrazloženi prijedlog za amnestiju. Ravnatelj operativnog tijela (*Director of Operations*) proučit će zahtjev i dostaviti ga pomoćniku glavnog državnog odvjetnika (*Assistant Attorney General*) koji će donijeti konačnu odluku o primjeni propisa o amnestiji u konkretnom slučaju. Ukoliko je voditelj postupka predložio da se prijedlog informatora odbije, informator može zatražiti sastanak s ravnateljem operativnog tijela kako bi mu izložio svoje razloge. Zanimljivo je da će takva mogućnost u pravilu biti dopuštena u praksi, iako to propisom nije izričito predviđeno.

⁴⁰ Kao što je naprijed već rečeno, to uključuje i obvezu žurnog dostavljanja svih dokaza, podataka i saznanja do kojih dođe tijekom postupka.

Za takvog će se prekršitelja predložiti ublažavanje kazne ukoliko istovremeno ispunjava sve slijedeće uvjete⁴¹:

i) *Da je antimonopolno tijelo već pokrenulo postupak.*

Pritom postoje dvije mogućnosti.

Prva je da u trenutku kad je informator dostavio obavijest antimonopolno tijelo još nije raspolagalo podacima odlučnim za okončanje postupka i donošenje konačne odluke, a informator je dostavio upravo takve podatke.

Druga je mogućnost da je informator antimonopolnom tijelu dostavio podatke koji su mu omogućili značajan napredak u postupku⁴² i/ili donošenje konačne odluke.

ii) *Da je informator dao pismenu izjavu o spremnosti na daljnju dobrovoljnu, dosljednu, potpunu i bezuvjetnu suradnju.*

Kao što je to već rečeno, i u ovom slučaju informator se obvezuje i na žurno dostavljanje svih dokaza, podataka i saznanja do kojih dođe tijekom postupka.

iii) *Da je informator potpuno prekinuo suradnju s kartelom.*

Kao što je opisano u prethodnom odjeljku, taj prekid mora nastupiti najkasnije u trenutku kad je informator antimonopolnom tijelu dostavio obavijest, odnosno ponudu za suradnju.

5. 3. 4. Stupanj ublažavanja kazne

Kod ublažavanja kazne antimonopolno tijelo⁴³ imati na umu naročito slijedeće kriterije:

- u kojem je stadiju postupka informator dostavio obavijest,
- pod kojim se okolnostima informator odlučio na suradnju,
- intenzitet i dobrovoljnost suradnje.

Uz navedene, neke zemlje propisuju i neke dodatne kriterije o čemu će u nastavku teksta biti još riječi. Pritom neki propisi izričito propisuju postotke u kojima se kazna može ublažiti u odnosu kaznu koja je propisana zakonom (npr. EU), dok drugi navode samo osnovne kriterije, dok konačnu odluku o stupnju ublažavanja kazne prepuštaju nadležnim tijelima (npr. SAD).

6. NEKE POSEBNOSTI PROPISA SJEDINJENIH AMERIČKIH DRŽAVA

Propisi o amnestiji SAD i EU, kao što je već ranije spomenuto, imaju velik broj zajedničkih, gotovo identičnih odredaba. Spomenuli smo da je to izravna posljedica tzv. konvergencije,

⁴¹ Neki od uvjeta poklapaju se s uvjetima potrebnim za oslobođenje od kazne.

⁴² Tako Priopćenja Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima, u članku 22., koristi izraz «*added value*». Pod tim izrazom podrazumijeva opseg dokaza, njihovu narav i/ili detaljnost, te razinu mogućnosti koju ti dokazi pružaju Komisiji da dokaže činjenice na koje se konkretni dokazi odnose.

⁴³ U nekim sustavima to će, naravno, biti sud.

odnosno sve naglašenijeg ujednačavanja američkih i europskih propisa o tržišnom natjecanju. Međutim, svaki od tih sustava ima i određene posebne odredbe.

Tako propisi SAD predviđaju da inormator mora bez odgode poduzeti sve razumne mjere za uklanjanje posljedica svog protupravnog djelovanja. Ovo bez obzira je li riječ o programu koji se odnosi na oslobađanje od kažnjavanja ili o ublažavanju kazne. Riječ je prije svega o tome da informator, gdje god je to moguće, mora oštećenim strankama samoinicijativno naknaditi štetu koju im je prouzročio djelujući kao član kartela.⁴⁴

Zanimljiva je i odredba prema kojoj antimonopolno tijelo, pri davanju jamstva da će se na nekog informatora primijeniti propisi o amnestiji, mora voditi računa o tome da takvo jamstvo ne smije biti nepošteno u odnosu na ostale prekršitelje. Pritom će uzeti u obzir narav prekršaja, ulogu informatora u stvaranju kartela i koliko se rano informator uključio u postupak.⁴⁵

7. NEKE POSEBNOSTI PROPISA EUROPSKE UNIJE

Propisi EU, odnosno Priopćenje Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima, sadrži zanimljivu, specifičnu odredbu o tome koja obavijest *nije relevantna* za ublažavanje kazne. Naime, sukladno tom propisu kazna se neće ublažiti ukoliko su se podaci koje je informator u konkretnom slučaju dostavio odnosili isključivo na trajanje i težinu aktivnosti kartela, te bi kao takve mogle biti od značaja isključivo za određivanje vrste i visine kazne za prekršitelje.⁴⁶

Isto tako, za razliku od propisa SAD, Priopćenje Komisije izričito utvrđuje postotke u kojima se kazna može ublažiti u odnosu na zakonom propisanu kaznu. Tako su Priopćenjem predviđena slijedeća ublažavanja kazne:⁴⁷

- za poduzetnika koji je najranije dostavio obavijest:⁴⁸ ublažavanje kazne za 30 do 50 posto,
- za poduzetnika koji je dostavio drugu po redu obavijest: ublažavanje kazne za 20 do 30 posto,
- za svakog slijedećeg poduzetnika koji je dostavio obavijest: ublažavanje kazne do najviše 20 posto.

⁴⁴ U.S. DOJ – ATD, «*Corporate Leniency Policy*», odjeljak A točka 5. i odjeljak B točka 6.

Propisi EU o amnestiji nemaju takvih izričitih odredaba o naknadi štete. Međutim, u članku 31. Priopćenje Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima navodi se da činjenica što je Komisija nekom informatoru zajamčila ublažavanje kazne ne štiti tu osobu od primjene propisa građanskog prava koji se odnose na njegovo sudjelovanje u kršenju odredaba članka 81. tzv. *Amsterdamskog sporazuma*.

⁴⁵ U.S. DOJ – ATD, «*Corporate Leniency Policy*», odjeljak B točka 7.

⁴⁶ Priopćenja Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima, članak 23. slovo b) posljednji odjeljak.

⁴⁷ Ibid., paragraf 23. točka b.

⁴⁸ Ali ipak nije bio prvi, ili je Komisija već ranije započela postupak.

8. HRVATSKI PROPISI O TRŽIŠNOM NATJECANJU

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja opći je propis o zaštiti prava tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj. On će se, kao *lex generalis*, primijeniti u svim onim slučajevima kad pitanje tržišnog natjecanja nije uređeno kojim drugim, posebnim propisom.

Međutim, u Hrvatskoj je materija zaštite konkurencije uređena i posebnim propisima. Tako je zaštita tržišnog natjecanja za neke industrije, djelomično ili potpuno, uređena posebnim propisima. Takvi su propisi npr. Zakon o energiji, Zakon o regulaciji energetske djelatnosti i Zakon o tržištu plina.⁴⁹

Sukladno tome, propise o tržišnom natjecanju u tim slučajevima provode posebna, regulatorna tijela (Vijeće za telekomunikacije, Vijeće za regulaciju energetske djelatnosti).

Posljednji je primjer novi Zakon o bankama. Tim je propisom cijela materija zaštite slobodnog tržišnog natjecanja izuzeta iz nadležnosti Agencije i prenijeta u nadležnost Hrvatske narodne banke.⁵⁰

S druge strane, pojedine odredbe nekih propisa upućuju na obvezu suradnje s Agencijom kad se radi o pitanjima koja bi mogla značajno utjecati na ograničavanje tržišnog natjecanja. Jedan od takvih primjera je i novi Zakon o preuzimanju dioničkih društava⁵¹ koji provodi Komisija za vrijednosne papire.

⁴⁹ *Zakon o energiji, Zakon o regulaciji energetske djelatnosti i Zakon o tržištu plina* objavljeni u «Narodnim novinama», broj 68/01.

⁵⁰ *Zakon o bankama*, «Narodne novine», broj 84/2002.; v. članak 40. (*Sloboda tržišnog natjecanja*). Riječ je o, donekle modificiranom, talijanskom modelu. Valja, međutim, napomenuti da je taj model u Italiji nastao kao nužnost. Naime, Italija je čak više od trideset godina kasnila u osnivanju antimonopolnog tijela (osnovano je tek početkom devedesetih godina prošlog stoljeća). U interregnumu je neko tijelo moralo obavljati poslove kontrole koncentracija banaka. Stoga se središnja banka u tom trenutku nametnula kao jedino moguće rješenje.

