

PRAVO TRŽIŠNOG NATJECANJA

**Novine u hrvatskom i europskom
zakonodavstvu i praksi**

ZBORNIK RADOVA

Uredila

doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman

PRAVO TRŽIŠNOG NATJECANJA
Novine u hrvatskom i europskom zakonodavstvu i praksi
ZBORNIK RADOVA

Izdavač
Ekonomski fakultet Zagreb
Trg J. F. Kennedyja 6, Zagreb

Za izdavača
prof. dr. sc. Tonči Lazibat, dekan

Biblioteka
EKONOMIJA I PRAVO
Kolo I. • Svezak I.

Glavni urednik
prof. dr. sc. Đuro Š. Medić

Recenzenti
doc. dr. sc. Dubravka Akšamović
dr. sc. Vlatka Butorac Malnar

Knjiga predstavlja zbornik radova s 3. konferencije o pravu tržišnog natjecanja
u spomen na dr. sc. Vedrana Šoljana održane 10. studenoga 2011.
na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu

Copyright © Ekonomski fakultet Zagreb, Zagreb, 2012.
Sva prava pridržana

Ni jedan dio ove knjige ne smije se umnožavati, fotokopirati
ili na bilo koji drugi način reproducirati bez nakladnikova pisanog dopuštenja.

ISBN: 13: 978-953-346-050-5

CIP zapis je dostupan u računalnom katalogu
Nacionalne i sveučilišne knjižnice
u Zagrebu pod brojem 824835.

PRAVO TRŽIŠNOG NATJECANJA

Novine u hrvatskom i europskom
zakonodavstvu i praksi

ZBORNIK RADOVA

Uredila

doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman

Ekonomski fakultet Zagreb
Zagreb, 2012.

Sadržaj

Predgovor	7
Dr. sc. SINIŠA PETROVIĆ	
Nadležnost tijela za zaštitu tržišnog natjecanja: aktualni prijedori ..	11
Doc. dr. sc. JASMINKA PECOTIĆ KAUFMAN	
Kartelni sporazumi i usklađeno djelovanje: kad je paralelno ponašanje poduzetnika nezakonito?	21
GORANKA MARUŠIĆ KONTENT	
Kriteriji za izricanje kazneno-upravnih mjera: novine u hrvatskom zakonodavstvu	45
MLADEN CEROVAC	
Nadzor koncentracija poduzetnika: novine u hrvatskom zakonodavstvu	57
VESNA PATRLJ	
Vertikalni sporazumi: novine u hrvatskom zakonodavstvu	69
Mr. sc. MARIJANA LISZT	
Ugovori o isključivoj distribuciji i poduzetnici s tržišnim udjelom većim od 30%	87
BORIS POROBIJA	
Odbijanje poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja	103
IVAN TOT	
Kazna zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja u hrvatskom pravu <i>de lege ferenda</i>	119
Kazalo pojmova	145

Predgovor

Poštovani čitatelji, pred vama se nalazi Zbornik radova predstavljenih na 3. konferenciji o pravu tržišnog natjecanja u spomen na dr. sc. Vedrana Šoljana – Novine u hrvatskom i u europskom zakonodavstvu i praksi, koja je održana 10. studenoga 2011. na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Taj je skup održan u okviru projekta Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa pod nazivom “Hrvatsko pravo nakon reforme nadzora koncentracija u Europskoj zajednici”, nad kojim sam preuzela voditeljstvo nakon što je, u listopadu 2008., dr. sc. Vedran Šoljan, izvorni voditelj projekta, iznenada preminuo.

Dok su se prve dvije konferencije, održane 2009. i 2010., bavile isključivo temama iz područja nadzora koncentracija poduzetnika, ovogodišnji je skup obuhvatio širi opseg tema, uključujući nadzor koncentracija, a s naglaskom na novinama u hrvatskom zakonodavstvu nakon donošenja Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009., te s osobitim osloncem na zakonodavstvo i praksu Europske unije. Teme tako variraju od nadležnosti tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, kartelnog i usklađenog djelovanja poduzetnika, određivanja kazni za kartelne sporazume i novina u sustavu nadzora koncentracija poduzetnika, do novina u sustavu ocjene vertikalnih sporazuma, posebice statusa distribucijskih sporazuma kod kojih tržišni udio ugovornih strana premašuje 30%, odbijanja poslovanja kao oblika zloporabe vladajućeg položaja te kaznenopravnog normiranja povreda propisa o zaštiti tržišnog natjecanja.

Odabir izlagača, odnosno autora tekstova, koji su pred vama, nije bio slučajan. U skladu s latinskom izrekom *varietas delectat* (raznolikost veseli) okupljene su osobe koje mogu s različitih profesionalnih motrišta osvijetliti aktualna pravna pitanja tržišnog natjecanja. Riječ je, zapravo, o tri vrste izlagača: znanstvenicima s Ekonomskog i Pravnog fakulteta Sveučilišta u

Zagrebu, stručnjacima iz Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, odnosno iz Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja, te odvjetnicima s iskustvom u ovoj grani prava. Sv. Toma Akvinski definirao je ljepotu kao “unitas in veritate, et varietas in unitate” (jedinstvo u raznolikosti i raznolikost u jedinstvu). Ako se priklonimo (ponešto slobodnom) tumačenju da riječ za sveučilište (“universitas”) dolazi od “unitas” i “varietas”, sasvim je prikladno da do ujedinjavanja u različitosti (ovdje tri profesije unutar iste struke) dolazi na sveučilištu. Osim toga, Europska je unija 2000. za svoj moto uzela sintagmu “unitas in varietate”. Budući da Republika Hrvatska uskoro postaje punopravnom članicom Unije, potpuno je prikladno da skup iz područja prava tržišnog natjecanja, u kojem se kao nigdje drugdje osjeća utjecaj europskog prava, okuplja izlagače koji, tek, polazeći od svoje različitosti, mogu pružiti ujedinjenu sliku o pojedinim pitanjima tržišnog natjecanja.

Posebice je važno što su skupu nazočili i ekonomisti, osobito studenti ekonomije. Ovo je područje koje poziva na interdisciplinarnu suradnju pravnika i ekonomista. Ekonomski kontekst u kojem dolazi do primjene pravne norme nezaobilazan je čimbenik u ocjeni spornih djelovanja poduzetnika na tržištu, odnosno u ex ante ocjeni koncentracija. Treba se nadati da će ovaj skup potaknuti interes ekonomske struke za aktivnije uključivanje u područje prava i politike tržišnog natjecanja, te se time pridružiti trendu koji je u razvijenim tržišnim gospodarstvima sasvim uobičajen.

Željela bih zahvaliti svim izlagačima – autorima radova na njihovoj kolegijalnosti i otvorenosti za raspravu.

Hvala Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, osobito dekanu, prof. dr. sc. Tončiju Lazibatu, na iskrenoj podršci u organiziranju konferencije i objavi ovog Zbornika te prof. dr. sc. Đuri Mediću, glavnom uredniku ovog izdanja.

Zahvaljujem pročelniku Katedre za pravo na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu, prof. dr. sc. Zvonimiru Slakoperu, na njegovoj podršci svim mojim aktivnostima u području prava tržišnog natjecanja.

Zahvalu upućujem prof. dr. sc. Deši Mlikotin Tomić, umirovljenoj profesorici Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu i prvoj ravnateljici Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, na svim naporima koje je uložila u razvoj prava tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj.

Zahvaljujem suradnicama na projektu: dr. sc. Vlatki Butorac Malnar, višoj asistentici na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci i Tei Jagić, asisten-

tici na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu. Hvala im na njihovu doprinosu da aktivnosti na projektu budu što kvalitetnije.

Jednako tako, zahvaljujem kolegi Ivanu Totu, asistentu na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, na izradi kazala pojmova i pomoći pri pripremi Zbornika.

Dr. sc. Vedran Šoljan zadužio nas je svojim samoprijegornim radom u području prava tržišnog natjecanja. Svojim djelima visoko je postavio ljestvicu znanstvene izvrsnosti u ovom području. Nadam se da smo aktivnostima na njegovu projektu uspjeli ostvariti barem dio onoga što je on zamislio.

Zagreb, listopada 2012.

Jasminka Pecotić Kaufman

SINIŠA PETROVIĆ*

Nadležnost tijela za zaštitu tržišnog natjecanja: aktualni prijepori

1. Uvod

Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja moraju biti samostalna i nepristrana te ne bi smjela biti podložna ničijem, a osobito ne političkom utjecaju. Time se nastoji osigurati da tijela za zaštitu tržišnog natjecanja neće donositi svoje odluke vodeći se aktualnim, kratkoročnim interesima državnih izvršnih tijela ili političke grupacije, nego bi te odluke trebale biti u općem javnom interesu. Posljedica takvog pristupa, dakako, može biti da djelovanje tijela za zaštitu tržišnog natjecanja bude predmetom kritike poduzetnika, potrošača, ali jednako tako i vlade i oporbe. U posljednje je vrijeme Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja prozvana kao krivac za neke aspekte gospodarskog stanja i odnosa na tržištu.¹ Mediji takve kritike kao

* Prof. dr. sc. Siniša Petrović je redoviti profesor na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

1 *Slučaj 1:* Zastupnik oporbene stranke je prilikom rasprave o Godišnjem izvještaju Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u 2010. godini prozvao Agenciju da pogoduje nelojalnoj konkurenciji i da dopušta preveliku koncentraciju Agrokoru u maloprodaji, dok istodobno Agrokor učestalo i opetovano kasni s plaćanjem svojim dobavljačima. V. npr. <http://www.nacional.hr/clanak/95642/epilog-kritika-na-racun-agrokora-sdp-predlaze-zakon-za-kaznjavanje-neplatisa> (30. 10. 2011.), <http://www.tportal.hr/biznis/gospodarstvo/96063/Maras-propustio-poentirati-na-kritici-Todorica.html> (30. 10. 2011.). Potonji je medijski napis jedan od rijetkih u kojima se pokušava analizirati koje su ovlasti Agencije i ne prihvaća se bez pogovora iznesena kritika na rad Agencije.

Slučaj 2: Nakon prigovora Agenciji u dnevnim novinama, da je odgovorna za to da je MOL stekao kontrolu u INA-i, "hrvatski članovi" nadzornog odbora INA-e otišli su i korak dalje, pa su službeno tražili od Agencije da revidira svoje rješenje o uvjetnom dopuštanju koncentracije INA-e i MOL-a, uz obrazloženje da se rješenje temeljilo na procjeni gospodar-

da dočekuju s dobrodošlicom i rado prenose, često ne pokušavajući analizirati jesu li te kritike utemeljene i opravdane te, što bi bilo još važnije, uglavnom, ne preispitujući je li u konkretnim slučajevima u nadležnosti Agencije uopće bila mogućnost intervencije u odnose između poduzetnika na tržištu ili ponašanje poduzetnika prema potrošačima.

U svezi s prijemorima o nadležnosti Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, mogu se postaviti dva konkretna pitanja na koja će se nastojati odgovoriti:

- ima li Agencija ovlasti kažnjavati poduzetnike zbog neplaćanja, odnosno može li na to utjecati?
- o čemu Agencija mora voditi računa kada ocjenjuje koncentraciju, tj. je li pogriješila prilikom ocjene koncentracije INA-e i MOL-a?

2. Ustavne odredbe povezane s tržišnim natjecanjem

Pravo tržišnog natjecanja ima važnu ulogu u sustavu prava jer su vrijednosti, koje se njime štite, zajamčene i Ustavom Republike Hrvatske. Određeno je da su poduzetnička i tržišna sloboda temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske, da država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu, da je zabranjena zloraba monopola određenog zakonom te da država potiče gospodarski napredak i socijalno blagostanje građana i brine se za gospodarski napredak i razvitak svih svojih krajeva.² Istodobno, moglo bi se kazati da, upravo radi ostvarenja tih ustavnih postulata, Ustav predviđa da se prava stečena ulaganjem ne mogu umanjiti zakonom niti drugim pravnim aktom, ali da je u interesu Republike Hrvatske moguće ograničiti ili oduzeti vlasništvo, uz naknadu tržišne vrijednosti³ te da se poduzetnička sloboda i vlasnička prava mogu iznimno

skih prednosti udruživanja, a one se nisu desile jer MOL nije ispunio svoje obveze. V. npr. <http://www.politikaplus.com/novost/40594/ina-mol-od-madara-treba-traziti-da-se-i-ponasaju-kao-strateski-partneri-ili-raskinuti-ugovor> (30. 10. 2011.). Odgovor Agencije v. na http://www.aztn.hr/uploads/documents/novosti/NO_INA_Obavijest.pdf (30. 10. 2011.)

2 Čl. 49. st. 1-3. Ustava Republike Hrvatske (numeracija prema pročišćenom tekstu Ustavnog suda Republike Hrvatske od 23. 3. 2011.).

3 Istina jest da je određeno da se prava stečena ulaganjem ne mogu umanjiti zakonom niti drugim pravnim aktom. No, tu odredbu trebalo bi analizirati i tumačiti u kontekstu pravila da je vlasništvo moguće ograničiti ili oduzeti, uz ispunjenje i poštovanje ustavnih pretpo-

ograničiti zakonom radi zaštite interesa i sigurnosti Republike Hrvatske, prirode, ljudskog okoliša i zdravlja ljudi.⁴ Od tih načela polaze i pravila tržišnog natjecanja koja teže ostvarenju slobodnog tržišnog natjecanja, ali predviđaju i zabrane i sankcije za slučajeve kada poduzetnici zlorabe poduzetničku i tržišnu slobodu.

Ustav ne spominje Agenciju za zaštitu tržišnog natjecanja niti druga regulatorna tijela.

3. Zakonske odredbe o nadležnosti i ovlastima Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja

Pravo je tržišnog natjecanja, dijelom javnoga prava, i zaštita, koja se njime pruža, javnopravne prirode.⁵ Propisi tržišnog natjecanja ulaze u krug onih kojima se, u interesu zaštite većeg i općeg dobra, ograničava sloboda ugovaranja i autonomija volje ugovornih strana. Upravo iz toga je razloga važno da se tim propisima postave jasne granice unutar kojih mogu intervenirati tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, te svojim odlukama ograničavati poduzetničku i tržišnu slobodu sudionika na tržištu.

Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja dane su javne ovlasti. Ona neovisno i samostalno obavlja poslove u okviru svoga djelokruga i nadležnosti i za to odgovara Hrvatskom saboru⁶, koji i imenuje članove Vijeća za

stavki. Dakako, prava stečena ulaganjem kapitala nisu 'vlasništvo' u klasičnom stvarnopravnom smislu (v. npr. Barbić, Jakša, *Pravo društava*, knjiga prva, Opći dio, treće, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2008: 204 i dalje), no, npr. ako udio u društvu, stečen ulaganjem, obuhvaća i pravo da se njime raspolaze, onda i prava stečena ulaganjem impliciraju određena vlasničkopravna ovlaštenja imatelja toga udjela. S obzirom na to, trebalo bi smatrati da se i prava stečena ulaganjem kapitala mogu i ograničiti i oduzeti (primjenom načela *a maiori ad minus*) i umanjiti, pod uvjetom da se to čini u interesu Republike Hrvatske i uz naknadu tržišne vrijednosti.

4 Čl. 49. st. 4. i čl. 50. Ustava Republike Hrvatske.

5 Npr. zaštita potrošača, širenje ekonomske moći na što veći krug osoba i redistribucija ekonomskih izvora i bogatstva, postizanje što većeg stupnja ekonomske učinkovitosti, zaštita drugih natjecatelja na tržištu, ravnomjeran razvoj svih zemljopisnih područja na nekom tržištu, osiguranje najveće moguće zaposlenosti, a u Europskoj uniji pravo tržišnog natjecanja služi i ostvarenju i očuvanju unutarnjeg tržišta i poticanju trgovine između država članica. Po mišljenju autora ovoga teksta ulogu prava tržišnog natjecanja ponajbolje objašnjava Whish, Richard, *Competition Law*, peto izdanje, Lexis Nexis Butterworths, 2003: 17-22.

6 Upravo da se izbjegne utjecaj izvršne vlasti, određeno je da Agencija odgovara Saboru, a ne Vladi.

zaštitu tržišnog natjecanja na prijedlog Vlade Republike Hrvatske. Zakonom je zabranjen svaki oblik utjecaja na rad Agencije koji bi mogao ugroziti njezinu samostalnost i neovisnost⁷, a sprječava se i mogućnost sukoba interesa, jer članovi Vijeća ne mogu biti državni dužnosnici, osobe koje obnašaju dužnost u tijelima političkih stranaka niti članovi uprava, nadzornih odbora ili drugih upravljačkih tijela poduzetnika.⁸

Nadležnost Agencije, odnosno Vijeća koje upravlja radom Agencije određena je dijelom u materijalnopравnim odredbama zakona u kojima se utvrđuju oblici zabranjenih djelovanja poduzetnika, a dijelom u postupnim odredbama koje propisuju ovlasti prilikom provođenja postupaka. Tako je npr. vrlo široko određeno da Agencija ocjenjuje ima li neki sporazum učinke koji su suprotni uvjetima koje sporazum mora ispunjavati da bi bio obuhvaćen iznimkom od načelne zabrane. Kada utvrđuje zloporabu vladajućeg položaja, Agencija je dužna prvo utvrditi ima li poduzetnik vladajući položaj, a potom zlorabljuje li poduzetnik taj položaj, pa ako utvrdi da to jest slučaj, ima široke ovlasti određivanja mjera za otklanjanje štetnih učinaka takvog djelovanja, pri čemu te mjere mogu biti mjere praćenja ili iznimno strukturne mjere. Pri ocjeni koncentracija Agencija utvrđuje osobito strukturu tržišta, postojeće i moguće buduće konkurente na tržištu, strukturu ponude i potražnje, cijene, rizike, pravne i ostale zapreke pristupa tržištu, položaj, udjele, ekonomsku, financijsku i drugu snagu poduzetnika, moguće promjene poslovanja sudionika koncentracije, moguće alternativne izbore nabave te očekivane pozitivne i negativne učinke koncentracije na druge poduzetnike i potrošače.⁹ U provođenju postupaka u svojoj nadležnosti, Agencija ima vrlo široke ovlasti¹⁰, ali one su sve ograni-

7 Sva tijela u čijoj je nadležnosti zaštita tržišnog natjecanja trebala bi biti apsolutno samostalna u djelovanju i politički potpuno neovisna. To je jedini način da se osigura valjana i istinska primjena pravila o zaštiti tržišnog natjecanja. U suprotnom, kada bi država preko svojih organa mogla utjecati na djelovanje i donošenje odluka tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, po prirodi bi stvari u povoljnijem položaju bili poduzetnici u kojima država, djelujući *iure gestionis*, ostvaruje članska prava. S druge bi strane, da ostvaruje svoj utjecaj na tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kao javna vlast (*iure imperii*), država bila u prilici da pogoduje tim poduzetnicima, čime bi cijela ideja zaštite tržišnog natjecanja, i uopće smisao postojanja te grane prava, bili posve zanemareni. Dakako, time bi suštinski bili povrijeđeni i svi prijašnji navedeni ustavni postulati poduzetničke i tržišne slobode.

8 V. čl. 26. st. 1. i 2, čl. 27. st. 4. i čl. 28. st. 5. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, br. 79/09; u nastavku teksta: ZZTN).

9 V. čl. 9. i 10. st. 4, čl. 14. i čl. 21. st. 3. ZZTN-a.

10 V. npr. čl. 41- 46, 49, 51, 52. ZZTN-a.

čene temeljnom zadaćom provedbe ZZTN-a, tj. dužnosti Agencije da one-mogući odnosno sankcionira sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja.¹¹ Osim toga, Vijeću su dane i ovlasti koje nisu neposredno povezane s konkretnim slučajevima ocjene ponašanja poduzetnika, ali su u svezi s temeljnom zadaćom održanja i promicanja tržišnog natjecanja. Tako npr. Vijeće aktivno promiče znanje o tržišnom natjecanju, podiže svijest i informiranost o ulozi politike i prava tržišnog natjecanja, daje mišljenje o sukladnosti nacрта prijedloga zakona i drugih propisa s gledišta tržišnog natjecanja, utvrđuje metodološke osnove za istraživanje tržišnog natjecanja, utvrđuje mjere za unapređenje prava i politike tržišnog natjecanja te daje mišljenje i stručne stavove o rješenjima i razvoju komparativne prakse iz područja prava i politike tržišnog natjecanja.¹²

Dakle, može se kazati da su sve ovlasti Agencije povezane samo i isključivo s pravom i politikom tržišnog natjecanja. To vrijedi i za sve radnje koje se poduzimaju u rješavanju konkretnih slučajeva utvrđivanja narušavanja tržišnog natjecanja, a jednako tako i za djelatnosti koje nisu povezane s konkretnim slučajevima, nego su usmjerene na, općenito kazano, promicanje tržišnog natjecanja. Primjerice, kada daje prijedloge ili mišljenja o nacrtima propisa, dužnost je Agencije da se ograniči na pitanja tržišnog natjecanja. Ne može se i ne smije upuštati u ocjenu njihove oportuniteti, razumnosti, mogućim utjecajem na uvjete obavljanja gospodarske djelatnosti ili na položaj potrošača ili, pak, usklađenosti s drugim propisima, ako to nije u svezi s tržišnim natjecanjem. Iz ovlasti Agencije, kada ocjenjuje konkretne slučajeve ponašanja poduzetnika, njezine su zadaće jasno i nedvosmisleno limitirane učincima toga ponašanja na tržišno natjecanje. Jednako kao i kada sud rješava konkretan slučaj, njegova je zadaća determinirana zahtjevima stranaka i nije na sudu da procjenjuje konkretan sklopljeni ugovor ili da upozorava da on nije gospodarski opravdan ili da nije pravedan; nije zadaća suda niti da ocjenjuje kako će provedba ugovora ili presude suda djelovati na ugovorne strane, hoće li nekoj od njih nanijeti financijsku štetu ili korist, a još se manje očekuje od suda da procjenjuje učinke provedbe ugovora na šire gospodarske odnose. Dapače, to je sudu zabranjeno i ne smije prijeći granice svoje nadležnosti određene zakonom.

11 V. čl. 2. i čl. 6. ZZTN-a.

12 V. čl. 30. ZZTN-a.

Uzimajući to u obzir, u nastavku se pokušavaju dati argumentirani odgovori na dva pitanja postavljena na početku.

4. Ima li Agencija ovlast kažnjavanja poduzetnika zbog neplaćanja?

Propisima je, kao što je istaknuto, jasno određeno da djelovanje Agencije mora prije svega biti vođeno idejom očuvanja tržišnog natjecanja. To, međutim, ne znači da je misija Agencije umjetno stvaranje tržišnog natjecanja ili sankcioniranje poduzetnika samo zato što je mnogo uspješniji od svih drugih, ako to nije posljedica djelovanja koje je nedopušteno sa stajališta tržišnog natjecanja. Oblici narušavanja tržišnog natjecanja taksativno su navedeni i ne može postojati ni jedan drugi oblik. U tom kontekstu treba promatrati i djelovanje nekog poduzetnika koje se očituje u tome da na vrijeme ne plaća svoje dospjele obveze ili da svojim suugovarateljima predlaže sklapanje ugovora koji određuju vrlo dugačak rok plaćanja u njegovu korist. To je ponašanje protivno pravilima tržišnog natjecanja samo ako se može podvesti pod definiciju zabranjenih sporazuma, zlorabu vladajućeg položaja ili zabranjenih koncentracija. Po prirodi stvari, slijedom toga u konkretnom slučaju jedini oblik narušavanja tržišnog natjecanja, koji dolazi u obzir, jest zloraba vladajućeg položaja. No, da bi taj oblik narušavanja tržišnog natjecanja postojao, poduzetnik, koji djeluje protupropisno, mora imati vladajući položaj. Dakle, okolnost da neki poduzetnik svoje novčane obveze ne podmiruje na vrijeme ili u podmirivanju svojih obveza različito tretira pojedine dobavljače ili uvjetuje sklapanje ugovora prihvatanjem za njega povoljnih odredbi glede rokova plaćanja, a koje su na štetu suugovaratelja, ne znači automatski da taj poduzetnik djeluje protivno pravilima tržišnog natjecanja; to i ne može ako nije u vladajućem položaju. Nadalje, ako neki poduzetnik i jest u vladajućem položaju, bez namjere da se kojega poduzetnika bez rezerve ekskulpira, nije primjereno bez zadržke tvrditi da neki od njih zlorabljuje vladajući položaj, ako svoje novčane obveze ne podmiruje na vrijeme, ako vlada opće stanje nelikvidnosti i neplaćanja, pri čemu država, jedinice lokalne samouprave i uprave i osobe javnoga prava zasigurno nisu primjer redovitosti i brzine plaćanja svojih obveza. Da bi doista bila riječ o zlorabi vladajućeg položaja, to se mora

utvrditi uobičajenim sredstvima i razinom dokaza koji se inače traže u slučajevima narušavanja tržišnog natjecanja kroz takav protupravni oblik djelovanja.

Na tragu prethodnih razmišljanja, Agencija zasigurno ima ovlast sankcioniranja ponašanja poduzetnika koji svoje novčane obveze sustavno ne ispunjava na vrijeme, ali samo onda ako se takvo djelovanje očituje kao oblik zlorabe vladajućeg položaja poduzetnika.¹³

5. O čemu je Agencija dužna voditi računa prilikom ocjene koncentracija?

Koncentraciju INA-e i MOL-a Agencija je uvjetno dopustila.¹⁴ Zaključila je da koncentracija neće dovesti do značajnog narušavanja tržišnog natjecanja, ali samo pod uvjetom do provedbe određenih strukturnih mjera i mjera praćenja. Do koncentracije je došlo na temelju Prava izmjene i dopune Ugovora o međusobnim odnosima dioničara između MOL-a i Vlade Republike Hrvatske, kojim je MOL stekao samostalnu kontrolu nad INA-om. Odluka Agencije napadana je jer se tvrdilo da nije vodila računa o nacionalnim strateškim interesima dopustivši da MOL koncentracijom stekne posebna prava koja se ne temelje na udjelima koje drži i koji su na štetu države kao dioničara.

Zakonom je jasno određeno što je Agencija dužna uzeti u obzir prilikom ocjene koncentracije.¹⁵ Svi, primjerice, navedeni elementi tiču se samo pitanja tržišnog natjecanja. To je logično jer Agencija kao tijelo u čijoj je nadležnosti očuvanje tržišnog natjecanja koncentraciju može zabraniti samo onda ako se njome može značajno narušiti tržišno natjecanje, a osobito ako je to posljedica stvaranja novog ili jačanja postojećeg vladajućeg položaja sudionika koncentracije na tržištu.¹⁶ Kada Agencija ocjenjuje

13 Ako to nije slučaj, nezadovoljni suugovaratelji imaju na raspolaganju druga sredstva zaštite, a i svatko je dužan paziti na to da se ne ugovaraju rokovi plaćanja koji su protivni prisilnim odredbama primjenjivih propisa. V. Zakon o rokovima ispunjenja novčanih obveza (NN, br. 125/11), a dosada je važila odredba čl. 174. Zakona o obveznim odnosima (NN, br. 35/05, 41/08).

14 V. rješenje od 9. 6. 2009, NN, br. 113/09.

15 Čl. 21. st. 3. ZZTN-a.

16 Čl. 16. ZZTN-a.

učinke koncentracije, ne samo da nije dužna nego joj je i zabranjeno voditi računa o bilo kojem elementu koji se ne tiče tržišnog natjecanja. Agencija ne uzima u obzir neke druge interese koji nisu interesi očuvanja tržišnog natjecanja, pa makar oni bili i opći, javni ili državni.

Jednaka je situacija i u drugim pravima. Tijela za zaštitu tržišnog natjecanja vode se u svojim odlukama isključivo učincima koncentracije na tržišno natjecanje, a ne njezinim učincima, primjerice, na odnose između poduzetnika ili na opće stanje u gospodarstvu. Upravo ta usmjerenost na pitanja tržišnog natjecanja, a zanemarivanje drugih mogućih učinaka koncentracije te interesa dnevne politike i političkih odnosa, jamac su zadržavanja samostalnosti, neovisnosti i nepristranosti tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. No, oni pravni sustavi koji polaze od shvaćanja da se u takvoj usmjerenosti na pitanja tržišnog natjecanja treba osigurati zaštitni mehanizam intervencijom države, to postižu tako da se tijelima izvršne vlasti daju ovlasti da svojim odlukama promijene odluke tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Načelo je, ipak, da tijela za tržišno natjecanje i dalje djeluju samostalno, njihove su odluke autonomne, ali se, ipak, u pravilu, vrlo restriktivno omogućuje vladi ili ministarstvu da donesu konačnu odluku koja može biti drukčija od one koju je donijelo tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja. Tako je, primjerice, u Njemačkoj, ministru gospodarstva i tehnologije dana ovlast da izmijeni odluku tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom se koncentracija ne odobrava, ako ocijeni, na temelju prethodnog mišljenja savjetodavnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i savezne države u kojoj je sjedište sudionika koncentracije, da bi provođenje koncentracije, unatoč negativnim učincima na tržišno natjecanje, ipak bilo korisno za gospodarstvo u cjelini ili da bi to bilo u javnom interesu, pri čemu se u obzir uzima i konkurentnost sudionika koncentracije na stranim tržištima.¹⁷ Slične ovlasti imaju izvršna tijela i u npr. Belgiji, Grčkoj, Francuskoj i Nizozemskoj.¹⁸

17 Čl. 42. njemačkog Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Tu je ovlast njemački ministar koristio od 1973. dosada 21 put. V. <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Wettbewerbspolitik/antraege-auf-ministererlaubnis,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

18 U Belgiji Vlada može intervenirati na temelju čl. 60. Zakona o zaštiti ekonomskog natjecanja (http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?language=fr&caller=list&cn=2006091567&la=f&fromtab=loi&sql=dt='loi'&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1). Po francuskom *Code de commerce* (čl. L430-7-1), ministar nadležan za gospodarstvo odlukom može izmijeniti tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, ako odluka ima stratešku dimenziju, a potrebna je radi zaštite općeg interesa drukčijeg od očuvanja tržišnog natjecanja (npr. industrijski razvoj, konkurentnost na stranim tržištima, očuvanje zaposlenosti). U Grčkoj,

Bitno je pri tome kazati da u svim takvim slučajevima nadležno izvršno tijelo može samo odobriti koncentraciju koju je tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja zabranilo.

Upravo je to važno, jer, čak i da postoji ovlast hrvatskog nadležnog ministra da intervenira u odluke koje se tiču koncentracija, u konkretnom slučaju koncentracije INA-e i MOL-a, to zapravo ne bi bilo moguće jer je Agencija koncentraciju odobrila. Istina, uz uvjete, ali kritike na odluku Agencije ionako se nisu ticale postavljanja uvjeta, nego propitivanja nije li ona koncentraciju zapravo trebala zabraniti. Gotovo apsurdnost cijele je situacije tim veća, što su kritike na odluku Agencije kasnije dijelom dolazile i iz državnih institucija, dakle iz države, bez čije odluke uopće ne bi bilo moglo doći do koncentracije jer je država bila ugovorna strana ugovora kojom je ta koncentracija nastala.

Osim toga što je nadležnost Agencija zakonom jasno određena, to je tim više zapravo krajnje nerazumno onda očekivati da bi Agencija trebala spriječiti volju ugovornih strana, a kamoli da bi trebala prilikom ocjene koncentracije ispitivati njezinu gospodarsku logičnosti ili oportunističnost.

U skladu s time, čini se ispravnim tvrditi da u ocjeni koncentracije Agencija nesumnjivo nije pogriješila s motrišta opsega ispitivanja učinaka koncentracije te da je njezina odluka zakonski utemeljena, valjana i ispravna.

ministri nadležni za gospodarstvo, financije i razvoj mogu svojom odlukom odobriti koncentraciju koju je prethodno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja zabranilo, ako koncentracija predstavlja opću gospodarsku korist koja nadvladava njezine štetne učinke na tržišno natjecanje ili ako se smatra potrebnom za postizanje nekog općeg ili zajedničkog interesa (npr. modernizacija ili racionalizacija proizvodnje, privlačenje ulaganja, jačanje konkurentnosti na stranim tržištima, očuvanje zaposlenosti. V. http://www.epant.gr/img/x2/news/news11_1_1190293335.pdf. U Nizozemskoj, po čl. 47. Zakona o tržišnom natjecanju, ministar nadležan za gospodarstvo, poljoprivredu i inovacije može odobriti koncentraciju unatoč prethodnoj odluci tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kojom se ona zabranjuje, ako za to postoje osobito opravdani razlozi u javnom interesu. V. http://www.nma.nl/en/our_work/concentration_control/default.aspx.

6. Umjesto zaključka

Rad i odluke svakoga su, a osobito državnih institucija izloženi analizi i kritici. To, dakako, vrijedi i za tijela kojima je zadaća zaštita tržišnog natjecanja. No, treba se oduprijeti, ljudski možda razumnom, porivu da se neargumentirano i bez pokušaja stručne analize kritizira rad Agencije zbog pukog nezadovoljstva stanjem na tržištu. Agencija ne može biti odgovorna za svaki poremećaj na tržištu ili za neželjeno ponašanje poduzetnika. Da bi se moglo započeti s kritikom Agencije, treba prije svega poznavati zakonska pravila koja određuju njezinu nadležnost i ovlasti. U suprotnome, ako se to zanemari, vrlo je lako kriviti Agenciju za sve neželjene posljedice opće krize, gospodarske politike i nedostatka strategije. Međutim, takav pristup neće ispraviti strukturalne nedostatke, neće ukloniti frustriranost zbog nezadovoljstva, a, s druge strane, stvorit će nove podjele zbog nerazumijevanja, neznanja i manjka vizije.

JASMINKA PECOTIĆ KAUFMAN*

Kartelni sporazumi i usklađeno djelovanje: kad je paralelno ponašanje poduzetnika nezakonito?

1. Uvod

Za očuvanje tržišnog natjecanja bitno je da takmaci donose samostalne poslovne odluke, osobito u pogledu cijena po kojima prodaju svoje proizvode, odnosno usluge. U tom smislu poduzetnici imaju pravo i na “inteligentno prilagođavanje” ponašanju drugih poduzetnika koje mogu uočiti na tržištu. Takvo ponašanje ne može se smatrati nezakonitim, osim ako je moguće dokazati da je došlo do “protukonkurentskog kontakta”, što paralelno ponašanje dovodi pod opseg odredbe o zabrani sporazuma koji ograničavaju tržišno natjecanje. Dok je jasno da je protukonkurentski kontakt zabranjen, ostaje kontroverzno kad paralelno ponašanje na oligopolnom tržištu može dovesti do utvrđenja nezakonitog ponašanja poduzetnika.

2. Zabranjeni sporazum i koluzija

Dogovaranje konkurenata o cijenama zabranjeno je propisima s područja prava tržišnog natjecanja. Zakonska norma svoju motivaciju nalazi u ekonomskoj teoriji koja zauzima jasan stav o šteti horizontalnog dogovora o cijenama za blagostanje potrošača i društva općenito. Umjesto da

* Doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman je docentica na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

međusobno konkuriraju, dogovaranjem o cijenama poduzetnici udružuju svoju tržišnu snagu i na taj način povećavaju cijenu iznad one koja bi na tržištu postojala da poslovne odluke donose samostalno. Stupnjevi suradnje poduzetnika, glede odlučivanja o cijenama, mogu varirati od “izričite koluzije”, kad dolazi do izravne komunikacije među konkurentima radi određivanja cijena, do “prešutne koluzije”, kad do usklađenog ponašanja konkurenata, glede cijena, dolazi bez ikakve komunikacije. U prvom slučaju govorimo o kartelu, dok je u drugom riječ o tzv. oligopolnom usklađivanju (koristi se i pojam “svjesni paralelizam”). Obje vrste situacija ujedinjeno nazivamo “koluzijom”.¹

Na prvi se pogled može činiti da, upravo zbog toga što je i u slučaju izričite i u slučaju prešutne koluzije ekonomski “rezultat” na tržištu jednak (cijene su više od onih koje bi postojale da na tržištu postoji puna konkurencija), pravna norma zabranjuje sve vrste dogovora poduzetnika o cijenama, uključujući i paralelno ponašanje konkurenata glede cijena. Međutim, premda postoji jasna zabrinutost zbog povišenih cijena, osobito na oligopolnim tržištima, nije “tržišni rezultat” ono što je zabranjeno propisima tržišnog natjecanja, već su to “sporazumi” između poduzetnika o cijenama. U tom smislu, u pronalaženju granica interpretacije pojma “sporazum” (koji u širem smislu obuhvaća i usklađeno djelovanje) nalazi se istodobno i odgovor na pitanje o sposobnosti normi prava tržišnog natjecanja koje sankcioniraju nedopuštene sporazume da uspješno riješe problem koluzije na oligopolnom tržištu.

S jedne strane, ekonomska teorija uočava da je posljedica izričite, odnosno prešutne koluzije viša cijena na tržištu. Istodobno, za ekonomsku analizu nije relevantno je li ponašanje poduzetnika nezakonito i koji su to oblici ponašanja poduzetnika koji su relevantni za primjenu pravne norme; njih zanima samo učinak, tj. tržišni rezultat. S druge strane, osobito u pravu tržišnog natjecanja EU-a, zabranjenim će se smatrati onaj “sporazum” čiji je cilj ili učinak ograničavanje tržišnog natjecanja. Stav Suda EU-a i Komisije jest da horizontalni sporazumi o određivanju cijena imaju već za svoj cilj ograničavanje tržišnog natjecanja, te da nije potrebno dokazati da je takav i učinak sporazuma. Dakle, ako je utvrđeno da je došlo do nastanka spora-

1 Više u: Pecotić Kaufman, Jasminka, “Horizontalni sporazumi o cijenama u pravu tržišnog natjecanja”, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2008., str. 18. – 22.

zuma o cijenama među konkurentima, on će se smatrati zabranjenim već s obzirom na svoj cilj, bez obzira na to je li na tržištu zaista i došlo do povećanja cijena. Međutim, ako je na tržištu samo uočljivo usklađeno ponašanje, odnosno više cijene, bit će potrebno dokazati da je ono rezultat sporazuma, odnosno usklađenog djelovanja konkurenata. Drugim riječima, sam učinak, bez postojanja “sporazuma” među konkurentima, ne može se smatrati povredom članka 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (u nastavku teksta: UFEU). Iznimka od ovog pravila je institut usklađenog djelovanja kod kojega nije potrebno dokazati protukonkurentski kontakt.

