

Zagrebačka pravna revija



Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu

Vol. 9 | Br. 2 | 2020

ČLANCI

Sukob interesa u privatnom sektoru u vrtlogu tipologija
i upravljanja

Marta Dragičević Prtenjača

Sukobljenim sredstvima do komplementarnih ciljeva:
Kartelski pokajnici u parnicama za naknadu štete i
uspostava ravnoteže između javne i privatne
provedbe europskog prava tržišnog natjecanja

Baldo Šoljan

Sud pune jurisdikcije kao alat protiv ekscesivnog
formalizma: Primjeri iz odluka Ustavnog suda
Republike Hrvatske

Ivana Đuras

Novine u prekograničnoj dostavi unutar Europske
unije

Maja Josipović

Zagreb Law Review
*e-Journal of Postgraduate Studies of
Faculty of Law, University of Zagreb*

ISSN: 1848-6118

ZAGREBAČKA PRAVNA REVIJA

**Elektronički časopis poslijediplomskih studija
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu**



revija.pravo.unizg.hr

Nakladnik / Publisher

Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu / Faculty of Law of the University in Zagreb

Glavni urednik / Editor-in-chief

doc. dr. sc. Zoran Burić

Izvršni urednik / Executive editor

Juraj Brozović

Tehnički urednik / Technical editor

Krunoslav Fučkor

Uredništvo / Editorial board

prof. dr. sc. Zlata Đurđević, izv. prof. dr. sc. Hano Ernst, izv. prof. dr. sc. Viktor Gotovac, izv. prof. dr. sc. Ivan Kosnica, izv. prof. dr. sc. Goranka Lalić Novak, izv. prof. dr. sc. Hrvoje Lisičar, izv. prof. dr. sc. Lana Ofak, izv. prof. dr. sc. Sunčana Roksandić, izv. prof. dr. sc. Ružica Šimić Banović, doc. dr. sc. Henrik-Riko Held, doc. dr. sc. Tena Hoško, doc. dr. sc. Tomislav Jakšić, doc. dr. sc. Barbara Preložnjak, doc. dr. sc. Iva Savić, dr. sc. Rutvica Rusan Novokmet

Međunarodno uredništvo / International editorial board

prof.dr.sc. Gordan Kalajdžiev, Pravni fakultet Justinijan Prvi, Sveučilište Sveti Kiril i Metodij u Skopju, Makedonija; prof.dr.sc. Barbara Kresal, Fakultet za socijalni rad, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; prof.dr.sc. Nele Matz-Luck, direktorica na Walther Schücking Institutu za međunarodno pravo, Sveučilište u Kielu, Njemačka; prof.dr.sc. Meliha Powlakić, Pravni fakultet, Sveučilište u Sarajevu, Bosna i Hercegovina; prof.dr.sc. Charles Szymanski, Pravni fakultet, Vytautas Magnus Sveučilište, Kaunas, Litva; prof.dr.sc. Katja Šugman Stubbs, Katja Šugman Stubbs, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; associate prof. Polonca Kovač, Fakultet za javnu upravu, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; izv. prof. dr. sc. Vasilka Sancin, Pravni fakultet, Sveučilište u Ljubljani, Slovenija; doc.dr.sc. Miloš Živković, Pravni fakultet Sveučilišta u Beogradu, Srbija; dr.sc. Paul Cardwell, profesor prava, Sveučilište Strathclyde, Glasgow, Škotska; dr.sc. Mitja Grbec, Fakultet za pomorstvo i promet, Portorož, Slovenija; prof. dr. sc. Jurij Toplak, Sveučilište u Mariboru, Slovenija; dr.iur. Nataša Hadžimanović, Max Planck Institut, Hamburg, Njemačka.

Lektor / Copyeditor

prof. dr. sc. Petar Vuković

Lektor za engleski jezik / Copyeditor for English language

Mark Davies

Adresa uredništva / Editorial board contact address

Zagrebačka pravna revija
Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Trg Republike Hrvatske 14, 10 000 Zagreb
E-mail: zoran.buric@pravo.hr

*Izdavanje časopisa dijelom je financirano sredstvima Ministarstva znanosti,
obrazovanja i sporta Republike Hrvatske*

SADRŽAJ

ČLANCI

Marta Dragičević Prtenjača

Sukob interesa u privatnom sektoru u vrtlogu tipologija i upravljanja 90

Baldo Šoljan

Sukobljenim sredstvima do komplementarnih ciljeva: Kartelski pokajnici u parnicama za naknadu štete i uspostava ravnoteže između javne i privatne provedbe europskog prava tržišnog natjecanja 117

Ivana Đuras

Sud pune jurisdikcije kao alat protiv ekscesivnog formalizma: Primjeri iz odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske 161

Maja Josipović

Novine u prekograničnoj dostavi unutar Europske unije 172

CONTENTS

ARTICLES

Marta Dragičević Prtenjača

Conflict of interest in the private sector in a vortex of typologies and governance 90

Baldo Šoljan

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 117

Ivana Đuras

Court of full jurisdiction as a tool against excessive formality: Examples from the case law of the Constitutional Court of the Republic of Croatia 161

Maja Josipović

Novelties concerning cross-border service within the European Union 172

ČLANCI

SUKOB INTERESA U PRIVATNOM SEKTORU U VRTLOGU TIPOLOGIJA I UPRAVLJANJA

Pregledni znanstveni rad

UDK 336.761:35.083.8
347.72.037:35.083.8

Primljeno: 13. kolovoza 2020.

Marta Dragičević Prtenjača*

Nekoliko slučajeva sukoba interesa u velikim kompanijama imalo je velik odjek u javnosti i struci, primjerice Enron, JPMorgan, Deutsche Bank, Standard & Poors, Moody's i dr. Štetne posljedice nisu se ogledale samo u milijunskim naknadama šteta koje su te kompanije trebale platiti nego i u gubitku ugleda kompanija koje su se našle u 'aferima' povezanim sa sukobom interesa. Za posledicu je to imalo još veće negativne reperkusije za pojedine kompanije jer su time izgubile na svojem integritetu i vjerodostojnosti. Takva i slična zbivanja dala su poticaj Međunarodnoj gospodarskoj komori (International Chamber of Commerce; dalje: ICC) da donese Smjernice ICC-a o sukobu interesa u privatnom sektoru (ICC-Guidance on Conflicts of Interests). Iako se radi o tzv. soft law dokumentu, to je prvi dokument međunarodne razine koji cjelovito obrađuje sukob interesa u svim njegovim aspektima, a osobito se bavi upravljanjem njime.

U radu se daje se pregled tipologija sukoba interesa u privatnom sektoru od tradicionalnih (pravi, potencijalni i prividni) do nekih manje poznatih te se elaboriraju načini upravljanja njime u širem smislu kroz prevenciju, upravljanje u užem smislu te sankcioniranje, kojem bi trebalo pristupiti tek ultima ratio.

Ključne riječi: sukob interesa u privatnom sektoru, tipologija sukoba interesa, upravljanje sukobom interesa, Smjernice ICC-a

1. UVODNO O SUKOBU INTERESA U PRIVATNOM SEKTORU KROZ PRIZMU AFERA KOJE SU DOPRINIJELE AKTUALIZACIJI NJEGOVE REGULACIJE

Afere povezane sa sukobom interesa u privatnom sektoru koje su pogodile i neka veća društva u svijetu, kao *Enron*,¹ *JPMorgan*, *Deutsche Bank*, *Standard & Poors*, *Moody's*² i dr. podigle su svijest o negativnom i difamirajućem utjecaju sukoba interesa te su pokazale

* Izv. prof. dr. sc. Marta Dragičević Prtenjača, Katedra za kazneno pravo, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

¹ *Enron* se nerijetko nalazio na udaru afera vezanih za sukob interesa zbog nedostatka nadzora i kontrole, zbog čega je tvrtka imala mnogo problema. To je često bio izravni rezultat sukobljenih interesa različitih razina upravljanja tvrtkama, sve do upravnog odbora. Za više vidjeti: <http://www.creditpulse.com/accountingfinance/lessons-enron/enron-lesson-no-3-conflict-interest> (12. 5. 2020.).

² Tvrtke za izdavanje kreditnih rejtinga *Standard & Poors* i *Moody's* 2008. našle su se pod povećalom javnosti jer nisu umanjile kreditni rejting nekih tvrtki s kojima su poslovale. Za više vidjeti: <http://www.creditpulse.com/accountingfinance/lessons-enron/enron-lesson-no-3-conflict-interest> (12. 5. 2020.).

koliko ga je važno sprječavati radi pravilnog funkcioniranja društava i organizacija, ali i zadržavanja njihova ugleda u poslovnom svijetu te javnosti.³ Sukobom interesa, među ostalim, dovodi se u pitanje etičnost postupanja određenih osoba i budi se sumnja u njihov kredibilitet, što posljedično utječe na ugled i *brand* pravne osobe, društva (firme, organizacije i sl.).

Jedan od prvih i starijih slučajeva zbio se u Velikoj Britaniji – *Aberdeen Railway Co v Blaikie Brothers [1843-1860] Svi ER 249*.⁴ Raspravljalo se o sukobu interesa direktora, odnosno člana uprave. Konkretno pitanje koje se otvorilo bilo je smije li član ili predsjednik uprave, odnosno direktor na izvršnoj funkciji, poslovati s drugom kompanijom koja je u njegovu vlasništvu, ili u kojoj je također član (predsjednik) uprave ili direktor, odnosno sa sobom ili s kompanijom u kojoj je partner. Lord Cranworth u tom je slučaju istaknuo da je „pravilo univerzalne primjene da nitko s takvim dužnostima ne smije sudjelovati u angažmanima u kojima ima, ili može imati, osobne interese u sukobu ili eventualno u sukobu s interesima onih koje je dužan štitiiti“.⁵ Istaknuto je kako su direktori (ili uprava) tijelo kojem je dodijeljena dužnost vođenja općih poslova društva, tj. kompanije, i da ono može djelovati samo preko osoba, a dužnost je tih osoba da djeluju na najbolji način kako bi promicale interese društva čije poslove vode te da izvršavaju i vode poslove koji su u interesu tog društva (kompanije).⁶ Danas je u Velikoj Britaniji na snazi Zakon o kompanijama (*Company Act*; dalje: CA) iz 2006., koji također sadrži odredbe o sukobu

³ Važnost prevencije sukoba interesa u privatnom sektoru ističe i OECD u *Managing conflict of interest in the public service OECD guidelines and country experiences*, 2003, str. 13; dostupno na: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf> (24. 2. 2021.).

⁴ Aberdeen Railwayu bila je potrebna velika količina željeznih stolica i ugovorena je opskrba tijekom 18-mjesečnog razdoblja s tvrtkom Blaikie Bros. Međutim Thomas Blaikie bio je vodeći partner (upravljajući partner) tvrtke Blaikie Bros, a ujedno i direktor i predsjedatelj (predsjednik uprave) željezničke kompanije (društva) Aberdeen. Ugovor je djelomično realiziran jer, nakon što je bilo isporučeno oko dvije trećine željeznih stolica, željeznička kompanija Aberdeen nije ih više htjela prihvatiti. Tuženik je tražio izvršenje ugovora ili naknadu štete zbog povrede. Dostupno na: <https://swarb.co.uk/aberdeen-railway-co-v-blaikie-brothers-hl-1854/> (6. 5. 2020.).

Željeznička kompanija uspjela je jer je ocijenjeno kako je sklapanje ugovora sa samim sobom od strane Thomasa Blaikieja učinilo ugovor nevaljanim (pobojnim/ništetnim)... Smatrano je kako odgovornost direktora nije ograničena na slučajeve u kojima postoji dobra poslovna prilika, nego se proširuje i na slučajeve u kojima direktor ima ili može imati sukob osobnih interesa ili koji bi eventualno mogao biti u sukobu s interesima koje je dužan zaštititi, što je dovelo do općeg pitanja je li ravnatelj željezničkog društva isključen ili nije iz poslovanja u ime društva sa sobom ili s tvrtkom u kojoj je partner. Za više vidjeti: <https://swarb.co.uk/aberdeen-railway-co-v-blaikie-brothers-hl-1854/> (6. 5. 2020.).

⁵ Za više vidjeti: Lacey, Andrew (2015): *Avoiding a conflict of interest: what can directors do?*; dostupno na: <https://mccabecurwood.com.au/avoiding-conflict-interest-what-can-directors-do/> (6. 5. 2020.).

⁶ Za više vidjeti: <https://swarb.co.uk/aberdeen-railway-co-v-blaikie-brothers-hl-1854/> (6. 5. 2020.).

U tom slučaju radi se o sukobu interesa, ali ne nužno i o kaznenom djelu ako Blaikie nije napravio ništa na štetu društva, tj. kompanije Aberdeen. Ukoliko je došlo do štete sklapanjem ugovora s nepovoljnim uvjetima (primjerice vrlo visoka cijena stolica) ili sl., tada bi bila ostvarena i obilježaja nekog kaznenog djela. Prema hrvatskom kaznenom pravu moglo bi se raditi o zlouporabi povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ-a).

interesa i upravljanju njime,⁷ a dužnost izbjegavanja sukoba interesa regulirana je čl. 175. CA-a.⁸

U središtu afere vezane za sukob interesa našla se i kompanija *JPMorgan*.⁹ Sklopila je nagodbu vrijednu 35 milijuna dolara s običnim dioničarima bivšeg „Unicor“ *Good Technologyja* jer je savjetovala njegovu prodaju *BlackBarryju* pod povoljnijim uvjetima, tj. prema smatranju običnih dioničara po cijeni daleko ispod njegove tržišne cijene (prave vrijednosti), pa takvim postupanjem nije postupala u njihovim interesima, što je bila obvezna po fiducijarnoj dužnosti.¹⁰

Afera sa sukobom interesa nije zaobišla ni konzultantsku kuću *BlackRock*,¹¹ kojoj je SEC (*U.S. Security and Exchange Commission*) odredio da ima na ime sukoba interesa platiti 12 milijuna dolara¹² zbog kršenja fiducijarne dužnosti time što je propustila otkriti sukob interesa jednog menadžera portfelja.

⁷ Danas je na snazi Zakon o kompanijama iz 2006., a sukob interesa i upravljanje njime regulirani su čl. 182.-187. Tako je direktor, odnosno član uprave, dužan obznaniti postojanje sukoba interesa u postojećoj transakciji ili aranžmanu (čl. 182. CA-a), obavijestiti druge u pisanom obliku o sukobu interesa (čl. 184. CA-a), a opća obavijest o postojanju sukoba interesa dovoljna je da se ne čini prekršaj (čl. 185. CA-a), koji je reguliran čl. 183. CA-a u slučaju neobznanjivanja postojanja sukoba interesa. Također je propisna dužnost davanja izjave o sukobu interesa u slučaju društva s jedinim direktorom (čl. 186. CA-a) te davanja izjave o sukobu interesa za postojeću transakciju od strane direktora u sjeni (čl. 187. CA-a). Za više vidjeti: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (6. 5. 2020.).

⁸ Druge opće dužnosti direktora kojima se potiče transparentnost i poštenje, tj. poštivanje fiducijarnih dužnosti u zastupanju interesa kompanija, regulirane su čl. 171.-177. CA-a. Te su obveze: obveza djelovanja u okviru ovlasti, promicanja uspjeha tvrtke, izvršavanja neovisne prosudbe, postupanja s očekivanim stupnjem pažnje, vještinama dobrog domaćina i pažnjom dobrog domaćina, neprihvatanja darova od strane trećih osoba, obveza prijavljivanja interesa u transakcijama ili aranžmanima, tj. angažmanima koji slijede. Sadržaj tih odredbi vidjeti na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (6. 5. 2020.).

⁹ Velika konzultantska kuća za sudjelovanje u poslovnim transakcijama te spajanju društva i sl. Za više o *JPMorgan* vidjeti na: <https://www.jpmorgan.com/global/about> (11. 5. 2020.).

¹⁰ Dioničarima je bila isplaćena cijena po dionici od 50 centa iako je nekoliko tjedana prije cijena dionice bila procijenjena na 3 dolara. Dioničari su smatrali da su prevareni i tužili su *JPMorgan*, kao i VC kapitalne tvrtke koje stoje iza „Unicorn“ *Good Technologyja*, odnosno povlaštene dioničare (*Oak Investment Partners*, *Draper Fisher Jurvetson* i *Riverwood Capital*), kao i članove uprave (odbora) jer nisu zastupali njihove interese, tj. interese običnih dioničara, iako su to bili dužni činiti s obzirom na svoju obvezu fiducijarne dužnosti, nego su pretpostavili interese kapitalnih tvrtki za prodajom. Indap, Sujeet (2017): *JPMorgan settles conflict of interest case for \$35m*: <https://www.ft.com/content/0998e7a2-46db-11e7-8519-9f94ee97d996> (10. 5. 2020.) – novinski članak.

¹¹ Za više o *BlackRocku* vidjeti na: <https://www.blackrock.com/us/financial-professionals> (11. 5. 2020.).

¹² Priopćenje SEC-a: *SEC Charges BlackRock Advisors With Failing to Disclose Conflict of Interest to Clients and Fund Boards* (2015); dostupno na: <https://www.sec.gov/news/pressrelease/2015-71.html> (11. 5. 2020.).

SEC je našao da je *BlackRock* bio u sukobu interesa jer je jedan njegov menadžer portfelja bio u sukobu interesa i to nije prijavio nadležnim tijelima (ponajprije upravi, odboru) u kompaniji ni javnosti, tj. klijentima.

Daniel J. Rice III upravljao je fondovima usmjerenima na energiju i odvojeno je upravljao računima u *BlackRocku* kada je osnovao *Rice Energy*, obiteljsku tvrtku za upravljanje naftom i prirodnim plinom. Rice je bio generalni partner *Rice Energyja* i osobno je uložio oko 50 milijuna dolara u tvrtku. Kasnije je *Rice Energy* formirao zajedničko ulaganje s kompanijom koja trguje ugljenom, a koja je na kraju postala najveći držatelj udjela (imala je gotovo 10 posto) u portfelju *BlackRock Energy & Resources* vrijednom 1,7 milijardi dolara, ujedno i najvećem fondu kojim je upravljao *Rice*.

Recentniji primjer sukoba interesa jest afera iz 2018. koja je otkrivena u najvećoj australskoj instituciji, Commonwealth Bank, koja je priznala da je došlo do sukoba interesa kod brokera, tj. hipotekarnih posrednika.¹³ Hipotekarni posrednici našli su se u skobu interesa jer su ih angažirali klijenti za dobivanje hipotekarnih kredita, dok su im banke plaćale proviziju. Pola australskih hipoteka pišu posrednici, koji posreduju između banaka i klijenata.¹⁴ Tako je Commonwealth Bank priznala da je isplaćivala provizije hipotekarnim posrednicima u iznosu od 1,5 bilijuna (australskih) dolara, a što je kredit veći i na duži period, to je provizija hipotekarnog posrednika veća. Međutim u interesu klijenta zasigurno nije duži period otplate ako je u mogućnosti kredit otplatiti prije.¹⁵ Tu nerijetko nastaje sukob osobnog interesa hipotekarnog posrednika i interesa klijenta (kupca) u čijem bi interesu posrednik trebao postupati.

Ipak, unatoč svemu *Cossin i Hongze Lu* ističu kako se nakon financijske krize 2008. pokazalo da se 'pohlepa' ne isplati. Navode da je od 2008. do 2015. dvadeset najvećih svjetskih banaka platilo više od 235 milijardi američkih dolara kazni zbog manipuliranja valutom i kamatnim stopama i obmanjivanja klijenata, a da je samo Američka banka (*Bank of America*) platila približno 80 milijardi USD, dok je JP Morgan Chase platio 20 milijardi USD.¹⁶ Smatralo se da će tako visoke kazne odvratiti potencijalne kršitelje zakona i promijeniti korporativnu kulturu.¹⁷

Iz svega spomenutog vidljivo je kako su afere zasigurno doprinijele aktualizaciji potrebe reguliranja sukoba interesa u privatnom sektoru te otvorile pitanje mogućnosti učinkovitog upravljanja njime. Iz tog je razloga važno sukob interesa u privatnom sektoru¹⁸ ponajprije pravilno definirati kako bi ga se moglo na vrijeme izbjeći i spriječiti,

SEC-ova politika o sukobu interesa dostupna je na: <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1537413/000119312512061200/d274377dex109.htm> (1. 3. 2021.).

¹³ Za više o sukobu interesa u investicijskim bankama, točnije kod investicijskih bankara, vidjeti: Michaely, Roni; Womack, Kent L. (2015): *Conflict of Interest and the Credibility of Underwriter Analyst Recommendations*; dostupno na:

https://academic.oup.com/rfs/article/12/4/653/1578436?casa_token=Xh4S942ge0wAAAAA:wGqqaOclwY7I6oKEjK_foB0dmKNJ7TAdH27stikc0G4HdmFwGSsJmM2oPY690C3N8dTTFU1-GlOT-g (7. 5. 2020.).

¹⁴ Za više vidjeti Ziffer, Daniel (2018): *Banking royal commission highlights the conflict of interest at heart of mortgage broking*, novinski članak (23. 3. 2018.); dostupno na: <https://www.abc.net.au/news/2018-03-23/banking-royal-commission-highlights-mortgage-broking-conflict/9581330> (6. 5. 2020.).

¹⁵ Za više informacija vidjeti: <https://www.abc.net.au/news/2018-03-23/banking-royal-commission-highlights-mortgage-broking-conflict/9581330> (6. 5. 2020.).

¹⁶ Cossin, Didier; Hongze Lu, Abraham: *The four tiers of conflict of interest faced by board directors*; dostupno na: <https://www.imd.org/research-knowledge/articles/the-four-tiers-of-conflict-of-interest-faced-by-board-directors> (3. 5. 2020.).

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ U Kaznenopravnoj konvenciji o korupciji Vijeća Europe (dalje: Konvencija) čl. 7. regulirano je aktivno podmićivanje (davanje mita) u privatnom sektoru. *Explanatory Report* određuje na što bi se odnosio pojam privatnog sektora. Tako se navodi da bi se pod tim pojmom trebale imati na umu sve pravne i fizičke osobe koje se bave gospodarskom, tj. poslovnom aktivnošću (str. 11-12). Za "poslovnu aktivnost" navedeno je da bi je trebalo tumačiti u „širem smislu: a to znači bilo koju vrstu komercijalne djelatnosti, posebno trgovinu robom i pružanje usluga, uključujući i usluge za javnost (prijevoz, telekomunikacije itd.)“. Također *Explanatory Report* navodi da su subjekti (entiteti) privatnog sektora „društva, zaklade i drugi subjekti koji su u cijelosti ili u odlučujućoj mjeri u vlasništvu privatnih osoba“. To, naravno, pokriva cijeli spektar subjekata, posebno onih koji se bave "poslovnim aktivnostima", od društava (korporacija) do subjekata koji

a podredno, ukoliko to nije moguće, upravljati njime na najefikasniji mogući način kako bi se izbjeglo nastupanje štetnih posljedica ili njihov doseg sveo na minimum. Upravo će to i biti temeljno istraživačko pitanje – može li se (učinkovito) upravljati sukobom interesa. Kako bi se provjerilo to pitanje, odnosno ponudio zadovoljavajući odgovor, primijenit će se normativna, deskriptivna te kazuistička metoda.

