

Dr.sc. Mirta Kapural, dipl.iur.¹

INDIVIDUALNA ODGOVORNOST ZA KARTELE U PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Sažetak:

Za najteža kršenja prava tržišnog natjecanja, zabranjene horizontalne sporazume (kartele), propisane su visoke sankcije, a u pojedinim pravnim sustavima osim poduzetnika odgovaraju i fizičke osobe. Cilj je rada analizirati individualnu odgovornost za kartele kroz pravne sustave koji propisuju kaznene sankcije za odgovornost fizičkih osoba. Poseban se naglasak stavlja na noviju pojavu kaznenog progona i izručenja drugim državama, vrste sankcija koje se mogu izreći sa svrhom utvrđivanja djeluju li stroge sankcije dovoljno na odvraćanje od počinjenja novih kršenja prava tržišnog natjecanja. Značaj individualne odgovornosti za kartele očituje se i kroz prijave za oslobođenje od sankcije ili umanjenje sankcije. Osim prijetnje kaznenim sankcijama predstavljaju se i alternativne mjere diskvalifikacije direktora. Autorica sugerira da bi bilo korisno u domaćim propisima uvesti individualnu odgovornost i sankcioniranje odgovornih osoba novčanim kaznama i mjerama diskvalifikacije dok dodatno kazneno sankcioniranje ne bi bilo svrsishodno.

Summary

Prohibited horizontal agreements (cartels) are considered as the hard core restriction of competition law and thus, punished with high fines. In some legal systems, not only undertakings but also natural persons can be liable for the cartel infringement. The aim of his paper is to analyze individual responsibility for cartels in the legal systems which provide criminal sanctions for natural persons. Special emphasis is put on the new developments of extraditions to other countries, types of sanctions which may be imposed in order to determine whether strict criminal sanctions have efficient deterrent effect. The importance of individual responsibility is reflected in the leniency applications. Besides criminal sanctions, alternative measures called disqualification orders are presented. The author suggests that it would be useful to introduce individual responsibility in the national legislation and disqualification orders but further criminal sanctioning would not be rational.

¹ Dr.sc. Mirta Kapural, diplomirana pravica, magistrirala je u Velikoj Britaniji europske studije i europsko pravo, te doktorirala na Sveučilištu u Zagrebu na Pravnom fakultetu iz grane trgovačkog prava na temu prava tržišnog natjecanja, doktorska disertacija „Primjena instituta oslobođenja ili smanjenja kazne u pravu tržišnog natjecanja“. Zaposlena je u Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja, Odjel za međunarodnu i europsku suradnju, Savska cesta 41/14; e-mail: mirta.kapural@aztn.hr ; tel: +385 1 6172 125; +385 91 1972073.

* Sva mišljenja i stavovi izneseni u ovom radu, osobni su stavovi i mišljenja autorice, a ne službeni stavovi Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

** Ovaj rad objavljen je u broju 1/2016 časopisa Oeconomicus, www.znanstvena.riječ.hr; str. 61-78.

Ključne riječi: karteli, zabranjeni sporazumi, kaznene sankcije, kaznena odgovornost, pravo tržišnog natjecanja, mjere diskvalifikacije, oslobođenje od sankcije, izručenje.

Key words: cartels, competition law, undertaking, leniency, individual liability, criminal sanctions, disqualification orders.

Uvod

Kada se govori o adresatima prava zaštite tržišnog natjecanja prije svega se misli na poduzetnika kao pravne osobe. Stoga se na početku rada razmatra pojam poduzetnika. Međutim, u pojedinim pravnim sustavima odgovornost za najteže povrede prava tržišnog natjecanja kao što su zabranjeni horizontalni sporazumi (karteli) mogu snositi i fizičke osobe. Pravnu osnove ove odgovornosti nalazimo ponajviše u kaznenim sustavima odgovornosti pa je stoga za analizu pitanja individualne odgovornosti za kartele neophodno predstaviti dva osnovna sustava sankcioniranja povreda prava tržišnog natjecanja, odnosno, upravni i kazneni sustav. U potonjem se pitanje individualne odgovornosti odražava kroz kaznenu odgovornost i opasnost od izricanja kaznenih sankcija, u novijoj praksi i pitanje kaznenog progona uz izručivanje drugoj državi na služenje kazne zatvora. Iako je još uvijek neznatan broj ovakvih slučajeva u Europi, ipak su u proteklih nekoliko godina zabilježeni prvi slučajevi izručenja zbog kaznenog djela kartela počinjenog u drugoj državi. Pitanje individualne odgovornosti ima posebno značenje i zbog programa za oslobođenje ili umanjenje sankcije budući da nema puno zemalja propisane pojedinačne prijave za oslobođenje, a koje mogu imati također značajan odvratajući efekt. Ipak, praksa kaznenog sankcioniranja pokazuje da ono nije sasvim učinkovito u državama Europe. Slijedom toga, dobro je razmotriti i alternativne mjere sankcioniranja kao što su mjere diskvalifikacije sa vodećih položaja u poduzetniku kroz određeno vremensko razdoblje, te promotriti u kojoj mjeri su navedena pravna rješenja primjenjiva u domaćem pravnom poretku.

I Pojam poduzetnika

Pravo tržišnog natjecanja primjenjuje se na poduzetnika koji se definira kao svaki subjekt koji obavlja gospodarsku djelatnost, sudjeluje u ponudi roba i usluga bez obzira na njegov pravni status i način financiranja.² U smislu primjene članka 101. Ugovora o funkcioniranju EU (UFEU) ili članka 8. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (ZZTN) koji uređuju zabranjene sporazume, koncept poduzetnika uključuje gospodarske subjekte koji se sastoje od jedinstvene organizacije sastavljene od osobnih, materijalnih i nematerijalnih elemenata koji provode specifičnu gospodarsku svrhu na dugotrajnoj osnovi i koji mogu doprinijeti i povredi propisa.³ Kada se utvrđuje odgovornost za postupanje fizičkih osoba polazi se od načela osobne odgovornosti koje znači da pravne osobe koje su direktno uključene u povredu prava tržišnog natjecanja sudjelovanjem u kartelu mogu biti odgovorne za svoje postupke. Međutim, pravne osobe postupaju uvijek preko fizičkih osoba koje sudjeluju na sastancima, zaključuju dogovore o cijenama sa konkurentima ili se ne distanciraju javno od nezakonitog postupanja drugih sudionika. Stoga je polazna točka utvrditi pod kojim uvjetima postupanje fizičkih osoba može rezultirati u direktnoj odgovornosti pravne osobe s kojom su ove osobe povezane. Pravo tržišnog natjecanja EU nema usvojen koncept osobne odgovornosti fizičkih

² Pojam poduzetnika razvio se kroz sudsku praksu Sudova EU u slijedećim predmetima: C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P, C-213/02 P *Dansk Rorindustri and others v. Commission* (2005), paragraf 112, predmet C-222/04 *Casa di Risparmio di Firenze and others v. Commission* (2006), ECR I-289, paragraf 107, predmet C-205/03 P *Fenin v. Commission* (2006), ECR I-6295, paragraf 25, *Höfner&Elser v. Macrotron*, 1991.

³ Koncept razrađen u predmetu T-9/99 *HFB and others v. Commission* (2002) ECR II-1487, paragraf 54.

osoba, ali ipak nije *per se* isključeno da fizičke osobe mogu biti osobno odgovorne za povredu članka 101. UFEU.⁴ To će biti u slučaju kada fizička osoba ispunjava funkcionalne kriterije prema kojima ima svojstva poduzetnika u smislu EU prava i članka 101. UFEU. U većini slučajeva, fizičke osobe neće ispunjavati ove kriterije i neće se smatrati poduzetnikom nego zaposlenicima pravne osobe u čije su ime poduzeli zabranjene radnje koje se istražuju. U tom smislu oni će se smatrati samo dijelom poduzetnika kao i njihov poslodavac.⁵ Sud EU jasno je naglasio u predmetu *Vihlo/Parker* kako činjenica što je zabranjeni sporazum potpisala osoba bez ovlaštenja ne otklanja odgovornost poduzetnika Parker. Naime, Parker je istaknuo argument kako je za odredbu o zabrani izvoza u ugovoru o distribuciji odgovoran marketinški direktor koji se nije savjetovao sa nadređenima i nadležnim odjelima.⁶ Fizičke osobe mogu postupati u ime pravnih osoba u različitim svojstvima, npr. kao neovisni savjetnici ili agenti (zastupnici). U svrhu utvrđivanja odgovornosti poduzetnika za postupanje ovih fizičkih osoba ključni čimbenik jest povezanost te osobe sa poduzetnikom odnosno može li se smatrati dijelom istog gospodarskog subjekta kao i pravna osoba. To će biti slučaj kada osoba ima obvezu provoditi upute koje joj je dala pravna osoba i ne preuzima nikakav trgovački rizik u provedbi relevantnih poslovnih aktivnosti. U takvim uvjetima Sud EU i Opći Sud smatraju da se odgovornost ovih osoba tretira jednako kao i odgovornost zaposlenika u poduzetniku.⁷ Situacija će biti drugačija ukoliko fizička osoba ne predstavlja dio istog gospodarskog subjekta kao i pravna osoba. U toj se situaciji može pretpostaviti da bi pravna osoba bila odgovorna za postupanje fizičke osobe ako joj je dala upute da sudjeluje u kartelu ili je bila svjesna sudjelovanja te osobe u kartelu kao dio aktivnosti koje je ta osoba poduzimala u korist pravne osobe. Pritom nije bitno je li upute dala direktno toj fizičkoj osobi ili njezinom poslodavcu.

Prema tome, odgovornost za kartele javlja se kao posljedica primjene koncepta poduzetnika u ekonomskom smislu toga pojma i neovisno od svojeg pravnog oblika. Slijedom toga će u pravilu za povrede prava tržišnog natjecanja koje počine zaposlenici poduzetnika odgovornost snositi pravne osobe, poduzetnici koji ih zapošljavaju.⁸ Međutim za povrede prava tržišnog natjecanja i sudjelovanje u kartelu fizičke osobe ipak mogu biti izravno odgovorne i sankcionirane.

II Pravna osnova za odgovornost fizičkih osoba zbog povreda prava tržišnog natjecanja

Za utvrđivanje pravne osnove odgovornosti i posljedično, sankcioniranja fizičkih osoba u EU kao polazna točka mogu poslužiti odredbe Uredbe 1/2003 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju prema kojima za povredu članka 101. i 102. UFEU, Europska komisija (EK) može izreći samo administrativne odnosno novčane sankcije poduzetnicima (ne i pojedincima) koji ili namjerno ili iz nepažnje počine takvu povredu.⁹ Uredba 1/2003 također navodi kako se to ne odnosi na nacionalne propise koji predviđaju kaznene sankcije za fizičke osobe, osim ako

⁴ Ugovor o funkcioniranju EU/ Treaty on Functioning of the EU, OJ C 83, 30.3.2010.