3. Prešutna koluzija

Dok pitanje izričite koluzije nije osobito kontroverzno, budući da je riječ o slučajevima kad dolazi do dokazivog protukonkurentskog kontakta konkurenata, čiji je cilj ili posljedica usklađivanje ponašanja na tržištu glede cijena, a koji se očituje u usmenom ili pisanom sporazumu o cijenama, ili u usklađenom ponašanju koje je posljedica takve nedopuštene komunikacije, dvojbe oko primjene pravne norme na prešutnu koluziju ostaju donekle nerazriješene.

Ekonomskim modeliranjem tržišta teoretičari pokušavaju otkriti zakonitosti pojedinih tržišnih struktura, te osigurati prevođenje raznovrsnih stvarnih tržišnih situacija u apstraktne ekonomske modele. Cilj je objasniti i moći predvidjeti ponašanje poduzetnika na tržištu. Različite tržišne strukture rezultiraju različitim tržišnim “ravnotežama”. Na idealnom tržištu savršene konkurencije pojedini poduzetnik ne može svojom odlukom o cijeni utjecati na opću razinu cijena na tržištu, a cijena je jednaka graničnom trošku (trošku proizvodnje dodatne jedinice proizvoda). To znači da je blagostanje potrošača maksimizirano i da ga nije moguće još povećavati.² Nasuprot tomu, na monopolnom tržištu jedan jedini poduzetnik postavlja cijenu na razinu koja je iznad-konkurentska, što dovodi do smanjivanja društvenog blagostanja. Drugim riječima, na prvom tržištu rezultat je “konkurencija” (cijena je jednaka graničnom trošku, odnosno cijena je

2 Bishop, Simon; Walker, Mike, *The Economics of EC Competition Law*, 2. izd., Sweet & Maxwell, 2002., str. 17. – 18.

“konkurentska”), a na drugom “monopol” (cijena je “monopolna”, odnosno “iznad-konkurentska”). Za oligopolna tržišta, međutim, zbog njihove složenosti, ne postoji jedinstveni ekonomski model pomoću kojeg bi se mogle utvrditi zakonitosti funkcioniranja takvog tržišta, tako da različiti oligopolni modeli rezultiraju različitim “ravnotežama”.³ To znači da cijena u uvjetima oligopola može varirati u širokom rasponu između konkurentske i monopolne razine. Međutim, većina se teoretičara slaže da će u uvjetima oligopola cijena biti veća od graničnog troška, ali manja od monopolne cijene, što upućuje na problem povećanih cijena na takvim tržištima kao posljedicu tržišne strukture.⁴

Premda je koluzija moguća i na tržištu koje karakterizira konkurencija (iako je tada potreban čvrst, formalan dogovor među takmacima o cijeni i drugim uvjetima suradnje, te o načinu sankcioniranja poduzetnika koji odstupe od koluzivnog dogovora), smatra se da koluzija nalazi osobito pogodno tlo u oligopolnoj tržišnoj strukturi. Naime, visoka koncentriranost takvog tržišta pogoduje “međuovisnosti” oligopolista, što znači da poduzetnici donose svoju odluku o cijeni na način da anticipiraju reakciju konkurenata na tako formiranu cijenu.⁵ Naime, konkurenti su svjesni da njihova odluka o snižavanju cijene može naići na reakciju drugih takmaca (tzv. odmazda), što će dovesti do daljnjeg snižavanja cijene u obliku “rata cijenama”. To bi u konačnici dovelo do smanjivanja profita svih konkurenata na mjerodavnom tržištu, što nije nikome od takmaca u interesu. Upravo se, stoga, smatra da je na oligopolnom tržištu konkuriranje poduzetnika oslabljeno, a da su cijene, u pravilu, iznad-konkurentske.

Moderna ekonomska teorija koluzije, koja se služi teorijom igara kao modelom za analizu strateške interakcije konkurenata, prvenstveno upozorava na poteškoće oko funkcioniranja prešutne koluzije.⁶ Naime, sma-

3 Carlton, Dennis W.; Perloff, Jeffrey M., *Modern industrial organization*, 4. izd., Addison-Wesley, 2005., str. 158. – 159.

4 Viscusi, K. et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, 4. izd., 2005., MIT, str. 87. Motta, Massimo, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004., str. 152.

5 Viscusi, *op. cit.*, str. 106. Vidi i Scherer, F. M.; Ross, David, *Industrial market structure and economic performance*, 3. izd., Houghton Mifflin, 1990, str. 199.

6 Vidi Jacquemin, Alexis; Slade, Margaret E., “Cartels, collusion, and horizontal mergers”, u: *Handbook of Industrial Organization*, sv. 1, Richard Schmalensee & Robert D. Willig (ur.), 1989, str. 415.

tra se da rezultat oligopolne interakcije nije nužno koluzivna ravnoteža, tj. više cijene. Ovaj stav moderne ekonomske teorije potvrđuje prijašnje stavove čikaške škole, koja je teoriju oligopolnih cijena usvojila prema Stigleru.⁷ Nasuprot tome, pripadnici strukturalističke škole smatrali su danim da već samo postojanje oligopolne međuovisnosti dovodi do paralelnog povećanja cijena konkurenata.⁸ Moderna teorija koluzije, po uzoru na Stiglera, upozorava na poteškoće oko (a) postizanja zajedničkog dogovora o cijenama, kao i oko (b) stabilnosti takvog dogovora. Smatra se da će koluziju biti moguće uspješno održavati ako se može otkriti da je došlo do odstupanja od dogovora, kao i ako se može učinkovito kazniti poduzetnika koji je odstupio od dogovora. Detekcija i kažnjavanje poduzetnika koji “režu” iznad konkurentsku cijenu ključna je za održavanje kartelne discipline.

Relativiziranje negativnih posljedica oligopolne strukture na ponašanje konkurenata ima snažne implikacije na primjenu prava tržišnog natjecanja. Naime, ako pođemo od pretpostavke da oligopolna struktura redovito rađa prešutnom koluzijom, smatrat ćemo da pojam zabranjenog horizontalnog sporazuma o cijenama treba obuhvatiti i situaciju u kojoj dolazi do nastanka “prešutnog” sporazuma među oligopolistima. Upravo su ovakav stav zauzeli pripadnici rane harvardske škole. Njihov je negativan stav prema oligopolnim tržištima utjecao na strože postupanje prema poduzetnicima na takvim tržištima.⁹ To je vidljivo iz tadašnje američke sudske prakse, koja je pokazivala tendenciju redefiniranja pojma sporazuma iz članka 1. Shermanova zakona tako da se njime obuhvati i međuovisno paralelno ponašanje oligopolista.¹⁰ Međutim, kao što je vidljivo iz kasnijeg razvoja ekonomske teorije, ali i pravne prakse, upravo je odsutnost sveobuhvatne teorije oligopolističkog ponašanja dovela do suzdržanog stava oko bezuvjetne primjene pravne norme o zabrani ograničavajućih sporazuma na paralelno ponašanje poduzetnika. Premda oligopolna tržišna struktura olakšava usklađivanje konkurenata, ne može se uzeti kao pravilo

7 Stigler, George J., “A theory of oligopoly”, *Journal of political economy*, 1964, vol. 72, str. 44. – 61.

8 Gellhorn, Ernest; Kovacic, William E., *Antitrust law and economics in a nutshell*, 4. izd., St. Paul, 1994, str. 77.

9 Hovenkamp, Herbert, *The antitrust enterprise: principle and execution*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2005, str. 35. – 38.

10 Kaysen, Carl; Turner, Donald F., *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*, str. 110-19, 261-66 (1959).

da na takvom tržištu uvijek dolazi do njihova usklađivanja. Štoviše, ne treba smatrati zabranjenim ono usklađivanje kojem ne prethodi komunikacija poduzetnika. U tom se smislu u europskom pravu tržišnog natjecanja "inteligentno prilagođavanje ponašanju konkurenata" bez daljnega smatra dopuštenim, ali je istodobno strogo zabranjen svaki "protukonkurentski kontakt" natjecatelja na tržištu.

Danas ekonomski teoretičari uglavnom primjenjuju tzv. nekooperativnu teoriju igara kako bi definirali zakonitosti koje vladaju na oligopolnim tržištima.¹¹ Glavni je njezin nedostatak što ne daje konkluzivan odgovor na pitanje kakva je "ravnoteža" na oligopolnom tržištu: je li rezultat interakcije oligopolista "konkurencija" ili "koluzija" (tj. hoće li cijena biti konkurentska ili iznad-konkurentska). Ovo bi zaista moglo razočarati nekoga tko traži odgovor na pitanje treba li zabraniti prešutnu koluziju, odnosno treba li pojam sporazuma toliko prošireno tumačiti da obuhvati i "prešutne" dogovore oligopolista. Ekonomska teorija još uvijek ne daje jedinstven odgovor na to pitanje: ne postoji neki "nad-model" oligopola koji bi sveobuhvatno definirao zakonitosti tog tržišta (kao što postoji za tržište savršene konkurencije ili monopola). Međutim, treba smatrati da su spoznaje do kojih se dolazi putem teorije igara, zapravo, vrlo značajne za primjenu prava tržišnog natjecanja i da, s pravom, daju poticaja suzdržanom stavu oko primjene pravne norme koja zabranjuje horizontalne sporazume o cijenama na tzv. oligopolno usklađivanje.

Temeljno pitanje koje se u ovom kontekstu postavlja jest pod kojim se uvjetima usklađeno ponašanje konkurenata može proglasiti zabranjenim, ako ne postoji dokaz o protukonkurentskom kontaktu poduzetnika. Neki znanstvenici, poput Posnera, zalažu se za tzv. ekonomski pristup problemu prešutne koluzije.¹² Naime, Posner smatra da se članak 1. Shermanova zakona može primijeniti na međuovisno ponašanje oligopolista. On u bitnome predlaže da je za utvrđivanje povrede članka 1. Shermanova zakona dovoljno u konkretnom slučaju utvrditi postojanje određenih ekonomskih čimbenika (koji onda upućuju na postojanje koluzije). Takvi stavovi, međutim, nisu našli korijena u američkoj sudskoj praksi.

11 Van den Bergh, Roger J.; Camesasca, Peter D., *European competition law and economics: a comparative perspective*, Antwerpen, 2001, str. 172.

12 Richard Posner, *Antitrust law*, Chicago: University of Chicago Press, 2. izd., 2001.

Ključni problem koji se javlja kod primjene pravne norme o zabranjenim sporazumima na usklađeno ponašanje poduzetnika glede cijena odnosi se na pronalaženje “mjere” koju treba primijeniti kako bi se “popravilo” stanje manjkave konkurencije među poduzetnicima na tržištu. Očito je da se kod sklapanja nedopuštenog, izričitog sporazuma o cijenama među konkurentima takvo stanje može “popraviti” proglašavanjem takvog sporazuma ništetnim, kao i dodatnim određivanjem sankcija koje imaju za svrhu odvratiti te i sve ostale moguće počinitelje od daljnjeg koluzivnog postupanja. Međutim, ako nije moguće dokazati postojanje sporazuma među poduzetnicima, već je na tržištu samo uočljiv “koluzivni rezultat” (primjerice, paralelno povećavanje cijena), postavlja se pitanje može li se njihovo usklađeno postupanje smatrati samo njihovim racionalnim odgovorom na neke promijenjene okolnosti na tržištu. Drugim riječima, čak i ako bismo proglasili njihovo “koordinirano ponašanje” zabranjenim, koju bismo “mjeru” trebali odrediti kako bismo “popravili” štetu za tržišno natjecanje. Ovdje se treba složiti s Turnerom, koji odbacuje primjenu članka 1. Shermanova zakona na paralelno oligopolno ponašanje.¹³ Zaista, jedna od mogućih “mjera”, koja se navodi u tom kontekstu (nalaganje oligopolistima da odrede cijenu koja je jednaka graničnom trošku, tj. konkurentsku cijenu), bila bi sasvim neprikladna.

Problem primjene ekonomskog pristupa na zabranu oligopolne međuovisnosti proizlazi prvenstveno iz razlike između pravnog i ekonomskog poimanja koluzije. Dok ekonomska teorija polazi od tržišnog rezultata (povećane cijene u uvjetima oligopola kao rezultat oligopolne međuovisnosti među poduzetnicima na takvom tržištu; drugim riječima, iznad-konkurentske cijene kao rezultat koluzije), u pravnom smislu potrebno je utvrditi postojanje sporazuma među konkurentima, pri čemu pojam sporazum u širem smislu obuhvaća i usklađeno djelovanje poduzetnika. Štoviše, smatrat će se da postoji zabranjeni horizontalni sporazum o cijenama čak i ako on nije doveo do povećanja cijena, odnosno nije urodio koluzivnom ravnotežom na tržištu. Drugim riječima, ekonomska teorija definira koluziju s obzirom na tržišni rezultat (tj. dovoljno visoku cijenu), za razliku od pravnog shvaćanja koluzije koja se usmjerava na način na koji dolazi do

13 Donald F. Turner, “The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusals to deal”, 1962, *Harvard Law Review*, vol. 75, str. 655.

takvog rezultata. Stoga, nije prihvaćeno da bi samo ukazivanje na postojanje nekonkurentskog tržišnog rezultata, tj. viših cijena, trebalo imati za posljedicu kažnjavanje poduzetnika. Zahtijeva se nešto više, a to je “spora-zum” među konkurentima.

4. Kartelni sporazumi i članak 101. UFEU-a

U pravu tržišnog natjecanja EU-a sporazumi poduzetnika kojima se izravno ili neizravno određuju cijene zabranjeni su na temelju članka 101. stavak 1. UFEU-a. Naime, temeljni je stav da se poduzetnici na tržištu moraju ponašati samostalno. Samostalno ponašanje konkurenata rezultira odgovarajućim stupnjem tržišnog natjecanja, od čega korist imaju potrošači te društvo u cjelini. Dogovorno ponašanje konkurenata, bilo da je riječ o izričitom dogovaranju (izričita koluzija) ili o prešutnom usklađivanju (prešutna koluzija), vodi višim cijenama nego što bi bile u uvjetima konkurencije na tržištu. Pojam sporazum široko se tumači kako bi se obuhvatilo svako ono postupanje koje dovodi do dogovora o budućem ponašanju na tržištu. Za nastanak sporazuma dovoljno je da su poduzetnici očitovali “zajedničku namjeru ponašati se na tržištu na određeni način”.¹⁴ Oblik očitovanja volje nije bitan dokle god ono “vjerno odražava namjeru strana”.¹⁵ Načelo zajedničke klasifikacije razvijeno je u praksi Komisije da bi se olakšalo dokazivanje kartelnih dogovora, a podrazumijeva da se pojam sporazum i pojam usklađeno djelovanje promatraju kao komplementarni instituti. Naime, nije potrebno povredu članka 101. stavak 1. UFEU-a okarakterizirati ili kao sporazum ili kao usklađeno djelovanje – smatra se da strogo razgraničenje ta dva instituta nije potrebno.¹⁶ Osim načela zajedničke klasifikacije, u praksi Komisije izrasla je i doktrina jedinstvenog sveukupnog sporazuma prema kojoj su za kartelni sporazum odgovorni svi kartelisti bez obzira na njihovu svakodnevnu uključenost u kartel pod uvjetom da su bili svjesni zajedničkog plana ugrožavanja tržišnog natjecanja.¹⁷ Ova

14 Predmet Rhone Poulenc protiv Komisije (1991) ECR II-867, §120.

15 Predmet T-41/96 Bayer AG protiv Komisije (2000) ECR II-3383, §69.

16 C-49/92 P Komisija protiv Anic Partecipazioni SpA, (1999) ECR I-4125, §132-133.

17 Faull, Jonathan; Nikpay, Ali, *The EC law of competition*, Oxford: Oxford University Press, 2. izd., 2007, str. 198.

oba načela razvila su se iz potrebe učinkovitije borbe protiv kartelnih dogovora, a Sud EU-a dao je podršku takvom tumačenju članka 101. UFEU-a.

Sporazumi kojima je cilj ograničenje tržišnog natjecanja nezakoniti su i nije potrebno analizirati njihove stvarne učinke. Štoviše, kod kartelnih sporazuma nije potrebno dokazati stvarni protukonkurentski učinak na tržištu jer je zabranjen već i potencijalni protukonkurentski učinak pod uvjetom da je dovoljno značajan. To, primjerice, znači da nije nužno da usklađivanje poduzetnika, glede cijena, mora dovesti do povećanja cijena. Naime, Sud EU-a smatra da se presumira da poduzetnici, koji sudjeluju u usklađenom djelovanju na način da se kontinuirano sastaju, odnosno razmjenjuju podatke, moraju uzimati u obzir podatke koje su razmijenili s konkurentima u svrhu odlučivanja o svom budućem ponašanju na tržištu, osobito ako se usklađuju tijekom duljeg vremena. Na poduzetnicima je da obore ovu predmnjevu, odnosno da dokažu da to razmjenjivanje podataka, odnosno sastanci nisu utjecali na njihovo ponašanje na tržištu.¹⁸ U većini slučajeva to će poduzetnicima biti nemoguće dokazati, budući da se i samo pasivno sudjelovanje na sastancima tretira kao sudjelovanje u kartelu.¹⁹ Ovdje je bitno sljedeće pitanje: je li za postojanje usklađenog djelovanja dovoljno samo da su se poduzetnici usklađivali (protukonkurentski sastanci, razmjenjivanje podataka o cijenama) ili mora doći i do provedbe onoga što su dogovorili. Sud EU-a zauzeo je, glede toga pitanja, strog stav: nije potrebna stvarna provedba dogovora na tržištu da bi došlo do povrede članka 101. stavak 1. UFEU-a: zabranjen je “svaki izravan ili neizravan kontakt” čiji je cilj ili učinak “utjecati na ponašanje konkurenta na tržištu” ili “otkriti tom konkurentu način ponašanja koji sami namjeravaju usvojiti”.²⁰

Zasebno pitanje jest mogućnost povećane protukonkurentske suradnje poduzetnika unutar gospodarskih udruženja. Donošenje protukonkurentske odluke unutar udruženja poduzetnika zabranjeno je člankom 101. stavak 1. UFEU-a (“odluka udruženja poduzetnika”). Opravdano se može postaviti pitanje korisnosti ovog instituta budući da se ponašanje poduzetnika, koji unutar udruženja donose neku protukonkurentsku odluku, može obuhvatiti institutom usklađenog djelovanja. Ipak, valja smatrati da

18 Predmet C-199/92 P Hüls AG protiv Komisije, (1999) ECR I-4287, §167.

19 Predmet T-9/99 HFB Holding (2002) II-1487, §223.

20 Spojeni predmeti 40-49, 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA i drugi protiv Komisije (1975) ECR 1663.

je institut odluke udruženja poduzetnika koristan zbog toga što omogućuje utvrđivanje odgovornosti samog udruženja, te zbog toga što može biti jednostavnije utvrditi da je odluka udruženja protukonkurentska, nego utvrditi postojanje usklađenog djelovanja.

5. Usklađeno djelovanje i članak 101. UFEU-a

Institut usklađenog djelovanja osobito je prikladan za postupanje protiv kartela. Budući da poduzetnici svjesni nezakonitosti karteliziranja tržišta, nastoje prikriti svoje protukonkurentske dogovore, zbog manjka (izravnih) dokaza, teško je tijelu nadležnom za tržišno natjecanje postupati protiv takvih dogovora. Kod kartela je rijetko moguće dokazati da je došlo do sklapanja sporazuma između konkurenata, pa se primjenjuje institut usklađenog djelovanja. Ovdje je ključno pitanje dokazivanja, odnosno vrste dokaza kojima se može utvrditi postojanje povrede članka 101. stavak 1. UFEU-a. Izravni dokazi bit će rijetko raspoloživi jer kartelisti prikrivaju svoje nezakonite aktivnosti zbog čega će regulator biti prisiljen koristiti posredne dokaze. Upravo zbog svijesti poduzetnika o nezakonitosti kartela došlo je do ekstenzivnog tumačenja članka 101. stavak 1. UFEU-a od Komisije, što je u većini slučajeva potvrdio i sam Sud EU-a. Međutim, granice takvoga tumačenja, odnosno granice primjene instituta usklađenog djelovanja najbolje se ispituju u slučajevima paralelnog ponašanja poduzetnika (primjerice, glede cijena) u kojima nema izravnih dokaza o koluziji, već se usklađeno djelovanje želi utvrditi posrednim dokazima, npr. činjenicom paralelnog kretanja cijena.

Usklađeno djelovanje Sud EU-a tumači kao oblik usklađivanja poduzetnika kojim dolazi do svjesnog zamjenjivanja rizika konkuriranja praktičnom suradnjom poduzetnika, a da ne dolazi do sklapanja sporazuma među konkurentima.²¹ Naročito treba primijetiti da se usklađeno djelovanje definira kao svjesno postupanje poduzetnika, što onemogućuje primjenu ovog instituta na “nesvjesno” paralelno ponašanje konkurenata. Ipak postoje mišljenja da je ovakvim shvaćanjem pojma usklađenog djelovanja iz pred-

21 Spojeni predmeti 48-57/69 Imperial Chemical Industries Ltd. protiv Komisije (1972) ECR 619 (“Bojila”).

meta "Bojila" Sud EU-a ostavio mogućnost primjene članka 101. stavka 1. UFEU-a na svjesno, nekoluzivno paralelno ponašanje.²² Međutim, treba istaknuti da je u tom predmetu Sud EU-a zauzeo jasan stav da se paralelno ponašanje ne može poistovjetiti s usklađenim djelovanjem, ali i da paralelno ponašanje može biti snažan dokaz o usklađenom djelovanju. U konkretnom slučaju Sud je smatrao da se tri identična povećanja cijena istih proizvoda unutar vrlo kratkog vremenskog razdoblja od gotovo svih proizvođača na tržištu Zajednice ostavljaju vrlo malo mjesta sumnji je li riječ o usklađenom djelovanju. Činjenica da je Sud svoju odluku utemeljio isključivo na paralelizmu istovjetnih povećanja cijena kao dokazu o usklađenom djelovanju, odnosno na ekonomskim dokazima o koluziji, potvrdivši time odluku Komisije (iako je Komisijina odluka bila utemeljena i na izravnim dokazima o komuniciranju poduzetnika), izazvala je mnoge kritike.²³ Naime, postavilo se pitanje smatra li Sud EU-a zaista paralelizam dovoljnim za utvrđenje usklađenog djelovanja, odnosno povrede članka 101. stavak 1. UFEU-a budući da je odluku utemeljio samo na površnoj analizi tržišta i simultanim identičnim najavama cijena. Velikim propustom Suda smatrala se činjenica da se nije pozvao na druge dokaze koje je podnijela Komisija, osobito zbog toga što su oni snažno ukazivali na postojanje usklađenog djelovanja.

Iz prakse Suda jasno je da se od konkurenata traži samostalnost u postupanju na tržištu, ali i da je poduzetnicima dopušteno "inteligentno prilagođavanje trenutnom i očekivanom ponašanju konkurenata".²⁴ Ovime je Sud jasno ograničio korištenje instituta usklađenog djelovanja na oligopolnim tržištima na kojima konkurentima nije moguće sasvim neovisno odre-

22 Joliet, René, *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, Cahier de Droit Européen, 1974, str. 249, na str. 272.

23 Albors-Llorens, Albertina, "Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: unlawful and legitimate contacts between competitors", *Antitrust Bulletin*, 2006, vol. 51: 4, str. 837. – 876, na str. 854; Korah, Valentine, "Concerted practices", *Modern Law Review*, 1973, vol. 36: 2, str. 225. – 226; Joliet, René, *La notion de pratique concertée et l'arrêt I.C.I. dans une perspective comparative*, Cahier de Droit Européen, 1974, str. 285; Jones, Alison; Sufrin, Brenda, *EC competition law: text, cases, and materials*, Oxford: Oxford University Press, 2. izd., 2004, str. 820; Van Gerven, Gerwin; Navarro Varona, Eburne, "The Wood Pulp case and the future of concerted practice", *Common Market Law Review*, 1994, vol. 31, str. 575. – 608, na str. 590; Franzosi, Mario, "Oligopoly and the prisoner's dilemma: concerted practices and as if behaviour", *European Competition Law Review*, 1988, vol. 9: 4, str. 387.

24 Spojeni predmeti 40-49. 50, 54-56, 111, 113 i 114/73, Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA i drugi protiv Komisije, (1975) ECR 1663.

divati svoju poslovnu politiku jer je na takvom tržištu to prilagođavanje inherentno prisutno (oligopolna međuovisnost). Međutim, inteligentno prilagođavanje sadašnjem i budućem ponašanju konkurenata strogo isključuje svaki "izravni ili neizravni kontakt" poduzetnika čiji je cilj ili učinak utjecati na ponašanje stvarnog ili potencijalnog konkurenta na tržištu, odnosno otkriti tom konkurentu svoje postupke na tržištu, ako je cilj ili učinak takvog ponašanja stvoriti uvjete konkurenciji koji ne odgovaraju normalnim uvjetima na tržištu. Prema tome, granica dopuštenog ponašanja na oligopolnom tržištu biva prijeđena ako konkurenti na bilo koji način "suraduju" kako bi dogovorili usklađeni način postupanja te kako bi osigurali svoj uspjeh prethodnom "eliminacijom svake neizvjesnosti" glede ponašanja na tržištu. Smatra se da je taj koncept zabrane izravnih ili neizravnih kontakata jasan na apstraktnoj razini, ali da je problematična njegova konkretna primjena budući da se postavlja pitanje koji kontakti ostaju dopušteni te na koji način konkurenti mogu komunicirati, a da ne dođe do kršenja članka 101. stavak 1. UFEU-a.²⁵

Odluka Suda EU-a u predmetu "Celuloza II" ključna je za razumijevanje primjene članka 101. stavak 1. UFEU-a na paralelno ponašanje poduzetnika glede cijena, odnosno za razumijevanje instituta usklađenog djelovanja i njegova dokazivanja.²⁶ Naime, ta odluka razrješava pitanje kada se paralelno ponašanje poduzetnika smatra usklađenim djelovanjem, odnosno kada se poduzetnici uspješno mogu pozivati na oligopolnu međuovisnost kako bi se obranili od optužbe da krše članak 101. stavak 1. UFEU-a. Sud je ovdje zauzeo stav, koji do danas nije izmijenjen, da se članak 101. stavak 1. UFEU-a ne primjenjuje na nekoluzivno paralelno ponašanje, odnosno da paralelno ponašanje ne može biti dokaz o usklađivanju poduzetnika, osim ako je usklađivanje poduzetnika "jedino vjerojatno objašnjenje" paralelnog ponašanja. Komentatori nazivaju tu odluku "pobjedom za ekonomsku teoriju" u sudskoj praksi na području prava konkurencije u EU.²⁷

25 Albors-Llorens, Albertina, "Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: unlawful and legitimate contacts between competitors", *Antitrust Bulletin*, 2006, vol. 51: 4, str. 837. – 876, na str. 846.

26 Spojeni predmeti C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 and C-125/85 to C-129/85 A. Ahlström Osakeyhtiö i drugi protiv Komisije (1993) ECR I-1307 ("Celuloza II").

27 Van Gerven, Gerwin; Navarro Varona, Eurne, "The Wood Pulp case and the future of concerted practice", *Common Market Law Review*, 1994, vol. 31, str. 575. – 608, na str. 607.

Također, smatraju da tako definiran pravni standard ocjene paralelnog ponašanja konkurenata onemogućuje primjenu članka 101. stavak 1. UFEU-a na protukonkurentsko oligopolno ponašanje koje se odvija putem prešutne koluzije, osim ako ne postoje dodatni dokazi o koluziji. Ipak, smatra se da ostaje određena mogućnost primjene članka 101. stavak 1. UFEU-a na situacije u kojima nema dokaza o stvarnom kontaktu poduzetnika u kojima paralelnost cijena bez koludiranja nije vjerojatna, pa će i ekonomski dokazi biti dovoljni za dokazivanje nezakonite koluzije. Međutim, takvo je dokazivanje povrede članka 101. stavaka 1. UFEU-a iznimno problematično zbog toga što je u konkretnom slučaju krajnje teško utvrditi granicu između ponašanja koje je uvjetovano strukturom tržišta i inteligentnim prilagođavanjem tržišnim uvjetima te ponašanja koje je utemeljeno na koluziji. Komentatori se, uglavnom, slažu da je u takvim situacijama bolje, umjesto članka 101. UFEU-a, koristiti institut zlouporabe vladajućeg položaja (članak 102. UFEU-a), odnosno pravila o nadzoru koncentracija poduzetnika.²⁸ Zbog toga se smatra da je članak 101. UFEU-a neprikladan za nadzor oligopola.

Nakon odluke u predmetu “Celuloza II” sudska se praksa razvijala u smjeru utvrđivanja kakva je vrsta kontakata poduzetnika na tržištu dokaz o usklađenom djelovanju. Usklađeno djelovanje postoji ako je moguće dokazati komuniciranje poduzetnika koje je usmjereno na smanjivanje neizvjesnosti glede njihovog budućeg ponašanja na tržištu. Iz sudske je prakse dobro poznato da institut usklađenog djelovanja podrazumijeva postojanje “uzajamnih” (recipročnih) kontakata između konkurenata.²⁹ Ako nema reciprociteta, nema ni usklađenog djelovanja. I Komisija i Sud tumače kriterij uzajamne komunikacije ekstenzivno. Uvjet uzajamnosti zadovoljen je ako jedan konkurent “otkrije svoje buduće namjere ili ponašanje na tržištu drugome na njegovo traženje” ili ako taj drugi “u najmanju ruku prihvati” takvo otkrivanje namjera ili ponašanja.³⁰ Pasivna uloga poduzetnika kao primatelja informacija nije valjan razlog za oslobađanje poduzetnika od sudjelovanja u kartelu. Naime, pasivno sudjelovanje na protukonkurentskim sastancima smatra se uzajamnim kontaktom, odnosno dokazom o uključe-

28 Stroux, Sigrid, *US and EC oligopoly control*, The Hague: Kluwer, 2004.

29 Predmet T-25/95 *Cimenteries* (2000) ECR II-491.

30 *Ibidem*.

nosti poduzetnika u usklađeno djelovanje budući da taj poduzetnik mora uzeti u obzir podatke koje je dobio na tom sastanku kada donosi odluke o vlasitom ponašanju na tržištu. Za njegovu ekskulpaciju traži se aktivno djelovanje: javno distanciranje od onoga o čemu se na sastanku raspravljalo, odnosno prijavljivanje takvih protukonkurentskih kontakata nadležnim tijelima.³¹ Dakle, samo sudjelovanje na sastancima, koji se odnose na protukonkurentske aktivnosti, dovoljno je za dokazivanje sudjelovanja u tim aktivnostima, osim ako ne postoji dokaz o suprotnome.³² Čini se da bi jedini ispravan način reagiranja poduzetnika, koji dobije elektroničku poštu, faks ili teleks od konkurenta (a on nije tražio da mu se to pošalje), u kojima se otkrivaju namjere tog konkurenta glede cijena i sugerira koluzija, bio da se poduzetnik distancira od takve informacije ili da o tome obavijesti tijelo nadležno za tržišno natjecanje.

6. Kartelni sporazumi u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja

U hrvatskom pravu tržišnog natjecanja, koje svoju normativno-legislativnu i provedbeno-interpretativnu inspiraciju nalazi u pravu tržišnog natjecanja EU-a, zabranjeni su horizontalni sporazumi o cijenama, kao i usklađeno djelovanje poduzetnika. Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. usklađen je u tom pogledu s pravnom stečevinom EU-a.³³ Štoviše, na temelju tog Zakona doneseni su podzakonski akti koji omogućuju oslobođanje od kazne, odnosno umanjenje kazne poduzetnicima koji daju bitne informacije o postojanju kartela, a i sam Zakon donosi značajnu novinu da Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja izriče poduzetnicima kaznu ("upravno-kaznena mjera"), čime je ukinuta dosadašnja nadležnost prekršajnih sudova na izricanje kazni na temelju odluke Agencije kojom je utvrđena povreda Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

Zakon iz 2009. zabranjuje "sve sporazume između dva ili više neovisnih poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje,

31 Predmet C-204/00 etc Aalborg Portland protiv Komisije, (2004) ECR I-123.

32 Predmet Thyssen Stahl protiv Komisije (1999) ECR II-347 ("Steel Beams").

33 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN, br. 79/2009.

koje kao cilj ili posljedicu imaju narušavanje tržišnog natjecanja na mjero-davnom tržištu” (čl. 8. st. 1.). Kao što je vidljivo, ta je odredba oblikovana po uzoru na članak 101. stavak 1. UFEU-a. Pojam sporazum zasebno se objašnjava, tako da se primjerično navode oblici u kojima se sporazum, u smislu članka 8. stavak 1., može pojaviti. Tako se navode “ugovori, pojedine odredbe ugovora, usmeni ili pisani dogovori među poduzetnicima te usklađena praksa koja je posljedica takvih dogovora, odluke poduzetnika ili udruženja poduzetnika, opći uvjeti poslovanja i drugi akti poduzetnika koji jesu ili mogu biti sastavni dio ugovora i slično, neovisno o tome jesu li takvi sporazumi sklopljeni između poduzetnika koji djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije (horizontalni sporazumi) ili između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije (vertikalni sporazumi)” (čl. 8. st. 2.). Ključno je da Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. više ne sadržava odredbu prema kojoj se za-branjenim sporazumom smatraju i “prešutni dogovori” kao što je to bilo uređeno člankom 9. stavak 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003.³⁴ Ipak, normativno proširenje pojma sporazuma i na “prešutne dogovore” nije u praksi Agencije imalo nikakve praktične konzekvence budući da u niti jednom predmetu nije primijenjena norma koja zabranjuje “prešutni dogovor”.

Analiza prakse Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja na području kar-telnih sporazuma od 1997. do 1. studenoga 2011. pokazuje da je u dvanaest predmeta odlučeno o dogovoru konkurenata o cijenama.³⁵ Ovo je relativ-

34 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN, br. 122/2003.

35 Predmet “Ortopedska pomagala” (Otto Bock Adria d.o.o., klasa UP/I-030-02/97-01/13, Odluka od 15. prosinca 1997., Glasnik AZTN, br. 1, prosinac 1999., str. 81. – 83.);

Predmet “Autoškole iz Splita” (Biserka-ST d.o.o. i dr., klasa UP/I-030-02/99-01/134, Odlu-ka od 19. veljače 2001., NN, br. 18/01);

Predmet “Ugovor o međusobnoj suradnji autoškola” (Semafor d.o.o. Ludbreg i dr., ur. br. 580-02-02-03-02, Odluka od 2. rujna 2002., nije objavljeno u Narodnim novinama);

Predmet “Razminirači” (Hrvatski centar za razminiranje protiv AKD – Mungos d.o.o. i dr., klasa UP/I-030-02/2004-01/95, Odluka od 4. listopada 2005., NN, br. 119/05);

Predmet “Distri-Press i Tisak” (Tisak d.d. u stečaju i Distri-Press d.o.o., Odluka od 15. pro-sinca 2005., klasa UP/I 030-02/2004-01/70, NN, br. 3/2006);

Predmet “Autobusni prijevoznici” (Autobusni promet d.d. Varaždin i dr., klasa UP/I-030-02/2006-01/39, Odluka od 24. rujna 2007., NN, br. 115/07);

Predmet “Autoškole iz Rijeke i Matulja” (Vlamal d.o.o. i dr., Odluka od 30. srpnja 2009., klasa UP/I 030-02/2008-01/68, NN, br. 154/2009);

no oskudna brojka s obzirom na to da je riječ o “najtežim ograničenjima tržišnog natjecanja”. U modernim, razvijenim sustavima provedbe prava tržišnog natjecanja postupanje protiv takvih sporazuma konkurenata prioritetna je aktivnost nadležnih tijela.

U gotovo svim promatranim predmetima Agencija je raspolagala izravnim, pisanim dokazom o zabranjenom dogovoru konkurenata (štoviše, često i tekstom sporazuma u kojem su poduzetnici dogovorili uvjete suradnje). To upućuje na zaključak da poduzetnici u Hrvatskoj još uvijek slabo poznaju propise s područja prava tržišnog natjecanja. To je vidljivo iz analizirane prakse Agencije gdje poduzetnici, gotovo bez ikakve svijesti o nezakonitosti dogovaranja o cijenama, potrebu sklapanja kartelnog sporazuma obrazlažu činjenicom da su se cijene previše snizili³⁶, da treba spriječiti njihovo snižavanje zbog “prevelike konkurencije”³⁷ ili da treba zajednički odrediti “minimalnu cijenu” ispod koje se ne smije ići.³⁸ To davanje samookrivljujućih izjava karakteristično je za tu, još uvijek ranu fazu primjene pravila tržišnog natjecanja u Hrvatskoj, a takve karteke možemo podvesti pod kategoriju “naivnih kartela”.

Predmet “Autobusni prijevoznici” zanimljiv je zbog toga što Agencija nije raspolagala pisanim sporazumom o cijenama između konkurenata, već je iz niza fragmentarnih dokaza o horizontalnom sporazumu o cijenama uspjela zaključiti o postojanju usklađenog djelovanja konkurenata u situaciji paralelnog povećavanja cijena.³⁹

Agencija, po uzoru na praksu Komisije, koristi doktrinu “jedinственe kontinuirane povrede” (*single continuous infringement*). Tako u pred-

Predmet “Upravitelji zgrada iz Splita” (Tehnoplast d.o.o. i dr., Odluka od 24. studenoga 2009., klasa UP/I 030-02/2008-01/03, NN, br. 37/2010);

Predmet “Upravitelji zgrada iz Pule” (Eki inženjering d.o.o. i dr., Odluka od 23. prosinca 2009., klasa UP/I 030-02/2008-01/78, NN, br. 37/2010);

Predmet “Nakladnici opće-informativnih dnevnika” (Datapress d.o.o. u stečaju i dr., klasa UP/I 030-02/2008-01/72, Odluka od 25. ožujka 2010., NN, br. 71/2010);

Predmet “EPH i NCL Media Grupa” (Europapress Holding d.o.o. i NCL Media Grupa d.o.o., klasa UP/I 030-02/2010-01/027, Odluka od 16. prosinca 2010., NN, br. 20/2011);

Predmet “Trgovci uredskim materijalom” (Birodom d.o.o. i dr., klasa UP/I 030-02/2010-01/018, Odluka od 21. srpnja 2011., NN, br. 111/2011).

