

SUKOBLJENIM SREDSTVIMA DO KOMPLEMENTARNIH CILJEVA: KARTELSKI POKAJNICI U PARNICAMA ZA NAKNADU ŠTETE I USPOSTAVA RAVNOTEŽE IZMEĐU JAVNE I PRIVATNE PROVEDBE EUROPSKOG PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Izvorni znanstveni rad

UDK 347.733(4)EU

347.776(4)EU

347.512(4)EU

339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 4. rujna 2020.

Baldo Šoljan*

Pokajnički programi najučinkovitije su sredstvo za suzbijanje kartela na području Europske unije. Više od 90 % kartela u Europskoj uniji danas se otkriva upravo tom metodom. Osim javne provedbe pravo tržišnog natjecanja Europske unije pruža mogućnost i privatnim tužiteljima da od kartelista potražuju naknadu štete. Dva navedena sredstva dolaze u sukob kad privatni tužitelji radi pribavljanja dokaza za potrebe parnice od tijela za zaštitu tržišnog natjecanja traže pristup pokajničkim izjavama u njihovim spisima predmeta. Zbog niza nepovoljnih posljedica kojima bi otkrivanje pokajničkih izjava moglo izložiti pokajnike postoji bojazan da bi takva praksa mogla umanjiti motivaciju poduzetnika da sudjeluju u pokajničkim programima. Dvije su se mjere profilirale kao moguće rješenje spomenutog sukoba: 1) ograničenje pristupa pokajničkim izjavama i 2) ograničenje privatnopravne odgovornosti kartelskih pokajnika.

Ključne riječi: pravo tržišnog natjecanja, kartel, pokajnički programi, naknada štete, pokajničke izjave

1. UVOD

Europsko pravo tržišnog natjecanja generalno se percipira kao javnopravna disciplina unutar šireg pojma trgovačkog prava. Od svojih početaka razvijalo se kao skupina pravila o zabrani određenih ponašanja od strane poduzetnika koja imaju štetan učinak na slobodnu i ravnopravnu tržišnu utakmicu, a u slučaju Europske unije i na ostvarenje cilja uspostave zajedničkog (unutarnjeg) tržišta.¹ Provedba tih pravila povjerena je javnim tijelima koja imaju kapacitete i ovlasti istraživati, prepoznati i sankcionirati njihovo kršenje – Europskoj komisiji (Komisija) na razini Europske unije i nacionalnim agencijama za zaštitu tržišnog natjecanja (nacionalne agencije) na razini država članica (tijela za zaštitu tržišnog natjecanja). U svrhu što efikasnijeg suzbijanja protuzakonitog

* Baldo Šoljan, odvjetnički vježbenik u odvjetničkom društvu Madirazza & Partneri

¹ Parret, Laura. Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate About the Objectives of EU Competition Law and Policy, *European Competition Journal*, 6 (2010), 2, 339-376, str. 346.

ponašanja tijelima su postupno davane veće i kreativnije ovlasti. Jedno od najjačih oružja kojima Komisija i nacionalne agencije raspolažu u suzbijanju najtežih oblika povrede tržišnog natjecanja jest institut imuniteta kartelskih pokajnika, odnosno oslobađanje od upravno-kaznene mjere prvog člana kartela koji dobrovoljno pristupi tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja nudeći potpunu suradnju u razotkrivanju kartela. Imunitet pokajnika ne samo što se pokazao kao vrlo atraktivan dodatak dotadašnjem tradicionalnom arsenalu sredstava već je s vremenom preuzeo i ulogu najefikasnije i najčešće korištene metode za suzbijanje kartela, osobito u praksi Komisije. Karteli su naime, osim što su od svih oblika narušavanja tržišnog natjecanja najopasniji i najizravnije ugrožavaju tržišnu utakmicu, po svojoj prirodi tajni i teško uočljivi, a još teže dokazivi. Formalni dokazi o njihovu formiranju uglavnom su vrlo dobro skriveni, a ne moraju nužno ni postojati. U takvim je situacijama stoga od presudne važnosti svjedočanstvo člana kartela koji je pod pritiskom rizika od razotkrivanja i straha od visoke novčane kazne odlučio nadležnom tijelu predočiti dovoljnu količinu dokaza, odnosno dovesti ga do nje, kako bi se kartelni sporazum razotkrio i kartel uspješno suzbio.²

S druge strane paralelno s javnim progonom protutržišnog ponašanja pravo tržišnog natjecanja pruža mogućnost naknade štete prouzročene takvim ponašanjem. Kartelni sporazumi, ako se provedu u djelo, rezultiraju kontrolom i ujednačavanjem cijena među konkurentima, međusobnom podjelom tržišta u smislu teritorija i u smislu kupaca te stvaranjem prepreka za ulazak na tržište novim konkurentima. Krajnji cilj takvih dogovora i njihovih učinaka u konačnici je uklanjanje tržišne utakmice i mogućnost nesmetanog nametanja netržišnih cijena, bez straha od konkurencije. Studije pokazuju da karteli u prosjeku uspijevaju podići cijene za 18 %, a najveći slučaj prenaplate proizvoda od strane kartela u Europskoj uniji 2018. bio je čak 53 %.³ Akumulacijom takvih preplata potrošači, a osobito poduzeća na silaznom tržištu koja su kupci članova kartela, trpe značajnu štetu. Za njih gubici u obliku preplata robe i usluga često dovode i do značajnih daljnjih gubitaka u vidu izmakle dobiti, ili čak do nemogućnosti opstanka na tržištu. Osoba koja može dokazati da joj je zbog postojanja kartela i njegovih štetnih učinaka (i općenito zbog bilo kakve povrede prava tržišnog natjecanja) nastala određena šteta ima pravo pred sudom tražiti naknadu te štete. Ta sfera prava tržišnog natjecanja spada u privatnopravni režim i usko je povezana sa svojim javnopravnim pandanom. Međutim zbog razlike u interesima koji se primarno štite svakom od tih pojedinih sfera, kao i zbog načina na koji se njima ta zaštita pruža, javnopravna i privatnopravna provedba prava tržišnog natjecanja povremeno dolaze u sukob.

Jedna od najznačajnijih manifestacija tog sukoba jest potencijalno potkopavanje svrhe i učinkovitosti instituta imuniteta pokajnika u slučajevima kad žrtve od članova na taj način razotkrivenog kartela pred sudom traže kompenzaciju štete koju su zbog njega pretrpjele.

² Wills, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years, *World Competition*, 39 (2016), 3, 327-388, str. 337.

³ Laborde, Jean-Francois. Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges, *Concurrences* 1 (2018), 88877, str. 5.

Naime u slučajevima kartela općenito je izražena asimetrija informacija⁴ kako između članova kartela i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja tako i između članova kartela i njihovih žrtava. Da bi dokazali postojanje kartela i njegovu uzročnu vezu sa štetom koju su pretrpjeli, tužiteljima su potrebni dokazi koje najčešće imaju članovi kartela ili tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Komisija, odnosno nacionalne agencije, do informacija i dokaza dolaze sredstvima koja su im na raspolaganju u upravnom postupku: istraživanjem tržišta, nenajavljenim pretragama, prikupljanjem izjava, pokajničkim izjavama i raznim drugim. Tužitelji s druge strane nemaju takve mogućnosti i na raspolaganju im stoje parnična procesna sredstva pribavljanja dokaznih isprava od suprotne stranke. Ta su sredstva za tužitelje vrlo ograničavajuća budući da nisu adekvatno krojena za potrebe parnica za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Naime da bi se sudskim putem od tuženika moglo tražiti predočenje dokaza, zatraženi dokazi moraju biti u dovoljnoj mjeri specificirani. Također, tužitelji nisu u mogućnosti iskoristiti tu mogućnost sve dok se ne upuste u parnicu. Tužiteljima tada na raspolaganju ostaje pribavljanje dokaza od treće osobe, odnosno tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, koje ih je pak pribavilo sredstvima javne prisile i ostalim sredstvima upravnog postupka. Dapače, u slučaju kartela koji je razotkriven pomoću instituta imuniteta pokajnika tim putem tužitelji su u teoretskoj mogućnosti doći i do pokajničkih izjava u kojima su sadržane praktički sve bitne informacije o postojanju i načinu funkcioniranja kartela. Opasnost za ravnotežu između javne i privatne provedbe prava tržišnog natjecanja proizlazi iz činjenice da predočenje pokajničkih izjava javnosti, a osobito potencijalnim tužiteljima, može u značajnoj mjeri narušiti atraktivnost tog instituta za potencijalne pokajnike. Naime glavna motivacija pokajnika da pristupe tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja i odaju sudionike kartela leži u garanciji da će prvome takvu pokajniku sudjelovanje u kartelu biti oprošteno, odnosno da će izbjeći rigoroznu sankciju u obliku novčane kazne. Praksa tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom bi se dobrovoljno predane pokajničke izjave otkrivale trećim osobama na njihov zahtjev ili čak zahtjev suda izložila bi pokajnike višestrukim nepovoljnim posljedicama. Pokajničke izjave mogu sadržavati vrlo osjetljive podatke i poslovne tajne čije bi otkrivanje javnosti pokajnike moglo dovesti do vrlo nepovoljne pozicije na tržištu. Također, informacije i dokazi vezani uz pokajničku izjavu mogu znatno povećati šanse za uspjeh tužitelja u parnici i izložiti pokajnika plaćanju visokih naknada štete. Štoviše, pristup pokajničkoj izjavi mogao bi pokajnika učiniti primarnom metom tužitelja, što ga, s obzirom na solidarnu narav odgovornosti za štetu prouzrokovanu kartelom, stavlja u osobito nepovoljan položaj ne samo prema tužiteljima već i prema ostalim sudionicima kartela. Sve navedene opasnosti mogle bi članove kartela, odnosno potencijalne pokajnike, obeshrabriti pri posezanju za mogućnošću stjecanja imuniteta ili barem smanjiti opseg njihove suradnje s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja.

⁴ Gulińska, Anna. Collecting Evidence Through Access to Competition Authorities' Files – Interplay or Potential Conflicts Between Private and Public Enforcement Proceedings?, *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies (YARS)* 8 (2015), 12, 161-180, str. 164.

Rasprave na tu temu pojavile su se u diskursu europskog prava tržišnog natjecanja početkom 21. stoljeća. Prva presuda Suda Europske unije kojom je prepoznato pravo na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja Europske unije donesena je 2001. godine.⁵ Usljed donošenja navedene presude Europska je komisija pokrenula studiju u svrhu istraživanja privatnih tužbi vezanih uz pravo tržišnog natjecanja. Studija je 2004. godine rezultirala opsežnim izvještajem koji je upozorio na temeljnu nerazvijenost te pravne grane u jurisdikcijama država članica Europske unije.⁶ Taj je izvještaj zatim popraćen objavom dvaju *soft law* dokumenata vrlo bitnih za razvoj privatne provedbe prava tržišnog natjecanja u Europi: Zelene⁷ i Bijele⁸ knjige o naknadi štete nastale zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Zelena i Bijela knjiga, među ostalim, dotaknule su se i potencijalne problematike odnosa pokajničkog imuniteta i naknada štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Prvo stajalište o navedenoj problematici Sud EU-a zauzeo je tek 2011. godine u predmetu *Pfleiderer*,⁹ a dvije godine poslije i u predmetu *Donau Chemie*.¹⁰ Rasprava se tada značajno proširila i europskim akademskim i znanstvenim krugovima, međutim samo pitanje, kao ni pitanje tužbi za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja na razini prava Europske unije, još uvijek nije bilo regulirano. Prva regulacija te materije nastupila je 2014. godine u obliku direktive¹¹ kojom su opsežno utvrđeni standardi ostvarivanja prava na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja u državama članicama (Direktiva).

Dva su se pitanja profilirala kao ključna u problematici odnosa imuniteta pokajnika i prava na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja: 1) pristup pokajničkim izjavama i vezanim dokumentima u parnicama za naknadu štete i 2) opseg odgovornosti pokajnika za štetu prouzročenu kartelom. Direktiva je u odnosu na ta pitanja zauzela čvrsta stajališta koja, ovisno o pojedinom pitanju, više ili manje odstupaju od dotadašnjih stajališta zauzetih u Zelenoj i Bijeloj knjizi, kao i od stajališta Suda EU-a. Prema tekstu Direktive tužiteljima u parnicama za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog

⁵ U presudi C-453/99 od 20. rujna 2001., *Courage / Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, Sud ističe da tužbe za naknadu štete pred nacionalnim sudovima mogu stvoriti znatan doprinos održavanju učinkovite tržišne utakmice u Europskoj zajednici. Već i prije spomenute presude nezavisni odvjetnik Van Gerven izrazio je 1993. u predmetu C-128/92 od 13. 4. 1994., *H. J. Banks & Co. Ltd / British Coal Corporation*, ECLI:EU:C:1994:130, stav da bi sud trebao prepoznati pravo na naknadu štete nastale zbog povrede članaka 81. i 81. Ugovora o EEZ-u ističući da bi takvo pravilo bilo korisno za njihovu primjenu. Vidi Wills, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, *World Competition*, 26 (2003), 3, 473-488, str. 480.

⁶ Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of [EU] competition rules, 31. kolovoza 2004. ("Ashurst Report"), dostupno na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>.

⁷ Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2005) 1732} /* COM/2005/0672 final */.

⁸ White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406} /* COM/2008/0165 final */.

⁹ Sud EU, C-360/09 od 14. 6. 2011., *Pfleiderer AG / Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389.

¹⁰ Sud EU-a, C-536/11 od 6. 7. 2013., *Bundeswettbewerbsbehörde / Donau Chemie AG i drugi*, ECLI:EU:C:2013:366.

¹¹ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije.

natjecanja potpuno je onemogućen pristup pokajničkim izjavama koje se nalaze pri tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja. Također, odgovornost pokajnika za štetu ograničena je na štetu koju su pretrpjeli njegovi izravni i neizravni kupci, uz uklanjanje solidarnosti s ostalim članovima kartela, osim u slučaju njihove insolventnosti. Direktiva je u Republici Hrvatskoj implementirana 30. lipnja 2017. Zakonom o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja.¹²

U pravnoj zajednici postoje različita oprečna mišljenja o optimalnim rješenjima spomenutih pitanja. Kritičari Direktive upozoravaju na rješenja iznesena u presudama Suda EU-a, kao i na rješenja drugih jurisdikcija, osobito Sjedinjenih Američkih Država, ali i nekih rješenja članica Europske unije prije implementacije Direktive. Također, neki kritičari predlažu originalna, dosad neimplementirana rješenja, temeljena na ekonomskoj i matematičkoj analizi njihovih ishoda. Cilj je ovog rada analizirati i usporediti navedena *de lege lata* i *de lege ferenda* rješenja, kao i istaknuti autorovo mišljenje o navedenoj tematici. U sljedećim će se odlomcima stoga iznijeti pregled razvoja instituta imuniteta pokajnika i instituta naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Nakon toga bit će iznesena neka od najistaknutijih mišljenja u pogledu uspostave ravnoteže u odnosu između dva instituta kroz regulaciju dvaju spomenutih pitanja, kao i autorov stav o iznesenim prijedlozima. Ključne ideje i opservacije bit će sažete i izložene u zaključku rada.

2. IMUNITET POKAJNIKA

Sama ideja pružanja imuniteta, odnosno umanjivanja kazne počiniteljima protupravnih radnji u zamjenu za njihovu suradnju kako bi se procesuirali ostali sudionici, vjerojatno je stara koliko i kazneni progon.¹³ U pravo tržišnog natjecanja takva je praksa po prvi put implementirana 1978. godine, kad je *Department of Justice* u SAD-u donio prvi „*Corporate Leniency Policy*“. Tim dokumentom u američki antitrust uveden je takozvani „*corporate amnesty*“, odnosno oslobođenje od kaznene odgovornosti poduzetnika koji stupi pred *Department of Justice* te prijavi ilegalnu aktivnost u kojoj je sudjelovao.¹⁴ U Europi se institut imuniteta kartelskih pokajnika pojavio 1996. godine objavom Komisijine obavijesti o neizricanju ili smanjivanju kazni u kartelskim slučajevima (Obavijest).¹⁵ Iako vidljivo inspiriran američkim „*Corporate Leniency Policy*“ iz 1993. godine,¹⁶ zbog razlike u pravnoj prirodi sankcija koje se izriču u slučajevima protutržišnog ponašanja u SAD-u i EU-u¹⁷ imunitet uveden Obaviješću nešto je drugačiji od američkog modela. Naime budući

¹² Zakon o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja, NN 69/17.

¹³ Katyal, Neal Kumar. *Conspiracy Theory*, Yale Law Journal, 112 (2003), 6, 1330-1331, str. 1307.

¹⁴ *Corporate Leniency Policy 1993*, Department of Justice, United States of America.

¹⁵ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, [1996] OJ C207/4.

¹⁶ Wills, Wouter P. J. *The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years*, *Op. cit.*, str. 3 (bilješka 2).

¹⁷ U SAD-u karteli su odredbama *Sherman Acta* sankcionirani kao kazneno djelo kriminalnog udruženja („felony“). Korporacije mogu biti kažnjene novčanom kaznom do 16 milijuna dolara, a pojedinci kaznom zatvora do tri godine i novčanom kaznom do 350 000 dolara. Ako su u kriminalno udruženje uključene i korporacije i pojedinci, novčana kazna može biti povećana i do dvostrukog iznosa dobiti ostvarene kaznenim djelom ili do dvostrukog iznosa štete koju su žrtve kartela pretrpjele. Za razliku od SAD-a

da su kazne koje Komisija izriče u slučajevima kršenja prava tržišnog natjecanja upravno-pravne, a ne kaznenopravne prirode, sam imunitet od takvih kazni predstavlja svojevrsno odstupanje od originalnog izvora ideje imuniteta pokajnika kao instituta kaznenog prava.¹⁸ Već i prije same Obavijesti Komisija je u nekoliko odluka naznačila postojanje osnova za oslobođenje od kazne poduzetnika koji su, iako sudionici, doprinijeli skretanju pažnje na ponašanje sankcionirano tim odlukama.¹⁹ Međutim, za razliku od jednostavno izraženog stava u spomenutim odlukama, Obaviješću je, iako se radi o *soft law* sredstvu, imunitet pokajnika *de facto* institucionaliziran.²⁰ Obavijest je 2002. zamijenjena novom,²¹ a zatim još jednom 2006. godine.²²

Prema tekstu Obavijesti iz 2006. godine poduzetniku koji otkrije svoje sudjelovanje u kartelu te prvi pruži informacije i dokaze koji će, po mišljenu Komisije, omogućiti provođenje ciljane istrage vezane uz kartel bit će pružen imunitet od bilo kakve kazne koja bi mu bila izrečena u normalnim okolnostima. U slučaju da nijednom poduzetniku nije dodijeljen imunitet do trenutka u kojem je pokrenuta istraga, imunitet također može steći pokajnik koji Komisiji pruži informacije i dokaze dovoljne za donošenje odluke o povredi. Bitna je pretpostavka da Komisija u trenutku podnošenja prijave za dodjelu imuniteta nije sama raspolagala dovoljnom količinom dokaza kako bi pokrenula istragu,

Europska unija nema nadležnost u domeni kaznenog progona. S obzirom na to kazne koje Komisija izriče kršiteljima odredbi europskog prava tržišnog natjecanja isključivo su administrativne prirode. Vidi Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, YARS 11 (2018), 18, 61-83, str. 63.

¹⁸ Budući da su sankcije za povrede pravila antitrusta u američkom pravu propisane kaznenopravnim propisima i izriču se u kaznenim postupcima koji se vode po pravilima američkog kaznenog procesnog prava, ovime se htjelo naglasiti da je na taj način jedan specifičan i tipičan institut kaznenog prava zapravo "transplantiran" u granu prava koja je po svojoj prirodi i korijenima, ali najviše po postupku provedbe, zapravo dio upravnog prava. Sam praktični značaj te razlike najbolje se vidi u tome što u američkom pravu povrede pravila antitrusta predstavljaju kaznena djela za koja su zapriječene kazne zatvora, stoga kartelski pokajnici u Americi, odnosno njihovi pravni zastupnici, osim što time izbjegavaju visoke novčane kazne, kao što je to slučaj u Europi, sudjelovanjem u pokajničkim programima ujedno izbjegavaju i neugodne osobne sankcije zatvorskih kazni.

¹⁹ Wood Pulp, [1985] OJ L85/1; Polypropylene, [1986] OJ L230/1; Cartonboard, [1994] OJ L243/52; Franco-West-African Shipowners Committees, [1992] OJ L134/1; Tretorn, [1994] OJ L378/45; vidi Wills, Wouter P. J., Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice, World Competition: Law and Economics Review, 30 (2007), 1, 25-64.