U cilju iznesenog rad je strukturiran na način da se pregledom raznih afera, regulativa i literature nastoji pružiti i dati odgovor na postavljeno pitanje. Tako se u uvodnom dijelu rada prikazuju neke od afera povezanih sa sukobom interesa u privatnom sektoru koje su zadesile neke od poznatijih društava (kompanija) u svijetu, zatim će se prikazati regulativa na razini međunarodne zajednice te regulativa u nacionalnom pravu. U drugom će se dijelu baviti pojmovnim određenjem i tipologijom sukoba interesa, dok će se u trećem i zaključnom dijelu baviti modelima upravljanja njime, nakon čega će se iznijeti zaključna promišljanja.

1.1. Shvaćanje važnosti sprječavanja sukoba interesa u privatnom sektoru na međunarodnom planu od strane međunarodnih organizacija

Većina gore spomenutih pravnih osoba, tj. društava (kompanija), međunarodne su korporacije, koje djeluju na međunarodnom tržištu. Iz tog se razloga, kao što je i navedeno u uvodnom dijelu rada, pokazala potreba i na međunarodnom planu za barem rubnom regulacijom sukoba interesa u privatnom sektoru radi postizanja dobrog upravljanja (*good corporate governance*). To se nastojalo ostvariti u okviru međunarodnih organizacija, primjerice Ujedinjenih naroda,¹⁹ Vijeća Europe,²⁰ Organizacije za ekonomsku suradnju i razvoj (*Organization for economic co-operation and development*; dalje: OECD), koja je usvojila Smjernice za sukob interesa.²¹ Doduše, Smjernice OECD-a više se odnose i reguliraju postupanje, tj. upravljanje sukobom interesa u javnom sektoru, ali se jednim

nemaju pravnu osobnost. Konvencija je dostupna na: <https://www.iap-association.org/NACP/Ressources/Criminal-Law-Convention-on-Corruption-4.aspx> (27. 2. 2021.), a *Explanatory Report* na: <https://rm.coe.int/16800cce441999> (1. 3. 2021.).

Smjernice ICC-a pak navode da se riječ 'enterprise' (društvo) ima odnositi na bilo koju osobu ili subjekt koji se bavi poslovnim i drugim gospodarskim aktivnostima, bez obzira na to je li u njezinoj suštini ostvarivanje dobiti ili nije osnovana radi ostvarivanja dobiti, uključujući i bilo koji entitet (pravni subjekt) koji kontrolira država ili njezin teritorijalni odjel, što bi uključivalo maticu i podružnice pod njezinim nadzorom. Smjernice ICC-a, str. 6. Dakle, čak šire od onoga kako to određuje Kaznenopravna konvencija o korupciji, odnosno kako je to objašnjeno u *Explanatory Report*.

¹⁹ Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije (UNCAC) u čl. 7. st. 4. predviđa kao međunarodnu obvezu država propisivanje pravila o sprječavanju sukoba interesa kojima bi se trebalo onemogućiti da privatni interesi državnih službenika dođu u sukob s interesima službe koju obavljaju bez obzira na to je li ta služba u javnom ili privatnom sektoru, ali ostaje problem definiranja pojma privatnog interesa, kao i kruga osoba koje mogu doći u sukob interesa, što je ponekad a priori nemoguće učiniti, nego samo općenito odrediti. U čl. 8. propisuje i obvezu donošenja kodeksa ponašanja za djelatnike u javnom sektoru, tj. javnih službenika. Konvencija Ujedinjenih naroda protiv korupcije iz 2005., str. 10 i 11, dostupna na: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50026_E.pdf (10. 5. 2020.).

²⁰ Kaznenopravnoj konvenciji o korupciji Vijeća Europe, vidjeti bilješku 18.

²¹ Vidjeti *Managing conflict of interest in the public service OECD guidelines and country experiences*, 2003, str. 13. Dostupno na: <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf> (24. 2. 2021.).

dijelom odnose i na one situacije kada su u pitanju javno-privatni odnosi, odnosno međudjelovanje sukoba interesa na relaciji javno-privatni sektor.²² Svjetska banka (*World Bank*; dalje: WB)²³ primjerice provodi tečajevu edukaciju u pogledu sukoba interesa, među ostalim i u privatnom sektoru. Zatim, tu je i Međunarodni monetarni fond (*International Monetary Fund*; dalje: IMF) sa svojim pravilima ponašanja i etike za (svoje) zaposlenike (*IMF Code of Conduct for Staff*), među kojima se definira i sukob interesa u privatnom sektoru.²⁴ Tu se nalaze i Smjernice o sukobu interesa Međunarodne odvjetničke komore (*International Bar Association*; dalje: IBA), ponajprije u situacijama sumnje na sukob interesa arbitra.²⁵

Međutim do Smjernica ICC-a 2018. (*ICC-Guidance on Conflicts of Interests*; dalje: Smjernice)²⁶ nije bilo dokumenta koji bi na sveobuhvatan način pristupio pitanju sukoba interesa u privatnom sektoru. Međunarodna gospodarska komora (*International Chamber of Commerce*; dalje: ICC), preciznije njezina Komisija za društveno odgovorno poslovanje i borbu protiv korupcije, pokazala je inicijativu za detaljnim uređenjem tog pitanja te formiranjem radne skupine²⁷ za izradu jedinstvenog dokumenta, tj. Smjernica ICC-a o sukobu interesa u privatnom sektoru. Dokument je po svojoj pravnoj prirodi tzv. *soft law* dokument,²⁸ dakle nije pravno obvezujući dokument. Međutim ideja je da članice ICC-a prenesu pravila iz Smjernica u svoje interne dokumente, čime bi se dokument implementirao u praksi i širila bi se tzv. dobra praksa te dobro upravljanje (*good corporate governance*), ponajprije među velikim internacionalnim društvima

²² Primjerice sukob interesa u tom odnosu može biti uzrokovan donacijama koje daje privatni sektor javnom.

²³ Za više o tečaju o sukobu interesa pri upravljanju rizicima (*risk management*) vidjeti na: <https://olc.worldbank.org/content/conflict-interest-risk-management-your-project> (1. 3. 2021.), kao i na: <https://olc.worldbank.org/about-olc/everyday-conflict-interest-%E2%80%93-beyond-rules-and-policies> (1. 3. 2021.).

²⁴ Kako ističe Powers, postoje tri glavna pravila za rješavanje pitanja sukoba interesa zaposlenika. To su tzv. pravilo br. 6, kojim je zabranjeno da se zaposlenici IMF-a koriste povlaštenim informacijama za osobnu dobit; pravilo br. 7, kojim je propisna zabrana da se bilo koji zaposlenik IMF-a bavi bilo kojom gospodarskom aktivnošću bez odobrenja IMF-a; te pravilo br. 10, kojim se zabranjuje zaposlenicima IMF-a primanje bilo kakva dara ili počasti od strane vanjskih aktera, pa i od predstavnika vlade; dostupno na: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/powers.pdf> (24. 2. 2021.), str. 6 i 7. Sukob interesa reguliran je u § 24. Pravilima ponašanja zaposlenika IMF-a (*IMF Code of Conduct for Staff*); dostupan na: <https://www.imf.org/external/hrd/code.htm> (24. 2. 2021.).

²⁵ Smjernice IBA-e (*IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*) usvojene od Međunarodne odvjetničke komore 2014. te ažurirane 2015., dostupne na: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (24. 2. 2021.).

²⁶ Smjernice ICC-a o sukobu interesa u privatnom sektoru dostupne su na: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/08/icc-conflicts-of-interest-guidelines-july-2018.pdf> (1. 3. 2021.).

²⁷ Autorica rada bila je izabrana u radnu skupinu u veljači 2016., a rad na Smjernicama trajao je do svibnja 2018. Voditeljica radne skupine bila je Marion Marhuenda, pod nadzorom François Vinckea, a članovi su bili Jeroen Brabers, Ope Adegbulu, Carola Wett i autorica.

²⁸ Voditelj nacrta tog dokumenta bila je Komisija za društveno odgovorno poslovanje i borbu protiv korupcije ICC-a (središnjica), koja je osnovala radnu skupinu za izradu tog dokumenta. Autorica rada bila je zamjenski član (glavni je član bio prof. dr. sc. Davor Derenčinović) u Komisiji za društveno odgovorno poslovanje i borbu protiv korupcije ICC -Hrvatska od 2016. do 2019., a sudjelovala je i na sastancima Komisije, pa i na međunarodnoj razini, te je tako bila odabrana i u radnu skupinu.

(kompanijama)²⁹ i korporacijama, a potom bi se njihovim djelovanjem, tj. poslovanjem s manjim društvima, tzv. SMEs, malim i srednjim društvima (kompanijama), pravila uvela i kod njih.³⁰ Tako bi se sve na neki način samoreguliralo. Dakle ideja je da se pravila ICC-a malo-pomalo s vremenom integriraju ako ne u svim, a onda u velikoj većini trgovačkih društava u svijetu, ali i u Hrvatskoj. Preuzimanjem pravila iz Smjernica velike hrvatske kompanije koje djeluju i na međunarodnom tržištu uvele bi ta pravila i u Hrvatsku.

1.2. Sukob interesa u privatnom sektoru na nacionalnom planu

Iako je u Hrvatskoj sukob interesa u privatnom sektoru reguliran raznim zakonima i propisima, ta je regulativa, kao što *Derenčinović Ruk* ističe, „više usmjerena na različite strategije za sprječavanje i upravljanje sukobom interesa nego na njegovo definiranje“.³¹

Posebne odredbe nalaze se primjerice u Zakonu o trgovačkim društvima (dalje: ZTD), u kojem je precizno navedeno što bi se smatralo sukobom interesa članova uprave i nadzornih odbora, kao i obveza njegova obznanjivanja,³² te u Delegiranoj uredbi Komisije (EU) 2017/565 od 25. travnja 2016. o dopuni Direktive 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća u vezi s organizacijskim zahtjevima (dalje: Uredba),³³ dok se u Zakonu o kreditnim institucijama (dalje: ZKI)³⁴ samo navodi sukob interesa kao nedopušteno ponašanje, bez njegova definiranja,³⁵ kao i u Zakonu o tržištu kapitala (dalje: ZTK).³⁶ Nijedan od tih propisa ne sadrži definiciju sukoba interesa, nego se kazuistički navodi što bi predstavljalo sukob interesa, odnosno navode se pojedine situacije u kojima se

²⁹ Pojam kompanija u radu se koristi za gotovo sve pravne osobe, društva (korporacije, banke, financijske i kreditne ustanove), ustanove, organizacije i druge institucije.

³⁰ Smjernice ICC-a, str. 4.

³¹ *Derenčinović Ruk, Morana (2016): Razvoj i pravno uređenje sukoba interesa i instituta usklađenosti na hrvatskom tržištu kapitala*, doktorska disertacija branjena na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, str. 192.

³² U Zakonu o trgovačkim društvima, NN, 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, reguliran je sukob interesa člana uprave (čl. 248.a. ZTD-a) i nadzornog odbora (čl. 429.a ZTD-a).

³³ U čl. 33. regulirano je što se smatra sukobom interesa. Delegirana uredba Komisije (EU) 2017/565 od 25. travnja 2016. o dopuni Direktive 2014/65/EU Europskog parlamenta i Vijeća u vezi s organizacijskim zahtjevima i uvjetima poslovanja investicijskih društava te izrazima definiranim za potrebe te Direktive, Službeni list Europske unije, L 87 (31. 3. 2017.).

³⁴ Zakon o kreditnim institucijama, NN, 159/13, 19/15, 102/15, 15/18, 70/19.

³⁵ Tako se sukob interesa kao neželjeno ponašanje spominje pri određivanju uvjeta za članstvo u upravi kreditne institucije (čl. 38. st. 1. toč. 3. ZKI-a), određuje se njegovo izbjegavanje kod određivanja dužnosti i odgovornosti uprave (čl. 41. st. 4. toč. 6. ZKI-a), kod određivanja tko može biti član nadzornog odbora (čl. 45. st. 1. toč. 3. ZKI-a), kod određivanja sustava upravljanja (čl. 101. st. 1. toč. 1. ZKI-a) i organizacijskog sustava (čl. 102. ZKI-a) i dr.

³⁶ Zakon o tržištu kapitala, NN, 65/18, 17/20.

Sukob interesa kao neželjeno ponašanje koje je potrebno izbjegavati ili koje predstavlja zapreku za prijam u članstvo u upravu investicijskog društva (čl. 28. st. 1. toč. 4. ZTK-a) ili pri zapošljavanju radnika (čl. 56. st. 2. toč. 5. ZTK-a) ili je prepreka za obavljanje člana uprave (čl. 33. st. 2. toč. 3. ZTK-a) te ga treba izbjegavati u odnosima s klijentima (čl. 31. st. 1. toč. 6. ZTK-a) i dr. reguliran je kao odnos pojedinca prema društvu. Međutim kod tih institucija postoji i mogućnost sukoba interesa društva s interesom pojedinca (ili drugih društava), tj. društva s interesima klijenata. Opis takve vrste sukoba interesa može se, među ostalim, iščitati iz odredbi o dužnosti i odgovornosti uprave (čl. 30. st. 4. ZTK-a), kao i odredaba o odnosu s klijentima (čl. 86. st. 3. ZTK-a) te upravljanju sukobom interesa (čl. 58. ZTK-a).

određene osobe mogu naći. Također, niz zakona ili propisa može biti povezan s potrebom određivanja pojma ili utvrđivanjem sukoba interesa u pojedinim područjima, ovisno o karakteristikama svakog područja. Tako zakoni mogu definirati pojedine pojmove koji mogu biti povezani s raznim situacijama sukoba interesa u privatnom sektoru. Primjerice Zakonom o tajnosti podataka³⁷ određeno je što se ima smatrati klasificiranim ili neklasificiranim podatkom, odnosno tajnim podatkom, a što može biti od važnosti pri odavanju tih podataka i nalaženja u situacijama sukoba interesa primjerice kod pravnih i fizičkih osoba koje posluju u privatnom sektoru, a koja ostvare pristup tim podacima. Značajan je i Zakon o zaštiti neobjavljenih informacija s tržišnom vrijednosti (NN 30/18) jer povredom njegovih odredbi o 'prenošenju' povjerljivih informacija mogu nastati situacije sukoba interesa.

Zakonom o zaštiti tajnosti podataka³⁸ definirana je poslovna i profesionalna tajna, što posebno može biti od važnosti za osobe koje se mogu naći u sukobu interesa, posebno članovi uprave, kao i osobe koje imaju pristup poslovnim i profesionalnim tajnama. Također, od značaja može biti i Opća uredba o zaštiti podataka (dalje: GDPR),³⁹ kojom se regulira davanje osobnih podataka. Odredbe nekih zakona u jednom se svojem dijelu i opsegu mogu primjenjivati i na situacije sukoba interesa, kao primjerice Zakona o radu (dalje: ZoR),⁴⁰ vezano za sukob interesa kao povredu radnog odnosa. Sukob interesa u privatnom sektoru može biti definiran ili reguliran i propisima poslodavaca ili strukovnih udruženja⁴¹ (statutima, pravilnicima, etičkim kodeksima i sl.). Primjerice sukob interesa kazuistički je definiran u Etičkom kodeksu HEP-a, u čl. 7. navođenjem nepoželjnih, odnosno nepropisnih ponašanja,⁴² kao i u čl. 8. i 9. Etičkog kodeksa Hrvatskih autocesta d. o. o. (dalje: HAC),⁴³ dok primjerice nije definiran Kodeksom poslovnog ponašanja Colgate-Palmolive Company iz 2012., ali se navode situacije u kojima je sukob interesa najizgledniji.⁴⁴ Također, sukob interesa kao neželjeno ponašanje spominje se u Kodeksu korporativnog upravljanja Agrokora d. d. u dijelu u kojem se navode dužnosti Uprave i Nadzornog odbora.⁴⁵ Svi ti primjeri upućuju na to da svijest o sukobu interesa kao

³⁷ Zakon o tajnosti podataka, NN, 79/07, 86/12.

³⁸ Zakonom o zaštiti tajnosti podataka, NN, 108/96, definirana je poslovna (čl. 19. ZZTP-a) i profesionalna tajna (čl. 27. ZZTP-a) i dr.

³⁹ Uredba (EU) 2016/679 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Direktive 95/46/EZ (Opća uredba o zaštiti podataka), Službeni list Europske unije, L 119 (4. 5. 2016).

⁴⁰ Zakon o radu, NN, 93/14, 127/17, 98/19.

⁴¹ Na postupanje odvjetnika primjenjuje se Kodeks odvjetničke etike, NN, 64/07, 72/08 i 64/18, koji u čl. 60. navodi da "odvjetnik ne smije preuzeti zastupanje suparničara ili suokrivljenika ako su njihovi interesi u međusobnu sukobu".

⁴² Etički kodeks HEP grupe d. d. (Hrvatska elektroprivreda d. d.) iz 2019., čl. 7.; dostupno na: http://www.hep.hr/UserDocsImages/dokumenti/eticki-kodeks/eticki_kodeks_web_2019.pdf (9. 5. 2020.).

⁴³ Etički kodeks Hrvatskih autocesta d. o. o. iz 2018., čl. 8. i 9., str. 7; dostupan na: <https://hac.hr/files/shares/Eti%C4%8Dki%20kodeks.pdf> (10. 5. 2020.).

⁴⁴ Kodeks poslovnog ponašanja, Colgate-Palmolive Company, str. 8; dostupno na: https://www.colgate.com/Colgate/US/Corp_v2/LivingOurValues/CodeOfConduct/PDFs/2012-Code-of-Conduct-Croatian.pdf (10. 5. 2020.).

⁴⁵ Kodeks korporativnog upravljanja Agrokora d. d. iz 2015., str. 2; dostupno na: <https://www.agrokor.hr/repository/files/1/9/19052d23f2dda9653d3446d8c8f89fc4.pdf> (10. 5. 2020.).

neželjenom ponašanju postoji, ali da on nije uvijek definiran jer pojedina područja djelovanja iziskuju posebno određivanje tog pojma.

U Hrvatskoj je u cilju suzbijanja korupcije, ali s posebnim naglaskom na sprječavanje sukoba interesa u privatnom sektoru, donesen i Antikorupcijski program za trgovačka društva u većinskom državnom vlasništvu 2019.–2020. (dalje: Program).⁴⁶ Tako se navodi da Program

uključuje naputak za izradu kataloga pravila o sprječavanju sukoba interesa koja sadrže upute za postupanje članova uprava odbora trgovačkih društva u većinskom državnom vlasništvu u situacijama koje mogu dovesti do sukoba interesa i njegovo ugrađivanje u etičke kodekse i interne akte trgovačkih društava u većinskom državnom vlasništvu.⁴⁷

1.2.1. Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima i sukob interesa

Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, javnosti poznatiji pod nazivom *Lex Agrokor* (dalje: Zakon o izvanrednoj upravi),⁴⁸ donesen je 2017. Među mnogim spornim pitanjima, uključujući i pitanje ustavnosti toga zakona,⁴⁹ bilo je i nepostojanje odredbe o sukobu interesa. Kasnije se pokazalo da je njezino postojanje očito bilo nužno, jer prema *Ivankoviću* taj su Zakon „pisali oni koji su na temelju tog Zakona poslije dobili poslove u Agrokoru“⁵⁰ i „sudjelovali

⁴⁶ Antikorupcijski program za trgovačka društva u većinskom državnom vlasništvu 2019.–2020. donijela je Vlada RH u okviru provedbe Strategije suzbijanja korupcije za razdoblje od 2015. do 2020. godine, NN, 26/2015, str. 1-3; dostupan na:

<https://mpu.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Antikorupcija/dokumenti/Antikorupcijski%20program%20za%20trgova%C4%8Dka%20dru%C5%A1tva%20u%20ve%C4%87inskom%20dr%C5%BEavnom%20vlasni%C5%A1tvu%20za%20razdoblje%202019%20do%202020.pdf> (7.6.2021.)

Prošle je godine (2020.) donesen i Antikorupcijski program za trgovačka društva u većinskom vlasništvu jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave za razdoblje od 2021.

do 2022. godine; dostupno na:

<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages/2016/Sjednice/2020/Prosinac/33%20sjednica%20VRH/33%20-%2014%20Program.pdf> (7.6.2021.).

⁴⁷ Program, str. 2-3.

⁴⁸ Zakon o postupku izvanredne uprave u trgovačkim društvima od sistemskog značaja za Republiku Hrvatsku, NN, 32/17.

⁴⁹ Ustavni je sud odlučivao o ustavnosti Zakon o izvanrednoj upravi i zaključio da su odredbe u skladu s Ustavom, odnosno odbio je zahtjev za ocjenom ustavnosti. Rješenje Ustavnog suda RH U-I-1694/2017 od dana 2. 5. 2018.

Za više o donošenju tog zakona i njegovu sadržaju te autorima vidjeti Dalić, Martina (2018): *Agrokor – slom ortačkog kapitalizma*, AKD, Zagreb, str. 83-111.

⁵⁰ Danas Agrokor d. d. još uvijek postoji, iako je njegova cjelokupna djelatnost prebačena u Fortenova grupu d. d., a Agrokoru su ostale samo obveze. Posebno se napominje kako Fortenova grupa d. d. nije pravni sljednik Agrokoru, pa je takva situacija presedan, endemska vrsta, pravno je jedinstvena, a što je omogućeno upravo ovim zakonom – *Lex Agrokorom*. Inače je pravno nemoguća takva situacija, da se prebaci cjelokupna imovina u novo društvo, a da starom ostaju samo obveze. Vlasnik Fortenova grupe d. d. jest društvo registrirano u Nizozemskoj, Fortenova grupa HOLDCO B. V., Nizozemska, čiji su vlasnici navodno Agrokorovi vjerovnici, koji su dobili dionice (vlasništvo) u Fortenova grupi HOLDCO B. V. razmjerno svojim potraživanjima prema Agrokoru d. d. Sve su informacije dobivene od zaposlenika Fortenova grupe d. d. koji je želio ostati anoniman. Za više informacija o Fortenova grupi d. d. vidjeti sudski registar dostupan na: https://sudreg.pravosudje.hr/registar/f?p=150:28:0::NO:28:P28_SBT_MBS:081179147 (12. 5. 2020.).

u izboru inozemnog konzultanta koji ih je angažirao⁵¹ objašnjavajući da je (prvoizabrani) izvanredni povjerenik posredno 'angažirao' svoju bivšu tvrtku,⁵² dapače, kako to ističe *Ivanković*, ta je tvrtka (podizvođač) „čak birala konzultanta u Agrokoru koji ju je angažirao“.⁵³ Ako je tome uistinu tako, u svakom se slučaju otvara pitanje postojanja sukoba interesa, barem prividnog, ako ne stvarnog.