36 Predmet “Razminirači”.

37 Predmet “Autoškole iz Splita”.

38 Predmet “Autobusni prijevoznici”.

39 *Ibidem*.

metima gdje postoji izravan pisani sporazum između natjecatelja na teret stavlja sklapanje ograničavajućeg sporazuma, a u slučajevima u kojem nije dostupan pisani sporazum ponašanje strana kvalificira kao “izričiti sporazum i/ili usklađeno djelovanje”.⁴⁰

Iznimka u praksi Agencije odluka je u predmetu “Ugovor o međusobnoj suradnji autoškola” iz 2002. godine.⁴¹ U tom je predmetu, u kojem je odlučeno da ugovor, kojim se konkurenti usuglašavaju oko “jedinestvenih kalkulativnih elemenata za izradu cijene”, nije suprotan Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja, na pogrešan način primijenjeno materijalno pravo. Glavni, i jedini, argument na kojem je utemeljena odluka Agencije odnosi se na utvrđenje da, usprkos usuglašavanju oko “jedinestvenih kalkulativnih elemenata za izradu cijene”, same cijene po kojima su konkurenti nudili svoje usluge (u trenutku donošenja odluke) nisu bile jednake. Očito je, međutim, da takav sporazum *pro futuro* omogućuje uspostavu identičnih cijena među konkurentima, a da služi povećanju transparentnosti među natjecateljima glede elemenata za oblikovanje cijene. Takva odluka protivna je pravu tržišnog natjecanja EU-a i načelu da je sporazum o cijenama zabranjen bez obzira na to je li njegov učinak povećanje cijena. Posebice, ta je odluka suprotna praksi Europske komisije iz koje je vidljivo da dogovor o “modelu za izračun troškova”, koji služi da bi konkurenti imali jednake cijene, nije dopušten.⁴²

U gotovo svim kartelnim predmetima, osim samih konkurenata, u uspostavljanje i provođenje dogovora o cijenama bila su uključena i različita udruženja poduzetnika. Usprkos tome što se iz odluka može zaključiti o aktivnom djelovanju udruženja poduzetnika u karteliziranju tržišta, te usprkos tome što Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja propisuje da su zabranjene odluke udruženja poduzetnika, odnosno usklađeno djelovanje (čiji sudionik može biti i samo udruženje), ni u jednom slučaju udruženje nije

40 *Ibidem*. Dvostruka kvalifikacija nije bila osporavana u postupku pred Upravnim sudom Republike Hrvatske (presuda od 15. rujna 2010, NN, br. 126/2010 – Promet d.o.o. i dr. protiv Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja). Vidi i predmet “Nakladnici opće-informativnih dnevnika”, te predmet “Upravitelji stambenih zgrada iz Splita”.

41 Predmet “Ugovor o međusobnoj suradnji autoškola”.

42 Usp. Odluku Komisije u predmetu European Glass Manufacturers (1974) OJ L 160/1 (zabranjeno je uspostavljanje i korištenje modela za izračun troškova ako služe konkurentima kako bi uspostavili slične ili iste cijene tako da potrošači nemaju koristi od razlika u cijenama koje proizlaze iz razlika u izračunu troškova).

bilo adresat odluke Agencije. U jednom dijelu predmeta gospodarsko udruženje bilo je “pokrovitelj” horizontalnog dogovora o cijenama⁴³, u jednom predmetu njegova je uloga bila “kažnjavati” sudionike kartelnog sporazuma zbog možebitnog odstupanja od zajednički dogovorene cijene⁴⁴, dok je u jednom predmetu “stručna služba” udruženja bila zadužena za izračun “minimalne” cijene.⁴⁵

U praksi Suda EU-a i Europske komisije utvrđivanje stupnja odgovornosti gospodarskog udruženja radi sudjelovanja u kartelu predstavlja sastavni dio pravne analize. Kao što je poznato, upravo udruženja poduzetnika mogu služiti kao sredstvo za učinkovitiju uspostavu protukonkurentске suradnje između konkurenata. Toleriranje uključenosti gospodarskih udruženja u kartelne dogovore i ignoriranje njihove uloge u postizanju dogovora oko cijene, odnosno u provedbi kartelne discipline protivno je duhu Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja i “kriterijima koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Zajednici” na čiju se primjenu Hrvatska obvezala na temelju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.⁴⁶

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003., čini se, nije sadržavao pravni temelj za utvrđivanje odgovornosti udruženja poduzetnika. Naime, taj je propis određivao da se *ratione personae* primjenjuje na “trgovačka društva, trgovca pojedinca, obrtnika i druge pravne i fizičke osobe, koje obavljajući gospodarsku djelatnost sudjeluju u prometu robe i/ili usluga” (čl. 3. st. 1.) kao i na svaku “pravnu i fizičku osobu koja na tržištu ostvari povremeni ili jednokratni promet robe i/ili usluga” (čl. 3. st. 2.). To je promijenjeno u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. tako što je definicija poduzetnika usklađena s pravnom stečevinom Unije. Sada se poduzetnicima smatraju “trgovačka društva, trgovci pojedinci, obrtnici i druge pravne i fizičke osobe koje obavljajući gospodarsku djelatnost sudjeluju u proizvodnji i/ili prometu robe, odnosno pružanju usluga, državna tijela i jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave, kada izravno ili neizravno djeluju na tržištu, kao i sve druge pravne ili fizičke osobe (udruge, sportske organizacije, ustanove,

43 Predmet “Ugovor o međusobnoj suradnji autoškola”; predmet “Autoškole iz Splita”.

44 Predmet “Razminirači”.

45 Predmet “Autobusni prijevoznici”.

46 Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, “Narodne novine – Međunarodni ugovori”, br. 14/01, članak 70.

vlasnici autorskih i sličnih prava i ostali) koje djeluju na tržištu” (čl. 3. st. 1.). Zanimljivo je istaknuti da se u pravu tržišnog natjecanja EU-a smatra da samo udruženje ne mora biti poduzetnik da bi se na njegove odluke mogao primijeniti članak 101. stavak 1. UFEU-a.⁴⁷ Međutim, ako udruženje jest poduzetnik, onda se na sporazum između udruženja i drugih poduzetnika može primijeniti članak 81. stavak 1. UEZ-a.⁴⁸

U svojoj praksi Agencija se oslanja na pravnu stečevinu Unije u području borbe protiv kartelnih sporazuma, te zauzima isti načelni stav kao i Komisija i Sud EU-a: relevantno je što je već sam cilj sporazuma ograničiti tržišno natjecanje, bez obzira na njegov učinak; što provedbom dogovorenog strane izbjegavaju rizike tržišnog natjecanja, te što umjesto konkuriranja tržištem upravlja njihov sporazum; svaki poduzetnik treba samostalno donijeti odluke koje se odnose na njegovo ponašanje na tržištu, a sporazum o cijenama ne može se opravdati zbog toga što cijene trebaju biti samostalno određene.⁴⁹ Nadalje, relevantno je što sporazum između natjecatelja eliminira tržišni mehanizam koji prisiljava poduzetnike da se ponašaju učinkovito s obzirom na troškove te da osiguraju veću kvalitetu; također zbog njega nestaje motivacija natjecati se oko kvalitete i inovacije.⁵⁰ Poduzetnik je slobodan provoditi bilo koju strategiju sve dok ona nije protivna prisilnim normama koje zabranjuju usklađivanje i dogovaranje između natjecatelja koje se odnosi na njihovo ponašanje na tržištu.⁵¹ Što se tiče udruženja poduzetnika, njihovo je legitimno pravo zaštititi interese svojih članova, ali samo ako time ne krše propise, uključujući one kojima se štiti tržišno natjecanje.⁵² Izravni sporazumi o cijenama, podjeli tržišta i drugi oblici ograničenja tržišnog natjecanja “najteža su opasnost za razvoj tržišnog gospodarstva te su protivna interesima potrošača”.⁵³ Za

47 *Butterworths competition law*, op. cit. (bilj. 430), § I(141). Vidi mišljenje nezavisnog odvjetnika Jacoba u Predmetu C-67/96 etc Albany International BV protiv SBT (1999) ECR I-5751, §214; predmeti T-25/95 etc Cimenteries CBR SA protiv Komisije (2000) ECR II-491, §1320 u kojoj se citiraju prijašnje odluke Suda EZ-a i Prvostupanjskog suda EZ-a u tom smislu.

48 T-25/95 etc Cimenteries CBR SA protiv Komisije (2000) ECR II-491, §1325 i 2622.

49 Predmet “EPH/NCL Media Grupa”.

50 *Ibidem*.

51 Predmet “EPH/NCL Media Grupa”. Predmet “Nakladnici opće-informativnih dnevnika”.

52 Predmet “Nakladnici opće-informativnih dnevnika”.

53 *Ibidem*.

utvrđivanje *hard-core* sporazuma ključan je protukonkurentski kontakt, ali i simultanost povećanja cijena (unutar nekoliko dana te povećanje na istu cijenu).⁵⁴ Kartelni sporazum opisuje se kao sporazum o fiksiranju cijena koji se sklapa radi izbjegavanja rizika tržišnog natjecanja sa svrhom potpunog isključenja konkurencije između izravnih konkurenata. Oblik sporazuma je irelevantan; potrebna je suglasnost volja između poduzetnika glede njihovog budućeg ponašanja na tržištu, a njihova zajednička namjera djelovati na tržištu na određeni način mora biti jasno vidljiva iz dokaznog materijala. O postojanju suglasnosti volja može se zaključiti iz činjenice da ni jedna strana, tijekom protukonkurentskog kontakta (primjerice, tijekom razmjene sms-poruka) nije povukla svoju suglasnost s dogovorenim ponašanjem. Provedba dogovorenog samo potvrđuje nalaz usklađenog ponašanja.⁵⁵

U svojim odlukama, kada se stranama stavlja na teret sklapanje “sporazuma i/ili usklađeno djelovanje” (tipično kod simultanog i identičnog povećanja cijena konkurenata), Agencija ne ispituje samo je li došlo do uspostave protukonkurentskog kontakta, već analizira i troškovne strukture poduzetnika uključenih u nezakonitu praksu. Cilj tog ispitivanja, čini se, jest potvrditi da se paralelno povećanje cijena ne može opravdati ekonomskim razlozima zbog toga što (kao što bude utvrđeno) natjecatelji imaju različite troškovne strukture. Ako su troškovi različiti, ne mogu cijene biti jednake. Međutim, općepoznato je da je troškovna struktura različitih poduzetnika različita. Budući da se na takva ispitivanja troše značajni resursi, čini se upitnim je li to ispravan pristup s obzirom na to da naglasak nije na protukonkurentskom kontaktu već na usporedbi troškova poduzetnika. Što bi bilo u hipotetskom slučaju u kojem bi konkurenti imali iste troškove, znači li to da bi se mogao prihvatiti argument čistog paralelnog ponašanja (usprkos dokazima o protukonkurentskom kontaktu)?

Iz prakse Agencije vidljivo je da poduzetnici uključeni u kartel koriste niz promašenih argumenata u obranu svog ponašanja. Često se koristi argument da se zbog vrlo niskih tržišnih udjela poduzetnika, uključenih u usklađeno djelovanje, takvo postupanje ne može smatrati nezakonitim.

54 *Ibidem*: redoviti kontakti unutar gospodarskog udruženja, javna objava povećanja cijena od čelnika gospodarskog udruženja.

55 Predmet “EPH/NCL Media Grupa”.

Taj *de minimis* argument Agencija ne prihvaća, što potvrđuje i Upravni sud.⁵⁶ Ovo ne samo da je jasno iz pravne stečevine Unije već i Uredba o sporazumima male vrijednosti određuje da nije primjenjiva na *hard-core* povrede.⁵⁷ U nekoliko slučajeva koristio se i argument da sporazum nije nikada uspješno proveden, među ostalim zato što su neki poduzetnici “varali” protivno zajedničkom dogovoru⁵⁸ odnosno da sporazum nije nikada proveden u praksi.⁵⁹ Agencija je s pravom odbacila takve argumente ispravno smatrajući da je sporazum nezakonit bez obzira na to je li zaista proveden, što je u skladu s pravnom stečevinom EU-a.

U predmetu “Razminirači” tvrdilo se da razminiranje nije gospodarska aktivnost, što je Agencija odbila. U istom predmetu tvrdilo se da ne postoji uzročna veza između smanjenja donacija i sklapanja zabranjenog ugovora, što je također bilo odbijeno kao irelevantno.⁶⁰

U predmetu “EPH/NCL Media Grupa” tvrdilo se da nije došlo do sklapanja nezakonitog ugovora zbog toga što je javno poznat odnos nepovjerenja između g. Pavića i g. Pukanića, dvojice predsjednika uprava konkurentskih poduzetnika. To nije bilo prihvaćeno kao relevantno, kao niti argument da su treći znali da će doći do povećanja cijena (obavijest oglašivačima, distributerima).⁶¹ U tom predmetu pozivalo se i na argument paralelnog ponašanja kao opravdanje što međutim nije prihvaćeno budući da su postojali izravni dokazi o sporazumu.

Važno je pritom očitovanje Agencije o argumentu paralelizma kao opravdanju istodobnog povećanja cijena: njezin je stav da paralelno ponašanje samo po sebi nije povreda pravila o zaštiti tržišnog natjecanja, ali da se paralelnim ponašanjem ne može opravdati situacija u kojoj su cijene

56 Predmet “Autobusni prijevoznici”; presuda Upravnog suda Republike Hrvatske od 15. rujna 2010, NN, br. 126/2010 – Promet d.o.o. i dr. protiv Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Argument o malom značenju sporazuma korišten je primjerice u Predmetu “EPH/NCL Media Grupa”, te u “predmetu “Autoškole iz Rijeke i Matulja”.

57 Uredba o sporazumima male vrijednosti, čl. 6., NN, br. 9/2011 (ranije važeća Uredba o sporazumima male vrijednosti, čl. 6., NN, br. 51/2004).

58 Primjerice, predmet “Autoškole u Splitu”.

59 Primjerice, predmet “Razminirači”.

60 U predmetu “Razminirači” informacije o kartelu došle su iz International Trust Fund (ITF), koji prikuplja sredstva od međunarodnih donora za razminiranje širom svijeta, uključujući Hrvatsku. Kada je ITF saznao za karteliziranje te djelatnosti u Hrvatskoj, prestao je s davanjem sredstava za razminiranje u Hrvatskoj.

61 Predmet “EPH/NCL Media Grupa”.

istodobno povećane u kratkom razdoblju i to na jednaku cijenu, smatrajući da treba postojati određeni odmak između paralelnog djelovanja takmaca.⁶² Budući da je u konkretnoj situaciji postojao protukonkurentski kontakt takmaca, ostaje vidjeti smatra li Agencija nezakonitim čisto paralelno ponašanje bez dokaza o protukonkurentskom kontaktu.

7. Zaključak

U pravu tržišnog natjecanja EU praksa se razvijala u smislu širokog tumačenja pojma sporazum kako bi se obuhvatilo svako ono postupanje konkurenata koje dovodi do dogovora o budućem ponašanju na tržištu. Tako se smatra da je za nastanak sporazuma dovoljno da su poduzetnici očitovali “zajedničku namjeru ponašati se na tržištu na određeni način”, pri čemu oblik očitovanja volje nije bitan dokle god “vjerno odražava namjeru strana”. Kako bi se olakšalo dokazivanje da je među konkurentima došlo do nastanka nedopuštenog sporazuma u cijenama u situacijama kada o tome postoje samo fragmentarni dokazi, razvijeno je načelo zajedničke klasifikacije, prema kojem se ponašanje poduzetnika može okarakterizirati i kao sporazum i kao usklađeno djelovanje, bez potrebe strogog razgraničenja tih instituta. Što se tiče utvrđivanja zakonitosti paralelnog ponašanja, u pravu tržišnog natjecanja EU razvoj sudske prakse daje za pravo tvrdnji da paralelno ponašanje konkurenata kao takvo nije zabranjeno, što uvažava spoznaje moderne ekonomske teorije. Usklađeno djelovanje Sud EU-a tumači kao oblik usklađivanja poduzetnika kojim dolazi do “svjesnog zamjenjivanja rizika konkuriranja praktičnom suradnjom poduzetnika, a da ne dolazi do sklapanja poduzetnika među konkurentima”. Međutim, poduzetnicima je i dalje dopušteno “inteligentno se prilagođavati trenutnom i očekivanom ponašanju konkurenata”. To je vrlo značajno zbog toga što potvrđuje stav da međuovisno oligopolno ponašanje nije zabranjeno, baš kao i u američkom protutrustovskom pravu.

Ključno pitanje koje se postavlja jest kada paralelno, usklađeno ponašanje poduzetnika, u situaciji u kojoj nema dokaza o protukonkurentskom sporazumu o cijenama, treba smatrati zabranjenim. Sud

62 Predmet “Nakladnici opće-informativnih dnevnika”.

EU-a zauzima stav da paralelno ponašanje ne može biti dokaz o zabranjenom usklađenom djelovanju, osim ako je usklađivanje poduzetnika “jedino vjerojatno objašnjenje” paralelnog ponašanja. Prema stavu Suda EU-a, zabranjenim će se smatrati ono usklađeno ponašanje konkurenata koje prati “izravni ili neizravni kontakt” čiji je cilj ili učinak utjecati na ponašanje konkurenata, odnosno otkriti konkurentima svoje postupke na tržištu. U konkretnom slučaju treba ocijeniti postoji li takav kontakt.

Analizirajući europsku praksu na području koluzivnog ponašanja konkurenata, koja se kontinuirano razvija tumačeći uvijek istu pravnu normu (članak 101. stavak 1. UFEU-a), treba reći da pravna praksa uglavnom uvažava stavove ekonomske teorije o koluzivnom ponašanju poduzetnika, makar i s određenim vremenskim odmakom. Štoviše, dominante ekonomske škole svojim su stavovima utjecale i još uvijek utječu na primjenu prava tržišnog natjecanja. U tom smislu, isticanje u provedbi članka 101. stavak 1. UFEU-a i dalje ostaje na postupanju protiv izričite koluzije, tj. slučajevima kada je moguće dokazati sporazum među konkurentima o cijenama, pri čemu se pojam sporazum široko tumači. Što se tiče prešutne koluzije, europska pravna praksa s pravom zauzima stav da paralelno ponašanje konkurenata samo po sebi nije nedopušteno, pa situacije u kojima do usklađivanja ponašanja dolazi bez komunikacije među poduzetnicima ostaju, barem u praksi, izvan dosega pravne norme koja zabranjuje horizontalne sporazume o cijenama iako se čini da teoretski ostaje određena mogućnost primjene instituta usklađenog djelovanja na prešutnu koluziju.

Kriteriji za izricanje upravno-kaznenih mjera: novine u hrvatskom zakonodavstvu

Uvod

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, br. 79/09; u nastavku teksta: ZZTN), koji je stupio na snagu 1. listopada 2010., omogućio je Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: Agencija) izricanje upravno-kaznenih mjera počiniteljima povreda ZZTN-a. Kriteriji za izricanje upravno-kaznenih mjera utvrđeni su člankom 64. ZZTN-a, a detaljnije se razrađuju Uredbom Vlade Republike Hrvatske o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere (NN, br. 129/10), sukladno kriterijima koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskoj uniji.

1. Pojam i cilj upravno-kaznene mjere

Cilj je upravno-kaznenih mjera, koje sukladno ZZTN-u izriče Agencija, osiguravanje učinkovitog tržišnog natjecanja, kažnjavanje počinitelja povreda ZZTN-a, otklanjanje štetnih posljedica takvih povreda i odvraćanje drugih poduzetnika od kršenja odredbi ZZTN-a.

Upravno-kaznene mjere sukladno ZZTN-u mogu se podijeliti na upravno-kaznene mjere za teške povrede propisa o tržišnom natjecanju, upravno-kaznene mjere za lakše povrede propisa o tržišnom natjecanju, te na upravno-kaznene mjere za ostale povrede propisa o tržišnom natjecanju.

* Goranka Marušić Kontent je u vrijeme pisanja ovog rada bila voditeljica Odjela za suzbijanje kartela u Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja.

Teškim povredama propisa o zaštiti tržišnog natjecanja smatra se skla-panje zabranjenog sporazuma iz članka 8. ZZTN-a, zloraba vladajućeg položaja na način opisan člankom 13. ZZTN-a, sudjelovanje u provedbi zabranjene koncentracije u smislu članka 16. ZZTN-a te nepostupanje prema rješenju Agencije kojim se određuju mjere za uspostavu tržišnog natjecanja ili određuju privremene mjere u smislu odredbe članka 58. stavak 1. točka 1. do 10. ZZTN-a).

Zakonski maksimum upravno-kaznene mjere za teške povrede ZZTN-a iznosi najviše do 10% vrijednosti ukupnoga prihoda koji je po-duzetnik ostvario u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financijska izvješća.

Zakonski maksimum upravno-kaznene mjere za lakše povrede ZZTN-a, kojima se mogu kazniti poduzetnici-stranke u postupku koji Agenciji podnesu obveznu prijavu namjere koncentracije, Agenciji podnesu netoč-ne ili neistinite podatke u postupku ocjene koncentracije, ne postupe pre-ma zahtjevu Agencije ili ometaju izvršenje naloga Upravnog suda Republi-ke Hrvatske, iznosi do 1% vrijednosti ukupnoga prihoda koji je poduzetnik ostvario u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financij-ska izvješća.¹

Poduzetnici koji nemaju položaj stranke u postupku, a koji ne postupe po zahtjevu za dostavom podataka Agenciji tijekom prethodnog ispitivanja stanja na mjerodavnom tržištu radi utvrđivanja postojanja dostatnih indi-cija za pokretanje postupka, kao i poduzetnici koji na zahtjev Agencije ne dostave potrebne obavijesti i izjave ili ne dostave na uvid potrebne podatke i dokumentaciju, mogu se kazniti upravno-kaznenom mjerom u iznosu od 10.000 do 100.000 kn.²

2. Izricanje i način izračuna upravno-kaznene mjere

Pri izricanju upravno-kaznene mjere Agencija primjenjuje dvostu-panjsku metodologiju izračuna, pri čemu prvo utvrđuje osnovni iznos upravno-kaznene mjere, a potom tako utvrđen iznos smanjuje ili pove-

1 Članak 62. ZZTN-a.

2 Članak 63. ZZTN-a.

ćava ovisno o utvrđenim olakotnim i otegotnim okolnostima pojedinog slučaja.

2.1. Izračun osnovnog iznosa upravno-kaznene mjere

Izračun osnovnog iznosa upravno-kaznene mjere predstavlja I. stupanj izračuna upravno-kaznene mjere u svakom pojedinom slučaju.

Osnovni iznos je primjerena visina postotka od prihoda poduzetnika (koji ovisi o težini povrede ZZTN-a i, u pravilu, određuje se u visini do najviše 30% prihoda poduzetnika), koja se množi s brojem godina trajanja povrede. U slučajevima kartelnih povreda zakona (dogovor o cijenama, podjela tržišta i ograničavanje proizvodnje), Agencija uvećava osnovni iznos za dodatni iznos od 15% do 25% prihoda poduzetnika, kako bi odvratila druge poduzetnike od sklapanja kartelnih sporazuma kao najtežih oblika povrede zakona.

Pri tome je važno razlikovati pojmove prihod poduzetnika, koji se uzima u obzir prilikom izračuna osnovnog iznosa upravno-kaznene mjere od pojma ukupni prihod, koji se koristi prilikom utvrđivanja maksimalnog iznosa upravno-kaznene mjere.

Dok ukupan prihod poduzetnika predstavlja prihod koji je poduzetnik ostvario od obavljanja svih gospodarskih djelatnosti za koje je registriran, prihod je vrijednost prodaje robe i/ili usluga koji je poduzetnik ostvario isključivo od obavljanja djelatnosti na mjerodavnom tržištu na kojem je Agencija utvrdila povredu zakona, a u koji nije uključen PDV niti drugi porezi izravno vezani uz prodaju.³

2.2. Olakotne i otegotne okolnosti

Utvrdjivanje olakotnih i otegotnih okolnosti, o kojima u konačnici ovisi iznos upravno-kaznene mjere, propisani su ZZTN-om i Uredbom o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere, a predstavljaju II. stupanj utvrđivanja iznosa upravno-kaznene mjere.

Olakotnim okolnostima smatraju se dostava dokaza o prekidu protupravnog ponašanja poduzetnika, žurna, prema saznanju o pokretanju

³ Članak 2. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere.

postupka od Agencije, dostava dokaza da je povreda ZZTN-a posljedica nehaja poduzetnika, dostava dokaza o ne primjeni sklopljenog zabranjenog sporazuma te suradnja poduzetnika s Agencijom na način i u opsegu koji prelazi obveze poduzetnika za oslobađanjem ili umanjnjem upravno-kaznene mjere.⁴

Otegotne okolnosti propisane su člankom 64. stavak 5. ZZTN-a i člankom 9. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere. Njima se smatraju nastavak protupravnog postupanja poduzetnika ili ponavljanje istog ili sličnog postupanja kojima se krše odredbe ZZTN-a nakon dostave rješenja Agencije kojim je utvrđeno da je takvim ponašanjem narušeno tržišno natjecanje, odbijanje suradnje poduzetnika ili ometanje Agencije tijekom provedbe postupka, uloga inicijatora ili poticatelja drugih poduzetnika na povredu ZZTN-a, kao sve radnje tog poduzetnika radi osiguranja sudjelovanja drugih poduzetnika u povredi.

U slučaju nastavka istog ili ponavljanja sličnog protupravnog postupanja, Agencija uvećava iznos upravno-kaznene mjere za 100% za svaki utvrđeni slučaj ponovne povrede zakona.

2.3. Ostale okolnosti koje se uzimaju u obzir prilikom utvrđivanja iznosa upravno-kaznene mjere

2.3.1. *Povećanje upravno-kaznene mjere*

Radi ostvarenja preventivnog učinka upravno-kaznene mjere, odnosno odvrćanja drugih poduzetnika od povrede propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, Agencija može, sukladno odredbi članka 10. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere, nezavisno od prihoda koje je poduzetnik ostvario na mjerodavnom tržištu na kojem je povrijedio zakon, povećati iznos upravno-kaznene mjere onom poduzetniku koji ima značajnu tržišnu snagu na najmanje dva ili više tržišta, kao i onom poduzetniku za kojega je Agencija utvrdila da ostvaruje velik ukupan prihod od obavljanja svih gospodarskih djelatnosti za koje je taj poduzetnik registriran.

Također, radi oduzimanja imovinske koristi koju je poduzetnik ostvario povredom ZZTN-a, Agencija može povećati iznos upravno-kaznene mjere

4 Članak 64. stavak 4. ZZTN-a i članak 8. stavak 2. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere.

utvrđen u I. i II. stupnju izračuna, pod uvjetom da je ostvarenu imovinsku korist moguće procijeniti.

Međutim, najviši iznos upravno-kaznene mjere, koji Agencija može izreći poduzetniku zbog teške povrede ZZTN-a, ne može, niti u kojem slučaju premašiti iznos od 10% vrijednosti ukupnog prihoda koji je poduzetnik ostvario od svih djelatnosti za koje je registriran u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja izvješća.

2.3.2. Iznimno umanjenje upravno-kaznene mjere

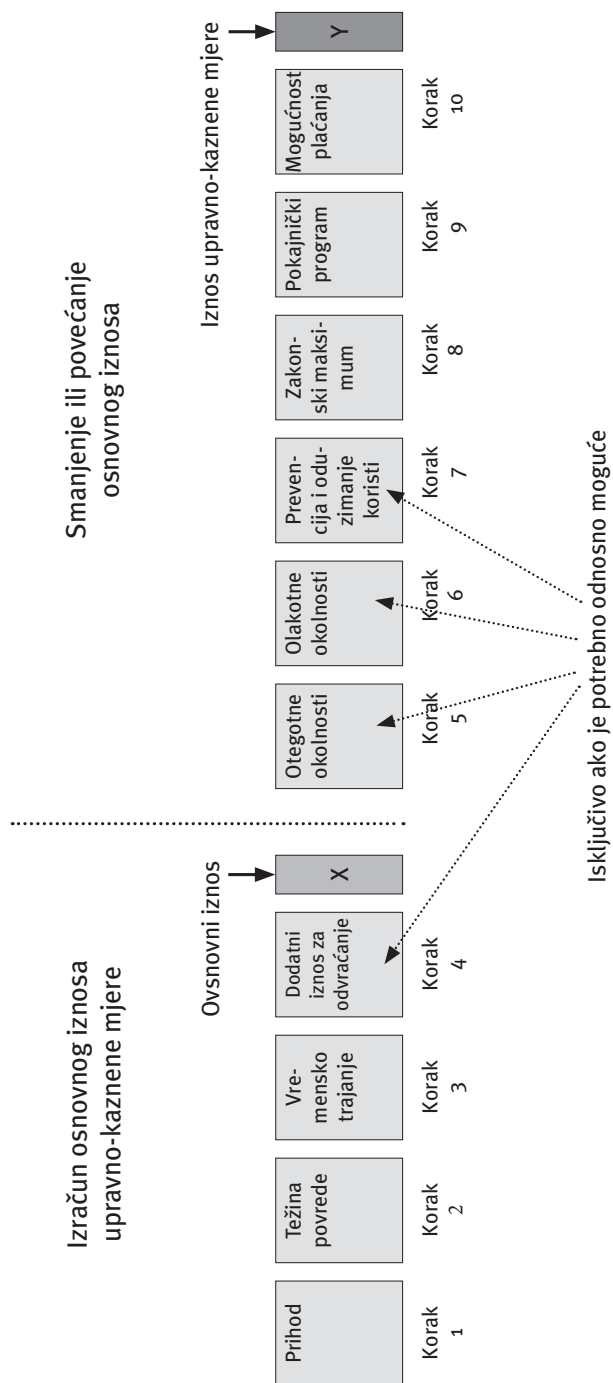
U izuzetnim slučajevima i samo na zahtjev poduzetnika koji se nalazi u teškoj financijskoj situaciji i nije u mogućnosti platiti upravno-kaznenu mjeru izračunanu na propisan način, Agencija može smanjiti iznos upravno-kaznene mjere. Da bi Agencija smanjila iznos upravno-kaznene mjere, potrebno je da poduzetnik dostavi objektivne dokaze kako bi plaćanje upravno-kaznene mjere u visini propisanoj ZZTN-om i Uredbom o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere nepovratno ugrozilo njegovu ekonomsku održivost i dovelo do potpunog gubitka njegove imovine. Pri tome se posebno napominje da sama činjenica da se pojedini poduzetnik nalazi u nepovoljnoj ili teškoj financijskoj situaciji nije sama za sebe dostatan razlog za umanjenje upravno-kaznene mjere.⁵

2.3.3. Simbolična upravno-kaznena mjera

Člankom 64. stavak 8. ZZTN-a, kao i člankom 13. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere propisano je da Agencija može poduzetniku izreći simboličnu upravno-kaznenu mjeru u slučajevima u kojima je utvrđeno da narušavanje tržišnog natjecanja nije bilo značajno, odnosno da nije imalo negativan učinak na tržištu. U tom slučaju, Agencija je obvezna posebno obrazložiti razloge za izricanje simbolične upravno-kaznene mjere.

⁵ Čl. 12. Uredbe o kriterijima za izricanje upravno-kaznene mjere.

NAČIN ODREĐIVANJA UPRAVNO-KAZNENE MJERE



3. Oslobođenje ili umanjeње upravno-kaznene mjere

Kako bi se poduzetnici-sudionici kartela potaknuli na otkrivanje kartela, odnosno njihovu prijavu Agenciji, ZZTN je predvidio mogućnost oslobođenja i/ili umanjenja upravno-kaznene mjere⁶ te je propisao obvezu donošenja Uredbe o kriterijima za oslobođenje ili umanjeње upravno-kaznene mjere (NN, br. 129/10; u nastavku teksta: Uredba).

Navedenom Uredbom uređuju se kriteriji koje je Agencija dužna uzeti u obzir prije donošenja odluke o oslobođenju poduzetnika od plaćanja upravno-kaznene mjere, odnosno prije donošenja odluke o umanjenju upravno-kaznene mjere sudionicima kartela.

3.1. Oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere

Agencija može osloboditi od plaćanja upravno-kaznene mjere onog sudionika kartela koji:

- Agenciju prvi obavijesti o postojanju kartela i dostavi joj podatke, činjenice i dokaze koji omogućuju pokretanje postupka, ili
- prvi dostavi dokaze koji omogućuju Agenciji utvrđivanje povrede zakona u slučajevima kad je već prethodno pokrenut postupak ali Agencija nije imala dovoljno dokaza za utvrđivanje kartela.

Važno je za istaknuti da se predviđena mogućnost oslobođenja od plaćanja upravno-kaznene mjere ne odnosi na inicijatora ili poticatelja, ali se na njih mogu primijeniti odredbe o umanjenju upravno-kaznene mjere.

Oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere Agencija može odobriti onom poduzetniku koji dostavi Prijavu za oslobođenje i/ili umanjeње upravno-kaznene mjere, čiji sastavni dio čini Izjava poduzetnika kojom poduzetnik priznaje postojanje kartela i svoje sudjelovanje u tom kartelu⁷, te podatke, činjenice i ostale dokaze koje podnositelj prijave posjeduje u trenutku podnošenja prijave, a koji se odnose na taj kartel i koji su nastali u razdoblju trajanja kartela.

6 Čl. 65. ZZTN-a.

7 Čl. 5. Uredbe o kriterijima za oslobođenje ili umanjeње upravno-kaznene mjere.

U slučaju da poduzetnik nije iz opravdanih razloga u mogućnosti dostaviti sve podatke potrebne za podnošenje Prijave za oslobođenje i/ili umanjenje upravno-kaznene mjere⁸, može zatražiti stavljanje Zabilješke o prijavi, te, ako mu se odobri stavljanje zabilješke, u ostavljenom roku dostaviti Agenciji tražene podatke, činjenice i dokaze. U tom slučaju smatrat će se da su svi dokazi dostavljeni na dan odobrenja stavljanja zabilješke, te je time poduzetnik “sačuvao svoje mjesto u redu”. Međutim, ako poduzetnik ne postupi prema zahtjevu Agencije i u ostavljenom roku ne dostavi traženu dokumentaciju, smatrat će se da nije podnesena prijava za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere. Dokazima dostavljenim u privitcima zahtjevu za stavljanje zabilješke o prijavi Agencija može slobodno raspolagati.

Svakom poduzetniku, koji podnese prijavu za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere Agencija će dati potvrdu o zaprimanju, pri čemu neće odlučivati o drugim dostavljenim prijavama ili zahtjevima za stavljanje zabilješke za isti kartel dok ne odluči o prvo dostavljenoj prijavi, odnosno zahtjevu.

Nakon zaprimanja svake prijave ili zahtjeva, Agencija ih ispituje kako bi utvrdila ispunjavaju li kriterije za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, te o svojoj odluci pisano obavještava podnositelja prijave.

3.1.1. Davanje uvjetnog oslobođenja

Ako Agencija utvrdi da su ispunjeni kriteriji za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, odobrit će uvjetno oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, budući da se poduzetnik tijekom cijelog postupka kumulativno mora pridržavati svih općih kriterija za oslobođenje i/ili umanjenje plaćanja upravno-kaznene mjere.

Ti opći kriteriji za oslobođenje i/ili umanjenje upravno-kaznene mjere su:

1. potpuna, kontinuirana i promptna suradnja s Agencijom od podnošenja prijave,
2. prekid sudjelovanja u kartelu od dana podnošenja prijave, osim u slučajevima kad Agencija smatra da je nastavak sudjelovanja potreban radi uspješne provedbe nenajavljene pretrage, te

8 Čl. 4. i 5. Uredbe o kriterijima za oslobođenje ili umanjenje upravno-kaznene mjere.

3. zabrana uništavanja, krivotvorenja ili prikrivanja dokaza o kartelu, kao i zabrana obznanjivanja činjenice ili sadržaja namjere prijave kartela Agenciji.⁹

Ako se poduzetnik, kojem je Agencija dala uvjetno oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere tijekom cijelog postupka u nadležnosti Agencije, pridržavao svih prethodno navedenih općih kriterija za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, Agencija će u rješenju kojim okončava postupak osloboditi poduzetnika od plaćanja upravno-kaznene mjere. Međutim, ako Agencija tijekom postupka utvrdi da poduzetnik ne ispunjava neki od navedenih općih kriterija, ukinut će prethodno dano uvjetno oslobođenje i o tome će pisanim putem obavijestiti poduzetnika.

3.1.2. Odbijanje davanja uvjetnog oslobođenja

U slučaju da Agencija utvrdi kako nisu ispunjeni uvjeti za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, o tome će pisanim putem obavijestiti podnositelja zahtjeva. Podnositelj zahtjeva u tom slučaju ima dvije mogućnosti: može povući dokaze dostavljene Agenciji u privitku prijave ili može zatražiti umanjene upravno-kaznene mjere.

Ako poduzetnik odluči povući dokaze dostavljene Agenciji, Agencija se tim dokazima ne smije izravno koristiti, ali to ne sprječava Agenciju da drugim radnjama u postupku pribavi te dokaze.

Zatraži li poduzetnik umanjene upravno-kaznene mjere, tada se na njega primjenjuje postupak za umanjene upravno-kaznene mjere.

3.2. Umanjenje upravno-kaznene mjere

Oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere odobrava se samo jednom, prvom podnositelju zahtjeva, dok se umanjene plaćanja upravno-kaznene mjere može odobriti svim onim poduzetnicima-sudionicima kartela koji podnesu prijavu za umanjene upravno-kaznene mjere, uključujući i inicijatoru i poticatelju.

Kao i kod zahtjeva za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere, poduzetnik mora dostaviti Agenciji Prijavu za oslobođenje i/ili umanjene

⁹ Čl. 3. Uredbe o kriterijima za oslobođenje ili umanjene upravno-kaznene mjere.

upravno-kaznene mjere i Izjavu poduzetnika, te dodatne valjane dokaze koji su uz dokaze kojima Agencija raspolaže, od odlučujućeg značaja za okončanje postupka utvrđivanja postojanja kartela.

Drugim riječima, kriterij za ocjenu o odobravanju umanjenja upravno-kaznene mjere predstavlja dodana vrijednost svakog dokaza dostavljenog Agenciji, koja bez tog dokaza ne bi mogla utvrditi postojanje nekog kartela, ili bi ga mogla utvrditi vremenski znatno kasnije.