²⁰ Najcitiranija definicija pojma *soft law* jest ona profesora Francisa Snydera, koji pod njime podrazumijeva pravila koja, u principu, nemaju pravno obvezujuću snagu, ali koja usprkos tome mogu imati praktične, pa čak i pravne učinke. Sud Europske unije spomenute pravne učinke *soft law* dokumenata priznaje indirektno, preko općih načela EU-a: donošenjem dokumenata kao što je Obavijest Komisija ograničava svoju diskreciju postavljajući legitimna očekivanja u pogledu svog budućeg postupanja. Komisija bi se prema tome odstupanjem od pravila koja je sama uspostavila u takvim dokumentima dovela u poziciju povrede načela jednakog postupanja i načela pravne sigurnosti. Sud je tako presudom u predmetu Dansk Rørindustri priznao pravno obvezujuće učinke Komisijinih Smjernica o metodi za utvrđivanje novčanih kazni (Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation No 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty, OJ 1998, C 9/3), a u predmetu BASF Sud je Komisijinu odluku proglasio nezakonitom upravo zbog pogrešne primjene Obavijesti. Vidi Štefan, Oana. Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance, Maastricht Journal of European and Comparative Law 21 (2014), 2, 359-379; Sud EU-a, spojeni slučajevi C-189, 202, 205, 208 & 213/02 od 28. 6. 2005., Dansk Rørindustri i drugi / Komisija, ECLI:EU:C:2005:408, t. 211; Sud EU, T-15/02 od 26. 3. 1992., BASF AG / Komisija, ECLI: ECLI:EU:T:1992:46, t. 541.

²¹ Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, [2002] OJ C45/3.

²² Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17.

odnosno donijela odluku o povredi. Da bi stekao imunitet, pokajnik mora Komisiji podnijeti pokajničku izjavu (*Corporate Leniency Statement*) u pisanom ili usmenom obliku. Izjava mora sadržavati detaljan opis kartelnog sporazuma (proizvode na koje se kartel odnosi, zemljopisni opseg i trajanje kartela, sudionike, datume, lokacije, načine dogovaranja i sl.) i dokaze koji su u posjedu pokajnika ili su mu dostupni, a koji upućuju na postojanje kartela – po mogućnosti one dokaze koji datiraju iz vremena formiranja kartela. Poduzetnik je dužan iskreno, potpuno, pravovremeno i kontinuirano surađivati s Komisijom tijekom cijelog postupka. To uključuje i zabranu uništavanja, krivotvorenja ili sakrivanja dokaza. Također, poduzetnik je dužan odmah po podnošenju prijave za stjecanje imuniteta prekinuti sudjelovanje u kartelu, osim ako bi nastavak sudjelovanja bio nužan kako se ne bi narušio integritet istrage. Osim imuniteta od kazne prvome pokajniku Obaviješću je uvedeno i umanjeње kazne ostalim poduzetnicima koji doprinesu otkrivanju kartela pružajući dokaze koji predstavljaju značajnu dodanu vrijednost dokazima koji su već u posjedu Komisije. Za umanjeње kazne potrebno je također ispuniti sve spomenute uvjete u pogledu suradnje i prekida protupravnog ponašanja. Prvom poduzetniku koji pruži dovoljno dodatnih dokaza kazna će biti umanjena za 30–50 %, drugome za 20–30 %, a ostalima za do 20 %. Kriteriji po kojima se određuje dodana vrijednost dodatnih dokaza jesu snaga koju ti dokazi daju dokazima u posjedu Komisije, njihova priroda i stupanj detaljnosti te mogućnost Komisije da uz pomoć njih dokaže povredu. Poduzetnik koji je svojim djelovanjem prisilio druge poduzetnike da pristupe ili ostanu u kartelu nema pravo na imunitet, ali ima pravo na umanjeње kazne ako ispuni sve potrebne uvjete.²³

Poduzetnik koji želi zatražiti imunitet stupa u kontakt s Komisijinom Općom upravom za tržišno natjecanje. Dvije su vrste zahtjeva poduzetniku na raspolaganju: a) službeni zahtjev za oslobađanje od kazne, koji sadrži kompletnu pokajničku izjavu sa svim informacijama i dokazima potrebnim za pokretanje istrage, odnosno donošenje odluke o povredi, ili b) zahtjev za zabilježbom. Zabilježbom se za poduzetnika štiti mjesto u redu kako bi mu se omogućilo prikupljanje potrebnih podataka i dokaza. Zabilježba sadrži podatke koji se odnose na poduzetnikov naziv i adresu, strane u navodnom kartelu, proizvode i područja o kojima se radi, procijenjeno trajanje te prirodu ponašanja kartela. Poduzetnik pri podnošenju zahtjeva za zabilježbu također mora obavijestiti Komisiju o bilo kojim drugim prošlim ili budućim zahtjevima za oslobođenje ili smanjenje kazne pri drugim nadležnim tijelima te mora opravdati svoj zahtjev. Ako Komisija odobri zabilježbu, poduzetnik je dužan u danom roku prikupiti i dostaviti zatražene dokaze. Jednom kad podnositelj dopuni zabilježbu u roku koji su odredile službe Komisije, smatra se da su podaci i dokazi dostavljeni na datum kada je zabilježba priznata. Pri podnošenju službenog zahtjeva poduzetnik može određene podatke iznijeti i u hipotetskom smislu: konkretno, podatke o podnositelju i sudionicima kartela – te podatke može otkriti naknadno, predočenjem zatraženih dokaza u daljnjem postupku. Bilo da je prijava

²³ Wills, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years, *Op. cit.*, str. 3-6; Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases, [2006] OJ C298/17, t. 8-13, 23-26.

podnesena temeljem zabilježbe te kasnije dopunjena, bilo da je podnesena putem službenog zahtjeva (potpunog ili hipotetskog), ako Komisija utvrdi da su načelno ispunjeni uvjeti za dodjelu imuniteta, obavijestit će poduzetnika da mu je dodijeljeno uvjetno oslobođenje od kazne. Dok ne zauzme stav o prvoj podnesenoj prijavi za oslobođenje, Komisija neće razmatrati ostale prijave. Ako Komisija utvrdi da poduzetniku nije moguće dodijeliti uvjetno oslobođenje od kazne, poduzetnik može povući otkrivene dokaze ili može zatražiti od Komisije da ih razmotri u svrhu smanjenja kazne. Poduzetniku za kojeg na kraju upravnog postupka bude utvrđeno da je ispunio sve uvjete u pogledu suradnje s Komisijom i prekida sudjelovanja u kartelu Komisija će donijeti odluku o oslobađanju od kazne. U slučaju da bilo koji od propisanih uvjeta nije ispunjen ili se to naknadno otkrije, poduzetniku će biti uskraćeno oslobađanje od kazne. Pri podnošenju zahtjeva za umanjenje kazne postupak je sličan prethodno opisanom, osim što ne postoji mogućnost zabilježbe: nakon što Komisija razmotri dodatne dokaze koje je poduzetnik podnio i utvrdi da udovoljavaju uvjetima za umanjenje kazne, na kraju upravnog postupka donijet će odluku o stupnju umanjenja. Također, Komisija neće u razmatranje uzeti zahtjeve drugih poduzetnika dok ne razmotri zahtjev prvog poduzetnika.²⁴

Od prvog uvođenja instituta donošenjem Obavijesti pa do danas uporaba imuniteta kartelskih pokajnika od strane Komisije doživjela je strelovit uzlet. U razdoblju od 1996. do 2000. godine od 10 otkrivenih i kažnjenih kartela tek jedan je otkriven korištenjem tog instituta. Međutim već u sljedećem razdoblju od 2001. do 2005. godine na taj je način otkriveno čak 20 od 33 kartela. Radi se o skoku s 10 % na 61 % slučajeva u kojima je korišteno davanje imuniteta. Postotak se sljedećih godina nastavio povećavati te je do 2015. dosegnuo čak 91 % – 21 od 23 kartela u razdoblju od 2011. do 2015. otkriven je uz pomoć dodjele imuniteta pokajnicima. Također, u većini slučajeva u kojima je prvome pokajniku dodijeljen imunitet došlo je i do umanjenja kazne ostalim poduzetnicima koji su pružili dodatne dokaze. Štoviše, istraživanje na uzorku od 52 slučaja kartela u razdoblju od 2004. do 2014. pokazalo je da je u 94 % predmetnih slučajeva barem jedan poduzetnik podnio prijavu Komisiji radi dodjele imuniteta – ukupno 186 od 333 (56 %) poduzetnika uključenih u navedene slučajeve zatražilo je imunitet, a za 36 njih (11 %) imunitet je dodijeljen. Za čak 117 (35 %) ostalih poduzetnika kazna je bila umanjena.²⁵ Iz navedenih postotaka vidljivo je ne samo koliko je taj institut koristan Komisiji u suzbijanju kartela već i koliko je primamljiv samim poduzetnicima koji pomoću njega nastoje izbjeći ili barem umanjiti potencijalnu kaznu.

Države članice EU-a imunitet pokajnika počele su u svoja zakonodavstva uvoditi vrlo brzo nakon donošenja Komisijine Obavijesti. Počevši s Njemačkom i Ujedinjenim Kraljevstvom 2000. godine, do danas su u svoje zakonodavstvo taj institut uvele sve članice osim Malte. Iako se imunitet pokajnika u jurisdikcije država članica uvodio po uzoru na model iz Obavijesti te iako je temeljem odredaba Uredbe 1/2003²⁶ uspostavljena obveza suradnje

²⁴ Ibidem, t. 14-22, 27-30.

²⁵ Ibidem, str. 9-10.

²⁶ Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u.

između nacionalnih agencija te nacionalnih agencija i Komisije kako bi se osiguralo uniformnije provođenje europskog prava tržišnog natjecanja, implementacija instituta u državama članicama provedena je autonomno, što je rezultiralo određenim razlikama između Komisijinog modela i modela nacionalnih agencija država članica. Kako bi se navedene razlike smanjile, Komisija je 2006.²⁷, a zatim i 2012. godine²⁸ donijela tzv. Model Leniency Programme (MLP) kao *soft law* sredstvo postavljanja minimalnih standarda za imunitet kartelskih pokajnika u državama članicama.²⁹ *Ratio* potrebe za ujednačavanjem nacionalnih instituta imuniteta jest pravna sigurnost, koja je prijeko potrebna kako bi se održala atraktivnost instituta. Naime u slučajevima velikih međunarodnih kartela nadležnost za pokretanje postupaka istovremeno može imati više nacionalnih agencija. U takvim će slučajevima pokajnici otkriti svoje sudjelovanje u kartelu pred jednom agencijom samo ako su sigurni da će učinkovito pravo na imunitet imati i pred ostalim nacionalnim agencijama koje ih potencijalno mogu procesuirati.³⁰ Iako je do određenog stupnja konvergencije među institutima došlo pod utjecajem MLP-a, pravna narav tog dokumenta ipak nije omogućila potpuno usklađivanje, koje je, po mišljenju Komisije, potrebno za uspostavu učinkovitog sustava imuniteta na području Europske unije. Iz tog je razloga 2018. godine donesena tzv. ECN+ Direktiva,³¹ kojom su utvrđeni minimalni standardi provedbe prava tržišnog natjecanja u državama članicama. Među ostalim, ECN+ Direktiva određuje da sve države članice u sklopu postupka za provedbu prava tržišnog natjecanja moraju raspolagati imunitetom pokajnika, tj. „pokajničkim programom“, te specificira oblike i uvjete ostvarivanja prava na imunitet. U suštini se ECN+ Direktiva svojim sadržajem ne razlikuje od MLP-a, osim što su njezine odredbe pravno obvezujuće za države članice. I MLP i ECN+ Direktiva standarde pokajničkog programa u velikoj mjeri uređuju u skladu s odredbama Obavijesti, međutim neke razlike u odnosu na Obavijest ipak postoje. Najveća posebnost usklađivanja pokajničkih programa s MLP-om i ECN+ Direktivom jesu tzv. skraćeni zahtjevi za stjecanje imuniteta. Svrha skraćenih zahtjeva jest osigurati mjesto u redu pred nacionalnim agencijama kad je zahtjev već podnesen Komisiji ili nekoj drugoj nacionalnoj agenciji. Naime karteli koji se protežu na tri ili više država članica pod nadležnošću su Komisije, ali i svake od relevantnih nacionalnih agencija. Komisija ne mora nužno preuzeti svaki takav slučaj, već ga može prepustiti državama članicama. Budući da potencijalni pokajnik ne može znati pred kojim će od navedenih tijela postupak biti pokrenut, tim je institutom njegov položaj olakšan mogućnošću da, nakon što podnese zahtjev Komisiji, nacionalnim agencijama podnese skraćenu verziju zahtjeva koja sadrži osnovne podatke o kartelu. Na taj način, ako

²⁷ ECN Model Leniency Programme – verzija na engleskom dostupna na http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf (16. 5. 2018.).

²⁸ ECN Model Leniency Programme (As revised in November 2012) - verzija na engleskom dostupna na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf (16. 5. 2018.).

²⁹ Wills, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years, *Op. cit.*, str. 7.

³⁰ Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 64.

³¹ Direktiva (EU) 2019/1 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. prosinca 2018. o ovlaštivanju tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje za učinkovitiju provedbu pravila o tržišnom natjecanju i osiguravanju pravilnog funkcioniranja unutarnjeg tržišta.

Komisija ne pokrene postupak, skraćena prijava pri agenciji koja je umjesto nje pokrenula postupak imat će jednak učinak kao i zabilježba, odnosno službeni zahtjev.³²

S obzirom na njegovu neobvezujuću narav i minimalnu harmonizaciju kao cilj, sam MLP nije uspio u potpunosti izjednačiti institut među državama članicama. Tako u određenim jurisdikcijama, kao što su Poljska, Mađarska, Litva, Austrija i (donedavno relevantno) Ujedinjeno Kraljevstvo, imunitet pokajnika ima širu primjenu od isključivo kartelskih slučajeva.³³ Poljski imunitet pokajnika primjerice primjenjiv je općenito na svaku povredu čl. 101. UFEU-a, odnosno poljskog ekvivalenta te odredbe.³⁴ U Litvi i Mađarskoj imunitet se dodjeljuje ne samo u slučajevima kartela već i u slučajevima vertikalnih sporazuma kojima je cilj dogovaranje cijena.³⁵ S druge strane u Poljskoj i Litvi pravilo je da imunitet nije moguće dodijeliti poduzetniku koji je ostale poduzetnike „ohrabrivao“, odnosno „inicirao“ formaciju kartela. Za razliku od Obavijesti i MLP-a koje onemogućuju dodjelu imuniteta poduzetniku koji je „prisilio“ ostale poduzetnike da se pridruže ili ostanu u kartelu, takve odredbe u znatnoj mjeri sužavaju krug potencijalnih pokajnika, a samim time i opseg primjene instituta. U Litvi je zatim pokajničku izjavu moguće podnijeti samo u pismenom obliku, i to isključivo prije trenutka pokretanja istrage.³⁶ Najznačajnija posebnost međutim, koja određene jurisdikcije obilježava u odnosu na Obavijest i MLP, jest takozvani „Leniency Plus“. Radi se o institutu koji je dostupan u nekoliko zemalja, kao što su (donedavno relevantno) Ujedinjeno Kraljevstvo ili Poljska, i kojim se poduzetnicima koji su zatražili smanjenje kazne u odnosu na jednu povredu (kartel) kazna može dodatno smanjiti ako prvi podnesu zahtjev za imunitet u pogledu druge povrede u koju su uključeni.³⁷ Taj institut u svakom slučaju uspostavlja povoljniji režim za potencijalne pokajnike te pokajnički program nedvojbeno čini privlačnijim, međutim u isto vrijeme izazvao je kritike vezane uz prekomjerno popustljiv pristup u odnosu na višestruke prijestupnike te opasnost od potkopavanja efikasnosti i same svrhe pokajničkih programa.³⁸

Rok za implementaciju ECN+ Direktive jest 4. veljače 2021. godine,³⁹ stoga u ovom trenutku nije moguće ocijeniti stvarnu efikasnost njezinih rješenja u pogledu konvergencije nacionalnih pokajničkih programa. Budući da ECN+ Direktiva za određene

³² Ibidem, čl. 22; Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 75; Szot, Patrycja. The Polish Leniency Programme and the Implementation of the ECN+ Directive Leniency-related Standards in Poland, YARS 12 (2019), 20, 9-54, str. 39-40.

³³ Good practices for incentivising leniency applications, 30. travnja 2019., International Competition Network (Podskupina 1 radne grupe za kartele), str. 23 (tablica 1).

³⁴ Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 68.

³⁵ Surblytė-Namavičienė, Gintarė. Implementing the ECN+ Directive in Lithuania: Towards an Over-enforcement of Competition Law?, YARS 12 (2019), 20, 173-204, str. 196; Cseres, Katalin J. The Implementation of the ECN+ Directive in Hungary and Lessons Beyond, YARS 12 (2019), 20, 55-90, str. 71.

³⁶ Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 71; Surblytė-Namavičienė (2019), str. 198.

³⁷ Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 76; Buhart, Jacques. Leniency Regimes: Jurisdictional Comparisons, London, Sweet & Maxwell, 2012, str. 363.

³⁸ Martyniszyn, Marek. Leniency (Amnesty) Plus: A Building Block or a Trojan Horse?, *Journal of Antitrust Enforcement*, 3 (2015), 2, 391-407, str. 10-11.

³⁹ Direktiva (EU) 2019/1, čl. 34.

situacije postavlja tzv. minimalne, a za određene maksimalne standarde⁴⁰ uređenja imuniteta pokajnika, države članice ovlaštene su određene situacije urediti i strože, odnosno blaže. Iz tog se razloga može očekivati da će se pokajnički programi u različitim državama članicama do određene mjere razlikovati i nakon implementacije direktive. Međutim implementacija će utoliko ostvariti svoju svrhu ukoliko se rješenja u nacionalnim jurisdikcijama usklade dovoljno da se ostvari namjeravana pravna sigurnost kako bi pokajnici zadržali interes za sudjelovanje u programima.

Općenito gledano, na razini država članica imunitet pokajnika dosad nije doživio toliki uspjeh kao što je slučaj kod Komisije. Među članicama se može izdvojiti Njemačka, u kojoj je posljednjih godina gotovo u svakom slučaju kartela bio podnesen zahtjev za dodjelu imuniteta. Druge zemlje, kao što su Francuska, Italija, Ujedinjeno Kraljevstvo,⁴¹ Španjolska i Poljska, bilježe određen broj slučajeva, koji se, međutim, i dalje smatra razmjerno malim.⁴² U preostalim državama članicama, a posebice u zemljama srednje i istočne Europe, primjena tog instituta također se smatra relativno nerazvijenom, sa svega nekoliko ili čak ni s jednim primjerom u praksi.⁴³ Hrvatski imunitet pokajnika gotovo se u potpunosti oslanja na MLP. Temelji instituta postavljeni su Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009.,⁴⁴ a uređuje ga Vladina Uredba o kriterijima za oslobođenje ili umanjenje upravno-kaznene mjere iz 2010. godine.⁴⁵ U Hrvatskoj je u razdoblju od 1997. do 2015. otkriveno sveukupno 18 kartela, ali prva upravno-kaznena mjera u kartelskom

⁴⁰ Szot, Patrycja. The Polish Leniency Programme and the Implementation of the ECN+ Directive Leniency-related Standards in Poland, *Op. cit.*

⁴¹ Iako od 1. veljače 2020. Ujedinjeno Kraljevstvo više nije članica Europske unije, za prikaz dosadašnjih trendova unutar država članica općenito podaci iz Ujedinjenog Kraljevstva i dalje su relevantni.

⁴² U 2018. godini u Njemačkoj je podneseno 25 zahtjeva za dodjelu imuniteta u ukupno 20 slučajeva. U Francuskoj su u razdoblju od 2001. do kraja 2018. godine podnesena ukupno 83 zahtjeva. U Ujedinjenom Kraljevstvu posljednjih je godina došlo do smanjenja broja slučajeva u kojima je dodijeljen imunitet, pa su tako u 2019. godini zabilježena tek tri slučaja. U Italiji je do danas imunitet primijenjen u 10 slučajeva, u Španjolskoj u posljednjih nekoliko godina u tri velika slučaja, a u Poljskoj u razdoblju od 2004. do 2016. godine u 64 slučaja. Vidi Thomson Reuters Practical Law, 11. lipnja 2020., Cartel leniency in Germany: overview by Dr Torsten Uhlig and Konstantin Putzier, Kümmerlein Simon & Partner Rechtsanwälte mbB: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-2172?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-501-2172?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), Cartel leniency in France: overview by Sergio Sorinas and Marie Louvet, Herbert Smith Freehills Paris LLP: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-501-0962?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-501-0962?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), Cartel leniency in the UK (England and Wales): overview by Ian Giles and Susanna Rogers, Norton Rose Fulbright LLP: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-1833?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-501-1833?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)), Cartel leniency in Italy: overview by Giulio Cesare Rizza and Giovanna Cicciole, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4293?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-517-4293?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1), Cartel leniency in Spain: overview by Antonio Guerra and Cristina Areces, Uria Menendez: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-517-8400?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/7-517-8400?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1); Cseres (2019), str. 65 (bilješka 34); Korycińska-Rządca, Paulina. Europeanisation of the Polish Leniency Programme, *Op. cit.*, str. 66.