⁵ Odluka Suda EU u predmetu C-22/98 *Jean Claude Becu* (1999) ECR I- 5665, paragraf 26.

⁶ *Vilho/Parker Pen* (1992) OJ L 233/27, paragraf 16.

⁷ Predmeti C-279/06 *CEPSA* (2008) ECR I-6681, paragrafi 35-36, C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (2006) ECR I-11987, T-325/01 *Daimler Chrysler v. Commission* (2005) ECR II-3319, paragraf 118 i T-56/99 *Marlines v. Commission* (2003) ECR II-5225, paragraf 60.

⁸ Ovom problematikom bave se i Wijckmans, F, Tuytschaever, F, „Horizontal agreements and cartels in EU competition law“, Oxford University Press, 2015., str. 237-239, 260-261.

⁹ Članak 23. stavak 2 i stavak 5. Uredbe 1/2003. u stavku 5. propisuje se da sankcije koje za povredu čl. 101 i 102. UFEU izriče EK neće biti po svojoj prirodi kaznene sankcije. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1/1, 04.1.2003.

te kazne nisu sredstvo kojim se pravila o zaštiti tržišnog natjecanja primjenjuju na poduzetnike.¹⁰ Države članice imaju mogućnost utvrditi kaznenu odgovornost protiv fizičkih osoba koje su bile uključene u kartel čak i kada je EK odlučila da će voditi postupak protiv poduzetnika, sudionika kartela. Sukladno članku 11. stavku 6. Uredbe 1/2003 nadležnim tijelima za tržišno natjecanje država članica prestaje nadležnost za primjenu članaka 101. i 102. UFEU, ako EK pokrene postupak za donošenje odluke. Navedeni prestanak nadležnosti odnosi se i na sankcioniranje ali samo poduzetnika ali ne i pojedinaca koji su radili u tim poduzetnicima. Time Uredba s jedne strane omogućuje državama članicama da određuju kaznene sankcije za povrede čl. 101. i 102. UFEU, a s druge strane ograničava im mogućnost da svoje nacionalno zakonodavstvo prava zaštite tržišnog natjecanja provode izolirano od provedbe čl. 101. i 102. UFEU.¹¹ Rečeno proizlazi iz čl. 5. Uredbe 1/2003 prema kojoj nacionalna tijela država članica mogu izricati kazne, dnevne ili druge kazne predviđene nacionalnim propisima. Prema tome, poštujući načelo ekvivalentnosti EU prava nacionalni propisi mogu predvidjeti upravne ili kaznene sankcije poduzetnicima i fizičkim osobama (i kazne zatvora) za povrede čl. 101. i 102. UFEU. Drugim riječima, ako nacionalno pravo države članice propisuje kaznenu sankciju zatvora zbog sklapanja zabranjenog sporazuma (kartela), tada se takva ista sankcija treba propisati i za zabranu iz čl. 101. UFEU.

III Administrativni sustavi i kazneni sustavi sankcioniranja povreda prava tržišnog natjecanja

Karteli predstavljaju najteže oblike povrede propisa tržišnog natjecanja koji donose gubitke cijelom gospodarstvu. Stoga se za sklapanje i sudjelovanje u kartelu određuju izrazito visoke novčane sankcije koje dosežu i do 10 posto ukupnog godišnjeg prihoda poduzetnika. Naime, kada je riječ o sankcioniranju kartela, sustavi izricanja sankcija za kartele mogu biti administrativni, kazneni ili mješoviti. U mješovitim sustavima izricanja sankcija misli se na kombinaciju upravnog, civilnog i kaznenog režima.¹² U mješovitim sustavima karteli mogu biti predmet ili kaznenog sankcioniranja ili upravnih sankcija ovisno o odredbama propisa određenog pravnog uređenja i prirode postupanja.¹³

III. I. U administrativnim sustavima tijela za zaštitu tržišnog natjecanja imaju ovlast izricati opomene, privremene mjere i novčane sankcije. Novčane sankcije najčešće se određuju na način da se prema unaprijed utvrđenim metodologijama utvrdi najprije osnovni iznos sankcije koji se onda modificira ovisno o postojanju olakotnih ili otegotnih okolnosti. Na taj način prilikom izricanja sankcija u EU, EK uzima u obzir trajanje kartela, olakotne okolnosti kao što su npr. suradnja s EK tijekom istrage i otegotne okolnosti kao što su ponavljanje povrede, vodeća uloga u kartelu i sl.¹⁴ Zakoni o zaštiti tržišnog natjecanja propisuju novčane sankcije ili u određenom postotku, npr. maksimalno 10 posto od ukupnog godišnjeg prihoda ili u nekom apsolutnom iznosu. U posljednjih desetak godina provedbe prava tržišnog natjecanja u

¹⁰ Paragraf 8. Preambule Uredbe 1/2003.

¹¹ Ovo je značajno zbog načela jedinstvene primjene europskoga prava tržišnog natjecanja.

¹² Ovakvi sustavi sankcioniranja nazivaju se još i dualni sustavi (*dual systems, dual track systems*).

¹³ Jurisdikcije koje imaju mješoviti sustav sankcioniranja pretežno određuju kaznene sankcije za kartele dok drugi oblici suradnje između konkurenata, kao npr. strateški savezi i sl. mogu biti podložni administrativnim sankcijama.

¹⁴ Smjernice EK o metodi određivanja sankcija, Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No. 1/2003, OJ C 210, 1.9.2006.

suzbijanju kartela prisutan je trend strožeg kažnjavanja i izricanja visokih novčanih sankcija u EU od EK ali i od nacionalnih tijela država članica.¹⁵

Osim novčanih sankcija, u pojedinim pravnim sustavima za kartele je moguće izreći i kaznene sankcije. U kaznenim sustavima sudionici kartela, poduzetnici mogu biti kažnjeni kaznenim sankcijama (novčanim), a odgovornim fizičkim osobama mogu se odrediti osim novčanih kazni i kazne zatvora. U pravilu, u kaznenim režimima sankcije potvrđuje i izriče sud. Može se reći da je prisutan sve veći pomak prema uvođenju kaznenog sankcioniranja ili strožih kaznenih sankcija u zemljama Europe.¹⁶ U kaznenim zakonima mogu biti uvrštena i djela kršenja propisa o zaštiti tržišnog natjecanja kao kaznena djela. Najveći broj zakonodavstava takvu mogućnost propisuje za sklapanje kartela i definira kartele kao kaznena djela, ili njihove pojedine oblike, npr. zabranjeno dogovaranje putem namještanja javnih natječaja (*bid rigging*, engl). Rjeđe se kao kaznena djela propisuju i druga kršenja prava tržišnog natjecanja, npr. zlouporaba vladajućeg položaja ili sklapanje neke druge vrste zabranjenih sporazuma.¹⁷ Kada je riječ o kaznenom sankcioniranju, dodatnu kaznu mogu dobiti poduzetnici ili njihovi voditelji za ometanje istrage (tzv. *obstruction of justice*) kao što je npr. odbijanje suradnje tijekom provođenja pretraga, uništavanje ili skrivanje dokaza, trganje pečata, dostavu krivih informacija. Nadalje, kažnjavanje i intenzitet kažnjavanja uzimaju se kao dva značajna elementa kada se razmatra pitanje kriminalizacije kartela, a neki autori kao Harding smatraju da je kriminalizacija kartela pokret kojeg vode tijela za zaštitu tržišnog natjecanja dok u isto vrijeme opća javnost promatra praksu kartela dosta nezainteresirano.¹⁸

Kazneno sankcioniranje za kartele predviđaju Austrija, Češka, Danska, Estonija, Francuska, Irska, Italija, Mađarska, Njemačka, Poljska, Rumunjska Slovačka i Velika Britanija u EU. Važno je istaknuti i da pojedine EU zemlje članice predviđaju kaznene sankcije samo za određene vrste kartela, najčešće je riječ o kartelima putem namještanja javnih natječaja (tzv. *bid rigging*) kod kojega se poduzetnici dogovaraju tko će pobijediti na natjecajima.

Austrija predviđa kaznene sankcije samo za kartele putem namještanja natječaja, subjekti kaznenog sankcioniranja mogu biti pravne i fizičke osobe (uz kaznu zatvora do tri godine), a od 2011. uvedena je mogućnost dodjele imuniteta pojedincima u kaznenim postupcima koji

¹⁵ Samo u 2015. godini EK je izrekla novčane kazne u iznosu od skoro 6.5 milijardi eura, statistika dostupna na: <http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>

¹⁶ Za raspravu o mogućnosti uvođenja kaznenih sankcija na razini EU vidi u doktorskoj disertaciji autorice, Kapural, M., „Primjena instituta oslobođenja ili smanjenja kazne u pravu tržišnog natjecanja“, Zagreb, 2012., str. 264-267.

¹⁷ Ovakvu odredbu sadržavao je stari hrvatski Kazneni zakon («Narodne novine», broj 110/97, 27/98, 129/00) u članku 288. u kojem se kao kazneno djelo navodilo *Stvaranje monopolističkog položaja*, a koje 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. Do primjene ove odredbe KZ nije u praksi nikada došlo, te je uslijed pravne i terminološke neusklađenosti s odredbama ZZTN konačno izbrisana ova odredba u KZ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2013. Za kritički osvrt na članak 288. KZ, vidi Cerovac, «Karteli-suradnja sudionika zabranjenih sporazuma s antimonopolnim tijelima kao preduvjet za oslobađanje ili ublažavanje kazne», Hrvatska Pravna Revija, br. 9/2002, Inženjerski biro, rujan, 2002.

¹⁸ Harding, C, «Business collusion as criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels», *Critical Criminology* 14, str. 181-205, 2006.