I kod umanjenja upravno-kaznene mjere važno je tko se prvi javio Agenciji. Tako Agencija prvom poduzetniku, koji je dostavio dokaze s dodatnom vrijednošću, određuje, u pravilu, umanjenje u rasponu od 30% do 50%. Za drugog poduzetnika, u pravilu, taj se raspon kreće od 20% do 30%, a za svakog sljedećeg poduzetnika u rasponu do najviše 20%.

3.2.1. Davanje uvjetnog umanjenja

Postupak davanja uvjetnog umanjenja vrlo je sličan postupku davanja uvjetnog oslobođenja od upravno-kaznene mjere. Ako Agencija preliminarno ocijeni da dostavljeni dokazi imaju značajnu dodanu vrijednost, odobrit će uvjetno umanjenje upravno-kaznene mjere, uz uvjet pridržavati se svih općih kriterija za oslobođenje od plaćanja upravno-kaznene mjere navedenih u točki 3.1.1., te će o tome obavijestiti podnositelja zahtjeva pisanim putem.

Ako se poduzetnik, kojem je Agencija dala uvjetno umanjenje upravno-kaznene mjere tijekom cijelog postupka u nadležnosti Agencije, pridržavao svih općih kriterija za oslobođenje i/ili umanjenje upravno-kaznene mjere, Agencija će u rješenju kojim okončava postupak utvrditi postotni iznos umanjenja upravno-kaznene mjere za tog poduzetnika. Međutim, ako Agencija tijekom postupka utvrdi da poduzetnik ne ispunjava neki od navedenih općih kriterija, ukinut će prethodno dano uvjetno umanjenje i o tome će pisanim putem obavijestiti poduzetnika.

3.2.2. Odbijanje davanja uvjetnog umanjenja

Ako, prema mišljenju Agencije, dostavljeni dokazi nemaju značajnu dodanu vrijednost ili ako utvrdi da nisu ispunjeni uvjeti za umanjenje upravno-kaznene mjere, o tome će pisanim putem obavijestiti podnositelja zahtjeva, koji u tom slučaju može povući dokaze dostavljene Agenciji u

privitku prijave. Odluči li poduzetnik povući dokaze dostavljene Agenciji, Agencija se tim dokazima ne smije izravno koristiti, ali to ne sprječava Agenciju da drugim radnjama u postupku pribavi te dokaze.

4. Zaključak

Dobivanjem ovlasti za izricanje upravno-kaznenih mjera, Agencija je dobila učinkovito sredstvo za sankcioniranje poduzetnika koji krše ZZTN, kojemu je cilj kako djelotvorno odvratanje od budućih kršenja ZZTN-a, tako i oduzimanje dobiti stečene nezakonitim ponašanjem na tržištu. Premda se radi o određenom presedanu u hrvatskom pravnom sustavu, nakon niza provedenih stručnih konzultacija i analize rješenja u drugim državama, osobito članicama EU, ali i onima u susjedstvu, ustanovilo se da jedino takav sustav, svojevrsno *sui generis* rješenje, može jamčiti uspostavu djelotvornog sustava zaštite tržišnog natjecanja u našoj zemlji.

Pritom je važno istaknuti da i u državama članicama Europske unije Agenciji srodna tijela izriču kazne zbog povrede propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Većina država članica EU-a u propisima, koji uređuju zaštitu tržišnog natjecanja, imaju ugrađene odredbe o oslobođenju ili ublažavanju kazni poduzetnicima sudionicima kartelnih sporazuma koji tijelima srodnim Agenciji prvi otkriju kartel ili iznesu dokaze o postojanju kartela. Stoga su i odredbe ZZTN-a o izricanju upravno-kaznenih mjera u cijelosti usklađene s pravnom stečevinom EU-a.

MLADEN CEROVAC*

Nadzor koncentracija poduzetnika: novine u hrvatskom zakonodavstvu

1. Novi pravni okvir

Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: Zakon; ZZTN) stupio je na snagu 1. listopada 2010.¹ Za provedbu Zakona bilo je potrebno donijeti odgovarajuće podzakonske akte.² U segmentu kontrole koncentracija to su Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija (u nastavku teksta: Uredba o koncentracijama)³ i Uredba o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta (u nastavku teksta: Uredba o mjerodavnom tržištu).⁴ Zakon i na njemu utemeljeni podzakonski akti uvode nekoliko veoma značajnih novina i promjena materijalnopravnog i procesnopravnog značaja u sustavu kontrole koncentracija poduzetnika.

* Mladen Cerovac je zamjenik predsjednice Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja u Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja.

** Mišljenja autora iznesena u ovome radu strogo su osobna te stoga ne odražavaju nužno i službena stajališta Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

1 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja; NN, br. 79/09.

2 Riječ je u uredbama koje na prijedlog Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja donosi Vlada Republike Hrvatske.

3 Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija; NN, br. 38/11. Uredba je stupila na snagu 9. travnja 2011.

4 Uredba o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta; NN, br. 9/11. Uredba je stupila na snagu 29. siječnja 2011.

2. Novine u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja

Neka od tih rješenja predstavljaju potpunu novinu u pravnom sustavu Republike Hrvatske. Takva su rješenja bila potrebna i neizbježna kako bi Hrvatska ispunila obvezu preuzetu Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju (SSP).

Ključne novine koje u segmentu kontrole koncentracija poduzetnika odnose se osobito na sljedeće:

- (i) Detaljno razrađeni preduvjeti za nastanak obveze podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja.
- (ii) Detaljno razrađeni kriteriji za izračun ukupnog prihoda kreditnih i drugih financijskih institucija kao preduvjeta za nastanak obveze prijave namjere koncentracije.
- (iii) Uvodi se Kratki obrazac prijave koncentracije i skraćeni postupak ocjene koncentracije, uz taksativno navođenje kriterija i slučajeva u kojima se takav postupak može primijeniti.
- (iv) Utvrđeni su jasni parametri na temelju kojih će se smatrati da se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju.
- (v) Jasno je utvrđena primjena testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja kod ocjene koncentracija.⁵
- (vi) Uvodi se obveza dostavljanja strankama pisane Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.⁶
- (vii) Utvrđuje se popis kriterija za procjenu koja se informacija smatra poslovnom tajnom, odnosno koje podatke Agencija neće smatrati poslovnom tajnom.
- (viii) Uvode se upravno-kaznene mjere za čije je izricanje nadležna Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.
- (ix) Uvodi se žurnost u postupcima pred Upravnim sudom Republike Hrvatske u upravnim sporovima po tužbama protiv rješenja Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

5 Jasno se ističe primjena *SIEC testa* (engl. *significant impediment of effective competition*), sukladno Uredbi Vijeća (EZ) broj 139/2004.

6 *Statement of objections* (engl.). Stranke se na Obavijest imaju mogućnost pisano očitovati i predlagati dodatne dokaze.

Na neke od navedenih najznačajnijih novina posebno ćemo se osvrnuti.

2. 1. Obveza podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije

Novi Zakon uvodi značajne novine u svezi s preduvjetom za nastanak obveze podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: Agencija).

Prije svega, Zakon sada izričito navodi kako Agencija ocjenjuje dopuštenost samo onih koncentracija koje podliježu obvezi prijave namjere provedbe koncentracije.

Izričitom odredbom da se ocjenjuje dopuštenost samo onih koncentracija koje podliježu obvezi podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije, izbjegnute su sve dvojbe koje su se oko toga pitanja povremeno pojavljivala u javnosti.

To je pitanje bilo osobito isticano u slučaju koncentracije Hrvatske telekomunikacije/Iskon. Ta koncentracija nije podlijegala obvezi prijave i ocjene njezine dopuštenosti od Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja s obzirom na činjenicu da je ukupno ostvareni prihod Iskona bio znatno ispod zakonom propisanog praga.

Zakon utvrđuje da obveza prijave namjere za sudionike koncentracije nastaje samo ako su kumulativno ostvarena dva temeljna preduvjeta. Riječ je o Zakonom propisanoj ekonomskoj veličini sudionika koncentracije izraženoj ukupnim prihodom koji su ti poduzetnici ostvarili prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu i na tržištu Republike Hrvatske u mjerodavnoj godini.⁷

⁷ Novi Zakon zadržava iste nominalne iznose pragova ekonomske veličine sudionika koncentracije koje je imao prijašnji propis. Tako su sudionici koncentracije obvezni prijaviti svaku namjeru provedbe koncentracije ako su *kumulativno ispunjena dva preduvjeta*. Prvi je preduvjet da ukupan godišnji prihod svih sudionika koncentracije ostvaren prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu iznosi najmanje jednu milijardu kuna. Drugi je preduvjet da ukupan prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije ostvaren u Republici Hrvatskoj iznosi najmanje 100.000.000 kuna. Ukupan prihod procjenjuje se sukladno financijskim izvješćima za financijsku godinu koja je prethodila koncentraciji. *Jedina iznimka* od toga pravila sadržana je u Zakonu o medijima (NN, br. 59/04.). Naime, Zakon o medijima obvezuje nakladnike sudionike koncentracija na tržištu medija na prijavu svake koncentracije neovisno o tome jesu li u konkretnom slučaju ispunjeni uvjeti iz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koji se odnose na ukupan prihod sudionika koncentracije.

Novi propisi sada preciziraju da se pod ukupnim prihodom sudionika koncentracije podrazumijeva ukupan godišnji konsolidirani prihod.⁸

Osim toga, Zakon izričito utvrđuje da se kod izračunavanja ukupnog godišnjeg prihoda ne uzima u obzir prihod ostvaren prodajom robe, odnosno pružanjem usluga između društava unutar koncerna (prihod unutar grupe).

Ukupni se prihod utvrđuje na temelju financijskih izvješća za financijsku godinu koja je prethodila koncentraciji. Međutim, Zakon sada dodatno utvrđuje na koji način utvrditi ukupni prihod u slučaju kad sudionici koncentracije u trenutku podnošenja prijave nemaju zaključena godišnja financijska izvješća za prethodnu godinu.⁹

Bitna je novina da novi Zakon izričito propisuje da obveza koncentracije nastaje samo ako najmanje jedan sudionik koncentracije ima sjedište i/ili podružnicu u Republici Hrvatskoj. Na taj su način izbjegnute sve dvojbe i nedoumice u kojim slučajevima nastaje obveza prijave prekograničnih koncentracija hrvatskoj Agenciji.¹⁰

2. 2. Izmijenjena pretpostavka postojanja vladajućeg položaja na tržištu

Odredba Zakona kojom se utvrđuje postojanje oborive pravne pretpostavke vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu s obzirom na njegov tržišni udjel, ima bitno drukčiji izričaj u odnosu na odgovarajuću odredbu iz prijašnjeg propisa.

Novi Zakon zadržava hipotetičnu granicu vladajućeg položaja poduzetnika na tržištu na tržišnom udjelu većem od 40 posto. Međutim, izričaj novog Zakona je takav da izravno relativizira značaj tržišnog udjela kao glavnog, a pogotovo kao isključivog kriterija za utvrđivanje stvaranja novog ili jačanja postojećeg vladajućeg položaja nekog poduzetnika.

Odredba o vladajućem položaju bitna je jer se na odgovarajući način primjenjuje kao indikator kod ocjene hoće li nakon provedbe koncentraci-

8 Prihod svih poduzetnika sudionika koncentracije ostvaren od obavljanja svih gospodarskih djelatnosti za koje su ti poduzetnici registrirani. Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija, članak 2.(c).

9 U tom će se slučaju kao mjerodavna godina u postupku ocjene koncentracije smatrati posljednja godina za koju sudionici koncentracije imaju zaključena godišnja financijska izvješća.

10 *Foreign-to-foreign mergers.*

je doći do stvaranja novog, odnosno do jačanja postojećeg vladajućeg položaja novog gospodarskog entiteta koji će nastati provedbom koncentracije.

Konkretno, odredba novoga Zakona glasi: “U smislu ovoga Zakona poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40 posto može biti u vladajućem položaju.”

Taj se izričaj suštinski razlikuje od odgovarajuće odredbe prijašnjeg propisa koja je glasila: “Pretpostavlja se da se u vladajućem položaju nalazi poduzetnik čiji tržišni udjel na mjerodavnom tržištu iznosi više od 40%.”

Dakle, ovdje nije samo riječ o drukčijem izričaju, već o tome da takav izmijenjeni izričaj bitno mijenja sadržaj toga kriterija.

2. 3. Obveza objavljivanja javnog poziva zainteresiranim osobama

Novinu u Zakonu predstavljaju odredbe kojima se utvrđuje obveza Agencije da, nakon što zaprimi potpunu prijavu koncentracije na svojim internetskim stranicama, objavi javni poziv svim zainteresiranim osobama.¹¹

Svrha je javnog poziva dati mogućnost svima subjektima, koji smatraju da bi provedba prijavljene koncentracije mogla rezultirati značajnim promjenama na mjerodavnom tržištu, da se pisano očituju o njezinim mogućim negativnim učincima.

Njihove primjedbe i mišljenja istodobno omogućuju Agenciji bolje razumijevanje odnosa i stanja na konkretnom mjerodavnom tržištu zahvaćenom koncentracijom.¹²

2. 4. Obveza dostave Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku

Novi Zakon izričito uvodi institut Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku (u nastavku teksta: Obavijest).¹³

11 Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja je i do sada objavljivala javni poziv zainteresiranim osobama, iako takva obveza nije bila izričito predviđena Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja.

12 To mogu biti izravni konkurenti sudionika koncentracije, njihovi kupci ili dobavljači, ali i svi drugi poduzetnici, udruge za zaštitu potrošača, strukovna udruženja, ali i sve druge zainteresirane osobe.

13 *Statement of objections* (engl.). Ta je obveza razrađena u Uredbi o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija. Valja istaknuti da je Agencija i prije stupanja na snagu novoga

U postupku nadzora koncentracija Agencija je Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku obvezna dostaviti podnositelju prijave ako utvrdi da se koncentracija može dopustiti samo uz ispunjavanje određenih mjera i uvjeta. Stoga se podnositelju prijave daje mogućnost da u roku, ne duljem od mjesec dana, predloži odgovarajuće mjere za koje smatra da bi se njima mogli učinkovito ukloniti negativni učinci predmetne koncentracije koje je Agencija navela u Obavijesti.¹⁴

Prednost koju dostavljanje Obavijesti i mogućnost da se na nju očituje daje strankama u postupku sastoji se u tome što stranke u postupku kao poduzetnici najbolje poznaju tržište na kojem djeluju i svoj položaj na tom tržištu. Stoga, upravo stranka može predložiti mjere koje su za nju najmanje otegotne, a da se njima, ipak, postiže svrha postupka. Naravno, mjere koje predlaže stranka moraju biti takve da se njima učinkovito uklanjaju negativni učinci koncentracije na tržišno natjecanje.

Iznimno, sudionici koncentracije mogu takve mjere predložiti i prije, pa već i u samoj prijavi koncentracije.

Postavlja se pitanje može li Agencija, u slučaju da sudionici koncentracije već u samoj prijavi predlože učinkovite mjere i uvjete za uklanjanje negativnih učinaka koncentracije, donijeti rješenje kojim se koncentracija ocjenjuje dopuštenom već na prvoj razini? Naravno, govorimo o slučaju da su mjere, koje su u prijavi predložili sudionici koncentracije Agenciji, potpuno prihvatljive.

Nažalost, to nije moguće. Razlog tome je što mjere i uvjeti za otklanjanje negativnih učinaka moraju biti utvrđeni rješenjem, a takvo rješenje Agencija donosi samo nakon pokretanja postupka na drugoj razini. Međutim, u tom bi slučaju Agencija mogla donijeti rješenje o ocjeni koncentracije u znatno kraćem vremenu.

Valja skrenuti pozornost na to da u vrijeme od dostavljanja Obavijesti stranci pa do trenutka dostave prijedloga podnositelja prijave Agenciji, ne teče rok od tri mjeseca u kojem Agencija mora donijeti rješenje o dopuštenosti koncentracije.

Zakona strankama dostavljala Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. To, međutim, nije bila obveza izravno utvrđena propisima o zaštiti tržišnog natjecanja, već ju je Agencija, sukladno pravnoj stečevini EZ, izvodila iz čl. 143. st. 3. tada važećeg Zakona o općem upravnom postupku (NN, br. 53/91 i 77/96).

14 Podnositelj prijave mjere i uvjete predlaže se na posebnom obrascu.

2. 5. Obveza održavanja usmene rasprave

Zakon sada izričito propisuje obvezatnost održavanja usmene rasprave. Zbog obveze zaštite poslovnih tajni stranaka u postupku, usmena je rasprava, u pravilu, tajna.

2. 6. Prethodna prijava koncentracije poduzetnika

Iako je takva mogućnost u praksi postojala i prema dosadašnjim propisima o tržišnom natjecanju, novi Zakon eksplicite navodi mogućnost podnošenja prijave provedbe namjere koncentracije Agenciji i prije sklapanja ugovora, odnosno objave javne ponude za preuzimanje.¹⁵

Prethodnu prijavu namjere provedbe koncentracije moguće je podnijeti Agenciji pod uvjetom da podnositelj prijave u dobroj vjeri dokaže stvarnu i ozbiljnu namjeru sklapanja ugovora ili javno oglasi namjeru objave javne ponude.

2. 7. Kratki obrazac prijave koncentracije i skraćeni postupak ocjene koncentracije

Novi Zakon donosi značajnu novinu u prijavi i ocjeni dopuštenosti koncentracija poduzetnika. Zakon, naime, uvodi primjenu Kratkog obrasca prijave koncentracije i skraćeni postupak ocjene koncentracije.

Svrha tih instituta je pojednostavljivanje postupka prijave i ubrzavanja postupka ocjene nekih koncentracija. U bitnome, riječ je o koncentracijama koje, s obzirom na ekonomsku veličinu njihovih sudionika, podliježu obvezi podnošenja prijave namjere njihove provedbe Agenciji. Međutim, već se u trenutku podnošenja prijave može procijeniti da primjenom Zakonom utvrđenih kriterije njihova provedba neće imati značajan učinak na promjenu strukture tržišta, a time niti značajan učinak na tržišno natjecanje na konkretnom mjerodavnom tržištu.

Zakon taksativno navodi kriterije i slučajeve na koje se ti instituti mogu primijeniti. Konkretno, Zakon daje mogućnost da Agencija u opravdanim slučajevima, na zahtjev sudionika koncentracije, odluči da nije potrebno

¹⁵ Usklađeno s Uredbom Vijeća (EZ), broj 139/2004 od 20. siječnja 2004., o kontroli koncentracija između poduzetnika.

da sudionici koncentracije dostave sve isprave i podatke koji čine Zakonom i podzakonskim aktom propisani sadržaj prijave koncentracije. Riječ je o primjeni Kratkog obrasca prijave koncentracije.

U takvim slučajevima Agencija, u pravilu, provodi skraćeni postupak ocjene koncentracije.

Skraćeni postupak ocjene koncentracije Agencija će provesti osobito u sljedećim slučajevima:

- (i) Niti jedan od sudionika koncentracije ne djeluje na istom mjerodavnom tržištu u proizvodnom i zemljopisnom smislu, pa, stoga, među njima nema horizontalnog preklapanja.
- (ii) Niti jedan sudionik koncentracije ne djeluju na tržištu koje je uzlazno ili silazno u odnosu na tržište na kojem djeluje neki drugi sudionik koncentracije, pa, stoga, među njima nema vertikalne povezanosti.
- (iii) Dva ili više sudionika koncentracije djeluju na istom mjerodavnom tržištu u proizvodnom i zemljopisnom smislu, ali njihov zajednički tržišni udjel iznosi manje od 15 posto, i/ili kad jedan ili više sudionika koncentracije djeluju na mjerodavnom tržištu koje je u proizvodnom smislu uzlazno ili silazno u odnosu na mjerodavno tržište na kojem djeluje bilo koji sudionik koncentracije, ali njihov pojedinačni ili zajednički tržišni udjel niti na jednom tržištu ne iznosi 25 posto ili više.
- (iv) Sudionik koncentracije stječe samostalnu kontrolu nad poduzetnikom nad kojim je do tada ostvarivao zajedničku kontrolu.
- (v) Dva ili više poduzetnika stječu kontrolu nad zajedničkim pothvatom (*joint venture*), koji nema značajnijih aktivnosti u Republici Hrvatskoj, ili kad se takve značajnije aktivnosti ne predviđaju u razumno vrijeme.

Međutim, i u takvim slučajevima Agencija može od podnositelja prijave naknadno zatražiti potpunu prijavu koncentracije. To će učiniti u slučaju ako ocijeni da postoje dostatne indicije o mogućim negativnim učincima koncentracije na tržišno natjecanje. U tom slučaju Agencija neće voditi skraćeni postupak njezine ocjene.

Značajna je novina da na zahtjev podnositelja prijave Agencija u posebno opravdanim slučajevima može iznimno odlučiti da ne postoji obveza

dostave određenih podataka i dokumenata koji predstavljaju obvezni sadržaj prijave.¹⁶

2. 8. Test značajnog narušavanja tržišnog natjecanja (SIEC)

Novi Zakon jasno i nedvojbeno propisuje da se kod ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika primjenjuje test značajnog narušavanja tržišnog natjecanja (SIEC test). SIEC test (engl. *significant impediment of effective competition*).

Iako je Agencija u praksi taj test dosljedno primjenjivala u svim postupcima koji su se vodili po odredbama prijašnjeg Zakona, izričaj članka 18. toga Zakona stvarao je u nekim krugovima određene dvojbe u tom smislu.

Tekst članka 16. novoga Zakona sada je potpuno usklađen s odgovarajućom odredbom Uredbe Vijeća (EZ) broj 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika i glasi: "Zabranjena je koncentracija poduzetnika koja može značajno narušiti tržišno natjecanje, a osobito ako je takvo narušavanje tržišnog natjecanja posljedica jačanja postojećeg ili stvaranja novog vladajućeg položaja sudionika koncentracije."

Primjena testa značajnog narušavanja tržišnog natjecanja u bitnome znači da će se zabranjenima smatrati samo one koncentracije čiji bi mogući učinak na narušavanje tržišnog natjecanja mogao biti značajan. Ako je mogući učinak provedbe koncentracije narušavanje tržišnog natjecanja koje nije značajno, koncentracija će biti dopuštena.

Kao što je to naprijed već navedeno, valja uvijek imati na umu da se stvaranje novog ili jačanje postojećeg vladajućeg položaja sudionika koncentracije na tržištu u propisima navodi tek kao najčešći primjer i indikator mogućeg značajnog narušavanja tržišnog natjecanja.

Međutim, koncentracije poduzetnika uvijek se ocjenjuju individualno, od slučaja do slučaja.

Ocjena dopuštenosti provodi se uvijek primjenom čvrstih, zakonom precizno propisanih kriterija. Da bi se ti kriteriji mogli primijeniti, Agencija provodi veoma složene ekonomske i pravne analize svake konkretne koncentracije i svakog mjerodavnog tržišta na kojem ta koncentracija proizvodi učinke. Stoga, stvaranje novog ili jačanje postojećeg vladajućeg položaja

¹⁶ Uredba o načinu prijave i kriterijima za ocjenu koncentracija.

samo po sebi ne predstavlja razlog za automatsku zabranu neke koncentracije. I u tom slučaju će stvaranje novog ili jačanje postojećeg vladajućeg položaja biti razlog za zabranu samo ako rezultati provedenih ekonomsko-pravnih analiza nedvojbeno ukazuju da bi provedba konkretne koncentracije izvjesno dovela do takvog narušavanja tržišnog natjecanja koje se po svojim ukupnim učincima može označiti kao značajno.

2. 9. Upravno-kaznene mjere

Novim Zakonom uvodi se posve nov, ali istovremeno izuzetno značajan institut koji je poreban za učinkovitu primjenu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja. Riječ je o uvođenju instituta upravno-kaznene mjere. Te mjere izriče Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.

U segmentu nadzora koncentracija poduzetnika Agencija može izreći upravno-kaznenu mjeru poduzetnicima koji sudjeluju u provedbi zabranjene koncentracije. Budući da Zakon takvo ponašanje utvrđuje kao tešku povredu propisa o tržišnom natjecanju, sudionici takve koncentracije mogu biti kažnjeni s najviše 10 posto vrijednosti ukupnoga prihoda ostvarenog u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financijska izvješća. Istim će se iznosom kazniti i poduzetnici koji ne postupe prema rješenju Agencije kojim se određuju mjere za uspostavu tržišnog natjecanja ili određuju privremene mjere.

Poduzetnik, koji Agenciji ne podnese obveznu prijavu namjere koncentracije ili Agenciji podnese netočne ili neistinite podatke u postupku ocjene koncentracije, kaznit će se upravno-kaznenom mjerom u iznosu do najviše jedan posto (1%) vrijednosti ukupnoga prihoda koji je ostvario u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financijska izvješća. Takvo ponašanje Zakon tretira kao lakšu povredu propisa o tržišnom natjecanju.

4. Umjesto zaključka

Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja i prateći podzakonski akti doneseni su radi daljnjeg usklađivanja sustava zaštite tržišnog natjecanja sa sustavom koji vrijedi u EU-u, odnosno s pravnom stečevinom EU-a (*acquis communautaire*). To se, dakako, odnosi i na odredbe kojima se uređuje područje nadzora koncentracija poduzetnika.

Donošenjem tih propisa u sustav zaštite tržišnog natjecanja Republike Hrvatske uvedeni su instrumenti i mjere kojima su stvorene pretpostavke za još učinkovitiji i djelotvorniji nadzor koncentracija od strane Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.

Međutim, da bi rad Agencije u tome segmentu bio učinkovit, potrebno je da se ispune neki uvjeti na strani podnositelji prijava za ocjenu koncentracija, dakle na strani poduzetnika i njihovih zastupnika. Naime, oni trebaju biti sposobni, i prije nego što započnu s radnjama, čiji je krajnji cilj preuzimanje ili spajanje, sami procijeniti postoje li u namjeravanim koncentracijama kompetitivni rizici u obliku značajnih negativnih učinaka na tržišno natjecanje. Isto tako, oni moraju biti sposobni sami osmisliti i Agenciji predložiti mjere za učinkovito uklanjanje tih negativnih učinaka. Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja i prateći podzakonski akti, sada im nedvojbeno omogućuju takve procjene.¹⁷

17 *Self-assessment (engl.).*

Vertikalni sporazumi: novine u hrvatskom zakonodavstvu

1. UVOD

Zbog potrebe usklađivanja hrvatskog zakonodavstva s pravnom stečevinom EU-a¹, u Republici Hrvatskoj se u kratkom razdoblju, od 1995. do 2010., čak tri puta mijenjao zakonodavni okvir iz područja tržišnog natjecanja. Prvi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja koji je bio na snazi od 1995. do 2003. godine, uveo je institut zabranjenih sporazuma, ali nije bilo mogućnosti skupnog izuzeća određene kategorije sporazuma od opće zabrane sporazuma uređene tim Zakonom.² Takva mogućnost uvedena je tek stupanjem na snagu drugog po redu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koji je bio na snazi od 1. listopada 2003. do 1. listopada 2010.³ Na temelju tog Zakona doneseno je pet uredbi o skupnom izuzeću određenih kategorija sporazuma od opće zabrane, a od tih pet uredbi, dvije uredbe odnosile su se na skupna izuzeća vertikalnih sporazuma. Riječ je o Uredbi o skupnom izuzeću sporazuma između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije⁴, koja je bila na snazi od 29. travnja 2004.

* Vesna Patrlj je članica Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja u Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja.

1 Čl. 69. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske, sklopljen 29. listopada 2001., stupio na snagu 1. veljače 2005. ("Narodne novine – Međunarodni ugovori", br. 14/2001.). Obveza usklađivanja zakonodavstva za RH je započela od dana njegova potpisivanja.

2 NN, br. 48/1995., 52/1997. i 89/1998.

3 NN, br. 122/2003.

4 NN, br. 51/2004.

do 7. travnja 2011., i Uredbi o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila⁵, koja je bila na snazi od 6. kolovoza 2004. do 7. travnja 2011. Navedene uredbe bile su usklađene s pravnom stečevinom EU-a, i to s Uredbom Komisije (EZ) broj 2790/1999 od 29. prosinca 1999. o primjeni članka 81 (3) Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađeno djelovanje⁶ i Uredbom Komisije (EZ), broj 1400/2002 od 31. srpnja 2002., o primjeni članka 81 (3) Ugovora na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađenu praksu u sektoru motornih vozila.⁷ Izravno su se primjenjivale u svim državama članicama EU-a sve do stupanja na snagu novih europskih uredbi na dan 1. lipnja 2010., kojima su zamijenjene.

Treći po redu, važeći Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: ZZTN)⁸ stupio je na snagu 1. listopada 2010., a u razdoblju od 27. studenoga 2010. do 16. srpnja 2011., stupilo je na snagu čak jedanaest novih provedbenih propisa potrebnih za pravilnu primjenu tog Zakona. Zbog potrebe za daljnjim usklađivanjem i modernizacijom propisa o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma, koji obuhvaćaju i sporazume u sektoru motornih vozila, donesene su i dvije nove uredbe: Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika i Uredba o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila. Obje uredbe su stupile na snagu 7. travnja 2011.⁹ Usklađene su s pravnom stečevinom EU-a u tom području: Uredbom Komisije (EU), br. 330/2010 od 20. travnja 2010., o primjeni članka 101. stavak 3. Ugovora o funkcioniranju Europske unije na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađena djelovanja te Uredbom Komisije (EU), br. 461/2010 od 27. svibnja 2010., o primjeni članka 101. stavak 3. Ugovora o funkcioniranju EU-a na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađena djelovanja u sektoru motornih vozila. Obje navedene uredbe Komisije (EU) stupile su na snagu 1. lipnja 2010., a bit će u primjeni u svim državama članicama EU-a do 31. svibnja 2022., odnosno do 31. svibnja 2023.

S obzirom na to da je cjelokupan *acquis communautaire* važno pomoćno sredstvo za tumačenje hrvatskih propisa o zaštiti tržišnog na-

5 NN, br. 105/2004.

6 OJ L 336 od 29. prosinca 1999.

7 OJ L 203. od 1. kolovoza 2002.

8 NN, br. 79/2009.

9 Obje uredbe su objavljene u NN, br. 37/2011.

tjecanja¹⁰, za pravilnu primjenu Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma i Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila potrebno je i poznavanje kriterija iz Obavijesti EK – Smjernice za vertikalna ograničenja¹¹, te Dodatnih smjernica EK za vertikalna ograničenja u sektoru motornih vozila.¹²

2. Pojam zabranjeni sporazumi i izuzeća od zabrane

Članak 8. ZZTN-a, koji uređuje zabranjene sporazume i mogućnost izuzeća određenih sporazuma od opće zabrane, usklađen je u cijelosti s člankom 101. Ugovora o funkcioniranju EU-a (u nastavku teksta: UFEU).

Stavak 1. članak 8. ZZTN-a prohibitorna je odredba kojom se generalno zabranjuju svi sporazumi *između dva ili više neovisnih poduzetnika*¹³, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje, koji kao cilj ili posljedicu imaju sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Važeći ZZTN, za razliku od prijašnjeg Zakona, uvodi i definiciju sporazuma.¹⁴ Nije propisana forma sporazuma. Sporazumima se smatraju ugovori, pojedine odredbe ugovora, usmeni ili

10 Cjelokupna pravna stečevina EU-a (*acquis communautaire*) koju čine primarno i sekundarno zakonodavstvo EU-a, ali i sudska praksa, prvenstveno praksa Europskog suda pravde, važno je pomoćno sredstvo za tumačenje hrvatskih propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, a osobito u slučaju pravnih praznina ili dvojbi u tumačenju tih propisa, u smislu čl. 74. ZZTN-a, a u skladu s čl. 70. st. 2. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju – u nastavku teksta: SSP. Čl. 70. st. 2. SSP-a uređuje da će se svako ponašanje, suprotno pravilima tržišnog natjecanja, ocjenjivati na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama, posebice čl. 81., 82. i 86. Ugovora o osnivanju Europskih zajednica i instrumenata za tumačenje koje su usvojile njezine institucije, a koji su 1. prosinca 2009., stupanjem na snagu Ugovora o funkcioniranju EU-a (Lisabonski ugovor), postali čl. 101., 102. i 106..

11 OJ C 130 od 19. svibnja 2010., dostupne u prijevodu na hrvatskom jeziku na internetskoj stranici: www.aztn.hr

12 OJ C 138 od 28. svibnja 2010., dostupne u prijevodu na hrvatskom jeziku na internetskoj stranici: www.aztn.hr

13 Čl. 3. ZZTN-a uređuje pojam poduzetnik. Široki krug osoba smatra se poduzetnikom u smislu ZZTN-a, pa osim fizičkih i pravnih osoba koje, obavljajući gospodarsku djelatnost, sudjeluju u proizvodnji i/ili prometu robe, odnosno pružanju usluga, i državna tijela te jedinice lokalne i područne (regionalne) samouprave kad izravno ili neizravno djeluju na tržištu, odnosno udruge, sportske organizacije, ustanove i ostali koji djeluju na tržištu, smatraju se, također, poduzetnicima.

14 Čl. 8. st. 2. ZZTN-a.

pisani dogovori među poduzetnicima te usklađena praksa koja je posljedica takvih dogovora, odluke poduzetnika ili udruženja poduzetnika, opći uvjeti poslovanja i drugi akti poduzetnika koji jesu ili mogu biti sastavni dio ugovora i slično, neovisno o tome je li riječ o horizontalnim sporazumima koje sklapaju poduzetnici koji djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije, ili je riječ o vertikalnim sporazumima koje sklapaju poduzetnici koji djeluju na različitoj razini proizvodnje, odnosno distribucije.

S gledišta propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, nije relevantno jesu li sporazumi ugovori u smislu propisa o obveznim odnosima, odnosno jesu li sporazumi za njihove sudionike pravno obvezujući. Za postojanja sporazuma bitno je samo utvrđenje suglasnosti volja njihovih sudionika da se na tržištu ponašaju na određeni način. Stoga se i u ovom radu pod pojmom sporazumi podrazumijevaju svi navedeni oblici.

Osim prohibitorne odredbe članka 8. stavak 1. ZZTN-a, koja općenito zabranjuje sve sporazume koji kao cilj ili posljedicu imaju narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, u točkama 1. do 5. toga stavka utvrđuju se egzemplifikativno osobito zabranjeni sporazumi.

Riječ je o sporazumima kojima poduzetnici izravno ili neizravno utvrđuju kupovne ili prodajne cijene, odnosno druge trgovinske uvjete, ograničavaju ili nadziru proizvodnju, tržišta, tehnološki razvoj ili ulaganje, dijele tržišta ili izvore nabave. Osobito su zabranjeni i sporazumi kojima se diskriminiraju pojedini poduzetnici u odnosu na njihove konkurente jer se prema njima primjenjuju nepovoljniji uvjeti i to za istu vrstu poslova od uvjeta koji se primjenjuju u sporazumima s njihovim konkurentima. Također, uvjetovanje sklapanja ugovora prihvaćanjem od drugih ugovornih strana dodatnih obveza, koje po svojoj prirodi ili običajima u trgovini nisu u vezi s predmetom tih ugovora, osobito je zabranjeno.

Potrebno je istaknuti da je u opisanom stavku riječ samo o ilustrativnom navođenju odredbi, odnosno imenovanih djela koja mogu dovesti do narušavanja tržišnog natjecanja, a nikako i o zatvorenoj listi.

Sporazumi iz članka 8. stavak 1. ZZTN-a nisu *per se* zabranjeni. Određeni sporazumi neće se smatrati zabranjenim sporazumima, odnosno izuzet će se od opće zabrane iz članka 8. stavka 1. ZZTN-a, ako kumulativno u vrijeme njihova trajanja, ispunjavaju četiri uvjeta (dva pozitivna i dva negativna) uređena stavkom 3. tog članka ili ako ispunjavaju uvjete za skupno

izuzeće iz uredbi koje uređuju skupna izuzeća sporazuma, a koje su uređene člankom 10. ZZTN-a.

Pozitivni kriteriji za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a su sljedeći:

- sporazum mora pridonositi unaprjeđenju proizvodnje ili distribucije robe i/ili usluga, ili promicanju tehnološkog ili gospodarskog razvoja,
- pružati potrošačima razmjernu korist.

Negativni kriteriji za izuzeće su sljedeći:

- poduzetnicima se ne mogu nametati ograničenja koja nisu potrebna za postizanje navedenih ciljeva (ciljevi obrazloženi pod pozitivnim kriterijima), i
- poduzetnicima se ne može omogućiti isključivanje znatnog dijela konkurencije s tržišta za robu i/ili usluge koje su predmet sporazuma.

Za sporazume se, koji ispunjavaju uvjete za skupno izuzeće uređeno posebnim uredbama iz članka 10. ZZTN-a, predmnijeva da ispunjavaju kumulativno i uvjete iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a.¹⁵

U protivnom, ako sporazum ne ispunjava uvjete za skupno izuzeće, sudionici takvog sporazuma moraju sami procijeniti ispunjava li njihov sporazum uvjete za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, odnosno moraju sami snositi teret dokaza o kumulativnom ispunjavanju prethodno navedena dva pozitivna i dva negativna uvjeta za izuzeće sporazuma i to za cjelokupno vrijeme trajanja sporazuma. Ocjena o tome jesu li sporazumi s takvim ograničenjima zabranjeni ili nisu, ovisit će o rezultatima pravne i ekonomske analize njihovih pozitivnih i negativnih učinaka na tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Takav način ocjene sporazuma u komparativnom pravu EU-a i SAD-a poznat je pod nazivom pravilo ili standard razumne primjene (engl. *rule of reason*).

Sporazumi koji ne ispunjavaju navedene uvjete za izuzeće ili na koje se ne odnose skupna izuzeća uređena člankom 10. ZZTN-a, a kojima se narušava tržišno natjecanje u smislu članka 8. stavak 1. ZZTN-a, *ex lege* su ništetni. Ništetnost sporazuma djeluje *ex tunc*.

15 Izuzeće od ove presumpcije odnosi se samo na institut ukidanja skupnog izuzeća sporazuma koji sadrže sve uredbe o skupnom izuzeću. Tako su, primjerice, uvjeti za ukidanje skupnog izuzeća za pojedini sporazum uređeni čl. 11. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma i čl. 15. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila. Obje su uredbe objavljene u NN, br. 37/2011.