Zakon o postupku izvanredne uprave donesen je po uzoru na zakon kojim je talijanska država intervenirala u Parmalat,⁵⁴ uz jednu malu razliku. Navodno je zakon kojim se regulirala izvanredna uprava u Parmalatu, tzv. Marzanov zakon,⁵⁵ imao izričitu odredbu da izvanredni povjerenik ne može angažirati svoju bivšu tvrtku. Doduše *Dalić* objašnjava kako je uistinu Marzanov zakon poslužio kao uzor, ali da u konačnici Zakon o izvanrednoj upravi s njim „nema puno veze“,⁵⁶ jer:

u Italiji ministarstvo samostalno imenuje povjerenika, ministarstvo donosi odluku o prihvaćanju i kompanije u izvanrednu upravu, odobrava plan restrukturiranja isto kao i različite odluke povjerenika uključujući i onu o prodaji imovine, cijeli se proces kontinuirano odvija uz nadzor i aktivno odlučivanje ministarstva, zbog čega je logična izvedenica i primjena odgovarajućih odredaba o sukobu interesa.⁵⁷

Dalje *Dalić* zaključuje kako „to po našem zakonu nije slučaj jer kod nas nadzor i odlučivanje obavljaju sud i vjervnici, a na izvanrednog povjerenika primjenjuju se odredbe Stečajnog zakona o odgovornostima stečajnog upravitelja“. Smatra da postoji velika „odvojenost procesa izvanredne uprave od političkog utjecaja“,⁵⁸ pa se zbog svih tih osobina izvanredne uprave ne primjenjuju pravila koja se odnose na „državni sektor i državnu službu, uključujući i odredbe o skobu interesa“.⁵⁹ Ta je konstatacija *Dalić*, dakako, točna. Ne mogu se primijeniti odredbe o sukobu interesa u javnoj službi jer se izvanredni povjerenik, prema Zakonu o sprječavanju sukoba interesa (dalje: ZoSSI),⁶⁰ ne može smatrati dužnosnikom;⁶¹ ali teško se oteti dojmu kako se nitko nije upitao bi li ovdje bila riječ o sukobu interesa u privatnom sektoru.

⁵¹ *Ivanković, Željko (2018): Slučaj Agrokor – privatizacija i crony kapitalizam, Jesenski i Turk, Zagreb, str. 65.*

Taj se zaključak izvodi iz činjenica da je tijekom izvanredne uprave bio angažiran Alix Partenres, koji je kao podizvođača u Hrvatskoj angažirao Texo Management, u kojem je prethodno bio zaposlen Ante Ramljak, zbog čega je on kasnije sam dao ostavku u veljači 2018. *Dalić (2018), op. cit. (bilj. 49), str. 200-201.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Ukratko o najspornijim pitanjima o zakonu o Parmalatu (Zakon 39/2004, eng. *LAW 39/2004*) vidjeti *Ghia, Lucio: The Italian legislation provided for the Parmalat case under a critic point of view; dostupno na: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/7-_parmalat.pdf (10. 5. 2020.), uklatko i *Dalić (2018), op. cit. (bilj. 49), str. 80-82.**

⁵⁵ *Dalić (2018), op. cit. (bilj. 49), str. 83.*

⁵⁶ *Ibid., str. 199.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Vidjeti bilješku 1.

⁶¹ Čl. 3. ZSSI-a.

I dok u Kodeksu korporativnog upravljanja Agrokora postoji zabrana sukoba interesa članova Uprave i Nadzornog odbora, sukob interesa izvanrednog povjerenika ostaje izvan dosega bilo kojeg zakona ili propisa. Na izvanrednog se povjerenika ne primjenjuje ni Agrokorov kodeks ni Zakon o sprječavanju sukoba interesa (u javnom sektoru) jer izvanredni povjerenik, kao što je već navedeno, nije dužnosnik u smislu ZoSSI-a.⁶² Dalić je iznijela tvrdnju da se na izvanrednog povjerenika odnose odredbe o dogovornosti stečajnog upravitelja.⁶³ Činjenica je da se tim odredbama regulira situacija tko ne može biti imenovan za stečajnog upravitelja (ako je primjerice bio zaposlen kod stečajnog dužnika ili vjerovnika),⁶⁴ kao i razna druga pitanja, ali ne i situacija da se naknadno ne mogu sklapati poslovi s društvom u kojem je stečajni upravitelj bio zaposlen.⁶⁵ Dakle u svakom pogledu trebalo bi negdje regulirati sukob interesa izvanrednog povjerenika. Najlogičniji izbor bio bi, dakako, Zakon o izvanrednoj upravi, što se propustilo učiniti.

Međutim kod Agrokora bi se trebalo otvoriti i pitanje sukoba interesa predsjednika i članova njegove uprave s interesima društva prije dolaska izvanrednog povjerenika. Ne smije se ništa zaključiti naprečac jer još ne postoje jasna činjenična utvrđenja, ali iz epiloga koji je uslijedio (izvanredne uprave postavljanjem izvanrednog povjerenika)⁶⁶ može se pretpostaviti da je bilo i takvih situacija. Je li uistinu do sukoba interesa u nekom trenutku došlo, to će se još vidjeti.

2. POJMOVNO ODREĐENJE I TIPOLOGIJA SUKOBIA INTERESA U PRIVATNOM SEKTORU

Derenčinović Ruk ističe kako „sukob interesa predstavlja prijetnju temeljnim ljudskim vrijednostima, povjerenju, pravednosti, zakonitosti i vladavini prava“ te dalje iznosi jednu vrlo zanimljivu tvrdnju koja izrazito dobro opisuje sukob interesa: „svi znaju da je u osnovi sukob interesa nešto pogrešno, ali ostaje neuhvatljiv i ponekad jedva vidljiv“.⁶⁷

Društva (kompanije) imaju svoju pravnu osobnost, dakle različite su (pravne) osobe od odgovornih osoba u njima, kao i drugih pojedinaca koji su zaposleni u društvu ili legitimirani na zastupanje interesa društva. U tom smislu, kada se govori o sukobu interesa u privatnom sektoru, ponajprije će se misliti na situacije kada su interesi pojedinca (zaposlenika, ali i odgovornih osoba u društvu i dr.)⁶⁸ u sukobu s interesom

⁶² Vidjeti čl. 3. ZSSI-a; postoji posebna odredba o predsjednicima i članovima Uprave trgovačkih društva koja su u većinskom državnom vlasništvu (čl. 3. st. 1. toč. 37. ZSSI-a), ali Agrokor to nije, jer je u potpunom privatnom vlasništvu – doduše, vlasnička se struktura promijenila nakon nagodbe 6. 7. 2018. Više informacija o Agrokoru vidjeti:

https://sudreg.pravosudje.hr/registar/f?p=150:28:0::NO:28:P28_SBT_MBS:080020970 (10. 5. 2020.).

⁶³ Čl. 98., 92. Stečajnog zakona, NN, 71/15, 104/17 (dalje: SZ).

⁶⁴ Čl. 77. SZ-a.

⁶⁵ Čl. 77.-95. SZ-a.

⁶⁶ Dalić (2018), *op. cit.* (bilj. 49), str. 25-29.

⁶⁷ Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), str. 192.

⁶⁸ Primjerice odgovorna osoba želi 'izvući' novce iz pravne osobe jer želi sav novac zadržati za sebe (privatno), dok time nastaje šteta pravnoj osobi, koja može dovesti i do propadanja pravne osobe, naročito ako je takvo postupanje dugoročno.

pravne osobe (društva, udruga i drugih organizacija) kojima pojedinac pripada ili je u njima zaposlen. Takvo shvaćanje može se nazvati *klasično shvaćanje*, koje opisuje relaciju *pojedinac – društvo*, a odgovaraju mu *tradicionalni oblici* sukoba interesa (pravi, prividni i potencijalni).

Međutim danas se u literaturi i nekim zakonskim tekstovima (primjerice iz Zakona o tržištu kapitala⁶⁹) mogu razaznati i druga shvaćanja i drugačije relacije s oblicima sukoba interesa različitim od tradicionalnih. Tako postoje i sukobljeni interesi na tzv. relaciji *društvo – pojedinac*, gdje su sukobljeni interesi društva i interesi 'pojedinaca', najčešće klijenata, čije je interese društvo dužno zastupati ili u čijem je interesu dužno postupati, koji faktički mogu biti pojedinci (fizičke osobe), pravne osobe (društva, udruge i sl.) do udruženih interesnih skupina.

Postoje i druge raznovrsne relacije s potpuno novim i drugačijim oblicima sukoba interesa (primjerice 'direktori protiv kompanije (društva)', 'direktori protiv držatelja udjela', 'dioničari protiv drugih držatelja udjela' i 'kompanija, tj. društvo protiv interesa zajednice', koje su postavili i razradili *Cossin i Hongze Lu*⁷⁰) u kojima se sukobljavaju interesi primjerice pojedinih interesnih skupina s interesima društva, pa se ta relacija može opisati kao relacija *skupina – društvo*. Zatim može postojati sukobljavanje interesa različitih interesnih skupina u društvu (kompaniji) pa se može opisati kao relacija *skupina – skupina*, a mogu biti sukobljeni interesi pojedine kompanije (društva) i interesi zajednice ili države u kojoj ta kompanija želi poslovati, pa se takva relacija može klasificirati kao relacija *društvo – zajednica*.

2.1. Klasično shvaćanje sukoba interesa u privatnom sektoru na relaciji *pojedinac – društvo* i njegovi tradicionalni 'oblici' (vrste)

Prema klasičnom shvaćanju sukobom interesa u privatnom sektoru možemo nazvati situacije kada su sukobljeni interesi na relaciji *pojedinac – društvo*, pa se može reći kako je sukob interesa u privatnom sektoru *situacija u kojoj privatni interesi člana društva dolaze u sukob s interesima pravne osobe (društva, kompanija i sl.)*.⁷¹

⁶⁹ Vidjeti bilješku 37.

⁷⁰ Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16).

⁷¹ O sukobu interesa zaposlenika ili člana uprave može se raditi primjerice i u situaciji kada je kompanija (društvo) oglasila svoje djelovanje i svoje aktivnosti kao prijateljsko prema životinjama (*animal friendly*), na čemu je utemeljila svoje poslovanje te izgradila svoj ugled i brend, a onda se njezin zaposlenik ili još gore član uprave u javnosti pojavi u krznenom kaputu. Za više o odgovornosti članova uprave ili upravnog odbora u Hrvatskoj kao jednoj od mogućih osnova sukoba interes vidjeti Barbić, Jakša (2012): *Pravna odgovornost članova uprave/upravnog odbora u društvima kapitala*, u: *Odgovornost direktora*, ur. Esad Čolaković, Vemako Tisak d. o. o., str. 65-160, te o mogućnosti njihove kaznene odgovornosti vidjeti Novoselec, Petar (2012): *Kaznenopravna odgovornost*, u: *Odgovornost direktora*, ur. Esad Čolaković, Vemako Tisak d. o. o., str. 163-267.

Slično navodi i *Segal* ističući kako se „sukob interesa u poslovanju obično odnosi na situaciju u kojoj su osobni interesi pojedinca sukobljeni s profesionalnim interesima koje duguju svom poslodavcu ili tvrtki u koju su uloženi.“⁷² Privatni interes pojedinca ne treba biti nužno materijalan, odnosno rezultirati financijski, nego može biti i nematerijalnog, odnosno neimovinskog karaktera.⁷³

Peters ističe da je „sukob interesa situacija u kojoj bi strani ili neopravdani interes pojedinaca mogao nepravilno utjecati ... na aktivnosti i odluke koje bi se trebale donijeti u najboljem interesu entiteta u privatnom sektoru“,⁷⁴ dok *Derenčinović Ruk* sukob interesa u privatnom sektoru definira kao

situaciju u kojoj je subjekt dužan odlučiti kako će postupiti, i to isključivo u interesu drugog subjekta, a taj njegov izbor ujedno utječe/ima posljedice i na njegove vlastite interese (sukob interesa i dužnosti) ili na interese drugih/trećih subjekata, čije je interese taj subjekt također dužan štiti (sukob dužnosti).⁷⁵

Prema ICC-ovim je smjernicama 'sukob interesa situacija u kojoj član društva (ili njegovi srodnici) ima privatni ili osobni interes koji je dovoljan da izgleda kao utjecaj na objektivno obavljanje njegovih dužnosti'.⁷⁶ Definiciji se može uputiti niz kritika, primjerice čiji su interesi u sukobu; zatim izjednačavanje stvarnog i prividnog sukoba interesa, što zasigurno nisu jednake situacije, dok se ne spominje i treći 'oblik'⁷⁷ – potencijalni sukob interesa. Iz navedene definicije mogu se razaznati samo dvije situacije u kojima se mogu naći članovi društva, tj. dva 'oblika' sukoba interesa, stvarni i prividni. Smjernice dalje navode i obrazlažu da do sukoba interesa može doći kada se privatni interes pojedinca, tj. člana društva ili njegovih bliskih rođaka, razlikuje (i dolazi u sukob) s interesom pravne osobe, tj. društva (ustanova) ili organizacije kojoj pojedinac pripada,⁷⁸ odnosno u kojoj je

⁷² “A conflict of interest in business normally refers to a situation in which an individual's personal interests conflict with the professional interests owed to their employer or the company in which they are invested. A conflict of interest arises when a person chooses personal gain over the duties to an organization in which they are a stakeholder or exploits their position for personal gain in some way.” *Segal, Troy (2019): Conflict of Interest*, dostupno na: <https://www.investopedia.com/terms/c/conflict-of-interest.asp> (3. 5. 2020.).

Također, prema *Segalu*, sukob interesa nastaje kada se osoba opredijeli za osobnu korist naspram dužnosti u organizaciji u kojoj je dioničar ili nositelj udjela ili na neki način iskorištava svoj položaj radi osobne koristi. Ukoliko će biti riječ o sukobu interesa dioničara ili imatelja poslovnih udjela, potrebno je biti malo oprezniji pri određivanju sukoba interesa od situacije kada je riječ o zaposlenicima. *Segalova* izjava u tom se kontekstu mora tumačiti *cum grano salis* (razumno) i prema postojećem zakonodavstvu i propisima na snazi u pojedinoj državi.

⁷³ Primjerice osoba zaposli ljubavničina sina kako bi joj se još više svidio.

⁷⁴ *Peters, Anne (2010): Conflict of interest: cross-cutting problem in Conflict of interest in global, public and corporate governance*, ur. Anne Peters, Lukas Handschin i Daniel Hogger, Cambridge University Press, str. 28.

⁷⁵ *Derenčinović Ruk (2016), op. cit. (bilj. 31), str. 199.*

⁷⁶ Definicija sukoba interesa – Smjernice, str. 6.

⁷⁷ Riječ 'oblike' stavljena je u navodne znakove jer je činjenica da je samo stvarni sukob interesa pravi sukob interesa, dok su ostala dva 'oblika' situacije u kojima nema sukoba interesa, ali do njega može doći ili na van, prema javnosti, izgleda da se radi o sukobu interesa.

⁷⁸ Potrebno je istaknuti kako je sukob interesa vrlo široko definiran. Ide se čak toliko daleko da se smatra sukobom interesa situacija u kojoj su interesi bliskih rođaka člana društva u sukobu s interesima društva.

zaposlen ili za koju radi.⁷⁹ Stoga, iako se iz definicije sukoba interesa iz Smjernica ne razaznaje treći 'oblik', tj. potencijalni sukob interesa,⁸⁰ dalje se u dokumentu navode i definiraju sva tri 'oblika'. Tako je *stvarni, realni ili pravi sukob interesa*⁸¹ faktučna situacija u kojoj se osoba nalazi, često se po svojoj naravi smatra situacijskim, a sudionik je suočen sa stvarnim i postojećim sukobom interesa u kojem su njegovi osobni interesi u sukobu s interesima društva (npr. prilikom odlučivanja, davanja izjava, pojavljivanja u javnosti i sl.).⁸² *Potencijalni sukob interesa* jest onaj koji još ne postoji, tj. kojeg još stvarno nema, ali do njega može doći.⁸³ Činjenično ta situacija nije još stvarni sukob interesa, ali može postati vrlo brzo. *Prividni sukob interesa* jest situacija koja izgleda (javnosti) kao da se radi o stvarnom sukobu interesa, ali ga faktučno nema, odnosno ne radi se o (stvarnom) sukobu interesa.⁸⁴ Činjenično takva situacija, a kako i samo ime govori (prividni sukob interesa), nije (stvarni) sukob interesa, ali izgleda, tj. javnosti se može činiti kao stvarni sukob interesa. Može nastati percepcija, odnosno privid, da se radi o sukobu interesa. Mnogi smatraju i da je te situacije potrebno sprječavati jer se takvom percepcijom šteti ugledu pravne osobe bez obzira na stvarno činjenično stanje.

Iako se mogu uputiti kritike definiranju sukoba interesa u Smjernicama ICC-a, činjenica je da je to prvi dokument, doduše *soft law* dokument, koji je na međunarodnoj razini u cjelini posvećen pitanju sukoba interesa u privatnom sektoru.

Slična situacija u vezi s pravilnim i sveobuhvatnim definiranjem sukoba interesa i njegovim postojećim oblicima bila je s definiranjem sukoba interesa u javnom sektoru. U Preporuci Vijeća Europe iz 2000 ili *Model code of conduct*⁸⁵ (*dalje: Model kodeksa ponašanja*), kojom se imao odrediti sukob interesa i njegov sadržaj, čl. 13. regulirao je naizgled samo dva oblika sukoba interesa – pravi i prividni, dok o potencijalnom nije bilo

⁷⁹ Obrazloženje sukoba interesa – Smjernice, str. 6.

⁸⁰ Smjernice ICC-a, str. 3.

⁸¹ Primjerice o stvarnom sukobu interesa radit će se kada je član je uprave društva A istovremeno i član uprave konkurirajućeg društva B; zatim kada su članovi uprave društva A ujedno i osnivači društva B s kojima društvo A posluje; kada član uprave društva A zapošljava ili nadzire srodnika (pri čemu bi se istovremeno radilo i o nepotizmu). O stvarnom sukobu interesa radilo bi se i kada bi član uprave društva A bio u bliskim osobnim odnosima s osobama koje su se javile na natječaj i koje utječu na odluke u natječajnom postupku; zatim kada bi član uprave društva A nabavljao predmete ili dogovarao pružanje usluga u ime društva od dobavljača koji je u izravnom ili neizravnom vlasništvu njegova srodnika i sl. Smjernice ICC-a, str. 7.

⁸² Definicija stvarnog sukoba interesa – Smjernice ICC-a, str. 7.

⁸³ Definicija potencijalnog sukoba interesa – *Ibid.*, str. 7.

⁸⁴ Definicija prividnog sukoba interesa – *Ibid.*, str. 8.

⁸⁵ Preporuka Vijeća Europe iz 2000. godine (Preporuka Vijeća Europe (2000)10; *dalje: Model kodeksa ponašanja*), daje nacrt, odnosno model kodeksa ponašanja javnih službenika. Preporuka Vijeća Europe (2000)10 (*Recommendation, No, R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials*); dostupno na: <https://rm.coe.int/16806cc1ec> (10. 5. 2020.).

Za više vidjeti Dragičević Prtenjača, Marta (2014): Kaznenopravni aspekti pasivnoga podmičivanja u hrvatskom pravnom sustavu, doktorska disertacija branjena na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, str. 19, 20.

O sprječavanju sukoba interesa koji dovodi do korupcije i važnosti tog sprječavanja, naročito u procesima privatizacije, govori i Thompson. Za više vidjeti Thompson, David (1994): *Conflicts of Interests in the Privatization Process: An Auditor's Comments*, Corruption & Democracy. ur. Duc V. Trang, Budapest: Institute for Constitutional and Legislative Policy, str. 79-81.

riječi. No čl. 8. Modela kodeksa ponašanja eksplicite je razlikovao sva tri oblika – stvarni, potencijalni i prividni.⁸⁶

2.2. Nova shvaćanja na relaciji *društvo* – '*pojedinač*' s drugačijim oblicima, tj. vrstama sukoba interesa

Sukob interesa, kao što je ranije navedeno, može se dogoditi i u situaciji kada su interesi društava suprotstavljeni interesima njihovih klijenata, pojedinca ili drugih. Opis takve vrste sukoba interesa može se, među ostalim, iščitati iz Zakona o tržištu kapitala,⁸⁷ iz odredbi o dužnosti i odgovornosti uprave (čl. 30. st. 4. ZTK-a), kao i iz odredbi o odnosu s klijentima (čl. 86. st. 3. ZTK-a) te upravljanja sukobom interesa (čl. 58. ZTK-a). Takvu vrstu sukoba interesa opisuje i *McVea*, koji ističe da i kompanija (društvo), tj. konglomerat kao pravna osoba, može biti u sukobu interesa, i to u dvije situacije:

(a) kada postoji sukob '*interesa i dužnosti*', odnosno sukob interesa prema svojem društvu i dužnosti postupanja prema kupcima, tj. klijentima, odnosno prema preuzetim obvezama postupanja u interesu klijenata (između vlastitih interesa konglomerata, koji su u stvarnom ili potencijalnom sukobu s interesima njegovih kupaca); i (b) ako postoji sukob između dviju njegovih dužnosti, tzv. sukob '*dužnosti i dužnosti*' (tj. konglomerat ima obveze prema dvije odvojene grupe kupaca).⁸⁸ Takav oblik sukoba interesa *dužnost-dužnost* pronalazi se u slučaju Deutsche Bank iz 1997., koji navode *Kumpan i Leyens*, kod kojeg se, doduše, radilo o višestrukim situacijama sukoba interesa po različitim relacijama, pa se tako uz spomenuti oblik sukoba interesa, u kojem je bila suprotstavljena *dužnost – dužnost* na relaciji *društvo – 'pojedinač'* (klijent, tj. drugo društvo), pojavio i sukob interesa na relaciji *pojedinač – društvo*. Deutsche Bank je financirala pokušaj preuzimanja Thyssena od strane Kruppa. Jedan od njezinih izvršnih direktora, Ulrich Cartellieri, bio je član nadzornog odbora Thyssena, kompanije koju je trebao preuzeti Krupp. Takva je situacija rezultirala sukobom interesa između banke i njezina klijenta,

⁸⁶ Inače je sukob interesa u javnom sektoru relativno dobro reguliran u Hrvatskoj Zakonom o sprječavanju sukoba interesa, NN, 26/11, 12/12, 126/12, 48/13, 57/15, 98/19 (čl. 2. st. 2. ZSSI-a), a spominje se i u Strategiji za suzbijanje korupcije za razdoblje od 2015. do 2020. godine, NN, 26/2015; dostupna na: https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/full/2015_03_26_545.html (10. 5. 2020.), kao i u Akcijskom planu za 2019. i 2020. godinu, uz Strategiju suzbijanja korupcije za razdoblje od 2015. do 2020. godine; dostupan na: <https://pravosudje.gov.hr/UserDocsImages/dokumenti/Antikorupcija/Nacrt%20akcijskog%20plan%20za%20suzbijanje%20korupcije%20za%20razdoblje%20od%202019%20do%202020%20godine.pdf> (10. 5. 2020.).