će biti isključeni od kaznenog progona kada u svojstvu predstavnika poduzetnika prijave kartel namještanjem natječaja.¹⁹

U *Češkoj*, je 2010. Kazneni zakon uveo sklapanje zabranjenog horizontalnog sporazuma kao kazneno djelo.²⁰ Sankcija zatvora je povećana na maksimalnih šest mjeseci do pet godina zatvora ako je navedeni zabranjeni sporazum sklopljen u okviru organizirane grupe, u slučaju ponavljanja ovog djela ili ako je takvo djelo nanijelo značajnu štetu trećim stranama odnosno na osam godina za posebno teške nanesene štete u ponavljajućim kartelima.²¹ Ono što je specifičnost kod kaznenog sankcioniranja prema češkom zakonu jest to da se zakon primjenjuje samo na fizičke osobe budući da češko kazneno zakonodavstvo ne predviđa kaznenu odgovornost pravnih osoba. Ovo otvara pitanje odgovarajuće primjene propisa budući da su uobičajeno sudionici kartela pravne osobe, odnosno poduzetnici, a pojedinci sudjeluju samo kao članovi upravljačkih struktura poduzetnika, a ne sami za sebe. U tom smislu, češki zakonodavac ostavio je mogućnost ekstenzivnog tumačenja odredbe da se uključe i postupanja članova izvršnih tijela poduzetnika ali i problematično pitanje može li se prema postojećim odredbama smatrati da je pojedinac kao član izvršnog tijela poduzetnika sklopio zabranjeni sporazum sa svojim konkurentom. Ako se podsjetimo na temelje odgovornosti za kartele prema pravu zaštite tržišnog natjecanja, istina je da je poduzetnik kao pravna osoba taj koji sklapa sporazume. Međutim, u većini komparativnih sustava koji predviđaju i kazneno sankcioniranje nema zapreke da se kazne pojedinci koji su upravo u svojstvu odgovornih osoba poduzetnika znali ili morali znati za sklapanje zabranjenog sporazuma. U svezi s tim i Sud EU je u nekoliko svojih presuda utvrdio kako se razmjena informacija koje sadrže bitne parametre između konkurenata, a koju počine njihovi zaposlenici na internim sastancima smatra povredom prava tržišnog natjecanja prema cilju, čak i kada nema direktne veze između takve prakse i cijena koje plaćaju potrošači. Dakle, postoji odgovornost zaposlenika za zabranjene razmjene informacija.²²

U *Danskoj* je specifično da postoji paralelno istraživanje nacionalnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i državnog odvjetništva dok kazne izriče sud. Dakle, sankcije za kartele su u pravilu kaznene i to novčane kazne, a od 2010. godine uvedene su i kazne pritvora.²³

Estonija kaznenim zakonom propisuje kazneno sankcioniranje za kartele. Estonski parlament usvojio je početkom 2010. godine izmjene ZZTN-a i kaznenih zakona čime je uveden poseban program za oslobođenje od kazne. Slijedom tih zakonodavnih izmjena, prijave za oslobođenje podnose se tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja, a državni odvjetnik prekida kazneni postupak ako su ispunjeni uvjeti za oslobođenje u postupku iz zaštite tržišnog natjecanja.

¹⁹ O procesu kriminalizacije i dekriminalizacije u Austriji piše Lewis P, «Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria», Part III Country Experiences with criminal law sanctions u: Cseres, K, J, Schinkel, M, P, Vogelaar, F, O.W., "Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Edgar, 2006., str. 290-306.

²⁰ Članak 284. paragraf 2. češkog kaznenog zakona propisuje: «..osoba koja u suprotnosti s ostalim propisima o zaštiti tržišnog natjecanja sklopi sporazum sa svojim konkurentom o fiksiranju cijena, podjeli tržišta ili bilo koji drugi sporazum kojim se narušava tržišno natjecanje kaznit će se s maksimalno tri godine zatvora, zabranom bavljenja poslovnom djelatnošću ili konfiskacijom imovine.»

²¹ European Antitrust Review 2012, Global Competition Review, Czech Republic, str. 88. i The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2011, Global Competition Review, Czech Republic, str. 51.

²² Predmet C-286/13 *P Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v. Commission*, 19.3.2015. Analizu ove odluke Suda EU daju Hugmark, K i Becher, M, „Dole v. Commission: Exchange of information between competitors on price-related parameters“, Journal of European Competition Law and Practice, volume 6, No. 9, 2015., str. 652-653.

²³ The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2011, GCR, 2011, Law Business Research Limited, Denmark, str. 53-55.

U *Francuskoj* koja primjenjuje mješovit sustav administrativnih i kaznenih sankcija pa su subjekti sankcija osim poduzetnika i fizičke osobe koje obavljaju gospodarske djelatnosti, trgovci pojedinci koji sudjeluju u kartelu. Slijedom toga, fizičkim osobama se novčane sankcije mogu izreći u najvećem iznosu od 3 milijuna eura prema propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Za kaznenu odgovornost primjenom kaznenih propisa propisana je maksimalna sankcija u iznosu od 75.000 eura ili kazna zatvora do maksimalno četiri godine. Fizičke osobe se kažnjava za prijevarno, osobno poduzete aktivnosti organiziranja ili provedbe zabranjenih sporazuma u javnoj nabavi.

Grčka ima propisane kaznene sankcije od 2009. godine kada je po prvi puta kartel određen kao kazneno djelo, a 2011. godine je postrojila kazneno sankcioniranje.²⁴ Kaznene sankcije u visini između 15.000 i 150.000 eura i kazne zatvora od najmanje 6 mjeseci do maksimalno 5 godina bile su previđene i starim zakonom, a mogle su se izreći pojedincima koji su postupajući samostalno ili kao zastupnici pravnih osoba povrijedili propise tržišnog natjecanja sudjelovanjem u kartelu. Od 2011. prema ZZTN-u i Kaznenom zakonu, kazne su rigidnije, za sudjelovanje u kartelu kazna zatvora u trajanju od 2 do najviše 5 godina, kao i novčane kazne u iznosu od 100.000 do 1,000,000 eura.²⁵ Posebnost grčkih kaznenih propisa proizlazi iz unaprijed definiranih adresata na koje se kaznene sankcije mogu primijeniti, tj. primjenjuju objektivnu kaznenu odgovornost. Osobe koje kazneno mogu odgovarati su: direktor ili druga rukovodeća osoba kod poduzetnika koja je pod kontrolom te osobe, partneri kada se radi o partnerstvu u poduzetniku, direktori kada je riječ o društvima s ograničenom odgovornošću, te članovi uprave ili nadzornog odbora kada je riječ o dioničkom društvu.²⁶ U travnju 2011. godine sud nadležan za izricanje kazni u Grčkoj po prvi puta je kazneno sankcionirao sedam poduzetnika za kartel koji je grčka komisija za zaštitu tržišnog natjecanja utvrdila 2007. Sankcija je izrečena u iznosu od 48 milijuna eura i po 9.000 eura za menadžere poduzetnika.²⁷

Irska primjenjuje kaznene sankcije za kartele još od 1996. godine.²⁸ Irska je izmijenila postojeći zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, u rujnu 2011., a jedan od glavnih ciljeva izmjene bilo je strože kazneno sankcioniranje počinitelja kartela. U tom smislu, kazna zatvora za fizičke osobe, odgovorne osobe poduzetnika koji je sudjelovao u kartelu povećala se sa pet na čak 10 godina zatvora (to za sada postoji samo u SAD), dok su i novčane kazne znatno više.²⁹ U Irskoj sankcije mogu biti izrečene samo u kaznenim predmetima, porota pred sudom odlučuje o dokazima. Na suđenju državni odvjetnik predstavlja predmet i na njemu leži teret dokazivanja dok optuženi ne mora predočiti nikakve dokaze niti davati izjave tijekom suđenja. Kada se osvrnemo na praksu kaznenog sankcioniranja, Irska se izdvaja kao europski

²⁴ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja Grčke od 15. travnja 2011. (Law 3959/20.4.2011) dostupan je na stranici grčke komisije za zaštitu tržišnog natjecanja samo na grčkom, <http://www.epant.gr/category.php?Lang=en&id=91>, a najvažnije odredbe novog zakona opisane su u ECN Brief 02/2011, 7th Issue, 16.5.2011. http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/02_2011/el_act.pdf

²⁵ Dimitris Loukas, Lefkothea Nteka, «Fightning the crisis-The Memorandum of Understanding on specific economic and competition policy conditionality for granting financial assistance: Greek point of view» E-competitions-National Competition Laws Bulletin, članak br. 37517.

²⁶ The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2011, GCR, Greece, str. 122.

²⁷ Werner P, «Criminalization of Antitrust Law in Europe. Greek Court imposes criminal sanctions on managers in cartel case», Antitrust Alert, 13.4.2011.

²⁸ Calvani, T, «Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences», Part III Country Experiences with criminal law sanctions u Cseres, Schinkel, Vogelaar, op.cit. (bilješka 19), str. 270-289.

²⁹ Samadi, F, «Ireland enacts new enhanced competition law», Global Competition Review od 29.9.2011. <http://www.globalcompetitionreview.com/news/article/30688/ireland-enacts-new-enhanced-competition-law/>

primjer za osobito strogo kazneno sankcioniranje. Uz Veliku Britaniju, jedina je EU zemlja članica koja predviđa individualnu kaznenu odgovornost. U Irskoj su do 2010. izrečene 33 kaznene osude protiv 18 poduzetnika i 15 pojedinaca, no sve kazne zatvora u trajanju od tri do dvanaest mjeseci bile su obustavljene. Do lipnja 2009. samo je jedno hapšenje osobe za kartelno postupanje provedeno i samo jedna kazna zatvora izrečena za dogovor o cijenama. Direktor poduzetnika osuđen je na 15 mjeseci zatvora koja je bila obustavljena ali je taj direktor ipak bio osuđen na dodatnih 28 dana u zatvoru jer nije platio sankcije koju mu je odredio sud.³⁰

Mađarska je 1. rujna 2005. godine u svoj kazneni zakon uvela kaznene odredbe o kriminalizaciji dogovora među konkurentima putem javnih natječaja (*bid rigging*) ili postupaka koje su predmet koncesija. Za ovo kazneno djelo propisane su kazne zatvora do pet godina ali do sada nije bila niti jedna kaznena sankcija izrečena za ova djela.³¹

Njemački kazneni zakon u članku 298. predviđa kao kazneno djelo kartele putem namještanja natječaja (*bid rigging*) za koje se fizičkim osobama na rukovodećim funkcijama u poduzetnicima koji su sudjelovali u kartelu može izreći kaznu zatvora do pet godina ili novčane kazne.³² Njemačka primjenjuje mješoviti sustav sankcioniranja koji u praksi znači da administrativne sankcije izriče tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja (*Bundeskartellamt*). Kada je riječ o sklapanju zabranjenog sporazuma namještanjem natječaja što je kazneno djelo, tada državni odvjetnik ima ovlast izreći kaznene sankcije. Za sada nema naznaka da bi se kazneno sankcioniranje u Njemačkoj proširilo na sva kartelna djelovanja sukladno ZZTN.³³ Međutim, neki autori upozoravaju na uspješnost sankcioniranja kartela putem namještanja javnih natječaja u Njemačkoj koje nije dovoljno poznato u javnosti. Wagner-von Papp iznosi statističke podatke prema kojima su sudovi u Njemačkoj u razdoblju od uvođenja ove vrste kartela kao kaznenog djela 1998. do 2008. godine osudili preko 180 osoba. Od toga nisu sve kazne zatvora bile uvjetne, već je u poznatom kartelu na tržištu cijevi jedan od vođa kartela namještanjem natječaja bio osuđen na 34 mjeseca zatvora, a ostala dva sudionika na dvije i jednu godinu.³⁴

³⁰ The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2011, Ireland, Global Competition Review, GCR, 2011, str. 143-144.