3. Pojam vertikalni sporazumi

Vertikalni sporazum je bilo koji oblik (usmeni ili pisani) sporazuma između dva ili više neovisnih poduzetnika koji u svrhu sporazuma djeluju na različitim razinama proizvodnog ili distribucijskog lanca u odnosu na uvjete po kojima poduzetnici mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određenu robu i/ili usluge. Primjerice, sporazum između proizvođača-dobavljača, s jedne strane, i trgovca na veliko ili trgovca na malo – distributera, s druge strane.

Tri su osnovna elementa navedene definicije:

1. *sporazum se sklapa između dvaju neovisnih poduzetnika ili više njih*

Nisu obuhvaćeni sporazumi između poduzetnika s krajnjim potrošačima jer se na takve sporazume ne može primijeniti članak 8. ZZTN-a, ali to ne isključuje mogućnost primjene odredbi tog Zakona o zloporabi vladajućeg položaja, koja nije predmet ovoga rada. Valja posebno istaknuti da odredbe ZZTN-a o zabranjenim sporazumima nisu primjenjive niti na sporazume sklopljene između poduzetnika koji unatoč činjenici da imaju zasebnu pravnu osobnost čine, s gledišta propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, jedan gospodarski subjekt (primjerice, sporazumi između društava koncerna, vladajućeg i ovisnog društva).¹⁶ U tom slučaju takvi poduzetnici tretiraju se kao jedan poduzetnik (upravljanje i vođenje poslova iz jednog centra), pa se na njih ne može primijeniti članak 8. ZZTN-a. Nadalje, odredbe navedenog članka nisu primjenjive niti na sporazume o trgovinskom zastupanju u kojem zastupnik ne snosi financijski ili komercijalni rizik u odnosu na aktivnosti za koje je ovlašten na zastupanje nalogodavca.¹⁷

2. *sporazum se sklapa između poduzetnika koji u svrhu sporazuma djeluju na različitim razinama proizvodnog, odnosno distribucijskog lanca*

16 Čl. 4. ZZTN-a uređuje kriterije za utvrđenje poduzetnika pod kontrolom drugog poduzetnika, odnosno koji se poduzetnici smatraju jednim gospodarskim subjektom

17 Vidi opširnije o sporazumima koji načelno nisu obuhvaćeni čl. 101. (1) UFEU-a, koji je sadržajno istovjetan čl. 8. st. 1. ZZTN-a, u Obavijesti Komisije – Smjernice za vertikalna ograničenja, paragraf 8. do 22., OJ C 130 od 19. svibnja 2010., dostupne u prijevodu na hrvatskom jeziku na internetskoj stranici: www.aztn.hr

Primjerice, jedan poduzetnik proizvodi sirovinu koju prodaje drugom poduzetniku koji je koristi za proizvodnju gotovog proizvoda, koji prodaje trećem poduzetniku radi prodaje potrošačima. U konkretnom slučaju prvi poduzetnik je proizvođač, drugi trgovac na veliko, a treći trgovac na malo. Međutim, navedeno ne sprječava te poduzetnike da djeluju na više trgovinskih razina.

3. *sporazumi se odnose na uvjete pod kojima ugovorne strane (dobavljač i kupac) mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određenu robu i/ili usluge*

Primjerice, ugovori o zakupu ili najmu ne bi se smatrali vertikalnim sporazumima jer predmet tih ugovora nije prodaja robe i/ili usluge.

4. Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma

Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika je Opća uredba koja uređuje skupna izuzeća vertikalnih sporazuma iz svih djelatnosti od opće zabrane uređene člankom 8. stavak 1. ZZTN-a. Stoga se u ovom radu u daljnjem tekstu za tu uredbu koristi skraćeni naziv: Opća uredba.

Usklađena je u cijelosti s Uredbom Komisije (EU), broj 330/2010 od 20. travnja 2010.

Stupila je na snagu 7. travnja 2011., a toga dana prestala je važiti Uredba o skupnom izuzeću sporazuma između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije koja je bila na snazi od 29. travnja 2004. do 7. travnja 2011.

Poput svih drugih propisa o skupnom izuzeću, i Opća uredba uređuje uvjete koje sporazumi na koje se primjenjuje – vertikalni sporazumi – moraju sadržavati (tržišni udjel sudionika sporazuma) te teška ograničenja, odnosno zabranjene obveze koje takvi sporazumi ne smiju sadržavati.

4.1. Opća uredba – što se nije promijenilo?

Nema promjena u odnosu na prijašnju važeću Uredbu u odnosu na sporazume na koje se Opća uredba primjenjuje, odnosno ne primjenjuje¹⁸, osim izričitog navođenja da se Opća uredba ne primjenjuje na vertikalne sporazume o industrijskoj (tehnološkoj franšizi) koji se odnose na proizvodnju proizvoda ili tehnološki proces u proizvodnji proizvoda. Drugim riječima, Opća uredba obuhvaća vertikalne sporazume iz svih djelatnosti koji sadrže određena vertikalna ograničenja. Posebno se primjenjuje, a pod izrazom posebno smatra se da se Opća Uredba najčešće primjenjuje na sporazume o isključivoj distribuciji, sporazume o selektivnoj distribuciji, sporazume o isključivoj kupnji, sporazume o isključivoj opskrbi, sporazume o franšizi (osim sporazuma o industrijskoj ili tehnološkoj franšizi), i na sporazume koji sadržavaju odredbe kojima se *kupcu ustupaju ili daju na korištenje prava intelektualnog vlasništva, ali samo pod uvjetom da te odredbe ne čine primarni cilj takvih sporazuma te da su u izravnoj vezi s uporabom, prodajom ili preprodajom ugovorenih proizvoda*. Primjerice, prijenos posebnog znanja i iskustva – *know-how* – koje je potrebno kupcu za uporabu, prodaju ili preprodaju proizvoda koji su predmet sporazuma. Stavcima 2. do 6. članka 3. Opće Uredbe uređene su definicije navedenih vrsta sporazuma.

Skupno izuzeće iz Opće uredbe ne može se primijeniti na vertikalne sporazume koji nisu usklađeni s Općom uredbom, te na vertikalne sporazume na koje se isključivo primjenjuju neki drugi propisi o skupnom izuzeću. Primjerice, u slučajevima sporazuma o industrijskoj (tehnološkoj) franšizi, koji se odnose na proizvodnju proizvoda ili tehnološki proces u proizvodnji proizvoda, primjenjuje se Uredba o skupnom izuzeću sporazuma o prijenosu tehnologije.¹⁹ Također, na sporazume o distribuciji novih motornih vozila sve do 31. svibnja 2013. isključivo se primjenjuje Uredba o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

Nema promjena u uređenju teških ograničenja tržišnog natjecanja (članak 9.) i ostalih zabranjenih obveza (članak 10.) koje vertikalni sporazumi ne smiju sadržavati u odnosu na prethodno važeću Uredbu. Ako sporazum

18 Čl. 3. i 4. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma, NN, br. 37/2011.

19 NN, br. 9/2011.

sadržava teška ograničenja tržišnog natjecanja uređena člankom 9. Opće uredbe, ne može uživati beneficiju skupnog izuzeća, odnosno cjelokupan sporazum ne može se skupno izuzeti od opće zabrane iz članka 8. stavak 1. ZZTN-a. Međutim, sporazumi koji sadržavaju zabranjene obveze uređene člankom 10. Opće uredbe mogu se skupno izuzeti samo u dijelu koji ne sadržava te zabranjene obveze, naravno pod uvjetom da se ti sporazumi, bez zabranjenih obveza, mogu i nadalje izvršavati.

4.2. Opća uredba – što se promijenilo?

Najvažnije novine koje uvodi nova Opća uredba, u odnosu na prethodno važeću Uredbu o skupnom izuzeću sporazuma između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije, su:

4.2.1. Predmet Uredbe

Predmet Uredbe u članku 1. uređen je na način da su određeni samo uvjeti koje vertikalni sporazumi moraju sadržavati te ograničenja ili uvjeti koje takvi sporazumi ne smiju sadržavati kako bi se mogli skupno izuzeti od opće zabrane iz članka 8. stavak 1. ZZTN-a.

Nova Opća uredba više ne sadržava *druge uvjete* koji se moraju ispuniti za skupno izuzeće vertikalnih sporazuma koji su bili uređeni člancima 1. i 11. prethodno važeće Uredbe. Naime, ti drugi uvjeti, odnosno ostali bitni kriteriji za skupno izuzeće su se, ustvari, odnosili na ispunjavanje uvjeta iz članka 10. i 12. prethodno važećeg ZZTN-a za pojedinačno izuzeće sporazuma, u slučaju kad sporazum ne ispunjava uvjete za skupno izuzeće ili može bitno kao dodatni kriteriji za ukidanje beneficije skupnog izuzeća iz članka 12. prethodno važeće Uredbe, a nikako se nisu mogli odnositi na uvjete koje je potrebno ispuniti za skupno izuzeće vertikalnih sporazuma. Stoga nova Uredba nema više odredbu takvog sadržaja.

4.2.2. Tržišni udjel kupca

Za razliku od prethodno važeće Uredbe, koja je kao uvjet za skupno izuzeće koje vertikalni sporazumi moraju sadržavati, promatrala samo tržišni udjel jednog sudionika sporazuma i to dobavljača (samo iznimno kupca i to samo ako je riječ o sporazumu o isključivoj opskrbi), Opća ured-

ba u članku 5. predviđa kao uvjet za skupno izuzeće vertikalnih sporazuma, osim tržišnog udjela dobavljača, i tržišni udjel kupca.

Budući da je nova Opća uredba u tom smislu restriktivnija od prethodno važeće Uredbe, veći broj vertikalnih sporazuma, u odnosu na prijašnju važeću Uredbu, neće više moći uživati beneficiju skupnog izuzeća. Naime, prepoznata je i značajna tržišna snaga kupca, a ne samo dobavljača, pa je bilo potrebno odrediti i maksimalnu visinu tržišnog udjela kupca kako bi se vertikalni sporazumi mogli skupno izuzeti od opće zabrane sporazuma iz članka 8. stavak 1. ZZTN-a. Stoga se skupno izuzeće primjenjuje pod uvjetom da tržišni udjel dobavljača, na mjerodavnom tržištu na kojem prodaje proizvode koji su predmet sporazuma, nije veći od 30% te da tržišni udjel kupca, na mjerodavnom tržištu na kojemu kupuje proizvode koji su predmet sporazuma, nije veći od 30%. Iznimno, u slučajevima vertikalnih sporazuma sklopljenih između više sudionika, u kojima jedan poduzetnik, koji je sudionik sporazuma, kupuje proizvod koji je predmet sporazuma od drugog sudionika i taj proizvod prodaje trećem sudioniku, skupno izuzeće za takav sporazum bit će moguće ako tržišni udjel sudionika sporazuma koji kupuje i prodaje proizvod koji je predmet sporazuma i na mjerodavnom tržištu na kojem kupuje proizvod, kao i na mjerodavnom tržištu na kojem prodaje proizvod, nije veći od 30%.

4.2.3. Ukidanje pojedinačnog izuzeća

Ukidaju se dosadašnje mogućnosti korištenja instituta pojedinačnog izuzeća sporazuma, pa Opća uredba ne sadržava odredbe vezane uz mogućnost pojedinačnog izuzeća što je prethodno važeća Uredba uređivala u članku 13. i 14.

Naime, institut pojedinačnih izuzeća sporazuma u EU-u ukinut je još 1. svibnja 2004. i to Uredbom Vijeća, br. 1/2003 od 16. prosinca 2002., o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (sadašnji članci 101. i 102 UFEU). Razlog ukidanja prijave sporazuma, odnosno instituta pojedinačnog izuzeća sporazuma u EU je prevladavajuće stajalište da Europska komisija odnosno tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica EU-a trebaju djelovati *ex post*, a ne *ex ante*, kako bi se izbjegli dugi administrativni postupci i da bi se mogli usredotočiti na rad u najsloženijim predmetima.

Stoga Opća uredba u članku 12. uređuje da teret dokaza o postojanju uvjeta za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, snose sami poduzetnici sudionici vertikalnog sporazuma. Za vertikalne sporazume se, koji ispunjavaju uvjete za skupno izuzeće na temelju Opće uredbe, u pravilu, predmnijeva da ispunjavaju i uvjete iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, osim iznimno u slučaju uređenom člankom 11. Opće uredbe koji uređuje uvjete za ukidanje skupnog izuzeća za pojedini sporazum.²⁰ Sudionici sporazuma koji ne zadovoljavaju uvjete iz Opće Uredbe, sami moraju procijeniti ispunjavaju li, unatoč tomu, njihovi sporazumi uvjete iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, budući da je ukinuta mogućnost podnošenja zahtjeva Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: Agencija) za pojedinačno izuzeće sporazuma. U slučaju pokretanja postupka utvrđivanja zabranjenog sporazuma, koji Agencija pokreće prema službenoj dužnosti, teret dokaza o postojanju uvjeta za izuzeće snose poduzetnici sudionici tog vertikalnog sporazuma.

4.2.4. Prijelazno razdoblje za primjenu prethodno važeće Uredbe

Opća Uredba u članku 14. uređuje prijelazno razdoblje za primjenu prethodno važeće Uredbe za vertikalne sporazume koji su sklopljeni prije njezinog stupanja na snagu (dakle, prije 7. travnja 2011.), a koji su bili usklađeni s prethodno važećom Uredbom, do isteka trajanja tih sporazuma, a najkasnije do 31. siječnja 2012. Radi pravne sigurnosti poduzetnika koji su sklopili vertikalne sporazume prije stupanja na snagu Opće uredbe, a riječ je, primjerice, o sporazumima o isključivoj distribuciji, sporazumima o isključivoj kupnji, sporazumima o selektivnoj distribuciji, sporazumima o franšizi, koji su ispunjavali u cijelosti uvjete za skupno izuzeće iz prethodno važeće Uredbe²¹, potrebno je primjenu prijašnje važeće Uredbe produljiti na takve sporazume do isteka trajanja tih sporazuma, a najkasni-

20 Agencija može po službenoj dužnosti pokrenuti postupak ocjene pojedinog vertikalnog sporazuma, iako taj sporazum ispunjava uvjete za skupno izuzeće iz Opće uredbe, u slučajevima kada učinci tog sporazuma, samostalno ili kumulativno sa sličnim vertikalnim sporazumima na mjerodavnom tržištu, ne ispunjavaju kumulativno, u vrijeme trajanja sporazuma, uvjete za izuzeće iz čl. 8. st. 3. ZZTN-a. Rješenje o ukidanju skupnog izuzeća djeluje *ex nunc*.

21 Uredba o skupnom izuzeću sporazuma između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije (NN, br. 51/2004.).

je do 31. siječnja 2012. Takvo prijelazno rješenje je potrebno da bi sudionici takvih sporazuma, koji su u cijelosti poštovali prisilne propise pri sklapanju i trajanju sporazuma, u tom prijelaznom razdoblju mogli utvrditi i visinu tržišnog udjela kupca, odnosno ispunjava li njihov sporazum i nadalje uvjete za izuzeće iz Opće uredbe (ako je tržišni udjel dobavljača i kupca do 30%), ili ako utvrde da je visina tržišnog udjela kupca viša od propisane Općom uredbom (iznad 30%), unatoč činjenici da više ne ispunjava uvjete za skupno izuzeće, uvjete za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, te bi u tom slučaju, ovisno o utvrđenim činjenicama, valjalo raskinuti navedene sporazume ili ih ostaviti na snazi.

4.3. Povezanost Opće uredbe s Uredbom o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila

Primjena Opće uredbe i na vertikalne sporazume u sektoru distribucije i servisiranja motornih vozila uređena je člankom 13. Opće uredbe.

Sporazumi o distribuciji i servisiranju motornih vozila, iako nedvojbeno vertikalni sporazumi, bili su podvrgnuti strožem režimu ocjene od ostalih vertikalnih sporazuma. Riječ je o vertikalnim sporazumima o distribuciji novih motornih vozila te vertikalnim sporazumima o distribuciji rezervnih dijelova za motorna vozila i vertikalnim sporazumima o pružanju usluga popravka i održavanja motornih vozila. Skupna izuzeća za te tri vrste sporazuma u Republici Hrvatskoj uređena su Uredbom o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila (u nastavku teksta: Sektorska uredba). Prva Sektorska uredba bila je na snazi u razdoblju od 6. kolovoza 2004. do 7. travnja 2011., tj. do dana kad je stupila na snagu nova Sektorska uredba istoga naziva.

Nova Sektorska uredba usklađena je u cijelosti s odgovarajućom Uredbom Komisije (EU), broj 461/2010 od 27. svibnja 2010. Jedina razlika je u činjenici da nova Sektorska uredba i nadalje sadržava posebne odredbe koje se odnose na sporazume o distribuciji novih motornih vozila, koje su istovjetne prijašnjoj važećoj Sektorskoj uredbi za te vrste sporazuma, a koje navedena Uredba Komisije (EU) više ne sadržava, budući da je u tom dijelu, odnosno za sporazume o distribuciji novih motornih vozila zaključno do 31. svibnja 2013. zadržala primjenu prethodno važeće Uredbe Komisije (EZ), broj 1400/2002 od 31. srpnja 2002., o primjeni članka 81.

stavak 3. Ugovora o osnivanju Europske zajednice na kategorije vertikalnih sporazuma i usklađena djelovanja u sektoru motornih vozila

Europska komisija je u svom evaluacijskom izvješću od 28. svibnja 2008. o primjeni navedene Uredbe (EZ), br. 1400/2002, i u Priopćenju o budućem zakonodavnom okviru pravila o tržišnom natjecanju, koji se primjenjuje u sektoru motornih vozila od 22. srpnja 2009., utvrdila da je tržišno natjecanje u distribuciji novih motornih vozila na tržištu EU-a značajno unaprijeđeno, te da više nije potreban poseban, stroži režim ocjene tih vrsta sporazuma od vertikalnih sporazuma iz svih drugih djelatnosti i to počevši od 1. lipnja 2013. Naime, na unutarnjem tržištu EU-a konkurencija u distribuciji novih motornih vozila je izuzetno jaka, cijene novih motornih vozila padaju, ponuda različitih brandova novih motornih vozila je zadovoljavajuća, pa nema više niti razloga da se prisilnim propisima posebno uređuju uvjeti za skupno izuzeće koji se odnose na tržišni udjel, trajanje, raskid, rješavanje sporova, prijenos prava i obveza iz sporazuma na treću stranu, teška ograničenja tržišnog natjecanja i zabranjene obveze u sporazumima o distribuciji novih motornih vozila, odnosno da je nužan povratak takvih sporazuma u opći režim ocjene vertikalnih sporazuma.

Međutim, sporazumi o distribuciji rezervnih dijelova za motorna vozila i pružanju usluga popravka i održavanja motornih vozila u EU-u moraju ispunjavati istodobno uvjete za skupno izuzeće iz opće uredbe i sektorske uredbe. Razlog za navedeno je utvrđen različiti stupanj razvijenosti tržišnog natjecanja na tržištu distribucije novih motornih vozila od tržišta prodaje rezervnih dijelova za motorna vozila i tržišta pružanja usluga popravka i održavanja motornih vozila. Naime, Europska komisija je u navedenom evaluacijskom izvješću i priopćenju utvrdila da je tržišno natjecanje u EU-u još uvijek slabo razvijeno na tržištu prodaje rezervnih dijelova za motorna vozila i tržištu pružanja usluga popravka i održavanja motornih vozila, pa da sporazumi koji se odnose na ta tržišta zahtijevaju dvojni režim ocjene, odnosno na njih se primjenjuju obje uredbe. To tržište još uvijek obilježava nedostatak zamjenskih rezervnih dijelova, visoki troškovi servisa motornih vozila, nedostatna konkurencija između ovlaštenih i neovisnih serviseri, prepreke pristupa originalnim rezervnim dijelovima i tehničkim informacijama neovisnim serviserima i operaterima, pa je u interesu potrošača potrebno i postojanje posebne sektorske uredbe.

I u Republici Hrvatskoj je izravna i isključiva primjena Opće uredbe i na sporazume o distribuciji novih motornih vozila uređena i Općom i Sektorskom uredbom počevši od 1. lipnja 2013. godine.²²

Do 1. lipnja 2013. na sporazume o distribuciji novih motornih vozila primjenjivat će se nova Sektorska uredba koja uređuje uvjete za skupno izuzeće koje ti sporazumi moraju sadržavati, određuje trajanje, prestanak, rješavanje sporova i prijenos prava i obveza iz sporazuma na treću stranu, odnosno uređuje teška ograničenja tržišnog natjecanja i zabranjene obveze koje sporazumi ne smiju sadržavati na istovjetan način kao i prethodno važeća Sektorska uredba. Dakle, nova Sektorska uredba zadržava i za nove sporazume o distribuciji novih motornih vozila, sklopljene nakon njezinog stupanja na snagu, stroži režim ocjene od Opće uredbe, ali najkasnije do 31. svibnja 2013. Na taj način i u Republici Hrvatskoj, kao i u EU-u, štiti se još, ali na određeno razdoblje, slabija ugovorna strana, distributeri novih motornih vozila od jače ugovorne strane proizvođača ili dobavljača novih motornih vozila, kako bi se distributeri novih motornih vozila mogli prilagoditi novim uvjetima poslovanja i vratiti uložena velika financijska sredstva potrebna za distribuciju novih motornih vozila.

Počevši od 1. lipnja 2013., svi sporazumi o distribuciji novih motornih vozila u Republici Hrvatskoj, kao i u EU-u, vraćaju se pod opći režim ocjene koji uređuje Opća uredba.

Istodobno, sporazumi o servisiranju motornih vozila, koji obuhvaćaju sporazume o distribuciji rezervnih dijelova za motorna vozila i sporazume o pružanju usluga popravka i održavanja motornih vozila, koji su sklopljeni nakon stupanja na snagu Opće, odnosno Sektorske uredbe, moraju odmah i istodobno ispunjavati uvjete za skupno izuzeće iz Opće uredbe i ne smiju sadržavati teška ograničenja tržišnog natjecanja posebno propisana za te vrste sporazuma iz članka 14. Sektorske uredbe.²³

S druge strane, obje uredbe (Opća i Sektorska) uređuju i prijelazno razdoblje nastavka primjene prethodno važeće Sektorske uredbe na sporazume o distribuciji rezervnih dijelova za motorna vozila i sporazume o pružanju usluga popravka i održavanja motornih vozila koji su sklopljeni

22 Čl. 13. st. 4. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma i čl. 17. st. 2. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

23 Čl. 13. st. 1. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma te čl. 13. i čl. 18. st. 3. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

prije stupanja na snagu Opće uredbe i nove Sektorske uredbe²⁴, a koji su ispunjavali uvjete za izuzeće iz prethodno važeće Sektorske uredbe²⁵ do isteka trajanja tih sporazuma, ali najkasnije do 31. svibnja 2013. Prijelazno razdoblje nastavka primjene prethodno važeće Sektorske uredbe uređeno je zbog zaštite slabije ugovorne strane, u ovom slučaju ovlaštenih distributera rezervnih dijelova i serviseru u odnosu na dobavljača i/ili proizvođača novih motornih vozila, kao neosporno jače ugovorne strane. Vraćanjem tih sporazuma pod Opću uredbu ukidaju se i posebne odredbe koje su distributerima rezervnih dijelova i serviserima davale određenu pravnu sigurnost vezanu, primjerice, uz minimalnu dužinu trajanja ugovora, način raskida ugovora, rješavanje sporova, prijenos prava i obveza iz sporazuma na treću stranu i sl. Uređenje takvih odredbi ubuduće će biti sukladno općim propisima o obveznim odnosima, a ne prisilnim propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Time se zaključno do 31. svibnja 2013. štite dosadašnja, značajna ulaganja distributera rezervnih dijelova i serviseru, odnosno omogućuje im se vraćanje do sada uložених sredstava i prilagodba na novu Opću uredbu.

Počevši od 1. lipnja 2013., i navedeni sporazumi moraju biti usklađeni s Općom uredbom i ne smiju sadržavati teška ograničenja propisana novom Sektorskom uredbom.²⁶

Tako se skupno izuzeće iz nove Sektorske uredbe ne može primijeniti na vertikalne sporazume koji se odnose na prodaju rezervnih dijelova te pružanje usluga popravka i održavanja motornih vozila, koji neposredno ili posredno, samostalno ili zajedno s drugim čimbenicima, pod kontrolom ugovornih strana sadržavaju vertikalna ograničenja kojima je cilj:

- ograničavanje članovima unutar sustava selektivne distribucije, prodaje rezervnih dijelova za motorna vozila neovisnim serviserima koji te dijelove koriste za popravak i održavanje motornih vozila,
- ograničavanje prava dobavljača rezervnih dijelova, alata za popravke ili dijagnostičke i druge opreme, ugovoreno s proizvođačem

24 Čl. 13. st. 2. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma i čl. 18. st. 1. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

25 Uredba o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila (NN, br. 105/2004.).

26 Čl. 13. st. 3. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma te čl. 18. st. 2. i čl. 14. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

- motornih vozila da prodaje rezervne dijelove, alate za popravke ili dijagnostičku ili drugu opremu ovlaštenim i neovisnim distributerima, ovlaštenim ili neovlaštenim serviserima ili krajnjim korisnicima,
- ograničavanje prava dobavljača dijelova za motorna vozila, ugovoreno s proizvođačem motornih vozila koji koristi te dijelove u prvoj ugradnji u proizvodnji motornih vozila, da te dijelove ili rezervne dijelove valjano i na uočljivom mjestu označi svojim robnim žigom ili logotipom.

5. Umjesto zaključka – zašto je važno poznavanje pravne stečevine EU-a?

Prethodno je već više puta navedeno da su Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika i Uredba o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila usklađene s odgovarajućim europskim uredbama, i to: Uredbom Komisije (EU), broj 330/2010 i Uredbom Komisije (EU), broj 461/2010. Europska komisija je objavila i pripadajuće smjernice za svaku od navedenih uredbi, a riječ je o Obavijesti EK – Smjernice za vertikalna ograničenja²⁷, te Dodatnim Smjernicama EK za vertikalna ograničenja u sektoru motornih vozila.

Iako navedene smjernice nisu obvezujuće, vrlo su važno pomoćno sredstvo kako za tumačenje europskih uredbi, tako i za tumačenje hrvatskih uredbi koje su s njima usklađene. Tako primjerice, Smjernice za vertikalna ograničenja detaljnije uređuju vrste sporazuma na koje se ne može primijeniti članak 101. stavak 1. UFEU-a, koji uređuje zabranjene sporazume²⁸, teška ograničenja tržišnog natjecanja u *on line* trgovini, odnosno trgovini putem interneta²⁹, određuju koja se teška ograničenja tržišnog natjecanja pod određenim uvjetima na tržištu mogu iznimno dopustiti³⁰ te opisuju značajke raznih vrsta vertikalnih sporazuma i specifičnosti njihove ocjene

27 OJ C 130, od 19. svibnja 2010., dostupne u prijevodu na hrvatskom jeziku na internetskoj stranici: www.aztn.hr

28 Riječ je, primjerice, o sporazumima male vrijednosti, ugovorima o zastupanju i ugovorima o nalogu, o tome vidi opširnije paragrafe 8. do 22. Smjernica za vertikalna ograničenja.

29 Paragraf 52. do 57. Smjernica za vertikalna ograničenja.

30 Paragraf 60. do 64. Smjernica za vertikalna ograničenja.

u slučajevima kad nisu ispunjeni uvjeti za skupno izuzeće sporazuma, pa je potrebno da sudionici takvih sporazuma sami procijene ispunjava li njihov sporazum uvjete za izuzeće iz članka 101. stavak 3. UFEU-a.

EK u Smjernicama za vertikalna ograničenja navodi, primjerice, ograničavanje pasivne³¹ prodaje putem interneta kao teško ograničenje tržišnog natjecanja u slučajevima:

- ograničavanja korisnika koji se nalaze izvan isključivog teritorija distributera pri pregledu internetskih stranica tog isključivog distributera, ili automatsko preusmjeravanje tih korisnika na internetske stranice dobavljača ili drugog isključivog distributera,
- nalaganja isključivom distributeru obustave transakcije korisnika putem interneta, ako podaci iz kreditne kartice korisnika pokazuju da se korisnik nalazi na adresi izvan isključivog teritorija tog distributera,
- ograničavanja distributera u količini njegove prodaje putem interneta (dobavljač može zahtijevati od distributera prodaju određenih proizvoda izraženo u vrijednosti prodaje tih proizvoda ili u količini proizvoda na tradicionalan način – *off line* prodaja),
- obvezivanja distributera na plaćanje više cijene za proizvode koje namjerava prodati putem interneta, nego za proizvode koje namjerava prodati na tradicionalan način (*off line* prodaja).

U sporazumima o selektivnoj distribuciji svaka obveza koja onemogućuje ovlaštenog distributera da prodaje proizvode putem interneta, na način da mu nameće kriterije za prodaju putem interneta koji nisu ekvivalentni kriterijima za tradicionalni način prodaje, smatrat će se teškim ograničenjem tržišnog natjecanja. Iznimno, određene razlike u kriterijima moguće su samo ako su objektivno opravdane zbog različite prirode ova dva distribucijska modela.

Mogućnost, ali, naravno, iznimna da pojedina teška ograničenja tržišnog natjecanja budu izuzeta od opće zabrane, Komisija obrazlaže u Smjernicama za vertikalna ograničenja, primjerice, u slučaju kad distributer uvodi po prvi put novi proizvod (novi *brand*) na određeno tržište ili već

31 Pojam aktivna i pasivna prodaja uređen je čl. 9. st. 3. i 4. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika, odnosno čl. 10. st. 3. i 4. Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila.

postojeći *brand* koji nije ranije bio prisutan na tom tržištu. U tom slučaju dopušteno je zabraniti drugim distributerima aktivnu i pasivnu prodaju na tom području da bi se zaštitila ulaganja koja je taj distributer imao pri uvođenju novog proizvoda na novo tržište, ali ta zaštita dopuštena je najdulje na dvije godine od dana uvođenja novog proizvoda.

Dodatne Smjernice EK za vertikalna ograničenja u sektoru motornih vozila detaljnije opisuju odnos između Opće i Sektorske uredbe, detaljnije obrazlažu teška ograničenja za sporazume o servisiranju motornih vozila, obveze nenatjecanja, selektivnu distribuciju, mogućnost pristupa tržištu neovisnim serviserima i operaterima.

Stoga je, radi pravne sigurnosti poduzetnika za pravilno tumačenje odredbi Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika, ali i Uredbe o skupnom izuzeću sporazuma o distribuciji i servisiranju motornih vozila, potrebno i poznavanje kriterija iz navedenih smjernica. Poznavanje tih kriterija je još važnije u slučaju kada sporazum ne ispunjava uvjete za skupno izuzeće, pa sudionici sporazuma moraju sami procijeniti ispunjava li njihov sporazum uvjete za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a. U tom slučaju za takvu samostalnu procjenu potrebno je i poznavanje kriterija iz Smjernica za primjenu članka 81. stavak 3. – sada članak 101. stavak 3. UFEU-a.³²

32 OJ C 101, od 27. travnja 2004., dostupne u prijevodu na hrvatskom jeziku na www.aztn.h

MARIJANA LISZT*

Ugovori o isključivoj distribuciji i poduzetnici s tržišnim udjelom većim od 30%

1. Uvod

Tema ovog referata inspirirana je, na prvi pogled, jednostavnim pitanjem iz prava tržišnog natjecanja koje mi je nedavno postavila kolegica pravnica iz jednog trgovačkog društva koje se bavi distribucijom. Radilo se o ugovoru o isključivoj distribuciji između stranog principala – dobavljača i tog trgovačkog društva koje djeluje kao, za teritorij Republike Hrvatske, isključivi distributer proizvoda koje taj dobavljač proizvodi. Proizvod – predmet ugovora o isključivoj distribuciji imao je, prema analizi tržišta koju je izradila agencija AC Nielsen, u toj kategoriji proizvoda u tom trenutku vrlo visoku tržišnu zastupljenost (tzv. tržišni lider). Slijedom toga, moglo se odmah zaključiti da niti tržišni udjel dobavljača tog proizvoda na mjerodavnom tržištu na kojem on prodaje proizvode koji su predmet sporazuma nije manji od 30%. Također, niti tržišni udjel kupca na mjerodavnom tržištu na kojem on kupuje proizvode koji su predmet sporazuma, nije manji od 30%, što znači da taj ugovor o isključivoj distribuciji ne može naći svoje mjesto u sigurnoj luci skupnog izuzeća sukladno Uredbi o skupnom izuzeću vertikalnih proizvoda između poduzetnika.¹ Znači li to automatski da takav ugovor narušava tržišno natjecanje u smislu Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja?² Je li zato zabranjen? Bi li takav vertikalni spo-

* Mr. sc. Marijana Liszt je odvjetnica iz Zagreba.

1 Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika, NN, br. 37/2011.

2 Čl. 8. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN, br. 79/2009, u nastavku teksta: ZZTN.

razum mogao, ipak, biti izuzet? Pitanje moje kolegice bilo je vrlo kratko: smije li se taj ugovor o isključivoj distribuciji uopće sklopiti? A odgovor? U ovom kratkom referatu pokušat ću doći do njega, iako unaprijed znam, da jednoznačnog odgovora u ovom pravnom području, u pravilu, nema.

2. Ugovor o isključivoj distribuciji

Pojam ugovor o isključivoj distribuciji uvriježilo se definirati na sljedeći način: ugovor o isključivoj distribuciji je vrsta vertikalnog sporazuma³ kojim se dobavljač obvezuje prodati proizvode koji su predmet tog ugovora samo jednom distributeru odabranom na određenom području ili za daljnju prodaju posebno određenoj grupi kupaca⁴ koja je isključivo dodijeljena tom distributeru. Istodobno, distributer je obično ograničen u tome da aktivno prodaje te proizvode na područja koja su izvan onog područja koje je dobavljač kao ekskluzivno odredio upravo tom distributeru. Je li iz takvog ograničenja, koje proizlazi iz isključivosti prava koja distributer stječe, odmah razvidno da se radi o ograničenju tržišnog natjecanja ili je riječ o klasičnoj vertikalnoj restrikciji? Ako jest, znači li to da je na takav ugovor primjenjiv članak 8. stavak 1. ZZTN-a⁵ ili to nije nužno i, ako, ipak, jest, može li se na takav ugovor primijeniti izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a?

Odredbom članka 8. stavak 1. ZZTN-a određuje se da su zabranjeni svi sporazumi između dvaju neovisnih poduzetnika ili više njih, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje, koje kao cilj ili posljedicu

3 Vertikalni sporazum je ugovor, pojedina odredba ugovora, usmeni ili pisani dogovor te usklađena praksa koja je posljedica takvih dogovora, odluke poduzetnika ili udruženja poduzetnika, opći uvjeti poslovanja i drugi akti poduzetnika, koji jesu ili mogu biti sastavni dio ugovora i slično, sklopljeni između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije, a kojima se uređuju uvjeti pod kojima sudionici sporazuma mogu kupovati, prodavati ili preprodavati određenu robu i/ili usluge.

4 Europska komisija koristi termin "ugovor o isključivoj distribuciji" samo kad se referira na one u kojima je distributeru određeno neko zemljopisno područje kao isključivo. Kad govori o isključivim pravima distribucije, odnosno prodaje određenoj grupi kupaca, koristi termin "ugovor o isključivoj dodjeli kupaca" (*Exclusive customer allocation agreement*).

5 Sadržajno taj članak u najvećem dijelu odgovara sadržaju odredbe čl. 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (u nastavku teksta: UFEU), prijašnji čl. 81. Ugovora o osnivanju Europske zajednice. To je važno istaknuti jer se u ovom referatu koriste instrumenti za tumačenje koje je usvojila Europska komisija, a oni se odnose na članak 101.

imaju narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, a osobito oni kojima se, između ostaloga, ograničava ili nadzire proizvodnja, tržište, tehnološki razvoj ili ulaganje te dijele tržišta ili izvori nabave. Ugovori o isključivoj distribuciji kao vertikalni sporazumi između poduzetnika koji ne djeluju na istoj razini proizvodnje, odnosno distribucije, već prema svom sadržaju i svojoj prirodi, nužno predstavljaju svojevrsno ograničenje tržišnog natjecanja. Dovodi li to do automatske zabrane?

Naime, članak 8. stavak 1. ZZTN-a neće biti primjenjiv na neki konkretni ugovor ako taj nema kao cilj ili kao posljedicu narušavanje⁶ tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Međutim, u širem se smislu za svaki trgovački ugovor može reći da ograničava tržišno natjecanje, jer ako A proda neku robu B-u, tada B više nije zainteresiran tu robu potražiti negdje drugdje na tržištu.⁷ No, takav bi pristup doveo do apsurdna i ističe se samo zato da ukaže na kompleksnost pitanja. Nije lako razlikovati koje je vertikalno ograničenje tržišnog natjecanja (*vertical restriction of competition*)⁸ zabranjeno, a koje je dozvoljeno.

Uzmimo kao primjer proizvođača nekog proizvoda. Često se događa da on taj proizvod uopće ne zna li ne može samostalno plasirati na neko novo tržište, pa je tako onemogućen u prodaji tog proizvoda, sve dok ne angažira sposobnog distributera. Međutim, ako za taj proizvod tog proizvođača tek treba "otvoriti" tržište, to za distributera može biti i skupo i riskantno. Stoga će distributer oklijevati da li da se upusti u tako što, a da ga proizvođač ne zaštiti kako od samoga sebe, tako i od drugih distributera. Osobito će se taj distributer željeti zaštititi od takozvanih slobodnih strijelaca (*free riders*) koji bi, nakon što originalni distributer osvoji tržište uz pomoć marketinga i ulaganja u promociju proizvoda, počeli distribuirati tu istu robu za nižu cijenu i tako potkopavati zaradu onom distribute-

6 Odnosno "sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja" ("*prevention, restriction or distortion of competition*"), što je izričaj čl. 101. UFEU-a, primjenjivog u Republici Hrvatskoj kao kriterij za tumačenje, slijedom odredbe čl. 70. stavak 2. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (*Stabilisation and Association Agreement*) između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske (u nastavku teksta: SSP), "Narodne novine – MU", 14/01.