⁸⁷ Sukob interesa neželjeno je ponašanje koje je potrebno izbjegavati ili koje predstavlja zapreku za prijam u članstvo u upravu investicijskog društva (čl. 28. st. 1. toč. 4. ZTK-a) ili pri zapošljavanju radnika (čl. 56. st. 2. toč. 5. ZTK-a), ili je prepreka za obavljanje dužnosti člana uprave (čl. 33. st. 2. toč. 3. ZTK-a) te ga treba izbjegavati u odnosima s klijentima (čl. 31. st. 1. toč. 6. ZTK-a) i dr. Reguliran je kao odnos pojedinca prema društvu. Međutim kod tih institucija postoji i mogućnost sukoba interesa društva s interesom pojedinca (ili drugih društava), tj. društva s interesima klijenata.

⁸⁸ *McVea, Harry* (1996): *Financial Conglomerates and Conflicts of Interest: Resolving a Regulatory Dilemma*, Northern Ireland Legal Quarterly, vol. 47, br. 3, str. 240; dostupno na: <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/nlq47&id=249&collection=journals&index=> (6. 5. 2020.).

kompanije Krupp, pa postoji sukob interesa na relaciji *društvo – 'pojedinač'* (Banka (izvršni direktor) – Krupp). Zatim je postojao sukob interesa, odnosno sukob dužnosti Cartellierija zbog njegovih funkcija kao člana nadzornog odbora kompanije Thyssen i funkcije izvršnog direktora Deutsche Bank,⁸⁹ pa dolazi do sukoba interesa na relaciji *pojedinač – društvo* (Cartellierija u nadzornom odboru Thyssena – Deutsche Bank).⁹⁰

Također Glover ističe da bankari,⁹¹ računovođe, financijski posrednici, agencije,⁹² odvjetnici⁹³ i drugi moraju biti podložni zakonskim ograničenjima ako djeluju u ime i u interesu jednog klijenta. Međutim može doći do toga da istovremeno budu podložni suprotnim utjecajima, svojim osobnim interesima ili dužnostima prema drugom klijentu.⁹⁴ Tada bi bila riječ o sukobu dužnosti ('*dužnosti i dužnosti*') na relaciji *društvo – 'pojedinač'*.

Unatoč tome što je ovdje riječ o posebnoj relaciji sa svojim posebnim oblicima sukoba interesa, ne nalazi se razlog zbog kojeg se tradicionalni oblici sukoba interesa (pravi, prividni i potencijalni) ne bi mogli primijeniti i kod te relacije, samo uz obrnuto shvaćanje – interes društva u sukobu s interesima njihovih klijenata (pojedinač ili drugog društva). Međutim činjenica je da bi se rasprava o tome i daljnja elaboracija na tu temu trebala ostaviti za daljnje istraživanje tih odnosa, tj. sukoba različitih interesa i njihovih pojavnih oblika.

2.3. Nova shvaćanja s potpuno novim relacijama i oblicima sukoba interesa

Uz klasično shvaćanje na relaciji *pojedinač – društvo* i tradicionalne oblike sukoba interesa te ranije spomenute nove oblike sukoba interesa na relaciji *društvo – 'pojedinač'*, postoje i potpuno drugačiji oblici sukoba interesa sa svojim posebnim relacijama, koje su iznijeli

⁸⁹ Kumpan, Christoph; Leyens, Patrick (2008): *Conflicts of Interest of Financial Intermediaries – Towards a Global Common Core in Conflicts of Interest Regulation*, u: European Company and Financial Law Review, vol. 4, br. 1/2008, str. 92.

⁹⁰ *Ibid.*

Cartellieri je smatrao da je svoj problem sukoba interesa, odnosno dužnosti, a time djelomično i banke, riješio tako što se nije pojavio na dan prihvaćanja ponude od strane Thyssena, navodeći da je taj dan bio indisponiran prisustvovati sastanku, iako je iz svega bilo jasno da je prioritet dao interesima banke i ponuđaču Kruppu. Očigledno da nije vidio ništa sporno u svim prethodnim radnjama i predradnjama koje su se događale tijekom postupka preuzimanja. Taj unakrsni sukob interesa mogao se izbjeći jedino tako da se Deutsche Bank povukla iz cijelog posla, ali tada bi propao vrlo unosan posao.

⁹¹ Za više o sukobu interesa investicijskih banaka vidjeti: Puri, Manju (1996): *Commercial banks in investment banking – Conflict of interest or certification role?*, Journal of Financial Economics, vol. 40, str. 373-401, kao i Thévenoz, Luc (2007): *Conflicts of Interest in the Distribution of Investment Funds u Conflicts of Interest Corporate Governance and Financial Markets*, ur. Luc Thévenoz i Rashid Bahar, Kluwer Law International BV, The Netherlands i Schulthess Médias Juridiques SA, str. 337-361.

⁹² Za više o regulaciji sukoba interesa na tržištu kapitala vidjeti Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 32).

⁹³ O sukobu interesa odvjetnika pisao je još davne 1977. Aronson – Aronson, Robert H. (1977): *Conflict of interest* u Washington Law Review, vol. 52, str. 807-859.

⁹⁴ Glover, John (2002): *Conflicts of interest, conflicts of duty and the information professional*, 23 Adelaide Law Review, str. 239-240; dostupno na: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/2002/14.pdf> (6. 5. 2020.).

i raspravili Cossin i Hongze Lu.⁹⁵ Oni govore o četiri oblika sukoba interesa koji su specifični za privatni sektor – *direktori protiv kompanije (društva)*, *direktori protiv držatelja udjela*, *dioničari protiv drugih držatelja udjela* i *kompanija, tj. društvo protiv interesa zajednice*. Te su oblike uočili u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje: SAD), ponajprije kada je riječ o društvima kapitala u situacijama sukoba interesa članova uprave, odnosno upravnih odbora.⁹⁶ Diješe ih gotovo kazuistički na potpuno drugačije oblike od gore spomenutih i do sada uvriježenih, a autorica ih je prema sukobljenim interesima podijelila na relacije *skupina – društvo* (direktori protiv kompanije (društva)), *skupina – skupina* (direktori protiv držatelja udjela; dioničari protiv drugih držatelja udjela) te *društvo (kompanija) – zajednica* (kompanija, tj. društvo, protiv interesa zajednice).

Dapače, ti oblici jednim svojim dijelom mogu obuhvaćati i gore spomenute tradicionalne oblike, ali se više baziraju na mogućim praktičnim scenarijima, odnosno praktičnom dosegu sukoba interesa u pojedinoj pravnoj osobi, odnosno poslovanju. Prvi oblik opisno nazivaju '*direktori protiv kompanije (društva)*'. Navode kako kod tog oblika postoji mogućnost formiranja posebnih interesnih grupa među članovima uprave, drugih držatelja udjela ili direktora, čiji su interesi u sukobu s interesom društva. Tada se radi o situaciji sukoba interesa na relaciji *skupina – društvo*. Smatraju da će do takvih situaciji i udruženih interesa češće doći u financijskoj ili političkoj krizi, teških sukoba dioničara, neprijateljskog preuzimanja ili sve većih napetosti s upravom. Jasno je da tada u takvim situacijama osobe povezane u interesne skupine postaju lojalnije jedne drugoj i svojim interesima nego interesima kompanije (društva) čije su interese dužni zastupati.⁹⁷ Međutim ne može se isključiti da takav oblik može obuhvaćati tradicionalne oblike stvarnog ili potencijalnog sukoba interesa između člana uprave i kompanije.

O drugom će se obliku raditi kada je dovedena u pitanje, tj. kada se javlja sumnja u dužnost lojalnosti člana uprave prema držateljima udjela. Nazivaju ga '*direktori protiv držatelja udjela*'. Treći oblik podrazumijeva, kako to nazivaju, '*dioničari protiv drugih držatelja udjela*', a sukob interesa nastaje kada interesi pojedinih držatelja udjela nisu na odgovarajući način uravnoteženi ili usklađeni, primjerice kada postoji sukob interesa između držatelja udjela i kompanije ili kada se javlja sukob interesa među držateljima udjela, primjerice (dioničara i vjerovnika, odnosno banaka).

⁹⁵ Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16).

⁹⁶ Upravni odbor podrazumijeva zajedničko članstvo izvršnih direktora, koji bi odgovarali članovima uprave u kontinentalnom sustavu, i neizvršnih direktora, koji bi obavljali funkcije slično članovima nadzornog odbora.

U Hrvatskoj su usvojena oba modela: monistički, koji karakterizira postojanje upravnih odbora s izvršnim direktorima, dok bi se ostali članovi upravnog odbora mogli smatrati neizvršnim direktorima (iako ih ZTD izrijekom ne spominje) analogno anglosaksonskom pravu (čl. 272.a, 272.f, posebno st. 5., 272.l i 272.m), i dualistički model, koji kao organe ima upravu koja upravlja društvom (čl. 239.-253. ZTD-a), a nad čijim djelovanjem nadzor obavlja nadzorni odbor (npr. čl. 254.-272. ZTD-a). ZTD propisuje mogućnost izbora primjene monističkog, odnosno dualističkog modela kod društava kapitala, preciznije dioničkog društva.

⁹⁷ Za više vidjeti: Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16).

U oba navedena oblika bit će riječ o sukobu interesa na relaciji *skupina – skupina* (u društvu), koji je važno sprječavati radi dobrog funkcioniranja društva, kao i slike, odnosno dojma u javnosti, a koji se može posljedično reflektirati na poslovanje tog društva.

Četvrti oblik sukoba interesa jest onaj koji nastaje između interesa društva (kompanije) i zajednice, odnosno društvenih vrijednosti neke zemlje. O njemu bi bila riječ kada društvo djeluje u vlastitim interesima na štetu društva te ga nazivaju '*kompanija, tj. društvo protiv interesa zajednice*'.⁹⁸ U kontekstu iznesenog *Cossin i Hongze Lu* navode i kako bi kompanije (društva) morale „izdati smjernice o sukobu interesa direktora i osigurati da direktori slijede ta pravila i djeluju u interesu organizacija u kojima djeluju“,⁹⁹ a kao jedan od primjera navode i jedan od prvih slučajeva u SAD-u, *Guth vs. Loft Inc. 1939.*, u kojem je otvoreno niz pitanja koja su iskrsnula u situacijama kada su pojedinci iskorištavali poslovanje za osobno bogaćenje.¹⁰⁰ Iz spomenutog slučaja proizlazi da

korporativnim službenicima, tj. zaposlenicima u pojedinoj pravnoj osobi i direktorima, nije dopušteno korištenje vlastita položaja i povjerenja koje uživaju zbog tog položaja u svrhu ostvarivanja svojih privatnih interesa. Oni stoje u fiducijarnom odnosu¹⁰¹ prema korporaciji i njezinim dioničarima.¹⁰²

Jednako smatra i *Segal* da

svi članovi uprave, tj. upravnog odbora, imaju fiducijarne dužnosti¹⁰³ brige o imovini pravne osobe čije interese zastupaju i dužnost lojalnosti društvima koja nadgledaju, tj.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Derenčinović Ruk ističe da se smatra da „fiducijarni odnos među subjektima nastaje kada se oni slože i dogovore da će jedan subjekt (fiducijar) postupati za račun drugog (fiducijant) ili u njegovu korist, odnosno u njegovu interesu, i to u okolnostima koje dovode do odnosa pouzdanja i povjerenja“, ali i navodi kako ne postoji univerzalna definicija tog odnosa, pa se dijelom poseže za njegovim shvaćanjem i definiranjem u sudskoj praksi. Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), str. 234, 235.

Za više o fiducijarnim dužnostima vidjeti: Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), str. 200-238.

¹⁰² Charles Guth bio je predsjednik tvrtke Loft, Inc. („Loft“). Loft je pokrenuo tužbu protiv Gutha nakon što je saznao da je Guth za sebe kupio društvo Pepsi-Cola koristeći novac i olakšice Lofta koji su mu predani na upravljanje i zaštitu. Sud je presudio u korist Lofta. Osnovno je pitanje bilo je li Guth prekršio svoju fiducijarnu dužnost lojalnosti Loftu, a odgovor je bio da jest. Sud je utvrdio da je, uzimajući u obzir sve činjenice i okolnosti koje su otkrivene, prilika za stjecanje zaštitnog znaka i formule Pepsi-Cole, prema pravilima dobre volje i poslovanju, pripadala Loftu te da Guth kao njegov predsjednik nije imao pravo iskoristi priliku za osobno stjecanje.

Sud je utvrdio da činjenice i okolnosti upućuju na to da je iskorištavanje prilike i prisvajanje Pepsi-Cole Gutha stavilo u konkurentski položaj s Loftom, društvom (kompanijom) čiji je direktor i koju zastupa, te su time njegovi osobni interesi postali nespojivi sa 'superiornim' interesima njegove korporacije. Guth je to napravio potajno i ne vlastitim sredstvima, nego novcem od korporacije koji mu je bio dan na upravljanje. Za više informacija vidjeti *Guth v. Loft, Inc. - 5 A.2d 503 (Del. 1939)*; dostupno na: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-guth-v-loft-inc> (5. 5. 2020.).

Međutim taj je primjer izvrstan primjer preklapanja sukoba interesa i kaznenog djela. Primjerice u ovom bi se slučaju radilo o kaznenom djelu zlouporabe u gospodarskom poslovanju iz čl. 246. KZ-a.

¹⁰³ Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), fiducijarne dužnosti leže na odnosu povjerenja, str. 202.

Također o sukobu interesa kao provedi fiducijarne dužnosti piše i Peters (2010), *op. cit.* (bilj. 74), str. 15-16.

nadziru, pa ako jedan od direktora odluči poduzeti radnju koja im donosi korist na štetu tvrtke, nanosi štetu tvrtki sukobom interesa.¹⁰⁴

Cossin i Hongze Lu upozorili su i na studiju, tj. istraživanje o dužnostima direktora koje je provedeno u Velikoj Britaniji te svih 27 država članica EU-a, pa tako i u Hrvatskoj.¹⁰⁵ Studija je pokazala da u Europi direktori prvenstveno imaju dužnost lojalnosti¹⁰⁶ prema svojem društvu (kompaniji),¹⁰⁷ a povreda te dužnosti jedna je od osnova sukoba interesa. Ističu kako je to načelo univerzalno prihvaćeno i nesporno u svih 27 zemalja EU-a, a svi članovi odbora, uključujući predstavnike dioničara, dužni su uravnotežiti interese svih držatelja udjela i interesnih skupina s dugoročnim ciljevima kompanije (društva).¹⁰⁸ Kako bi se to balansiranje interesa omogućilo, potrebno je definirati u kodeksima korporativnog upravljanja takav sastav uprave ili upravnog odbora koji mu jamči i osigurava neovisnost.¹⁰⁹ Naravno, činjenica je da i nezavisni članovi uprave mogu u jednom trenutku postati ovisni.¹¹⁰ Razlog je to što nije moguće uvijek temeljito provjeriti društvene veze između članova uprave i drugih osoba.¹¹¹

3. RASPRAVA O MOGUĆIM MODELIMA UPRAVLJANJA TRADICIONALNIM OBLICIMA SUKOPA INTERESA I ZAKLJUČAK

Upravljanje sukobom interesa širok je pojam, koji se odnosi kako na njegovo sprječavanje, tj. prevenciju, što bi dakako obuhvaćalo i izbjegavanje nastanka sukoba interesa, tako i na upravljanje njime, pa sve do represivne reakcije, odnosno nekog vida sankcioniranja osoba koje su u sukobu interesa.

Stoga autorica smatra kako bi se *upravljanje sukobom interesa u širem smislu* trebalo podijeliti na *prevenciju* sukoba interesa, *upravljanje njime u užem smislu* te *sankcioniranje*. Sukobom interesa moguće je upravljati, no potrebno je voditi računa o kojem se obliku

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16). Upravo takav primjer lijepo pokazuje preklapanje sukoba interesa i kaznenih djela. Naime u tom slučaju radilo bi se o kaznenom djelu, a ne samo o sukobu interesa, jer nastupa šteta za društvo, pa sukob interesa u toj situaciji treba tumačiti kao tzv. 'prolazni delikt'.

¹⁰⁶ Dužnost lojalnosti, kako to Derenčinović Ruk ističe, različito je shvaćena, odnosno ona je u anglosaksonskom (*common law*) sustavu temelj, tj. osnova fiducijarnih dužnosti, a u zemljama koje pripadaju kontinentom sustavu ona ja rezultat, odnosno proizlazi iz odnosa povjerenja „koji postoji među strankama ugovornog odnosa te je sastavni dio načela dobre vjere (načela savjesnosti i povjerenja)“. Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), str. 198.

¹⁰⁷ Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16).

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Primjerice neki član uprave može utjecati na to da se za člana uprave izabere njegov bliski prijatelj ili daljnji rođak, a da nitko nema saznanja o njihovoj povezanosti. U tom slučaju moglo bi doći do toga da se taj prijatelj ili daljnji rođak ne usudi proturječiti osobi s kojom je u prijateljskom odnosu ili zbog prijateljstva ili zbog osjećaja dužnosti i lojalnosti prema osobi koja mu je omogućila članstvo u upravi, pa time može doći u pitanje njegova lojalnost kompaniji zbog toga što će taj prijatelj ili rođak podržavati stavove, a time možda i interese osobe s kojom je u odnosu prijateljstva ili rodbinskom odnosu, a ne interes kompanije.

sukoba interesa radi – stvarnom, prividnom ili potencijalnom. Svaki od navedenih oblika iziskuje poseban pristup i poseban način upravljanja.¹¹²

Kod sukoba interesa nerijetko se može raditi o situaciji u kojoj se ljudi jednostavno nađu, a da ponekad nisu toga ni svjesni. Međutim, kada postanu svjesni, potrebno je ispravno postupiti.

Kumpan i Leyens govore o nekoliko mogućnosti, odnosno načina upravljanja sukobom interesa, pa smatraju kako bi ponajprije sukob interesa trebalo obznaniti, a potom, ako postoji mogućnost, i suzdržati se od daljnjeg postupanja kako bi se izbjegla situacija sukoba interesa.¹¹³ Međutim *Derenčinović Ruk* navodi stajališta *Cain i Moora* kako obznanjivanje sukoba interesa, pogotovo u financijskim institucijama, može imati i negativne učinke.¹¹⁴ Sigurno je da može, i vrlo vjerojatno hoće, ali opet to ne znači da bi to bio valjani argument u prilog tezi da se sukob interesa ne obznani, jer ako se jednom za njega sazna, a vrlo je vjerojatno da će se saznati kad-tad, posljedice će biti znatno veće i dalekosežnije, a time i štetnije nego da se to učinilo na vrijeme ili čim su nadležne službe kompanije bile s tim upoznate.

Smjernice ICC-a kao načine upravljanja sukobom interesa navode *izbjegavanje, obznanjivanje*, tj. javno otkrivanje sukoba interesa te *povlačenje i odbijanje poduzimanja radnje*.¹¹⁵ Pokrivaju velik raspon i mogućnost upravlja sukobom interesa u raznim oblicima društava. U tom smislu navedeni načini upravljanja sukobom interesa daju zadovoljavajuća rješenja za postupanje u raznim situacijama sukoba interesa u privatnom sektoru do kojih može doći. Iz tog bi razloga bilo poželjno preuzeti određena rješenja u politike, statute, pravilnike i sl. domaćih društava.

Određene načine upravljanja sukobom interesa predviđaju i Smjernice – IBA, Smjernice o Sukobu interesa u međunarodnoj arbitraži,¹¹⁶ koje su također *soft law* dokument.¹¹⁷ Prema njima arbitri bi se trebali suzdržati od odlučivanja kada god (sami) sumnjaju u svoju neovisnost i nepristranost. Njima se unosi jedna novina, stavljanje na različite liste (crvenu, narančastu i zelenu) osoba koje se nalaze u sumnji u vezi s postojanjem sukoba interesa, a koje bi trebale arbitrirati. Iako su te Smjernice vezane za odlučivanje u arbitraži, pa bi time bile pandan i više primjenjive za upravljanje sukobom interesa u sudstvu i drugim javnim tijelima odlučivanja nego u privatnom sektoru,¹¹⁸ takva logika o povlačenju iz odlučivanja kada se sumnja na nepristranost i neovisnost pri odlučivanju

¹¹² Vidjeti Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Managing Conflict of Interest*; dostupno na: <http://www.oecd.org/governance/ethics/conflict-of-interest/> (13. 5. 2020.).

¹¹³ Kumpan; Leyens (2008), *op. cit.* (bilj. 89), str. 88-92.

¹¹⁴ Derenčinović Ruk (2016), *op. cit.* (bilj. 31), str. 326.,

¹¹⁵ Smjernice ICC-a, str. 12.

¹¹⁶ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

¹¹⁷ Za više vidjeti IBA Smjernice, str. 5-9; dostupne na:

https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (24. 2. 2021.)

¹¹⁸ Smjernice IBA u rad su unesene na inzistiranje jednog od recenzenata.

mogla bi se primijeniti samo u jednom dijelu u privatnom sektoru, i to kod sumnje na postojanje sukoba interesa u upravljačkim strukturama pojedinog društva .

3.1. Prevencija i upravljanje sukobom interesa (u užem smislu)

Prevencija sukoba interesa ponajprije bi obuhvaćala dobru regulaciju, koja bi bila prilagođena potrebama svakog pojedinog poslodavca (pravne osobe; društva i dr.), što bi obuhvaćalo donošenje politika (pravilnika, etičkih kodeksa i reguliranje u statutima sl.), podvrgavanje zakonima, propisima, internim aktima, pravilima struke i poslovanja i dr., ispunjavanje obrazaca na godišnjoj, polugodišnjoj, kvartalnoj osnovi i sl., a vrlo je važna i dobra komunikacija sa zaposlenicima, direktorima i članovima uprave, kao i edukacija te trening svih zaposlenih. Tako bi prevencija sukoba interesa obuhvaćala provjeru (*screening*) pri zapošljavanju, ali i provjeru zaposlenih od trenutka uvođenja takve politike u pravnu osobu (društvo, kompaniju i dr.), tj. trebala bi se provoditi u fazama.¹¹⁹

Prava (1) faza obuhvaćala bi provjeru osoba pri zapošljavanju. Tijekom zapošljavanja potencijalnog zaposlenika (menadžera ili treće osobe) (budući) 'poslodavac' treba zatražiti od te osobe da izjavi ili potpiše izjavu kako se ne nalazi u sukobu interesa s interesima pravne osobe u kojoj se zapošljava (društva) te zatim u ugovor o radu uvrstiti tu izjavu ili klauzulu o sukobu interesa. Svaki ugovor o radu ili drugi ugovor (primjerice menadžerski) trebao bi sadržavati tu posebnu klauzulu o sukobu interesa. To je važno zbog potencijalnih posljedica (prekid radnog odnosa, otkaz ugovora, otkazivanje menadžerskih ugovora i sl.). Ukoliko se osoba već nalazi u pravom sukobu interesa, potencijalni poslodavac trebao bi razmotriti treba li ga zaposliti ili s njim poslovati. Ako se na to odluči, bilo bi potrebno to (javno) obznani.