⁴³ Ysewyn, Johan; Boudet, Jennifer. Leniency and competition law: An overview of EU and national case law, *Concurrences* (2018), 72355, str. 1.

⁴⁴ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 79/09, 80/13 (ZZTN).

⁴⁵ Uredba o kriterijima za oslobođenje ili umanjenje upravno-kaznene mjere, NN 129/2010.

slučaju izrečena je tek 2012. godine.⁴⁶ Otad se aktivnost Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (Agencija) intenzivirala – iste godine Agencija je objavila letak „Ne kartelima“ te je započela nekoliko istraga, od kojih je do 2015. godine pet završilo donošenjem odluke o povredi.⁴⁷ Prvo podnošenje zahtjeva za dodjelu imuniteta u Hrvatskoj zabilježeno je 2015. godine, međutim otada pa dosad nijedna odluka temeljena na pokajničkoj izjavi nije donesena.⁴⁸

Prednosti pokajničkih programa u praksi pokazale su se nedvojbenima. Iako tijela za zaštitu tržišnog natjecanja raspolažu i drugim sredstvima koja omogućuju otkrivanje tajnih kartela (ispitivanjima tržišta, anonimnim dojavama, nenajavljenim pretragama i ostalim instrumentima istrage), pokajnički su programi dali najveći doprinos kako otkrivanju i kažnjavanju tako i prevenciji potencijalnih kartela. Omogućavajući prvom i jedinom pokajniku koji pruži potpunu suradnju u razotkrivanju kartela da prođe nekažnjeno, tijela za zaštitu tržišnog natjecanja među karteliste unose dozu nesigurnosti i nepovjerenja. Visoke kazne koje kartelistima prijete u slučaju razotkrivanja zabranjenog sporazuma efikasno su sredstvo zastrašivanja, ali samim time i motivacije za posezanjem za mogućnošću izlaza iz rizične situacije. Štoviše, svaki od poduzetnika udruženih u kartel zna da je ista mogućnost ponuđena svakome od njih, pa su strah i motivacija to jači što su neizvjesnost i pritisak da budu prvi koji će prijaviti kartel veći. Na taj se način među poduzetnicima stvara svojevrsna utrka utjelovljena u „dilemi zatvorenika“.⁴⁹ Potičući poduzetnike da sami prijave kartel u kojem sudjeluju, tijela za zaštitu tržišnog natjecanja

⁴⁶ Upravno-kaznene mjere kao *sui generis* sankcije uvedene su Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine. Dotad su za povrede prava tržišnog natjecanja bile propisivane prekršajne sankcije i postupci su se vodili po pravilima prekršajnog prava. Uvođenjem upravno-kaznenih mjera Agencija je stekla direktnu ovlast njihova izricanja i određivanja kriterija za njihovo izricanje u skladu s Vladinom uredbom (trenutno je na snazi Uredba o kriterijima za izricanje upravno-kaznenih mjera iz 2010. godine). Također, uvođenjem upravno-kaznenih mjera sudska je nadležnost s prekršajnih sudova prenesena na Visoki upravni sud kao prizivni sud protiv odluka Agencije. Vidi: Liszt, Marijana. Croatia, u: A. Varney, Christine. The Cartels and Leniency Review, London: Law Business Research Ltd, 2015, 239-269, str. 85.

⁴⁷ Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Odluke, 11. lipnja 2020., <http://www.aztn.hr/odluke/>; Liszt, Marijana. Croatia, u: A. Varney, Christine. The Cartels and Leniency Review, London: Law Business Research Ltd, 2015, 239-269, str. 85.

⁴⁸ Godišnje izvješće o radu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja za 2015. godinu (svibanj 2016.), Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, dostupno na <http://www.aztn.hr/ea/wp-content/uploads/2015/05/GI-AZTN-2015.pdf>.

⁴⁹ Dilema zatvorenika ili tzv. *Nash equilibrium* teoretska je situacija s dva ili više aktera, u kojoj je izgledno da će svaki od aktera djelovati u skladu s vlastitim sebičnim interesom, iako bi međusobna suradnja u krajnosti rezultirala povoljnijim ishodom za svakoga od njih. Ime je dobila po hipotetskoj situaciji u kojoj su dvojici zatvorenika ponuđene dvije opcije: priznati zločin ili šutjeti. Ako oba zatvorenika prešute zločin i surađuju, svakome će od njih biti izrečena minimalna kazna zbog manjka dokaza. Ako jedan zatvorenik prizna zločin, a drugi ne, prvi će biti oslobođen kazne, dok će drugome biti izrečena maksimalna kazna. Ako pak oba zatvorenika priznaju zločin, svakome će od njih biti izrečena polovica maksimalne kazne. Nijedan od zatvorenika ne zna kako će postupiti drugi – za obojicu bi bilo najbolje kad bi surađivali, međutim zbog rizika izdržavanja maksimalne kazne i potencijalne mogućnosti potpunog oslobođenja oba će zatvorenika izabrati priznanje zločina, iako je, među svim ostalim ishodom, ishod takva izbora za njih drugi po redu najnepovoljniji. Vidi Keček, Damira. Igra Zatvorenikova dilema u kojoj sudjeluje n igrača, Technical journal, 1 (2013), 7, 80-83; Carmeliet, Tine. How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle. Jura Falconis 48 (2012), 3, 463-512, str. 465; Buccirosi, Paolo; Marvão, Catarina; Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Damages, CEPR Discussion Papers 10682 (2015), str. 10.

u značajnoj mjeri štede napor, vrijeme i resurse povezane uz samostalnu istragu, što im omogućuje otkrivanje većeg broja kartela u kraćem vremenu, ali i provođenje temeljitijih istraga, koje rezultiraju pribavljanjem snažnijih dokaza te, u konačnici, izricanjem većih kazni kartelistima. Statistički podaci pokazuju da je broj otkrivenih i kažnjenih kartela od strane Europske komisije drastično porastao u razdobljima nakon uvođenja pokajničkog programa Obaviješću iz 1996. godine – u razdoblju od 2001. do 2005. godine Komisija je otkrila i kaznila 33 kartela, što je trostruko više nego u razdoblju od 1996. do 2000. godine, u kojem je taj broj iznosio 10. Također, budući da omogućuju brže i efikasnije otkrivanje, pokajnički programi u značajnoj mjeri skraćuju vijek kartela te umanjuju njihove ukupne štetne učinke. Od ukupno 67 kartela koje je Komisija otkrila i kaznila pomoću pokajničkog programa u razdoblju od 1996. do 2015. godine, čak ih je 34 bilo aktivno u vrijeme podnošenja zahtjeva za dodjelu imuniteta. To znači da je u više od 50 % slučajeva pokajničkim programom kartel prekinut prije nastupa njegove „prirodne smrti“, čime su potencijalno spriječeni mjeseci, odnosno godine nepovoljnih učinaka kartela na tržište i gospodarstvo. Navedene prednosti koje doprinose efikasnijem otkrivanju i kažnjavanju također su značajne i u pogledu prevencije kartela. Budući da su pokajnički programi osmišljeni kao poticaj za nepoštivanje kartelnog sporazuma, sama struktura sporazuma njihovom prisutnošću gubi stabilnost. Da bi se osiguralo efikasno funkcioniranje, odnosno održavanje i opstanak kartela, potrebna je jača kontrola provedbe njegovih internih pravila. Veći operativni troškovi vezani uz održavanje kartelnog sporazuma, kao i spomenuti skraćeni vijek trajanja, kartele čine značajno manje profitabilnima. Ne može se znati koliko je potencijalnih kartela na ovaj način spriječeno u formiranju, međutim činjenica da je pokajnički program od svog uvođenja u europsko pravo tržišnog natjecanja stekao toliku popularnost govori u prilog tvrdnji da kartelni sporazumi više nisu percipirani kao sigurna, već razmjerno rizična opcija za maksimizaciju dobiti.⁵⁰

Kritičari upozoravaju na određene mane pokajničkih programa. Prva od takvih kritika koje se spominju jest umanjenje ukupnog iznosa kazni koje se izriču svim poduzetnicima udruženima u kartel, a koja nastaje kao posljedica oslobođenja od kazne prvome poduzetniku, udružene s umanjenjima kazni svim ostalim poduzetnicima koji pruže suradnju u otkrivanju kartela. Kritika proizlazi iz toga što manje potencijalne kazne posredno rezultiraju manjim stupnjem zastrašivanja, a time i potkopavanjem same svrhe pokajničkih programa. Osim toga ističe se i mogućnost zlouporabe pokajničkih od samih članova kartela. Primjerice poduzetnici se mogu sporazumjeti da svaki od njih, po sistemu rotacije, zatraži imunitet netom prije nastupa „prirodne smrti“ jednog od više kartela u koje su uključeni. Na taj su način u mogućnosti samostalno periodički uspostavljati i rastavljati kartele uz planirano upravljanje troškovima kazni i minimizaciju rizika. Zatim, ekonomski najsnažniji poduzetnik među kartelistima mogao bi iskoristiti pokajnički program kako bi sam izbjegao, a konkurente izložio visokim kaznama, što bi ga u krajnosti

⁵⁰ Wills, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years, *Op. cit.*, str. 9, 11-15; Carmeliet, Tine. How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle, *Op. cit.*, str. 465-466.

dovelo u značajnu komparativnu prednost ili čak do pozicije monopolista. Institut bi se također mogao zlorabiti za korištenje imuniteta od strane najsnažnijeg poduzetnika kao sredstva zastrašivanja ostalih kartelista u svrhu kontrole i održavanja kartela. Kao najznačajniju manu pokajničkih programa međutim autori ističu prekomjerno oslanjanje tijela za zaštitu tržišnog natjecanja na taj institut. Pokajnički programi svoju snagu crpe iz straha poduzetnika udruženih u kartel da ne budu otkriveni i izloženi visokim kaznama. Njihova motivacija da prijave kartel direktno je povezana sa sposobnošću tijela da otkrije i kazni protupravno ponašanje i bez oslanjanja na pokajnički program. Prekomjernim oslanjanjem na tu metodu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja gube na vještini samostalnog otkrivanja kartela, a istovremeno signaliziraju poduzetnicima da je rizik udruživanja u kartel razmjerno nizak jer su izgledi da kartel bude otkriven u slučaju neprijavlivanja također niski – prema modelu „dileme zatvorenika“ poduzetnici počinju surađivati pod pretpostavkom da tijela za zaštitu tržišnog natjecanja ne raspolažu dovoljnim saznanjima o nezakonitoj aktivnosti. Spomenuti nedostaci međutim ne pretežu nad prednostima pokajničkih programa. Kritika vezana uz umanjenje kazni relativne je prirode, što se i pokazalo 1998. godine, kad je amortizirana Smjernicama o metodi za utvrđivanje novčanih kazni, kojima je općenito povećana razina kazni za povredu prava tržišnog natjecanja. Što se tiče opasnosti od potencijalnih zlouporaba, ni za jedan od spomenutih scenarija nema dokaza da se odvio u praksi. Opasnost od pada atraktivnosti pokajničkih programa zbog isključivog oslanjanja na njih, doduše, u određenim segmentima pokazala se stvarnom. Iako broj kartela koje je Komisija otkrila i kaznila tijekom godina nije značajno pao (u razdoblju od 2011. do 2015. godine iznosio je 23, u odnosu na 31 u razdoblju od 2006. do 2010. godine), broj odluka koje su donesene temeljem istraga pokrenutih *ex officio* značajno se smanjio u odnosu na razdoblje uvođenja instituta imuniteta pokajnika: u razdoblju od 2001. do 2005. doneseno je 15 takvih odluka, dok su u razdoblju od 2011. do 2015. godine donesene tek dvije.⁵¹ Također, neki autori upiru upravo u manjak kredibiliteta nacionalnih agencija, uzrokovan relativnom nesposobnošću za efektivno otkrivanje kartela, kao uzrok slabe popularnosti pokajničkih programa u zemljama članicama EU-a.⁵² Bez obzira na navedeno, kvalitetni pokajnički programi primjenjivani od strane efikasnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u svakom slučaju pospješuju provedbu prava tržišnog natjecanja te navedeni argument služi manje kao kritika instituta, a više kao poziv na oprez pri njegovoj primjeni.

3. NAKNADA ŠTETE ZBOG POVREDE PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Privatne tužbe za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja u Europi također su razvijane pod utjecajem američkog antitrusta, kao relativno stran pravni instrument. Već od samih svojih začetaka američki antitrust dizajniran je kao set pravila namijenjen

⁵¹ Wills, Wouter P. J. The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years, *Op. cit.*, str. 15-25; Carmeliet, Tine. How lenient is the European leniency system? An overview of current (dis)incentives to blow the whistle, *Op. cit.*, str. 466-467.

⁵² Butorac Malnar, Vlatka. Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective, *YARS* 8 (2015), 12, 127-160, str. 156-157.

privatnoj provedbi. Prvi propisi kojima je uređivano tržišno natjecanje u SAD-u, *Sherman Act* i *Clayton Act*, sadržavali su odredbe po kojima svaka osoba oštećena ponašanjem zabranjenim pravilima antitrusta ima pravo na trostruku odštetu. S obzirom na zahtjevan postupak dokazivanja štete, kao i na relativno male iznose štete nanosene pojedinačnim oštećenicima, takve odredbe imale su za cilj potaknuti poduzetnike i potrošače da samostalno tuže prijestupnike pod garancijom visokih odšteta. Trostruke odštete također su služile i ostvarenju javnog interesa progona protutržišnog ponašanja: iznosi odštete koji prelaze iznose nanosene štete imaju kažnjavajući karakter, stoga su ujedno imale i funkciju zastrašivanja te sprečavanja protupravnih aktivnosti. Prema tome, težište provedbe antitrusta u SAD-u, i u privatnom i u javnom interesu, od početka je bilo postavljeno u smjeru privatne provedbe. Štoviše, privatna provedba u SAD-u zaista se pokazala dominantnom u odnosu na javnu. Do 1903. godine *Department of Justice* iz federalnog proračuna nije primao sredstva namijenjena specifično za provedbu *Sherman Acta* te je u tom periodu (13 godina od donošenja *Sherman Acta*) pokrenuo svega 23 postupka vezana uz antitrust. S druge strane u razdoblju od 50 godina od donošenja *Sherman Acta* bilo je podneseno 175 privatnih tužbi. Taj se broj nastavio povećavati nakon Drugog svjetskog rata te je u razdoblju od 1996. do 2000. godine zabilježeno prosječno 674 slučaja godišnje, s 858 slučajeva samo u 2000. godini. Kad se brojevi stave u omjer, čak 90 % slučajeva antitrusta u SAD-u do 2003. godine bilo je pokrenuto privatnim tužbama.⁵³

Europsko se pak pravo tržišnog natjecanja od svojih početaka provodilo isključivo javnim putem.⁵⁴ Iako su propisi koji su uređivali tržišno natjecanje bili prisutni u nekim europskim jurisdikcijama i prije samog formiranja europskih zajednica, moderno europsko pravo tržišnog natjecanja razvilo se na temeljima članaka 85. i 86. Ugovora iz Rima⁵⁵ iz 1957. godine.⁵⁶ Za razliku od američkih propisa europsko pravo nije sadržavalo nikakve odredbe o pravu na naknadu štete zbog povreda odredbi članaka 85. i 86., odnosno članaka 81. i 82. te 101. i 102. Rimskog i daljnjih ugovora europskih zajednica. Prvi pokušaji da se privatna provedba uvede u europsko pravo tržišnog natjecanja pojavili su se, doduše, vrlo brzo nakon usvajanja prvih ugovora. Već 1961. godine, pri savjetovanju s Komisijom u vezi s prijedlogom za donošenje Uredbe 17/62⁵⁷, Europski parlament izrazio je mišljenje da bi uredba trebala sadržavati odredbu o naknadi štete. Odredba na kraju ipak nije bila uvrštena u prijedlog, međutim u nekoliko situacija poslije sama je

⁵³ Jones, Clifford A. Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market, *Loyola Consumer Law Review* 16 (2004), 4, 409-430, str. 410-411; Wills, Wouter P. J. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?, *Op. cit.*, str. 478-479; Berish, Georg; Jordan, Eve; Roldan, Rocio Salvador. E.U. Competition and Private Actions for Damages, *Northwestern Journal of International Law & Business* 24 (2004), 3, 585-600, str. 591.

⁵⁴ Berish; Jordan; Roldan (2004), str. 585.

⁵⁵ Ugovor o osnivanju Europske ekonomske zajednice, Rim, 25. ožujka 1957. (Ugovor o Europskoj ekonomskoj zajednici).

⁵⁶ Jones, Clifford A. Exporting Antitrust Courtrooms to the World: Private Enforcement in a Global Market, *Op. cit.*, str. 413-414.

⁵⁷ Uredba br. 17. Vijeća EEZ-a, Prva uredba o provedbi članaka 85. i 86. Ugovora.

Komisija izrazila stav da bi privatne tužbe za naknadu štete poslužile kao korisna potpora njezinim vlastitim naporima u provedbi prava tržišnog natjecanja.

Prvi slučaj pitanja naknade štete pojavio se pred Sudom Europske unije 2001. godine u predmetu *Courage v Crehan*. U spomenutom slučaju dva su poduzetnika u Ujedinjenom Kraljevstvu sklopila zabranjeni sporazum kojim je jedan od njih doveden u nepovoljnu poziciju, slijedom čega je pred sudom zatražio naknadu štete. Tužbeni zahtjev bio je osporen tvrdnjom da, prema engleskom pravu, stranka zabranjenog sporazuma nema pravo tražiti naknadu štete prouzročene tim sporazumom. Budući da je na predmetni sporazum također bilo primjenjivo pravo tržišnog natjecanja Europske zajednice, engleski *Court of Appeal* Sudu je uputio preliminarna pitanja radi njegove interpretacije. Iako u ovom predmetu u pitanje nije bilo dovedeno samo pravo na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja, već ima li to pravo i stranka zabranjenog sporazuma, Sud je u odgovoru na postavljena pitanja nedvosmisleno potvrdio da pravo na naknadu štete ima svaka osoba kojoj je zabranjenim sporazumom šteta nanesena, uključujući i stranke tog sporazuma. Jedina iznimka od tog pravila odnosila se na stranke zabranjenog sporazuma koje snose značajnu odgovornost za njegovo sklapanje. Pravo na naknadu štete Sud je obrazložio izravnim učinkom prava tržišnog natjecanja Zajednice pozivajući se na predmete *Van Gend en Loos*,⁵⁸ *Frankovich*⁵⁹ i *Costa*⁶⁰ te načelima jednakovrijednosti i učinkovitosti.⁶¹ S obzirom na to nemogućnost naknade štete po osnovi europskog prava tržišnog natjecanja dovela bi u opasnost praktični učinak zabrana propisanih odredbama europskog prava tržišnog natjecanja. Sud je također naveo da pravo na naknadu štete jača pravila tržišnog natjecanja i obeshrabruje zabranjene sporazume te da u tom kontekstu znatno doprinosi održavanju efikasnog tržišnog natjecanja u Zajednici.⁶² Stajališta iznesena u *Courage v Crehan* Sud je potvrdio još jednom 2006. godine u predmetu *Manfredi*, u kojem je ustvrdio da pravo na naknadu štete ima svaka osoba koja dokaže uzročno-posljedičnu vezu između povrede prava tržišnog natjecanja i pretrpljene štete. U tom predmetu Sud se također dotakao pitanja zastare prava na naknadu štete, opsega naknade štete te nadležnosti nacionalnih sudova u tim predmetima, čime je nastavljen razvoj tog instituta, započet 2001. godine.⁶³

Otprilike u isto vrijeme započeta je intenzivnija rasprava o pravu na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja i na razini institucija Europske unije. Nakon što je 2004.

⁵⁸ Sud EU-a, C-26/62 od 5. 2. 1963., NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos / Administration fiscale néerlandaise, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1.

⁵⁹ Sud EU-a, spojeni slučajevi C-6/90 i C-9/90 od 19. 11. 1991., Francovich, Bonifaci i drugi / Republica Italia, ECLI: ECLI:EU:C:1991:428.

⁶⁰ Sud EU-a, C-6/64 od 15.7.1964., Flaminio Costa / E.N.E.L., ECLI: ECLI:EU:C:1964:66.

⁶¹ Pravila tržišnog natjecanja Zajednice izravno su primjenjiva u državama članicama i ostvarivanje prava koja za građane iz njih proizlaze ne bi smjelo biti manje povoljno nego ostvarivanje prava koja proizlaze iz domaćeg pravnog poretka (načelo jednakovrijednosti). Također, ostvarivanje tih prava ne bi smjelo biti praktički nemoguće ili pretjerano teško (načelo učinkovitosti). Vidi *Courage v Crehan*, t. 19. i 29.

⁶² Ibidem, t. 22., 26.-27.