Predviđamo da će u Hrvatskoj primjena ove odredbe u praksi generirati niz problema. Konkretno, držimo da će najveći problemi nastati u predmetima ocjene dopuštenosti koncentracije banaka. Ovo u prvom redu iz razloga što Zakon o bankama predviđa da će način i kriterije utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja utvrditi HNB, i to *podzakonskim* aktom. Takvo rješenje ne ide u prilog pravne sigurnosti. Kad smo već spomenuli talijanski model, valja reći da talijanska središnja banka koncentracije ocjenjuje primjenjujući opći propis o zaštiti konkurencije.

S druge strane, suvremene su banke danas najčešće dijelovi *financijskih konglomerata*. Konglomerati djeluju na financijskim tržištima baveći se, uz bankarstvo, i osiguranjem u najširem smislu tog pojma. Primjere za to imamo i u Hrvatskoj. Spomenimo samo Allianz AG. Taj poduzetnik član je konzorcija koji je imatelj većinskog udjela u Zagrebačkoj banci d.d. Istovremeno, taj poduzetnik ima društvo-kćer koji djeluje na hrvatskom tržištu osiguranja (Allianz Zagreb d.d.). Isto tako, Allianz je, opet sa Zagrebačkom bankom d.d., jedan od suosnivača jednog od najjačih dobrovoljnih mirovinskih fondova (AZ fond). Ujedno, Allianz AG je jedan od dva preostala ponuditelja u postupku privatizacije Croatia osiguranja d.d.

U slučaju provedbe koncentracije poduzetnika na bankarskom tržištu, Zakon o bankama ni na koji način ne obvezuje HNB da pri ocjeni dopuštenosti takve koncentracije vodi računa i o udjelima koje sudionici koncentracije banaka imaju u poduzetnicima na drugim mjerodavnim tržištima, npr. u osiguranju. Nasuprot tome, Agencija je imala ovlasti i dužnost voditi računa o mogućem utjecaju koncentracija svih poduzetnika na ograničenja konkurencije na svim tržištima.

⁵¹ *Zakon o preuzimanju dioničkih društava*, «Narodne novine», broj 84/2002., v. članak 12. stavak 2. točka 7. (*Obvezni sadržaj i uvjeti ponude za preuzimanje*) Riječ je o *amandmanu zastupnika Darija Vukića*. Prema toj odredbi ponuditelj uz ponudu koju dostavlja Komisiji za vrijednosne papire mora dostaviti i odluku

Sa svim navedenim tijelima Agencija je uspostavila stručnu suradnju na razini *ad hoc* odbora za suradnju.

8. 1. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja

Kao što je naprijed rečeno, opći propis kojim je uređena materija zaštite slobodnog tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj je *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja* (dalje: ZZTN).⁵² ZZTN utvrđuje i pojam zabranjenih sporazuma poduzetnika, kriterije za njihovu ocjenu kao, ništavnost kao zabranjenih sporazuma ili njihovih pojedinih odredaba i kaznene odredbe koje se primijenjuju na poduzetnike i odgovorne osobe poduzetnika-sudionika zabranjenih sporazuma.

8. 1. 1. Pojam zabranjenih sporazuma poduzetnika

Pojam zabranjenih sporazuma utvrđen je u članku 7. ZZTN. Taj pojam odgovara pojmu kartela u značenju u kojem taj pojam koristimo u ovom radu. Tako ZZTN utvrđuje (citirano):

«Zabranjeni su sporazumi kojima je cilj, posljedica ili mogući učinak ograničavanje ili sprječavanje slobodnog tržišnog natjecanja, a osobito sporazumi kojima se:

- 1. izravno ili neizravno utvrđuju cijene robe i usluga, visina i vrijeme snižavanja ili povećavanja cijena ili kojima se potrošače dovodi u nejednak položaj glede cijena,*
- 2. među poduzetnicima dijeli tržište ili izvori nabave robe i usluga,*
- 3. uvjetuje sklapanje ugovora kupnjom robe i usluga ili preuzimanjem drugih obveza koje po svojoj prirodi ili prema običajima u trgovini nemaju neposredne veze s predmetom ugovora,*
- 4. ograničava ili nadzire obujam proizvodnje, prodaje ili kupnje robe i pružanje ili korištenje usluga,*
- 5. poduzetnicima koji nisu sudionici sporazuma ograničava i sprječava istraživačka i inovacijska djelatnost i primjena rezultata tih djelatnosti, ograničava i sprječava tehnološki razvitak i investiranje u te svrhe,*
- 6. ograničava pristup tržištu ili isključuje s tržišta poduzetnike koji nisu sudionici sporazuma.»*

Iz citiranog možemo zaključiti da se ta odredba ZZTN-a odnosi upravo na hard-core sporazume poduzetnika. Ta je odredba sadržajno u bitnome odgovara sličnim odredbama američkog i europskog prava.

Valja imati na umu da je pojam *sporazuma*⁵³ koji koristi ZZTN pravno-tehnički izraz koji ne obuhvaća samo sporazume poduzetnika u užem smislu, tj. ugovore. Pod tim pojmom ZZTN podrazumijeva i pojedine odredbe ugovora, dogovore, usklađeno djelovanje kao i

Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja o prijavljenoj namjeri provedbe koncentracije poduzetnika, u smislu odredaba Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

⁵² *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, «Narodne novine», broj 48/95, 52/97 i 89/98.

⁵³ ZZTN, članak 6. točka 1..

odluke udruženja poduzetnika. Veoma je važno ukazati da pritom nije bitno u kojoj su formi ti sporazumi sklopljeni, tj. jesu li *izričiti* ili *prešutni*.

Dopuštenost sporazuma poduzetnika, odnosno njihovu sukladnost s odredbama ZZTN ocijenjuje Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: Agencija). Međutim, da bi neki sporazum poduzetnika bio zabranjen, ZZTN traži da bude ispunjeno nekoliko uvjeta. Potrebno je, naime, da je *predmet* ili *mogući učinak* takvog sporazuma ograničavanje tržišnog natjecanja.

Valja skrenuti pozornost da nije potrebno da takav sporazum proizvede neke stvarne učinke (npr. da nastane materijalna ili nematerijalna šteta). Dovoljno je da Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja procijeni da bi takav sporazum *mogao* imati antikompetitivne učinke. Međutim, takva procjena nije potpuno slobodna, odnosno diskrecijska. Naime, članak 8. ZZTN utvrđuje da će se postojanje mogućeg ograničavanja ili sprječavanja slobodnog tržišnog natjecanja koje proizlazi iz zabranjenih sporazuma utvrditi (citat): «...osobito uvidom i ocjenom uvjeta na tržištu, kao što su: 1. obujam i raznovrsnost ponude i potražnje robe i usluga, 2. brojnost natjecatelja i njihov udio na tržištu, 3. način opskrbe tržišta i potrošača robom i uslugama.»

Osim navedenih, ZZTN za ocjenu je li riječ o zabranjenom sporazumu predviđa još jedan, dodatni kriterij. Riječ je o tzv. *de minimis doktrini*. Naime, da bi se Agencija uopće upuštala u ocijenjivnje dopuštenosti nekog sporazuma, potrebno je da taj sporazum proizvodi određeni, značajniji učinak na tržištu.⁵⁴

Taj se učinak procijenjuje ili na bazi ukupnog godišnjeg prometa sudionika sporazuma u godini koja je prethodila godini u kojoj je sporazum sklopljen. Taj promet može biti izražen u apsolutnom iznosu ili u tržišnom udjelu sudionika sporazuma izračunatog na temelju ukupnog ostvarenog ukupnog godišnjeg prometa.⁵⁵

⁵⁴ ZZTN, članak 9..

⁵⁵ ZZTN, u članku 9. stavak 1., kao osnovni kriterij predviđa ukupni godišnji promet od 60,000.000,00 kuna. Ukoliko taj kriterij nije ispunjen, tj. ukoliko je promet sudionika sporazuma manji od te svote, ZZTN predviđa «rezervne» kriterije. Formulacije koje koristi ZZTN vrlo su nespretne i perpleksne. U tim se odredbama, naime, nedosljedno a, držimo, i potpuno nepotrebno, miješaju različiti kriteriji i instituti prava konkurencije.

Tako će Agencija ocijenjivati i sporazume poduzetnika koji nisu ostvarili navedeni promet, ali su ostvarili više od 50 posto prometa na domaćem tržištu u istoj djelatnosti. Držimo da bi tu odredbu trebalo tumačiti na način da je riječ o mjerodavnom tržištu koje je za potrebe ove odredbe za sve slučajeve zemljopisno utvrđeno kao cijelo ozemlje Republike Hrvatske. Držimo, također, da sintagmu «ostvarili više od 50 posto prometa» treba tumačiti kao tržišni udjel veći od 50 posto (mjereno prema kriteriju ukupnog godišnjeg prometa ostvarenog u prethodnoj godini).