Druga (2) faza provodila bi se nakon zapošljavanja, i to preventivno podnošenjem raznih periodičnih izvješća, odnosno izjava (godišnjih, polugodišnjih, kvartalnih i dr. izvješća ovisno o potrebama i poslovanju društva) te, naravno, po potrebi kada se pojavi sumnja na postojanje sukoba interesa.

Realizacija prevencije sukoba interesa u smislu konkretnog izbjegavanja moguća je samo kod *prividnog i potencijalnog* sukoba interesa.¹²⁰ Razlog je to što je *prividni sukob* interesa moguće izbjeći pravilnom edukacijom osoba u smislu toga što činiti kako ne bi izgledalo da se radi o sukobu interesa. Naime prividni sukob interesa nije stvarni sukob interesa, dakle sukoba interesa i nema. Ukoliko već izgleda da se radi o sukobu interesa, potrebno je njime pravilno upravljati i otkloniti ga na način da se nadležnim tijelima društva, ali i javnosti ako je to potrebno, obznani i objasni o čemu se radi.

Kada se radi o *potencijalnom sukobu* interesa, potrebno je razlikovati dvije situacije. Prevenciju nastanka potencijalnog sukoba interesa u smislu dolaženja u situacije koje bi

¹¹⁹ Autorica je kao članica radne skupine (*Task Force*) za Smjernice ICC-a predložila takav način upravljanja sukobom interesa u privatnom sektoru.

¹²⁰ Za detaljne načine izbjegavanja vidjeti Smjernice ICC-a, str. 10.

mogle rezultirati pravim sukobom interesa te prevenciju pravog sukoba interesa. Preveniranje potencijalnog sukoba interesa izbjegavanjem dolaženja u takve situacije ponajprije bi se imalo provesti dobrom edukacijom, a ako već dođe do takve situaciji, potrebno je na vrijeme izbjeći situaciju stvarnog sukoba interesa primjerice povlačenjem iz procesa odlučivanja i donošenja odluka, poduzimanja određenih radnji ili sklapanja poslova kada je god to moguće,¹²¹ a potom tu situaciju obznaniti nadležnim tijelima poslodavca (društva), ali, naravno, i javnosti ukoliko to stanje iziskuje.¹²² Potrebno je reći kako se kod upravljanja potencijalnim sukobom interesa već ostvaruju obilježja prevencije pravog sukoba interesa.

Sa pravim sukobom interesa nešto je drugačija situacija jer kada se osoba već nalazi u sukobu interesa, tada je sukob interesa nemoguće prevenirati, ali je moguće njime upravljati (u užem smislu) ovisno o svim okolnostima konkretnog slučaja. Međutim moguće je prevenirati da do njega dođe pravilnom edukacijom i izbjegavanjem situacija koje predstavljaju njegovu realizaciju u smislu aktivnosti koje su navedene pri upravljanju s potencijalnim sukobom interesa, primjerice povlačenjem iz procesa odlučivanja i donošenja odluka, poduzimanja određenih radnji ili sklapanja poslova i sl. Kada se osoba nađe u pravom sukobu interesa, potrebno je razlikovati dvije situacije. Osoba se može naći u takvoj situaciji bez svoje krivnje (**nenamjerno, nehajno**), jednostavno spletom okolnosti, a da toga uopće nije bila svjesna,¹²³ a moguće je i da se sama **namjerno** dovela u tu situaciju. Čak i u takvim situacijama trebalo bi razlikovati dalje je li netko (**sam**) zatražio mišljenje nadležnog tijela ili je prijavljen za sukob interesa od druge osobe,¹²⁴ ali, dakako, i je li osoba to sama objelodanila ili se sve razotkrilo mimo njezine volje.

U svakom slučaju, vrlo je važno sve objelodaniti, prestati (ukoliko je moguće) s daljnjim aktivnostima (povući se iz proces odlučivanja, sklapanja posla i sl.) i javno se ispričati. Međutim ponekad isprika neće biti dovoljna. O tome će najčešće biti riječ kada se osoba sama i svjesno, znajući i htijući to, dovela u sukob interesa. U tim bi situacijama bilo

¹²¹ Naime bit će situacija kada to neće biti moguće jer se zna da je po završenom postupku jedina ovlaštena osoba za potpisivanje nekog ugovora po zakonu ili statutu predsjednik uprave. Primjerice kada sklapanje posla bude iziskivalo potpis predsjednika uprave, a predsjednik uprave nije sudjelovao u odlučivanju o sklapanju posla i posao je dobilo društvo, odnosno kompanija, u kojem je on većinski imatelj udjela (dionica ili poslovnih udjela) jer je uprava tog društva, koje on nije član, nego samo većinski imatelj udjela, tako odlučila.

¹²² Službama koje su pojedinoj kompaniji određene za upravljanje, odnosno savjetovanje i izbjegavanje, primjerice obavještavanje nadređenog, ili *compliance officera*, ili nekog povjerenstva ako je ono osnovano u kompaniji i sl.

Vidjeti i Smjernice ICC-a, str. 11-12.

¹²³ Primjerice osoba A imenovana je u više povjerenstvo za kadrovanje čija je obveza provođenje intervjua s osobama koje su prošle prethodne krugove (dva, tri, četiri i sl.), pa se na natječaj za posao u tu kompaniju javila njegova kći, bez znanja osobe A. Osoba A prvi put vidi svoju kćer na intervjuu. Kako bi ta osoba trebala postupiti? Odmah prekinuti intervju jer se već našla u skobu interesa, obznaniti svoju situaciju svima u povjerenstvu, kao i nadležnoj službi za rješavanje sukoba interesa, i izuzeti se od daljnjeg intervjuiranja svoje kćeri. Međutim ovisno o okolnostima možebitno bi se trebala izuzeti i od intervjuiranja drugih kandidata jer, ukoliko želi da njezina kći dobije posao, može diskvalificirati ostale kandidate dajući im negativna mišljenja. Dakle u tim je situacijama potrebno pravilno reagirati.

¹²⁴ Predlaže se podnošenje zahtjeva za razmatranje situacije koji upućuje na sumnju sukoba interesa nadležnoj službi ili osobi, nakon čega bi se trebalo formirati povjerenstvo.

poželjno i primijeniti neki vid sankcioniranja jer, kako to ističe i *Lacey*, u nekim okolnostima izjavljivanje da može postojati ili da postoji sukob interesa samo po sebi ne može biti dovoljno. Takav je slučaj bio i u predmetu *Adler protiv ASIC (2002) 41 ACSR 72*,¹²⁵ u kojem javna isprika nije bila dovoljna jer se zaključilo kako on nije poduzeo sve potrebno u vezi s upravljanjem sukobom interesa te promicanjem najboljih interesa društva čiji je bio direktor.¹²⁶

S tim u vezi, a u cilju dobrog upravljanja društvom (kompanijom, pravnom osobom i dr.), smatra se kako bi svako društvo trebalo imati, uz navedene politike i dokumente, i tijelo nadležno za odlučivanje, odnosno upravljanje sukobom interesa. Hoće li to tijelo biti zbirno, pluralističko (više osoba, kao povjerenstvo, ili povjerenstvo u uredu *Compliance Officera*, ili *ad hoc* povjerenstvo za sukob interesa¹²⁷) ili monističko (jedna osoba *Compliance Officer*, povjerenik), ostaje na svakom pojedinom društvu i njegovim potrebama i mogućnostima, ali je važno da ono bude objektivno, nepristrano i neovisno tijelo.¹²⁸ Dakle kada dođe do pravog sukoba interesa, najpoželjnije bi bilo obavijestiti nadležno tijelo poslodavca, pravne osobe.¹²⁹

Ne bi bilo na odmet razmisliti – i to ponajprije kada je riječ o srednjim i manjim društvima, tzv. SMEs, koja možda neće imati uvjete ni mogućnosti za bavljenje, tj. upravljanje sukobom interesa svojih zaposlenika i upravljačkih struktura – o mogućnosti osnivanja posebnog povjerenstva pri Hrvatskoj gospodskoj komori (dalje: HGK) ili proširenju djelovanja Suda časti (čl. 18. Zakona o Hrvatskoj gospodarskoj komori, NN 66/91, 73/91; dalje: ZoHGK) ili Stalnog izbranog sudišta Hrvatske gospodarske komore (čl. 19. ZoHGK), koji bi bili nadležni za odlučivanje o sukobu interesa pravnih osoba/društava koje su

¹²⁵ Za više o slučaju *Adler protiv ASIC (2002) 41 ACSR 72* vidjeti: <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/asic-v-adler-2002-41-acsr-72/> (7. 5. 2020.).

¹²⁶ Za više vidjeti: *Lacey (2015), op. cit.* (bilj. 5).

Adler je kao neizršni direktor *HIH (HIH Insurance Limited)*, jedne od najvećih osiguravajućih kuća u Australiji, nagovorio dvojicu drugih izvršnih direktora da daju iznos od 10 milijuna dolara na ime zajma *Adlerovoj* kompaniji *PEE*, čiji je on bio jedini direktor, i to bez ikakvih garancija. O toj transakciji nije bila obaviještena uprava ni drugi direktori kompanije *HIH*. Takvim je postupanjem *Adler*, koji bio direktor *HIH-a* i koji je trebao djelovati u ime *HIH-a*, stavio svoje financijske interese ispred interesa *HIH-a*. Kada je to otkriveno, *Adler* je priznalo svoje postupanje, čak se ranije bio izuzeo iz donošenja jedne odluke koja je bila vezana za njegovu kompaniju *PEE*. Međutim *ASIC* (Australaska komisija za vrijednosne papire i ulaganja) pokrenula je postupak protiv *Adlera*. *Al Answers Ltd, 'Director Duties ASIC v Adler'* (*Lawteacher.net*, May 2020); dostupno na: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/business-law/director-duties-in-asic-v-adler-business-law-essay.php> (7. 5. 2020.).

Autor smatra da su, iako je ovdje riječ i o sukobu interesa, postupanjem *Adlera* ujedno ostvarena i obilježja kaznenih djela, ponajprije bi prema hrvatskom kaznenom pravu bila riječ o zlouporabi povjerenja u gospodarskom poslovanju (čl. 246. KZ-a).

Za više o *ASIC-u* (Australaska komisija za vrijednosne papire i ulaganja) vidjeti na: <https://asic.gov.au/> (7. 5. 2020.).

¹²⁷ Povjerenstvo, koje bi se sastojalo od najmanje tri člana, a moguće je i više, no trebao bi ih biti neparni broj. Poželjno bi bilo da pravnik bude predsjednik povjerenstva.

¹²⁸ Najbolje bi bilo formirati povjerenstvo jer se može pretpostaviti da bi bilo otpornije na moguće pritiske i eventualne zlouporabe, to više ako bi se radilo o sukobu interesa vodećih struktura u društvu. Zasiurno je lakše kada iza odluke o sukobu interesa stoji povjerenstvo, tj. više ljudi, nego samo jedna osoba

¹²⁹ Kome bi se (pravi, potencijalni, prividni) sukob interesa imao prijaviti, ovisi o ustroju svakog pojedinog društva (kompanije) i njegovim unutarnjim propisima.

njezine članice (dakle trenutačno svih registriranih društava kapitala, odnosno osoba koje se bave gospodarskom djelatnošću sukladno čl. 2. ZoHGK-a).

3.1.1. Uloge i funkcije tijela za upravljanje sukobom interesa

Tijelo za upravljanje sukobom interesa trebalo bi imati tri uloge: *preventivnu* (prevencija sukoba interesa, koja bi se realizirala putem kontrolne i savjetodavne funkcije), *upravljačku* (upravljanje, deklariranje te zaustavljanje sukoba interesa) te u konačnici *represivnu* ulogu.¹³⁰ Realizacija tih uloga vršila bi se kroz funkcije (*kontrolnu, savjetodavnu, deklaratornu i represivnu*) ovisno o strukturi društva (kompanije), a ne treba odbaciti ni ideju kako bi se vrlo vjerojatno trebala i uspostaviti suradnja s drugim službama poslodavca.¹³¹ Tako bi *kontrolna funkcija* obuhvaćala kontrolu izjava potencijalnih zaposlenika, kao i izjava koje bi dale osobe pri zapošljavanju ili zaposlenici od trenutka uvođenja takve obveze (nekim internim dokumentom) i koja bi se morala podnositi povremeno (kvartalno, polugodišnje, godišnje i sl.) ili izvanredno ako se pojave nove okolnosti koje bude sumnju u postojanje sukoba interesa. *Savjetodavna funkcija (usmjeravajuća)* obuhvaćala bi davanje mišljenja u slučajevima stvarnog, potencijalnog ili prividnog sukoba interesa u smislu kako spriječiti ili riješiti situacije sukoba interesa ponajprije kada takvo mišljenje traži sama osoba za sebe kada sumnja da je u sukobu interesa. *Deklaratorna funkcija* obuhvaćala bi *pozitivnu komponentu* – deklariranje pravog sukoba interesa te davanje uputa kako umanjiti štetu nastalu tom situacijom, čime bi se jednim dijelom realizirala i njegova savjetodavna funkcija, odnosno *negativnu komponentu* – deklariranje da se osoba ne nalazi u sukobu interesa. *Represivna funkcija* obuhvaćala bi situacije ponajprije kada se osoba nalazi u pravom sukobu interesa, a nije ništa poduzela u vezi s tim pitanjem niti je ikoga obavijestila, ili osoba koja se nalazila u potencijalnom sukobu interesa, pa nije postupila sukladno savjetima nadležnog tijela i našla se u pravom sukobu interesa.

3.2. Sankcioniranje, odnosno ostvarivanje represivne funkcije

Sukob interesa u privatnom sektoru može predstavljati povredu radnog odnosa, povredu dužnosti lojalnosti, fiducijarnih dužnosti, politika o sprječavanju sukoba interesa i dr., za čije rješavanje i sankcioniranje može biti nadležan poslodavac (tijelo poslodavca), sud, ali i određene posebne institucije, kao što je to u SAD-u SEC.

Autorica je mišljenja kako bi sankcioniranje u pravilu trebalo ostati u okvirima radnog prava, ili eventualno građanskog (obveznog) prava, ovisno o okolnostima slučaja i 'težini'

¹³⁰ Koja bi se realizirala kada pojedinac u sukobu interesa ne želi poduzeti ništa u vezi s time ili zanemaruje preporuke nadležne službe za njegovo otklanjanje.

¹³¹ Slične uloge Povjerenstva za odlučivanje o sukobu interesa u javnom sektoru (dalje: Povjerenstvo) u Republici Hrvatskoj navode i Derenčinović i Dragičević Prtenjača te navode da Povjerenstvo ima kontrolnu, savjetodavnu, deklaratornu i represivnu funkciju. Za više vidjeti Derenčinović, Davor; Dragičević Prtenjača, Marta (2013): *Votum separatum – komentar odluke Ustavnog suda Republike Hrvatske o ukidanju nekih odredaba Zakona o sprječavanju sukoba interesa*, u: Sveske za javno pravo, br. 11, str. 73.

sukoba interesa. Kod radnog prava dolazi u obzir čitav spektar sankcija, od umanjena, odnosno uskrate dijela plaće (čl. 96. Zakon o radu; dalje: ZoR, naravno uz suglasnost radnika)¹³² do različitih načina prestanka ugovora o radu (ponajprije sporazumnim raskidom (čl. 113. ZoR-a) te otkazom (čl.115.-116. ZoR-a). Najpoželjnije bi bilo uvrstiti u ugovor o radu klauzulu kako će se situacija sukoba interesa tretirati, hoće li predstavljati težu ili lakšu povredu radne obveze. Doduše, takvu je mogućnost potrebno i predvidjeti internim dokumentima društva (poslodavca – statutom, pravilnikom ili sl.)

U građanskom pravu 'sankcija' može biti primjerice raskid ugovora prema Zakonu o obveznim odnosima (dalje: ZOO)¹³³ kada su u pitanju menadžerski ugovori,¹³⁴ naravno, ovisno o okolnostima slučaja, ako je osoba u sukobu interesa sklopila neki pravni posao, pa se druga strana našla u bitnoj zabludi (sukladno čl. 280. ZOO-a) ili kada je sklapanje pravnog posla rezultat prijave (po građanskom pravu; sukladno čl. 284. ZOO-a) sankcija može biti i poništaj pravnog posla. Dakako da se može izreći i više sankcija istovremeno, koje bi imale učinke u raznim granama prava (primjerice radnom i građanskom pravu).

Međutim potrebno je istaknuti da, dok god osobe, tj. zaposlenici, postavljaju upite nadležnim tijelima za upravljanje sukobom interesa te pitaju za savjet kako postupiti u pojedinoj situaciji te u slučaju pridržavanja tih uputa koje im ta tijela savjetuju i postupanja po njima, ne bi se trebala primijeniti represija. Represija bi se trebala primijeniti tek na kraju, kao *ultima ratio* ili posljednje sredstvo u rješavanju sukoba interesa i kada sve okolnosti slučaja to zahtijevaju, zbog toga što nijedno drugo rješenje nije bilo prihvaćeno ili nije postiglo zadovoljavajuće učinke u rješavanju sukoba interesa.

4. ZAKLJUČNA PROMIŠLJANJA

Sve u svemu, jasno se da zaključiti kako se upravljanje sukobom interesa u privatnom sektoru ne može činiti jednoobrazno u smislu primjene „jedna veličina za sve“. Razlog su ponajprije posebne karakteristike svake kompanije i njezino poslovno okruženje, dinamika poslovanja i djelovanja te ponašanje ljudi u kompaniji. Također je jasno da se sukob interesa u privatnom sektoru može javiti na svim razinama u pojedinom društvu (kompaniji), ali jednako se tako može pretpostaviti da će ipak sukobu interesa biti više izložene upravljačke strukture. Odluke na razini uprave (upravnog odbora), uz to što trebaju biti donesene uz poštivanje svih pravnih propisa koji se odnose na njihovo postupanje te uz poštivanje dobre prakse, ujedno bi trebale biti, kako to ističu da Cossin i Hongze Lu, i etičke i razumno uravnotežene.¹³⁵ Svakako da dobro upravljanje započinje integritetom i etičnošću svakog direktora, člana uprave (upravnog odbora), ali integritet kompanije nadasve ovisi i o etičnosti i poštenju svakog pojedinog zaposlenika.

¹³² Zakon o radu, NN, 93/14, 127/17, 98/19.

¹³³ Zakon o obveznim odnosima, NN, 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18.

¹³⁴ Menadžerski su ugovori mješovitog tipa, a ovisno o poziciji menadžera mogu imati ili više elementa iz obveznopravnog odnosa ili više iz radnopravnog odnosa. Za više vidjeti <https://www.petric-kajic.hr/managerski-ugovori/> (24. 2. 2021.).

¹³⁵ Cossin; Hongze Lu, *op. cit.* (bilj. 16).

Podrazumijeva se da direktori, odnosno predsjednik i članovi uprave, imaju moralnu i pravnu obvezu da ne iskorištavaju kompaniju za svoje osobne interese, nego da joj budu lojalni, donose mudre odluke, vuku ispravne poslovne poteze, neutraliziraju sukobe među zaposlenicima, dioničarima i sl. te općenito djeluju na društveno odgovoran način.¹³⁶ Međutim i svaki zaposlenik neke kompanije trebao bi se suzdržavati od situacija sukoba svojih osobnih interesa s interesima kompanije. Tako je, kako to ističe i Lacey, važno da svi zaposlenici i članovi uprave, savjetnici i dr. koji su angažirani u radu kompanije u svakom trenutku postupaju u najboljem interesu kompanije imajući na umu okolnosti u kojima može doći do sukoba interesa.¹³⁷ Ujedno trebaju biti svjesni smjernica najbolje prakse kojih bi se trebali pridržavati kako bi se izbjegle situacije sukoba interesa,¹³⁸ a to bi se postiglo dobrom i pravovremenom edukacijom. Ako se osobe (zaposlenici, direktori, članovi uprave) u društvu (kompaniji) budu ponašale u skladu s njegovim politikama i uputama za izbjegavanje sukoba interesa, zasigurno će se smanjiti moguće situacije raznih oblika sukoba interesa, a ponajviše onaj koji najviše može štetiti društvu (kompaniji) i njegovu ugledu – pravi sukob interesa te time i aktivnosti tijela koja bi bila određena za odlučivanje o sukobu interesa. Doduše, prividni sukob interesa ponekad može imati gotovo jednako štetne posljedice za ugled društva kao i pravi. Utoliko je sve oblike sukoba interesa potrebno ponajprije prevenirati i sprječavati. Ukoliko to nije moguće, njime je potrebno pravilno upravljati prema osobitostima svakog konkretnog slučaja.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Za više vidjeti Lacey (2015), *op. cit.* (bilj. 5).

¹³⁸ *Ibidem.*

CONFLICT OF INTEREST IN THE PRIVATE SECTOR IN A VORTEX OF TYPOLOGIES AND GOVERNANCE

Several cases of conflicts of interest (hereinafter: COI) in large companies, such as Enron, JPMorgan, Deutsche Bank, Standard & Poor's, Moody's, etc., are considered in this paper. These matters of COI had very serious repercussions on the reputations of these companies, reflected in millions of dollars in damages and also in the negative impact on their integrity and credibility. All these events triggered a reaction from the International Chamber of Commerce (hereinafter: ICC), which adopted the ICC Guidelines on Conflict of Interest in the Private Sector. Although it is a soft law document, it is the first international-level document that fully addresses conflicts of interest in all its aspects. The paper deals with the typology of conflicts of interest in the private sector (real, potential and apparent, as well as some other lesser-known forms) and ways of managing it (in the broader sense) through prevention, governance *stricto sensu*, and sanctioning, which should be the *ultima ratio*.

Keywords: private sector conflict of interest, typology of conflict of interest, management of COI, ICC Guidelines

Marta Dragičević Prtenjača, PhD, Associate Professor, Department of Criminal Law, University of Zagreb

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., *Bundeswettbewerbshörde / 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 upravnopravne, 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 umanjene 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 umanjene 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 ovlašćivanju 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 Ciccioli, 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 ishodima, 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; Buccrossi, 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 zlorabe 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 umanjí 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, „izvažu“ 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 izjava, 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 štiti 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

SUD PUNE JURISDIKCIJE
KAO ALAT PROTIV EKSCESIVNOG FORMALIZMA:
PRIMJERI IZ ODLUKA USTAVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

Stručni rad

UDK 35.077.3(497.5)

342.922(497.5)

347.998.85(497.5)

342.565.2(497.5)

Primljeno: 18. veljače 2021.