7 Bellamy, Christopher – Child, Graham, *European Community Law of Competition*, London, 2001: 75.

8 Vertikalno ograničenje je ograničenje tržišnog natjecanja sadržano u vertikalnom sporazumu koje je obuhvaćeno čl. 8. st. 1. ZZTN-a.

ru koji pokušava vratiti svoja inicijalna ulaganja.⁹ U takvom će slučaju biti nužno ugovoriti neka ograničenja *intra-brand* konkurencije (konkurencija “druge linije”)¹⁰, npr. ograničavanjem ili sprječavanjem mogućnosti paralelnog uvoza (*parallel imports*)¹¹ a kako bi se, npr. uvođenjem novog proizvoda na tržište ojačala ili učinila učinkovitijom *inter-brand* konkurencija (konkurencija “prve linije”). U ovom konkretnom slučaju, da bi izabrani distributer pristao na suradnju i ulaganje u marketing proizvoda na novom tržištu, bit će ga nužno zaštititi na način da se ograniči ili sasvim isključi *intra-brand* konkurencija. Dakle, treba promatrati učinak takvog ugovora na tržište u cijelosti.

3. Koji su ugovori o isključivoj distribuciji dozvoljeni?

Slijedom odredbi mjerodavnih propisa u Republici Hrvatskoj te uz kriterije za tumačenje koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskoj uniji, a posebice članaka 101., 102. i 106. UFEU-a (prijašnji čl. 81, 82. i 86. Ugovora o osnivanju Europske zajednice) i instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije EU-a, za početak možemo izdvojiti nekoliko skupina dozvoljenih vertikalnih sporazuma, a tako i dozvoljenih ugovora o isključivoj distribuciji:

1. sporazumi male vrijednosti (*de minimis*) i sporazumi koje sklapaju mali i srednji poduzetnici (SME),
2. sporazumi koji podliježu skupnom izuzeću,
3. sporazumi izvan primjene članka 8. stavak 1. ZZTN-a,

9 Vidi npr. razmatranja nezavisnog odvjetnika Warnera, od 12. ožujka 1980., u predmetu *Distillers Company Limited v Commission of the European Communities*, 30/78, ECR 1980: 2229.

10 *Intra-brand* konkurencija je konkurencija između distributera istog proizvoda – iste robne marke, dok je *inter-brand* konkurencija – konkurencija između različitih proizvoda iste kategorije, odnosno različitih robnih marki.

11 Za distributera koji uživa zaštitu od paralelnog uvoza proizvoda kojeg distribuira (ugovornim ograničenjima na strani dobavljača – kojim se on obvezuje da niti će sam isporučivati robu na to područje niti će prodavati drugim distributerima na tom području) kaže se da uživa “apsolutnu teritorijalnu zaštitu”. Iz perspektive prava konkurencije EU-a to može imati još dvije “negativne” nuspojave: dijeljenje zajedničkog tržišta Europske unije, što se protivi samoj suštini EU-a i njezinih osnivačkih ugovora, kao i mogućnost da isključivi distributer arbitrarno diže cijenu (s obzirom na to da nema konkurencije na tom tržištu)...

4. sporazumi koji se izuzimaju od opće zabrane sukladno članku 8. stavak 3. ZZTN-a.

Sporazumom male vrijednosti smatra se sporazum u kojem je zajednički tržišni udio sudionika sporazuma i poduzetnika pod njihovom kontrolom neznatan, pod uvjetom da ne sadržava odredbe koje se smatraju teškim ograničenjima tržišnog natjecanja (tzv. *hardcore* restrikcije), a koje, unatoč neznatnom tržišnom udjelu sudionika sporazuma, dovode do narušavanja tržišnog natjecanja. Pod neznatnim tržišnim udjelom, vezano uz vertikalne sporazume, razumijeva se: tržišni udjel bilo kojeg sudionika sporazuma ili poduzetnika ako pod njihovom kontrolom nije veći od 15% na mjerodavnom tržištu na kojem sporazum proizvodi učinke, ako je sporazum sklopljen između poduzetnika koji nisu stvarni ili potencijalni konkurenti na navedenom mjerodavnom tržištu.¹² Vlada Republike Hrvatske je na prijedlog Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (u nastavku teksta: AZTN) utvrdila uvjete kojima sporazumi male vrijednosti moraju udovoljavati te ograničenja ili odredbe koje ne smiju sadržavati.¹³ Dakle, ako ne postoji neka *hardcore* restrikcija, uvedena je zakonska presumpcija da su takvi sporazumi male vrijednosti izvan dosega članka 8. stavak 1. ZZTN-a.

Također, Europska komisija smatra da su vertikalni sporazumi između malih i srednjim poduzetnika rijetko sposobni značajno utjecati na trgovinu između država članica ili značajno ograničavati tržišno natjecanje u smislu članka 101. stavak 1. te stoga, u načelu, nisu obuhvaćeni zabranom iz članka 101. stavak 1.¹⁴

Sporazumi koji podliježu skupnom izuzeću oni su koji ispunjavaju uvjete popisane Uredbom o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između

12 Iznimno, u slučaju postojanja paralelne mreže sporazuma koje su sklopili različiti dobavljači ili distributeri, a koji imaju kumulativni učinak na narušavanje tržišnog natjecanja, neznatnim tržišnim udjelom za sudionike takvih sporazuma i poduzetnike pod njihovom kontrolom smatra se tržišni udjel od 5%, kako za sporazume sklopljene između stvarnih ili potencijalnih konkurenata, tako i za sporazume sklopljene između poduzetnika koji nisu stvarni ili potencijalni konkurenti.

13 Uredba o sporazumima male vrijednosti, NN, br. 9/2011.

14 U slučajevima u kojima takvi sporazumi, usprkos navedenom, ispunjavaju uvjete za primjenu čl. 101. st. 1., Komisija općenito neće pokrenuti postupak jer ti sporazumi nemaju dimenziju koja bi bila dovoljna da bi se opravdao interes Europske unije, osim u slučaju ako su navedeni poduzetnici zajedno ili pojedinačno u vladajućem položaju na značajnom dijelu unutarnjeg tržišta.

poduzetnika¹⁵, a to su oni sporazumi na koje se može primijeniti članak 8. stavak 1. ZZTN-a, ali ih je iz određenih razloga moguće izuzeti od opće zabrane.

U kontekstu pitanja moje kolegice navedeno je da se skupno izuzeće za vertikalne sporazume primjenjuje pod uvjetom da tržišni udjel¹⁶ dobavljača na mjerodavnom tržištu, na kojem prodaje proizvode koji su predmet sporazuma, nije veći od 30%, te da tržišni udjel kupca na mjerodavnom tržištu na kojem kupuje proizvode, koji su predmet sporazuma, nije veći od 30%. Smatra se da sporazumi koje sklapaju poduzetnici s već opisanim tržišnim udjelom, a koji ne sadrže *hardcore* restrikcije ili druge zabranjene obveze, ispunjavaju uvjete za izuzeće iz članka 8, stavak (3) ZZTN, a bez nužnosti da se posebno dokazuje svaki od tamo navedenih kumulativnih uvjeta.

Sada će biti navedno nekoliko riječi o tzv. *hardcore* restrikcijama, odnosno o teškim ograničenjima tržišnog natjecanja.

Slijedom ranije sudske prakse Europskih sudova¹⁷, za takva je teška ograničenja postojala presumpcija da je na njih primjenjiv članak 101. stavak 1. UFEU-a, stoga je svaka ocjena takvog sporazuma mogla odmah započeti s pitanjem jesu li možebitno ispunjeni uvjeti za izuzeće prema članku 101. stavak 3. UFEU-a. Međutim, najnoviji razvoj promišljanja Europske komisije ide za tim da dopušta da se smatra da čak i neka teška ograničenja tržišnog natjecanja budu objektivno nužna u nekim iznimnim slučajevima te da stoga na takva ograničenja neće uopće biti primjenjiv niti članak 101.

15 NN, br. 37/2011.

16 Tržišni udjel dobavljača na mjerodavnom tržištu izračunava se na temelju podataka iz prethodne kalendarske godine o udjelu dobavljača u ukupnoj vrijednosti svih prodanih proizvoda koji su predmet sporazuma. Tržišni udjel kupca na mjerodavnom tržištu izračunava se na temelju podataka iz prethodne kalendarske godine o udjelu kupca u ukupnoj vrijednosti svih kupljenih proizvoda koji su predmet sporazuma. Takvom tržišnom udjelu pribraja se ukupan iznos vrijednosti kupljenih i/ili prodanih proizvoda njegovih povezanih poduzetnika koji su oni, u prethodnoj kalendarskoj godini, ostvarili na tržištu proizvoda koji su predmet sporazuma. U slučaju da udio dobavljača i/ili kupca u ukupnoj vrijednosti prodanih i/ili kupljenih proizvoda, koji su predmet proizvoda iz ovoga članka, nije poznat, za utvrđivanje njihovog tržišnog udjela mogu se koristiti i drugi raspoloživi tržišni podaci, uključujući i količinu prodanih, odnosno kupljenih proizvoda na tržištu, osim ako poduzetnik nije obavljao djelatnost na mjerodavnom tržištu u financijskoj godini koja prethodi sklapanju sporazuma.

17 Prikaz podjele restrikcija na dvije kategorije može se iščitati iz presude Suda Prvog stupnja u predmetu *European Night Services, T-374/94 ENS v. Commission* [1998] ECR II-3141.

stavak 1. UFEU-a, dok će u drugim slučajevima poduzetnici moći tvrditi da ima mjesta primjeni izuzeća iz članka 101. stavak 3. UFEU-a.¹⁸ Naime, za svaku drugu restrikciju bit će potrebno prvenstveno utvrditi je li na nju uopće primjenjiv članak 101. stavak 1., odnosno, *mutatis mutandis*, članak 8. stavak 1. ZZTN-a, odnosno postoji li uopće učinak na tržišno natjecanje (odnosno postoji li kao posljedica narušavanje tržišnog natjecanja), što zahtijeva pomnu ekonomsku analizu u svakom pojedinom slučaju.¹⁹

I naša Uredba o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma predviđa da se njome predviđena izuzeća ne mogu primijeniti na vertikalne sporazume koji sadržavaju *hardcore* restrikcije, tj. određuje da se izuzeće ne može primijeniti na vertikalne sporazume koji neposredno ili posredno, samostalno ili zajedno s drugim čimbenicima, pod kontrolom ugovornih strana, sadržavaju vertikalna ograničenja koja se smatraju teškim ograničenjima tržišnog natjecanja, a kojima je cilj na primjer²⁰: ograničavanje prava kupca da slobodno određuje prodajnu cijenu proizvoda (tzv. *Resale Price Maintenance, RPM*), ograničavanje područja na kojem kupac, sudionik sporazuma, može prodavati proizvode koji su predmet sporazuma, ili ograničavanje prodaje ugovorenih proizvoda određenoj skupini potrošača (podjela tržišta i/ili kupaca)²¹, ograničavanje članovima unutar sustava selektivne distribucije koji djeluju na razini trgovine na malo, aktivne ili pasivne prodaje proizvoda krajnjim korisnicima, ograničavanje međusob-

18 Tako: "Guidelines on Vertical Restraints" OJ C 130, 19.05.2010, tč. 60 te "Communication from the Commission – Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty", OJ C 101, 27. 4. 2004, str. 97.

19 Općenito, valja istaknuti da doktrinarne rasprave, ali i preispitivanja Europske komisije, vezano uz prijemor koje restrikcije treba smatrati onima na koje je primjenjiv čl. 101. st. 1. UFEU-a, a mogu biti izuzete na temelju čl. 101. st. 3., koje, kao one na koje nije ni primjenjiv čl. 101. st. 1., i dalje traju. Tako: Child - Bellamy, *op. cit.*: 74 *et seq.*

20 Za popis teških ograničenja i iznimaka vidi čl. 9. Uredbe o skupnom izuzeću, bilješka 139.

21 Iznimno, ne smatraju se zabranjenim vertikalnim ograničenjima ograničenja kojima je cilj: a) ograničavanje izravnom kupcu aktivne prodaje na isključivo dodijeljenom području ili isključivoj grupi kupaca rezerviranoj za dobavljača, odnosno na području ili kupcima koje je dobavljač dodijelio drugom kupcu, pod uvjetom da takva ograničenja, nametnuta od dobavljača, ne onemogućuju daljnju prodaju od neizravnog kupca (ovdje se, ustvari, radi o ugovorima o isključivoj distribuciji te ugovorima o isključivoj dodjeli kupaca), b) ograničavanje kupcu, koji djeluje na razini veleprodaje, aktivne i pasivne prodaje proizvoda krajnjim korisnicima, c) ograničavanje članovima unutar sustava selektivne distribucije aktivne i pasivne prodaje proizvoda neovlaštenim distributerima, d) ograničavanje prava kupca na aktivnu ili pasivnu prodaju dijelova, koje kupac nabavlja od dobavljača u svrhu ugradnje tih dijelova u novi proizvod, krajnjim korisnicima koji bi te dijelove koristili za proizvodnju proizvoda koji su supstituti proizvoda koje proizvodi dobavljač.

ne opskrbe između distributera unutar sustava selektivne distribucije (tzv. *Cross Supply*), itd.²²

Za ovaj je referat osobito značajna iznimka od teške restrikcije podjele tržišta / kupaca. Naime, neće se smatrati zabranjenim ograničavanje izravnom kupcu aktivne prodaje²³ na isključivo dodijeljenom području ili isključivoj grupi kupaca rezerviranoj za dobavljača, odnosno na području ili kupcima koje je dobavljač dodijelio drugom kupcu, pod uvjetom da takva ograničenja, nametnuta od dobavljača, ne onemogućuju daljnju prodaju od neizravnog kupca, dakle dopušta se sklapanje ugovora o isključivoj distribuciji za određeno zemljopisno područje ili za određene kupce. Međutim, takva zaštita “ekskluzivnih” područja ili grupa kupaca mora, ipak, dopustiti pasivnu prodaju²⁴ na takvim zaštićenim teritorijima ili tako određenim kupcima.

No, vratimo se ocjeni “dozvoljenih” vertikalnih sporazuma, pa tako i ugovora o isključivoj distribuciji s početka ovog teksta. Što se tiče poduzetnika s tržišnim udjelima koji su iznad praga od 30%, treba reći da ne postoji presumpcija prema kojoj bi ti sporazumi automatski bili podložni zabrani iz članka 8. stavak 1. ZZTN-a, ili, pak, da ti sporazumi automatski ne ispunjavaju uvjete za izuzeće iz članka 8. stavak 3. ZZTN-a, ali jednako tako ne postoji niti presumpcija da će takvi sporazumi, na koje je primjenjiv članak 8. stavak 1., moći biti izuzeti prema članku 8. stavak 3. ZZTN-a.

22 Ipak, valja kazati da, prema odredbama Smjernica o vertikalnim ograničenjima, poduzetnik u pojedinom iznimnom slučaju može dokazivati prokompetitivne učinke nekog vertikalnog ograničenja, uključujući *hardcore* restrikcije (tzv. pozitivni učinci vertikalnih restrikcija), a o čemu u konačnici odlučuje Europska komisija.

23 Aktivna prodaja razumijeva aktivno traženje i pristupanje kupcima ili određenoj grupi kupaca koji se nalaze na isključivom teritoriju drugog distributera, sklapanje pojedinačnih ugovora i poduzimanje mjera za ponudu proizvoda tim kupcima, te osnivanje podružnica, skladišta ili organiziranje distributivne mreže i promidžbe na isključivom teritoriju drugog distributera. Pod aktivnim pristupanjem smatra se posjećivanje kupca, slanje kupcima pošte, što uključuje i elektroničku poštu, oglašavanje putem medija i drugih sredstava javnog priopćavanja namijenjenih isključivo za te kupce ili grupu kupaca na isključivom teritoriju drugog distributera.

24 Pasivna prodaja razumijeva odgovaranje na zahtjeve pojedinačnih kupaca, uključujući isporuku proizvoda takvim kupcima, uz napomenu da takvo odgovaranje ne smije biti posljedica djelovanja aktivne prodaje. Pod pasivnom prodajom smatra se i općenito reklamiranje ili oglašavanje u medijima ili na internetu koje dopire izvan nečijeg isključivog teritorija ili određene grupe kupaca, koje je rezultat razvoja tehnologije, odnosno jednostavnosti pristupa, pa se smatra razumnim načinom pristupanja tim kupcima ili grupama kupaca.

Nakon ukidanja mogućnosti pojedinačnog izuzeća sporazuma u EU-u, a nakon stupanja na snagu novog ZZTN-a i u Hrvatskoj, poduzetnici su prepušteni vlastitoj ocjeni i analizi pojedinih ugovornih odredbi, uključujući i vertikalne restrikcije, te je na njima i teret dokaza i vezano uz ispunjavanje uvjeta za skupno izuzeće predviđeno Uredbom²⁵, tako i za “opće” izuzeće kako se predviđa u članku 8. stavak 3. ZZTN-a. Upravo iz razloga da pritom samoocjenjivanju sporazuma pomogne poduzetnicima, Europska komisija je 2010. izdala Smjernice o vertikalnim ograničenjima (*Guidelines on Vertical Restrictions*)²⁶, koje prate primjenu Uredbe Komisije, br. 330/2010²⁷, o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma. Tako su poduzetnici danas upućeni svoje poučke donositi na temelju odredbi navedenih instrumenata koje je donijela Komisija, odnosno na temelju odgovarajućih odredbi domaćeg zakonodavstva u području tržišnog natjecanja, dakle ZZTN-a i Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma.

Sporazumi koji se izuzimaju od opće zabrane, sukladno članku 8. stavak 3. ZZTN-a, oni su koji se mogu izuzeti od opće zabrane unatoč tomu što kao cilj ili posljedicu imaju narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Naime, ti se sporazumi neće smatrati zabranjenim sporazumima, odnosno izuzet će se od opće zabrane ako kumulativno, u vrijeme njihova trajanja, ispunjavaju sljedeće uvjete, i to:

1. pridonose unapređenju proizvodnje ili distribucije robe i/ili usluga ili promicanju tehnološkog ili gospodarskog razvoja,
2. pružaju potrošačima razmjernu korist,
3. poduzetnicima ne nameću ograničenja koja nisu potrebna za postizanje navedenih ciljeva, te
4. poduzetnicima ne omogućuju isključivanje znatnog dijela konkurencije s tržišta, za robu i/ili usluge koje su predmetom sporazuma.²⁸

25 Čl. 12. Uredbe o skupnom izuzeću vertikalnih sporazuma između poduzetnika.

26 Vidi naprijed bilješku, br. 156.

27 *Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (Vertical Block Exemption Regulation)*, OJ L 102, 23. 4. 2010.

28 Iscrpni prikaz svojih načela i tumačenja svoje prakse, vezano uz primjenu čl. 101. st.3. UFEU-a (izuzeća odgovaraju onima navedenima u čl. 8. st. 3. ZZTN-a), Europska komisija je objavila kao Smjernicu “*Communication from the Commission, Notice – Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty*”, vidi bilješku 156.

Moguće je, naime, u svakom pojedinom slučaju tvrditi, odnosno dokazati da, ako takav sporazum ne sadržava neku *hardcore* restrikciju, takav sporazum neće imati antikompetitivnih učinaka, odnosno ako će ih imati, da će pozitivni učinci takvog sporazuma prednjačiti nad njegovim negativnim učincima: bit će nužno ocijeniti i pozitivne i negativne učinke koje taj sporazum ima na tržište. Dakle, za vertikalne sporazume koji ne ispunjavaju uvjete za skupno izuzeće, sudionici takvih sporazuma moraju sami procijeniti ispunjavaju li njihovi sporazumi unatoč tomu uvjete za izuzeće od opće zabrane iz članka 8. stavak 3. ZZTN, te ako bi i kad bi AZTN pokrenula postupak utvrđivanja zabranjenog sporazuma, teret dokaza o ispunjenju uvjeta za izuzeće u tom postupku snose poduzetnici sudionici tog vertikalnog sporazuma.

Tako se vraćamo i do našeg distributera s tržišnim udjelom na mjerodavnom tržištu većim od 30%, čime je onemogućen zaštititi se plaštom skupnog izuzeća sporazuma. Valjat će ocijeniti taj konkretan ugovor slijedom preporučene prakse Europske komisije, dakle uz primjenu iscrpne ekonomske analize, s obzirom na to da je takvu metodologiju prihvatila Europska komisija.

4. Ocjena pojedinačnog sporazuma

Najprije će trebati utvrditi je li taj ugovor uopće zahvaćen odredbom članka 8. stavak 1. ZZTN-a. Naime, sporazumi koji ili ne ograničavaju tržišno natjecanje u smislu članka 8. stavak 1. ili ispunjavaju uvjete iz čl. 8. st. 3., valjani su.

Imajući na umu sadržaj odredbi članka 70. stavak 1. i 2. SSP-a, te povezano uz odredbu članka 3. Uredbe 1/2003²⁹, držim da bi pri tome, *mutatis mutandis*, valjalo voditi računa i o tome da se pravilo zabrane iz članka 101. stavak 1. UFEU-a primjenjuje na ograničavajuće sporazume i usklađena djelovanja između poduzetnika, kao i na odluke udruženja poduzetnika, u mjeri u kojoj one mogu utjecati na trgovinu između država članica.

29 Uredba Vijeća, br.1/2003 od 16. prosinca 2002., o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice, Službeni list L 001, 4. 1. 2003.

Sporazumi između poduzetnika potpadaju pod pravilo zabrane članka 101. stavak 1. UFEU-a ako je vjerojatno da će imati osjetan štetni utjecaj na parametre natjecanja na tržištu, kao što su cijena, proizvodni izlaz, kvaliteta proizvoda, raznolikost proizvoda i inovacija. Sporazumi mogu proizvesti ovaj učinak znatnim smanjivanjem natjecanja između stranaka sporazuma odnosno između njih i trećih strana.³⁰

Pri ocjeni konkretnog ugovora o isključivoj distribuciji poduzetnici, sudionici tog vertikalnog sporazuma, trebaju najprije utvrditi svoje tržišne udjele kao dobavljača i kupca na tržištu na kojem prodaju odnosno kupuju proizvode iz ugovora. Budući da njihovi tržišni udjeli prelaze 30 %, potrebno je ocijeniti je li taj ugovor obuhvaćen područjem primjene članka 8. stavak 1. Sljedeći elementi su najvažniji za ocjenu vertikalnog sporazuma, odnosno određivanje ima li on za posljedicu značajno ograničavanje tržišnog natjecanja: vrsta i oblik sporazuma, položaj stranaka, sudionika sporazuma na tržištu, položaj konkurenata na tržištu, položaj na tržištu kupaca koji kupuju proizvode iz sporazuma, zapreke pristupu na tržište, zrelost tržišta, razina trgovine, svojstva proizvoda itd.

Visoki tržišni udjel stranaka sudionika sporazuma obično je dobar pokazatelj tržišne snage, no ako se radi o tržištu niskih prepreka pristupu na tržište, visok tržišni udjel ne mora bezuvjetno značiti tržišnu snagu. Stoga nije moguće dati stroga pravila o važnosti pojedinih elemenata. Na tržištu na kojem pojedinačni distributeri distribuiraju robnu marku ili robne marke samo jednog dobavljača, smanjenje tržišnog natjecanja između distributera istog robnog znaka za posljedicu će imati smanjenje *intra-brand* tržišnog natjecanja između tih distributera, ali možda neće imati općenito negativan učinak na tržišno natjecanje između distributera. U takvom

30 Ocjena o tome proizvodi li neki vertikalni sporazum učinke kojima se ograničava tržišno natjecanje valja provoditi usporedbom stvarne ili moguće situacije o budućnosti na mjerodavnom tržištu na kojem postoje vertikalna ograničenja sa situacijom koja bi prevladavala kad ih sporazum ne bi sadržavao. Da bi vertikalni sporazumi svojim učinkom ograničavali tržišno natjecanje, oni moraju taj učinak imati na stvarno (postojeće) ili potencijalno (moguće) tržišno natjecanje na način da će se na mjerodavnom tržištu s razumnim stupnjem vjerojatnosti moći očekivati negativni učinci na cijene, proizvodnju, inovacije, ili raznovrsnost ili kvalitetu robe i usluga. Takvi učinci moraju biti značajni te će se vjerojatno pojaviti kad barem jedna od stranka ima ili dobije određeni stupanj tržišne snage pa sporazum doprinosi stvaranju, održavanju ili jačanju te tržišne snage ili omogućuje strankama da tu tržišnu snagu iskorištavaju. Tržišna snaga je sposobnost održavanja cijene iznad tržišne razine cijena ili održavanja proizvodnje u smislu količine, kvalitete i raznolikosti proizvoda ili inovacija ispod tržišne razine u razdoblju koje nije zanemarivo.

slučaju, ako je *inter-brand* tržišno natjecanje snažno, nije vjerojatno da će smanjenje *intra-brand* tržišnog natjecanja imati negativne učinke za potrošače.³¹

Također, isključivi sporazumi općenito više negativno utječu na tržišno natjecanje nego neisključivi, odnosno oni koji takve odredbe ne sadržavaju. Isključivi sporazumi, bilo da se radi o izričitim ugovornim odredbama ili njihovim učincima u praksi, obvezuju jednu stranku da sve svoje potrebe ili praktično sve svoje potrebe zadovoljava od druge stranke. Primjerice, na temelju obveze o nenatjecanju (*non-compete*)³² kupac kupuje samo jednu robnu marku. Vertikalna ograničenja koja se nameću za robu i usluge bez robnog znaka općenito su manje štetna nego ograničenja koja se primjenjuju u distribuciji robe i usluga koje nose robni znak. Robni znak obično povoljno utječe na povećanje raznolikosti proizvoda, a smanjuje zamjenjivost proizvoda, što za posljedicu ima smanjenje elastičnosti potražnje i povećanje vjerojatnosti za podizanje cijene.

Ako se ocijeni da je, na primjer, taj ugovor o isključivoj distribuciji obuhvaćen područjem primjene članka 8. stavak 1. ZZTN-a, bit će potrebno ispitati ispunjava li uvjete za izuzeće iz stavka 3. Kako je već istaknuto, ugovor može, također, proizvoditi pozitivne učinke za tržišno natjecanje u obliku učinkovitosti koje mogu nadvladati njihove protutržišne učinke. Pri tome je potrebno u obzir uzeti ulaganja koja su izvršile stranke ugovora i vrijeme koje je bilo potrebno i ograničenja koja su bila potrebna za izvršenje i povrat ulaganja koja su povezana s povećanjem učinkovitosti. Vertikalni sporazumi često mogu imati pozitivne učinke tako da pridonose poboljšanju komplementarnih aktivnosti stranaka, sudionika sporazuma. No, važno je da vertikalni sporazum ne smije dopustiti poduzetnicima, sudionicima sporazuma, mogućnost isključivanja konkurencije s tržišta u

31 Položaj dobavljača i njegovih konkurenata na tržištu je veoma važan budući da gubitak *intra-brand* tržišnog natjecanja može stvarati problem ako je ograničeno *inter-brand* tržišno natjecanje. Jaki konkurenti obično će značiti da dostatno *inter-brand* tržišno natjecanje prevladava problem smanjenog *intra-brand* tržišnog natjecanja. No, ako broj konkurenata postane relativno malen, a njihov položaj na tržištu sličan uzimajući u obzir njihov tržišni udjel, kapacitet i distribucijsku mrežu, postoji rizik od tajnih ili nezakonitih dogovora (koluzija) i/ili slabljenja tržišnog natjecanja.

32 Neposredne ili posredne obveze ne-natjecanja (tzv. *non-compete clause*) čije je trajanje neograničeno ili premašuje pet godina, odnosno koje se prešutno obnavljaju te traju dulje od pet godina, jer se smatra da su ugovorene na neodređeni rok su zabranjene obveze u vertikalnim sporazumima. Tako članak 10. Uredbe o skupnom izuzeću, vidi bilješku 139.

odnosu na značajan dio proizvoda koji su predmetom sporazuma. Vertikalni sporazumi ne smiju ukidati učinkovito tržišno natjecanje, uklanjanjem svih ili većine postojećih izvora stvarne ili potencijalne konkurencije. Suparništvo između poduzetnika je ključni pokretač ekonomske učinkovitosti, uključujući dinamičnu učinkovitost koja se ostvaruje inovacijama.³³

U našem će konkretnom slučaju, također, biti uputno ispitati imaju li vertikalne restrikcije, koje sadržavaju ugovor o isključivoj distribuciji, neke pozitivne učinke?

Na primjer, primjenu određenih vertikalnih ograničenja mogla bi opravdati želja za rješavanjem problema tzv. slobodnih strijelaca (*free-rider*) u situaciji kad jedan distributer uživa “besplatnu vožnju” na štetu drugog distributera, odnosno iskorištava pogodnosti promotivnih ulaganja tog drugog distributera. Isključiva distribucija može pomoći da se izbjegne taj problem. Također, vertikalno ograničenje je nekad potrebno da bi se “otvorila nova ili ušlo na nova tržišta”, na primjer kad proizvođač po prvi put izvozi u drugu zemlju, to može uključivati posebna “početna ulaganja” distributera da bi na tržištu stvorio svijest o robnoj marki. Kako bi se lokalni distributer uvjerio da izvrši ta ulaganja, može se pokazati potrebnim da mu se osigura zaštita tog područja da bi mogao nadoknaditi ulaganja zaračunavanjem privremeno više cijene proizvoda.³⁴

Restrikcije su ponekad nužne i kako bi se riješio “problem vertikalnih eksternalija”. Npr., isključiva distribucija može pridonijeti povećanju ulaganja kupca u prodaju. Također, u svrhu ostvarivanja pogodnosti koje nudi ekonomija obujma, te radi snižavanja maloprodajne cijene svojeg proizvoda, proizvođač može usredotočiti daljnju prodaju svojih proizvoda na ograničen broj distributera. U tu se svrhu može, *inter alia*, koristiti odredbama o isključivoj distribuciji. Iz navedenog je razvidno da vertikalni sporazumi pod određenim uvjetima mogu pridonijeti razini učinkovitosti i razvoju novih tržišta i time nadvladati moguće negativne učinke. To po-

33 Tako: *Guidelines on Vertical Restraints*, bilješka 156.

34 U takvim će iznimnim situacijama biti moguće distributerima koji se nalaze na drugim tržištima na određeni vremenski rok ograničiti prodaju na novom tržištu – dakle ograničiti čak i pasivnu prodaju drugih distributera na tom području ili toj skupini korisnika koja su distributeru potrebna kako bi vratio ta ulaganja. Prema mišljenju Europske komisije, takvi slučajevi će biti izvan dosega čl. 101. st. 1. UFEU-a u vremenskom razdoblju od prve dvije godine, u kojima distributer prodaje robu ili usluge koje su predmet ugovora na tom području ili toj skupini korisnika, iako se, ustvari, radi o *hardcore* restrikciji.

sebnno vrijedi, općenito, za sporazume koje sadržavaju vertikalna ograničenja ograničenog vremenskog trajanja, a pridonose uvođenju novih složenih proizvoda ili štite ulaganja vezana za taj ugovor.

Kod ugovora o isključivoj distribuciji mogući rizici za tržišno natjecanje uglavnom su smanjeno *intra-brand* tržišno natjecanje i podjela tržišta, što osobito može pogodovati diskriminaciji putem cijena. Isključiva distribucija može dovesti do ograničavanja pristupa tržištu drugim distributerima i time oslabiti tržišno natjecanje na toj razini.³⁵

Snaga kupca (snaga potražnje) također može povećati rizik koluzije na strani kupaca ako važni kupci, koji se mogu nalaziti na različitim područjima, nameću sporazume o isključivoj distribuciji jednom ili nekoliko dobavljača. Zrelost tržišta je važna budući da gubitak *intra-brand* tržišnog natjecanja i cjenovna diskriminacija mogu biti ozbiljni problemi na zreлом tržištu, no manje važni na tržištu na kojem raste potražnja, koje je podložno tehnološkim promjenama i promjenama tržišnih položaja sudionika.³⁶

Proizvođač koji odabire trgovca na veliko za svojeg isključivog distributera, to će obično učiniti za veće područje, primjerice, za cijelu državu članicu. Sve dok veletrgovac bez ograničenja može prodavati proizvode trgovcima na malo na silaznom tržištu, neće se očekivati značajni protutržišni učinci. Mogući gubitak *intra-brand* tržišnog natjecanja na razini veleprodaje može biti prevladan učinkovitostima dobivenim logistikom, promotivnim aktivnostima itd., osobito kad se proizvođač nalazi u drugoj državi.³⁷

Do ograničenja pristupa drugim dobavljačima neće doći ako se isključiva distribucija ne kombinira s obvezom kupca da sve svoje potrebe za određenim proizvodom zadovoljava narudžbama isključivo od jednog dobavljača (*single branding*). Međutim, ta kombinacija može imati i prokompetitivne učinke povećavanjem poticaja isključivom distributeru da se usredotoči na određenu robnu marku. Isključiva distribucija može proizvesti učinkovitosti, osobito kad su potrebna ulaganja distributera da bi se zaštitio ili izgradio ugled robne marke (imidž *branda*). Općenito, učinkovitosti su najjače izražene kod novih proizvoda, složenih proizvoda, kod pro-

35 Tako: *Guidelines on Vertical Restraints*, bilješka 156.

36 Opširnije: *ibid.*

37 *Ibid.*

izvoda čiju je kvalitetu teško procijeniti prije same uporabe (tzv. iskustveni proizvodi), ili kod proizvoda čiju je kvalitetu teško procijeniti čak i nakon uporabe (tzv. proizvodi povjerenja). Nadalje, isključiva distribucija može pridonijeti uštedi troškova logistike, budući da se kod prijevoza i distribucije koristi ekonomija obujma.³⁸

Sve navedene parametre, kao i one koji se dodatno analiziraju u višekratno citiranim Smjernicama Komisije o vertikalnim ograničenjima trebat će imati na umu pri ocjeni ispunjava li konkretan ugovor o isključivoj distribuciji, ako narušava tržišno natjecanje u smislu članka 8. stavak 1. ZZTN-a, uvjete za izuzeće u smislu članka 8. stavak 3. ZZTN-a.³⁹

5. Zaključak

Jasno je da se na pitanje moje kolegice nije mogao dati jednoznačan odgovor. Za kvalitetno sagledavanje situacije trebalo je okupiti tim ekonomista, brend menadžera i (tek pomoćno) pravnika te zajedničkim ekonomskopravnim pristupom preispitati sve okolnosti konkretnog slučaja: brojke, udjele, statistike, trendove, modele i tržišne politike ugovornih stranaka te potencijalne učinke tog ugovora na mjerodavno tržište. Na temelju toga je trebalo donijeti odluku i preuzeti odgovornost da je sporazum dopušten. Međutim, ostaje otvoreno pitanje do kakvog bi odgovora u slučaju da provodi postupak ocjene zabranjenog sporazuma došla AZTN-a ili možebitno Europska komisija.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Pritom će osobito instruktivne biti i Smjernice Komisije "Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty", vidi bilješku 156.

BORIS POROBIJA*

Odbijanje poslovanja kao oblik zlouporabe vladajućeg položaja

Uvod

Sloboda ugovaranja pripada temeljnim pravima poduzetnika u svim suvremenim društvima. Odbijanje poslovanja (*refusal to deal*) ili odbijanje opskrbe (*refusal to supply*) kao zlouporaba vladajućeg položaja polazi, međutim, od obveze poduzetnika u vladajućem položaju da s drugim poduzetnikom sklopi ugovor i protiv svoje volje. Riječ je o zakonskoj obvezi kojom se ograničava poduzetnička sloboda, zajamčena u nas odredbom članka 49. stavak 1. Ustava Republike Hrvatske. Ta je sloboda, međutim, ocijenio je Ustavni sud Republike Hrvatske, Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja ustavno-pravno prihvatljivo ograničena, pa i u pogledu nametanja obveze na sklapanje ugovora.¹

Neovisno o tome što se sloboda ugovaranja i u nas i u drugim zemljama može ograničiti, uvijek preostaje pitanje mjere u kojoj je to poželjno uči-

* Boris Porobija je odvjetnik iz Zagreba.

1 Ustavni sud Republike Hrvatske u svojoj je odluci, broj U-III-1410/2007 od 13. veljače 2008. (t. 9.), ocijenio kako odredbu čl. 49. st. 1. Ustava Republike Hrvatske prema kojoj su "poduzetnička i tržišna sloboda temelj gospodarskog ustroja Republike Hrvatske, treba promatrati u svezi s odredbama članaka 49. stavka 2. (koja predviđa mogućnost da se poduzetnička sloboda iznimno ograniči zakonom) i 50. stavka 2. (koja propisuje da država osigurava svim poduzetnicima jednak pravni položaj na tržištu). Ustavni sud zaključuje kako su "propisi o zaštiti tržišnog natjecanja po svojoj pravnoj prirodi javnopravni jer se njima štiti opće dobro (slobodno tržišno natjecanje) i služe bitnom ostvarivanju poduzetničkih i tržišnih sloboda, jer priječe, između ostaloga, da se poduzetnici ponašaju na način da ne poštuju tržišne i poduzetničke slobode drugih poduzetnika i potrošača. Samo ograničavanjem djelovanja poduzetnika koji narušavaju slobodno poduzetništvo, može se osigurati zaštita slobodnog tržišta".

niti. Kad je posrijedi odbijanje poslovanja, to je pitanje i nadalje otvoreno. Pitanje je osobito postalo aktualno nakon presude Suda Europske unije u predmetu *Bronner*² iz 1998., u kojoj su “načela izvedena iz presuda u predmetima *Commercial Solvents* and *Magill* usko protumačena, te je raščlaanjeno kako se bit zloporabe svodi na odbijanje, bez objektivnog opravdanja, pristupa robu ili usluga za koje nema alternative, i bez koje potencijalni kupac uopće ne bi bio u mogućnosti natjecati se na silaznom tržištu”.³ Na posljetku, desetak godina kasnije, u veljači 2009., Europska komisija objavila je Uputu o provedbenim prioritetima Komisije u primjeni članka 82. Ugovora o EZ-u na postupanja poduzetnika u vladajućem položaju koja za posljedicu mogu imati zloporabu u smislu isključivanja konkurenata s tržišta (u nastavku teksta Uputa). U tom je dokumentu neizravno, isticanjem svojih “provedbenih prioriteta”, zapravo, iznijela svoje stajalište o primjeni prava zloporabe vladajućeg položaja, pa tako i instituta odbijanja poslovanja, uglavnom, u skladu sa strožim načelima utvrđenim u predmetu *Bronner*, ali ostavljajući, u pojedinim pitanjima, otvorena vrata i za odstupanje od tih načela. Budući da je i sudska praksa izvor prava Europske unije, a europski sudovi se dosad nisu imali mogućnosti izjasniti o mnogim pitanjima koja se tiču odbijanja poslovanja, može se reći da koncept odbijanja poslovanja, niti nakon što je u uporabi još od 1974.⁴, nije lišen proturječnosti te da je podložan stalnom kritičkom preispitivanju i daljnjoj evoluciji kroz sudsku praksu. Pritom se sama praksa odbijanja poslovanja pojavljuje u različitim oblicima i činjeničnim konstelacijama. U takvim okolnostima, dosegnuti stupanj pravne sigurnosti u pogledu toga što bi i pod kojim uvjetima bilo dopušteno a što ne bi, varira, odnosno nije potpuno zadovoljavajući sa stajališta očekivanja gospodarske prakse.