⁶³ Sud EU-a, spojeni slučajevi C-295/04 do C-298/04 od 13. 7. 2006., Vincenzo Manfredi / Lloyd Adriatico Assicurazioni, Antonio Cannito / Fondiaria Sai SpA, Nicolò Tricarico i Pasqualina Murgolo / Assitalia SpA, ECLI:EU:C:2006:461.

godine tzv. *Ashurst Report* upozorio na značajnu raznolikost i općenitu nerazvijenost privatne provedbe prava tržišnog natjecanja u Europi, Komisija je, s ciljem da privuče pozornost pravne zajednice kako bi se razmotrile mogućnosti za reformu i „oživljavanje“ instituta, 2005. godine objavila Zelenu knjigu o naknadi štete nastale zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Zelenom knjigom zaključeno je da su za nerazvijenost instituta zaslužne razne pravne i proceduralne prepreke ostvarenju prava na naknadu štete u nacionalnim jurisdikcijama te da olakšavanje privatnih tužbi za naknadu štete predstavlja logičan sljedeći korak u razvoju prava tržišnog natjecanja u Europi kao važan element u stvaranju konkurentnog europskog gospodarstva.⁶⁴ Uzevši u obzir dotadašnju praksu Suda, a posebice presudu *Manfredi*, Bijelom knjigom iz 2008. godine Komisija je usvojila znatno detaljniji pristup uređenju prava na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja – državama članicama predložena je implementacija niza konkretnih prijedloga, koji obuhvaćaju sveobuhvatnu problematizaciju tužbi za naknadu štete: pravo na punu kompenzaciju, prava neizravnih kupaca na naknadu štete te prenošenje previsokih cijena („*passing-on of overcharges*“), kolektivne tužbe, pristup dokazima i odnos s pokajničkim programima, učinak odluka nacionalnih agencija, vrste i opseg odgovornosti za štetu, izračun štete, zastaru i troškove postupka.⁶⁵

Napori Komisije konačno su poprimili pravno obvezujući oblik 2014. godine donošenjem Direktive o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije. Direktivom su, u velikom dijelu vrlo dosljedno prijedlozima iznesenima u Bijeloj knjizi, utvrđeni standardi za uređenje prava na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja u državama članicama. Prema tekstu Direktive, države članice osiguravaju da svaka fizička ili pravna osoba koja je pretrpjela štetu prouzročenu kršenjem prava tržišnog natjecanja može zahtijevati i dobiti potpunu naknadu za tu štetu, uključujući izravne i neizravne kupce poduzetnika koji je prekršio pravo tržišnog natjecanja, uz ograničenje naknade štete na iznos pretrpljene štete. Kako bi se olakšalo ostvarivanje navedenog prava, kršenje prava tržišnog natjecanja koje je pravomoćnom odlukom utvrdila nacionalna agencija ili žalbeni sud smatra se nepobitno dokazanim za potrebe postupka za naknadu štete, a pravomoćna odluka o kršenju prava tržišnog natjecanja donesena u drugoj državi članici trebala bi se pred nacionalnim sudovima razmatrati barem kao dokaz *prima facie*. Zastara prava na naknadu štete ne smije početi teći prije prestanka kršenja prava tržišnog natjecanja i prije nego što tužitelj sazna, ili se razumno može očekivati da zna, za postupanje i činjenicu da ono predstavlja kršenje prava tržišnog natjecanja, činjenicu da mu je kršenje prava tržišnog natjecanja nanijelo

⁶⁴ Cengiz, Firat. Antitrust damages actions: Lessons from American indirect purchasers' litigation, *International and Comparative Law Quarterly* 59 (2010), 1, 39-63, str. 40; Gac, Maciej. Individuals and the Enforcement of Competition Law – Recent Development of the Private Enforcement Doctrine in Polish and European Antitrust Law, *YARS* 8 (2015), 11, 53-82, str. 60; Peyer, Sebastian. Compensation and the Damages Directive, *European Competition Journal*, 12 (2016), 1, 87-112, str. 90.

⁶⁵ Vidi White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406} /* COM/2008/0165 final */; Piszcz, Anna. Still-unpopular Sanctions: Developments in Private Antitrust Enforcement in Poland After the 2008 White Paper, *YARS* 5 (2012), 7, 55-77, str. 57.

štetu i identitet prekršitelja. Također, zastara za pokretanje postupka za naknadu štete ne može nastupiti prije isteka roka od pet godina od saznanja spomenutih činjenica, odnosno pravomoćnosti odluke o kršenju ili završetka postupka na drugi način. Što se tiče odgovornosti za štetu, Direktivom je uvedena obveza uspostave solidarne odgovornosti s pravom na regres, uz iznimku malim i srednjim poduzetnicima te, u načelu, kartelskim pokajnicima. Osim prava neizravnih kupaca da traže naknadu štete dokazivanjem prenošenja prekomjernih cijena Direktiva također propisuje pravo poduzetnika na obranu tvrdnjom da je njegov kupac prekomjerne cijene prenio svojim kupcima. Direktiva zatim propisuje da standardi dokazivanja iznosa štete ne smiju ostvarivanje prava na naknadu štete činiti praktički nemogućim ili pretjerano teškim te u tu svrhu također propisuje osiguranje ovlasti nacionalnih sudova da procijene iznos štete. Također, u slučaju povrede prava tržišnog natjecanja u obliku kartela uvodi se oboriva presumpcija da je tom povredom došlo do nastanka štete. Vrlo važan dio Direktive za temu ovog rada odnosi se na otkrivanje dokaza u postupku naknade štete. Osim što propisuje mogućnost da se zahtijeva predočenje dokaza od suprotne strane i trećih osoba, Direktiva uređuje pristup dokazima koji se nalaze u spisu predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, uključujući i pristup pokajničkim izjavama. Također, jednako važno za temu, u poglavlju koje uređuje vrste odgovornosti Direktiva se dotakla i opsega odgovornosti kartelskih pokajnika u postupcima za naknadu štete.⁶⁶ Rješenja tih pitanja, a posebice pitanja pristupa pokajničkim izjavama, znatno se razlikuju od rješenja koja je usvojio Sud EU-a i od stavova koje je Komisija zauzimala u Zelenoj i Bijeloj knjizi te će ona biti detaljno analizirana u sljedećem poglavlju.⁶⁷

U proteklih dvadeset godina privatna provedba prava tržišnog natjecanja u Europi zabilježila je određene pomake u razvoju, međutim daleko od razine koja se naporima Komisije i europske pravne zajednice tijekom godina nastojala postići. *Ashurst Report* pokazao je da je u analiziranom razdoblju od 1999. do 2004. godine svega 159 predmeta naknade štete identificirano pred europskim sudovima, od kojih je 119 završeno donošenjem presuda, a tek u njih 9 dodijeljena je naknada štete. Prve države članice u kojima je dodijeljena naknada štete bile su Njemačka, Francuska, Italija i Ujedinjeno Kraljevstvo. Te su države danas ujedno, zajedno s Nizozemskom, koja im se pridružila tijekom godina, najrazvijenije kad je riječ o privatnoj provedbi prava tržišnog natjecanja te definitivno najzastupljenije po broju slučajeva.⁶⁸ Nakon 2004. godine u Europi je

⁶⁶ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije; Wisking, Stephen; Dietzel, Kim; Herron, Molly. EU Overview, u: Gotts, Ilene Knable. *The Private Competition Enforcement Review*, London: Law & Business Research Ltd, 2017, 1-22.

⁶⁷ Lucey, Marie Catherine. Consumers Claiming Compensation for Competition Law Infringements, *Journal of European Consumer and Market Law*, 7 (2018), 2, 51-56, str. 53.

⁶⁸ Silva, Maria Barros. Private enforcement and punitive damages: are they necessary to provide sufficient incentives for victims of competition infringements to claim damages? A critic analysis taking into consideration the *Damages Directive* and the (lack of) inspiration from the USA (2018), Master of Transnational Law Dissertation, Catolica Faculdade de Direito, Escola de Lisboa (Catolica Global School of Law).

nastupio stabilan rast broja postupaka naknade štete, posebice onih povezanih s povredama tržišnog natjecanja u obliku kartela. Najznačajniji se uzlet međutim dogodio u razdoblju od 2015. do 2018. godine, kad je zabilježen porast sa 60 na čak 144 slučaja naknade štete prouzrokovane kartelima godišnje. Od svih država članica EU-a u navedenoj statistici definitivno prednjači Njemačka,⁶⁹ na koju od svih slučajeva u 2018. godini otpada čak 59.⁷⁰ U ostalim državama, a posebice zemljama srednje i istočne Europe, privatna provedba prava tržišnog natjecanja relativno je nerazvijena, s malim brojem slučajeva, niskom stopom uspješnosti tužbenih zahtjeva i općenito niskom razinom upoznatosti pravne profesije s tim aspektom prava tržišnog natjecanja.⁷¹

Do donošenja Zakona o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja u Hrvatskoj su na tu materiju primjenjivana gotovo isključivo opća pravila za naknadu štete obveznog prava. Prvi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 1995. godine⁷² nije sadržavao odredbe o naknadi štete, a zakon iz 2003. godine određivao je tek da će Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja „suradivati s nadležnim sudovima u predmetima koji su vezani za sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na tržištu Republike Hrvatske“.⁷³ Tek 2009. godine, izmjenom zakona iz 2003. godine,⁷⁴ ta je materija ugrubo regulirana u članku 69.a, čije su odredbe konačno derogirane zakonom iz 2017. godine. Trgovački sudovi u Hrvatskoj dosad su donijeli svega šest presuda⁷⁵ povodom tužbi za naknadu štete. Nijednom od presuda tužiteljima naknada štete nije dodijeljena, uz iznimku jedne presude, kojom je tužbeni zahtjev djelomično usvojen. Također, nijedna od spomenutih presuda ne odnosi se na povrede u obliku kartela, već dominiraju zlouporabe vladajućeg položaja te dva vertikalna sporazuma. Sve tužbe podnesene su prije 2017. godine, stoga ni u jednom od predmeta nije primjenjivan novi Zakon o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja. Razvoj privatne provedbe prava tržišnog natjecanja u Hrvatskoj stoga se tek očekuje.

⁶⁹ U Njemačkoj je do 2018. zabilježeno ukupno 119 presuda u slučajevima naknade štete prouzrokovane kartelima, a procjenjuje se da je još otprilike 650 postupaka u tijeku. Stopa uspješnosti njemačkih tužitelja u zadnjih nekoliko godina iznosi 78 %, što je, uz već opravdanu reputaciju kao vrlo povoljne jurisdikcije za naknadu štete, dovodi u poziciju najprivlačnijeg foruma za podnošenje tužbi, uz Nizozemsku i UK. Vidi Rengier, Lukas. Cartel Damages Actions in German Courts: What the Statistics Tell Us, *Journal of European Competition Law & Practice*, 11 (2020), 1-2, 72-81, str. 72, 74.

⁷⁰ Laborde, Jean-Francois. Cartel damages actions in Europe: How courts have assessed cartel overcharges, *Op. cit.*, str. 3.

⁷¹ Vidi: Sein, Karin. Private Enforcement of Competition Law – the Case of Estonia, *YARS* 6 (2013), 8 129-139, str. 135; Moisejevas, Raimundas. Development of Private Enforcement of Competition Law in Lithuania, *YARS* 8 (2015), 11, 35-50, str. 50; Brkan, M.; Bratina, T. Private Enforcement of Competition Law in Slovenia: A New Field to Be Developed by Slovenian Courts, *YARS* 6 (2013), 8, 75-106, str. 99, 101; Tóth, Tihamer. The Interaction of Public and Private Enforcement of Competition Law Before and After the EU Directive – a Hungarian Perspective, *YARS* 9 (2016), 14, 43-67, str. 49; Podrecki, Paweł. Civil Law Actions in the Context of Competition Restricting Practices under Polish Law, *YARS* 2 (2009), 2, 77-98, str. 80-82.

⁷² Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 48/1995.

⁷³ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003.

⁷⁴ Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja NN, 79/09, 80/13.

⁷⁵ TS u Zagrebu: P-3313/07 od 5. 2. 2015., P-661/2016-9 od 17. 5. 2017., P-2883/2010-45 od 3. 6. 2016., P-2910/2014-26 od 23. 3. 2018., P-738/13 od 30. 7. 2014. i P-2962/2016-10 od 7. 7. 2017.

Specifičnost postupaka za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja proizlazi iz njihove kompleksne naravi. Kako bi ishodili kompenzaciju za pretrpljene gubitke, na tužiteljima je teret dokazivanja povrede prava tržišnog natjecanja, štete i uzročno-posljedične veze između štete i povrede. Prema dosadašnjem europskom iskustvu, tužbe za naknadu štete najčešće slijede pravomoćne odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (tzv. *follow-on* tužbe). Ta okolnost tužitelje stavlja u znatno povoljniju poziciju nego u slučaju samostalnih (tzv. *stand-alone*) tužbi budući da se mogu osloniti na pravomoćne odluke o povredi kao utvrđeno prethodno pitanje. Bez obzira na to postupak dokazivanja štete i uzročno-posljedične veze i dalje je složen te zahtijeva ekonomsku i pravnu analizu raznovrsnih varijabli. Da bi dokazali previsoke cijene prouzročene povredom i njihov stvarni iznos, tužitelji stvarne cijene moraju usporediti s oprečnim hipotetskim cijenama uz primjenu za to specifično predviđenih metoda. Zatim, da bi dokazali previsokim cijenama prouzročenu izmaklu dobit, u analizu je potrebno uključiti obujam prodaje relevantnih proizvoda, promet, marže, tržišne udjele i vremensku dimenziju. Sve navedeno potrebno je u konačnici dovesti u direktnu vezu s povredom prava tržišnog natjecanja. Ključni element, a ujedno i najznačajniji zasebni problem u takvim dokaznim postupcima, predstavlja pristup, odnosno otkrivanje dokaza. Većina odlučnih dokaza najčešće je u posjedu tuženika, što tužiteljima, ako uopće za te dokaze i znaju, znatno otežava pristup. Za razliku od jurisdikcija kao što su SAD, UK ili Irska, koje strankama u parnicama nude široke mogućnosti otkrivanja dokaznih sredstava, u većini europskih zemalja pravila o otkrivanju dokaza vrlo su ograničena i podložna su testovima proporcionalnosti. Situacija za tužitelje postaje složenija kad se u obzir uzme i problematika odnosa pokajničkih programa i parnica za naknadu štete te pristupa pokajničkim izjavama budući da rješenja Direktive vezana uz tu problematiku u značajnoj mjeri favoriziraju pokajničke programe.⁷⁶

Značaj privatnih tužbi u pravu tržišnog natjecanja međutim nije umanjen izazovima povezanim s njihovom uspješnom realizacijom. Prema istraživanjima nekih autora, javna provedba prava tržišnog natjecanja sama po sebi nije dovoljna kako bi se ostvarila optimalna razina zastrašivanja potencijalnih prekršitelja. Naime procjenjuje se da ukupan iznos upravno-kaznenih mjera može iznositi najviše 11,46 % ukupnog prometa relevantnih proizvoda, za razliku od prosječne stope previsokih cijena, koja iznosi 21,9 % prometa. To znači da, kad bi provedba pravila tržišnog natjecanja bila ograničena samo na javnu, prekršitelji bi u ukupnosti zadržavali više od polovice nezakonito stečene dobiti. Privatna provedba prava tržišnog natjecanja prema tome predstavlja značajan potencijal ne samo u pogledu kompenzacije žrtava protutržišnog ponašanja već i u pogledu efikasnog zastrašivanja potencijalnih prekršitelja. Zastupljenost je privatnih tužbi u Europi međutim daleko od zadovoljavajuće. Prema Komisijinoj procjeni, samo 25 % svih njezinih odluka o povredama prava tržišnog natjecanja biva popraćeno tužbama za naknadu štete. Navedenom statistikom najviše su pogođeni potrošači te mali i srednji

⁷⁶ Juska, Zygmantas. The role of collective redress actions to achieve full compensation for violations of European Union Competition Law (2019), doktorska disertacija, Universiteit Leiden, Rechtsgeleerdheid, str. 33-34.

poduzetnici, koji zbog svojih financijskih ograničenja nemaju mogućnosti ni interesa upuštati se u složene parnice protiv velikih poduzeća – gruba je procjena da ukupan iznos štete u razdoblju od 2006. do 2012. godine, koji iz tih razloga ostaje u rukama prekršitelja, varira između 25 i 69 milijardi eura.⁷⁷ S obzirom na navedeno od velike je važnosti osigurati kvalitetan pravni okvir u kojem se privatna provedba prava tržišnog natjecanja u Europi može razvijati kako bi se omogućilo nesmetano korištenje njezinih prednosti. Jedno od najvažnijih pitanja na tom putu upravo je rješavanje konflikta između privatne provedbe i pokajničkih programa, kao dvaju sredstava koja (svako zasebno, a poželjno i zajednički) imaju važnu ulogu u održavanju zdrave tržišne utakmice.

4. SUKOB JAVNOPRAVNE I PRIVATNOPRAVNE PROVEDBE PRAVA TRŽIŠNOG NATJECANJA

Zbog velike važnosti za optimalnu provedbu prava tržišnog natjecanja oba instituta obrađena u prethodnim odlomcima zahtijevaju povoljne zakonodavne i institucionalne uvjete kako bi u punom opsegu mogli ispunjavati svoju svrhu: pokajnički programi zbog svoje uspješnosti kao instrumenta javne provedbe, a tužbe za naknadu štete zbog svoje poželjnosti kao efikasne privatnopravne dopune javnoj provedbi prava tržišnog natjecanja. Dosadašnje je iskustvo međutim pokazalo da jedan i drugi institut ne mogu usklađeno funkcionirati u svojim „prirodnim“, primarno zamišljenim oblicima. Osnovni problem vezan uz koegzistenciju ta dva instituta proizlazi iz izrazite osjetljivosti informacija sadržanih u pokajničkim izjavama koje su pokajnici svojevoljno predali tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, a koje bi u slučaju pokretanja parnica za naknadu štete teoretski mogle završiti u rukama tužitelja. *Case law* Suda EU-a pokazao je žestok otpor kartelskih pokajnika u pogledu otkrivanja pokajničkih izjava trećim osobama, a posebice potencijalnim tužiteljima. Iz nastojanja da se navedeni problem riješi, u praksi Suda i razmatranjima tijela EU-a pojavile su se ideje o regulaciji, odnosno ograničenju pristupa pokajničkim izjavama u spisima tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Pri nalaženju odgovora na pitanje do koje bi mjere i pod kojim uvjetima trećim osobama trebalo omogućiti pristup pokajničkim izjavama velika pozornost posvećena je utjecaju potencijalnih rješenja na funkcionalnost i atraktivnost obaju sukobljenih instituta. Kao popratno rješenje navedenog problema u raspravama se također pojavila ideja o regulaciji opsega odgovornosti kartelskih pokajnika za štetu prouzrokovanu povredom prava tržišnog natjecanja. Kako bi se naime očuvao interes pokajnika da, usprkos opasnosti od tužbi za naknadu štete upućenih od strane oštećenih kupaca ili dobavljača, surađuju s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, kao relativno učinkovita mjera počelo se razmatrati i ograničenje ili čak ukidanje njihove odgovornosti za naknadu štete. S obzirom na komplementarni, odnosno supsidijarni karakter tog rješenja, njegovoj je analizi u praksi i literaturi posvećeno razmjerno manje pažnje u odnosu na problematiku pristupa pokajničkim izjavama. I uz rješenje ograničenja pristupa pokajničkim izjavama, kao i uz rješenje ograničenja opsega odgovornosti kartelskih pokajnika za naknadu štete

⁷⁷ Ibidem, str. 30-31.

prouzročene kartelom, vezana su međutim određena pitanja koja se tiču njihove praktične, odnosno pravne opravdanosti. U sljedećim će odlomcima stoga svako od navedenih rješenja biti razrađeno zasebno te u konačnici dovedeno u međusobni odnos.

4.1. Pristup pokajničkim izjavama u posjedu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja

Kako je spomenuto prije, dokazivanje štete i njezine uzročne veze s kartelnim sporazumom zahtijeva sveobuhvatnu prezentaciju niza relevantnih činjenica. Kako bi se dokazala šteta, stvarne okolnosti koje su rezultat aktivnosti kartela potrebno je usporediti s alternativnim, protučinjeničnim okolnostima do kojih bi došlo da kartel nije bio formiran. Zatim, kako bi se dokazala uzročna veza između kartela i štete, potrebno je konkretne aktivnosti članova kartela dovesti u nedvojbenu vezu s nastalim okolnostima. S druge strane parnice za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja obilježene su izrazitom asimetrijom informacija među strankama. Dokazi o relevantnim činjenicama, koji su tužiteljima potrebni kako bi izgradili slučaj, po prirodi stvari nalaze se u internim dokumentima članova kartela, kao što su računi, bilješke, analize tržišta, poslovne strategije i projekcije te međusobna korespondencija.⁷⁸ Do takvih je dokumenata u pravilu vrlo teško doći, dok o njihovu postojanju tužitelji vrlo često nemaju ni saznanja.