Ivana Đuras*

Ustavne tužbe podnesene u povodu presuda donesenih u upravnom sporu ocjenjuju se kroz jamstva prava na pravično suđenje iz članka 29. stavka 1. Ustava, a Ustavni sud ustanovio je načelna stajališta prema kojima ocjenjuje jesu li upravni sudovi u svojem postupanju izvršili kontrolu zakonitosti pojedinih upravnih akata djelujući kao sudovi pune jurisdikcije, osiguravajući pritom provedbu ustavnog jamstva iz članka 19. stavka 2. Ustava. Ustavni sud pritom ispituje jesu li odluke sudova arbitrarne, dostatno obrazložene te upućuju li na mjerodavnu sudsku praksu domaćih sudova i ESLJP-a. U ustavnosudskom postupku utvrđuje se jesu li učinci takva odlučivanja spojivi s Ustavom, pri čemu Ustavni sud načelno ne zamjenjuje pravna stajališta nadležnih sudova svojim. U okviru pravičnosti suđenja izraženo je i stajalište da pretjerani (ekscesivni) formalizam u odlučivanju ili suđenju postoji u slučajevima kada su pravna stajališta proizvod "mehaničke" primjene pozitivnog prava, bez uzimanja u obzir konteksta i bez sagledavanja pravnog problema kao jedinstvene cjeline, a taj pristup u upravnom sudovanju nije prihvatljiv. Prikazana praksa Ustavnog suda upućuje na to da upravo sud pune jurisdikcije štiti ustavna prava od pretjeranog formalizma.

Ključne riječi: pravično suđenje, sud pune jurisdikcije, ekscesivni formalizam, "mehanička" primjena prava

1. UVOD

Ustavni sud u više je svojih odluka podsjetio da zakonom ustanovljena prava ne mogu biti iluzorna, odnosno da ovlašteniku mora razumno i objektivno biti moguće ostvarenje zakonom propisanog prava, jer se u protivnom ostaje na razini proklamiranog prava bez stvarne mogućnosti njegova ostvarenja u praksi.

U predmetima u kojima su ustavne tužbe podnesene u povodu presuda upravnih sudova i Visokog upravnog suda Republike Hrvatske, uz najčešće isticano ustavno jamstvo sudske kontrole upravnih akata iz članka 19. stavka 2. Ustava, koje podrazumijeva stvarnu i učinkovitu, neovisnu i nepristranu sudsku zaštitu od nezakonitih akata tijela državne

* Ivana Đuras, viša ustavnosudska savjetnica, Ustavni sud Republike Hrvatske.

uprave i drugih tijela s javnim ovlastima, podnosiocima ističu i povredu prava na pravično suđenje iz članka 29. stavka 1. Ustava. Ustavni je sud u odluci broj: U-III-1001/2007 od 7. srpnja 2010., objavljenoj u "Narodnim novinama" broj 90/10, utvrdio da se jamstva prava na pravično suđenje, sadržana u članku 29. stavku 1. Ustava, primjenjuju i na upravni spor koji je uređen člankom 19. stavkom 2. Ustava.

Aktualnim Zakonom o upravnim sporovima,¹ koji je stupio na snagu 1. siječnja 2012., zakonodavac je bitno izmijenio dotadašnji koncept upravnog sudovanja, primarno zasnovanog na upravnom sporu kao sporu o zakonitosti upravnog akta, normiranjem upravnog spora kao spora pune jurisdikcije te tako vođenje upravnog spora ne predstavlja (više) isključivo spor o zakonitosti upravnog akta. Međutim i prethodno važeći Zakon o upravnim sporovima² propisao je mogućnost, ali ne i obvezu da Upravni sud sudi kao sud pune jurisdikcije.³ Stupanjem na snagu ZUS/10 upravni sudovi, kao i Visoki upravni sud, dužni su voditi upravni spor kao spor pune jurisdikcije, samostalno utvrđivati činjenično stanje, provesti javnu i kontradiktornu usmenu raspravu te meritorno odlučiti o upravnoj stvari.

Uređenjem upravnog spora kao spora pune jurisdikcije ostvareni su uvjeti jamčenja sudske kontrole pojedinačnih upravnih akata. U upravnom sporu sud mora imati mogućnost preispitivanja svih činjeničnih i pravnih pitanja, a stranka ima prava imanentna pravu na pravično suđenje, koja su zajamčena člankom 29. stavkom 1. Ustava.

Izuzeci od obveze provođenja javne, kontradiktorne usmene rasprave, koja predstavlja temeljno pravilo postupanja u upravnom sporu, propisani su člankom 36. ZUS/10, međutim oni neće biti obuhvaćeni ovom temom.

Člankom 33. ZUS/10 sud slobodno ocjenjuje dokaze i utvrđuje činjenice; uzima u obzir činjenice utvrđene u postupku donošenja osporene odluke, kojima nije vezan, te činjenice koje je sam utvrdio, dok stranke mogu predlagati koje činjenice treba utvrditi te dokaze kojima se one mogu utvrditi, jer je potpuno i pravilno utvrđeno činjenično stanje pretpostavka pravilne primjene prava i donošenja zakonite odluke.

Ustavni sud Republike Hrvatske u većem je broju odluka podsjetio na potrebu upravnih sudova da provode suđenje u sporu pune jurisdikcije kako bi građanima vjerodostojno zaštitili u prvom redu ustavno jamstvo sudske kontrole zakonitosti pojedinačnih akata upravnih vlasti i tijela koja imaju javne ovlasti propisano člankom 19. stavkom 2. Ustava i ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava.

¹ "Narodne novine" broj 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17, dalje: ZUS/10.

² "Narodne novine" broj 53/91, 9/92 i 77/92.

³ Ustavni je sud primjerice isticao da upravni sudovi sude u punoj jurisdikciji u točki 7. podtočki 4. odluke Ustavnog suda broj: U-I-745/1999 od 8. studenoga 2000., "Narodne novine" broj 112/00.

2. NEKI PRIMJERI IZ PRAKSE USTAVNOG SUDA

U odluci Ustavnog suda broj: U-III-4670/2017 od 9. listopada 2019., donesenoj na plenarnoj sjednici,⁴ usvojena je ustavna tužba podnositeljice koja je tvrdila da je njezin zahtjev da joj se u mirovinski staž prizna vrijeme provedeno u radnom odnosu kod poslodavca "Javno pravobranilaštvo" Općine Benkovac od 9. listopada 1991. do 4. kolovoza 1995. odbijen jer nadležna tijela o tome ne raspolažu potrebnim podacima, odnosno jer nisu postojali relevantni materijalni dokazi da je podnositeljica ustavne tužbe u tom razdoblju bila zaposlena kod navedenog poslodavca i nije dokazan status osiguranika u evidencijama tzv. parafonda. Dokaze koje je ponudila podnositeljica, a to su bili zdravstvena knjižica i saslušanje svjedoka, upravna tijela i sudovi nisu smatrali valjanim dokazima koji bi mogli utjecati na drugačije rješenje te upravne stvari, čime su podnositeljici onemogućili da dokazuje relevantne činjenice o kojima ovisi osnovanost njezina zahtjeva.

Ustavni sud usvojio je ustavnu tužbu podnositeljice ističući pritom da su zbog pretjerano formalističkog pristupa u dokazivanju i utvrđivanju činjenica upravni sudovi propustili ocijeniti stvarno činjenično pitanje koje je bilo ključno za odluku o zahtjevu podnositeljice, čime su je onemogućili da u upravnom sporu brani svoja prava i interese na način koji je zajamčen člankom 29. stavkom 1. Ustava te u konkretnom slučaju nisu postupali kao sud pune jurisdikcije u skladu sa zahtjevima koje pred upravne sudove postavlja članak 19. stavak 2. Ustava, unatoč okolnosti da je važećim ZUS/10 zakonodavac odustao od zakonske dokazne maksime u upravnom sporu. Drugim riječima, pravnom normom propisano je koja konkretna dokazna sredstva trebaju za utvrđivanje konkretnih relevantnih činjenica koristiti upravna tijela, ali ne i upravni sudovi, koji su slobodni u ocjeni dokaza i utvrđivanju činjenica kako bi mogli potpuno i točno utvrditi činjenično stanje.

U odluci kojom je usvojio ustavnu tužbu u povodu upravnog spora radi poreza na promet nekretnina broj: U-III-6288/2016 od 20. travnja 2017. Ustavni sud navodi:

"U odluci broj: U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016. ("Narodne novine" broj 25/16.) Ustavni sud je utvrdio da je predmet kojim se bavio "ogledni primjer Ustavom nedopuštenog ekscesivnog formalizma koji, općenito govoreći, još uvijek opterećuje rad nadležnih tijela državne i javne uprave, ali i nadležnih domaćih sudova, kad odlučuju o pravima i obvezama stranaka u pravnim postupcima" (točka 44.). U toj je odluci također utvrdio da je nadležni prvostupanjski upravni sud pristupio "mjerodavnom pravu na pretjerano formalan i nefleksibilan način. Zanemario je opća načela hrvatskog pravnog poretka utemeljenog na vladavini prava i zaštiti individualnih ustavnih prava pojedinaca, kao i nepošten, nerazložan, nerazuman, pa i opresivan učinak" primijenjenih zakona na individualnu pravnu situaciju podnositeljice. Nadležni prvostupanjski upravni sud

⁴ U punom sastavu svih 13 sudaca Ustavnog suda RH pod predsjedanjem predsjednika i zamjenice predsjednika Ustavnog suda.

mjerodavno pravo "nije ni pokušao protumačiti u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja, kontekstualizirajući njihovu primjenu" (točka 43.). U toj je odluci Ustavni sud ponovio i načelno pravno stajalište o ekscesivnom formalizmu (točke 45. i 46.) koje u cijelosti glasi:

"45. Ustavni sud već godinama uporno ponavlja da su nadležna tijela, uključujući sudove, dužna tumačiti i primjenjivati mjerodavno pravo, uvijek i bez izuzetka, u svjetlu osobitih okolnosti svakog konkretnog slučaja.

Ako je u nekom konkretnom slučaju mjerodavan jedan zakon, ali združeni učinci tog i nekog drugog ili više drugih zakona izravno utječu na zakonska prava ili obveze stranaka, onda su nadležna tijela, uključujući sudove, bez iznimke dužna tumačiti sve te mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, polazeći od združenih učinaka koje oni proizvode za stranku u svjetlu osobitih okolnosti samog slučaja, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumnog i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, a ponajmanje kršiti njihova ustavna prava ili objektivne vrijednosti hrvatskog ustavnog poretka.

46. Ustavni sud podsjeća: pravna sigurnost – zajedno s načelom supremacije prava – podrazumijeva da je pravo stvoreno kako bi se primjenjivalo u praksi na konkretne životne situacije. Iako je apstraktno vrednovanje samog zakonodavstva važno za ostvarenje načela vladavine prava ..., kategoričnost objektivnog prava nikako ne znači da se pravna pravila smiju primjenjivati na konkretne životne situacije toliko nefleksibilno, mehanički i slijepo da postaje nemoguće uvažavati imperative razumnosti i pravičnosti. U svakom takvom slučaju uvijek će biti riječ o pretjeranom formalizmu protivnom Ustavu. (...)"

Naredna odluka Ustavnog suda kojom je ustavna tužba usvojena broj: U-III-7668/2014 od 27. rujna 2016. utvrdila je i arbitrarno obrazloženje osporene odluke Visokog upravnog suda RH u predmetu oporezivanja/oslobođenja od poreza na kupnju prve nekretnine, sukladno tada mjerodavnom članku 11. stavku 1. točki 9. Zakona o porezu na promet nekretnina,⁵ koja između ostalog ističe:

"10. Sukladno navedenom mišljenju Porezne uprave, koje je primjenjivo u konkretnom slučaju, Ustavni sud primjećuje da privremena odsutnost zbog rada u inozemstvu uslijed čega građanin po naravi stvari (privremeno) ne stanuje u stanu, nije zapreka za oslobođenje od plaćanja poreza na promet nekretnina u smislu članka 11. točke 9. Zakona o porezu na promet nekretnina, ukoliko kupnjom prve nekretnine doista rješava vlastito stambeno pitanje (i naravno, ispunjava ostale zakonom propisane uvjete). Drugim riječima, u specifičnim okolnostima konkretnog slučaja, činjenica da je podnositeljica nekretninu iznajmila tijekom opravdane odsutnosti zbog rada u inozemstvu na koji je upućena od strane državnog tijela, sama za sebe ne znači da ona kupnjom te nekretnine

⁵ "Narodne novine" broj 69/97, 26/00 – Odluka Ustavnog suda i 153/02.

ne rješava odnosno da nije riješila vlastito stambeno pitanje, pod pretpostavkom da je ispunjavala i ostale zakonom propisane uvjete. Međutim, nadležna upravna tijela i Upravni sud zadržali su se samo na utvrđenju da je ona nekretninu iznajmila pa slijedom toga kupnjom nekretnine nije rješavala vlastito stambeno pitanje, ne upuštajući se u razloge zbog kojih ju ona (i njezina obitelj) sama privremeno ne koristi.

Stoga Ustavni sud utvrđuje kako je u konkretnom slučaju Visoki upravni sud tumačio mjerodavno materijalno pravo na ustavnopravno neprihvatljiv način koji osporenu odluku čini arbitrarnom.”

Odlukom Ustavnog suda o usvajanju ustavne tužbe broj: U-III-4286/2018 od 15. travnja 2020. također je bila riječ o tada propisanom oslobođenju od plaćanja poreza na prvu nekretninu, u kojoj je, između ostalog, navedeno:

“22. Upravni sudovi su pod zakonski pojam otuđenja nekretnine prije isteka roka od pet (5) godina po stjecanju nekretnine, propisanog člankom 11. točkom 10. ZoPPN-a: 69/97-153/02, podveli promjenu prebivališta podnositeljice.

Pri tome se prvostupanjski sud neosnovano pozvao na stajališta Ustavnog suda iznesena u odluci broj: U-III-7311/2014 od 11. srpnja 2017. (www.usud.hr).

Naime, ustavnosudski predmet i postupak dovršen navedenom odlukom Ustavnog suda, kao i postupak koji mu je prethodio, nisu činjenično istovrsni ustavnosudskom predmetu i postupku, kao i postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku u konkretnom slučaju.

Za razliku od činjenica utvrđenih u konkretnoj pravnoj stvari, u postupku koji je prethodio ustavnosudskom postupku dovršenom odlukom Ustavnog suda broj: U-III-7311/2014, uz činjenicu promjene prebivališta, utvrđene su i činjenice kupnje drugog stana nakon kupovine prve nekretnine kojom je porezni obveznik u tom predmetu riješio svoje stambeno pitanje, te faktični život poreznog obveznika u drugom stanu (vidi točke 2. - 5. navedene odluke Ustavnog suda).

23. Stoga, Ustavni sud ocjenjuje da je način na koji su nadležna upravna tijela i upravni sudovi tumačili i primijenili mjerodavno pravo u konkretnom slučaju nema uporište u pravnoj logici, odnosno da je arbitraran.”

Ustavni sud je u odluci o usvajanju ustavne tužbe broj: U-III-3817/2009 od 19. prosinca 2012. u predmetu Kršćanske vjerske zajednice "Jehovini svjedoci" utvrdio i ocijenio da je zadaća sudova, dakle i Upravnog suda, kao i upravnih tijela, da tumače pravne norme polazeći od cilja i svrhe koje je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem te da u skladu s tako utvrđenom svrhom primjenjuju mjerodavnu normu u skladu sa specifičnim okolnostima konkretnog slučaja. Koju će metodu interpretacije sud primijeniti, stvar je njegova odabira i nije predmet ustavnosudske ocjene, pod uvjetom da način na koji je sud

tumačio i primijenio mjerodavno materijalno pravo u svakom pojedinom slučaju ima racionalnu osnovu i objektivno opravdanje. U spomenutoj je odluci naveo:

“8. Predmetom odlučivanja u upravnom i upravnosudskom postupku, koji je prethodio ustavnosudskom postupku, bilo je postoji li na temelju utvrđenih činjenica i mjerodavnog prava obveza podnositelja na plaćanje poreza na promet nekretnina.

Pri tome nije bilo sporno da je podnositelj ustavne tužbe vjerska zajednica na koju se primjenjuje Zakon o pravnom položaju vjerskih zajednica.

Nesporno je, također, da je podnositelj ustavne tužbe kao vjerska zajednica stekao predmetni prostor na temelju ugovora o kupoprodaji nekretnina sklopljenog 21. svibnja 2006. s prodavateljicom Erikom Gecan te da je u ugovoru taj prostor označen (samo) kao "poslovni prostor".

Prema tvrdnjama podnositelja ustavne tužbe, koje je isticao i tijekom upravnog postupka, predmetni prostor se, iako u samom ugovoru nije označen kao vjerski objekt ili kao prostor koji će se koristiti za vjerske potrebe, od trenutka kupoprodaje koristi upravo za tu namjenu.

Dakle, da je prostor kupljen sa svrhom da se koristi za vjerske potrebe, koja svrha je neposredno po izvršenju kupoprodaje i ostvarena. Drugim riječima, prostor je "prenamijenjen" u vjerski objekt.

Ustavnom sudu dostavljen je Ugovor o zakupu prostorija za Kraljevsku dvoranu (predmetnog poslovnog prostora), zaključen 11. svibnja 1989. između podnositelja kao zakupoprimca i Erike Gecan kao zakupodavca iz kojeg je (toč. I.) razvidno da će se u sklopu obiteljske kuće prodavateljice (Erike Gecan) izgraditi prostorija koja će se nakon izdavanja potrebne dokumentacije, preurediti za Kraljevsku dvoranu a koju će podnositelj za vrijeme trajanja zakupa koristiti za provođenje vjerskih sadržaja.

Također, iz navedenog ugovora razvidno je (toč. V.) da će se dovršena Kraljevska dvorana, na temelju nastavno sastavljene dokumentacije, prenijeti u trajno vlasništvo Kršćanske vjerske zajednice JEHOVINI SVJEDOCI (zakupoprimca – podnositelja).

Naknadno zaključenim kupoprodajnim ugovorom od 21. svibnja 2004. (u smislu toč. V. ugovora o zakupu prostorija za Kraljevsku dvoranu od 11. svibnja 1989.) podnositelj je kao kupac od prodavateljice Erike Gecan kupio 61/216 dijela nekretnine upisane u z.k.ul.br. 1131 k.o. Rovinjsko Selo, z.k.č.br. 946 – u naravi poslovni prostor u površini od 60,84 m². Iz dostavljene dokumentacije može se zaključiti da se predmetni (poslovni) prostor nakon izgradnje i dovršene adaptacije koristio za vjerske potrebe.

Međutim, nadležna upravna tijela su bez utvrđivanja ovih činjenica, odnosno bez provjere navoda podnositelja ustavne tužbe, koje je on višekratno isticao tijekom upravnog postupka – da je predmetni (poslovni) prostor već u trenutku kupoprodaje kupljen s

namjerom da se i koristi kao vjerski prostor, podnositelja ustavne tužbe utvrdila obveznikom plaćanja poreza na promet nekretnina jer se na njega ne može primijeniti iznimka propisana člankom 17. stavkom 5. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica. Rješenja nadležnih upravnih tijela potvrđena su osporenim presudom Upravnog suda.

Razlozi na temelju kojih upravna tijela i Upravni sud smatraju da se na podnositelja ustavne tužbe ne može primijeniti navedena zakonska iznimka svode se, sažeto, na utvrđenje da je stavkom 5. članka 17. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica izrijekom propisano da se ona primjenjuje samo na one prostore koji (već) imaju obilježja vjerskog objekta. Stoga se podnositelja ustavne tužbe nije moglo osloboditi od obveze plaćanja poreza budući da navedena zakonska odredba "ne glasi da vjerska zajednica ne plaća porez na promet nekretnina kada stječe objekte koji će postati vjerski objekti ili koji će imati namjenu vjerskog objekta" (podrobnije vidjeti citirana rješenja upravnih tijela i presude Upravnog suda u točki 3. obrazloženja odluke).

Ustavni sud primjećuje da se navedenim utvrđenjima, u formalnom smislu, nema što prigovoriti jer stavak 5. članka 17. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica, gramatički čitan, doista tako i glasi.

Međutim, zadaća je sudova, dakle i Upravnog suda, kao i upravnih tijela, da tumače pravne norme polazeći od cilja i svrhe koje je zakonodavac želio postići njihovim propisivanjem te da u skladu s tako utvrđenom svrhom primjenjuju mjerodavnu normu u skladu sa specifičnim okolnostima konkretnog slučaja. Koju će metodu interpretacije sud primijeniti, stvar je njegovog odabira i nije predmet ustavnosudske ocjene, pod uvjetom da način na koji je sud tumačio i primijenio mjerodavno materijalno pravo u svakom pojedinom slučaju ima racionalnu osnovu i objektivno opravdanje.

Stoga je u ovom ustavnosudskom postupku zadaća Ustavnog suda utvrditi jesu li nadležna upravna tijela i Upravni sud u specifičnim okolnostima konkretnog slučaja tumačili i primijenili mjerodavno materijalno pravo u skladu s navedenim zahtjevima ili se njihov pristup može ocijeniti tako formalističkim i arbitrarnim da je doveo do povrede prava podnositelja na pravično suđenje propisano člankom 29. stavkom 1. Ustava.

Polazeći od naprijed opisanog stajališta upravnih tijela i Upravnog suda, proizlazilo bi da vjerska zajednica nikada ne bi mogla kupiti određeni prostor (poslovni prostor) koji već nije vjerski prostor, koji se ne koristi za obavljanje vjerskih obreda. U potvrdu takvog njihovog pristupa dodatno govori činjenica da su se pozvali na klasifikaciju vrsta građevina i objekta koje je kao vjerske odredio Državni zavod za statistiku na temelju članka 12. Zakona o državnoj statistici (vid. točku 3. obrazloženja odluke).

Ustavni sud primjećuje da ukoliko bi se prihvatilo navedeno stajalište, to bi značilo da niti jedna vjerska zajednica nikada ne bi mogla kupiti prostor koji već nema status (nije klasificiran) kao vjerski objekt, odnosno prostor koji služi za vjerske potrebe. Iz takvog

pristupa proizlazilo bi da bi vjerske zajednice mogle kupovati takve objekte samo jedne od drugih. Takvo stajalište ne čini se logičnim i životnim.

Ustavni sud, slijedom navedenoga, smatra da je način na koji su nadležna upravna tijela i Upravni sud tumačila i primijenila mjerodavno pravo isuviše formalistički te da nema svoje racionalno opravdanje. U prilog navedenog govori rečenica da je člankom 10. Zakona o pravnom položaju vjerskih zajednica propisano da se vjerski obredi mogu obavljati u prostorima u kojima su u skladu s posebnim propisima ispunjeni uvjeti za okupljanje većeg broja ljudi.

Stoga, da su upravna tijela i Upravni sud članak 17. stavak 5. Zakona o pravnom položaju povezali sa člankom 10. istoga Zakona, za ocjenu ispunjavanja pretpostavki za oslobođenje podnositelja od plaćanja poreza, ispitali bi navode podnositelja, odnosno prikupili potrebne podatke iz kojih bi bilo razvidno za koje se namjene koristi predmetni prostor nakon izvršene kupoprodaje, odnosno u vrijeme donošenja odluke o utvrđenju porezne obveze na tu kupoprodaju.

Propustivši tako postupiti, a polazeći od svega naprijed navedenoga, povrijedili su pravo podnositelja na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava.

9. Ustavni sud podsjeća da zakonom ustanovljena prava ne mogu biti iluzorna, odnosno da ovlašteniku mora razumno i objektivno biti moguće ostvarenje zakonom propisanog prava. U protivnom, ostaje se na razini proklamiranog prava bez stvarne mogućnosti njegovog ostvarenja u praksi.