Svrha je ovog teksta, međutim, pokušati na jednostavan način provesti čitatelja kroz opća pitanja o kojima bi u praksi valjalo razmišljati pri ocjeni ima li određeno postupanje obilježja odbijanja poslovanja kao zloporabe vladajućeg položaja u smislu odredbe članka 13. alineja 2. Zakona o zaštiti

2 Presuda Suda Europske unije u predmetu C-7/97, *Bronner v. Mediaprint*, od 26. studenoga 1998.

3 Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6. izdanje, 2008., str. 1016.

4 Odbijanje opskrbe prvi je put suđeno zloporabom vladajućeg položaja u presudi Suda Europske unije u predmetu 6 & 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. i Commercial Solvents Corporation v. Commission*, od 6. ožujka 1974.

tržišnog natjecanja (NN, br. 79/2009 – u nastavku teksta ZZTN).⁵ Prema toj odredbi zlorabom vladajućeg položaja smatra se “ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehnološkog razvitka na štetu potrošača”. Riječ je o odredbi istovjetnoj onoj u članku 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

1. Nalazi li se poduzetnik u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu?

Prvo praktično pitanje koje se postavlja u vezi s time jest nalazi li se poduzetnik, koji je odbio ili namjerava odbiti poslovanje, odnosno opskrbu, u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu na kojem djeluje. Odbijanje opskrbe, naime, može biti pravno relevantno za potrebe primjene članka 13. ZZTN-a, samo pod uvjetom da se poduzetnik nalazi u vladajućem položaju na mjerodavnom tržištu.

U pogledu određivanja mjerodavnog tržišta, odnosno utvrđivanja vladajućeg položaja na tom tržištu, valja poći od odredbe članka 7. i članka 12. ZZTN-a, te odredaba Uredbe o načinu i kriterijima utvrđivanja mjerodavnog tržišta (NN, br. 9/2011). Preporučljivo je uzeti u obzir i sadržaj Upute u relevantnom dijelu (t. 9. – 18.). Sa stajališta odbijanja poslovanja do izražaja dolazi samo jedna osobitost u odnosu na strukturu mjerodavnog tržišta na kojem poduzetnik ima vladajući položaj, a o njoj će biti više riječi u kontekstu pitanja broj 4.

No, u vezi s odbijanjem opskrbe bit će redovito potrebno utvrditi i jedno sekundarno tržište. Naime, kod zlorabom vladajućeg položaja u obliku odbijanja poslovanja, “tipično problemi tržišnog natjecanja javljaju se kada se poduzetnik u vladajućem položaju natječe na ‘silaznom’ tržištu s kupcem kojem odbija opskrbu”.⁶ Silazno tržište definira se kao “tržište na kojemu je proizvodni čimbenik koji dobavljač odbija isporučiti potreban za proizvodnju proizvoda ili pružanje usluga”. Tipični slučajevi odbijanja poslovanja jesu stoga oni u kojima sudjeluje vertikalno integrirani poduzetnik u vladajućem položaju.

5 Ovdje se stoga ne obrađuju specifičnosti pojedinih mogućih činjeničnih konstelacija pri odbijanju poslovanja niti, primjerice, zamršenog pitanja odbijanja ustupanja prava intelektualnog vlasništva, koje vjerojatno nije prioritetno u hrvatskoj gospodarskoj praksi.

6 Uputa, t. 76.

Poduzetnik koji se nalazi u vladajućem položaju na jednom tržištu, nastoji iskoristiti svoj vladajući položaj na drugom, silaznom tržištu, kako bi zavladao i tim drugim tržištem (*leveraging*), isključivanjem konkurenata s tog tržišta. To ostvaruje odbijanjem poslovanja, odnosno opskrbe proizvodom ili uslugom, ili, pak, uskratom pristupa nekoj infrastrukturnoj mreži ili ustupanjem prava intelektualnog vlasništva pa i zaštićenih informacija konkurentu na silaznom tržištu. U biti, riječ je o uskrati onog proizvodnog čimbenika nužnog na silaznom tržištu, kojeg taj poduzetnik kontrolira s razine onog tržišta na kojem se nalazi na vladajućem položaju. Time poduzetnik u vladajućem položaju "pribjegava metodama različitim od onih koje određuju normalno natjecanje"⁷, što je često korišteni opis postupanja koji određuje zlorabu vladajućeg položaja.

Stoga je redovito potrebno odrediti i mjerodavno silazno tržište⁸, s njegovim bitnim obilježjima. Valja istaknuti kako nije nužno da se poduzetnik nalazi na vladajućem položaju, već da je, u trenutku odbijanja poslovanja, operativno aktivan na silaznom tržištu; dostatno je da namjerava stupiti na to tržište. Štoviše, prema sudskoj praksi europskih sudova, dostatno je da je riječ već i o potencijalnom, odnosno hipotetskom⁹ tržištu.

Ako bi odgovor na ovo pitanje bio pozitivan, tada valja pristupiti razmatranju odgovora na sljedeće pitanje. Ako bi, pak, odgovor na ovo pitanje bio negativan, to još ne znači da odbijanje opskrbe ne predstavlja, primjerice, sredstvo za postizanje zabranjenog sporazuma.

2. Je li u konkretnom slučaju riječ o odbijanju poslovanja?

Ovdje valja posebno povesti računa o tome kako pojam odbijanja poslovanja ne uključuje samo izričito izravno odbijanje poslovanja, nego i lepezu postupaka koji su u svojoj biti objektivno takvi da vode k situaciji izjedna-

7 Presuda Suda Europske unije u predmetu 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission, od 13. veljače 1979., paragraf 91.

8 Ovdje se koristi pojam 'silazno tržište' u smislu definicije iz Uputa, tj. uključena su sva tržišta "na kojem je proizvodni čimbenik koji dobavljač odbija isporučiti potreban za proizvodnju proizvoda ili pružanje usluga" (t. 76.). To pak ne znači da ovo sekundarno tržište uvijek jest i 'silazno' u klasičnom značenju pojma 'silazno tržište'.

9 Presuda Suda Europske unije u predmetu C-418/01, IMS Health v. NDC Health, 29. travnja 2004., paragrafi 44. i 45.

čenoj s izravnim odbijanjem poslovanja. Za ove druge postupke koristi se izraz *constructive refusal to supply*, odnosno “neizravno odbijanje opskrbe”.

Europska komisija u Uputi navodi kako “neizravno odbijanje može poprimiti oblik, primjerice, neosnovanog odlaganja ili nekog drugog načina ignoriranja opskrbe proizvodom ili nametanjem nerazumnih uvjeta za opskrbu”.¹⁰ Dakle, odugovlačenje s pregovorima, postavljanje nerazumnih uvjeta u pregovorima, poput rokova isporuke, sredstava osiguranja koja se traže, odricanje dobavljača od odgovornosti, otezanje s potvrdom narudžba, ili otezanja s isporukama, mogu biti ocijenjeni kao neizravno odbijanje opskrbe, ako im je krajnji cilj taj da do opskrbe ne dođe. Praktično govoreći, drukčije postupanje prema drugim kupcima u istovjetnim okolnostima može se tumačiti kao pokazatelj namjere neizravnog odbijanja opskrbe pojedinih kupca.

Moguće je, također, da i značajno povećanje cijena bude tumačeno kao posredno odbijanje opskrbe. I cjenovno istiskivanje marže smatra se u dijelu stručne javnosti, u biti, jednim oblikom odbijanja poslovanja; ono se u Uputi i obrađuje u točki 80. zajedno s odbijanjem opskrbe (poglavlje je naslovljeno “Odbijanje opskrbe i cjenovno istiskivanje marže”). No, u presudama u predmetu *Deutsche Telekom*, te potom u predmetu *TeliaSonera*¹¹, Sud Europske unije ocijenio je kako cjenovno istiskivanje marže može tvoriti samostalan oblik zloporabe vladajućeg položaja, te da ga ne treba promatrati kao neizravno odbijanje opskrbe sa svim preduvjetima koji moraju biti ispunjeni da bi se radilo o odbijanju opskrbe u smislu presude u predmetu *Bronner*.

Naravno, u kontekstu pravne kvalifikacije postupanja poduzetnika u vladajućem položaju, treba uzeti u obzir i druge okolnosti koje mogu biti značajne za ocjenu tog postupanja kao zloporabe, ili pak, težine tog postupanja.

Osobito je relevantno je li riječ o odbijanju svekolikog poslovanja, ili, pak, o djelomičnom odbijanju; je li riječ o privremenom ili trajnom odbijanju; je li riječ o odbijanju daljnje suradnje s već postojećim kupcem, ili uskrate opskrbe novom kupcu. Primjerice, premda će se u ovom drugom slučaju uvjeti navedeni u točki 81. Upute primijeniti na “isti način na slu-

¹⁰ Uputa, t. 79.

¹¹ Presuda Suda Europske unije u predmetu C-52/09, *Konkurrentsverket v. TeliaSonera Sverige*, od 17. veljače 2011., paragrafi 31., 54.-58.

čajeve u kojima je poduzetnik u vladajućem položaju prekinuo prethodnu opskrbu, kao i na odbijanje opskrbe robom ili uslugama kojima poduzetnik prethodno nije opskrbljivao druge strane”, ipak je “vjerojatnije da će se prekid postojećih sporazuma o opskrbi smatrati zlouporabom, nego što će to biti s novim odbijanjem opskrbe”. U najmanju ruku, ako je poduzetnik prije smatrao da mu je poslovanje s kupcem bilo u poslovnom interesu, odnosno da je tim putem zadovoljavajuće ostvarivao i povrat svojih ulaganja, tada se očekuje da dokaže kako su se “okolnosti u tolikoj mjeri promijenile da bi nastavak postojećih odnosa opskrbe ugrozio adekvatnu kompenzaciju za njegova ulaganja”. Također, ako je kupac na temelju prijašnjih dobava određene robe i sam izvršio ulaganja koja su potrebna za daljnju obradu upravo tog proizvoda, tada je vjerojatnije da će se odbijanje daljnje opskrbe smatrati zluporabom.

Ako je odgovor na ovdje postavljeno pitanje potvrđan, tada valja razmotriti iduće pitanje; ako je negativan, to još ne znači da postupanje nije zabranjeno prema nekoj drugoj osnovi iz ZZTN-a.

3. Je li odbijanje poslovanja usmjereno prema kupcu ili kupcu koji je ujedno i konkurent na silaznom tržištu?

U Uputi, Europska je komisija u točki 81. navela sljedeće okolnosti koje moraju biti kumulativno ispunjene kao preduvjet za postupanje Komisije u predmetima koji se tiču moguće zluporabe vladajućeg položaja u obliku odbijanja opskrbe:

- odbijanje opskrbe odnosi se na proizvod ili uslugu koja je objektivno potrebna za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu;
- vjerojatno je da će odbijanje opskrbe za posljedicu imati ukidanje učinkovitog tržišnog natjecanja; i
- odbijanje opskrbe će vjerojatno imati za posljedicu nanošenje štete potrošačima.

S obzirom na ove zahtjeve, čini se kako bi odbijanje opskrbe kupcu, koji se s poduzetnikom u vladajućem položaju ne natječe na silaznom tržištu, ipak tek u rijetkim slučajevima moglo biti primarno kvalificirano kao zluporaba vladajućeg položaja iz odredbe članka 13. stavak 2. ZPDD-a, koja

u nas predstavlja normativnu osnovu prema kojoj se odbijanje poslovanja smatra zloporabom vladajućeg položaja.

Naime, poduzetnik načelno nema motiva odbijati poslovanje s kupcem koji mu nije konkurent, osim, zbog poslovno opravdanih razloga. S druge strane, ne čini se da su moguće učestale konstelacije u kojima bi odbijanje poslovanja s kupcem, koji nije konkurent dobavljača, ispunjavalo sva tri navedena uvjeta koji moraju biti kumulativno ispunjeni da bi se moglo govoriti o odbijanju poslovanja u smislu članka 13. točka 2. ZPDD-a, a u EU-u o odbijanju poslovanja u smislu članka 102. pod (b) Ugovora o funkcioniranju Europske unije.

To, naravno, ne znači da u odnosima između dobavljača u vladajućem položaju i kupca, odbijanje opskrbe ne bi moglo biti itekako sporno sa stajališta prava tržišnog natjecanja. Naime, odbijanje opskrbe često se u praksi zloporabljuje – kao prijetnja ili kao kazna – kako bi se utjecalo na poslovnu politiku kupca. Tako je odbijanje opskrbe nerijetko sredstvo discipliniranja kupca, primjerice za potrebe postizanja zabranjenog sporazuma o preprodajnoj cijeni, ili se, pak, time želi utjecati na tretman koji konkurentski proizvodi imaju kod tog kupca, sve do njihova potpuna istiskivanja. Problemi te vrste mogu postojati i u pogledu *tyinga/bundlinga*, ekskluzivnih ugovora i sl. Redovito je riječ o postupanju u kojemu je odbijanje opskrbe sredstvo u funkciji povrede prava tržišnog natjecanja koja naposljetku podliježe drukčijoj pravnoj kvalifikaciji, negoli kao povreda članka 13. alineja 2. ZZTN-a; najčešće je riječ o kondicionalnom postupanju, koje nije u funkciji *isključivanja kupca s tržišta*, nego prije u funkciji *isključivanja poduzetnikovog konkurenta* na mjerodavnom tržištu na kojem poduzetnik ima vladajući položaj.

Ipak, valja ukazati na to da je Sud Europske unije, primjerice, u predmetu *United Brands* sudio i ovo¹²:

“... poduzetnik u vladajućem položaju u smislu marketinga nekog proizvoda – koji zarađuje na brandu kojeg potrošači poznaju i cijene – ne može prestati opskrbljivati dugotrajnog kupca koji se pridržava redovite komercijalne prakse, ako narudžbe tog kupca ni po čemu nisu neuobičajene.”¹³

12 O odbijanju poslovanja s kupcem koji nije konkurent, sudilo se i u već navedenom predmetu *Commercial Solvents* te u Predmetu *Telemarketing* (vidjeti bilješku 18.).

13 Presuda Suda Europske unije u predmetu 27/76, *United Brands v. Commission*, od 14. veljače 1978., paragraf 182.

Premda je ova odluka starija od presude toga Suda u predmetu *Bronner* iz kojih je Europska komisija preuzela većinu već navedenih uvjeta (a može se reći, nakon iznesenih kritika stručne javnosti, zapravo nanovo redigirala dio Upute posvećen odbijanju poslovanja), nije isključeno da bi se u praksi Europske komisije i dalje mogla koristiti kao uporište za tezu da je zloporaba moguća već i onda kad je udovoljeno *samo* uvjetu iz alineje 1. t. 81. Upute. Naime, iz točke 76. Upute proizlazi da se cijeli odjeljak, posvećen odbijanju poslovanja, “bavi isključivo” tipičnom situacijom “kada se poduzetnik u vladajućem položaju natječe na ‘silaznom’ tržištu s kupcem kojem odbija opskrbu”. To još, dakle, ne znači da bi sva tri kriterija bila potrebna i u slučaju da je riječ o odbijanju poslovanja s kupcem koji nije i konkurent poduzetniku na silaznom tržištu.

U praktičnom smislu, čini se, ipak, kako su rizici da odbijanje opskrbe bude ocijenjeno kao zloporaba vladajućeg položaja ipak naglašeniji, ako se radi o odbijanju opskrbe kupca-konkurenta na silaznom tržištu, nego li kupca koji to nije. No, i u ovom drugom slučaju ima ozbiljnih razloga posvetiti se daljnjoj raščlambi mogućih povreda ZZTN-a, pri čemu bi to u kontekstu zlouporabe vladajućeg položaja osobito mogla biti primjena nejednakih uvjeta na istovrsne poslove s drugim poduzetnicima, čime ih se dovodi u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurenciju (čl. 13. al. 3. ZZTN-a).

U nastavku razmatramo daljnja praktična pitanja u odnosu na tipičnu situaciju odbijanja poslovanja u kontekstu zahtjeva za opstojnošću dvaju tržišta.

Je li u konkretnom slučaju proizvodni čimbenik objektivno potreban za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu te dovodi li odbijanje opskrbe takvog proizvodnog čimbenika do ukidanja učinkovitog tržišnog natjecanja na tom tržištu?

Prema stajalištu Europske komisije (s pozivom na sudsku praksu), za ispunjenje važnog uvjeta potrebe proizvodnog čimbenika za učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu, nije nužno da “niti jedan konkurent bez dobijenog inputa nikada ne bi mogao ući na silazno tržište ili na njemu opstati. Input je neophodan kada ne postoji stvaran ili potencijalni zamjenski proizvod (supstitut) na koji bi se konkurenti na silaznom tržištu mogli osloniti kako bi dugoročno barem ublažili “negativne posljedice odbijanja opskrbe predmetnim inputom. U tom slučaju Komisija će u pravilu pro-

vesti ocjenu odgovarajući na pitanje bi li konkurenti mogli u predvidivoj budućnosti efikasno izraditi proizvod duplikat inputu koji proizvodi poduzetnik u vladajućem položaju...”, što znači “stvaranje alternativnog izvora opskrbe koji će omogućiti konkurentima da izvrše konkurentski pritisak na poduzetnika u vladajućem položaju na silaznom tržištu”.¹⁴

U predmetu *Bronner*, Sud Europske unije zaključio je kako poduzetnik nije zlorabio vladajući položaj uskraćujući pristup svojem sustavu kućne dostave tiskovina jer ta usluga nije bila nužna za poslovanje potencijalnog kupca – konkurentskog novinskog nakladnika. Sud je našao kako nije bilo pravnih, tehničkih ili ekonomskih prepreka koje bi činile nemogućim, ili čak nerazumno otežanim, da konkurent ustroji vlastiti sustav kućne dostave. Postojali su zamjenski načini dostave poput poštanske dostave, prodaje na kioscima i u trgovinama, premda je to manje pogodno za konkurenta. Da bi se dokazala potreba postojećeg sustava kućne dostave, nije bilo dostatno upirati na to kako nije bilo ekonomski isplativo ustrojiti drugi takav sustav zbog malog broja primjeraka konkurentovih novina koje bi se tako dostavljale. U najmanju ruku trebalo bi dokazati da nije ekonomski isplativo ustrojiti drugi sustav za kućnu dostavu tiskovina za distribuciju novina s nakladom usporedivom s nakladom tiskovina koje se dostavljaju postojećim sustavom.

Pojam “neophodnog proizvodnog čimbenika” ne uključuje stoga one proizvodne čimbenike koji bi za konkurente mogli biti tek poželjni, odnosno one koji bi im predstavljali praktičnije, lagodnije odnosno najmanje otegotno rješenje. Također, može se ustvrditi kako konkurentova (ne)učinkovitost i gospodarska (ne)moć ne bi bili mjerodavni za ocjenu proizvodnog čimbenika kao prijeko potrebnog. U tom pogledu Sud je kriterij prijeko potrebe odredio objektivno: potrebnim bi se mogao smatrati samo onaj proizvodni čimbenik kojeg ni jednako učinkoviti konkurent koji je iste veličine kao i poduzetnik u vladajućem položaju, ne bi mogao nadomjestiti iz drugih izvora ili sam proizvesti.¹⁵

Opći sud kao prvostupanjska instancija Suda Europske unije, u svojoj je novijoj odluci iz rujna 2009. potvrdio odluku Europske komisije u

¹⁴ Uputa, t. 83.

¹⁵ To stajalište potvrđeno je i u presudi Suda Europske unije u predmetu C-418/01 *IMS Health v. NDC Health*, paragraf 28.

predmetu *Clearstream*.¹⁶ U svojoj presudi Opći sud navodi (pozivajući se na uvjete utvrđene u presudama u predmetima *Bronner* i *European Night Services*, a u odnosu na *elimination of all competition* na presudu u predmetu *Microsoft*): "...Iz prakse Suda Europske unije slijedi, da bi se utvrdila opstojnost zlouporabe u smislu članka 82., za odbijanje usluge o kojoj je ovdje riječ, mora biti izgledno da će ukinuti svekoliko tržišno natjecanje na tržištu od strane osobe koja traži uslugu, odbijanje mora biti takvo da ga se ne može objektivno opravdati, a usluga kao takva mora biti nužna za poslovanje te osobe. U skladu s ustaljenom sudskom praksom, proizvod ili usluga smatraju se neophodnima ili nužnima ako za njih nema stvarnog ili potencijalnog supstituta.

Što se tiče uvjeta dokidanja svekolikog tržišnog natjecanja, u svrhu utvrđivanja povrede čl. 82., nije neophodno dokazati da bi svekoliko tržišno natjecanje na tržištu bilo dokinuto; ono što je odlučno jest da je konkretno odbijanje podobno za to, ili je vjerojatno da će dokinuti svekoliko učinkovito tržišno natjecanje na tržištu. Na Komisiji je da utvrdi taj rizik dokidanja svekolikog učinkovitog tržišnog natjecanja".¹⁷

To da proizvod nema "stvarnog ili potencijalnog supstituta", trebalo bi utvrditi već pri ocjeni mjerodavnog tržišta i položaja kojeg poduzetnik ima na tom tržištu. Proizvod "bez supstituta" zacijelo bi trebalo tretirati kao zasebno tržište u proizvodnom smislu, na kojemu bi poduzetnik koji jedini raspolaže tim proizvodom *de facto* imao monopol. No, ako poduzetnik na mjerodavnom tržištu jest u vladajućem položaju, ali na njemu drži, primjerice, 50% tržišnog udjela, dok drugih 50% tržišnoga udjela drže drugi poduzetnici trgujući supstitutima, postavlja se načelno pitanje bi li se, u okolnostima aktualne opstojnosti tog "alternativnog izvora opskrbe" kod preostalih dobavljača, konkretni proizvod uopće mogao smatrati potrebnim proizvodnim čimbenikom (sve kad bi se i zanemarilo kako Komisija u t. 83. Uputa očito ima na umu *stvaranje – creation of* – alternativnog izvora opskrbe, kao moguću alternativu). Drugim riječima, nije li za odbijanje opskrbe zapravo nužno da poduzetnik bude u takvom vladajućem položaju koji predstavlja monopol ili kvazi-monopol? Čini se da bi odgo-

16 Presuda Općeg suda u predmetu T-301/04 *Clearstream Banking v. Commission*, od 9. rujna 2009.

17 *Clearstream Banking*, paragrafi 147. i 148.

vor na ovo pitanje načelno trebao biti potvrđan. Bi li i *običan* vladajući položaj na tržištu na kojem sudjeluju i drugi poduzetnici mogao dostajati u nekim izuzetnim tržišnim konstelacijama, trebalo bi podvrći detaljnijem razmatranju.

Kad je posrijedi pitanje ukidanja učinkovitog tržišnog natjecanja na silaznom tržištu, ono je najtješnje vezano za pitanje prijeko potrebe proizvoda, budući da se odbijanjem opskrbe potrebnog proizvoda kao proizvoda bez stvarnog ili potencijalnog supstituta, svakako isključuje učinkovito tržišno natjecanje na silaznom tržištu. Utoliko bi se, samo naizgled, u točki 81. Upute radilo o dva samostalna preduvjeta.

No, u svakom slučaju, ako je odgovor na postavljeno pitanje potvrđan, tada će trebati još potražiti odgovor i na sljedeće pitanje.

6. Postoji li za odbijanje poslovanja objektivno opravdanje?

U praksi će objektivni razlozi za opravdanje odbijanja poslovanja nerijetko stupiti u prvi plan *via facti*, i zasjeniti sva prethodna pitanja jer će poduzetnik u vladajućem položaju upravo zbog tih razloga donijeti odluku o odbijanju poslovanja u konkretnom slučaju, ili će se u najmanju ruku tim razlozima braniti u možebitnom postupku.

Pojam objektivno opravdanje Sud Europske unije nije, čini se, dosad izrijeком konceptualno definirao. On ga, međutim, u pogledu zlorabe isključivanjem konkurenata, koristi još od presude u predmetu *Telemarketing*¹⁸ nadalje, u svim kasnijim predmetima odbijanja poslovanja.

Komisija u Uputi smatra kako poduzetnik mora dokazati da je njegovo postupanje “objektivno nužno” ili da ono ima za posljedicu “značajne pozitivne učinke koji prevladavaju nad negativnim, protutržišnim učincima za potrošače”, te u tom kontekstu Komisija “ocjenjuje je li predmetno postupanje neophodno i razmjerno cilju koji navodno želi ostvariti poduzetnik u vladajućem položaju”.¹⁹

18 U presudi Suda Europske unije u predmetu 311/84 CBEM v CLT i IPB, od 3. listopada 1985., paragraf 27; u nešto blažoj varijanti pitanje opravdanja istaknuto je još i prije u predmetu United Brands, paragraf 184.

19 Uputa, t. 28.-31.

Iz pregleda prakse nacionalnih regulatora na području zaštite tržišnog natjecanja, proizlazi kako je “najčešće prihvaćeno opravdanje za odbijanje poslovanja, odbijanje zbog ‘legitimnih poslovnih interesa’ ili na ‘prihvatljivim komercijalnim razlozima’. Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja suglasne su s time da dobavljači, uključujući i one koje imaju tržišnu moć, imaju temeljno pravo odbiti poslovanje u situacijama u kojima je odbijanje u skladu s normalnom poslovnom praksom.”²⁰

Primjeri uključuju odbijanje opskrbe zbog slabe kupovne moći kupca, ili kupčeve reputacije kao nepouzdanog poslovnog partnera; zbog odbijanja kupca da prihvati ili se podvrgne opće prihvaćenim uvjetima opskrbe; zbog toga što dobavljač nije u mogućnosti isporučiti robu ili usluge u traženoj količini ili kakvoći uključujući i u situacijama nestašice robe na zalihi, sirovina, ili dostatnog proizvodnog kapaciteta; zbog tehničkih razloga; te zbog razloga troškovne učinkovitosti, odnosno učinkovitosti na području istraživanja i razvitka, odnosno učinkovitosti u vezi s motivacijom na investiranje.

U pogledu navedenih i drugih razloga valja, međutim, ukazati na to da ti razlozi objektivno moraju postojati, odnosno mora ih biti moguće verificirati i dokazati i pritom oni moraju imati ekonomskog smisla. Utoliko je korisno, u vrijeme donošenja odluke o odbijanju opskrbe, pripremiti i sačuvati dokumentarne podloge na temelju kojih je takva odluka donesena.

Postoje dva korisna praktična pitanja što ih onaj tko procjenjuje valjanost opravdanja za odbijanje poslovanja može postaviti kao svojevrsan test, polazeći od konkretnih uvjeta i komercijalnih uzusa na konkretnom mjerodavnom tržištu. Ta pitanja glase:

1. Ima li takva odluka ikakvog gospodarskog smisla, osim, učinkovitog istiskivanja konkurenta?
2. Bi li poduzetnik koji nije prisutan na silaznom tržištu, u danim okolnostima donio istu takvu odluku?

Pozitivan odgovor na oba pitanja, stavlja u izgled prihvatljivost opravdanja, s time da to opravdanje mora biti prihvatljivo i u odnosu na mogući prigovor diskriminacije prema drugim kupcima, te da u samoj provedbi

20 Koriste se zaključci koje sadržava “Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws”, prezentiran na 9. godišnjoj konferenciji International Competition Network, travanj 2010., str. 31. – 33.

odluke o odbijanju opskrbe u pogledu ukupnog *opsega ili domašaja* stoji u razboritoj *razmjernoj vezi* s razlogom na kojem je odluka utemeljena.

Dobro je pritom voditi računa o tome da za poduzetnika u vladajućem položaju načelno veći rizik predstavlja odbijanje poslovanja s pojedinim kupcem ili s određenom skupinom kupaca, negoli odbijanje poslovanja sa svim kupcima istodobno. Također, ako u slučaju nestašice robe dobavljač nije u mogućnosti podmiriti sveukupnu potražnju na tržištu, mogla bi biti riječ o diskriminaciji u smislu članka 13. alineja 3. ZZTN-a, kad bi nekim prijašnjim kupcima posve obustavio opskrbu, zadržavajući opskrbu drugih kupaca na prijašnjoj razini (kao i u slučaju izbora nekog drugog neprihvatljivog kriterija za alokaciju robe u takvim uvjetima).

Inače, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja u svojoj je nedavnoj odluci u predmetu *Kino Zadar Film*²¹, dala vrlo ilustrativan prikaz metode istraživanja navoda poduzetnika koji su se pozivali i na objektivno opravdanje u odnosu na okolnosti u kojima su kao distributeri filmova kinoprikazivaču Kino Zadar Film uskraćivali kopiju filma, kao ograničenog resursa. Agencija je naposljetku odbila zahtjev poduzetnika Kino Zadar Film, utvrdivši kako u postupku nije bilo ni izravnog ni neizravnog odbijanja opskrbe (niti diskriminacije u odnosu na drugo konkurentsko kino u Zadru u kojemu ima udjela distributer Blitz), te da su odluke o odbijanju opskrbe u pojedinim slučajevima bile objektivno opravdane. Ono što ova odluka osobito pokazuje u generalno-preventivnom smislu, jest da je smjer istrage Agencije obuhvatio duže vremensko razdoblje te su se u postupku vrlo pedantno uspoređivali podaci obiju strana u postupku, ali i podaci pribavljeni od trećih osoba, kako distributera, tako i kino-prikazivača, tako da su naposljetku iscrpno razmotrena i utvrđena sveukupna posebna obilježja ove branše i njezini komercijalni uzusi, a konkretni podaci relevantni za postupak konsolidirani su u brojnim usporednim prikazima, s egzaktnim rezultatom. To pokazuje da samo jasne i ispravne poslovno i komercijalno zasnovane odluke, *potvrđene u praksi poduzetnika iz više neovisnih izvora*, imaju izgleda da u slučaju potrebe doista budu verificirane u postupku pred Agencijom kao objektivno opravdanje za odbijanje opskrbe.

21 Rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u predmetu Kino Zadar Film d.d. protiv Blitz film i video distribucija d.o.o. i Duplicato d.o.o., od 24. veljače 2011. (dostupna na mrežnim stranicama Agencije).

7. Je li vjerojatno da bi odbijanje poslovanja naštetilo potrošačima?

Pitanje štete, koja bi potrošačima mogla nastupiti zbog odbijanja poslovanja između poduzetnika u vladajućem položaju i njegova konkurenta na silaznom tržištu, jest pitanje “premašuju li u nekom vremenskom razdoblju, za potrošače, moguće negativne posljedice odbijanja opskrbe na mjerodavnom tržištu negativne posljedice nametanja obveze opskrbe”.²² Ako je odgovor na ovo pitanje potvrđan, tada će, u pravilu, biti mjesta vođenju postupka zbog utvrđivanja zlorabe vladajućeg položaja odbijanjem opskrbe.

Europska komisija u Uputi, primjerice, navodi kako za potrošače može nastupiti šteta, ako je konkurent poduzetnika u vladajućem položaju, zbog odbijanja opskrbe onemogućen iznijeti na tržište inovativnu robu ili usluge, ili je vjerojatno da bi to spriječilo daljnje inovacije. To se posebno može odnositi na slučaj “...kada poduzetnik koji opskrbu koja mu je potrebna *ne namjerava u bitnome ograničiti* samo na stvaranje duplikata ili reproduciranje robe ili usluga koje već nudi poduzetnik u vladajućem položaju, na silaznom tržištu, *već namjerava proizvoditi novu ili poboljšanu robu ili usluge za koje postoji potencijalna potražnja potrošača ili kojim bi se mogao unaprijediti tehnološki razvoj*”.²³

Komisija, također, ističe kako za potrošače može nastupiti šteta, ako je cijena na ulaznom tržištu proizvodnog čimbenika regulirana, a na silaznom nije, pa poduzetnik u vladajućem položaju može, isključivanjem konkurencije, na nereguliranom silaznom tržištu ostvariti veću dobit nego inače.

Kao što je već navedeno, ako bi za potrošače, ipak, nastupila šteta zbog odbijanja opskrbe, poduzetnik bi se mogao braniti dokazujući da obijanje opskrbe donosi značajne pozitivne učinke koji prevladavaju nad negativnim, protutržišnim učincima za potrošače (t. 28. Upute). Takvi pozitivni učinci mogu se odnositi na “osiguranje adekvatnog povrata za ulaganja koja je izvršio za razvoj svoga poslovanja s neophodnim proizvodnim čimbenikom”, za što je potrebno odbijanje poslovanja, koje mu ujedno

²² Uputa, t. 86.

²³ Uputa, t. 87.

“predstavlja poticaj za nastavak ulaganja u budućnosti”. Također, moguće je dokazivati i negativne učinke koje obveza poslovanja prouzrokuje za poduzetnikove vlastite inovacije, strukturne promjene, uvjete na tržištu i dr. (usporedi t. 89. i 90. Upute).

IVAN TOT*

Kazna zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja u hrvatskom pravu *de lege ferenda*

1. Uvodne napomene

Slobodno tržišno natjecanje kao jedno od temeljnih načela suvremenih tržišnih gospodarstava potrebno je učinkovito štititi od povreda koje čine poduzetnici kao sudionici tržišnog natjecanja. Karakterističnu povredu tržišnog natjecanja predstavljaju sporazumi kojima je cilj ograničiti tržišno natjecanje, a koje sklapaju poduzetnici koji djeluju na istoj razini proizvodnje ili distribucije (horizontalni sporazumi). Među njima se ističu tzv. *hard core* karteli, kao oblici izravne koluzije¹, kojima međusobni konkurenti određuju cijene, ograničavaju proizvodnju, dijele tržište ili dijele potrošače, a za koje se smatra da su toliko štetni da nije potrebno razmatrati njihove konkretne učinke na tržišno natjecanje. Stoga su takvi sporazumi automatski zabranjeni kao *per se* povrede tržišnog natjecanja, a da se ne razmatra njihov ekonomski kontekst.

Zaštita slobodnog tržišnog natjecanja od takvih *per se*, kao i od drugih povreda tržišnog natjecanja, ostvaruje se kombinacijom oblika javnopravne i privatnopravne zaštite. Dok se privatnopravnim ostvarenjem zaštite slobodnog tržišnog natjecanja uobičajeno smatraju postupci naknade štete

* Ivan Tot je asistent na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu.

1 Izravnom koluzijom naziva se dogovor konkurenata koji podrazumijeva izravnu komunikaciju poduzetnika; za više o pojmu koluzije vidi: Pecotić Kaufman, J., "Horizontalni sporazumi o cijenama u pravu tržišnog natjecanja", doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2008., str. 18. – 22.

koje sami potrošači pokreću pred sudovima sa svrhom zaštite osobnih neposrednih novčanih interesa koji su im povrijeđeni počinjenim povredama tržišnog natjecanja, javnopravnim ostvarivanjem smatraju se različiti mehanizmi koji su na raspolaganju državnim tijelima i nezavisnim regulatornim agencijama sa svrhom sprječavanja i suzbijanja povreda slobodnog tržišnog natjecanja te uklanjanja njihovih štetnih učinaka u općem javnom interesu. Javnopravno ostvarivanje zaštite tržišnog natjecanja moguće je postići mjerama upravnopravnog karaktera predviđenih odredbama prava tržišnog natjecanja kao funkcionalne pravne grane, ali i mjerama predviđenim kaznenim pravom.

U okviru pozitivnog hrvatskog prava tržišnog natjecanja nekoliko je oblika takve javnopravne provedbe usmjerenih protiv *hard core* kartela te drugih sporazuma između poduzetnika, odluka udruženja poduzetnika i usklađenog djelovanja poduzetnika, a cilj ili posljedica je narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu. Prije svega, takvi su sporazumi zakonom zabranjeni.² Sporazumi kojima se narušava tržišno natjecanje, a koji nisu izuzeti od opće zabrane, su i *ex lege* ništetni.³ Rješenjem kojim utvrđuje postojanje zabranjenog sporazuma, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja⁴ određuje mjere za otklanjanje štetnih učinaka zabranjenog sporazuma.⁵ AZTN istim rješenjem izriče i upravno-kaznenu mjeru usmjerenu, među ostalim, na kažnjavanje počinitelja povrede tržišnog natjecanja.⁶ U daleko manjoj mjeri, gotovo samo formalno i teoretski, zaštita tržišnog natjecanja ostvaruje se i normama pozitivnog hrvatskog kaznenog prava.⁷

Neposredan cilj prava tržišnog natjecanja je održavanje uvjeta za slobodno tržišno natjecanje, što pridonosi ostvarivanju gospodarskog prosperiteta i blagostanju potrošača. Cilj kaznenog prava je zaštita subjektivnih prava građana i drugih društvenih vrijednosti od napada kojima se te vrijednosti ugrožavaju ili povrjeđuju, i to, između ostalog, javnim ka-

2 Prema odredbi čl. 8. st. 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, br. 78/2009, u nastavku teksta: ZZTN).

3 Prema odredbi čl. 8. st. 4. ZZTN-a.

4 U nastavku teksta: AZTN.

5 Prema odredbi čl. 9. st. 2. ZZTN-a.

6 Prema odredbama čl. 9. st. 3. i čl. 60. ZZTN-a.

7 O tome više *infra*, u poglavlju 2. ovog rada.

žnjavanjem počinitelja takvih povreda. Te dvije pravne grane međusobno su komplementarne toliko koliko se cilj prava tržišnog natjecanja može ostvariti i putem instrumentarija specifičnog za kazneno pravo.