Agencija će ocijenjivati i sporazume poduzetnika čiji udjel na ukupnom hrvatskom tržištu, mjeren ukupnim godišnjim prometom, iznosi 5 posto ili više. Riječ je, dakle, o poduzetniku koji je na području Republike Hrvatske u prethodnoj godini ostvario ukupan godišnji promet koji iznosi najmanje 5 posto od ukupnog godišnjeg prometa koji su u Hrvatskoj ostvarili svi poduzetnici koji djeluju na njenom teritoriju. Ovo bez obzira na djelatnost kojom se bave ili na kojem su mjerodavnom tržištu djelovali. Ocjenjivat će se i sporazumi poduzetnika čiji tržišni udjel na dijelu tržišta na kojem učinak sporazuma djeluje, utvrđen prema naprijed navedenom kriteriju, iznosi 25 posto ili više. Iako je dikcija ove opredbe krajnje nejasna, držimo da je ovdje riječ o tržišnom udjelu od najmanje 25 posto ostvarenom na mjerodavnom tržištu u užem smislu riječi (definirano u njegovoj proizvodnoj i zemljopisnoj dimenziji).

8. 1. 2. Pravne posljedice zabranjenih sporazuma

i) Ništavost sporazuma

Sporazumi poduzetnika ili njihove pojedine odredbe koje Agencija ocijeni kao zabranjene ništavi su.⁵⁶ Kako je riječ o sporazumima koji su *per se* zabranjeni, ti će sporazumi biti ništavi *ex tunc*. Dakle, rješenjem koje će Agencija u takvom slučaju donijeti samo se utvrđuje da je riječ o zabranjenom sporazumu.

ii) Prekršajna odgovornost sudionika zabranjenih sporazuma

Nakon donošenja rješenja kojim se utvrđuje da je u konkretnom slučaju riječ o zabranjenom sporazumu, Agencija će protiv poduzetnika-sudionika zabranjenih sporazuma, kao i protiv odgovorne osobe tih poduzetnika,⁵⁷ podnijeti zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka. Zahtjev se podnosi mjesno nadležnom prekršajnom sudu (u pravilu prema registriranom sjedištu ili prebivalištu osobe). Agencija će prekršajnom sudu, uz zahtjev za pokretanje postupka, dostaviti i obrazloženi prijedlog kazne.⁵⁸

Prekršajne su kazne za djelo sklapanja zabranjenog sporazuma propisane u IV. Glavi ZZTN-a (Kaznene odredbe). U skladu sa svrhom ovog propisa kazne su izrazito visoke. Tako je za poduzetnika koji je sklopio zabranjeni sporazum⁵⁹ predviđena novčana kazna u iznosu od 1 posto do 30 posto vrijednosti ukupnoga godišnjeg *prihoda* poduzetnika ostvarenog u obračunskoj godini koja je prethodila godini u kojoj je prekršaj počinjen.⁶⁰

Za odgovornu osobu poduzetnika za isti je prekršaj predviđena novčana kazna od 40.000 do 200.000 kuna.⁶¹

⁵⁶ ZZTN, članak 7. stavak 2..

⁵⁷ Pojam *odgovorne osobe* u smislu ZZTN-a načelno odgovara pojmu *odgovorne osobe u pravnoj osobi* utvrđen u članku 17. stavak 2. *Zakona o prekršajima (dalje: ZOP)*, Redakcijski pročišćeni tekst, BATINICA, Milan, Informator, Zagreb, 1995. Tako ZOP odgovornu osobu (u pravnoj osobi) utvrđuje kao osobu kojoj je povjeren određen krug poslova (direktor, upravnik, rukovoditelj komercijalne službe, knjigovođa, blagajnik, magaziner i dr.).

S obzirom na dosadašnju praksu Agencije, u pravilu je bila riječ o direktoru, ravnatelju, odnosno predsjedniku ili članovima uprave, odnosno odgovornoj osobi u tijelu državne uprave ili lokalne ili regionalne samouprave.

Držimo, međutim, da bi za potrebe provedbe ZZTN, iako u jednom dijelu sadržajno slična, bila pogodnija definicija pojma odgovorne osobe iz članka 89. stavak 7. *Kaznenog zakona* («Narodne novine», broj 110/97, 27/98 i 129/00; citat): «... osoba kojoj je povjeren određeni krug poslova iz područja djelovanja pravne osobe, državnih tijela i tijela lokalne samouprave i uprave i tijela lokalne samouprave.» Ovo iz razloga što ZZTN vrlo široko definira pojam poduzetnika. Tim su pojmom, naime, obuhvaćena i državna tijela i tijela lokalne samouprave i uprave i tijela lokalne samouprave. Ovo će biti uvijek kad ta tijela faktički djeluju kao poduzetnici, dakle uvijek kad sudjeluju u bilo kakvom prometu roba i usluga.

⁵⁸ ZZTN, članak 36. b.

⁵⁹ ZZTN, u članku 39. stavak 1. točka 1., govori se o sporazumu (citat): «...kojim se značajno ograničava ili sprječava sloboda tržišnog natjecanja na tržištu ili dijelu tržišta (članak 7.)»

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ ZZTN, članak 39. stavak 2.

Zastara za pokretanje prekršajnog postupka nastupa istekom roka od pet godina od dana kad je prekršaj počinjen.⁶² *Zastara za izrečene prekršajne kazne* nastupa istekom roka od pet godina računajući od dana kad je rješenje o prekršaju postalo konačno.⁶³

iii) *Kaznena odgovornost sudionika zabranjenih sporazuma*

ZZTN sklapanje zabranjenog sporazuma, odnosno stvaranje kartela, ne utvrđuje kao kazneno djelo. To je, međutim, učinjeno u *Kaznenom zakonu (dalje: KZ)*.⁶⁴ Tako se u članku 288. KZ kao posebno kazneno djelo utvrđuje *stvaranje monopolističkog položaja na tržištu*. Ta se odredba odnosi isključivo na fizičke osobe. To će u pravilu biti odgovorne osobe poduzetnika.⁶⁵

Ovom se odredbom kao kazneno djelo utvrđuje *stvaranje kartela*, odnosno zabranjenog sporazuma poduzetnika u smislu u kojem smo taj termin koristili u ovom radu. KZ predviđa *dva oblika počinjenja* ovoga kaznenog djela.

Tako kazneno djelo stvaranja monopolističkog položaja na tržištu čini onaj tko u pravnoj osobi *sklopi sporazum* kojim se druga pravna ili fizička osoba *ograničava u slobodnom prometu robe ili usluga* na određenom području ili s određenim pravnim ili fizičkim osobama. Drugi oblik ovog kaznenog djela čini onaj tko u pravnoj osobi *sklopi sporazum* kojim se na drugi način *stvara monopolistički položaj* pravnih ili fizičkih osoba na tržištu.

Neki drugi teški (hard-core) načini narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja nisu utvrđeni kao kazneno djelo.

Za kazneno djelo stvaranja monopolističkog položaja na tržištu predviđena je kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina.⁶⁶

- Kritički osvrt na članak 288. KZ

Iako predmet ovoga rada nije analiza članka 288. KZ,⁶⁷ smatramo da je nužno kratko se kritički osvrnuti na tu odredbu.

Držimo, naime, da je dikcija tog članka neprecizna ili, štoviše, pogrešna. Stoga je neprikladna za primjenu na sva ona kaznena djela narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja koja bi se njome trebala sankcionirati. Zato uopće ne čudi da, od donošenja KZ, po toj osnovi nije pokrenut niti jedan kazneni postupak.⁶⁸ Kako god to čudno zvučalo,

⁶² ZZTN, članak 41. a stavak 1.

⁶³ ZZTN, članak 41. a stavak 2.

⁶⁴ *Kazneni zakon* («Narodne novine», broj 110/97, 27/98 i 129/00).

⁶⁵ Propis o kaznenoj odgovornosti pravnih osoba trenutno se nalazi u zakonodavnoj proceduri.

⁶⁶ Treba imati na umu odredbu članka 23. ZOP. Tim je člankom propisano da se ne može u prekršajnom postupku za prekršaj kazniti osoba koja je u kaznenom postupku ili u postupku po gospodarskom prijestupu proglašena krivom za djelo koje obuhvaća i obilježja prkršaja.

⁶⁷ Više o tome: PEZO, Ivica, «*O kažnjivosti povreda slobodnog tržišnog natjecanja*», «Hrvatska pravna revija», broj 7, srpanj 2001., naročito str.102.–103.