U većini slučajeva primarni izvor informacija o kartelskim aktivnostima, koji tužiteljima stoji na raspolaganju, jesu odluke o povredi objavljene od strane tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Objavljene odluke tužiteljima mogu biti vrlo korisne pri sastavljanju tužbi budući da su u njihovim obrazloženjima često navedene činjenice koje se odnose na ustrojstvo, funkcioniranje i ciljeve kartela te u pravilu sadrže informacije koje mogu poslužiti kao smjernice za prepoznavanje konkretnih dokaza koje je potrebno pribaviti kako bi se navedene činjenice dokazale. Međutim, kako ističe prof. Butorac Malnar, pri oslanjanju na objavljene odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja tužitelji u obzir moraju uzeti dvije moguće prepreke. Prvo, od trenutka donošenja pa do objave odluke o povredi u njezinu punom opsegu vrlo često može proći čak i nekoliko godina. Ta je prepreka najizraženija u slučajevima povrede prava tržišnog natjecanja koji se vode pred Europskom komisijom, koja je tijekom godina usvojila praksu objavljivanja prvo sažetaka odluka o povredi, a njihovih punih verzija tek naknadno, nakon ocjene povjerljivosti u njima sadržanih informacija. Razlog je tomu niz odluka Suda EU-a kojima je u tu svrhu na zahtjev tuženika odobrena privremena mjera odgode objave potpunih odluka Komisije.⁷⁹ Naime prema pravilu ustanovljenom u predmetu *AKZO I* prije nego što odluka o povredi, koja sadrži informacije za koje poduzetnik smatra da bi trebale biti tretirane kao

⁷⁸ Gulińska, Anna. Collecting Evidence Through Access to Competition Authorities' Files – Interplay or Potential Conflicts Between Private and Public Enforcement Proceedings?, *Op. cit.*, str. 163.

⁷⁹ Sud EU: T-72/09 od 15. 7. 2015., *Pilkington Group / Europska komisija*, EU:T:2014:1094; T-345/12 od 10. 9. 2009., *Akzo Nobel NV i drugi / Komisija Europskih zajednica*, EU:T:2015:50; T-198/03 od 30. 5. 2006., *Bank Austria Creditanstalt AG / Komisija Europskih zajednica*, ECLI:EU:T:2006:136; T-474/04 od 12. 10. 2007., *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH / Komisija Europskih zajednica*, ECLI:EU:T:2007:306.

povlaštene ili kao poslovna tajna, bude objavljena, Komisija je dužna o svojoj namjeri obavijestiti spomenutog poduzetnika. Ako bi Komisija nakon poduzetnikova prigovora i dalje smatrala da navedene informacije ne zaslužuju predloženu zaštitu, poduzetnik tada ima pravo prije objave odluke pokrenuti spor pred Sudom EU-a radi ocjene Komisijine odluke vezane uz povjerljivost informacija.⁸⁰ Kako bi se spriječilo puštanje u javnost informacija za koje bi se kasnije moglo utvrditi da su povjerljive, a što bi poduzetniku uzrokovalo nepopravljivu štetu, poduzetnik ima mogućnost zatražiti od Suda donošenje privremene mjere objave sažetka odluke o povredi sve dok postupak ocjene Komisijine odluke kojom je predmetnim informacijama uskraćena povjerljivost ne bude zaključen. Na taj način poduzetnici su u mogućnosti odgoditi objavu potpunih odluka o povredi čak i do trenutka nastupa zastare prava na naknadu štete te tako potencijalnim tužiteljima onemogućiti pristup informacijama potrebnima za pokretanje postupaka ili ih u najmanju ruku primorati da podnesu polovične, nedovoljno argumentirane tužbe s malim izgledima za uspjeh. Drugo, čak i potpune, dovoljno rano objavljene odluke često ne pružaju informacije koje su dovoljne da bi se temeljem njih došlo do dokaza potrebnih za uspjeh u parnici. Navedena prepreka posebice dolazi do izražaja u predmetima u kojima je kartel otkriven pomoću pokajničkih izjava. Naime u predmetu *AKZO protiv Komisije*,⁸¹ u kojem se kao sporno pojavilo pitanje mogu li odluke o povredi prava tržišnog natjecanja sadržavati izvratke iz pokajničkih izjava u kojima je opisan način na koji je kartel djelovao, Sud je donio odluku prema kojoj je objava izvadaka iz pokajničkih izjava dopuštena samo ako izvaci ne predstavljaju povjerljive informacije temeljem konkretnih kriterija utvrđenih u istoj presudi. Prema tome u slučaju kad bi se utvrdilo kako informacije iz pokajničkih izjava udovoljavaju kriterijima povjerljivosti, velik dio obrazloženja o načinu na koji je kartel otkriven morao bi tada biti izostavljen iz odluke o povredi, čime bi tužiteljima bile uskraćene smjernice potrebne za pronalazak relevantnih dokaza. Također, budući da su pokajničke izjave samoj Komisiji bile osnovni izvor informacija pri otkrivanju kartela, velika je vjerojatnost da se, čak i kad bi tužitelji došli do dokaza na koje pokajnička odluka upućuje, ti dokazi bez same pokajničke izjave ne bi mogli povezati u koherentnu i smislenu cjelinu.⁸²

Drugi način na koji bi tužitelji mogli doći do dokaza relevantnih za ostvarivanje prava na naknadu štete jest direktno pribavljanje dokaznih sredstava od samih članova kartela putem suda. Većina jurisdikcija država članica EU-a raspolaže ovlastima suda da, na zahtjev stranke u parnici, od suprotne stranke zatraži predočenje dokaza koji se kod nje nalaze. Tako primjerice, prema članku 233. hrvatskog Zakona o parničnom postupku,⁸³ „kad se jedna stranka poziva na ispravu i tvrdi da se ona nalazi kod druge stranke, sud će

⁸⁰ Sud EU-a: slučaj C-53/85 od 24. 6. 1986., *AKZO Chemie BV and AKZO Chemie UK Ltd / Komisija Europskih zajednica*, EU:C:1986:256.

⁸¹ T-345/12 od 10. 9. 2009., *Akzo Nobel NV i drugi / Komisija Europskih zajednica*, EU:T:2015:50.

⁸² Butorac Malnar, Vlatka. *Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective*, *Op. cit.*, str. 133-136.

⁸³ Zakon o parničnom postupku, SL SFRJ 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13, 89/14, 70/19.

tu stranku pozvati da podnese ispravu, ostavljajući joj za to određeni rok“. Zatim, ako stranka koja drži ispravu odbija postupiti po rješenju suda ili protivno uvjerenju suda poriče da se isprava kod nje nalazi, sud će, s obzirom na sve okolnosti, po svom uvjerenju ocijeniti od kakve je važnosti navedeno ponašanje stranke. To je pravilo 2017. godine derogirano (ili, bolje reći, dodatno ojačano) Zakonom o postupcima naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja, kojim je implementirana Direktiva iz 2014. godine. Prema članku 6. stavku 8. tog zakona, ako stranka u parnicama za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja ne postupi po odluci suda kojom se nalaže otkrivanje zatraženih dokaza, sud će činjenice koje su se tim dokazom trebale utvrditi smatrati utvrđenima. Bez obzira na navedeno, taj institut pri primijeni u parnicama za naknadu štete zbog povrede tržišnog natjecanja ima dva bitna nedostatka. Prvi je nedostatak pravilo prema kojem isprave koje stranka želi pribaviti od druge stranke moraju biti određene ili određive te se mora učiniti vjerojatnim da se nalaze kod druge stranke. Također, tužitelj u prijedlogu mora učiniti vjerojatnim i postojanje svoje tražbine.⁸⁴ To je pravilo za tužitelje u slučajevima kartela vrlo otegotno budući da u većini slučajeva oni nemaju dovoljno saznanja o konkretnim dokazima relevantnim za slučaj, posebice ako u tom trenutku ne raspoložu već nekim drugim dokazima koji bi ih usmjerili u potrazi za novima. Drugi je nedostatak tog instituta činjenica da se on općenito može iskoristiti tek nakon početka parnice. Tužitelj dakle to sredstvo pribavljanja dokaza nema na raspolaganju u trenutku sastavljanja tužbe, stoga nije u mogućnosti ocijeniti na kakve bi dokaze mogao u postupku računati i kolike su mu šanse za uspjeh sve dok se ne upusti u parnicu. Za razliku od tzv. „discovery“ postupka, koji prevladava u anglosaksonskim jurisdikcijama i koji strankama pruža široke mogućnosti otkrivanja svih potencijalno relevantnih dokaza u stadijima prije pokretanja parnice, a tužiteljima time omogućava potragu za informacijama potrebnima za izgradnju slučaja za koji u tom trenutku još nemaju osnova, opisani institut europskog kontinentalnog prava tužiteljima u parnicama za naknadu štete uzrokovane kartelima, s obzirom na navedeno, sam po sebi nije od velike pomoći.⁸⁵

Najbolji izvor dokaza o povredi prava tržišnog natjecanja i njezinoj povezanosti sa štetom nastalom tužiteljima definitivno je spis predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Navedeni spis sadrži širok raspon raznovrsnih dokumenata s vrlo korisnim informacijama, kao što su primjerice vlastite analize članova kartela o uvjetima i razvoju na relevantnim tržištima, marketinške strategije, poslovni odnosi s ostalim akterima na tržištu, bilješke o tajno dogovorenim previsokim cijenama, detalji o načinima utjecaja na cijenu i druge aspekte tržišne utakmice te općenito informacije o konkretnim aktivnostima članova kartela koje su dovele do nastanka štete, kao i o udjelima pojedinih

⁸⁴ Zakon o postupcima naknade štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja, čl. 6. st. 1. i 2.

⁸⁵ Butorac Malnar, Vlatka. Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective, *Op. cit.*, str. 142; Galič, Aleš. Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation, *YARS* 8 (2015), 12, 99-126, str. 105, 113.

članova kartela u uzrokovanju štete.⁸⁶ Među takvim dokumentima posebno se ističu pokajničke izjave, u kojima je najčešće opisana cjelokupna aktivnost kartela i koje sadrže sve prethodno navedene informacije o njemu. Također, kao što je ranije spomenuto, pokajničke izjave vrlo često imaju ulogu svojevrsnog vezivnog tkiva između svih ostalih dokaza u spisu. Direktivom iz 2014. godine međutim uvedena je apsolutna zabrana otkrivanja pokajničkih izjava od strane tijela za zaštitu tržišnog natjecanja tužiteljima u parnicama za naknadu štete. Takvo rješenje potaknuto je snažnim otporom poduzetnika u nizu slučajeva pred Sudom EU-a vezanim uz otkrivanje pokajničkih izjava i time izazvanim strahom da bi takve situacije mogle znatno narušiti spremnost članova kartela da stupaju u suradnju s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru pokajničkih programa. Otkrivanje pokajničkih izjava naime za poduzetnike može imati nekoliko nepovoljnih posljedica. Prva negativna posljedica otkrivanja pokajničkih izjava trećim osobama jest predočenje javnosti potencijalno povjerljivih informacija i poslovnih tajni poduzetnika u pitanju. Posebno su pritom za poduzetnika opasne situacije u kojima je tužitelj u parnici ujedno njegov konkurent. Predočenje poslovnih tajni u sklopu parnice za naknadu štete moglo bi takva tužitelja dovesti u znatnu komparativnu prednost na tržištu te predmetnog poduzetnika time izložiti ozbiljnoj šteti.⁸⁷ Upravo je povjerljivost informacija, o čemu je prije bilo riječi, služila kao glavni argument kartelskim pokajnicima pred Sudom EU-a u nastojanjima da se sadržaj pokajničkih izjava zaštiti pri objavi odluka o povredi prava tržišnog natjecanja. Također, isti argument, a o čemu će opet biti riječi nešto poslije, korišten je pri prvim pokušajima pred Sudom kako bi se spriječilo otkrivanje pokajničkih izjava samim tužiteljima u parnicama za naknadu štete. Druga negativna posljedica koja bi nastala otkrivanjem pokajničkih izjava jest, naravno, izloženost kartelskih pokajnika tužbama za naknadu štete i veća šansa tužiteljima za uspjeh u parnici. Iako je člankom 5. stavkom 5. Direktive iz 2014. godine propisano kako interes poduzetnika da izbjegnu tužbe za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja ne predstavlja interes koji opravdava zaštitu od sudskog naloga za otkrivanje dokaza suprotnoj stranci, zbog straha da se ne umanjuje atraktivnost instituta imuniteta pokajnika i time oslabi javna provedba prava tržišnog natjecanja člankom 6. stavkom 6. iste Direktive pokajničkim je izjavama u spisu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja ipak pružena apsolutna zaštita od otkrivanja trećim osobama. Konačno, najveći je strah kartelskih pokajnika da bi ih otkrivanje njihovih pokajničkih izjava javnosti moglo učiniti primarnom metom tužitelja. Naime poduzetnik koji je surađivao s tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja i temeljem toga stekao imunitet ima najmanje izgleda da će naknadno osporavati odluku o povredi. Prema tome odluka o njegovoj odgovornosti za povredu u pravilu postaje pravomoćna prije odluka koje se odnose na ostale članove kartela. Velika je vjerojatnost stoga da bi tužitelji tada mogli svoje tužbene zahtjeve usmjeriti upravo prema njemu. Štoviše, budući da je odgovornost članova kartela po svojoj prirodi solidarna, tužitelji bi od kartelskog pokajnika mogli zahtijevati ukupan iznos štete koja je

⁸⁶ Butorac Malnar, Vlatka. Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective, *Op. cit.*, str. 136; Gulińska, Anna. Collecting Evidence Through Access to Competition Authorities' Files – Interplay or Potential Conflicts Between Private and Public Enforcement Proceedings?, *Op. cit.*, str. 163.

⁸⁷ Galič, Aleš. Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation, *Op. cit.*, str. 115.

prouzročena kartelom u cjelini. Kartelskom pokajniku tad bi ostala tek mogućnost zahtijevati regres od ostalih članova kartela, što ga, s obzirom na trajanje sudskih postupaka, može dovesti u ekonomski slabiju poziciju u odnosu na ostale članove kartela (koji, *nota bene*, u tom trenutku više ne surađuju, nego su ponovno u odnosu konkurenata) na dulje razdoblje i time značajno ugroziti njegovu tržišnu poziciju. Situacija za pokajnika može postati još i gora u slučaju kad bi preostali članovi kartela uspješno osporili odluke o njihovoj odgovornosti za povredu pred prizivnim sudovima te se time u potpunosti oslobodili obveze regresa prema pokajniku.⁸⁸

Načini na koje su tužitelji pokušavali doći do pokajničkih izjava u prošlosti bili su raznoliki. Osim spomenutih nastojanja da se dijelovi pokajničkih izjava objave u okviru odluke o povredi prava tržišnog natjecanja, za potencijalni pristup pokajničkim izjavama u spisu Europske komisije tužiteljima su na raspolaganju stajala sredstva iz dvaju propisa: Uredba 1/2003 i tzv. *Transparency Regulation*.⁸⁹ Prema članku 15. stavku 1. Uredbe 1/2003 u postupcima primjene članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije sudovi država članica ovlašteni su od Komisije zatražiti informacije ili mišljenja vezana uz pitanja primjene prava tržišnog natjecanja EU-a. Ta obveza Komisije zatim je detaljnije uređena Obavijestju Komisije o suradnji u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (Obavijest o suradnji).⁹⁰ Informacije zatražene od Komisije mogu se odnositi na dokumente iz spisa predmeta ili druge informacije procesne naravi. S druge strane uredbom su također postavljena određena ograničenja. Tako primjerice Komisija neće dostaviti dokumente koji sadržavaju povjerljive informacije ako nacionalni sudovi ne mogu zagarantirati da će tim informacijama i pod njihovim okriljem biti pružena adekvatna zaštita. Međutim najčešće ograničenje na koje su se poduzetnici u takvim postupcima oslanjali kako bi spriječili otkrivanje pokajničkih izjava jest ovlast Komisije da odbije pristup određenim dokumentima kako bi zaštitila interese Europske unije, njezina funkcioniranja i neovisnosti. Ta je odredba redovito bila interpretirana na način da bi otkrivanje pokajničkih izjava trećim osobama moglo narušiti efikasnu provedbu prava tržišnog natjecanja od strane Komisije. Povrh toga sama Obavijest o suradnji, iako *soft law* sredstvo, sadrži odredbu prema kojoj će Komisija otkriti sadržaj pokajničkih izjava samo uz suglasnost pokajnika. Drugi način pristupa pokajničkim izjavama bio je temeljem odredaba *Transparency Regulation*. Ta je uredba donesena kao generalno sredstvo pristupa javnim informacijama u posjedu svih institucija EU-a, u bilo koju svrhu. Usprkos širokoj primjeni njezinih odredaba u svrhu pribavljanja dokaznih sredstava za potrebe parnica, *Transparency Regulation* također je sadržavala dva važna ograničenja u tom pogledu. Naime Komisija može stranci odbiti pristup određenom dokumentu ako bi njegovo otkrivanje bilo u suprotnosti sa zaštitom komercijalnih interesa fizičkih ili pravnih osoba. Zatim, pristup dokumentima također može biti uskraćen ako bi time bila

⁸⁸ Geradin, Damien; Grelier, Laure-Anne. Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?, u: Charbit, Nicolas; Ramundo, Elisa; Kovacic, William E. An Antitrust Tribute: Liber Amicorum, Institute of Competition Law, izdanje 2 (2013), 257-276, str. 267-268.

⁸⁹ Uredba (EZ) br. 1049/2001 Europskog parlamenta i Vijeća od 30. svibnja 2001. o javnom pristupu dokumentima Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije.

⁹⁰ Obavijest Komisije o suradnji u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, OJ C 101, 27. 4. 2004.

narušena sama svrha postupaka inspekcije, istrage ili revizije. Oba su ograničenja međutim podložna testu proporcionalnosti prevladavajućeg javnog interesa. U kontekstu pristupa pokajničkim izjavama u parnicama za naknadu štete Sud EU-a prema tužiteljima je u početku zauzimao vrlo popustljiva stajališta. Primjerice u predmetu *Austrian Banks*⁹¹ Sud je tzv. „blanket refusal“, odnosno praksu Komisije po kojoj bi uskraćivala pristup cijelim kategorijama dokumenata, proglasio nezakonitim. Slično stajalište Sud je zauzeo i u predmetu *CDC hydrogen peroxyde*.⁹² Povod tom predmetu bila je Komisijina odluka kojom je stranci odbijen pristup cjelokupnom „indeksu“ spisa predmeta, dokumentu koji je sadržavao popis svih predmeta prikupljenih u postupku pred Komisijom i koji bi tužiteljima omogućio identifikaciju konkretnih dokaza čije bi otkrivanje tada mogli zatražiti u svrhu postupka naknade štete. Svoju odluku Komisija je obrazložila potrebom zaštite povjerljivosti informacija i svrhe istrage. Sud je donio odluku kojom je Komisiji naložio dostavu cjelokupnog „indeksa“ uz obrazloženje da se izbjegavanje parnice za naknadu štete ne može smatrati komercijalnim interesom sudionika kartela, a da je argument zaštite svrhe istrage u ovom slučaju preširoko interpretiran te da je u suprotnosti s načelom maksimalne moguće učinkovitosti prava na pristup informacijama. Nagli zaokret u interpretaciji *Transparency Regulation* Sud je učinio u predmetima *Netherlands v Commission*⁹³ i *EnBW*.⁹⁴ U predmetu *EnBW* stranka je od Komisije zatražila pristup kompletnom spisu predmeta, što je Komisija, očekivano, odbila primjenom tzv. „blanket refusal“. Sud je u ovom slučaju donio presudu kojom je podržao odluku Komisije o odbijanju pristupa cjelokupnom spisu predmeta, međutim u obrazloženju je naveo kako predmetna odluka nije opravdana temeljem primjene „blanket refusal“, već je svoju odluku argumentirao uspostavom specifičnog pravila. Sud je naime zaključio da bi otkrivanje svih dokumenata iz spisa zaista imalo nepovoljan učinak na komercijalne interese fizičkih i pravnih osoba, kao i na svrhu istražnih aktivnosti. Međutim kako iz tog razloga ne bi bila primorana ispitivati svaki dokument posebno, Komisija ima pravo na presumpciju prema kojoj bi otkrivanje zatraženih dokumenata moglo narušiti spomenute interese. Stranke, naravno, mogu navedenu presumpciju oboriti argumentacijom da se navedena presumpcija ne odnosi na pojedini dokument ili da postoji prevladavajući javni interes za njegovo otkrivanje. Prema ovoj presudi dakle tužitelj mora dokazati da mu je konkretan dokaz iz spisa predmeta Komisije potreban u parnici za naknadu štete. Također, tužitelj mora dokazati da je to jedini način na koji je u mogućnosti doći do tog dokumenta. Takva praksa Suda EU-a postavila je u principu vrlo nepovoljna pravila u pogledu pristupa pokajničkim izjavama u spisu Europske komisije. U drugu ruku međutim pristup pokajničkim izjavama istovremeno je olakšan u odnosu na pristup temeljem

⁹¹ Sud: T-2/03 od 13. 4. 2005., Verein für Konsumenteninformation / Komisija Europskih zajednica, EU:T:2005:125.