³¹ Pregled mađarske prakse uključujući i osvrt na kazneno sankcioniranje kartela u Rating Enforcement, GCR, Volume 13, Issue 6, lipanj, 2010., str. 64-65. Relevantan članak mađarskog kaznenog zakona, članak 296 B Sporazum o ograničavanju tržišnog natjecanja na javnim natječajima i postupcima dobivanja koncesija: Section 296/B of the Act IV. Of 1978 on the Criminal Code (Hungarian Criminal Code)/Agreement in Restraint of Competition in Public Procurement and Concession Procedures. Navedeni članak zakona može se pronaći u: Arquit, K, Thacher S&Bartlett LLP, Buhart, T, Smith H LLP, Antoine, O, editors, "Leniency Regimes, jurisdictional comparisons", second edition, Reference, The European Lawyer Ltd, London, 2007., Hungary, str. 123-124.

³² Deutsches Strafgesetzbuch, StGB, 13.11.1998. Savezni Zakon, Glasnik I, str. 945, str. 3.322, Poglavlje dvadeset u šest, kaznena djela protiv tržišnog natjecanja; Članak 298. Sporazumi ograničavanja tržišnog natjecanja pozivom na javne natječaje.

³³ O kaznenom sankcioniranju u Njemačkoj, više: Vollmer, C, «Experience with criminal law sanctions for competition law infringements in Germany», Part III Country Experiences with criminal law sanctions, op. cit. (bilješka 19), Cseres, Schinkel, Vogelaar, str. 257-269.

³⁴ Wagner von- Papp, F, "Criminal antitrust law enforcement in Germany: The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn't you tell the world, eh?", 2010., dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers-cfm?abstract_id=1584887, str. 1-2 i 8.

U *Poljskoj* su samo karteli dogovorima i namještanjem javnih natječaja kaznena djela uz maksimalnu kaznu zatvora do tri godine.³⁵

Rumunjska u svojim propisima o zaštiti tržišnog natjecanja i kaznenom zakonodavstvu također propisuje da se kaznene sankcije mogu izreći fizičkim osobama. Sukladno članku 60. rumunjskog ZZTN-a, sudjelovanje s prijevarnom namjerom i na odlučujući način u organiziranju zabranjenih sporazuma smatra se kaznenim djelom i kažnjava kaznom zatvora od šest mjeseci do četiri godine ili sa novčanom kaznom i oduzimanjem određenih prava.³⁶ Vijeće za tržišno natjecanje o takvom kaznenom djelu obavještava državnog odvjetnika koji ima ovlast provesti kaznenu istragu protiv fizičkih osoba. Konačnu odluku o sankcijama donosi sud.

U *Slovačkoj* također postoji kaznena odgovornost fizičkih osoba, a prema izmjenama Kaznenog zakona iz 2010. primjena instituta oslobođenja od kazne proširuje se na kazneni postupak.³⁷ Navedeno znači da će prijavitelji za dobivanje imuniteta kojima Slovačko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja odobri oslobođenje od sankcije ujedno biti oslobođeni i kaznenog progona.

Zanimljiv je slučaj *Španjolske* koja također kao kazneno djelo predviđa samo dogovore namještanjem natječaja ali je ipak 2012. godine primjenom upravnih sankcija kaznila pojedinačno izvršnog direktora lanaca hotela Husa i predsjedavajućeg odbora za turizam trgovačkog udruženja. Novčana kazna od 50.000 eura izrečena je direktoru Gaspertu koji je na turističkom sajmu održanom 2011. godine u Madridu preporučio cijene u hotelima i istaknuo potrebu da hoteli povise cijene u prosjeku od 6 do 7 posto. Španjolska komisija za zaštitu tržišnog natjecanja kaznila je ovog direktora zbog zabranjenog preporučivanja cijena i poziva hotelima da usklade cijene jer je zbog njegove pozicije izvršnog direktora i predsjednika odbora u trgovačkoj komori bilo za očekivati da će takva preporuka dovesti do usklađenog djelovanja u hotelskom sektoru. Maksimalna kazna koja se pojedincu može izreći prema ZZTN-u iz 2007. iznosi 60.000 eura.³⁸

U *Velikoj Britaniji* sukladno Zakonu o poduzetništvu koji uređuje pravo zaštite tržišnog natjecanja (*Enterprise Act 2002*) predviđa se kartel kao kazneno djelo za koje sud može osuditi fizičke osobe na kazne zatvora u trajanju do pet godina ili im se može izreći neograničena sankcija.³⁹ Kazneno djelo kartela razlikuje se od povrede odredbe članka 101. UFEU i zabrane iz britanskog zakona. Kada se npr. ustanovi da je neki poduzetnik odgovoran za sudjelovanje u zabranjenom sporazumu prema njemu se može provesti postupak po osnovi članka 101. UFEU i izreći sankcija. No, za taj isti kartel mogu kazneno odgovarati fizičke osobe protiv kojih se provede kazneni postupak po osnovi utvrđivanja kartela kao kaznenog djela.⁴⁰ Kazneni postupak protiv fizičkih osoba provodi se u pravilu prije postupka protiv

³⁵ Članak 305. Poljskog kaznenog zakona određuje kartel namještanjem javnih natječaja kao kazneno djelo uz maksimalnu kaznu zatvora do tri godine, Journal of Laws 1997 No. 88., item 553 with amendments.

³⁶ The Handbook of Competition Enforcement Agencies 2011, Romania, str. 244-245. Možemo pretpostaviti da formulacija oduzimanje određenih prava može značiti diskvalifikaciju od obavljanja odgovornih položaja u poduzetniku ali iz ovog izričaja to nije sasvim vidljivo.

³⁷ Annual Report 2010, Antimonopoly Office of the Slovak Republic, str. 38.

³⁸ Ameye, E, „Spain: Authority fines entrepreneur for price-fixing speech“, 5.10.2012. GCR.

³⁹ Enterprises Act 2002, članak 188. i 190. stavak 1., dio 6 (Cartel Offence: Penalty and Prosecution), tekst cijelog zakona može se pronaći u Sakers, E i Ysewyn, «EU Cartel Digest-Volume 2», Kluwer Law International, lipanj, 2008, UK, § 7, str. 77 do 86.

⁴⁰ Vidi, Guy, D, «The UK's experience with criminal law sanctions», Part III Country Experiences with criminal law sanctions, op. cit. (bilješka 19), Cseres, Schinkel, Vogelaar, str. 248-256.

poduzetnika kako bi se osiguralo da se stroži standardi dokazivanja u kaznenim predmetima primjenjuju na pojedince čija osobna sloboda je u pitanju. Članak 188. Zakona o poduzetništvu definira odgovornost za kartel kao kazneno djelo kada pojedinac zajedno sa jednom ili više drugih osoba nepošteno dogovori da će poduzetnik biti uključen u aktivnosti kartela (npr. dogovaranje cijena, ograničenje opskrbe ili proizvodnje ili podjelu tržišta).⁴¹ Kazneno djelo kartela odnosi se samo na horizontalne zabranjene sporazume, a smatra se da je isto počinjeno bez obzira na to primjenjuje li poduzetnik navedeni sporazum sklopljen između stranaka i bez obzira na to jesu li stranke sporazuma ovlaštene postupati u ime poduzetnika.⁴² Uvjeti pod kojima nije počinjeno djelo kartela smatraju se ispunjenima ako su relevantne informacije o poslovanju otkrivene kupcima ili drugim klijentima prije primjene tih poslovnih aktivnosti, npr. objavom u gospodarskim novinama i sl.⁴³ Kazneni postupak za utvrđivanje odgovornosti za kazneno djelo kartela provodi se povodom podignute optužnice pred protom na kraljevskom sudu ili na sudu za prekršaje, no u tom slučaju izrečena kazna zatvora može iznositi maksimalno šest mjeseci.⁴⁴

Iz prethodnog prikaza može se utvrditi da kartele kao kaznena djela u svojim pravnim sustavima predviđa više država članica EU, međutim, u ovim zemljama broj izrečenih kaznenih sankcija je zanemariv.⁴⁵

IV Kaznena odgovornost i kaznene sankcije fizičkih osoba: opasnost od kaznenog progona i izručenja

Vrste sankcija koje se propisuju za fizičke osobe u sustavima koji primjenjuju kaznene sankcije u kojima su karteli kaznena djela su novčane kazne i kazne zatvora. Kazneno sankcioniranje pojedinaca otvara dva bitna pitanja o kojima će se u nastavku raspraviti. Jedno se odnosi na problem samo-optužujućih izjava posebno pri odluci da se kartel prijavi tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja. Drugo otvoreno pitanje koje sve veći odraz ima u praksi odnosi se na problem kaznenog progona i izručenja za kartele počinjene u drugim državama.

IV I. Kazneni progon u drugim jurisdikcijama

Značajan aspekt odgovornosti fizičkih osoba odnosi se na prijetnju kriminalizacije zabranjenog postupanja u drugoj zemlji. U EU-u ova dilema ne bi trebala biti toliko osnovana jer se prema članku 12. Uredbe 1/2003 garantira jednaka razina zaštite fizičkim osobama kada nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja međusobno razmjenjuju dokaze. U EU pravu različitost uređenja sustava sankcioniranja očituje se u tome da se ne mogu dostavljati informacije nacionalnom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja ako bi se to moglo upotrijebiti protiv pojedinaca u kaznenom postupku. No, ukoliko poduzetnik podnese prijavu za oslobođenje EK-u, a zatim EK ne započne istragu, tada poduzetnik nije zaštićen od

⁴¹ Za utvrđivanje kaznene odgovornosti pojedinaca za djela kartela ključan je pojam nepoštenog postupanja koji se u svakom pojedinom slučaju utvrđuje sukladno kriterijima koje je postavio Žalbeni sud u predmetu *R v. Ghosh*, (1982) QB 1053 (1982) 2 All ER 689, CA.

⁴² The cartel offence: Guidance on the Issue of no-action letters for individuals, OFT Guideline 513, paragraf 2.3., April 2003 i Powers of investigation criminal cartels, OFT Draft Guideline 505, paragraf 1.1. Također i Furse, M & Nash, S, «The Cartel Offence», Hart publishing, Oxford Portland Oregon, 2004., str. 71-74.