⁶⁸ Ibid., str. 102. (fusnota 66).

držimo da bi još opasnije bilo da je članak 288. KZ, ovakav kakav jest, bio primijenjivan u praksi. Naime, njegova je dikcija takva da, s jedne strane, uopće ne sankcionira zabranjena tržišna ponašanja. S druge strane, dosljedna primjena te norme mogla bi dovesti do toga da sankcionirana budu neka dopuštena ponašanja poduzetnika, odnosno odgovornih osoba. Držimo, međutim, da je članak 288. KZ, i u ovakvom obliku, ipak bilo moguće primijeniti na neke slučajeve zabranjenog ponašanja poduzetnika koje je Agencija utvrdila svojim rješenjima.⁶⁹

Prije svega, dikcija članka 288. je takva da su njome pokrivena samo pravne i fizičke osobe. Ona, kao počinitelje kaznenog djela stvaranja monopolističkog položaja na tržištu ne predviđa i neke druge subjekte koji su obuhvaćeni pojmom poduzetnika u smislu koji koristi ZZTN. Stoga je upitno bi li odredba članka 288. KZ mogla biti primijenjena na neku cehovsku ili sličnu udruhu koja nema pravnu osobnost.⁷⁰ Naime, praksa pokazuje da su upravo takve udruge često bile organizacijski oblik i mjesta koja su korištena za sklapanje zabranjenih sporazuma. To, naravno, nije uvijek slučaj.

Osim toga, samo sklapanje sporazuma kojim se druga pravna ili fizička osoba ograničava u slobodnom prometu robe ili usluga na određenom području ili s određenim pravnim ili fizičkim osobama nije uvijek zabranjena. Postoji, naime, cijeli niz imenovanih ugovora koji su dopušteni iako sadrže neka, u pravilu vrlo značajna, ograničenja u slobodnom prometu robe ili usluga na određenom području ili s određenim pravnim osobama. Riječ je, prije svega, o tzv. *grupnim iznimkama* ili *skupnim izuzećima*.⁷¹

Ovdje spadaju i svi oni ugovori koji sadrže određena ograničenja tržišnog natjecanja, ali se dogovorenim ili primijenjenim ograničenjima ostvaruju određene pogodnosti za druge poduzetnike i/ili potrošače. Pritom se, ukoliko su ispunjeni neki drugi uvjeti, misli na poboljšanje kakvoće robe ili usluga, poboljšanje opskrbe ili snižavanja cijene proizvoda ili usluga. Riječ je o tzv. *individualnim iznimkama* ili *pojedinačnim izuzećima*.⁷²

Zajednička je karakteristika ovih dviju grupa sporazuma upravo to da se tim ugovorima svaka osoba koja nije sudionik sporazuma ograničava, pa čak i potpuno isključuje iz slobodnog prometa nekom robom ili uslugom na određenom području utvrđenom ugovorom. Cilj je takvih ugovora upravo stvaranje monopola za sudionike sporazuma. Taj se monopol može odnositi i na područje cijele države. Ti sporazumi, međutim, ipak imaju i značajne prokompetitivne učinke, uravnotežene s antikompetitivnim, «monopolističkim»

Prema našim saznanjima, tijekom 2002. godine, ipak je pokrenut jedan postupak. Riječ je o tzv. «*aferi Grupo*». Koliko nam je poznato, optužnica u ovom predmetu nije podignuta. Pravosudna tijela u ovom predmetu nisu zatražila suradnju Agencije.

⁶⁹ *Prima facie*, budući da autor ovoga rada nije stručnjak za kazneno pravo, sasvim je moguće da jedan od slučajeva iz prakse Agencije koji je opisan u nastavku ovoga rada u potpunosti odgovara opisu kaznenog djela *stvaranja monopolističkog položaja pravnih ili fizičkih osoba na tržištu sklapanjem sporazuma*. Štoviše, ukupno ponašanje Kako se, počevši od 27. lipnja 1998., temeljem članka 37.a stavak 1. ZZTN sva rješenja Agencije u *cijelosti* objavljuju u «Narodnim novinama», tijela nadležna za kazneni progon uvijek imaju mogućnost izravno procijeniti jesu li u nekom konkretnom slučaju ispunjeni uvjeti za pokretanje kaznenog postupka.

⁷⁰ Npr. cehovske udruge osnovane pri Hrvatskoj gospodarskoj komori.

⁷¹ U pravu konkurencije koriste se termini *group exemptions* ili *block exemptions*. To su tzv. *vertikalni ugovori* koje poznaje i ZZTN. To su *ugovori o specijalizaciji, ugovori o isključivoj i selektivnoj distribuciji, ugovori o isključivoj kupnji, ugovori o franchisingu i ugovori o istraživanju i razvoju (R&D)*. Takvi su ugovori, pod određenim uvjetima, i *ugovori o međusobnoj suradnji i ugovori o licenci, patentima i drugim pravima industrijskog vlasništva*.

⁷² ZZTN, članak 10.

učincima. Stoga je dikcija članka 288. KZ u tom dijelu sasvim neprecizna. Ona bi, naime, mogla uključivati sporazume dopuštene u smislu prava konkurencije.

Kao što smo rekli, drugi oblik kaznenog djela stvaranja monopolističkog položaja na tržištu prema KZ-u čini onaj tko u pravnoj osobi sklopi sporazum kojim se na drugi način stvara monopolistički položaj pravnih ili fizičkih osoba na tržištu. I ova je odredba pomalo zbunjujuća. Naime, sukladno propisima o konkurenciji, djelomično vezano i uz naprijed iznijetu argumentaciju, sklapanje sporazuma ili koji drugi način kojim se stvara monopolistički položaj na tržištu načelno uopće nije nedopušten. Nedopušten će biti samo ako su ispunjeni i neki drugi, posebni uvjeti. Te uvjete, međutim, KZ uopće ne spominje.

Naime, pod određenim uvjetima antimonopolno tijelo može nekom poduzetniku dopustiti sklapanje ugovora kojim stječe prevladavajući utjecaj u drugom poduzetniku.⁷³ Moguća je, a u praksi i vrlo česta, situacija da je sklapanjem takvog ugovora poduzetnik, koji je i do tada imao vladajući položaj na nekom tržištu, stekao prevladavajući utjecaj u jedinom izravnom tržišnom takmacu. Tako će se sklapanjem opisanog sporazuma nesumnjivo stvoriti monopol na tržištu.⁷⁴ Međutim, takvo se ponašanje nikako ne može sankcionirati u smislu odredaba KZ.

Dakle, držimo da je temeljni problem koji u praksi onemogućava primjenu članka 288. KZ potpuno pogrešno uvođenje pojma «stvaranja monopolističkog položaja na tržištu». Ono što pravo konkurencije jest tzv. *monopolizacija* nekog tržišta.

Kao što je već u uvodu ovog rada rečeno, pod pojmom *monopolizacije* tržišta općenito se podrazumijeva pokušaj dominantnog poduzetnika ili skupine relativno velikih poduzetnika da kroz različite oblike zabranjenih antikompetitivnih ponašanja zadrže ili ojačaju kontrolu nad tim tržištem.⁷⁵ To nisu samo sporazumi između poduzetnika, već to može biti jednostrani akti nekog poduzetnika koji zlorabi svoj dominantan položaj u odnosu na druge poduzetnike na mjerodavnom tržištu.⁷⁶ Pritom zabranjenim sporazumima svakako treba smatrati već provedene zabranjene koncentracije poduzetnika.⁷⁷

⁷³ Npr., to može biti *ugovor o kupnji dionica i prijenosu udjela, ugovor o vođenju poslova* i sl.

⁷⁴ Jedan od primjera u kojima pravo konkurencije dopušta takvo ponašanje jest primjena *kriterija opadajućeg poslovanja* (engl. *falling firm defence*). To je situacija kad tržišno uspješniji poduzetnik provodi koncentraciju preuzimanjem izravnog tržišnog takmaca. Riječ je o takmacu koji kroz duže vrijeme konstantno posluje s gubitkom i gubi tržišni udjel u tolikoj mjeri da je izvjesno da će prestati djelovati. Antimonopolno će tijelo stoga dopustiti provedbu takve koncentracije. Naime, «neuspješni» bi poduzetnik-sudionik koncentracije ionako nestao s tržišta. Istovremeno, njegov preostali tržišni udjel, sada kao dio zajedničkog tržišnog udjela koncentracije, neće značajno utjecati na tržišno natjecanje.

Kao primjer primjene tog kriterija u Hrvatskoj vidi rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja o dopuštenosti *koncentracije poduzetnika Tvornice duhana Rovinj d.d./Tvornice duhana Zagreb d.d. (rješenje AZTN, klasa UP/I-030-02/98-01/42, od 6. listopada 1998., «Narodne novine», broj 155/98)*, čime je koncern Tvornice duhana Rovinj praktički stekao monopol na hrvatskom tržištu proizvodnje i prodaje cigareta.

O tome više: CEROVAC, Mladen, «*Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela*», Hrvatska pravna revija, broj 1, Inženjerski biro d.d. Zagreb, siječanj 2002., str. 78.

⁷⁵ V. fusnota 2.