Osporenom presudom nisu ispoštovana ni ustavna jamstva sudske kontrole upravnih akata (članak 19. stavak 2. Ustava), koja podrazumijevaju stvarnu i učinkovitu, neovisnu i nepristranu sudsku zaštitu od nezakonitih akata tijela državne uprave i drugih tijela s javnim ovlastima.”

3. ZAKLJUČAK

Zakonska mogućnost da sude u punoj jurisdikciji, bez propisane dokazne maksime, koja je upravnim sudovima osigurana i prethodnim i sada važećim ZUS/10, prije svega predstavlja cilj ZUS/10 definiran člankom 2. ZUS/10, a to je osigurati zakonitost i sudsku zaštitu prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih osoba i drugih stranaka povrijeđenih pojedinačnim odlukama ili postupanjem javnopravnih tijela.

Bez neovisnog i nepristranog suda, koji će stvarno i učinkovito, pravično (i u razumnom roku) odlučiti o pravima i obvezama svakog građanina – prethodno stranke u upravnom postupku te potom u upravnom sporu – ne može se govoriti o poštenosti suđenja. Razlog je to što teorijska i iluzorna prava u svojoj biti nisu prava koja će djelotvorno zaštititi pojedinca, što učestalo navodi i Ustavni sud u svojim odlukama: "(...) Ustavni sud ponavlja da postupci pred sudovima moraju biti u skladu s vladavinom prava, koja se može

poistovjetiti i s dobrim radom pravosuđa, pa bi prava zajamčena Ustavom i međunarodnim pravnim aktima koja obvezuju Republiku Hrvatsku, bila iluzorna i teorijska, a ne stvarna i učinkovita, kad ne bi postojala obveza sudbene vlasti da u postupku primijeni sva postupovna i materijalnoppravna jamstva pravičnog suđenja koja su u tom smislu i propisana, kao i obveza da svoje odluke obrazloži. Sukladno tomu, ustavno pravo na pravično suđenje jamči zaštitu i od arbitrarnosti u odlučivanju sudova i drugih državnih tijela. Obrazloženja sudskih odluka odnosno odluka drugih nadležnih tijela koja ne sadrže relevantne i dostatne razloge za ocjenu kakva je odlukom dana, upućuju na zaključak o arbitrarnosti."⁶

Ustavni je sud u svojoj dosadašnjoj praksi iznio stajalište da pretjerani (ekscesivni) formalizam u odlučivanju/suđenju postoji onda kad su pravna stajališta proizvod "mehaničke" primjene pozitivnog prava, bez uzimanja u obzir konteksta i bez sagledavanja pravnog problema kao jedinstvene cjeline, te je s aspekta zaštite ustavnih prava podnositelja, ali i s aspekta temeljnih vrijednosti ustavnog poretka Republike Hrvatske, takva primjena pozitivnog prava na konkretne slučajeve neprihvatljiva.⁷

U točki 10. odluke broj: U-III-4846/2015 od 11. listopada 2018., kojom je usvojio ustavnu tužbu, Ustavni sud navodi:

"U odluci broj: U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016. ("Narodne novine" broj 25/16.) Ustavni sud utvrdio je da je predmet kojim se bavio "ogledni primjer Ustavom nedopuštenog ekscesivnog formalizma koji, općenito govoreći, još uvijek opterećuje rad nadležnih tijela državne i javne uprave, ali i nadležnih domaćih sudova, kad odlučuju o pravima i obvezama stranaka u pravnim postupcima" (točka 44.). U toj je odluci također utvrdio da je nadležni prvostupanjski upravni sud pristupio "mjerodavnom pravu na pretjerano formalan i nefleksibilan način. Zanimljivo je opća načela hrvatskog pravnog poretka utemeljenog na vladavini prava i zaštiti individualnih ustavnih prava pojedinaca, kao i nepošten, nerazložan, nerazuman, pa i opresivan učinak" primijenjenih zakona na individualnu pravnu situaciju podnositeljice. Nadležni prvostupanjski upravni sud mjerodavno pravo "nije ni pokušao protumačiti u svjetlu osobitih okolnosti konkretnog slučaja, kontekstualizirajući njihovu primjenu" (točka 43.)."

Kroz odabrane primjere odluka Ustavnog suda može se zaključiti da je osobitost sudova pune jurisdikcije propisana za upravne sudove jedan od učinkovitih alata kojim se s izazovima upravnih sporova sudovi mogu vjerodostojno i stvarno boriti te bi takvo suđenje u punom zakonskom smislu trebalo u pravilu provoditi, prvenstveno s ciljem izbjegavanja ekscesivnog formalizma i arbitrarnog obrazlaganja presuda te konačno s ciljem izbjegavanja takve uskrate ustavnih prava koja bi ih svela na razinu "golog prava"

⁶ Točka 6.2. odluke broj: U-III-4552/2015 od 1. lipnja 2016., kojom je usvojena ustavna tužba u predmetu radi izračuna starosne mirovine (upravni spor).

⁷ Odluka broj: U-III-2184/2009 od 13. studenoga 2014., "Narodne novine" broj 145/14, točka 26.1.

(*nudum ius*), obezvređujući "alate" propisane mjerodavnim zakonom u svrhu njihove zaštite.⁸

⁸ Slično i primjenjivo u odluci broj: U-III Bi-3201/2018 od 3. travnja 2019., točka 5.2.

**COURT OF FULL JURISDICTION AS A TOOL AGAINST EXCESSIVE FORMALITY:
EXAMPLES FROM THE CASE LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT
OF THE REPUBLIC OF CROATIA**

Constitutional complaints lodged against judgments rendered in administrative disputes are assessed on the basis of the guarantees provided by the right to a fair trial referred to in Article 29.1 of the Constitution. The Constitutional Court has established principled positions according to which it assesses whether the administrative courts in their deliberation have carried out a review of the legality of individual administrative acts acting as courts of full jurisdiction, and, in doing so, whether they ensured the implementation of the constitutional guarantee referred to in Article 19.2 of the Constitution. During this process, the Constitutional Court examines whether the decisions of the courts are arbitrary, sufficiently reasoned and whether they refer to the applicable case law of domestic courts and the ECRH. In Constitutional Court proceedings, it is established whether the effect of such decisions are in compliance with the Constitution, and, in so doing, the Constitutional Court does not generally replace the legal positions of the competent courts with its own. An opinion has also been expressed as part of the principle of fair trial that excessive formality in deliberation or judging occurs in cases where the legal positions are the product of the “mechanical” application of positive law, without taking into account the context, and without viewing the legal problem as a unique whole. Such a kind of approach in administrative proceedings is not acceptable. The presented case law of the Constitutional Court shows that a court of full jurisdiction is one that protects constitutional rights against excessive formality.

Keywords: fair trial, court of full jurisdiction, excessive formality, “mechanical” application of the law

Ivana Đuras, Senior Constitutional Court advisor, Constitutional Court of the Republic of Croatia

NOVINE U PREKOGRANIČNOJ DOSTAVI UNUTAR EUROPSKE UNIJE

Stručni rad

UDK 347.923(4)EU
339.923:061.1](4)EU

Primljeno: 12. prosinca 2020.

Maja Josipović*

Autor u članku prikazuje novine koje se uvode na području prekogranične dostave unutar Europske unije. Uzrok velike većine novosti jest dosadašnja praksa Suda Europske unije, koja je dovela do toga da isključuje fiktivnu dostavu pismena, regulira dostavu adresatu putem dostave pismena trećoj osobi te dodatno razrađuje pravila vezano za odbijanje dostave od strane adresata zbog jezika na kojem su napisana pismena koja mu se pokušavaju uručiti, čime se nastoji zaštititi pravo na obranu. Daljnji je uzrok novina i tehnološki napredak društva koji je utjecao na uvođenje elektroničke dostave putem posebnog decentraliziranog IT-sustava između tijela za dostavu, kao i vršenje izravne elektroničke dostave uz primjenu e-pošte kao jednog od mogućeg načina dostave.

Ključne riječi: elektronička dostava putem decentraliziranog IT-sustava, pružanje pomoći pri utvrđivanju adrese adresata, izravna elektronička dostava, pravo na obranu, fiktivna dostava

1. UVOD

Reforma prekogranične dostave iznimno je bitna radi postizanja učinkovitosti i brzine sudskih postupaka u građanskim i trgovačkim stvarima. Naime slobode kretanja ljudi, dobara, kapitala te slobode pružanja usluga među državama članicama Europske unije dovele su do velikog broja sudskih postupaka s prekograničnim elementom, a time i do potrebe vršenja dostave na području cijele Europske unije. Tim potrebama Vijeće Europske unije udovoljilo je donošenjem 2007. godine Uredbe koja se ticala prekogranične dostave sudskih pismena,¹ a koja se obvezatno primjenjuje u svim državama članicama EU-a osim Danske² u postupcima u kojima postoji međugranični element između država članica EU-a.³ Njezin je cilj bio ubrzati slanje i dostavu pismena između država članica, a time postizanje učinkovitosti i brzine sudskih postupaka.⁴ Nakon

* mr. sc. Maja Josipović, sutkinja Trgovačkog suda u Zagrebu.

¹ Uredba (EZ) br. 1393/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima („dostava pismena”), i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 1348/2000, SL L 324, 10. 12. 2007., dalje u tekstu: Uredba o dostavi.

² Danska je 19. listopada 2005. sklopila sporazum s Europskom zajednicom o dostavi sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima kojim se proširuju odredbe Uredbe o dostavi pismena i njezine provedbene mjere na Dansku. Sporazum je stupio na snagu 1. srpnja 2007. (SL L 300 od 17. 11. 2005., SL L 120 od 5. 5. 2006.). Također je 2005. sklopila Sporazum s Europskom zajednicom o nadležnosti, priznavanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, koji je stupio na snagu 1. lipnja 2013.

³ Vidi odluku Suda EU-a HRT C-657/18.

⁴ Recital 5. i 6. Uredbe o dostavi.

dugogodišnje primjene predmetne uredbe uočeno je kako je potrebno dodatno poboljšati te ubrzati slanje i dostavu sudskih i izvansudskih pismena među državama članicama u građanskim i trgovačkim stvarima osiguravajući pritom visoku razinu sigurnosti i zaštite privatnosti i osobnih podataka. Iz tog je razloga Komisija 31. svibnja 2018. Vijeću poslala svoj prijedlog izmjene predmetne Uredbe kojom se nastojala dodatno pojednostavniti i racionalizirati dostava, uz iskorištavanje prednosti digitalizacije, ali i pružiti veća pravna sigurnost.⁵ Nakon dugotrajne procedure koja je uslijedila nakon prijedloga Komisije 25. studenog 2020. donesena je preinačena Uredba o dostavi,⁶ koja je objavljena 2. prosinca 2020. u Službenom listu Europske unije broj 405.

Prijedlog izmjena imao je za cilj digitalizirati prijenos zahtjeva za uručenje dokumenata između nadležnih tijela u različitim državama članicama uz uspostavu decentraliziranog informacijskog sustava. Glavne novosti vezano za izmjenu Uredbe o dostavi tiču se: pružanja pomoći država članica u određivanju adrese osobe kojoj se vrši dostava, digitalna komunikacija i razmjena dokumenata putem sigurnog i pouzdanog decentraliziranog IT-sustava (e-CODEX) povezanog s nacionalnim IT-sustavima koji su međusobno tehnički interoperabilni, uz poštivanje temeljnih prava i sloboda, ojačanje izravne dostave uz omogućivanje elektroničke dostave između država članica, kao i nastojanje dopunjavanja pravila o odbijanju dostave dokumenta zbog nepoznavanja jezika na kojem je dokument sastavljen. U ovom radu nastoje se prikazati važne novosti koje su uvedene preinačenom Uredbom o dostavi te skrenuti pozornost na moguće teškoće u njihovoj provedbi. Pozitivne i negativne posljedice tih izmjena pokazat će kroz dogledno vrijeme praksa.

2. PODRUČJE PRIMJENE I DEFINICIJE

Preinačene Uredbe o dostavi u svojoj biti nije izmijenjeno, no novost je da je sada izričito propisano kako se Uredba o dostavi neće primijeniti na dostavu pismena osobi koja nema mjesto boravišta u državi članici u kojoj se vodi postupak, ali ondje ima imenovanog ovlaštenog zastupnika, pa se dostava vrši putem tog ovlaštenog zastupnika. Dakle dostava takvu ovlaštenom zastupniku vršit će se prema nacionalnom pravu države članice suda u kojem se vodi postupak,⁷ što je logično ako se ima na umu da se ta Uredba primjenjuje samo kod prekograničnih dostava. Odgovor na pitanje je li dostava takvu ovlaštenom zastupniku valjana zapravo bi trebalo potražiti u nacionalnom pravu države članice suda

⁵ Prijedlog Uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o izmjeni Uredbe (EZ) br. 1393/2007 Europskog parlamenta i Vijeća o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima („dostava pismena”), COM/2018/379 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0379> (10. prosinca 2020.).

⁶ Uredba (EU) 2020/1784 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2020. o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima (dostava pismena) preinaka, SL L 405, 2. 12. 2020., str. 40–78, dalje u tekstu: Preinačena Uredba o dostavi.

⁷ Članak 1. Preinačene Uredbe o dostavi.

u kojem se vodi postupak. Ukoliko dostava takvu zastupniku nije valjana po nacionalnom pravu, dostavu je potrebno izvršiti izravno osobi koja ima takva zastupnika.

Valja napomenuti da sama Preinačena Uredba o dostavi u svojim uvodnim izjavama, koje nisu obvezujuće, jasno zabranjuje bilo kakvu fiktivnu dostavu u slučaju kada adresatu u državi članici u kojoj se vodi postupak nije poznata adresa za dostavu, ali je poznata njegova adresa u drugoj državi članici.⁸ U tom slučaju dostava bi se trebala izvršiti po toj Uredbi i ne bi se smjela smatrati domaćom dostavom u državi članici u kojoj se vodi postupak, a osobito se ne bi smjelo pismeno dostaviti adresatu u obliku objave na oglasnoj ploči suda ili polaganja pismena u sudski spis. Motiv te izmjene zasigurno je odluka Suda EU-a C-325/11 (Alder). Navedeni predmet odnosi se na dvoje građana iz Njemačke koji su pokrenuli postupak pred poljskim sudom protiv dvoje građana iz Poljske. Poljsko postupovno pravo propisuje da podnositelji tužbenih zahtjeva koji su stranci moraju odrediti predstavnika u Poljskoj koji će biti ovlašten za primanje pismena jer se u protivnom pismena prilažu u spis i to se smatra urednom dostavom.⁹ Kako u konkretnom predmetu tužitelji nisu imenovali predstavnika, njihova je tužba bila odbačena nakon rasprave na kojoj nisu bili prisutni. Sud EU-a u svojoj je odluci zaključio kako se u slučaju adresata dokumenta s prebivalištem u drugoj državi članici dostava sudskog pismena mora vršiti u skladu s Uredbom o dostavi, a ne prema nacionalnom pravu, pa institut imenovanja predstavnika u državi članici u kojoj se vodi postupak u svrhe dostave sudskih pismena strankama s prebivalištem u drugim državama članicama nije u skladu s Uredbom, kao ni fiktivna dostava pismena sukladno članku 1135. poljskog Zakona o parničnom postupku. Iako je ranije navedena uvodna neobvezujuća izjava novost u odnosu na prethodnu Uredbu, valja napomenuti da je presuda Suda EU-a Alder obvezujuća za sve sudove u državama članicama EU-a, pa je fiktivna dostava zapravo bila zabranjena i prije tih izmjena Uredbe.

Također je u uvodnim izjavama Preinačene Uredbe o dostavi dana definicija izvansudskih pismena. Želja je bila da se definicija stavi u čl. 2. Uredbe, gdje se i nalaze definicije, no kako je sama definicija izvansudskih pismena bila jako sporna za države članice jer ona obuhvaća različita pismena, konačni je kompromis bio da se definicija smjesti u uvodnu izjavu. Njome je izraženo kako se termin "izvansudska pismena" treba tumačiti tako da uključuje pismena koja je sastavilo ili ovjerilo javno tijelo javne vlasti ili službena osoba te druga pismena čije je formalno slanje adresatu s boravištem u drugoj državi članici nužno za potrebe izvršavanja, dokazivanja ili zaštite prava ili tražbine u građanskom ili

⁸ Recital 7. Preinačene Uredbe o dostavi.

⁹ Članak 1135. poljskog Zakona o parničnom postupku:

„1. Stranka čije je prebivalište ili boravište ili registrirano sjedište izvan Republike Poljske i koja nije imenovala, u svrhu vođenja postupka, ovlaštenog zastupnika s prebivalištem u Republici Poljskoj mora imenovati zastupnika koji je ovlašten prihvatiti dostavu dokumenata u Republici Poljskoj.

2. Ako nije imenovan predstavnik ovlašten za prihvatanje usluge, sudski dokumenti upućeni toj stranci stavljaju se u spis predmeta i smatra se da su stvarno uručeni. Stranka mora biti obaviještena o tome u vrijeme prve usluge. Ta stranka također mora biti obaviještena o mogućnosti podnošenja odgovora na dokument kojim se pokreće postupak i pisanih izjava o položaju te mora biti obaviještena i o osobama koje mogu biti imenovane kao ovlašteni zastupnici.”

trgovačkom pravu. Ona ne bi trebala uključivati pismena koja su izdala upravna tijela u svrhu upravnog postupka.¹⁰ Ta je definicija u svojoj suštini zapravo definicija koju je dao Sud EU-a u svojoj presudi C-223/14 Tecon Mican/ Dominguez.¹¹ Poprilično je široka i zapravo nije jasno zašto se nije inzistiralo da se ona stavi u čl. 2. Preinačene Uredbe o dostavi ako je već takva definicija izračena u odluci Suda EU-a, koja je kao takva obvezujuća za sve države članice EU-a.

3. POMOĆ PRI UTVRĐIVANJU ADRESE

Jako velika novost koju donosi Preinačena Uredba o dostavi jest mogućnost tražiti pomoć pri utvrđivanju adrese osobe kojoj je potrebno poslati pismo.¹² Dakle iako je jasno propisano da se Uredba ne primjenjuje u slučaju kad nije poznata adresa adresata, ipak je ostavljena rezerva da se prije toga može tražiti pomoć pri utvrđivanju adrese, što će reći da, ako nakon toga adresa i dalje ostane nepoznata, tada do primjene Uredbe neće doći. Sve države članice mogu se odlučiti za barem jedan od tri načina pomoći koju će pružiti kada zaprimе upit o adresi, a to su: određivanje tijela kojima se može uputiti zahtjev za utvrđivanje adrese osobe kojoj treba dostaviti pismo, pružanje mogućnosti osobama iz drugih država članica da zahtjeve za informacije o adresama podnesu izravno registrima osoba ili drugim javno dostupnim bazama podataka te pružanjem detaljnih informacija, putem europskog portala e-pravosuđe, o tome kako pronaći adrese osoba kojima treba dostaviti pismo. O načinu koji je pojedina država članica odabrala kako će pružiti pomoć pri upitima za adrese svaka država članica mora obavijestiti Komisiju, koja ih onda stavlja na europski portal e-pravosuđe, koji omogućava i interaktivno popunjavanje obrazaca koji se koriste za dostavu pismena, kao i njihovo generiranje na bilo koji od službenih jezika Europske unije. Komisiji države članice dostavljaju i informacije o tome kojem se tijelu upućuje takav zahtjev,¹³ a isto tako i o tome hoće li njihovo tijelo kao tijelo primateljice koje vrši dostavu pismena prema toj Uredbi u slučaju da adresa nije navedena u zahtjevu na vlastitu inicijativu podnijeti zahtjev registru boravišta ili drugim bazama podataka za informacije o adresama. Uvodna izjava 19. recital Preinačene Uredbe o dostavi jasno upućuje na to da se te obavijesti ne bi trebale nametati kao obveze.

¹⁰ Recital 8. Preinačene Uredbe o dostavi.

¹¹ "Članak 16. Uredbe (EZ) br. 1393/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi, u državama članicama, sudskih i izvansudskih pismena u građanskim ili trgovačkim stvarima („dostava pismena“), i o stavljanju izvan snage Uredbe Vijeća (EZ) br. 1348/2000 treba tumačiti na način da pojam 'izvansudsko pismo' iz tog članka uključuje ne samo pismena koje je izdalo ili ovjerovilo javno tijelo ili javni službenik nego i privatna pismena čije je formalno slanje njihovu adresatu, koji boravi u inozemstvu, nužno za ostvarivanje, dokazivanje ili očuvanje prava ili pravnog zahtjeva u građanskim ili trgovačkim stvarima."

¹² Članak 7. Preinačene Uredbe o dostavi.

¹³ Samo ako se radi o prva dva načina pružanja pomoći pri utvrđivanju adrese.

4. ELEKTRONIČKA DOSTAVA IZMEĐU TIJELA

Uvođenje dostave putem suvremenih komunikacijskih tehnologija potaknuto je potrebom osiguranja što bržeg slanja pismena iz jedne države članice u drugu.¹⁴ Preinačenom Uredbom o dostavi elektronička komunikacija uz pomoć decentraliziranog IT-sustava¹⁵ postavljena je kao pravilo prilikom komunikacije između tijela vršenja dostave, dok se tek iznimno mogu koristiti uobičajeni kanali dostave, i to u situacijama kada slanje putem decentraliziranog IT-sustava nije moguće zbog poremećaja u njegovu radu ili uslijed drugih iznimnih okolnosti.¹⁶ U tom slučaju dostavu je potrebno obaviti na najbrži način i najprikladnijim sredstvom uzimajući u obzir da se osigura pri tome pouzdanost i sigurnost dostave. Članak 5. Preinačene Uredbe o dostavi propisuje kako se sva pismena koja treba dostaviti, zahtjevi, potvrde i zapravo sva komunikacija temeljem standardnih obrazaca iz Priloga I. Uredbe između tijela za slanje i tijela za zaprimanje, kao i između tih tijela i središnjih tijela ili između središnjih tijela različitih država članica šalju putem sigurnog i pouzdanog decentraliziranog IT-sustava,¹⁷ a kao primjer takva decentraliziranog IT-sustava naveden je e-CODEX, koji se sada već koristi u kaznenoj suradnji između država članica Europske unije. Također je utvrđeno da sva pismena koja uobičajeno zahtijevaju ili sadržavaju pečat ili vlastoručni potpis umjesto toga mogu imati „kvalificirani elektronički pečat” ili „kvalificirani elektronički potpis”. Svim dokumentima koji se šalju putem decentraliziranog IT-sustava ne uskraćuje se pravni učinak niti se za njih smatra da su nedopušteni kao dokazi u postupku samo zato što su u elektroničkom obliku.¹⁸ Međutim to ne znači da se time utječe na mogućnost suda pred kojim se vodi postupak da sam procijeni kakav pravni učinak imaju takva pismena ili jesu li ona dopuštena kao dokazi. Jednako tako, Uredba propisuje točnu proceduru koja se odvija prilikom zaprimanja pismena od strane tijela za zaprimanje te točno navodi koji se obrasci

¹⁴ Recital 10. Preinačene Uredbe o dostavi.