⁴³ Whish, R, „Competition Law-eighth edition“, 2015, str. 456.

⁴⁴ Optužbu iznose ili CMA ili Ured za korupciju s kojim CMA često provodi pretrage i surađuje.

⁴⁵ Tako u Češkoj, Francuskoj i Italiji gdje kazneno sankcioniranje vrijedi samo za dogovore o cijenama putem natječaja nije izrečena do sada niti jedna kaznena sankcija iako za to postoje zakonske pretpostavke. U Poljskoj je samo jedan predmet kartela putem namještanja javnih natječaja bio kriminaliziran. Rumunjska je samo dva puta prosljedila predmet državnom odvjetništvu na kazneno odlučivanje ali nisu pokrenuti kazneni postupci. Više o kaznenim sankcijama fizičkih osoba u državama članica u: Jones, Harrison, „Criminal sanctions-an overview of EU and national case law“, E-Competitions, No. 6473, 25.3.2014., str. 6.

nacionalnih propisa slijedom kojih opet može biti kažnjen. Zato se smatra da je dobro da poduzetnici u EU-u podnesu prijave u više jurisdikcija kako bi osigurali da neće doći do daljnjeg, osobito kaznenog postupka protiv njih. Međutim, ukoliko je riječ o drugim zemljama, izvan Europe, tada postoji problem kada kartel djeluje i bude otkriven u zemlji koja nema sustav kaznenog sankcioniranja pojedinaca. U tom slučaju bi njegova kaznena odgovornost ovisila o tome predviđaju li propisi ove zemlje izuzetak od kaznenog progona kada se dodjeljuje oslobođenje u postupku pred tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja ili je prema kaznenom zakonu ova odluka isključivo u rukama državnog odvjetnika.⁴⁶

U Europskoj praksi tijekom proteklih nekoliko godina zabilježeni su slučajevi kaznene odgovornosti pojedinaca za sudjelovanje u kartelu nakon kojih je uslijedilo njihovo izručenje zbog odsluženja kazne zatvora.

U predmetu *Marine Hoses*, britanski OFT (sada CMA) prvi je puta u prosincu 2007. inicirao provođenje kaznenog postupka uz intenzivnu suradnju s američkim USDOJ.⁴⁷ Posebnost je ovog predmeta u tome da su britanski državljani bili osuđeni na najduže kazne zatvora u SAD-u za strane državljane u rasponu od 20 do 30 mjeseci.⁴⁸ U lipnju 2008. godine sud u Velikoj Britaniji izrekao je prvu kaznu zatvora u trajanju od tri godine za dva direktora i jednog konzultanta poduzetnika koji su sudjelovali u kartelu i dogovarali cijene na tržištu. Međutim, ono po čemu je ovaj predmet posebno značajan u kontekstu individualne odgovornosti jest to što je bivši izvršni direktor, Romano Pisciotti bio je prvi Europljanin koji je od Njemačke izručen u SAD zbog zabranjenog dogovora o cijenama.⁴⁹ Američki okružni sud u kolovozu 2010. podignuo je optužnicu i nalog za uhićenje g. Pisciottija zbog urote da spriječi tržišno natjecanje zabranjenim dogovorom namještanjem na javnom natječaju, dogovaranjem cijena i podjelom tržišnih udjela u SAD-u od 1999. do 2006. Tijekom povratka iz Nigerije u Italiju u lipnju 2013. g. Pisciotti uhapšen je na aerodromu u Frankfurtu. Slijedom toga je američka vlada izdala službeni nalog za izručenje g. Pisciottija, a u siječnju 2014. Visoki sud u Frankfurtu potvrdio je nalog za izručenje navodeći između ostaloga kako se nalog odnosi na dogovor namještanjem javnih natječaja što je kazneno djelo u Njemačkoj i kako je g. Pisciotti talijanski državljani pa se na njega ne mogu primijeniti odredbe o zaštiti od izručenja koje vrijede za njemačke državljane. Naposljetku je njemačka vlada u ožujku 2014. potvrdila izručenje i 3. travnja 2014. g. Pisciotti je izručen u SAD. Nakon njegovog priznanja krivnje, američki sud odredio je novčanu kaznu od 50.000 američkih dolara i kaznu zatvora u trajanju od 24 mjeseci ubrajajući devet mjeseci provedenih u pritvoru u

⁴⁶ Kao što je slučaj u SAD-u iako u SAD-u postoji dugogodišnja uspješna praksa suradnje između USDOJ-a i državnog odvjetništva u kojoj državni odvjetnici u najvećem broju slučajeva prihvaćaju sugestije USDOJ-a. Naprotiv, u nekim drugim zemljama, kazneno sankcioniranje za određenu vrstu kartela (*bid rigging*) postoji vrlo kratko, pa je stoga potrebno prvo razviti praksu suradnje s državnim odvjetništvom i prema potrebi prilagoditi postojeće propise u odnosu na kazneni progon sudionika zabranjenih sporazuma prema pravu tržišnog natjecanja. Ovakva situacija postoji i u RH-u koja tek od 2013. prema KZ-u predviđa kazneno sankcioniranje zabranjenih dogovora namještanjem na javnim natječajima, a do sada nema zabilježene prakse.

⁴⁷ OFT (Office of fair trading) je stari naziv za britansko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja koje se primjenjivalo do 2014. godine. Tada je došlo do spajanja OFT-a i Komisije za tržišno natjecanje pa se sada britanski regulator naziva CMA (Competition and Markets Authority).

⁴⁸ Kamnaki, M, «The UK OFT initiates criminal proceedings against cartel members for the first time in history following unprecedented levels of co-operation with US authorities (Marine Hoses Cartel)», E-Competitions, National Competition Laws Bulletin, Concurrences, članak br. 40756, 19.12.2007.

⁴⁹ „US extradites first ever antitrust defendant“, GCR, 4.4.2014.

http://globalcompetitionreview.com/news/article/35699/us-extradites-first-ever-antitrust-defendant/?utm_medium=email&utm_source=Law+Business+Research&utm_campaign=3942248_GCR+Headlines&dm_i=1KSF,2CHUW,9GQ6QO,8IL6T,1

Njemačkoj.⁵⁰ Optuženi se najprije žalio sudovima u Njemačkoj, potom Općem sudu i Sudu EU protiv odluke EK koja nije preuzela izručenje od Njemačke. G. Pisciotti je pokušao dokazati kako je bio diskriminiran jer mu nije pružena ista zaštita kao državljanima Njemačke čime je povrijeđen članak 18. UFEU-a kao i njegovo pravo na slobodu kretanja osoba i pružanja usluga.⁵¹ Oba suda su odlukama iz srpnja 2014. i veljače 2015. odbili žalbe. Već je u ranijoj sudskoj praksi Sud EU utvrdio da je opseg članka 18. UFEU-a ograničen samo na mjere koje potpadaju pod njegovu primjenu, ali ne i na sve nacionalne mjere. Sama činjenica da pojedina država članica daje jaču zaštitu svojim državljanima nije dovoljna kako bi se moglo smatrati da se njome krši pravo na slobodu kretanja osoba. Nakon toga se g. Pisciotti žalio i Sudu za ljudska prava protiv Njemačke smatrajući da su mu ljudska prava provedenim suđenjem i izručenjem SAD-u povrijeđena.⁵²

Ovo je prvi slučaj u kojem je SAD uspio osigurati izručenje odgovorne osobe za povredu prava tržišnog natjecanja. Implikacije ovoga predmeta najviše se očituju kroz sasvim realnu mogućnost da odgovorne osobe iz Europe koje su sudjelovale u nekom kartelu budu izručene SAD-u. Naime, većina država članica EU ima sklopljene ugovore o izručenju SAD-u prema kojima su države obvezne postupiti po zahtjevima za izručenje ukoliko su ispunjeni uvjeti za izručenje.⁵³ Jedan od takvih uvjeta je načelo duple kriminalizacije koje znači da se izručenje može tražiti samo zbog djela koje je kazneno djelo u obje države. Pitanje izručenja postaje sve aktualnije u EU budući da kao što je ranije navedeno sve veći broj država članica primjenjuje kaznene sankcije za dogovore o cijenama, podjelu tržišta i namještanje javnih natječaja. Upravo je iz razloga što je zabranjeni dogovor namještanjem javnih natječaja kazneno djelo u Njemačkoj g. Pisciotti i bio izručen. Naime, da je u SAD-u bio optužen samo za dogovor o cijenama što nije kazneno djelo u Njemačkoj, na toj osnovi ne bi mogao biti izručen. Na državljanima pojedine države članice i njihovim pravnim savjetnicima ostaje odrediti na koji način pristupiti zahtjevu za izručenje, dobrovoljno pristati na izručenje i time moguće zaraditi dodatno umanjene kazne ili se protiviti izručenju kao Pisciotti. Pritom valja imati na umu da odluka države članice da neće provesti postupak protiv neke osobe ili da će obustaviti kazneni postupak za isto kazneno djelo za koje se traži izručenje, ne daje toj državi pravo da odbije zahtjev za izručenjem u SAD. Primjer Pisciotti upozorava provedbena i zakonodavna tijela u Europi da njihove odluke mogu imati posljedice izvan EU.

Ujedno se ističe predmet libor kartela u kojem je odgovorna fizička osoba na prijevaru uspjela izbjeći izručenje SAD-u. Tom Hayes, bivši trgovac UBS i Citigroup prva je osoba osuđena na kaznu zatvora zbog kartela u trajanju od čak 14 godina nakon što ga je porota na

⁵⁰ Detaljan prikaz ovoga predmeta i njegovih implikacija na provedbu prava tržišnog natjecanja u borbi protiv kartela Europe kao i savjete odvjetnicima u sličnim situacijama dao je Röhring, M, „Nowhere to hide? Extradition in Antitrust Cases from a European Perspective“, *Journal of European Competition Law and Practice*, Volume 6, No. 3., 2015., str. 168-176.

⁵¹ Članak 18. UFEU propisuje da je unutar područja primjene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju njegovu posebnu odredbu zabranjena svaka diskriminacija na temelju državljanstva. Sukladno članku 21. svaki građanin Unije ima pravo slobodno se kretati i boraviti na državnom području država članica, podložno ograničenjima i uvjetima utvrđenima u Ugovorima i u mjerama usvojenima radi njihove provedbe. Sloboda pružanja usluga uređena je člankom 56. UFEU zabranjuju se ograničenja slobode pružanja usluga unutar Unije u odnosu na državljane država članica s poslovnim nastanom u državi članici koja nije država osobe kojoj su usluge namijenjene.