⁷⁶ ZZTN, u članku 20., izričito navodi više primjera takvog zabranjenog ponašanja poduzetnika. Tako se kao oblik zlouporabe vladajućeg, odnosno monopolističkog ponašanja, navode: 1. namjerno, izravno ili neizravno, utvrđivanje vrlo visokih ili privremeno niskih cijena (ispod jedinične cijene koštanja), s ciljem preuzimanja ili zadržavanja vladajućeg/monopolističkog položaja, 2. dioba tržišta po područjima, po vrsti robe ili usluge ili po kupcima, 3. primjena različitih uvjeta za istu ili odgovarajuću vrstu poslova s različitim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljan natjecateljski položaj na tržištu, 4. nametanje neobičnih uvjeta kompenzacije i plaćanja robe i usluga, kojima se ostvaruju pogodnosti i povlašteni položaj samo za jednog poduzetnika, 5. obustavljanje ili smanjenje obujma proizvodnje, prodaje ili kupnje na štetu potrošača,

Kad bi hrvatski KZ kaznena djela narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja utvrdio na taj način, tada bi bilo potpuno jasno da su njime bili obuhvaćeni svi oblici kaznenih djela koja proizlaze iz narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja: zabranjeni sporazumi, zlouporaba vladajućeg/monopolističkog položaja na tržištu i provedene zabranjene koncentracije poduzetnika.

Stoga bi članak 288. KZ, bez odgode, trebalo u potpunosti izmijeniti i uskladiti ga s odgovarajućim odredbama u propisima drugih zemalja.

8. 1. 3. Mogućnost oslobađanja ili ublažavanja kazne

ZZTN nema odredaba koji se odnose na mogućnost oslobađanja od kazne ili njeno ublažavanje.

ZOP⁷⁸ i KZ⁷⁹ sadrže opće odredbe o oslobađanju ili ublažavanju od kazne. Posebnih odredaba koje bi se odnosile na amnestiju u slučajevima kartelnog ponašanja ti propisi nemaju.

9. NEKI PRIMJERI KARTELNOG PONAŠANJA IZ PRAKSE AGENCIJE ZA ZAŠTITU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja je tijekom petogodišnjeg djelovanja donijela nekoliko vrlo značajnih rješenja koji su se odnosili na zabranjene sporazume poduzetnika. Za potrebe ovog rada izdvojiti ćemo tri najzanimljivija. Za sve je te slučajeve karakteristično da nije riječ samo o primjerima zabranjenih sporazuma, već da u njima uvijek nalazimo i kršenja drugih odredaba ZZTN.

9. 1. Meštrović-Pregradatours d.o.o. protiv Presečki busa d.o.o. i Croatiatransa d.d.⁸⁰

Ovaj je predmet primjer *hard-core kartela* čiji je predmet *podjela tržišta* između njegovih sudionika. Ovo je i primjer *prešutnog sporazuma* čiji *sudionici djeluju usklađeno*.

6. uzdržavanje od prodaje robe i usluga i stvaranje zaliha radi povećanja cijena, 7. ograničavanje tehnološkog razvoja i ulaganja, 8. sklapanje ugovora pod uvjetom da drugi sudionik prihvati dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima, nisu u svezi s predmetom ugovora, 9. sprječavanje slobodnog natjecanja na tržištu i na druge bespravne načine.

⁷⁷ ZZTN, članak 21. stavak 2. S obzirom da koncentracije poduzetnika uvijek nastaju temeljem nekog sporazuma (ugovora), držimo da je sklapanje ugovora upravljenog na stvaranje zabranjene koncentracije poduzetnika obuhvaćeno člankom 288. KZ. Ovo pogotovu ukoliko je riječ o koncentraciji poduzetnika čija namjera provedbe nije prijavljena Agenciji, niti joj je prijavljena već provedena koncentracija.

⁷⁸ ZOP, članci 28. do 33.

⁷⁹ KZ, članak 56. (*Opće pravilo o izboru vrste i mjere kazne*), članak 57. (*Ublažavanje kazne*), članak 58. (*Oslobođenje od kazne*) i članak 59. (*Posebni slučajevi oslobođenja od kazne za kaznena djela počinjena iz nehaja*).

⁸⁰ Rješenje Agencije, klasa UP/I-030-02/97-01/34, od 9. prosinca 1997.

U ostvarivanju svojih ciljeva članovi ovoga kartela djeluju na dvije razine.

Prva je razina sklapanje ugovora s tijelom državne uprave. Taj će im ugovor omogućiti isključivo pravo obavljanja djelatnosti na nekom tržištu. Uvjetno rečeno, riječ je o koncesiji. Da bi taj cilj ostvario, kartel zlouporabljuje vladajući položaj njegovih članova na tržištu na način da sklapanje tog ugovora uvjetuje prihvaćanjem uvjeta koji, po svojoj prirodi ili prema običajima u trgovini, nisu u svezi s predmetom ugovora. Na taj su način isključuje s tržišta sve konkurente koji nisu članovi kartela.

Druga je razina prešutni sporazum članova kartela o podjeli tržišta i njihovo usklađeno djelovanje. To djelovanje ide u pravcu preuzimanja konkurenata nakon što su, zbog gubitka tržišta, financijski oslabili.

U konkretnom je predmetu postupak pokrenut po zahtjevu poduzetnika *Meštrović-Pregradatoursa d.o.o.*, sa sjedištem u Pregradi (dalje: *MP*). U zahtjevu, podnesenom 13. listopada 1997., u bitnome se navodi da su poduzetnici *Presečki bus d.o.o.*, sa sjedištem u Krapini (dalje: *PB*),⁸¹ i *Croatiatrans d.d.*, sa sjedištem u Zlataru (dalje: *CT*), sklapanjem prešutnog sporazuma zlouporabili vladajući položaj na tržištu ugovornog prijevoza učenika osnovnih škola na području Županije krapinsko-zagorske.⁸² Riječ je o prijevozu učenika 28 osnovnih škola, odnosno otprilike 4700 učenika.

Neposredan povod za pokretanje postupka u Agenciji bio je javni natječaj za prijevoz učenika kojeg je *Ministarstvo prosvjete i športa* (dalje: *Ministarstvo*) raspisalo 9. kolovoza 1997., kao i način odabira najpovoljnijih ponuda.

Naime, poduzetnici *PB* i *CT* svojim su ponašanjem, u stvari, izravno prinudili *Ministarstvo* na raspisivanje novog natječaja za prijevoz učenika. Ti su poduzetnici, u lipnju 1997., od *Ministarstva* zatražili značajno povećanje cijena prijevoza učenika u odnosu na cijene utvrđene ugovorom iz rujna 1995.⁸³ *Ministarstvo* je u načelu prihvatilo zahtjev za povećanjem cijena. Međutim, kako u proračunu za tu godinu nije bilo za tu svrhu predviđenih sredstava, predložilo je da se povećanje izvrši kasnije.

Prijevoznici *PB* i *CT* na takvu ponudu nisu pristali. Oni, u srpnju 1997., jednostrano otkazuju ranije zaključene ugovore o prijevozu učenika. Ključna je činjenica, važna i za bolje razumijevanje kasnijih događanja, da je tekst otkaza ugovora koji su dostavili poduzetnici *PB* i *CT* do najsitnijeg detalja *identičan*.

Otkaz ugovorâ tempiran je tako da je *Ministarstvo* dodatno pritisnuto rokovima. Naime, protivno dobrim običajima u trgovini, otkaz toga višegodišnjeg ugovora je uslijedio pred sam početak nove školske godine. Ugovori o prijevozu su otkazani, *Ministarstvo* nema

⁸¹ Sada posluje pod tvrtkom *Presečki grup d.o.o.*

⁸² Riječ je o prijevozu učenika osnovnih škola koje, temeljem zakonske obveze, s autobusnim prijevoznicima sklapa *Ministarstvo prosvjete i športa RH*. Sklapanju ugovora prethodi javni natječaj, a ugovor se sklapa s najpovoljnijim ponuditeljem. Natječaj je bio raspisan na temelju tada važeće *Uredbe o postupku nabave roba i usluga i ustupanja radova* ("Narodne novine", broj 33/97).

⁸³ Uključujući i poduzetnika *Zagorjetrans d.d.*, sa sjedištem u Velikom Trgovišću, koji je nešto kasnije pripojen poduzetniku *PB*.

sredstava da udovolji zahtjevima prijevoznika, a istovremeno mora ispuniti zakonsku obvezu i organizirati prijevoz učenika.

Dodatnu i najveću poteškoću za Ministarstvo predstavlja činjenica što se prijevoznici PB i CT nalaze u jakom vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu.⁸⁴ Stoga na tom tržištu nema dovoljno poduzetnika čiji su prijevozni kapaciteti dovoljni da umjesto PB i CT u potpunosti preuzmu prijevoz za cijelo područje Županije. Ponašanje PB i CT pokazuje da su oni potpuno svjesni te činjenice, te da su taj svoj položaj zloupitali.

Ministarstvo raspisuje novi javni natječaj. Na natječaj se ponovno javljaju prijevoznici PB i CT. Osim njih, ponude je podnijelo još šest poduzetnika. Jedan od njih je i MP.