⁹² Sud EU-a: T-437/08 od 15. 12. 2012., CDC Hydrogene Peroxide Cartel Damage Claims (CDC Hydrogene Peroxide) / Europska komisija, EU:T:2011:752.

⁹³ Sud EU-a: T-380/08 od 13. 9. 2013., Kraljevina Nizozemska / Europska komisija, EU:T:2013:480.

⁹⁴ Sud EU-a: C-365/12 P od 27. 2. 2014., Europska komisija / EnBW Energie Baden-Württemberg AG, EU:C:2014:112.

Uredbe 1/2003 budući da je tužiteljima ipak ostavljena mogućnost da dokažu kako konkretne pokajničke izjave nisu obuhvaćene zaštitom prethodno spominjanih interesa.⁹⁵

Za pristup dokumentima u spisu predmeta nacionalnih agencija tužiteljima su na raspolaganju stajala slična sredstva kao i u postupcima pred Komisijom. Primjerice u Hrvatskoj se u tu svrhu moglo poslužiti odredbama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja i Zakona o pravu na pristup informacijama,⁹⁶ nacionalnim ekvivalentima spomenutih europskih propisa. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja međutim, kao i Uredba 1/2003, tužiteljima u parnicama za naknadu štete pruža vrlo ograničenu, ako ne i nikakvu mogućnost pristupa pokajničkim izjavama. Prema njegovim odredbama podnositelji inicijative za pokretanje postupka pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja, kao i zainteresirane osobe, nemaju status stranke u postupku. Oni tako imaju pravo samo na skraćenu verziju obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, a pristup punoj verziji imaju tek nakon zaključenja postupka i samo ako je zaključkom Agencije utvrđeno da nema osnove za pokretanje postupka ili ako je doneseno rješenje kojim je utvrđeno da nije došlo do povrede prava tržišnog natjecanja. I podnositelj inicijative i zainteresirana osoba naime jedine su osobe za koje postoji mogućnost da bi se mogle pojaviti kao tužitelji u postupcima za naknadu štete te im je takvim odredbama pristup dokumentima u spisu predmeta Agencije značajno ograničen. Zakon o pravu na pristup informacijama zatim, kao i *Transparency Regulation*, osigurava fizičkim i pravnim osobama pravo na pristup informacijama u posjedu tijela javne vlasti, ali također sadrži i ograničenja vezana uz određene okolnosti. Jedna od takvih okolnosti relevantnih za pitanje pristupa pokajničkim izjavama jest primjerice apsolutna zabrana pristupa informacijama koje se tiču prethodnih i kaznenih postupaka za vrijeme njihovih trajanja. Tijelo zatim također može zabraniti pristup informacijama koje predstavljaju poslovnu ili profesionalnu tajnu te informacijama čije bi otkrivanje moglo narušiti sudski upravni ili drugi postupak donošenja odluka, kao i učinkovitost, neovisnost i nepristranost navedenih postupaka, uz razliku što su ta ograničenja podložna testovima proporcionalnosti. Ograničenja Zakona o pravu na pristup informacijama prema tome vrlo su slična ograničenjima propisanim u *Transparency Regulation* te su tužiteljima pružala ograničenu, ali ipak postojeću mogućnost pristupa pokajničkim izjavama.⁹⁷

Na razini Europske unije prvi dokument koji se dotaknuo tematike dostupnosti pokajničkih izjava trećim osobama bila je Zelena knjiga o tužbama za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja, čija je točka 2.7. posvećena upravo koordinaciji javne i privatne provedbe. U toj točki konstatirano je da su javna i privatna provedba prava tržišnog natjecanja međusobno komplementarne te je stoga potrebno osigurati njihovu optimalnu koordinaciju. U opciji 28. Zelene knjige u tu je svrhu zatim predloženo isključenje dostupnosti pokajničkih izjava kako bi se zaštitila povjerljivost njihova

⁹⁵ Butorac Malnar, Vlatka. *Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective*, *Op. cit.*, str. 137-142.

⁹⁶ Zakon o pravu na pristup informacijama, NN 25/13, 85/15.

⁹⁷ Butorac Malnar, Vlatka. *Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective*, *Op. cit.*, str. 151-154; Zakon o pravu na pristup informacijama, čl. 15. st. 1.-3.

podnošenja tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja od strane poduzetnika u sklopu pokajničkih programa. Očito, tim je prijedlogom ipak dana prednost javnoj u odnosu na privatnu provedbu. Bijela knjiga također je donijela vrlo slične zaključke: točkom 2.9. pod nazivom „*Interaction between leniency programmes and actions for damages*“ predložena je zaštita svih pokajničkih izjava vezanih uz primjenu europskog prava tržišnog natjecanja bez obzira na to je li izjava kao takva prihvaćena, odbijena ili nakon nje nije uslijedila nikakva odluka te bez obzira na to je li zahtjev za pristup izjavi podnesen prije ili poslije usvajanja rješenja tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Osim toga predloženo je da bi čak i dobrovoljno otkrivanje pokajničkih izjava od strane samih pokajnika trebalo biti zabranjeno, barem do trenutka donošenja obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama.

Prva presuda Suda EU-a koja se konkretno dotakla pitanja pristupa pokajničkim izjavama u kontekstu odnosa javne i privatne provedbe prava tržišnog natjecanja donesena je 2011. godine u predmetu *Pfleiderer* povodom preliminarnog pitanja podnesenog od strane Okružnog suda u Bonnu (*Amtsgericht Bonn*). Spor u tom predmetu nastao je između njemačke nacionalne agencije (*Bundeskartellamt*) i tužitelja u postupku za naknadu štete uzrokovane kartelom proizvođača dekorativnog papira (*Pfleiderer AG*). Sporno je bilo pitanje kompatibilnosti njemačkog nacionalnog prava, koje dopušta pristup pokajničkim izjavama u spisu predmeta *Bundeskartellamta*, s odredbama Uredbe 1/2003 o suradnji i razmjeni informacija između nacionalnih agencija i Komisije. Prema njemačkom Zakonu o kaznenom postupku (*Strafprozessordnung* ili StPO), čije su odredbe, prema odredbama Zakona o upravnim prekršajima (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* ili OWiG), primjenjive i u upravnim postupcima izricanja kazni, odvjetnik oštećene osobe ima pravo na uvid u spis predmeta tijela javnog progona i dokaze koji se u njemu nalaze ako oštećena stranka dokaže da ima za to legitimni interes. Nakon što je *Bundeskartellamt* na zahtjev tužitelja za uvid u kompletni spis predmeta odbio odobriti pristup dijelu spisa koji sadrži povjerljive informacije, interne informacije i pokajničku izjavu, tužitelj je navedenu odluku osporio pred nadležnim sudom u Bonnu pozivajući se na odredbe StPO-a i OWiG-a. *Amtsgericht Bonn*, koji je, doduše, načelno podržao tužiteljeve argumente zbog sumnje u sukladnost navedenih odredaba domaćeg prava s odredbama članaka 11. i 12. Uredbe 1/2003 uputio je preliminarno pitanje Sudu EU-a. *Amtsgericht Bonn* je naime smatrao da bi praksa *Bundeskartellamta*, kojom bi pokajničke izjave iz njegovih spisa predmeta bile dostupne trećim osobama, obeshrabrila nacionalne agencije drugih država članica da u okviru suradnje temeljene na odredbama Uredbe 1/2003 razmjenjuju pokajničke izjave s *Bundeskartellamtom*. Time bi, prema mišljenju suda u Bonnu, bila narušena sama osnova Europske mreže za tržišno natjecanje. U odgovoru na postavljeno pitanje Sud EU-a istaknuo je da pokajnički programi nacionalnih agencija kao takvi nisu regulirani pravno obvezujućim normama Europske unije te da je, prema tome, upravo na državama članicama da uspostave i primjenjuju pravila koja uređuju pristup pokajničkim izjavama u spisu predmeta njihovih nacionalnih agencija. Međutim Sud je također istaknuo da države članice pritom moraju poštivati načela jednakovrijednosti i učinkovitosti pozivajući se na presudu *Courage v Crehan* te da stoga nacionalni sudovi

moraju biti u mogućnosti provesti odgovarajući test proporcionalnosti, tj. staviti u odnos interese koji se štite pružanjem prava na pristup i interese koji se štite ograničenjem prava na pristup pokajničkim izjavama. Odgovor Suda na postavljeno preliminarno pitanje, prema tome, glasilo je da pravo Europske unije ne priječi oštećenim osobama, koje u parnicama potražuju naknadu štete, da temeljem nacionalnog prava ostvare pristup pokajničkim izjavama u spisu predmeta nacionalnih agencija, već je na samim sudovima država članica da temeljem nacionalnog prava utvrde uvjete pod kojima će pristup pokajničkim izjavama biti odobren ili odbijen, važući pritom u svakom pojedinom slučaju interese zaštićene pravom Europske unije. Kao što se iz navedenog može vidjeti, Sud u ovom predmetu nije zauzeo čvrsto stajalište o tome trebaju li pokajničke izjave biti dostupne javnosti ili ne te je rješavanje te dileme prepustio nacionalnim sudovima.⁹⁸ Time je Sud EU-a u principu utvrdio da pokajničke izjave same po sebi ne zaslužuju apsolutnu zaštitu, već da je njihova zaštita uvjetovana njezinom proporcionalnošću s interesima koji se od slučaja do slučaja njome žele zaštititi. Drugačije je stajalište međutim u istom predmetu zauzeo nezavisni odvjetnik Mazák. Prema njegovu mišljenju pokajničkim izjavama trebalo bi pružiti apsolutnu zaštitu budući da bi prednost u odnosu na pravo žrtava kartela na naknadu štete ipak trebalo dati javnoj provedbi prava tržišnog natjecanja. Kako Mazák ističe, iako hijerarhija javne i privatne provedbe pravno nije uspostavljena, trebalo bi uzeti u obzir da se u većini slučajeva privatna provedba u stvari naslanja na javnu provedbu (referirajući se na nisku zastupljenost privatne provedbe u odnosu na javnu, kao i na dominantnost *follow-on* tužbi u okvirima privatne provedbe) te da bi, kako bi se očuvala sama opstojnost privatne provedbe, bilo potrebno prvenstveno osigurati učinkovitu javnu provedbu prava tržišnog natjecanja. Nezavisni odvjetnik Mazák također je ustanovio vrlo važnu razliku između pokajničkih izjava i ostalih dokaza koji postoje neovisno o njoj, a na koje se pokajničke izjave pozivaju („*pre-existing documents*“). Prema njegovu mišljenju tzv. „*pre-existing documents*“ ne bi trebali imati jednaku zaštitu kao i same pokajničke izjave te bi pristup tim dokazima u spisu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u načelu trebao biti slobodan budući da bi tužitelji do njih mogli doći i neovisno o pokajničkim izjavama te da u odnosu na njih od strane pokajnika ne postoji legitimno očekivanje o njihovoj povjerljivosti, kao što postoji u odnosu na pokajničke izjave.⁹⁹

Još jedna presuda u kojoj je Sud zauzeo slično stajalište u vezi s tim pitanjem donesena je dvije godine poslije u predmetu *Donau Chemie*. U tom predmetu Sudu EU-a bilo je u principu postavljeno isto pitanje kao i u predmetu *Pfleiderer*, uz razliku što je predmetno pitanje postavljeno iz suprotne perspektive. Naime prema austrijskom pravu tržišnog natjecanja trećim osobama nije bio dozvoljen pristup spisu predmeta austrijske nacionalne agencije (*Bundeswettbewerbsbehörde*) ako za to pristanak nisu dale sve stranke u postupku pred nadležnim sudom. Prema tome pitanje postavljeno Sudu EU-a

⁹⁸ Vidi: Sud EU-a, C-360/09 od 14. 6. 2011., *Pfleiderer AG / Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389; Moodaliyar, Kasturi. Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages?, *YARS* 7 (2014), 10, 159-189, str. 173-177.

⁹⁹ Vidi: Mišljenje nezavisnog odvjetnika Mazáka od 16. 12. 2010. (C-360/09, ECLI:EU:C:2010:782).

glasilo je brani li pravo EU-a odredbe nacionalnog prava koje pristup dokumentima u spisu suda nadležnog za kartele uvjetuju pristankom svih stranaka u postupku, a da pritom ne omoguće nacionalnim sudovima da, s obzirom na okolnosti slučaja, „izvažū“ time sukobljene interese. Sud se u obrazloženju svojeg stajališta osvrnuo na važnost privatne provedbe prava tržišnog natjecanja ustanovljene u predmetima *Courage v Crehan* i *Manfredi*, kao i na stajalište prethodno zauzeto u predmetu *Pfleiderer*, prema kojem nadležnost država članica da same uspostavljaju i provode pravila pristupa pokajničkim izjavama ne smije biti u suprotnosti s načelima jednakovrijednosti i učinkovitosti prava EU-a. Prema mišljenju Suda odredba austrijskog prava prema kojoj je pristup pokajničkim izjavama tužiteljima bezuvjetno zapriječen u odsutnosti pristanka svih stranaka u predmetnom postupku u suprotnosti je s načelom učinkovitosti prava oštećene osobe na naknadu štete uzrokovanu kartelom. Prema tome Sud je na postavljeno pitanje odgovorio konstatirajući da je, u okviru prava EU-a, odredba nacionalnog prava prema kojoj je pristup spisu predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja uvjetovan isključivo pristankom svih stranaka u postupku nezakonita te da bi nacionalni sudovi, kako bi navedeno pravilo bilo u skladu s načelom učinkovitosti, morali imati mogućnost provođenja testova proporcionalnosti sukobljenih interesa u pitanju, i to ovisno o okolnostima svakog pojedinog slučaja te za svaki zatraženi dokument posebno.¹⁰⁰

Direktivom o određenim pravilima koja uređuju tužbe za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije iz 2014. godine pitanje pristupa pokajničkim izjavama konačno je regulirano i u zakonodavnom postupku Europske unije. U članku 6. Direktive, koji uređuje otkrivanje dokaza uključenih u spis predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, ustanovljene su tzv. „siva lista“ i „crna lista“ dokaza. Siva lista iz stavka 5. ovoga članka podrazumijeva dokaze čije otkrivanje nacionalni sudovi mogu zatražiti isključivo nakon zaključenja postupka pred tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja. Ta lista uključuje: a) informacije koje su fizičke ili pravne osobe pripremile posebno za postupak tijela nadležnog za tržišno natjecanje; b) informacije koje je tijelo nadležno za tržišno natjecanje sastavilo i poslalo strankama tijekom postupka; i c) povučene prijedloge za nagodbu. Crna lista uređena stavkom 6., s druge strane, odnosi se na dokaze koje nacionalni sudovi ne smiju zatražiti ni u kojem trenutku. Ona uključuje: a) pokajničke izjave i b) prijedloge za nagodbu. Direktivom je prema tome pokajničkim izjavama pružena apsolutna zaštita, čime je usvojen pristup koji se uvelike razlikuje od onog usvojenog u presudama Suda EU-a. Navedeno rješenje obrazloženo je u preambuli Direktive. Prema tekstu preambule, *ratio* je takvog pristupa očuvanje atraktivnosti pokajničkih programa, koji, kao važan instrument javne provedbe prava tržišnog natjecanja, doprinose otkrivanju i efikasnom progonu najtežih povreda prava tržišnog natjecanja. Poduzetnici bi naime mogli biti obeshrabreni surađivati s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru pokajničkih programa kad bi njihove samoinkriminirajuće izjave, kao što su pokajničke izjave i

¹⁰⁰ Vidi: Sud EU-a, C-536/11 od 6. 7. 2013., Bundeswettbewerbshörde / Donau Chemie AG i drugi, ECLI:EU:C:2013:366; Moodaliyar, Kasturi. Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages?, *Op. cit.*, str. 177-179.

prijedlozi za nagodbu sastavljeni isključivo u svrhu takve suradnje, bile otkrivane trećim osobama budući da bi time poduzeća i njihovo upravljačko osoblje bili izloženi građanskopravnoj ili kaznenoj odgovornosti pod lošijim uvjetima od suprekrsitelja koji ne surađuju s tijelima nadležnima za tržišno natjecanje. Kao jedan od argumenata za taj pristup također su navedene činjenice da je velik broj odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja donesen upravo uz pomoć pokajničkih izjava te da se slučajevi naknade štete zbog kartela u EU-u uglavnom nastavljaju na navedene odluke (*follow-on* tužbe). Iz tog razloga pokajničke su izjave ujedno vrlo važne i za samu privatnu provedbu prava tržišnog natjecanja – bez efikasne javne provedbe nije moguća ni zadovoljavajuća privatna provedba. Također, navedeni se pristup opravdava konstatacijom da pravila Direktive o otkrivanju drugih isprava (koje nisu pokajničke izjave niti prijedlozi za nagodbu) osiguravaju oštećenim strankama dovoljno alternativnih načina za dobivanje uvida u relevantne dokaze koji su im potrebni za pripremu njihovih postupaka za naknadu štete. U preambuli se dalje navodi kako bi jednaka zaštita koja je dana pokajničkim izjavama trebala biti primijenjena i na doslovne citate pokajničkih izjava sadržane u drugim ispravama. Međutim dokazi koji postoje neovisno o postupku pred tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja („*pre-existing information*“) trebali bi, za potrebe parnica za naknadu štete, moći biti otkriveni u bilo kojem trenutku. U konačnici je zaključeno da bi otkrivanje dokaza u spisu predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja trebalo biti naloženo samo kada se ti dokazi ne bi mogli razumno pribaviti od druge stranke ili treće strane.¹⁰¹ Kao što je lako uočljivo, izložena argumentacija vrlo je slična onoj nezavisnog odvjetnika Mazáka u predmetu *Pfleiderer* te je opravdano zaključiti da je vrlo vjerojatno upravo njome i inspirirana. Tome u prilog govori i činjenica da je upravo nakon donošenja prethodno spomenutih presuda u europskim akademskim krugovima pokrenuta široka debata prvenstveno usredotočena na kritiku njima prouzročene pravne nesigurnosti i negativnih utjecaja na institut imuniteta pokajnika.¹⁰²

Radi usporedbe važno je na kraju još ukratko se osvrnuti i na situaciju u SAD-u. Naime budući da američko pravo raspolaže ranije spomenutim institutom „*discovery*“, njihovi su sudovi u slučaju parnica za naknadu štete u mogućnosti strankama uručiti sudske pozive za dostavu svih dokaza potrebnih u svrhu parnice, uključujući i sve isprave predočene, odnosno dostavljene u *Department of Justice*. Prema tome budući da u američkom pravu nijednim propisom nije ograničeno otkrivanje pokajničkih izjava, tužitelji u parnicama za naknadu štete na taj su način u mogućnosti sudskim putem zatražiti dostavu pokajničkih izjava direktno od tuženika te su oni obvezni postupiti po sudskom nalogu.¹⁰³ Taj je pristup, kao što se može vidjeti, dijametralno suprotan europskom pristupu usvojenom u

¹⁰¹ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, preambula, t. 26.-29.

¹⁰² Vidi: Butorac Malnar, Vlatka. Access to Documents in Antitrust Litigation – EU and Croatian Perspective, *Op. cit.*, str. 142-148; Galič, Aleš. Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation, *Op. cit.*, str. 167.

¹⁰³ Buccirosi, Paolo; Marvão, Catarina; Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Damages, *Op. cit.*, str. 3 (bilješka 2).

Direktivi. Iako u prvu ruku nameće dosta pitanja vezanih uz njegov utjecaj na atraktivnost pokajničkih programa, što je pri usvajanju europskog pristupa upravo i bio cilj, njegovi mogući nedostaci kompenzirani su uređenjem drugog važnog pitanja – opsega odgovornost pokajnika za štetu. O tom pitanju više će riječi biti u sljedećem odlomku.

4.2. Odgovornost pokajnika za štetu prouzročenu djelovanjem kartela

Ideja o ograničenju pokajnikove građanskopravne odgovornosti za štetu po prvi je put artikulirana u Zelenoj knjizi o tužbama za naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Pod istom točkom posvećenom koordinaciji javne i privatne provedbe, koja se ujedno bavila i pitanjem dostupnosti pokajničkih izvjava, u svrhu očuvanja učinkovitosti pokajničkih programa ugroženih izloženošću pokajnika tužbama za naknadu štete, predložene su dvije opcije kojima bi se odgovornost pokajnika za štetu prouzročenu kartelom donekle ublažila. Prvom opcijom predloženo je uvođenje tzv. uvjetnog 'rabata' na sve tužbe za naknadu štete upućene prema kartelskim pokajnicima, dok bi tužbe upućene prema ostalim članovima kartela, čija je odgovornost za štetu solidarna, ostala nepromijenjena. U drugoj je pak opciji predloženo ukidanje solidarne odgovornosti kartelskog pokajnika s ostalim članovima kartela, a kao jedno od mogućih rješenja za tu situaciju predloženo je ograničenje njegove odgovornosti na udio u šteti koji odgovara njegovu udjelu na tržištu zahvaćenom kartelom.¹⁰⁴

Bijela se knjiga svojim prijedlogom odmakla od Zelene knjige predlažući ograničenje pokajnikove odgovornosti isključivo na odgovornost prema njegovim izravnim i neizravnim kupcima, odnosno dobavljačima (ugovornim partnerima). To bi rješenje, iako to u tekstu Bijele knjige nije eksplicitno navedeno, samo po sebi isključilo i solidarnu odgovornost pokajnika. Naime prema Radnom dokumentu službi Komisije pridruženom Bijeloj knjizi ukidanje solidarne odgovornosti predloženo u Zelenoj knjizi samo po sebi ne bi bilo dovoljno kako bi se postigao željeni učinak ograničenja odgovornosti. Iz tog je razloga namjera tog prijedloga bila otići još i dalje te suziti krug osoba koje pokajnika mogu tužiti u parnicama za naknadu štete.¹⁰⁵ Prema tome kartelski pokajnici odgovarali bi samo svojim izravnim i neizravnim ugovornim partnerima, i to samo do udjela u šteti koji odgovara njihovu udjelu u prometu relevantnim proizvodima s tim partnerima, pri čemu bi na pokajnicima bio teret dokazivanja opsega njihove odgovornosti. Cilj tog prijedloga bio je učiniti iznos štete za koji bi pokajnici odgovarali manjim i predvidljivijim, ali istovremeno izbjeći nepotrebno ukidanje njihove građanskopravne odgovornosti.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2005) 1732} /* COM/2005/0672 final */ , t. 2.7., o. 29-30; Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, IO: Regulation (2011), 141-157, str. 149-150.