¹⁵ Članak 2. točka 2. Preinačene Uredbe o dostavi : „decentralizirani IT-sustav” znači mreža nacionalnih IT-sustava i interoperabilnih pristupnih točaka koje djeluju u okviru pojedinačne odgovornosti i upravljanjem svake države članice te čime se omogućuje sigurna i pouzdana prekogranična razmjena informacija među nacionalnim IT-sustavima.

¹⁶ U recitalu 15. Preinačene Uredbe o dostavi navode se primjeri iznimnih situacija, kao što su situacije u kojima bi se konvertiranjem opsežne dokumentacije u elektronički oblik tijelu za slanje nametnulo nerazmjerno administrativno opterećenje ili ako izvorno pismeno treba biti u papirnatom obliku radi procjene njegove vjerodostojnosti, primjerice radi vještačenja i sl.

¹⁷ Decentralizirani IT-sustav za razmjenu podataka u skladu s tom Uredbom jest IT-sustav koji omogućuje isključivo razmjenu podataka jedne države članice s drugom, bez uključivanja ijedne institucije Unije u tu razmjenu. Komisija je nadležna za izradu, održavanje i budući razvoj referentnog implementacijskog softvera koji bi države članice mogle odlučiti upotrebljavati kao svoj pozadinski sustav umjesto nacionalnog IT-sustava, kao i za implementaciju softverskih komponenti (članak 27. Preinačene Uredbe o dostavi). S druge strane tijelo nadležno na temelju nacionalnog prava trebalo bi biti odgovorno kao voditelj obrade u smislu Uredbe (EU) 2016/679 za obradu osobnih podataka prilikom slanja pismena među državama članicama. Sve troškove oko instalacije, rada i održavanja pristupnih točaka koje povezuju nacionalne IT-sustave i decentralizirani IT-sustav, kao i održavanja nacionalnog IT-sustava, snose same države članice. S obzirom na to da trenutačno sve države članice nisu na istoj razini digitalizirane uprave stavljen je ovdje dugi rok primjene kako bi pojedine države članice mogle izraditi svoje nacionalne IT-sustave, dok se pojedine države članice koje već sada imaju takve sustave mogu uključiti u rad decentraliziranog IT-sustava i ranije, o čemu obavještavaju Komisiju, koja sve te informacije stavlja dostupne na portalu e-pravosuđe i u Službenom listu Europske unije (vidi članke 27., 33. Preinačene Uredbe o dostavi).

¹⁸ Članak 6. Preinačene Uredbe o dostavi.

koriste kako prilikom slanja potvrde o primitku tako i prilikom obavještanja da na temelju poslanih informacija zahtjev za dostavu pismena nije moguće ispuniti, odnosno zahtjev za dostavu nije obuhvaćen područjem primjene te Uredbe ili neispunjavanje propisanih formalnih uvjeta onemogućuje izvršenje dostave.¹⁹

5. JEZIK PISMENA I PRAVO NA ODBITAK PISMENA

Preinačena Uredba o dostavi nije dovela do velikih inovacija u pogledu prevođenja pismena koje se dostavlja, kao i u pogledu mogućnosti odbijanja primitka pismena koje nije prevedeno na službeni jezik ili jezik koji razumije adresat, no ranija pravila u odnosu na to sada su dodatno razrađena. Prema članku 9. Preinačene Uredbe o dostavi, ukoliko se dostava obavlja putem tijela, otpremno tijelo za slanje upozorava podnositelja zahtjeva za vršenje dostave da adresat može odbiti primitak pismena ako nije sastavljen na jednom od sljedećih jezika: jeziku koji adresat razumije ili službenom jeziku države članice primateljice, odnosno ako postoji više službenih jezika u toj državi članici, onda službenom jeziku ili jednom od službenih jezika mjesta u kojem se treba izvršiti dostava.²⁰ Trošak prevođenja snosi podnositelj zahtjeva. Adresatovo pravo da odbije primitak takva dokumenta, koji nije na jednom od ranije navedenih jezika, zapravo je jamstvo zaštite njegova prava na obranu.²¹ Iznimno je bitno da je tuženiku u postupku doista uručeno pismo kojim se pokreće postupak, a pogotovo ukoliko se on poslije ne upusti u raspravljanje,²² a jednako je tako bitno da uručanjem tog pismena tuženik sazna ne samo da se protiv njega vodi sudski postupak nego i da identificira koji je predmet i razlog tužbe.²³ Stoga ukoliko pismo nije napisano ili prevedeno na jedan od ranije navedenih jezika, tada ga je, sukladno odredbi čl. 12. Preinačene Uredbe o dostavi, potrebno upozoriti, putem obrasca obrazac L iz Priloga I., kako u tom slučaju može odbiti primitak pismena.²⁴ Zapravo samo pravo na odbitak pismena treba razlikovati u njegovu materijalnopravnom i procesnopravnom smislu. U materijalnopravnom smislu ono predstavlja pravo adresata da odbije primitak pismena ako nije napisano ili uz njega nije priložen prijevod na jedan od ranije navedenih jezika, dok u procesnopravnom smislu ono predstavlja pravo da adresat bude službeno obaviješten o postojanju navedenog prava na odbijanje primitka pismena.²⁵ Ukoliko prilikom dostave pismena adresat nije bio pravilno obaviješten o svojem pravu na odbijanje primitka tog pismena, tada je zadaća suda da to

¹⁹ Više u tome u članku 10. Preinačene Uredbe o dostavi, kao i u recitalima 18. i 20.

²⁰ Članak 12. Preinačene Uredbe o dostavi.

²¹ Više o pravu obrane i dostavi u članku autora Uredna dostava kao preduvjet poštivanja prava na obranu tuženika kroz praksu Suda Europske unije, Organizator, Godišnjak 26, 2019, str. 361-375.

²² Presuda Suda EU-a Alder C-325/11, toč. 36. i 41.

²³ Presuda Suda EU-a Weiss und Parter C-14/07, toč. 73. i 75.; Rješenje Suda EU-a Alta Realitat C-384/14, toč. 86.

²⁴ Vidi Presuda Suda EU-a Alpha Bank Cyprus C-519/13, toč. 35., 36. i 50; Rješenje Suda EU-a Alta Realitat SL C-384/14, toč. 53., 54., 62.; Presuda Suda EU-a Henderson C-345/15, toč. 54.

²⁵ Vidi Rješenje Suda EU-a Alta Realitat SL C-384/14, toč. 64; Presuda Suda Alpha Bank Cyprus C-519/13, toč. 51.

ispravi²⁶ bilo naknadnim obavještanjem adresa o tom njegovu pravu putem obrasca L²⁷ ili naknadnim slanjem pismena zajedno s prijevodom na jedan od ranije navedenih jezika.²⁸ Obrazac L inače se nalazi na portalu e-pravosuđe, gdje ga je moguće generirati na bilo koji od službenih jezika Europske unije. Zanimljivo je da je prepoznata potreba da se taj obrazac prevede i na druge jezike, a ne samo na službene jezike EU-a. Naime moguća je dostava adresatu koji živi u jednoj od država članica, ali nije njezin državljanin i ne poznaje njezin jezik. Primjerice u Estoniji živi velik broj Rusa, koji ne moraju nužno znati estonski. Preinačena Uredba o dostavi u čl. 12. propisuje sada da država članica koja prevede obrazac L iz Priloga I. na treći jezik, koji nije službeni jezik Unije, taj prijevod dostavlja Komisiji kako bi se stavio na raspolaganje drugim državama članicama putem europskog portala e-pravosuđe. Na taj način nastoji se smanjiti budući trošak drugim državama članicama, kao i ubrzati sam postupak dostave.

Adresat može odbiti primitak pismena u trenutku dostave ili u roku od dva tjedna od trenutka dostave, i to vraćanjem obrasca L iz Priloga I. ili bilo koje pisane izjave u kojoj se navodi da odbija primiti pismo zbog jezika na kojem je dostavljeno, o čemu tijelo za zaprimanje obavještava tijelo za slanje koristeći obrazac K iz Priloga I. te mu vraća zahtjeve i, ako su mu dostupna, pismena koja je potrebno prevesti.²⁹

Valja navesti kako adresati u praksi znaju zlouporabiti svoje pravo na odbitak pismena. Kako bi se spriječila zlouporaba, sud će tek po odbijanju primitka, na zahtjev tužitelja, provjeriti je li to odbijanje bilo opravdano ili ne. U tu svrhu sud na primjeren način uzima u obzir sve činjenice kako bi se utvrdilo poznavanje jezika adresata pismena i potreba eventualnog prijevoda s obzirom na vrstu pismena.³⁰ Takva procjena o poznavanju jezika od strane tuženika, prema dosadašnjoj praksi Suda EU-a, ne može se unaprijed obaviti, već se o tome odlučuje tek nakon što tuženik odbije primitak, i to na zahtjev tužitelja. Stoga sud čak i ako ima saznanja da tuženik razumije jezik na kojem je napisano ili prevedeno pismo i dalje mora poštovati obvezu da se adresat obavijesti o mogućnosti odbijanja

²⁶ Vidi Rješenje Suda EU-a *Alta Realitat* SL C-384/14, toč. 89.

²⁷ Vidi Presuda Suda EU-a *Alpha Bank Cyprus* C-519/13, toč. 64., 66., 67., 70., 72. i 74., Presuda Suda EU-a *Henderson* C-345/15, toč. 58.; Rješenje Suda EU-a *Alta Realitat* SL C-384/14, toč. 71.

²⁸ Članak 12. st. 5. Preinačene Uredbe o dostavi, vidi također Presuda Suda EU-a *Leffler* C-443/03, toč. 38. i 53.; Presuda EU-a *Alpha Bank Cyprus* C-519/13, toč. 61.

²⁹ Čl. 12. st. 3. i 4. Preinačene Uredbe o dostavi.

³⁰ Predmet *Alta Realitat* SL C-384/14 vodio se povodom tužbe španjolskog društva protiv danskog društva i fizičke osobe radi raskida ugovora sklopljenog radi snimanja filma i povrata iznosa od 20 000 eura kao naknade štete zbog povrede ugovorne obveze jer je tuženik, kao glumac u filmu, neopravdano napustio snimanje. Tuženik (glumac) odbio je primitak tužbe i priloga sastavljenih na engleskom jeziku. Nacionalni je sud u postupku utvrdio kako je odbijanje primitka pismena bilo neopravdano jer je ugovor o kojem je riječ u glavnom postupku sastavljen na engleskom jeziku, a tuženik je na svojem profilu koji se nalazi u jednoj filmskoj bazi podataka na internetu naveo da tečno govori engleski jezik i vodi blog upravo na tom jeziku. Također je nacionalni sud dodao kako su u spisu priloženi DVD-i u kojima se pojavljuje osoba koja je identificirana kao tuženik i koja govori engleski.

primitka pismena.³¹ Sada je to pravilo, koje je Sud EU-a u više navrata izrazio u svojim odlukama, uneseno i u Preinačenu Uredbu o dostavi, no samo u uvodne izjave.³²

6. DOSTAVA PUTEM POŠTE

Dostava putem pošte zapravo nije uopće izmijenjena iako je izmijenjen neznatno izričaj predmetne odredbe. Međutim u uvodnim izjavama³³ naznačuje se da se pri tome mogu koristiti kako privatne tako i javne poštanske usluge, kao i da se mogu slati pismena u različitim oblicima, uključujući i pakete pismena. Prema skromnom mišljenju autora, kao praktičara koji predmetnu Uredbu koristi svakodnevno, oblik pismena nikada nije bio upitan prilikom korištenja te zapravo unošenje toga u predmetnu preinaku Uredbe uopće ne predstavlja nikakvu novost niti daje neku novu dodatnu vrijednost za daljnji razvoj prekogranične dostave. U tom dijelu Uredba je također u uvodnoj izjavi 30. Preinačene Uredbe o dostavi izrazila da se izravna dostava putem pošte smatra valjano izvršenom čak i ako pismo nije bilo osobno uručeno adresatu, nego je bilo uručeno na kućnoj adresi adresata odrasloj osobi koja živi u istom kućanstvu kao adresat ili osobi koju je adresat ondje zaposlio te koja je sposobna i voljna primiti pismo, osim ako se prema nacionalnom pravu države članice u kojoj se vodi postupak dopušta samo dostava tog pisma adresatu osobno. Time je zapravo preneseno stajalište Suda EU-a koje je izrečeno u odluci C-345/15 Henderson, gdje Sud navodi kako u tom slučaju adresat ima pravo dokazivati svim dokaznim sredstvima koja su dopuštena pred sudom pred kojim je pokrenut postupak u državi članici pošiljateljici da nije mogao stvarno saznati za činjenicu da je protiv njega pokrenut sudski postupak u drugoj državi članici niti identificirati predmet i razlog tužbe, niti da je imao dovoljno vremena za pripremu svoje obrane.³⁴ S obzirom na to da se u uvodnoj Izjavi 30. poziva na praksu Suda EU-a i na odluku Henderson, zapravo je šteta što se nije u cijelosti prenijela ideja koja se provlači kroz odluku vezano za takvu odluku, već je prenesen samo jedan dio.

7. ELEKTRONIČKA IZRAVNA DOSTAVA

Po prvi put sada se uvodi izravna elektronička dostava bilo kojim elektroničkim sredstvom dostave dostupnim za domaću dostavu pismena na temelju prava države članice u kojoj se vodi postupak. Članak 19. propisuje uvjete za takvu dostavu navodeći da se pismena šalju i zaprimaju s pomoću kvalificiranih usluga elektroničke preporučene dostave u smislu Uredbe (EU) br. 910/2014 te da je adresat dao izričitu prethodnu suglasnost³⁵ za upotrebu elektroničkih sredstava dostave za potrebe primitka pismena

³¹ Vidi Rješenje Suda EU-a Alta Realitat SL C-384/14, toč. 57., 68., 69.; Presuda Suda EU-a Alpha Bank Cyprus C-519/13, toč. 42.

³² Vidi recital 26. Preinačene Uredbe o dostavi.

³³ Recital 29. Preinačene Uredbe o dostavi.

³⁴ Vidi Presudu Suda EU-a Henderson C-345/15, toč. 99.

³⁵ Prethodna suglasnost sukladno recitalu 32. može se dati za pojedinačni postupak ili kao opća suglasnost za dostavu pismena u okviru sudskog postupka putem tih sredstava dostave.

koja se dostavljaju u okviru sudskog postupka. Jednako se tako navodi da je takva dostava moguća i kada je adresat dao sudu ili tijelu pred kojim je pokrenut postupak ili stranci odgovornoj za dostavu pismena u takvu postupku izričitu prethodnu suglasnost za slanje e-pošte na određenu e-adresu za potrebe primitka pismena koja se dostavljaju u okviru tog postupka te da adresat potvrđuje primitak pismena potvrdom o primitku, uključujući datum primitka. Zanimljivo je to da se u recitalu 33. navodi kako bi se pismeno trebalo moći dostaviti elektroničkim putem i bez upotrebe kvalificiranih usluga elektroničke preporučene dostave u smislu Uredbe (EU) br. 910/2014, ali pod uvjetom da je adresat dao izričitu prethodnu suglasnost za slanje e-pošte na određenu e-adresu u okviru tog postupka te pod uvjetom da se od adresata primi dokaz o primitku pismena. Adresat bi trebao potvrditi primitak pismena potpisom i slanjem potvrde o primitku ili slanjem povratne e-poruke s e-adrese koju je dao za dostavu. Potvrda o primitku trebala bi se moći potpisati elektroničkim putem. Također je određeno kako države članice mogu odrediti dodatne uvjete pod kojima će prihvatiti elektroničku dostavu e-poštom ako se njihovim pravom utvrđuju stroži uvjeti u pogledu dostave e-poštom ili ako se njihovim pravom ne dopušta takva dostava e-poštom, a sve kako bi se zajamčila sigurnost slanja.

8. IZMJENA OBRAZACA

Efikasnost i ubrzanje samog postupka dostave iznimno je bitno, stoga su i uspostavljeni obrasci uz pomoć kojih se odvija komunikacija u postupku dostave temeljem ove Uredbe. Ovom Izmjenom Uredbe došlo je do izmjene same numeracije obrazaca s obzirom na to da su ranije obrasci bili smješteni u Prilog I. i Prilog II. U Prilogu II. nalazio se obrazac kojim se adresat informira o svojem pravu na odbitak primitka pismena, a svi preostali obrasci³⁶ nalazili su se u Prilogu I. te su imali zajedničku numeraciju informacija koje su se upisale u obrasce, pa su se tako u Zahtjev za dostavu pismena upisivale informacije pod rednim brojem od 1. do 7., dok bi se u sljedeći obrazac Potvrda o primitku upisivale informacije pod rednim brojem 8., što je u praksi često izazivalo dodatna pitanja (je li potrebno slati i ranije informacije). Sada su svi obrasci stavljeni u Prilog I. te je svaki označen posebnim slovom i informacije koje se upisuju u svaki pojedini obrazac započinju od rednog broja 1. U obrascima su dodane nove informacije koje je potrebno upisati, a sve sukladno promjenama Uredbe. Tako je u Zahtjevu za dostavu potrebno upisati datum rođenja adresata, ako je dostupan, što je posebno bitno ukoliko će tijelo države članice tražiti podatke o njegovoj adresi ukoliko mu ne bude moglo uručiti pismeno na adresi koja je navedena u zahtjevu. Također je potrebno naznačiti na kojem jeziku treba pružiti informacije namijenjene adresatu o pravu na odbijanje pismena, kao i iz kojeg razloga taj zahtjev nije bio upućen putem decentraliziranog IT-sustava. U svim ostalim obrascima dodani su referentni brojevi otpremnog tijela i tijela za primanje, kao i adresat, kako bi se točno moglo identificirati na koga se odnosi dostava, jer se u praksi često događalo da se

³⁶ Zahtjev za dostavu pismena, Potvrda o primitku, Obavijest o povratku zahtjeva i pismena, Obavijest o prosljeđivanju zahtjeva i pismena nadležnom tijelu za zaprimanje, Obavijest mjesno nadležnog tijela za zaprimanje o primitku zahtjeva i pismena koja se šalju tijelu za slanje i Potvrda o dostavi ili neuspjeloj dostavi pismena.

traži vršenje dostave za više adresata unutar jednog predmeta u isto vrijeme, pa onda nije jasno u odnosu na koju je osobu povratno vraćena primjerice Potvrda o primitku, a za koga primjerice Obavijest o prosljeđivanju zahtjeva i pismena nadležnom tijelu za zaprimanje. Također je na svakom obrascu naznačeno da je umjesto potpisa/pečata moguće stavljanje elektroničkog pečata, odnosno elektroničkog potpisa. U obrascu Potvrda o dostavi ili izostanku dostave pismena dodana je informacija kako bi se obavijestilo je li pismeno uručeno elektroničkim putem, je li adresat odbio primitak, a ako jest, kada mu je pokušana dostava i kada ju je on odbio, jednako tako jesu li poduzeti koraci kako bi se utvrdila adresatova adresa. U obrascu Informacije namijenjene adresatu o pravu na odbijanje primitka pismena koje treba dostaviti unesene su sve informacije sukladno izmjeni u Uredbi koje se tiču prava na odbitak primitka pismena. Starim je obrascima dodano čak pet novih obrazaca, i to: Zahtjev za utvrđivanje adrese osobe kojoj treba dostaviti pismeno, Odgovor na zahtjev za utvrđivanje adrese osobe kojoj treba dostaviti pismeno, Zahtjev za dodatne informacije ili pismena za dostavu pismena, Zahtjev za informacije o dostavi ili izostanku dostave pismena, Odgovor na zahtjev za informacije o dostavi ili izostanku dostave pismena. Svi ti novi obrasci potrebni su kako bi se do kraja olakšala komunikacija između tijela, a sve vezano za izmjene koje su se dogodile.

9. STUPANJE NA SNAGU I PRIMJENA UREDBE

Iako je Uredba stupila na snagu dvadeset dana od 2. prosinca 2020., odnosno dana objave u Službenom listu, njezina je primjena odgođena te će se početi primjenjivati tek od 1. srpnja 2022. godine, s time da se ni onda neće primjenjivati u punom opsegu jer će odredbe o decentraliziranom IT-sustavu i elektroničkoj dostavi između tijela, odnosno članci 5., 8. i 10., stupiti na snagu tri godine od stupanja na snagu provedbenih akata kojima se uspostavlja decentralizirani IT-sustav, a ti se akti moraju donijeti do 23. ožujka 2022. Početkom njezine primjene ranija Uredba o dostavi broj 1393/2017 stavlja se izvan snage. Dakle jedna od glavnih novina koju nam donosi Preinačena Uredba o dostavi, odnosno elektronička dostava između tijela, zapravo neće tako brzo doći u primjenu, pa će se još jedan dugi period komunikacija između tijela o dostavi obavljati na klasičan način.

10. ZAKLJUČAK

U prethodnoj analizi ovog rada pokušale su se prikazati novosti s kojima ćemo se susresti u prekograničnoj dostavi unutar Europske unije nakon 1. srpnja 2021. Uredno vršenje dostave uvijek je aktualno pitanje prilikom ocjenjivanja je li došlo do povreda postupka, slijedom čega je potrebno paziti prilikom dostave kako se ne bi radile povrede koje bi dovele do ukidanja presuda i ponavljanja postupka. Sadašnje izmjene dovest će do dodatne racionalizacije i ubrzanja postupka dostave, a posebno kad se ima na umu elektronička dostava, za koju će kritičari navesti kako neće nužno dovesti do ubrzanja postupka, jer se radi o uštedi od nekoliko dana, ali taj način dostave nikako ne smijemo

zapostaviti s obzirom na to da gospodarstvo koristi sve moderne tehnologije. No sam razmjer ubrzanja i racionalizacije dostave pokazat će vrijeme i praktičari. Ovaj rad stoga predstavlja uvodni rad koji tek upućuje na sve promjene u prekograničnoj dostavi te će za njim zasigurno slijediti cijeli niz drugih radova koji će obrađivati pojedine probleme koji će se pojaviti u praksi nakon početka primjene Preinačene Uredbe o dostavi.

**NOVELTIES CONCERNING CROSS-BORDER SERVICE
WITHIN THE EUROPEAN UNION**

In this paper, the author presents novelties in the field of the cross-border service of documents in the European Union. Most of these novelties are the consequence of the current case law of the CJEU, which has led to the exclusion of fictitious methods of service of documents, to the regulation of the service of a document to the addressee by service on a third party, and to an additional elaboration of rules concerning the addressee's refusal to be served documents due to the language in which they are written, with the aim of protecting the rights of defence. A further reason for the introduction of these novelties is the technological advances of society, which have led to the introduction of electronic service through a special decentralised IT system between authorities, as well as direct electronic service, making use of email as one possible method of service.

Keywords: electronic service through a decentralised IT system, provision of assistance when establishing the address of the addressee, direct electronic service, rights of defence, fictitious methods of service

Maja Josipović, MSc, judge at the Commercial Court in Zagreb