Ministarstvo, međutim, sklapa ugovore samo s prijevoznim PB i CT. Pritom Ministarstvo, s PB sklapa ugovor za prijevoz učenika 18 škola, a s CT ugovor za preostalih deset škola. Svu su drugi natjecatelji isključeni. To, međutim, ne bi bilo neuobičajeno da zaključivanju ugovora, ovaj puta protivno propisima o nabavi roba i usluga, nije prethodio dogovor tih dvaju prijevoznika sa zamjenikom ministra. Na sastanku je zamjenik ministra ponovo upozorio PB i CT da su cijene koje su istakli u svojim ponudama znatno previsoke.⁸⁵ On skreće pozornost da Ministarstvo može zaključiti ugovore samo na razini cijena prijevoza po kojima je prijevoz bio dotad obavljan. Stoga poziva PB i CT da u roku od dva dana dostave izmijenjene ponude.

U korigiranim ponudama PB i CT smanjuju prvobitno ponuđenu cijenu. Međutim, sada prihvaćanje ponude *uvjetuju ultimativnom klauzulom "sve ili ništa"*. Riječ je o tome da će PB i CT obavljati prijevoz po korigiranoj cijeni samo *pod uvjetom* da Ministarstvo s PB sklopi ugovor za prijevoz 18 škola, a s CT za prijevoz preostalih deset škola u Županiji. U protivnom će odustati od ponude. Dakle, njihove su ponude iskazane *strogo uvjetno*. Upadljivo je, međutim, da se *ponude PB i CT ne preklapaju* niti za jednu jedinu školu.

Poduzetnik MP natjecao se za prijevoz učenika dviju, njemu najbližih škola. Riječ je o školama za koje je prijevoz obavljao i prema ranijem ugovoru. On Ministarstvu prosvjete i športa, odnosno Ministarstvu financija, ulaže prigovor na novi natječaj. U cilju poništavanja spornog javnog natječaja, on pokreće i upravni spor pred Upravnim sudom RH.⁸⁶ Istovremeno, smatrajući da su poduzetnici PB i CT, time što su na razne bespravne i dobrim trgovačkim običajima protivne načine prisilili Ministarstvo da s njima sklopi nove ugovore, pokreće i postupak za utvrđivanje narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja pred Agencijom. MP, naime, drži da je ponašanje PB i CT, kao i postupanje Ministarstva bilo protivno, ne samo propisima o javnim natječajima, već i propisima o zaštiti tržišnog natjecanja.

⁸⁴ *Mjerodavno je tržište* u konkretnom slučaju utvrđeno kao tržište ugovornog prijevoza učenika osnovnih škola u autobusnom prijevozu na području Županije krapinsko-zagorske. Jaki vladajući položaj poduzetnika PB i CT utvrđen je po više kriterija. Tako tržišni udjel PB *prema kriteriju broja voznih jedinica (autobusa)* iznosi 53,4 posto, a poduzetnika CT 38,3 posto (istovremeno, tržišni udjel MP prema tom kriteriju iznosi npr. 8,3 posto). Prema *kriteriju broja zaposlenih* tržišni udjel PB iznosi 47,1 posto, a poduzetnika CT 48,1 posto (istovremeno, tržišni udjel MP prema tom kriteriju iznosi samo 4,8 posto). Prema *kriteriju ukupnog prihoda ostvarenog* u prethodnoj godini, tržišni udjel PB iznosi 15,7 posto, a poduzetnika CT čak 73,8 posto (tržišni udjel MP prema tom kriteriju iznosi samo 10,5 posto). Pritom je značajno napomenuti da je prihod PB relativno mali jer je u prethodnoj godini imao značajnih ulaganja u preuzimanja drugih prijevoznika.

⁸⁵ Ponuđene su cijene bile za čak 51 posto više od dotadašnjih cijena.

⁸⁶ Agencija nema saznanja je li postupak po tužbi okončan.

Agencija traži očitovanja svih sudionika postupka. PB u očitovanju poriče zlouporabu vladajućeg položaja i bilo kakvo dogovaranje oko podjele tržišta s CT. Tvrdi da uvjetovanje prijevoza za svih 18 škola nije nikakav ultimatum, već da je takva ponuda uvjetovana razlozima isplativosti posla i organizacijskim razlozima.

CT također poriče postojanje bilo kakvog dogovora o podjeli tržišta s PB. Navodi da se natjecao za prijevoz učenika onih škola čiji prijevoz obavlja više od 15 godina. Glede poduzetnika MP, odnosno podnositelja zahtjeva, tvrdi da između njega i CT u konkretnom slučaju uopće ne postoji tržišno natjecanje. Naime, MP se nije natjecao za prijevoz učenika niti jedne od deset škola za koje se natjecao CT.

Posebno je zanimljivo očitovanje Ministarstva prosvjete i športa. Ono izričito potvrđuje da je bilo prisiljeno prihvatiti ultimativne ponude poduzetnika PB i CT. Neprihvaćanje bi, naime, značilo neriješen problem prijevoza učenika svih osnovnih škola na području Županije, uoči samog početka nove školske godine.

Agencija je strankama u postupku predložila nagodbu. PB nagodbu odbija. Stoga Agencija donosi rješenje kojim se utvrđuje da su poduzetnici PB i CT *zloupobili svoj vladajući položaj* na tržištu.⁸⁷ Utvrđuje da je riječ o *prešutnom dogovoru i usklađenom djelovanju* poduzetnika PB i CT. To je zabranjeni sporazum kojim su ti poduzetnici *međusobno podijelili tržište*, a Ministarstvu, *zlouporabom vladajućeg položaja na tržištu, uvjetovali sklapanje ugovora preuzimanjem obveza koje po svojoj prirodi ili prema običajima u trgovini nemaju veze s predmetom ugovora*.

Na taj su način istovremeno *isključili s tržišta* poduzetnika MP. Riječ je o izravnom tržišnom takmacu koji nije sudionik njihovog sporazuma. Odgovarajuće odredbe ugovora Agencija utvrđuje *ništavima*. S tim u svezi, Agencija je rješenjem utvrdila i određene mjere za uklanjanje narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja.⁸⁸ Glavna od njih je obveza da PB prijevoz dviju škola prepusti poduzetniku MP, te da se u tom smislu s Ministarstvom sklope odgovarajući ugovori i aneksi ugovora.

Najveći je problem za Agenciju bio *kako dokazati postojanje prešutnog sporazuma*. Kao glavni argument i dokaz da je riječ o prešutnom sporazumu Agencija je uzela naprijed spomenutu činjenicu da se tekst otkaza ranijeg ugovora koji su Ministarstvu dostavili poduzetnici PB i CT potpuno poklapaju.

⁸⁷ Rješenje Agencije, klasa UP/I-030-02/97-01/34, od 9. prosinca 1997.

⁸⁸ Agencija rješenjem utvrđuje ništavima odredbe Ugovora o prijevozu učenika osnovnih škola Županije krapinsko-zagorske, zaključenog između Ministarstva i poduzetnika PB i CT, od 20. listopada 1997., protivne odredbama ZZTN.

Ujedno se poduzetniku PB nalaže nalaže da u roku od 15 dana s Ministarstvom zaključi aneks kojim će se kao predmet ugovora utvrditi prijevoz učenika za samo 16 osnovnih škola točno navedenih škola. Usporedno se nalaže da Ministarstvo u istom roku s poduzetnikom MP sklopi ugovor o prijevozu učenika dviju osnovnih škola. Riječ je o školama za koje se MP natjecao, a koje su rješenjem Agencije «oduzete» prijevozniku PB.

Ovim rješenjem Agencija nije dirala u ugovor koji je s Ministarstvom zaključio CT. Ovo iz razloga što se ponuda MP nije odnosila niti na jednu školu koja je dodijeljena CT. Osim toga, u obzir je uzeta i činjenica da je CT prijevoz učenika tih škola obavljao tijekom više godina.

Isto tako, ponude drugih prijevoznika nisu razmatrane jer oni nisu Agenciji podnijeli zahtjev za utvrđivanje narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja, niti su se naknadno uključile u postupak, iako su imali saznanja da se takav postupak vodi. Stoga je Agencija zaključila da nemaju interesa za sklapanje ugovora o prijevozu.

S druge strane, vremenska i sadržajna podudarnost radnji koje su PB i CT poduzimali u pokušaju povećavanja cijena, u pregovaranju, otkazu ugovora u ne vrijeme, javljanju na novi natječaj i naknadno postavljenim uvjetima, nedvojbeno ukazuju na postojanje zajedničkog, pomno razrađenog plana i *usklađenog djelovanja* tih poduzetnika.

S druge strane, činjenica što se ponude PB i CT ne preklapaju niti za jednu školu nedvojbeno upućuje na *sporazum o podjeli tržišta*. Cilj je te podjele bilo *isključivanje s tržišta konkurenata* koji nisu sudionici njihovog dogovora.

Zanimljiv je i rasplet ovoga slučaja.