¹⁰⁵ Commission Staff Working Paper Accompanying the White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, SEC(2008) 404, t. 304-305.

¹⁰⁶ White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406} /* COM/2008/0165 final */ , t. 2.9; Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, *Op. cit.*, str. 150.

Upravo rješenje na tragu Bijele knjige prihvaćeno je kao pravno obvezujuće u okviru Direktive iz 2014. godine. Člankom 11. Direktive, kojim je propisana solidarna odgovornost za štetu poduzetnika koji su zajednički prekršili pravila tržišnog natjecanja (što se pogotovo odnosi na članove kartela), također su propisane i određene iznimke od navedenog glavnog pravila. Tako je u stavku 4. tog članka propisano da kartelski pokajnici mogu odgovarati solidarno isključivo svojim izravnim i neizravnim kupcima, odnosno dobavljačima, a ostalim žrtvama kartela samo u slučaju kad puna naknada štete ne bi mogla biti namirena od preostalih članova kartela (u slučaju njihove insolventnosti). Što se tiče obveze regresa poduzetniku koji je solidarno podmirio obvezu naknade štete cijelog kartela, Direktiva propisuje da odgovornost kartelskih pokajnika također ne smije prelaziti iznos štete koju su oni prouzrokovali svojim izravnim i neizravnim kupcima i dobavljačima. Prema tome ukupna odgovornost pokajnika za naknadu štete prouzrokovanu izravnim i neizravnim ugovornim partnerima kartela može doseći maksimalno iznos štete koju je sam pokajnik prouzročio svojim izravnim i neizravnim kupcima i dobavljačima. Iako na prvi pogled vrlo slično, to se rješenje razlikuje od onoga predloženog u Bijeloj knjizi, gdje je kao kriterij za utvrđivanje odgovornosti za štetu bio predložen udio kartelskog pokajnika u prometu s oštećenim stranama, a ne stvarni iznos štete koja im je međusobnim poslovanjem prouzročena. Na kraju Direktiva uređuje i situacije u kojima je šteta prouzročena osobama koje nisu izravni ili neizravni kupci, odnosno dobavljači kartela. U tim situacijama odgovornost kartelskog pokajnika za regres poduzetniku koji je solidarno podmirio obvezu kartela bit će utvrđena sukladno njegovu relativnom udjelu u toj šteti.¹⁰⁷ Direktiva je takav pristup objasnila u preambuli ponovno se pozivajući na velik značaj poduzetnika koji u suradnji s tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja aktivno pomažu u otkrivanju i uspješnom suzbijanju tajnih kartela, čime vrlo često doprinose i preventivnom ublažavanju ukupne štete koja je mogla nastati da kartel nije prijevremeno okončan. Navedeno je da odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja koje se odnose na takve poduzetnike često postaju pravomoćne prije odluka koje se odnose na ostale prekršitelje prava tržišnog natjecanja, što navedene poduzetnike pokajnike čini preferiranom metom tužitelja u parnicama na naknadu štete. Iz tog razloga važno je takve poduzetnike zaštititi od pretjerane izloženosti tužbama za naknadu štete ograničavajući opseg njihove odgovornosti, kao i broj osoba aktivno legitimiranih za podnošenje tužbi.¹⁰⁸

Iz analize navedenih dokumenata i propisa vidljivo je da se, unatoč raznovrsnosti kombinacija predloženih rješenja, kroz svaki od njih barem jednom provlači ideja o ukidanju solidarne odgovornosti kartelskih pokajnika. Iako se i kod prve opcije u Zelenoj knjizi stvara dojam da bi ona zahtijevala ukidanje solidarne odgovornosti, njezin je originalni smisao tek pružanje uvjetnog popusta u vidu ograničenja visine odgovornosti za štetu na tužbe za naknadu štete naslovljene na bilo koji iznos, bile one solidarnog

¹⁰⁷ Direktiva 2014/104/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. studenoga 2014. o određenim pravilima kojima se uređuju postupci za naknadu štete prema nacionalnom pravu za kršenje odredaba prava tržišnog natjecanja država članica i Europske unije, čl. 11. st. 4. i 5.

¹⁰⁸ Ibidem, preambula, t. 38.

karaktera ili ne.¹⁰⁹ Međutim druga opcija Zelene knjige pružila je upravo takav, konkretniji prijedlog, na kojem su se, čini se, razvijali i prijedlozi, odnosno rješenja Bijele knjige, a poslije i same Direktive. Razlog zašto su se u diskursu održale ideje o ukidanju solidarne odgovornosti i njezinu ograničenju na odgovornost izravnim i neizravnim ugovornim partnerima vjerojatno je određena doza sigurnosti koju one, za razliku od prve opcije u Zelenoj knjizi, pokajnicima pružaju u pogledu konačnog financijskog tereta koji će snositi kao posljedicu svojeg protupravnog ponašanja – upravo je takva sigurnost poželjna kako bi se postigla željena ravnoteža i očuvala atraktivnost pokajničkih programa.

U SAD-u to je pitanje riješeno na prilično osebujan i američkom antitrustu svojstven način. Budući da američko pravo, kao što je i ranije spominjano, poznaje institut trostruke odštete za povrede prava tržišnog natjecanja (*treble damages*), ublažavanje pokajnikove odgovornosti za naknadu štete ostvareno je njezinim ograničenjem na jednostruku odštetu, također uz uklanjanje solidarne odgovornosti. Takvim rješenjem, uvedenim 2004. godine propisom pod nazivom *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* (ACPERA), kao i europskim rješenjem usvojenim u Direktivi, nastojalo se pomiriti javnu i privatnu provedbu prava tržišnog natjecanja ograničavanjem odgovornosti kartelskih pokajnika za štetu prouzročenu kartelom, pazeći pritom da pravo oštećenih osoba na punu naknadu štete ostane netaknuto. U američkom slučaju ta je tendencija još i više izražena budući da, iako je učinak obaju rješenja na krajnji opseg odgovornosti u principu sličan, sužavanje trostruke odštete na jednostruku predstavlja osjetno veće umanjeње ukupne odgovornosti, stoga je poticaj američkim poduzetnicima da sudjeluju u pokajničkim programima uz takvu mjeru znatno jači nego europski poticaj usvojen u Direktivi. U okviru američkog nastojanja da se očuva atraktivnost pokajničkih programa treba, međutim, uzeti u obzir i jednu dodatnu okolnost. Naime sankcije za povrede pravila američkog antitrusta kaznenopravne su prirode, stoga su njihovi poduzetnici, uz građanskopravnu, izloženi i toj vrsti odgovornosti. Pokajnički programi u Americi prema tome poduzećima udruženima u kartel pružaju imunitet od kaznenopravne odgovornosti te su, uz interese poduzeća kao pravnih osoba, važan motivacijski faktor za sudjelovanje u programu i privatni interesi njihovih menadžera da izbjegnu zatvorske kazne.¹¹⁰

Uz prethodno navedena rješenja također je zanimljivo spomenuti i rješenje koje je od 2009. pa sve do implementacije Direktive iz 2014. godine bilo na snazi u Mađarskoj, a kojim je potpuno ukinuta odgovornost kartelskih pokajnika za štetu prouzročenu kartelom, osim u slučaju insolventnosti ostalih članova kartela.¹¹¹ Tim rješenjem ne samo što je očuvana atraktivnost pokajničkog programa među mađarskim kartelskim pokajnicima već je njegov značaj i dodatno porastao budući da su temeljem njega ostali poduzetnici, koji nisu bili sudjelovali u pokajničkom programu, u principu bili izloženi i

¹⁰⁹ Commission Staff Working Paper - Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules SEC(2005) 1732 {COM(2005) 672 final}, t. 235.

¹¹⁰ Moodaliyar, Kasturi. Access to Leniency Documents: Should Cartel Leniency Applicants Pay the Price for Damages?, *Op. cit.*, str. 184-185; Rumak, Evelina; Sitarek, Piotr. Polish Leniency Programme and its Intersection with Private Enforcement of Competition Law, *YARS 2* (2009), 2, 99-123, str. 118-119.

¹¹¹ Buccirossi, Paolo; Marvão, Catarina; Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Damages, *Op. cit.*, str. 4.

pokajnikovu udjelu u odgovornosti za štetu.¹¹² Iako je ta odredba mađarskog zakona o tržišnom natjecanju derogirana rješenjem koje je nametnula Direktiva, svakako je važno imati na umu i tu mogućnost regulacije privatnopravne odgovornosti kartelskih pokajnika.

Uz ideju ograničenja privatnopravne odgovornosti pokajnika za štetu prouzročenu kartelom općenito su vezana određena pitanja kako njihove praktične tako i pravne opravdanosti. Već je u samoj praksi Suda EU-a, kao i u razmatranjima predmetnog pitanja od strane autora, više puta konstatirano kako imunitet od upravnopravne, odnosno kaznenopravne sankcije sam po sebi ne može kartelskog pokajnika zaštititi od privatnopravne odgovornosti za naknadu štete budući da je riječ o dva potpuno odijeljena instituta javnog i privatnog prava.¹¹³ Također, kao što je i ranije spomenuto, sama je Direktiva iz 2014. godine u svojem članku 5. izričito navela kako interes poduzetnika da izbjegnu tužbe (čitaj: odgovornost) za naknadu štete ne može predstavljati valjani interes temeljem kojih bi ih se zaštitilo od otkrivanja dokaznih sredstava potencijalnim ili aktualnim tužiteljima. Kartelski su pokajnici iz te perspektive samom činjenicom da su oslobođeni javnopravne sankcije *a priori* u povoljnijoj poziciji nego ostali članovi kartela, stoga nisu opravdana ograničenja i modifikacije prava njihovih žrtava na naknadu štete kako bi se njihov položaj dodatno poboljšao. Taj je problem međutim relativne prirode i, kako to zaključuje Komninos, zapravo se dotiče osnovnog pitanja ciljeva prava tržišnog natjecanja: ako je glavni cilj kompenzacija žrtava protutržišnog ponašanja, ograničenje privatnopravne odgovornosti kartelskih pokajnika u tom će slučaju zaista predstavljati prepreku u ostvarenju svrhe prava tržišnog natjecanja; ako je pak kao glavni cilj postavljeno sprječavanje i suzbijanje protutržišnog ponašanja, tad će ipak biti povoljnije čuvati integritet i atraktivnost pokajničkih programa, makar i na moguću štetu žrtava kartela.¹¹⁴

Zanimljive primjedbe u raspravama također se mogu naći i vezano uz striktno pravnu opravdanost ograničenja privatnopravne odgovornosti. Primjerice kritika Direktive iz 2014. nastala je na činjenici da je njezinim rješenjem cijelim kategorijama potencijalnih oštećenika uskraćeno pravo da od kartelskih pokajnika potražuju naknadu štete prouzročene kartelom. Omogućavanje isključivo izravnim i neizravnim ugovornim partnerima pokajnika da protiv njega podnose tužbe za naknadu štete, prema mišljenju kritičara, u suprotnosti je s primarnim pravom EU-a, odnosno njegovom interpretacijom od strane Suda EU-a u predmetima *Courage v Crehan* i *Manfredi*, prema kojoj pravo na naknadu štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja pripada svim osobama koje su

¹¹² Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, *Op. cit.*, str. 152.

¹¹³ Sud EU-a: T-465/12 od 15.7.2015., AGC Glass Europe i drugi / Europska komisija, ECLI:EU:T:2015:505 – vidi: Gulińska, Anna. Collecting Evidence Through Access to Competition Authorities' Files – Interplay or Potential Conflicts Between Private and Public Enforcement Proceedings?, *Op. cit.*, str. 171; Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, *Op. cit.*, str. 149.

¹¹⁴ Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, *Op. cit.*, str. 149.

pretrpjele štetu.¹¹⁵ Zatim, kritika također postoji i u odnosu na zakonitost, odnosno ustavnost odredbi o ograničenju pokajnikove odgovornosti za štetu na razini nacionalnih jurisdikcija. Naime građanskopravna odgovornost za naknadu štete oduvijek je imala za svrhu kompenzaciju oštećenih strana, a svako odstupanje od tog ishoda u njegovu punom opsegu dovelo bi u pitanje osnovna prava pojedinaca na sudsku zaštitu. Kad se to pitanje međutim pojavilo pred poljskim Ustavnim sudom, on je izrazio mišljenje prema kojem načelo pune kompenzacije ne proizlazi direktno iz poljskog ustava, već iz zakona donesenog u redovitom zakonodavnom postupku. Njegove je odredbe prema tome moguće derogirati bilo kojim drugim zakonskim aktom, pa tako i zakonom kojim se ograničava građanskopravna odgovornost kartelskih pokajnika. Jedan je autor, doduše, u kritici navedenog sudskog mišljenja takva zakonska rješenja, kojima se žrtve kartela deprivira prava na naknadu štete, usporedio s institutom izvlaštenja te zaključio da bi iz tog razloga oštećenima bilo potrebno pružiti neku vrstu državne odštete.¹¹⁶ Na sličnim argumentima mogao bi se utemeljiti odgovor i na prvi navedeni problem, vezan uz usklađenost rješenja s primarnim pravom EU-a. Naime primarnim pravom EU-a propisane su tek zabrane protutržišnih ponašanja, dok je pravo na naknadu štete izvedeno njihovom daljnjom interpretacijom od strane Suda. Na jednak način na koji je prihvaćena „derogacija“ pravila Suda EU-a o pristupu pokajničkim izjavama Direktivom iz 2014. godine mogla bi se prihvatiti i nova pravila o ograničenju odgovornosti kartelskih pokajnika koja potencijalno dolaze u konflikt s praksom Suda. Naime ni jedna ni druga materija do donošenja predmetnih presuda nisu bile izričito regulirane europskim propisima. Uostalom, rješenjem usvojenim u Direktivi nipošto nije ograničena mogućnost oštećenih osoba da potražuju naknadu štete od ostalih članova kartela, a kao sigurnosna mjera također je propisana mogućnost da kartelski pokajnici odgovaraju i osobama koje nisu njihovi izravni ili neizravni ugovorni partneri u slučaju da dođe do insolventnosti ostalih članova kartela.

4.3. Usklađivanje rješenja i uspostava ravnoteže između javne i privatne provedbe

Tek kad se u obzir uzmu oba prethodno obrađivana pitanja može se utvrditi konkretna strategija koju je određena jurisdikcija usvojila s ciljem koordinacije javne i privatne provedbe prava tržišnog natjecanja. Navedene strategije mogu biti usmjerene prema uspostavi ravnoteže između dviju sfera prava tržišnog natjecanja te tako varirati između maksimalne slobode pristupa pokajničkim izjavama, u kombinaciji s potpunim ukidanjem pokajnikove odgovornosti za naknadu štete s jedne strane te apsolutne zabrane pristupa pokajničkim izjavama, u kombinaciji s minimalnim ili nikakvim ograničenjem pokajnikove odgovornosti za štetu, s druge strane. Osim nastojanja da se postigne „savršena ravnoteža“ rješenja navedenih pitanja također mogu davati apsolutnu ili relativnu prednost jednoj ili drugoj vrsti provedbe prava tržišnog natjecanja te tako štititi pokajničke izjave od otkrivanja trećim osobama, a istovremeno u većoj ili manjoj mjeri

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ Rumak, Evelina; Sitarek, Piotr. Polish Leniency Programme and its Intersection with Private Enforcement of Competition Law, *Op. cit.*, str. 119.

štititi pokajnika od odgovornosti za štetu, odnosno pružati nesmetan pristup pokajničkim izjavama, uz istovremeno održavanje opsega pokajnikove odgovornosti za štetu relativno netaknutim. Pozitivna rješenja analiziranih jurisdikcija nastoje postići ravnotežu između dviju opcija birajući pritom u većini slučajeva ipak srednji put, radije nego ekstreme. U ostatku će poglavlja stoga dosad obrađivana pojedinačna rješenja biti prezentirana u kontekstu navedenih strategija koje su određene jurisdikcije usvojile u svrhu koordinacije javne i privatne provedbe prava tržišnog natjecanja. Uz to će biti dan i komentar na neka druga postojeća rješenja hibridne naravi, kao i na specifične, dosad neimplementirane prijedloge određenih autora.

Prije svega, bilo bi važno napomenuti da, osim prethodno objašnjene koordinacije odvojenih instituta javne i privatne provedbe, u raznim jurisdikcijama također postoje rješenja kojima su javni i privatni interesi pomireni i unutar samo jedne od vrsta provedbe prava tržišnog natjecanja. Naime operativna je svrha prava tržišnog natjecanja spriječiti, kazniti i u konačnici osigurati kompenzaciju za povrede njegovih pravila. Svaki od tih aspekata svrhe prava tržišnog natjecanja načelno je moguće ostvariti i oslanjajući se samo na privatnu provedbu. Osim same mogućnosti naknade štete većina jurisdikcija u kontekstu privatne provedbe omogućava tužiteljima da pred nacionalnim sudovima traže i prestanak postupanja koje im uzrokuje ili može prouzročiti nastanak štete („*injunctive relief*“).¹¹⁷ Štoviše, za razliku od odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom se prestanak povrede prava tržišnog natjecanja najčešće nalaže tek nakon zaključenja postupka kojim je utvrđeno njezino postojanje, nacionalni sudovi imaju mogućnost izricanja hitnih mjera kako bi se spriječile moguće štetne posljedice do trenutka donošenja odluke.¹¹⁸ Također, kao što je prije spomenuto u kontekstu trostrukih odšteta u američkom antitrustu, privatnom provedbom također je moguće ostvarivati i kaznenu funkciju prava tržišnog natjecanja. Jednako tako javnom provedbom moguće je izvršavati funkcije koje su primarno namijenjene privatnoj provedbi. Tako je primjerice moguće da samo tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja u svojoj odluci o povredi poduzetniku nametne obvezu naknade štete oštećenim stranama.¹¹⁹ Zatim, tijela za zaštitu tržišnog natjecanja mogla bi izricati kazne upravo u visini štete koja je prouzročena protutržišnim ponašanjem te bi, prema prijedlogu nekih autora,¹²⁰ taj iznos mogao biti upotrijebljen kao kompenzacija žrtvama kartela. Također, neke jurisdikcije, kao što su Francuska i SAD, ovlašćuju određena tijela javne vlasti (primjerice državno odvjetništvo ili samo tijelo za

¹¹⁷ Tako je primjerice člankom 1047. hrvatskog Zakona o obveznim odnosima (NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18) propisano da „[s]vatko može zahtijevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od kojega prijeti znatnija šteta njemu ili drugome, kao i da se suzdrži od djelatnosti od koje proizlazi uznemirivanje ili opasnost štete, ako se uznemirivanje ili šteta ne mogu spriječiti odgovarajućim mjerama“ te da će sud „na zahtjev zainteresirane osobe narediti da se poduzmu odgovarajuće mjere za sprječavanje nastanka štete ili uznemirivanja ili da se ukloni izvor opasnosti, na trošak posjednika izvora opasnosti, ako ovaj sam to ne učini.“

¹¹⁸ Člankom 51. hrvatskog ZZTN-a, doduše, to je omogućeno i u postupku pred Agencijom za zaštitu tržišnog natjecanja.

¹¹⁹ Takvu mogućnost u članku 49. nudi i ZZTN.

¹²⁰ Geradin, Damien; Grelier, Laure-Anne. Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?, *Op. cit.*, str. 276.

zaštitu tržišnog natjecanja) da u svojstvu *parentis patriae* podnose tužbe za naknadu štete u ime oštećenika koji se nalaze unutar njihovih granica.¹²¹ Međutim budući da u svakoj od jurisdikcija na koju se mogu odnositi prethodno navedeni primjeri u pravilu postoje obje grane provedbe prava tržišnog natjecanja, pažnju bi trebalo posvetiti upravo načinu na koji su one u njima dovedene u koordinaciju.