⁵² Međutim, i u ovom postupku nisu bili prihvaćeni njegovi argumenti „Human-rights court rejects case of extradited Italian cartel executive“, *Mlex*, 29.5.2014. [http:// www.mlex.com](http://www.mlex.com)

⁵³ RH je trenutno jedina država članica koja nema sklopljen sporazum o izručenju sa SAD-om.

suđenju u Velikoj Britaniji 3. kolovoza 2015. proglasila krivim zbog urote na prijevaru. Prema iznesenom, Hayes je bio vođa urote prema Liboru što je poslužilo kao osnova za namještanje kamatne stope koje su nudile banke. Između 2006. i 2010., Hayes je bio uključen u urotu sa preko 20 osoba u vodećim bankama kao što su UBS, HSBC, Deutsche Bank i Royal Bank of Scotland. Sudac je zaključio kako je Hayes bio u središtu manipulacije i postupao u zloj namjeri, a manipulaciju kao i utjecaj na Libor je tijekom postupka i sam priznao iz razloga kako bi mu se sudilo u Velikoj Britaniji i kako bi izbjegao izručenje u SAD. Dodatno je iskazao kako su u vrijeme povrede njegovi upravitelji kao i predsjednik uprave znali za protupravno postupanje. U ovom predmetu radilo se o globalnom kartelu u bankarskom sektoru kojeg je istraživalo nekoliko tijela za zaštitu tržišnog natjecanja s ciljem utvrđivanja odgovornosti za povredu počinjenu od financijskih institucija i pojedinačnih trgovaca. Krajem 2013., Europska komisija kaznila je za kartel nekoliko međunarodnih banaka sa novčanom kaznom od 1.7. milijarde eura.⁵⁴ Pojedine banke su također sklopile nagodbe sa američkim USDOJ i japanskim tijelom za nadzor financijskih usluga. Individualna kazna izrečena g. Hayesu je ne samo jedna od rijetkih kazni zatvora u Europi nego i najviša izrečena kaznena sankcija. Pravni zastupnici Hayesesa istakli su u obrani kako je ovakva kazna zatvora pretjerana (što bi se moglo u nekoj mjeri prihvatiti) jer je između ostaloga manipulacija Libora započela prije nego što je g. Hayes postao njihov trgovac i nastavila se nakon što je napustio to radno mjesto 2010. Štoviše, prema njegovom navodu, financijska korist koju je on time ostvario bila je mala, a sam britanski ured za prijevaru istaknuo je tijekom suđenja kako je teško izračunati točan iznos koji je Hayes zaradio zbog manipulacije Libora. Međutim, polazeći od profita koji je ostvario trgovanjem Libora, moguće je bilo barem djelomično izračunati taj iznos. Također uzimajući u obzir da je Hayes u izjavi danoj britanskom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja priznao manipulacije, očito postupao prijevarno, sud ga je proglasio krivim i osudio na 14 godina zatvora.⁵⁵

Zanimljiv je ovaj nagli prijelaz od gotovo neznatne prakse utvrđivanja kaznene odgovornosti za fizičke osobe u EU do izricanja vrlo strogih kazni zatvora i izručenja drugim državama. Neki praktičari ovo komentiraju kao novi standard i posljedicu globalizacije kaznenih režima za kartele.⁵⁶ Izneseni argumenti također otvaraju dodatna pitanja kod razmatranja individualne kaznene odgovornosti, i to, primjerenog odmjeravanja kazne i načina izračuna prekomjernog bogaćenja ostvarenog ovim kaznenim djelom. Je li ovoliko dugačka kazna zatvora u rangu sa najtežim kaznenim djelima pretjerana ostaje za vidjeti u daljnjem razvoju provedbene i sudske prakse. Zagovornici strožih kazni istakli bi kako je kartel zločin uperen protiv svih, konkurenata, poslovanja i potrošača koji nanosi štetu gospodarstvu u cjelini. Protivnici bi se založili za jače preventivne mjere, visoke novčane sankcije u kombinaciji sa alternativnim mjerama kao dodatnim sankcijama koje mogu imati također uvjerljiv učinak na nova kršenja propisa. U nastavku se obrazlažu upravo takve mjere.

⁵⁴ Brussels charges three banks over Euribor fixing cartel, 20.5.2014.:

<http://www.ft.com/cms/s/0/d08b458a-e013-11e3-b709-00144feabdc0.html#axzz3tlM5Xbnn>

⁵⁵ „Hayes 14-year sentence “manifestly excessive”, appeal court hears“, Global Competition Review, GCR, 3.12.2015. <http://globalcompetitionreview.com/news/article/39997/hayes-14-year-sentence-manifestly-excessive-appeal-court-hears/>).

⁵⁶ „Extradition for antitrust crimes could become new norme-Pisciotti“, GCR, 21.7.2014. <http://globalcompetitionreview.com/usa/article/36448/extradition-antitrust-crimes-become-new-norm/>

V Alternativne vrste sankcija: mjere diskvalifikacije ili zabrane obavljanja poslova direktora

Kada se govori o administrativnim sankcijama u najvećem broju slučajeva misli se na novčane kazne. Međutim, interesantno je kako pojedine zemlje uvode i neke druge mjere koje također mogu imati snažan odvraćajući učinak. U Velikoj Britaniji postoji odredba prema kojoj se odgovornoj osobi (npr. direktoru) poduzetnika koji je sudjelovao kao član kartela može zabraniti obavljanje navedene djelatnosti za razdoblje do čak petnaest godina.⁵⁷ Valja primijetiti da će se u pravilu ove mjere primjenjivati za najteža kršenja prava tržišnog natjecanja primjenom nacionalnog ili europskog prava, dakle za kartele ali nije isključeno da sud odredi ovakve mjere i za druge povrede prava tržišnog natjecanja, npr. zlouporabe vladajućeg položaja. Takva dodatna sankcionirajuća mjera (*Director Disqualification Order*) sastoji se u diskvalifikaciji ili zabrani fizičkoj osobi koja je imala vodeću poziciju u poduzetniku-sudioniku kartela da kroz određeno vrijeme obnaša vodeće pozicije u poduzetnicima.⁵⁸ Tijekom razdoblja u kojem se primjenjuje mjera, kazneno djelo čini takva osoba ako radi kao direktor neke kompanije, ako preuzima imovinu kompanije, ako osniva, promiče ili upravlja nekom kompanijom ili ako djeluje kao stečajni upravitelj. Svaka osoba koja je uključena u upravljanje kompanije time krši mjeru diskvalifikacije koja joj je izrečena i može biti kažnjen sa novčanom kaznom i šest mjeseci do dvije godine zatvora. Ujedno će biti osobno odgovorna za dugove te kompanije i može biti uvedena u javni registar državnog tajništva za poslovanje, inovacije i vještine. Sukladno Zakonu o diskvalifikaciji direktora prijedlog za izricanje ove mjere daje britansko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja, a sud mora odrediti mjeru diskvalifikacije prema direktoru poduzetnika koji je počinio povredu prava tržišnog natjecanja.⁵⁹ Sud pri izricanju ove mjere utvrđuje je li postupanje direktora pogodovalo povredi propisa o tržišnom natjecanju, da li je on imao osnove sumnjati na povredu propisa i da li je poduzeo korake da to spriječi ili ako nije znao, a morao je znati za povredu. U slučaju da je riječ o poduzetniku kojem je odobren imunitet, britansko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja neće zatražiti od suda izricanje mjere diskvalifikacije direktora tog poduzetnika. Međutim, taj se izuzetak neće primijeniti na direktora koji je upravo zbog svoje uloge u povredi propisa o tržišnom natjecanju dobio otkaz ili koji se protivio prijavi za oslobođenje.⁶⁰ Ova mjera primijenjena je u obrazloženom predmetu kartela Marine Hoses prema trojici direktora u trajanju od pet i sedam godina zbog sudjelovanja u ovom kartelu.

Navedena mjera diskvalifikacije ili zabrane poslovanja na vodećim pozicijama koristi se također u Irskoj i Švedskoj gdje se čak može zatražiti oslobođenje od mjere diskvalifikacije, pa ukoliko poduzetnik dobije oslobođenje od kazne, svi zaposlenici automatski dobivaju oslobođenje od mjere diskvalifikacije. Slična mjera zabrane poslovanja postoji u nekim jurisdikcijama, a naziva se *trading prohibition* koju na zahtjev tijela za zaštitu tržišnog

⁵⁷ Mjere diskvalifikacije predviđene su kao dodatak kaznenim sankcijama i uređene su Zakonom o poduzetništvu, odjeljak 204 i posebnim Zakonom o diskvalifikaciji direktora/*Company Directors Disqualification Act 1986*. Izdan je i vodič pod nazivom „*Director disqualification orders in competition cases*“, OFT 510, lipanj, 2010. Detaljnije o mjerama diskvalifikacije direktora u Whish, R, „*Competition Law-eighth edition*“, 2015., str. 452-464. U Kanadi postoji jednaka zabrana u trajanju od deset godina.

⁵⁸ Kao što ističe i Whish, R, glavni cilj tijela za zaštitu tržišnog natjecanja jest da vode postupke, sprječavaju i kažnjavaju postupanja protivna tržišnom natjecanju primjenom sankcija i mjera diskvalifikacije direktorima. Whish, R, «*Control of Cartels and other Anti-competitive Agreements*», *Competition Law Today-Concepts, Issues and the Law in Practice* (Dhall, V, eds), Oxford, 2007, Chapter I, str. 50-51.

⁵⁹ Detaljno o Zakonu o diskvalifikaciji direktora i cjelokupnoj proceduri izricanja mjera diskvalifikacije i u praktičim uputama izdanim od Practical law- A Thomson Reuters Legal Solution na: <http://uk.practicallaw.com/5-107-4530?service=competition#a522755>

⁶⁰ Whish, R, op.cit. (bilješka 43), str. 461-464.

natjecanja izriče nadležni sud na razdoblje od nekoliko godina.⁶¹ Češka također propisuje u Kaznenom zakonu, zabranu bavljenja poslovnom djelatnošću.

Diskvalifikacija direktora dobra je mjera jer se zasniva na osobnoj odgovornosti što znači da samo odgovorne osobe snose odgovornost. U praksi ne samo Velike Britanije nego i drugih zemalja pokazalo se da ova ne-novčana kazna može imati i te kako snažan poticaj na osobe u vodećim pozicijama da niti oni sami, niti njihove zaposlenici ne postanu dio zabranjenog sporazuma. Štoviše, moglo bi se smatrati kako je uvođenje ovakvih mjera neophodno ili barem korisno s obzirom na to da sankcije poduzetnicima nemaju uvijek željeni učinak odvratanja od počinjenja novih povreda propisa. Takav slab učinak sankcija postoji kada je trošak iznosa novčane sankcije naprosto prebacuje na potrošače višim cijenama ili kada je sankcija toliko visoka da dovodi do bankrota ili stečaja poduzetnika što opet nije cilj sankcije da konkurentni nestaju s tržišta. Mjere zabrane obavljanja djelatnosti direktorima poduzetnika same po sebi mogu biti učinkovite ali uslijed nedostatka njihove ujednačene primjene u EU i učinak ovih mjera za sada je neznatan.