Poduzetnik PB je protiv rješenja Agencije pokrenuo upravni spor. Istovremeno nastavlja zlorabiti svoj vladajući položaj na tržištu. PB nije nikada sklopio aneks ugovora s Ministarstvom. Isto tako, Ministarstvo nikada nije s MP sklopilo ugovor o prijevozu učenika dviju škola, kako je to bilo naloženo rješenjem Agencije. Takvo postupanje Ministarstvo pravda postojanjem bojazni da PB prijevoz učenika ne blokira u potpunosti.

Kao što je to Agencija u rješenju predvidjela, poduzetnik MP nestaje s tržišta. U skladu s tim predviđanjem Agencije, prijevoznika MP preuzima upravo PB. To je izravna posljedica nekažnjelog djelovanja kartela. Naime, ostavši na duže vrijeme bez značajnog ugovora o prijevozu učenika, MP financijski propada.

Upravni sud RH odbija tužbu poduzetnika PB i potvrđuje rješenje Agencije.⁸⁹ Značaj ove presude za budući rad Agencije je u tome što je Sud u potpunosti prihvatio izvedene dokaze i argumente Agencije glede postojanja prešutnog sporazuma i usklađenog djelovanja poduzetnika.

Ovaj slučaj je određeni kuriozum i glede postupanja prekršajnog suda. Naime, Agencija je, početkom 1998., podnijela zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka protiv poduzetnika PB, zbog nepostupanja po njenom rješenju. Prekršajni sud u Krapini odgađa donošenje rješenja dok Upravni sud RH u ovom predmetu ne donese presudu po tužbi okrivljenog PB.⁹⁰ To proglašava prethodnim pitanjem, iako je Agencija donijela rješenje kojim je meritorno riješila pitanje iz svoje nadležnosti.⁹¹

Nakon što je Upravni sud RH donio presudu kojom odbija tužbu PB protiv rješenja Agencije, Prekršajni sud u Krapini, početkom 2002., donosi rješenja kojima izriče novčanu kaznu poduzetniku PB. Međutim, rješenje je potpuno bespredmetno. Naime, u međuvremenu je nastupila zastara, o čemu Sud uopće ne vodi računa.⁹²

Posebno je zanimljiva sama odluka o kazni, a naročito obrazloženje *ublažavanja* kazne. Sud, naime, za poduzetnika PB i odgovornu osobu tog poduzetnika pronalazi niz olakotnih

⁸⁹ Presuda Upravnog suda RH, broj Us-698/1998-8, od 7. prosinca 2000.

⁹⁰ Rješenje Prekršajnog suda u Krapini, broj 140/1998., od 9. prosinca 1998.

⁹¹ Više o tome: PEZO, Ivica, «O kažnjivosti povreda slobodnog tržišnog natjecanja», «Hrvatska pravna revija», broj 7, srpanj 2001., naročito str.101.-102.

⁹² Rješenje Prekršajnog suda u Krapini, broj 140/1998. i 460/1999., od 25. siječnja i 15. veljače 2002.

okolnosti. Stoga, Sud izriče sasvim neprimjerenu novčanu kaznu. Tako je za poduzetnika PB izrečana kazna od 7.000 kuna, a za njegovu odgovornu osobu kazna od 2.500 kuna.⁹³ Pokušajmo sagledati kakve bi bile posljedice ovakve odluke o kazni, da u konkretnom slučaju nije nastupila zastara (zanemarujući činjenicu bi li zastara nastupila da se postupak pred Upravnim sudom RH nije proglasio prethodnim pitanjem).

Dakle, da zastara nije nastupila, poduzetnik PB kao počinitelj najtežih (hard-core) kršenja propisa o tržišnom natjecanju bio bi kažnjen novčanom kaznom koja je gotovo sto puta manja, a odgovorna osoba poduzetnika⁹⁴ kaznom koja je dvanaest puta manja od najniže novčane kazne predviđene ZZTN-om. Sve to unatoč tome što je Upravni sud RH potvrdio zakonitost rješenja Agencije, unatoč potpune nesuradnje u postupku, unatoč odbijanju bilo kakve nagodbe i perzistentnom neizvršavanju rješenja Agencije od strane PB i njenog direktora i nastavljanju zloupabe vladajućeg položaja, te unatoč ciljanog financijskog upropaštavanja izravnog konkurenta radi njegovog preuzimanja.

Za takvu odluku Sud nalazi opravdanje u primjeni jedne jedine olakotne okolnosti. Sud, naime, kao odlučnu okolnost uzima činjenicu da oštećeni poduzetnik MP nema interesa za daljnje vođenje postupka protiv okrivljenoga PB. Nažalost, okolnost na koju se Sud poziva upravo je ona koju bi trebalo uzeti kao otegotnu. Naime, okrivljeni poduzetnik PB, ohrabren neizricanjem bilo kakve kazne, u međuvremenu je postao stvarni i potpuni «vlasnik» poduzetnika MP, kojeg je svojim izravnim djelovanjem prethodno financijski oslabio. Stoga je prirodno da MP kao ovisno društvo nema interesa za daljnje vođenje postupka protiv vladajućeg društva koncerna.

Novčanim kaznama kakve su izrečene u konkretnom slučaju ne bi se niti postigla svrha kažnjavanja u smislu propisa o konkurenciji. Naime, iako kažnjavanje samo po sebi nije svrha, ono će se primjeniti uvijek kad je riječ o hard-core kršenju propisa o tržišnom natjecanju. Ovo osobito kad je riječ o poduzetniku koji uporno ne izvršava nikakve naloge antimonopolnog tijela. Pritom visina novčane kazne mora svakako biti veća barem od materijalne koristi koju je prekršitelj ostvario kršenjem propisa. Ona po mogućnosti mora biti takva da potpuno destimulira sadašnje i svako daljnje kršenje propisa o konkurenciji. To, međutim, sasvim sigurno ne bi bio slučaj s kaznama izrečenim u ovom slučaju.⁹⁵

⁹³ ZZTN, u članku 40. stavak 1. točka 4., za poduzetnika koji ne postupi po rješenju Agencije predviđa novčanu kaznu od 500.000 kuna do 10.000.000 kuna. Za isto je djelo za odgovornu osobu poduzetnika predviđena novčana kazna od 30.000 kuna do 150.000 kuna (članak 40. stavak 2.).

⁹⁴ Odgovorna je osoba u ovom slučaju ujedno i imatelj većinskog udjela u poduzetniku PB.

⁹⁵ To nije teško dokazati. Naime, rezultat djelovanja poduzetnika PB je financijska propast poduzetnika MP. Upisani temeljni kapital MP, prema podacima u spisu, iznosio je 1.460.000 kuna. Istovremeno je PB ostvarivao i dodatnu dobit koja proizlazi iz činjenice da je cijelo vrijeme naplatno, iako na temeljupravno nepostojećeg ugovora, obavljao prijevoz učenika dviju škola koje su, prema rješenju Agencije, trebale pripasti prijevozniku MP.

10. Prijedlog Nacrta Zakona o zaštiti konkurencije - uvođenje odredaba o amnestiji u temeljni hrvatski propis o zaštiti tržišnog natjecanja

Važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, kao temeljni hrvatski propis kojim se uređuju pravila ponašanja i sustav mjera za zaštitu slobodnog natjecanja na tržištu,⁹⁶ ne sadrži odredbe o amnestiji za poduzetnike-prekršitelje propisa o konkurenciji koji s Agencijom surađuju u otkrivanju prekršaja utvrđenih tim zakonom.

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja pripremila je prijedlog nacrta novog hrvatskog propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Riječ je o *Zakonu o zaštiti konkurencije*. Prijedlog nacrta Zakona o zaštiti konkurencije izradila je stručna skupina⁹⁷ koju čine stručnjaci Agencije i članovi Savjeta za zaštitu tržišnog natjecanja.⁹⁸ Nacrt je napravljen u suradnji sa stručnjacima njemačkog Ministarstva pravosuđa. Očekuje se da bi konačni prijedlog nacrta ovog zakona mogao biti dostavljen Vladi RH, kao predlagatelju, u studenome ove godine.

Iako je važeći ZZTN u visokom stupnju usklađen s pravom Europske unije⁹⁹, ukazala se potreba da se u tom propisu izvrše neke značajnije promjene i poboljšanja. Potreba za izmjenama temelji se na dva osnovna razloga.

U prvome redu, ZZTN gotovo da i nema postupovnih odredaba. Naime, u tom se dijelu, kao supsidijarni propis, koristi *Zakon o općem upravnom postupku* (dalje: *ZUP*).¹⁰⁰ Riječ je, međutim, o zastarjelom propisu koji ne odgovara potrebama vrlo sofisticiranih postupaka koje provode tijela suvremene državne uprave. Jedno je od takvih tijela, bez ikakve sumnje, i Agencija.¹⁰¹ Tako se kroz, sada već petogodišnje djelovanje Agencije, ukazala nužnost da se za potrebe postupka utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja donesu posebna pravila.

⁹⁶ ZZTN, članak 1.