U Europskoj uniji Direktivom iz 2014. godine usvojena su rješenja apsolutne zabrane pristupa pokajničkim izjavama u spisu predmeta tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i ograničenja pokajnikove odgovornosti za štetu isključivo na odgovornost njegovim izravnim i neizravnim ugovornim partnerima, uz iznimku insolventnosti ostalih članova kartela. Tim rješenjima tužiteljima je dakle u znatnoj mjeri otežano prikupljanje dokaza potrebnih u parnici za naknadu štete, dok im je s druge strane ipak pružena adekvatna mogućnost naplate potraživanja, barem od onih članova kartela s kojima su bili u izravnom ili neizravnom poslovnom odnosu. Iako je cilj Direktive možda i bila uspostava ravnoteže između pokajničkih programa i prava na naknadu štete, maksimalna zaštita pokajničkih izjava propisana njome ipak nije „kompenzirana“ neograničenom odgovornošću svih pokajnika za cijelu štetu prouzročenu kartelom. Takvo rješenje vrlo vjerojatno ne bi ni bilo nužno potrebno kako bi se zaštitilo pravo svih oštećenih osoba na naknadu štete, međutim činjenica je da je trenutna konfiguracija rješenja Europske unije ipak nagnuta u smjeru očuvanja učinkovitosti javne provedbe.

U SAD-u je situacija, moglo bi se reći, dijametralno suprotna europskoj. Dok su američki kartelski pokajnici svojim žrtvama odgovorni za puni iznos štete koju su im prouzrokovali, ali također uz isključenje solidarne odgovornosti, pristup pokajničkim izjavama tužiteljima u parnicama za naknadu štete potpuno je slobodan. Prema tome budući da pokajničkim izjavama nije pružena nikakva osobita zaštita, a da je tužiteljima pritom omogućeno potraživanje punog iznosa odštete od članova kartela, američko je pravo, čini se, relativnu prednost dalo ipak privatnoj provedbi.¹²²

¹²¹ Komninos, Assimakis P. *The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari*, *Op. cit.*, str. 141-142.

¹²² Prema javno dostupnim podacima u razdoblju od 2004. (kad je ACPERA-om uveden 'de-trebling of the damages') do 2010. godine među 173 kartelna slučaja pred DoJ-om zabilježeno je čak 129, dakle 75 %, uspješnih zahtjeva za pokajnički imunitet. Međutim analiza američkog DoJ-a pokazala je da je ograničenje odgovornosti za štetu kartelskih pokajnika samo na jednostruku štetu uz uklanjanje solidarne odgovornosti uvedeno ACPERA-om rezultiralo tek nezamjetnom promjenom u broju zahtjeva za dodjelu imuniteta. Jedina značajna zabilježena promjena odnosi se na vrstu pokajničkog imuniteta za koji su poduzetnici podnijeli zahtjev. Naime zabilježeno je udvostručenje broja zahtjeva tipa A, odnosno zahtjeva podnesenih prije nego što je DoJ saznao za protutržišne aktivnosti, za razliku od zahtjeva tipa B, koji se odnose na zahtjeve podnesene u trenutku kad DoJ već ima saznanja o postojanju kartela. Također, prema informacijama prikupljenima od većine odvjetnika (18 od 25) koji su u 2004. godini zastupali podnositelje zahtjeva, ublažavanje odgovornosti kartelskih pokajnika za naknadu štete imalo je tek mali do umjeren utjecaj na motivaciju potencijalnih pokajnika da podnesu zahtjev za stjecanje imuniteta, dok je strah od javnopravnih sankcija u vidu zatvorskih i novčanih kazni bio od primarnog utjecaja na odluku poduzetnika na sudjelovanje u pokajničkom programu. Vidi: Burette, John; Terzaken, John iz Cravath, Swaine & Moore LLP i Simpson Thacher & Bartlett LLP. *The Cartels and Leniency Review: USA*, 2. ožujka 2021., *The Law Reviews*, dostupno na: <https://thelawreviews.co.uk/title/the-cartels-and-leniency-review/usa>; United States

Mađarsko uređenje tih pitanja iz razdoblja prije implementacije Direktive može se pak okarakterizirati kao pravi pokušaj uspostave ravnoteže, uz primjenu (gotovo) ekstremnih rješenja u pogledu obaju relevantnih pitanja. Pristup pokajničkim izjavama prema tom uređenju u Mađarskoj je također bio potpuno slobodan.¹²³ S druge strane kartelski pokajnici mogli su u parnicama za naknadu štete odgovarati samo u slučaju insolventnosti ostalih članova kartela. Prema tome na taj se način iz jednog aspekta nastojalo maksimalno zaštititi interese privatne provedbe, a iz drugog aspekta interese javne, uz iznimku slučajeva insolventnosti.

Vežano uz tu tematiku, u literaturi se također mogu naći vrlo zanimljivi komentari i samostalni prijedlozi pojedinih autora. Tako su primjerice Geradin i Grelier, koji su u svom radu generalno izrazili zabrinutost zbog prekomjernog zastrašivanja kartelskih pokajnika kao posljedice pretjerane izloženosti tužbama za naknadu štete, u kombinaciji s rigoroznim javnopravnim sankcijama, pri komentaru na tadašnji prijedlog Direktive iz 2014. godine, uz apel za apsolutnu zaštitu pokajničkih izjava, predlagali i potpuno ukidanje odgovornosti pokajnika za štetu prouzročenu kartelom.¹²⁴ Rezultat njihovih prijedloga išao bi prema tome puno dalje od same Direktive dajući apsolutnu prednost javnoj provedbi u odnosu na privatnu. Zanimljivo je također i mišljenje koje je iznio Komninos. Naime u svom radu Komninos je izrazio generalno zadovoljstvo rješenjem koje je Sud EU-a usvojio u predmetu *Pfleiderer*. Međutim u radu je istovremeno izrazio i mišljenje prema kojem bi odgovornost kartelskih pokajnika trebala biti puno ograničenija nego što je u to vrijeme bilo predloženo u Bijeloj knjizi, po mogućnosti na način da se kartelski pokajnici u potpunosti oslobode odgovornosti za štetu.¹²⁵ Svoj su stav međutim najopsežnije elaborirali autori Buccirossi, Marvão i Spagnolo. Naime nakon opsežne matematičke analize raznovrsnih parametara (kao što su dobit na karteliziranim tržištima, izgledi da će kartel biti otkriven, razine javnopravnih kazni, maksimalni iznosi odšteta i spremnost kartelista da sudjeluju u pokajničkim programima), autori su zaključili da bi optimalno legislativno rješenje za koordinaciju pokajničkih programa i tužbi za naknadu štete bilo omogućavanje slobodnog pristupa pokajničkim izjavama, uz istovremeno potpuno ukidanje odgovornosti pokajnika za štetu prouzročenu kartelom. Svoj su prijedlog usporedili i s rješenjima usvojenima u Europskoj uniji i SAD-u, kao i s rješenjem koje je prije bilo na snazi u Mađarskoj. Europsko i američko rješenje, u smislu učinkovitosti pokajničkih programa, kao i mogućnosti oštećenih osoba da naknade štetu, Buccirossi, Marvão i Spagnolo smatraju suboptimalnima u odnosu na mađarsko i svoje rješenje, dok za mađarsko rješenje smatraju da bi bilo učinkovitije kad oštećenima ne bi bila ostavljena mogućnost tužiti kartelske pokajnike čak ni u slučaju insolventnosti ostalih članova kartela. Svoj stav obrazlažu činjenicom da dostupnost pokajničkih izjava u

Accountability Office. Report to Congressional Committees: Criminal Cartel Enforcement - Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, srpanj 2011.

¹²³ Buccirossi, Paolo; Marvão, Catarina; Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Damages, *Op. cit.*, str. 4.

¹²⁴ Geradin, Damien; Grelier, Laure-Anne. Cartel Damages Claims in the European Union: Have we only Seen the Tip of the Iceberg?, *Op. cit.*, str. 274.

¹²⁵ Komninos, Assimakis P. The Relationship between Public and Private Enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari, *Op. cit.*, str. 151, 154.

parnicama za naknadu štete u konačnici rezultira boljom argumentacijom samih tužbi od strane tužitelja, a time i većim iznosima odštete koje tužitelji u sudskim postupcima uspijevaju ishoditi. Zatim, ukidanje pokajnikove odgovornosti za štetu, a time i izlaganje ostalih članova kartela udjelu u njoj, dodatno povećava rizik s kojim se kartelisti suočavaju odluče li ne sudjelovati u pokajničkim programima. Istovremeno se, prema mišljenju autora, pravo oštećenih osoba na naknadu štete ne ugrožava u značajnoj mjeri budući da je rizik od insolventnosti ostalih članova kartela razmjerno nizak. Pritom nemogućnost oštećenika da tuže kartelske pokajnike čak ni uz iznimku insolventnosti ostalih članova kartela opravdaju tvrdnjom da oslobađanjem pokajnika i te odgovornosti pokajnički programi dodatno dobivaju na atraktivnosti. Osim toga smatraju da bi potencijalno onemogućavanje nekim oštećenima da naknade štetu predstavljalo legitimnu žrtvu u odnosu na koristi koje proizlaze iz sprječavanja samog nastanka kartela i njihovih štetnih posljedica.¹²⁶

Autori su svojim obrazloženjem valjano upozorili na važnost dostupnosti pokajničkih izjava u parnicama za naknadu štete. Imajući na umu oskudnost alternativnih sredstava za pribavljanje relevantnih dokaza, ti su dokumenti ponekad i ključni izvor informacija na kojemu je moguće utemeljiti kvalitetnu tužbu. Pored toga pokajnici njihovim otkrivanjem trećim osobama u načelu ne bi trebali doći u nepovoljniju situaciju (izuzev opasnosti od objavljivanja povjerljivih informacija i poslovnih tajni) ako bi se u dovoljnoj mjeri ograničila njihova odgovornost za štetu. Iako bi se nekadašnje mađarsko rješenje (kao što su to autori istaknuli) iz te perspektive činilo optimalnim u pogledu stupnja zastrašivanja, dovoljno bi bilo, po uzoru na europsko rješenje, pokajnikovu odgovornost ograničiti i samo na odgovornost njegovim izravnim i neizravnim ugovornim partnerima. Potpuno oslobođenje kartelskih pokajnika od odgovornosti za štetu moglo bi, doduše, dati značajan doprinos dodatnom osnaživanju pokajničkih programa, međutim istovremeno takva mjera ne bi bila nužno potrebna ako bi se dovoljan stupanj zastrašivanja mogao postići i bez pretjeranog zadiranja u prava pojedinaca na naknadu štete – taj se argument posebice odnosi i na rješenje spomenutih autora kojim su olako zanemarili rizik insolventnosti. Ne treba naime zaboraviti da su javna i privatna provedba prava tržišnog natjecanja u većini jurisdikcija ipak odvojeni instituti, povjereni različitim javnopravnim i privatnopravnim akterima. Samo oslobođenje od upravno-kaznene mjere, pruženo od strane tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, ne bi trebalo sprječavati privatne tužitelje da u parnicama potražuju naknadu štete od osoba koje su za nju odgovorne niti bi trebalo biti od utjecaja na ovlast sudova da takvim tužiteljima dosude odštetu koja im pripada. Čak i kad bi dostupnost pokajničkih izjava ukupne dosuđene iznose naknade štete učinila višima, na što bi tužitelji svakako trebali imati pravo pod uvjetom da su iznosi pravilno utvrđeni, kartelski pokajnici time ne bi bili dovedeni u komparativno lošiju poziciju od ostalih članova kartela koji nisu sudjelovali u pokajničkim programima. Naime iako bi svaki član kartela u konačnici odgovarao za štetu u omjeru u kojem ju je vlastitim radnjama prouzrokovao, kartelski bi pokajnici, za razliku od ostalih sudionika u kartelu,

¹²⁶ Vidi: Buccirosi, Paolo; Marvão, Catarina; Spagnolo, Giancarlo. *Leniency and Damages*, *Op. cit.*

bili oslobođeni upravno-kaznenih mjera koje s obzirom na slabu zastupljenost privatne provedbe u europskim državama ionako u većini slučajeva čine glavninu financijskog opterećenja prekršitelja prava tržišnog natjecanja. S obzirom na to da bi svi kartelisti razmjerno svojem doprinosu snosili teret privatnopravne odgovornosti, a kartelski bi pokajnici, za razliku od ostalih, bili oslobođeni javnopravne odgovornosti, razina zastrašivanja potencijalnih kartelista time ne bi smjela biti značajno umanjena. Štoviše, strah kartelskih pokajnika da bi zbog dostupnosti pokajničkih izjava trećima mogli postati primarna meta privatnih tužitelja bio bi amortiziran ograničenjem njihove solidarne odgovornosti isključivo na odgovornost onim oštećenima koji su s njima izravno ili neizravno bili u poslovnom odnosu. Prema tome autori komentiranog rada (Buccirosi, Marvão i Spagnolo) valjano su upozorili na značaj javne provedbe u odnosu na privatnu, kao i na važnost pokajničkih izjava za učinkovitost privatnih tužbi za naknadu štete. Međutim s obzirom na prethodno iznesen stav instrumente javne provedbe, kao što su pokajnički programi, moguće je održati učinkovitima i bez napora da se pravo na pristup pokajničkim izjavama kompenzira pretjeranim podilaženjem kartelskim pokajnicima u pogledu opsega njihove odgovornosti za štetu. Naime empirijskom analizom prethodno opisanog američkog rješenja, kojemu takav prijedlog uređenja po svojim obilježjima najviše odgovara, temeljenom na prikupljenim informacijama od većeg broja odvjetnika koji su u vrijeme donošenja ACPERA-e 2004. godine (kojom je uvedeno ograničenje odgovornosti pokajnika na jednostruku štetu i ukinuta solidarna odgovornost) zastupali podnositelje zahtjeva za dodjelom pokajničkog imuniteta, utvrđeno je da su strah od građanskopravne odgovornosti za štetu i mogućnost njezina ublažavanja bili od minimalnog do umjerenog utjecaja na odluku poduzetnika da sudjeluju u pokajničkom programu, dok se s druge strane strah od javnopravnih sankcija u vidu zatvorskih i visokih novčanih kazni pokazao primarnim motivatorom u tom pogledu.¹²⁷ S obzirom na navedeno i inspirirano njime, kao moguća korisna dopuna predloženom rješenju moglo bi se radi povećanja stupnja zastrašivanja javnopravnim sredstvima, kao i radi povećanja motivacije poduzetnika da sudjeluju u pokajničkom programu razmotriti i uvođenje, odnosno vraćanje prekršajnopравnih sankcija fizičkim osobama ili proširenje primjenjivosti upravno-kaznenih mjera na fizičke osobe odgovorne za formiranje kartela i općenito povrede prava tržišnog natjecanja. Navedeno međutim povlači za sobom dodatna pitanja i predstavlja posebnu temu podložnu zasebnoj analizi.

5. ZAKLJUČAK

Javna i privatna provedba prava tržišnog natjecanja isprepliću se u ciljevima koji se njima nastoje ostvariti. Dok su i jedan i drugi mehanizam u konačnici okrenuti suzbijanju i zastrašivanju protutržišnih ponašanja, javna provedba svoj cilj nastoji postići njihovim sprječavanjem i kažnjavanjem, dok se privatnom provedbom prvenstveno nastoji doći do

¹²⁷ United States Accountability Office. Report to Congressional Committees: Criminal Cartel Enforcement - Stakeholder Views on Impact of 2004 Antitrust Reform Are Mixed, but Support Whistleblower Protection, srpanj 2011.

kompenzacije njima nastalih štetnih posljedica. Pokajnički programi vrlo su učinkovito i široko primjenjivano sredstvo javne provedbe, posebice u praksi Europske komisije. S druge strane pravo oštećenih osoba da pred sudovima traže naknadu štete jedan je od najvažnijih elemenata obveznog prava, a često se spominje i kao jedno od temeljnih prava pojedinaca općenito. U okviru prava tržišnog natjecanja Europske unije privatna je provedba u znatnoj mjeri manje zastupljena nego javna, vjerojatno iz razloga što ona, kao i, doduše, pravo tržišnog natjecanja općenito, nije duboko ukorijenjena u europskoj pravnoj kulturi i svijesti europskih pojedinaca. Bez obzira na to na području Europske unije postoje snažne tendencije da se privatna provedba dovede u život kako bi se pomoću nje ostvarili ciljevi koji su komplementarni ciljevima javne provedbe, a s kojima u konačnici dijele i jedinstvenu svrhu: uspješno suzbijanje povreda prava tržišnog natjecanja i njihovih štetnih posljedica. Pri rješavanju sukoba između spomenutih aspekata javne i privatne provedbe bitno je stoga imati na umu potrebu za održanjem atraktivnosti i učinkovitosti pokajničkih programa, kao i nastojanje da se omogući pravilan i svrsishodan razvoj instituta naknade štete zbog povrede prava tržišnog natjecanja. Pozitivni propisi raznih jurisdikcija, kao i prijedlozi različitih autora vezani uz to pitanje, obilježeni su velikom varijacijom mogućih rješenja. Autorov stav izražen u prethodnom odlomku temelji se na pokušaju pomirbe javne i privatne provedbe, bez pretjeranog zadiranja u originalne koncepte sukobljenih instituta. Dok je od neupitne važnosti osigurati učinkovitost javne provedbe na čijim se temeljima, uostalom, u većini slučajeva razvija i privatna provedba prava tržišnog natjecanja, istovremeno je vrlo bitno na taj razvoj utjecati i samom motivacijom privatnih aktera da djeluju u tom pravcu. Imajući to u vidu, autor smatra da temelji javne provedbe ne bi bili narušeni kad bi se privatnim tužiteljima omogućio pristup pokajničkim izjavama pod uvjetom da se kartelskim pokajnicima pruži dovoljna sigurnost u pogledu maksimalnog iznosa za koji bi eventualno mogli odgovarati u parnicama za naknadu štete. Zaštita koju bi bilo potrebno pružiti pokajničkim izjavama odnosila bi se na u njima sadržane povjerljive informacije i poslovne tajne i trebala bi biti parcijalnog karaktera. Interes izbjegavanja građanskopravne odgovornosti pritom se ne bi trebao smatrati relevantnim faktorom. S druge strane omogućavanje oštećenicima da tuže upravo onog člana kartela s kojim su do tad bili u izravnom ili neizravnom odnosu i o čijem načinu poslovanja imaju najviše saznanja upravo iz vlastitog iskustva trebalo bi tim oštećenicima pružiti dovoljnu motivaciju da se protiv njih upuste u parnice, pod pretpostavkom da raspolažu dovoljnom količinom dokaza. S obzirom na navedeno predloženim bi uređenjem istovremeno bilo moguće održati zadovoljavajuću razinu motivacije kartelista da sudjeluju u pokajničkim programima, dok bi mogućnost kartelom pogođenih žrtava da od počinitelja traže kompenzaciju bila u značajnoj mjeri proširena.

**THROUGH CONFLICTING MEANS TO COMPLEMENTARY GOALS:
CARTEL LENIENCY PROGRAMMES IN CIVIL PROCEEDINGS FOR DAMAGES
AND STRIKING A BALANCE BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT
OF EUROPEAN COMPETITION LAW**

Public and private enforcement of competition law are deeply intertwined in the objectives they pursue. Both mechanisms ultimately focus on combating anti-competitive behaviour and intimidating potential perpetrators. However, while public enforcement seeks to achieve its objective by preventing and punishing infringements of competition law, private enforcement primarily seeks to compensate for the harmful consequences. Leniency programmes are a highly effective and widely used means of public enforcement of competition law, especially in the practice of the European Commission. On the other hand, the right of the injured party to seek damages before the court is one of the most important components of civil law, as well as one of the fundamental rights of individuals in general. Under European Union competition law, private enforcement is significantly less prevalent than public enforcement. The reason for this might be the fact that the concept of competition law private litigation, as well as the whole of competition law in general, is not deeply rooted in European legal culture. There are nevertheless strong tendencies in the European Union to bring the private enforcement of competition law to life in order to achieve objectives complementary to the objectives of public enforcement, with which they ultimately share a unique purpose: to successfully combat infringements of competition law and their harmful consequences. When resolving conflicts between these aspects of public and private enforcement, it is therefore essential to bear in mind the need to maintain the attractiveness and effectiveness of leniency programmes, as well as to enable the proper and expedient development of private litigations related to infringements of competition law. Current regulations in various jurisdictions, as well as various proposals from different authors, are characterised by a large variation of possible solutions to this dichotomy. While it is certainly important to ensure the effectiveness of public implementation, on the basis of which, after all, the private enforcement of competition law ultimately develops, it is at the same time also very important to influence the development of private enforcement by the very motivation of private actors to seek damages. In this paper, the author seeks to analyse and compare various solutions to the aforementioned issues, but also to emphasise his own opinion on the topic.

Keywords: competition law, cartel, leniency programmes, damages, leniency corporate statements

Baldo Šoljan, trainee lawyer at law firm Madirazza & Partners