VI Značaj utvrđivanja individualne odgovornosti: individualne prijave za oslobođenje ili umanjeње sankcije

Uz odgovornost fizičkih osoba za kartele usko je povezano pitanje mogućnosti podnošenja prijave za oslobođenje od kazne ili umanjeње kazne koje neki nazivaju i pokajnički programi (*leniency*, engl.). Naime, individualna odgovornost, odnosno sankcioniranje fizičkih osoba, direktora, sadašnjih ili bivših zaposlenika poduzetnika daje daljnji poticaj za podnošenje prijave za oslobođenje jer im omogućuje izbjegavanje plaćanja sankcija, odlaska u zatvor ili primjene mjere diskvalifikacije za obavljanje odgovornih funkcija u poduzetniku. U tom kontekstu od značenja je uvođenje i primjena individualnih prijava za oslobođenja prema kojem fizičke osobe mogu podnijeti prijavu za oslobođenje odvojeno od poduzetnika. Individualni program za oslobođenje u najvećoj se mjeri provodi u SAD-u dok je u Europi slabije zastupljen. U ranijem razmatranju naveli smo EU zemlje članice koje su usvojile kaznene sankcije za pojedince temeljem individualne odgovornosti, međutim mali broj zemalja provodi te sankcije u praksi i vrlo mali broj zemalja ima usvojene posebne individualne programe za oslobođenje od sankcije.

Takav program nalazimo u Nizozemskoj koja je 2007. godine uz individualne sankcije uvela mogućnost individualne prijave za oslobođenje koje mogu podnijeti pojedinci ili grupa individualnih osoba. Pravila za davanje oslobođenja jednaka su bez obzira je li prijavitelj poduzetnik ili pojedinac koji neovisno za sebe podnosi prijavu. Interesantno je da čak i kada poduzetnik prijavi kartel, pojedinac može i dalje neovisno od toga podnijeti prijavu za individualno oslobođenje od kazne, i tada će se smatrati zajedničkim prijaviteljem.⁶²

Slično je i u Njemačkoj koja od izmjena instituta za oslobođenje 2006. godine predviđa podnošenje individualne prijave za oslobođenje fizičkih osoba što je sukladno s primjenom režima individualne odgovornosti. Na fizičke osobe koje su prijavitelji individualnog

⁶¹ Trading prohibition mjera zabranjuje obavljanje poslovne djelatnosti, obnašanje vodećih pozicija u poduzetnicima i zaposlenje u usko povezanom poslovnom sektoru u kojem je ta ista osoba prekršila svoje obveze. Navedena zabrana izriče se na razdoblje od najmanje tri, a najviše deset godina.

⁶² Nizozemske Smjernice za oslobođenje iz 2007. i 2014. O novom nizozemskom programu za oslobođenje od sankcije dodatno na stranici nizozemske agencije, AFCM (Authority for Consumers and Markets): <https://www.acm.nl/en/publications/publication/13315/Policy-rules-regarding-fines-and-leniency/>

oslobođenja primjenjuju se ista pravila kao i na poduzetnike, a kada poduzetnik prijavi kartel, tada su programom za oslobođenje za poduzetnike obuhvaćene i fizičke osobe.⁶³

Naposljetku, Velika Britanija od prosinca 2008. godine predviđa individualni program za oslobođenje od sankcije kojeg izričito razdvaja od kaznenog imuniteta jer su potonjim kojim automatski obuhvaćeni zaposlenici i direktori poduzetnika primjenom instituta za oslobođenje poduzetnika. Pojedinaac ima mogućnost dobiti individualno oslobođenje od sankcije, uz uvjet da prvi prijavi kartel za koji CMA još nema nikakvih saznanja ili ako je postupak već započet, individualni imunitet se još uvijek može dobiti ako dostavi informacije ili dokumente dodatne značajne dokazne snage. Ukoliko pojedinac radi za poduzetnika koji nije bio vođa kartela, tom pojedincu neće biti odbijen kazneni imunitet osim ako on ima velike ovlasti neovisno od svoje funkcije unutar poduzetnika i ukoliko je on tu svoju ovlast iskoristio zbog poticanja na sudjelovanje u kartelu. Kada je poduzetniku dodijeljen imunitet tipa A (znači, potpuno oslobođenje od sankcije), tada svi sadašnji i bivši zaposlenici i direktori dobivaju „bianco“ kazneni imunitet. Oslobođenje od kazne može se odobriti fizičkoj osobi neovisno od toga je li poduzetnik pristupio britanskom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja. Primijenit će se automatsko oslobođenje od kaznene sankcije kada pojedinac obavijesti britansko tijelo prije bilo koje druge osobe ili poduzetnika i kada nema već prethodno pokrenute kaznenog ili upravnog postupka.⁶⁴

Glavna prednost primjene individualnog programa za oslobođenje očituje se u tome što dovodi do povećanog korištenja programa za oslobođenje poduzetnika. Na praktičnoj razini to znači sljedeću uzročno-posljedičnu situaciju: postojanje individualne odgovornosti dovodi do opasnosti pojedinaca da budu strogo kažnjeni (npr. kaznom zatvora), pa u sustavu koji predviđa oba tipa programa, pojedinac dobiva poticaj da podnese prijavu za individualno oslobođenje. Posljedica toga je stvaranje određene doze nesigurnosti kod poduzetnika (sudionika kartela) jer je svjestan da pojedinac koji prijavi kartel podnosi dokaze koji se mogu upotrijebiti protiv poduzetnika i koji na taj način biva izložen strogim sankcijama. Posljedica takve situacije je da poduzetnik također brzo podnosi prijavu za oslobođenje, a rezultat se očituje u primjeni individualnog instituta oslobođenja te dolazi do povećanog broja prijava za poduzetnike.⁶⁵

Može se zaključiti da pitanje individualne odgovornosti i s time povezane mogućnosti dobivanja pojedinačnog oslobođenja postaje aktualno u onim pravnim sustavima koji primjenjuju kaznene sankcije za fizičke osobe. U ostalim sustavima koji pretežno primjenjuju administrativne sankcije kao što je još uvijek pretežno slučaj u Europi i u kojima su pojedinci (zaposlenici i menadžeri) također obuhvaćeni oslobođenjem dodijeljenim poduzetniku, ne vidi se dovoljno snažan motiv za uvođenje posebnog individualnog programa za oslobođenje.

⁶³ Njemački program za oslobođenje od sankcije, Bundeskartellamt, Notice No. 9/2006 of the Bundeskartellamt on the Immunity from and Reduction of Fines in Cartel Cases, Leniency Programme, 7.3.2006. http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitlinien/Notice%20-%20Leniency%20Guidelines.pdf?__blob=publicationFile&v=5

⁶⁴ Britanske smjernice o prijavama za oslobođenje od kazne i drugi relevantni dokumenti iz srpnja 2013.: Application for leniency and no-action in cartel cases-OFT's detailed guidance, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284417/OFT1495.pdf Quick Guide to cartels and leniency for individuals, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284418/OFT1495i.pdf

⁶⁵ Spomenutu prednost individualnog programa za oslobođenje istaknuo je Hammond, SD iz USDOJ-a s riječima: "Prava vrijednost i mjera individualnog programa za oslobođenje nije u broju individualnih prijava koje zaprimamo, nego u broju prijava za oslobođenje poduzetnika do kojih dolazi uslijed pojedinačnih prijava." Hammond, S, D, "Cornerstones of an Effective Leniency Program", ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 2004.

VII Postoji li odgovornost fizičkih osoba za zabranjene sporazume (kartele) u RH?

U RH se prema ZZTN-u izriču upravno-kaznene mjere samo poduzetnicima, dakle, pravnim osobama, a pritom definicija poduzetnika u potpunosti odgovara definiciji iz europskog prava. Međutim, nekada se i u RH sankcioniralo odgovorne osobe u pravnim osobama, stari ZZTN iz 2003. godine propisivao je novčane sankcije i za odgovorne osobe ali se kasnijim usvajanjem novog ZZTN-a iz 2009. napustilo ovo pravno rješenje. Uzimajući u obzir da je upravo s tim ZZTN-om Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja dobila ovlast izravno izricati sankcije, šteta je da se napustilo ovo pravno rješenje jer bi zasigurno izricanje posebno kazni i odgovornoj osobi imalo dodatni i neophodni učinak odvraćanja. Posebno kada se promatra ranija praksa prema kojoj su prekršajni sudovi bili nadležni za izricanje sankcija i tijekom koje je vrlo rijetko dolazilo do sankcioniranja i pravnih i fizičkih osoba jer su predmeti najčešće padali u zastaru ili su kazne bilo znatno snižene primjenom Prekršajnog zakona.⁶⁶ Stoga bi u RH bilo korisno ponovno uvesti odgovornost odgovornih osoba poduzetnika za kršenja prava tržišnog natjecanja i prema njima primijeniti upravno-kaznene mjere. Ujedno bi bilo korisno razmisliti o uvođenju mjera diskvalifikacije direktora jer bi takve mjere u malom poslovnom okruženju kakvo je hrvatsko mogle imati značajne željeni odvratajući i sankcionirajući učinak jer bi izazvale negativan publicitet. Kaznene sankcije u RH propisane su samo za jedno kazneno djelo, namještanje u postupku javne nabave za koje se može kazniti osim novčanom kaznom i kaznom od 6 mjeseci do pet godina zatvora.⁶⁷ Što se tiče daljnjeg kaznenog sankcioniranja za fizičke osobe, polazeći od nerazvijene prakse Agencije u izricanju sankcija, možemo smatrati da je uvođenje šireg kaznenog sankcioniranja u RH preuranjeno jer najprije treba razviti praksu sankcioniranja od strane Agencije.

VIII Je li potrebno za povrede prava tržišnog natjecanja sankcionirati i fizičke, odgovorne osobe?

Kada je riječ o sankcijama njihov smisao jest u već više puta spomenutom odvratanju od ponovnog kršenja prava zaštite tržišnog natjecanja. Prema neoklasičnoj ekonomskoj teoriji odvratanje se definira kao direktna funkcija razine sankcije što u tradicionalnom smislu predstavlja gubitak osiguran od počinitelja.