⁹⁷ Autor ovog rada je član stručne skupine.

⁹⁸ *Savjet za zaštitu tržišnog natjecanja* (dalje: *Savjet*) je savjetodavno stručno tijelo Agencije. Ovo tijelo ima devet članova. Jedan od članova obavlja funkciju predsjednika Savjeta, a jedan funkciju potpredsjednika. Predsjednika i članove Članovi Savjeta imenuje Vlada RH na prijedlog ravnatelja Agencije. Riječ je o priznatim pravnim i gospodarskim stručnjacima s područja zaštite tržišnog natjecanja. Oni nisu zaposlenici Agencije.

U svezi sa organizacijom i zadaćama Savjeta, isp. ZZTN, članci 30. do 32.

⁹⁹ ZZTN se u potpunosti temelji na odredbama članka 81. i članka 82. *Amstredamskog sporazuma* kao konsolidirane verzije Ugovora o osnivanju Europske zajednice (*Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts - Consolidated version of the Treaty establishing the European Community*). Riječ je o odredbama Ugovora o osnivanju Europske zajednice na kojima se temelje propisi o zaštite konkurencije članica Europske unije. (OJCD 1997 C340 p.173; CELEX nr 197D/AFI/CE).

¹⁰⁰ *Zakon o općem upravnom postupku*, «Narodne novine», broj 53/ 91 (pročišćeni tekst) i 103/96.

¹⁰¹ Držimo da bi potrebama postupka utvrđivanja narušavanja slobodnog tržišnog natjecanja možda bila prikladnija primjena propisa o parničnom postupku.

Drugi je razlog brz i turbulentan razvoj prava konkurencije uopće. Taj razvoj dovodi do odustajanja od ranije prakse i neprekidno uvođenje novih instituta u ovu vrlo mladu granu prava. Pritom, što je još donedavno bilo teško zamislivo, dolazi do snažne konvergencije američkih i europskih propisa o zaštiti konkurencije.

Navedeni su razlozi bili odlučni za donošenje odluke da se prije izradi potpuno novog hrvatskog propisa o zaštiti konkurencije. Naime, izmjene i dopune važećeg ZZTN-a morale bi biti toliko opsežne da se donošenje potpuno novog propisa nametnulo kao ekonomičnije i praktičnije rješenje.

Tako su se stekli uvjeti da se u novi hrvatski propis ugrade i odredbe o amnestiji. Kao što je naprijed već rečeno, riječ je o relativno novom institutu prava konkurencije. Taj je institut u SAD uveden prije manje od deset godina, a u pravo EU, u svom konačnom obliku u kojem je opisan u ovome radu, tek ove godine. Stoga će Republika Hrvatska, po donošenju Zakona o zaštiti konkurencije, biti jedna od još uvijek malog broja zemalja koja je uvela taj institut.

Razloge koji govore u prilog uvođenja tog instituta u hrvatski pravni sustav ne treba ponovno nabrajati, Oni su identični razlozima zbog kojeg su taj institut prihvatile sve zemlje s razvijenim pravom konkurencije.

Naravno da će taj institut u Hrvatskoj morati biti prilagođen i usklađen s hrvatskim pravim sustavom u cjelini. Ovo prije svega iz razloga što, npr. za razliku od SAD, hrvatski propisi o zaštiti tržišnog natjecanja za poduzetnike i odgovorne osobe poduzetnika koji sklope zabranjeni sporazum predviđaju prekršajnu odgovornost. Kaznena se odgovornost, doduše, također predviđa ukoliko za to budu ispunjeni određeni uvjeti. No o stvarnoj primjenjivosti odredaba KZ na ove slučajeve bilo je dovoljno riječi ranije.¹⁰²

Stoga je stručna skupina u prijedlog nacrtu Zakona o zaštiti konkurencije uvela institut amnestije. Predloženo rješenje sadrži sve bitne elemente koji su utvrđeni u Priopćenju Komisije o oslobađanju ili ublažavanju kazni u kartelnim predmetima.

No postoje i određene, manje bitne, razlike. Tako informator neće biti oslobođen od kazne, već Agencija protiv njega neće podnositi zahtjev za pokretanje prekršajnog postupka.

Druga je specifičnost da se odredbe o nepokretanju prekršajnog postupka i odredbe i o predlaganju ublažavanja kazne neće primijenjivati samo na informatore-sudionike zabranjenih sporazuma. Izričitom zakonskom odredbom, te će se odredbe primijenjivati i na informatore-sudionike već provedenih zabranjenih koncentracija. Ovo iz razloga što svaka koncentracija nastaje temeljem nekog sporazuma poduzetnika.

Zakon o zaštiti konkurencije nema odredbu prema kojoj bi naknada štete koju je informator sudjelovanjem u zabranjenom sporazumu (koncentraciji) nanio drugim poduzetnicima bio jedan od preduvjeta za uspostavljanje suradnje s Agencijom.¹⁰³ Ovo iz razloga što

¹⁰² V. naprijed, odjeljak 8. 1. 2. Pravne posljedice zabranjenih sporazuma - Kritički osvrt na članak 288. KZ.

¹⁰³ O mogućem utjecaju naknade štete od strane okrivljenika na obustavu prekršajnog postupka isp. članak 33. ZOP. Što se tiče utjecaja naknade štete od strane okrivljenika na izbor vrste i mjere kazne isp. i članak 56. stavak 2. («Opće pravilo o izboru vrste i mjere kazne») i članak 59. slovo b) KZ («Posebni slučajevi oslobođenja od kazne za kaznena djela počinjena iz nehaja»).

Agencija niti inače nije nadležna za provođenje postupka naknade štete proizašle iz takvih ponašanja. Naknada štete ostvaruje se, naime, u sudskom, odnosno parničnom postupku. Pritom rješenje Agencije kojim se utvrđuje da je neki poduzetnik narušio slobodno tržišno ponašanje može sudu poslužiti kao jedan od značajnih argumenata pri dosuđivanju naknade štete. Stoga u ovom trenutku ne vidimo ozbiljnog razloga za mijenjanje takve prakse.

11. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Otkrivanje hard-core kartela, njihovo razbijanje i kažnjavanje poduzetnika-članova kartela i odgovornih osoba oduvijek je predstavljalo problem tijelima nadležnim za zaštitu tržišnog natjecanja. Ovo prvenstveno iz razloga što je u pravilu riječ o tajnim, često nepisanim sporazumima poduzetnika. Problem predstavljaju i pismeni sporazumi obveznopravne prirode, kod kojih je osnovni motiv sklapanja, odnosno njihov cilj i svrha upravo ograničavanje slobodnog tržišnog natjecanja.

Karteli su najčešći na tržištima koja imaju značaj oligopola. Osnovni je motiv za stvaranje kartela isključivanje s tržišta ili sprječavanje pristupa tržištu svim onim konkurentima koji nisu članovi kartela. Na taj način kartel za svoje članove na duže vrijeme osigurava povećanu dobit. Stoga su članovi kartela najčešće izravni konkurenti. To, međutim, ne mora uvijek biti slučaj.

S obzirom na veliku dobit koju članovi kartela ostvaruju, propisi o zaštiti konkurencije predviđaju izuzetno visoke novčane, ali i zatvorske kazne. Unatoč toga, broj hard-core kartela neprekidno je rastao. Kartelno se ponašanje proširilo u svim djelatnostima.

Poduzetnici su, naime, privučeni velikom dobiti, a istovremeno ohrabreni slabim uspjehom antimonopolnih tijela u njihovom otkrivanju i kažnjavanju. Stoga su članovi kartela vrlo jedinstveni i dobro paze da antimonopolna tijela ne dođu do bilo kakvih relevantnih informacija.

Iz tih razloga, početkom devedesetih godina prošloga stoljeća, zemlje s najbogatijom tradicijom zaštite konkurencije mijenjaju pristup. Tako, najprije SAD a zatim i EU, uvode propisi koji omogućuju oslobađanje od kazne ili blaže kažnjavanje onog člana kartela i/ili odgovornu osobu koja antimonopolnom tijelu samoinicijativno relevantne obavijesti o hard-core kartelu u kojem djeluje.

Uvođenje takve prakse pokazalo se izuzetno djelotvornim sredstvom za razbijanje kartela i kažnjavanje njegovih članova. Uvođenje instituta amnestije izravno je pokrenuo val udara na kartele. On među članove kartela unosi sumnju i nepovjerenje. Izvjesno je da uvođenje tog instituta ima i preventivno djelovanje.

Rad na izradi novog Zakona o zaštiti konkurencije odlična je prilika za uvođenje takvih odredaba u hrvatski pravni sustav. Time bi se Republika Hrvatska svrstala u red, još uvijek relativno malobrojnih, zemalja koje u svojim propisima imaju ugrađene najsuvremenije institute prava tržišnog natjecanja.

Istovremeno bi trebalo poraditi na radikalnoj izmjeni odredaba hrvatskog kaznenog prava koji se odnose na kaznena djela monopolizacije tržišta.