Tri čimbenika utječu na odvratanje:

1. razina gubitka počinitelja koji su prekršili zakon i koji su otkriveni i kažnjeni,
2. pretpostavljena vjerojatnost da će biti otkriveni i optuženi,
3. pretpostavljena vjerojatnost da će biti pogrešno osuđeni ili oslobođeni.⁶⁸

Učinkovite sankcije trebale bi imati utjecaja i na odvratanje od ponovnog kršenja prava tržišnog natjecanja. Iz nekih praktičnih primjera proizlazi da je u uspješnom suzbijanju kartela neophodna što stroža kaznena sankcija kao odvratajući element od počinjenja takvih djela. Što je sa sustavima u kojima se ne primjenjuju kaznene sankcije? Može li se reći da su

⁶⁶ Agencija i danas primjenjuje odredbe Prekršajnog zakona za provođenje glavne rasprave zbog utvrđivanja visine sankcije ali se ista određuje u rasponu propisanom ZZTN-om i metodologijom propisanom u posebnoj Uredbi o kriterijima za izricanje upravno-kaznenih mjera, „Narodne novine“, broj 129/2010.

⁶⁷ Zloupotreba u postupku javne nabave, članak 254. KZ-a: "kazneno djelo čini onaj tko u postupku javne nabave stavi ponudu utemeljenu na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata koji ima za cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina"

⁶⁸ Vidi više, Buccirosi, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo & C. Vitali (2009); «Deterrence in Competition Law», GESY Discussion Paper No.25, October.

oni zato manje uspješni? Ne nužno ako se uzme u obzir primjerice EK koja uz visoke novčane sankcije postiže sličan efekt. Drugo pitanje koje se postavlja, djeluju li kaznene sankcije, osobito kazne zatvora kao snažan odvraćajući element za počinitelje-sudionike u kartelima? Sama činjenica podizanja visine sankcija nije dovoljna jer daje samo privid odvraćanja. Ono što je važnije za stvarno odvraćanje od novih kartela jest kredibilna, ozbiljna prijetnja koja dolazi iz broja uspješno riješenih predmeta.⁶⁹ Zato je neizbježno zapitati se, koliko su takve stroge sankcije učinkovite? Kada bi one bile sasvim učinkovite i imale željen zastrašujući i odvraćajući učinak, logično je za pretpostaviti da bi broj kartela bio zanemariv. Međutim, novija praksa otkrivanja kartela upravo pokazuje kako su poduzetnici i njihovi zaposlenici i dalje spremni riskirati radi dobivanja većih profita usprkos realne mogućnosti odlaska u zatvor i plaćanja vrlo visokih novčanih svota. Slijedom toga, može se zaključiti da stroge kazne nisu same po sebi učinkovite niti garancija prestanka kršenja prava.

Zaključak

Individualna odgovornost pojedinaca, fizičkih osoba iz poduzetnika odgovornih za kartel treba postojati u pravu tržišnog natjecanja. Međutim ta odgovornost treba biti personalizirana i ne nužno kaznena odgovornost. Naime, upitna je učinkovitost kaznenog sankcioniranja jer uz iznimku Irske i donekle Velike Britanije, kazneno sankcioniranje kartela u Europi ne funkcionira. Dodatno, i šire u svijetu statistike pokazuju da iako u nekim zemljama postoji opasnost od kazne zatvora zbog kartela, još uvijek se otkrivaju ovakvi zabranjeni dogovori. Što nam to govori? Da i najrigoroznija sankcija nije uvijek najučinkovitija. Stoga je neophodno osigurati prevenciju, raznim edukacijama i programima usklađenosti poslovanja s propisima o tržišnom natjecanju kojima će se direktori zaštititi od eventualnih kršenja prava i svoje odgovornosti. Istovremeno jest nužno i dalje s visokim sankcijama kažnjavati poduzetnike, ali je ujedno neophodno zadržati i odgovornost fizičkih osoba prema kojima je najučinkovitije primijeniti kombinaciju novčane kazne i mjera diskvalifikacije za direktore i druge odgovorne osobe. Nemogućnost obavljanja odgovornih funkcija u poduzetnicima kroz jedno duže, za osobnu profesionalnu karijeru značajno vrijeme, posebno u manjim državama s manjom poslovnom zajednicom, svakako je za očekivati da može imati potreban odvraćajući učinak, čak možda u određenoj mjeri i jači nego sama prijetnja kazne zatvora. U RH prioritet treba biti daljnji razvoj učinkovite prakse Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, s eventualnim razmatranjem uvođenja mjera diskvalifikacije odgovornih osoba. Individualna odgovornost i odvraćanje od kršenja propisa izravno su povezani i u tom smislu je za učinkovitu zaštitu prava tržišnog natjecanja svrsishodno da postoje i odgovornost fizičkih i pravnih osoba.

⁶⁹ Slične argumente iznosi i Stephan, A, «Will IMF requirement that Ireland strengthen competition law sanctions actually make a difference?», Competition Policy Word Press, 31.10.2011., na: <http://competitionpolicy.wordpress.com/2011/10/31/will-imf-requirement-that-ireland-str>

LITERATURA:

Ameye, E, „Spain: Authority fines entrepreneur for price-fixing speech“, 5.10.2012. GCR.

Arquit, K, Thacher S&Bartlett LLP, Buhart, T, Smith H LLP, Antoine, O, editors, "Leniency Regimes, jurisdictional comparisons", second edition, Reference, The European Lawyer Ltd, London, 2007.

Buccirosi, P., L. Ciari, T. Duso, G. Spagnolo & C. Vitali (2009); «Deterrence in Competition Law», GESY Discussion Paper No.25, October.

Calvani, T, «Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences», Part III Country Experiences with criminal law sanctions u Cseres, Schinkel, Vogelaar, Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Edgar, 2006.

Cerovac, M, «Karteli-suradnja sudionika zabranjenih sporazuma s antimonopolnim tijelima kao preduvjet za oslobađanje ili ublažavanje kazne», Hrvatska Pravna Revija, br. 9/2002, Inženjerski biro, rujan, 2002.

Cseres, K, J, Schinkel, M, P, Vogelaar, F, O.W., "Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Edgar, 2006.

Dimitris Loukas, Lefkothea Nteka, «Fightning the crisis-The Memorandum of Understanding on specific economic and competition policy conditionality for granting financial assistance: Greek point of view» E-competitions-National Competition Laws Bulletin, članak br. 37517.

Furse, M & Nash, S, «The Cartel Offence», Hart publishing, Oxford Portland Oregon, 2004.

Guy, D, «The UK's experience with criminal law sanctions» u Cseres, K, J, Schinkel, M, P, Vogelaar, F, O.W., "Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Part III Country Experiences with criminal law sanctions, Edgar, 2006.

Hammond, S, D, "Cornerstones of an Effective Leniency Program", ICN Workshop on Leniency Programs, Sydney, 2004.

Harding, C, «Business collusion as criminological Phenomenon: Exploring the Global Criminalisation of Business Cartels», Critical Criminology 14, str. 181-205, 2006.

Hugmark, K i Becher, M, „Dole v. Commission: Exchange of information between competitors on price- related parameters“, Journal of European Competition Law and Practice, volume 6, No. 9, 2015.

Jones, Harrison, „Criminal sanctions-an overview of EU and national case law“, E-Competitions, No. 6473, 25.3.2014.,

Kamnaki, M, «The UK OFT initiates criminal proceedings against cartel members for the first time in history following unprecedented levels of co-operation with US authorities (Marine

Hoses Cartel», E-Competitions, National Competition Laws Bulletin, Concurrences, članak br. 40756, 19.12.2007.

Kapural, M, „Primjena instituta oslobođenja ili smanjenja kazne u pravu tržišnog natjecanja“, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu, 2012.

Koskela, A, "Treatment of Whistleblowers in minimizing cartel damage", Department of Economics, Aalto University, School of Economics, Master's Thesis, 10.11.2011.

Lewis P, «Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria», Part III Country Experiences with criminal law sanctions in: Cseres, K, J, Schinkel, M, P, Vogelaar, F, O.W., "Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Edgar, 2006.

Röhring, M, „Nowhere to hide? Extradition in Antitrust Cases from a European Perspective“, Journal of European Competition Law and Practice, Volume 6, No. 3., 2015.

Sackers, E i Ysewyn, «EU Cartel Digest-Volume 2», Kluwer Law International, lipanj, 2008, UK, § 7.

Samadi, F, «Ireland enacts new enhanced competition law», Global Competition Review od 29.9.2011.

Stephan, A, «Will IMF requirement that Ireland strengthen competition law sanctions actually make a difference?», Competition Policy Word Press, 31.10.2011

Vollmer, C, «Experience with criminal law sanctions for competition law infringements in Germany» u Cseres, K, J, Schinkel, M, P, Vogelaar, F, O.W., Part III "Criminalization of Competition Law Enforcement- Economic and Legal Implications for the EU Member States", Edgar, 2006.

Wagner von- Papp, F, "Criminal antitrust law enforcement in Germany: The whole point is lost if you keep it a secret! Why didn't you tell the world, eh?", 2010.

Werner P, «Criminalization of Antitrust Law in Europe. Greek Court imposes criminal sanctions on managers in cartel case», Antitrust Alert, 13.4.2011.

Whish, R and Bailey, D, „Competition law“, eighth edition, Oxford University Press, 2015.

Whish, R, «Control of Cartels and other Anti-competitive Agreements», Competition Law Today-Concepts, Issues and the Law in Practice (Dhall, V, eds), Oxford, 2007, Chapter I.

Wijkmans, F, Tuytschaever, F, „Horizontal agreements and cartels in EU competition law“, Oxford University Press, 2015.

SUDSKA PRAKSA SUDOVA EU:

Predmet C-41/90 *Höfner&Elser v. Macrotron GmbH*, (1991)

Predmet *Vilho/Parker Pen* (1992) OJ L 233/27

Predmet C-22/98 *Jean Claude Becu* (1999) ECR I- 5665,

Predmet T-9/99 *HFB and others v. Commission* (2002) ECR II-1487

Predmet T-56/99 *Marlines v. Commission* (2003) ECR II-5225

Predmet C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P, C-213/02 P *Dansk Rorindustri and others v. Commission* (2005)

Predmet T-325/01 *Daimler Chrysler v. Commission* (2005) ECR II-3319

Predmet C-222/04 *Casa di Risparmio di Firenze and others v. Commission* (2006), ECR I-289

Predmet C-205/03 *P Fenin v. Commission* (2006), ECR I-6295

Predmet C-217/05 *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio* (2006) ECR I-11987

Predmet C-279/06 *CEPSA* (2008) ECR I-6681

Predmet C-286/13 *P Dole Food and Dole Fresh Fruit Europe v. Commission*, 19.3.2015.