Trebaju li se povrede tržišnog natjecanja sankcionirati isključivo sankcijama predviđenim pravom tržišnog natjecanja ili ih je potrebno sankcionirati i kaznenopravnim sankcijama? Jesu li sankcije koje su na raspolaganju pravu tržišnog natjecanja dovoljno učinkovite da će odvratiti počinitelje od budućih povreda tržišnog natjecanja? Je li prikladno počinitelje povreda tržišnog natjecanja kažnjavati kaznama kao vrstama kaznenopravnih sankcija? Ako jest, treba li to činiti novčanom kaznom ili kaznom zatvora? Ako jest, koje povrede tržišnog natjecanja je potrebno kažnjavati kaznama predviđenim kaznenim pravom? Odgovori na navedena pitanja bit će u ovome radu dani u kontekstu hrvatskog prava, imajući na umu nedavno aktualiziranje ove teme kroz nacrt prijedloga novog hrvatskog Kaznenog zakona.⁸

Najprije će se u ovome radu ukratko opisati pozitivna rješenja hrvatskog kaznenog prava kojima se kao zaštićeno pravno dobro štiti slobodno tržišno natjecanje te takva rješenja koja predviđa novi hrvatski Kazneni zakon, odnosno koja su bila predviđena nacrtima prijedloga novog hrvatskog Kaznenog zakona. Potom će biti analizirane kaznenopravne odredbe usmjerene na zaštitu slobodnog tržišnog natjecanja sadržane u poredbenom pravu. Zatim će biti izloženi razlozi za uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja u hrvatsko pravo, te razlozi protiv uvođenja kazne zatvora za takva kaznena djela. Zaključno, bit će dani odgovori na istraživačka pitanja ovog rada s prijedlogom mogućih rješenja za hrvatsko kazneno pravo *de lege ferenda*.

8 O tome više *infra*, u poglavlju 2. ovog rada.

2. Kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja u hrvatskom pravu

Dva su kaznena djela u aktualnom hrvatskom Kaznenom zakonu⁹ koja bi trebala služiti zaštiti slobodnog tržišnog natjecanja: kazneno djelo povrede ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti¹⁰ i kazneno djelo stvaranja monopolističkog položaja na tržištu.¹¹ Za oba kaznena djela zapriječena je KZ-om kazna zatvora u trajanju od šest mjeseci do pet godina.

Iako je pravo tržišnog natjecanja upravljeno na zaštitu slobodnog tržišnog natjecanja od povreda koje čine poduzetnici kao sudionici tržišnog natjecanja, kao počinitelj kaznenog djela povrede ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti može se, prema odredbama KZ-a, pojaviti samo službena osoba, čime je znatno sužen domet toga kaznenog djela. Radnje koje se kao kažnjive navode u opisu tog kaznenog djela djelomično se preklapaju s opisom zabranjenih sporazuma iz odredaba ZZTN-a, no one nisu usklađene s odredbama ZZTN-a ni terminološki niti u pogledu njihova doseg.¹² Riječ je o kaznenom djelu koje je *lex specialis* u odnosu prema kaznenom djelu zloporabe položaja i ovlasti, te koje je kao službeničko kazneno djelo pogrešno smješteno među gospodarska kaznena djela.¹³

9 Kazneni zakon, NN, br. 110/1997, 27/1998, 50/2000, 129/2000, 51/2001, 111/2003, 190/2003, 105/2004, 84/2005, 71/2006, 110/2007, 152/2008, 57/2011 (u nastavku teksta: KZ).

10 Čl. 280. KZ-a glasi: "(1) Tko zlouporabom svojega službenog položaja ili ovlasti ograniči slobodno kretanje kapitala i rada na određenom području, uskrati ili ograniči pravo pravne ili fizičke osobe da se na određenom području bavi prometom robe i usluga, stavi pravnu ili fizičku osobu u neravnopravan položaj prema drugim pravnim ili fizičkim osobama što se tiče uvjeta za rad ili za obavljanje prometa robe i usluga, ili ograniči slobodnu razmjenu robe i usluga, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Kaznom iz stavka 1. ovoga članka kaznit će se tko iskoristi svoj društveni položaj ili utjecaj da bi se počinilo kazneno djelo iz toga stavka."

11 Čl. 288. KZ-a glasi: "Tko u pravnoj osobi sklopi sporazum kojim se druga pravna ili fizička osoba ograničuje u slobodnom prometu robe ili usluga na određenom području ili s određenim pravnim ili fizičkim osobama, ili sklopi sporazum kojim se na drugi način stvara monopolistički položaj pravnih ili fizičkih osoba na tržištu, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina."

12 Slično i Novoselec, P., *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2009., str. 164. Suprotno: Pezo, I., "O kažnjivosti povreda slobodnog tržišnog natjecanja", *Hrvatska pravna revija*, br. 7, 2001., str. 102.

13 Sa stajališta kaznenog prava može mu se prigovoriti i da je njegov opis suviše općenit zbog čega je njime narušen aspekt načela zakonitosti koji zahtijeva da kazneni zakon mora biti određen (*nullum crimen sine lege certa*). Novoselec, *op. cit.*, u bilj. 12, str. 164. – 165.

Zakonski se opis kaznenog djela stvaranja monopolističkog položaja na tržištu, također, djelomično preklapa s opisom zabranjenih sporazuma iz odredaba ZZTN-a. Međutim, inkriminirani su sporazumi kojima se stvara monopolistički položaj na tržištu što nije sukladno odredbama ZZTN-a kojima se, s jedne strane, zabranjuju sporazumi kojima je cilj ili posljedica narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu neovisno o tome je li rezultat takvog sporazuma monopolistički položaj kojega od poduzetnika sudionika sporazuma, a, s druge strane, ne zabranjuje stvaranje monopolističkog položaja, već zloraba takvog i drugih oblika vladajućeg položaja na tržištu. Kao počinitelj tog kaznenog djela određena je osoba "u pravnoj osobi" koja sklopi inkriminirani sporazum, što nije sukladno definiciji poduzetnika kao adresata prava tržišnog natjecanja koji može, između ostalog, biti i fizička osoba.

U sudskoj praksi nije zabilježena primjena ni jednog od ta dva kaznena djela.¹⁴ S obzirom na neusklađenost njihovih zakonskih opisa s odredbama ZZTN-a, ocjenjujemo da ta kaznena djela ne mogu pridonijeti ostvarenju cilja adekvatne zaštite slobodnog tržišnog natjecanja te se nameće zaključak da bi ih, kao zastarjela, trebalo ukinuti.¹⁵

To je i učinjeno novim hrvatskim Kaznenim zakonom, koji na snagu stupa dana 1. siječnja 2013.,¹⁶ a više ne sadržava navedene inkriminacije u svom katalogu kaznenih djela. Umjesto navedenih kaznenih djela, nacrt prijedloga novog KZ-a predviđao je uvođenje kaznenog djela povrede slobode tržišnog natjecanja kao novog kaznenog djela čije je zaštićeno dobro slobodno tržišno natjecanje, sa zapriječenom kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina, no ta je inkriminacija, ipak, izostala iz konačnog teksta novog KZ-a.¹⁷ Obilježje tog kaznenog djela ostvarivala bi svaka oso-

14 *Ibid.*, str. 165; Pezo, *op. cit.*, u bilj. 12, str. 102. – 103.

15 Na zastarjelost ovih kaznenih djela određeni autori upozoravali su već i prije, u kontekstu tada važećeg Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, primjerice: Novoselec, *op. cit.*, u bilj. 12, str. 165. i 170.

16 Kazneni zakon, NN, br. 125/2011 (u nastavku tekstu: novi KZ). Konačni prijedlog Kaznenog zakona dostupan je na: <http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=41259> (2. 11. 2011.).

17 Novo kazneno djelo bilo je predviđeno odredbama čl. 255. nacrta prijedloga novog KZ-a koje su glasile: "(1) Tko protivno propisima o zaštiti tržišnog natjecanja sklopi zabranjeni sporazum ili na drugi način sudjeluje u sporazumu kojim je narušeno tržišno natjecanje, kaznit će se kaznom zatvora od šest mjeseci do pet godina.

(2) Počinitelj koji dobrovoljno spriječi izvršenje zabranjenog sporazuma iz stavka 1. ovog članka, može se osloboditi kazne."

ba koja bi sklopila ili na drugi način sudjelovala u sporazumu koji je zabranjen propisima o zaštiti tržišnog natjecanja. Iako se i tom rješenju mogu istaknuti određeni prigovori, a i isticani su u tijeku javne rasprave o prijedlogu novog KZ-a¹⁸, da ono ne čini potrebnu razliku između horizontalnih i vertikalnih zabranjenih sporazuma poduzetnika, kao i da bi kazneni progon trebalo ograničiti samo na sudionike tzv. *hard core* kartela, predloženo kazneno djelo svakako bi, barem načelno i formalno, pridonosilo višem stupnju zaštite tržišnog natjecanja. Pohvalno je i to što su odredbe nacрта prijedloga novog KZ-a terminološki bile u cijelosti usklađene s odredbama ZZTN-a. Također, izričito upućivanje na propise o zaštiti tržišnog natjecanja ukazivalo je da je svrha novoga kaznenog djela da kao pomoćna mjera služi postojećim mjerama prava tržišnog natjecanja u ostvarenju cilja zaštite slobodnog tržišnog natjecanja, odnosno da bi primjena te odredbe u sudskoj praksi trebala biti vođena na istome kolosijeku na kojemu djeluje i AZTN. Predložena odredba predstavljala bi poželjno ukidanje postojećeg stanja u kojemu su kaznenopravni sustav zaštite tržišnog natjecanja i sustav zaštite tržišnog natjecanja predviđen pravom tržišnog natjecanja nesukladni i gotovo nimalo međusobno povezani, ali i više od toga, predstavljala bi konačno povezivanje navedena dva sustava u ostvarenju iste svrhe, višeg stupnja zaštite tržišnog natjecanja.

Iako je kazneno djelo povrede slobode tržišnog natjecanja izostalo iz konačnog teksta novog KZ-a, novi KZ je, ipak, uveo jedno novo kazneno djelo koje bi trebalo služiti zaštiti tržišnog natjecanja: kazneno djelo zloporabe u postupku javne nabave.

Kaznenim djelom zloporabe u postupku javne nabave inkriminirano je stavljanje ponude u postupku javne nabave utemeljene na zabranjenom dogovoru između gospodarskih subjekata kojima je cilj da naručitelj prihvati određenu ponudu.¹⁹ Počinitelju toga kaznenog djela zapriječena je zakonom kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, a počinitelju kvalificiranog oblika tog kaznenog djela, koji će biti ostvaren ako je tim kaz-

Nacrt prijedloga novog KZ-a, dostupno na: <http://www.pravosudje.hr/izrada-novog-kaznenog-zakona> (15.7.2011.).

18 Tako, primjerice, AZTN u svom priopćenju iz srpnja 2011. Priopćenje AZTN-a: Zatvorske kazne za povredu propisa o zaštiti tržišnog natjecanja su preuranjene, dostupno na: <http://www.aztn.hr/article/463> (2.11.2011.).

19 Prema odredbi čl. 254. st. 1. novog KZ-a.

nenim djelom pribavljena znatna imovinska korist ili prouzročena znatna šteta, kazna zatvora od jedne do deset godina.²⁰ Počinitelj kaznenog djela zloporabe u postupku javne nabave koji dobrovoljno spriječi da naručitelj prihvati njegovu ponudu, može se osloboditi kazne.²¹ Osim ovog uređenja instituta djelotvornog kajanja, obrazloženjem novog KZ-a dana je i smjernica sucima za postupanje u slučaju da je počinitelju kaznenog djela prethodno, zbog zabranjenog sporazuma izrečena upravno-kaznena mjera od AZTN-a, što se sugerira uzeti kao olakotnu okolnost pri odmjeravanju kazne zatvora.²²

Opisano kazneno djelo predstavlja povredu slobodnog tržišnog natjecanja koja se naziva *bid-rigging*, a koja se ponekad u poredbenoj praksi i doktrini izdvaja u zasebnu povredu tržišnog natjecanja, makar se, suštinski, taj oblik povrede ne razlikuje od horizontalnih sporazuma kojim se utvrđuju cijene.²³ Smatra se da je takvo koluzivno nadmetanje na tržištu javne nabave jedan od najštetnijih tipova kartela jer rezultira znatnim povećanjem cijena.²⁴

Zamjetno je da se biće novog kaznenog djela ne ostvaruje samim sklapanjem zabranjenog sporazuma, već stavljanjem ponude u postupku javne nabave koja je utemeljena na takvom sporazumu. Takav sporazum poduzetnika može se sastojati u podnošenju zajedničke ponude čime se isključuje mogućnost natjecanja u cijenama, a moguć je i sporazum prema kojemu će svaki od poduzetnika istaknuti samostalnu ponudu ali u kojoj će biti izražena cijena prethodno dogovorena među poduzetnicima.²⁵ Potonja metoda naziva se i metodom “mjesečevih mijena”, a predstavlja dugoročan dogovor poduzetnika, a cilj je da na jednome natječaju kao najpovoljniji ponuditelj bude izabran jedan od poduzetnika, a na idućem natječaju, drugi poduzetnik.²⁶ Moguće je i da se poduzetnici međusobno dogovore kako će u određenom natječaju u postupku javne nabave sudjelovati samo jedan

20 Prema odredbi čl. 254. st. 2. novog KZ-a.

21 Odredba čl. 254. st. 3. novog KZ-a.

22 Konačni prijedlog Kaznenog zakona, *op. cit.*, u bilj. 16, str. 235.

23 Maci, M., “Bid rigging in the EU public-procurement markets: some history and developments”, *European Competition Law Review*, br. 8, 2011., str. 412.

24 A time i znatnom štetom učinjenom poreznim obveznicima. *Ibid.*, str. 406.

25 Cerovac, M., *Rječnik pojmova prava i politike tržišnog natjecanja i srodnih područja*, TEB Poslovno savjetovanje d.o.o., Zagreb, 2004., str. 72.

26 *Ibid.*

od poduzetnika, sudionika takvog sporazuma, dok mu ostali poduzetnici neće u tom postupku konkurirati, iako će u tom slučaju biti riječ o ZZTN-om zabranjenom sporazumu, zbog kojega AZTN može izreći upravno-kaznenu mjeru svim sudionicima sporazuma. Kazneno će odgovarati samo onaj poduzetnik koji u postupku javne nabave stavi ponudu utemeljenu na takvom sporazumu.

Odredbe novog KZ-a pri tome ne govore o “zabranjenom sporazumu”, već o “zabranjenom dogovoru”, a sam pojam “zabranjenog dogovora” nije novim KZ-om definiran. Smatramo da je, unatoč terminološkoj razlici, predmetnu odredbu novog KZ-a potrebno tumačiti na način da ona upućuje upravo na odredbe ZZTN-a o “zabranjenim sporazumima”.²⁷ Također, umjesto pojma “poduzetnik” definiranog odredbama ZZTN-a, odredba novog KZ-a rabi izraz “gospodarski subjekti”.²⁸

Iako je, zanemare li se navedene terminološke razlike, uvođenje u hrvatsko pravo kaznenog djela zloporabe u postupku javne nabave pozitivan iskorak ka većoj zaštiti tržišnog natjecanja, mišljenja smo da odustanak od kaznenog progona poduzetnika, koji su sudionici drugih oblika zabranjenih sporazuma, predstavlja zakonodavčevo propuštanje ostvarivanja još i višeg stupnja zaštite tržišnog natjecanja u hrvatskom pravnom poretku. Svoj stav obrazložit ćemo u nastavku rada usporedbom s rješenjima drugih pravnih sustava i analizom argumenata koji govore u prilog uvođenju kazne zatvora i za *hard core* kartele čiji cilj nije tzv. *bid-rigging*.

27 Odredbe čl. 8. ZZTN-a.

28 I to iz razloga dosljednosti s rješenjima Zakona o javnoj nabavi. U obrazloženju konačnog prijedloga Kaznenog zakona u pogledu pojma gospodarski subjekt izrijekom se upućuje na definiciju sadržanu u Zakonu o javnoj nabavi, a iako je prvotni prijedlog zakona rabio izraz “poduzetnik”, intervencija u konačni tekst učinjena je na prijedlog Ministarstva gospodarstva, rada i poduzetništva te Ureda za središnju javnu nabavu. Konačni prijedlog Kaznenog zakona, *op. cit.* u bilj. 16, str. 235. i 289.

3. Kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja u poredbenom pravu

U ovome poglavlju bit će vrlo sažeto dan prikaz odredaba poredbenih pravnih sustava koji kriminaliziraju povrede tržišnog natjecanja i pri tom kao kaznenopravnu ili prekršajnu sankciju propisuju kaznu zatvora. Izlaganje će biti ograničeno na pravne poretke država članica Europske unije, a ovdje samo uzgredno ističemo da je, prema našim saznanjima, kazna zatvora za djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja propisana i u pravu Sjedinjenih Američkih Država, Kanade, Izraela, Rusije, Japana, Južne Koreje, Australije, Novog Zelanda, Južnoafričke Republike i Brazila.²⁹ Države članice Europske unije koje su propisale kaznu zatvora za djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja su Ujedinjeno Kraljevstvo, Irska, Njemačka, Austrija, Francuska, Rumunjska, Estonija i Latvija.³⁰

U Ujedinjenom Kraljevstvu kriminalizacija povreda tržišnog natjecanja ostvaruje se prekršajnim odredbama usmjerenim na kažnjavanje sudionika zabranjenih horizontalnih sporazuma kojima se ograničava proizvodnja, dijele potrošači, dijeli tržište i utvrđuju cijene, uključujući tzv. *bid-rigging* sporazume.³¹ Pojedinaac se smatra krivim ako se nečasno dogovorio s drugom osobom ili osobama o sklapanju ili provedbi zabranjenog sporazuma koji se tiče najmanje dva poduzetnika.³² Zapriječene prekršajne sankcije su kazna zatvora u trajanju do najviše pet godina te novčana kazna u zakonski neograničenom iznosu.³³ Sankcije se neće primijeniti prema tzv. zviž-

29 Prema Falach, A. (ur.), *The International Comparative Legal Guide to Enforcement of Competition Law*, Global Legal Group, London, 2009., str. 7. – 174. Tako i: Calvani, T.; Calvani, T. H., "Custodial sanctions for cartel offences: An appropriate sanction in Australia?", *Competition and Consumer Law Journal*, br. 17, 2009., str. 119. – 124.

30 Prema Falach, *op. cit.*, u bilj. 29, i Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29.

31 Guy, D., "The UK's experience with criminal law sanctions", u: Cseres, K.; Schinkel, M. P.; Vogel, F. O. W. (ur.), *Criminalization of Competition Law Enforcement – Economic and Legal Implications for the EU Member States*, Edward Elgar Publishing, Camberley, 2006., str. 251.

32 Prema odredbi § 188. Enterprise Act, Public General Acts, pogl. 40, 2002. (u nastavku teksta: UK-EA). Pri razmatranju je li riječ o nečasnom dogovoru, od porote se zahtijeva da razmotri je li počiniteljevo postupanje nečasno imajući na umu standard razumne osobe, te je li sam počinitelj znao da bi razumna osoba smatrala takvo postupanje nečasnim. Guy, *op. cit.* u bilj. 31, str. 250. Za više o navedenom kaznenopravnom standardu vidi: Furse, M.; Nash, S., *The Cartel Offence*, Hart Publishing, Portland, 2004., str. 30. – 31.

33 Počinitelju može biti izrečena jedna od te dvije sankcije, ali i obje istodobno, prema odredbi § 190. UK-EA.

dačima, koji priznaju krivnju, pridonesu otkrivanju kartela i u potpunosti surađuju s nadležnim tijelima, pod uvjetom da upravo oni nisu začetnici kartela.³⁴ Od njezinog uvođenja, kazna zatvora primijenjena je u najmanje jednom slučaju.³⁵

Irskim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja propisano je da poduzetnik koji je sudjelovao u sklapanju horizontalnog sporazuma kojem je cilj utvrđivanje cijena, ograničenje proizvodnje ili podjelu potrošača ili tržišta, može biti kažnjen novčanom kaznom do najviše četiri milijuna eura ili kaznom zatvora u trajanju od najviše pet godina, a prema njemu mogu biti primijenjene i obje sankcije.³⁶

U njemačkom pravu kao kazneno djelo određen je samo tzv. *bid-rigging*, a osobu koja u postupku javne nabave stavi ponudu utemeljenu na zabranjenom sporazumu može se kazniti kaznom zatvora do najviše pet godina ili novčanom kaznom.³⁷ Odredbe novog hrvatskog KZ-a o kaznenom djelu zloporabe u postupku javne nabave modelirane su upravo prema rješenju njemačkog Kaznenog zakonika.³⁸ Gotovo u cijelosti preslikano rješenje odgovarajuće odredbe njemačkog Kaznenog zakonika predstavlja i odredba austrijskog Kaznenog zakonika³⁹ koja za kazneno djelo zloporabe u postupku javne nabave predviđa kaznu zatvora u trajanju do najviše tri godine.⁴⁰ Također, u Austriji su zabilježeni slučajevi pokretanja postupaka radi kaznenog djela prijevare protiv sudionika kartela koji su isticali neistinite ponude u postupku javne nabave.⁴¹

34 Guy, *op. cit.*, u bilj. 31, str. 251.

35 I to zbog *bid rigginga* u postupku poznatom pod nazivom Marine Hose, gdje je dvojici počinitelja odmjerena kazna zatvora u trajanju od tri godine, a trećemu u trajanju od dvije i pol godine. Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 125.

36 Prema odredbi § 8. irskog CA (Competition Act, Irish Statute Book, br. 14, 2002.). Za više vidi: Calvani, T., "Cartel penalties and damages in Ireland: criminalization and the case for custodial sentences", u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 270.

37 Prema odredbi § 298. njemačkog Kaznenog zakonika; Strafgesetzbuch, Bundesgesetzblatt I, 1998., str. 3322, s posljednjom izmjenom od dana 23. lipnja 2011., Bundesgesetzblatt I, 2011., str. 1266. Više o navedenoj odredbi vidi: Vollmer, C., "Experience with criminal law sanctions for competition law infringements in Germany", u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 257. – 267.

38 Konačni prijedlog Kaznenog zakona, *op. cit.* u bilj. 16, str. 235.

39 Odredba § 168.b austrijskog Kaznenog zakonika; Strafgesetzbuch s posljednjom izmjenom objavljenom u Bundesgesetzblatt I, br. 66/2011.

40 Lewisch, P., "Enforcement of antitrust law: the way from criminal individual punishment to semi-penal sanctions in Austria", u: Cseres et al., *op. cit.* u bilj. 31, str. 298.

41 Falach, *op. cit.* u bilj. 29, str. 27.

Prema francuskom Trgovačkom zakoniku, fizička osoba, koja na prijevaran način osobno i s odlučujućim utjecajem sudjeluje u planiranju, organizaciji ili provedbi zabranjenog sporazuma poduzetnika ili zloporabe vladajućeg položaja, kaznit će se kaznom zatvora u trajanju od četiri godine te novčanom kaznom u iznosu od 75.000,00 eura.⁴² Kad nadležno francusko tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ocijeni da postoje opisani uvjeti, dužno je predmet uputiti državnom odvjetništvu.⁴³ Osim u pojedinim slučajevima povezanim s postupcima javne nabave, ove odredbe iznimno se rijetko primjenjuju.⁴⁴

Rumunjskim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja⁴⁵, fizičkoj osobi, koja sudjeluje u planiranju, organizaciji ili provedbi zabranjenog sporazuma poduzetnika, zapriječene su kao sankcije kazna zatvora od šest mjeseci do tri godine ili novčana kazna, i to pod istim uvjetima kao i u francuskom pravu: ako je riječ o osobnom, odlučujućem i prijevarnom načinu postupanja.⁴⁶ Jednako kao i u Francuskoj, kaznene postupke pokreće državno odvjetništvo na inicijativu nadležne agencije za zaštitu tržišnog natjecanja.⁴⁷

Estonski Kazneni zakon predviđa kaznu zatvora do najviše tri godine ili novčanu kaznu pojedincima koji počine cijeli niz povreda tržišnog natjecanja.⁴⁸ U pogledu zabranjenih sporazuma pri tom su kažnjivi svi "sporazumi, odluke i usklađeno djelovanje koje ograničava slobodno tržišno

42 Prema odredbi čl. L420-6 francuskog Trgovačkog zakonika. *Code de Commerce*, posljednje izmijenjen ordonansom br. 2008-1161 od dana 13. studenoga 2008. godine (u nastavku teksta: francuski TZ).

43 Prema odredbi čl. L462-6 francuskog TZ-a.

44 Falach, *op. cit.*, u bilj. 29, str. 69.

45 Legea Concurenței br. 21, Monitorul Oficial al României, br. 742, 1996., s posljednjom izmjenom učinjenom zakonom, br. 149 od dana 5. srpnja 2011. (Legea nr. 149, Monitorul Oficial al României, br. 490, 2011.), kojim je potvrđena hitna uredba vlade, br. 75/2010 (Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 75 din 30 iunie 2010 privind modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, Monitorul Oficial al României, br. 459, 2010.) (u nastavku teksta: rumunjski ZZTN).

46 Prema odredbi čl. 60. rumunjskog ZZTN-a.

47 Falach, *op. cit.* u bilj. 29, str. 129.

48 Inkriminirani su ne samo zabranjeni sporazumi, već i zloporaba vladajućeg položaja, propuštanje obavještanja o namjeri koncentracije poduzetnika, provedba koncentracije poduzetnika bez dozvole te provedba koncentracija poduzetnika protivno zabrani. Prema odredbama §§ 399. – 402. estonskog kaznenog zakona; Karistusseedustik, *Riigi Teataja* I, 2002, 86, 504, s posljednjom izmjenom od dana 24. siječnja 2007. godine, objavljenom u *Riigi Teataja* I, 2007, 13, 69 (u nastavku teksta: estonski KZ).

natjecanje, a kojima se izravno ili neizravno utvrđuju cijene ili drugi trgovinski uvjeti, ili se ograničava proizvodnja, pružanje usluga, tržište, tehnički razvoj ili ulaganje, ili se dijeli tržište ili izvori nabave, kao i svi drugi sporazumi, odluke i usklađeno djelovanje koji štete tržišnom natjecanju”.⁴⁹ Uočljivo je da estonski Kazneni zakon ne čini razliku između horizontalnih i vertikalnih sporazuma poduzetnika, već da se kaznenim djelom smatra sklapanje svih vrsta sporazuma koji štete tržišnom natjecanju.

Latvijski Kazneni zakon kaznenim djelom propisuje postupanje protivno odlukama latvijskog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja ako je takvo postupanje ponovljeno u tijeku jedne godine ili ako je njime počinjena znatna šteta protivno javnom interesu ili interesu potrošača.⁵⁰ Primjena te odredbe nije zabilježena u latvijskoj sudskoj praksi.⁵¹

Zajedničko svim promatranim pravnim porecima jest da je kazna zatvora predviđena kao kaznenopravna sankcija u pravilu samo za *hard core* karteke, odnosno barem za *bid-rigging*. U pravilu se kažnjavaju fizičke osobe kao počinitelji propisanih kaznenih djela. Provedba kaznenog postupka i izricanje kazne zatvora povjerena je nacionalnim sudovima. Međutim, neovisno o tome jesu li predviđene posebnim propisima o zaštiti tržišnog natjecanja ili kaznenim zakonima, odredbe o kazni zatvora u praksi se gotovo ne primjenjuju.

Valja istaknuti da u pravu Europske unije ne postoje kaznenopravne sankcije za povrede tržišnog natjecanja.⁵²

49 Odredba §400. estonskog KZ-a.

50 Zapriječene kaznenopravne sankcije su kazna zatvora do najviše dvije godine ili rad za opće dobro na slobodi do najviše dvije godine ili novčana kazna u iznosu od najviše sto najnižih mjesečnih plaća, s tim da se uz bilo koju od tih sankcija može izreći i zabrana obavljanja djelatnosti u trajanju od dvije do pet godina. Prema članku 212. Latvijskog Kaznenog zakona; Kriminālikums, *Latvijas Vestnesis*, br. 99/200 (1260/1261), 2009., s posljednjom izmjenom objavljenom u *Latvijas Vestnesis*, br. 148 (4546), 2011.

51 Falach, *op. cit.*, u bilj. 29, str. 97.

52 Razlog tome je što u osnivačkim ugovorima ne postoji uporište ni za unifikaciju niti za harmonizaciju nacionalnih kaznenih prava država članica u pogledu kaznenih djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja. Vidi više u: Hakopian, G., “Criminalisation of EU Competition Law Enforcement – A possibility after Lisbon?”, *The Competition Law Review* [online], vol. 7, br. 1, str. 157. – 173., dostupno na: <http://www.clasf.org/CompLRev/downloads/Vol7Issue1.html> (29.10.2011.); Cseres, K.; Schinkel, M. P.; Vogelaar, F. O. W., “Law and economics of criminal antitrust enforcement: an introduction”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 14. – 17.; Wils, W. P. J., “Is criminalization of EU competition law the answer?”, u Cseres et al., *op. cit.* u bilj. 31, str. 94. – 98.

Uredbom Vijeća, br. 1/2003⁵³, propisano je da novčane globe predviđene Uredbom za povrede tržišnog natjecanja nisu kaznenopravne prirode⁵⁴, te da se Uredba ne primjenjuje na nacionalna prava koja predviđaju kaznenopravne sankcije za fizičke osobe, osim u opsegu u kojemu te kaznenopravne sankcije predstavljaju mjere kojima se provode pravila o tržišnom natjecanju prema poduzetnicima.⁵⁵

4. Razlozi za uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja

Uvid u poredbeno pravo pokazuje gotovo općeprihvaćen stav da je, ako je bilo koju od povreda tržišnog natjecanja potrebno kažnjavati kaznom zatvora kao kaznenopravnom sankcijom, onda takvu kaznu potrebno predvidjeti za *hard core* kartele. To je, također, i stajalište zastupljeno u pravnoj literaturi koja ističe da je kazna zatvora kao kaznenopravna sankcija primjerena samo za one povrede tržišnog natjecanja koje nije moguće lako otkriti i koje predstavljaju namjerne ciljane povrede prava, a to su prije svega *hard core* karteli.⁵⁶

Stoga, kad u ovome i idućem poglavlju navodimo razloge za uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja, i protiv uvođenja, pod tim kaznenim djelima smatramo prije svega *hard core* kartele. Također, valja istaknuti i kako se dobar dio u nastavku izloženih argumenata za uvođenje kazne zatvora za takva kaznena djela, i protiv uvođenja, u hrvatsko pravo, imajući na umu već izložene odredbe hrvatskog KZ-a, može odgovarajuće iščitati i kao izlaganje o argumentima za uvođenje takvih kaznenih djela, i protiv uvođenja, u hrvatsko pravo.

53 Uredba Vijeća (EC), br. 1/2003 od 16. prosinca 2002., o provedbi pravila o tržišnom natjecanju propisanih člancima 81. i 82. Ugovora (Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty), *Official Journal* L 1, 4.1.2003., izmijenjena Uredbom Vijeća (EC), br. 411/2004 od dana 26. veljače 2004., (*Official Journal* L 68, 6.3.2004.) i Uredbom Vijeća (EC), br. 1419/2006 od dana 25. rujna 2006. (*Official Journal* L 269, 28.9.2006.) (u nastavku teksta: Uredba, br. 1/2003).

54 Prema odredbi čl. 23. st. 5. Uredbe, br. 1/2003. Za kritiku te odredbe vidi: Möschel, W., "Fines in European competition law", *European Competition Law Review*, br. 7, 2011., str. 369.

55 Prema odredbi točke 8. preambule Uredbe br. 1/2003.

56 Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 85.

4.1. Kaznom zatvora kažnjava se izravno pojedinac kao počinitelj kaznenog djela

Prema ZZTN-u, upravno-kaznenom mjerom u iznosu do najviše deset posto vrijednosti ukupnoga prihoda koji je poduzetnik ostvario u posljednjoj godini za koju postoje zaključena godišnja financijska izvješća može se kazniti poduzetnik koji, između ostalog, sklopi zabranjeni sporazum ili na koji drugi način sudjeluje u sporazumu kojim je narušeno tržišno natjecanje.⁵⁷ Cilj upravno-kaznene mjere koju izriče AZTN je, između ostalog, i kažnjavanje počinitelja povrede tržišnog natjecanja.⁵⁸

Sklope li zabranjeni sporazum kojim se, primjerice, utvrđuju cijene, dva trgovačka društva kao poduzetnici, upravno-kaznena mjera bit će izrečena i primijenjena prema trgovačkim društvima kao pravnim osobama. Pri tome, fizičke osobe, koje su sudjelovale u sklapanju takvog zabranjenog sporazuma kao odgovorne osobe tih pravnih osoba, ne odgovaraju prema ZZTN-u za takvo svoje postupanje. Ako je cilj upravno-kaznene mjere kažnjavanje, nije li društveno opravdano i pravedno, osim kažnjavanja pravne osobe, koja je ostvarila određenu imovinsku korist na temelju zabranjenog sporazuma, kazniti i pojedinca koji je sudjelovao u sklapanju takvog sporazuma?

Upravno-kaznenom mjerom kao svojevrsnom novčanom kaznom kažnjava se društvo i članovi društva, iako inicijativa za sklapanjem zabranjenih sporazuma najčešće dolazi od članova uprave društava kao donositelja odluke o stvaranju kartela koji kao zastupnici društva sklapaju zabranjeni sporazum.⁵⁹ Takvim oblikom javnopravnog ostvarivanja zaštite tržišnog natjecanja zapravo se dio odgovornosti za osiguranje učinkovitog tržišnog natjecanja prebacuje na samo trgovačko društvo kojemu, da bi nadoknadi- lo iznos koji je dužno platiti zbog povrede tržišnog natjecanja, na raspolaganju ostaju mehanizmi privatnopravnog ostvarivanja zaštite tržišnog natjecanja, i to prije svega odredbama o odgovornosti članova uprave za štetu počinjenu društvu sadržanim u općim propisima o trgovačkim društvima.

57 Prema Odredbi čl. 61. ZZTN-a.

58 Prema Odredbi čl. 60. ZZTN-a.

59 Tako i: Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 131.; Cseres et al., *op. cit.* u bilj. 52, str. 2.; Masssey, P., "Criminalization and leniency: will the combination favourably affect cartel stability?", u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 180.

Uspjeh takvog postupka naknade štete je neizvjestan jer je, između ostalog, u trenutku kad AZTN donosi odluku kojom izriče trgovačkom društvu upravno-kaznenu mjeru upitno jesu li odgovorne fizičke osobe uopće još uvijek članovi uprave društva, gdje se one nalaze te imaju li imovine iz koje se može prisilno naplatiti šteta počinjena društvu.

Stoga se nameće zaključak da je primjereno na odgovarajući način kazniti i pojedinca čijim je osobnim djelovanjem došlo do sklapanja zabranjenog sporazuma te da bi u hrvatskom pravu valjalo predvidjeti kazneno djelo kojim bi se propisivalo kažnjavanje pojedinaca koji kao odgovorne osobe poduzetnika sklapaju zabranjene sporazume.⁶⁰ Pri tome, prema pojedincu bi bilo moguće primijeniti kako kaznu zatvora, tako i novčanu kaznu. Upitno je, međutim, koliko je svrhovito prema pojedincu primijeniti učinkovitu novčanu kaznu koja bi trebala biti barem uravnotežena, ako ne i jednaka, iznosu društvu izrečene upravno-kaznene mjere, s obzirom na to da je malo vjerojatno da tako visoki iznos novčane kazne pojedinac, uistinu, može podmiriti.⁶¹ Zato je prikladnije fizičku osobu, kao počinitelja kaznenog djela povrede slobode tržišnog natjecanja ostvarene stvaranjem *hard core* kartela, kazniti kaznom zatvora.

4.2. Kažnjavanje zatvorom utječe na počinitelja da ubuduće ne čini povrede tržišnog natjecanja

Upravno-kaznena mjera primijenjena prema poduzetniku pravnoj osobi nema nikakvog učinka u pogledu specijalne prevencije prema pojedincu čije djelovanje je dovelo do stvaranja kartela, s obzirom na to da upravno-kaznena mjera ne pogađa izravno pojedinca. Stoga je vjerojatno da će se ista fizička osoba ponovno upustiti u nedopuštene koluzivne aktivnosti, bilo kao odgovorna osoba poduzetnika prema kojemu je primijenjena

60 Upravo je to bila i svrha predloženog kaznenog djela povrede slobode tržišnog natjecanja, prema obrazloženju nacрта prijedloga novoga KZ-a koje navodi: "Iako je u članku 61. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (Narodne novine, broj 79/09) propisano upravno-kazneno djelo za sve povrede slobode tržišnog natjecanja, prema kojem se poduzetniku može izreći upravno-kaznena sankcija (10% od prihoda u posljednjoj godini) koju izriče Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, ono je nedovoljno jer ne omogućuje kažnjavanje odgovornih osoba u poduzetnicima koji su pravne osobe pa se uvođenjem ovog kaznenog djela popunjava ta praznina." Nacrt prijedloga novog KZ-a, *op. cit.*, u bilj. 17.

61 Tako i: Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 131.; Calvani, *op. cit.*, u bilj. 36, str. 273.

upravno-kaznena mjera, bilo nekog drugog poduzetnika čije će poslove voditi pojedinac u nastavku svoje profesionalne karijere.

Opasnost od takvog recidivizma iznimno uspješno uklanja kazna zatvora kao moguća kaznenopravna sankcija počinitelju fizičkoj osobi koja posebno preventivno djeluje u odnosu na počinitelje koji su poslovni ljudi. Ili riječima jednog autora iz pravne literature: “Kradljivcu torbica vrijeme provedeno u kaznionici tek je nešto više uznemirujuće od osnovne obuke tijekom vojnog roka. S druge strane, biznismenu zatvor znači pakao, a uobičajena analiza koristi i rizika slama se kada je rizik upravo zatvor. Prijetnja zatvaranjem stoga ostaje najznačajnijom mjerom odvraćanja od povreda tržišnog natjecanja.”⁶²

4.3. Kaznom zatvora izriče se društvena osuda zbog počinjene povrede tržišnog natjecanja

Kažnjavanje kaznom zatvora sadržava u sebi snažnu društvenu osudu koja nije svojstvena upravno-kaznenoj mjeri. Ono ne sadržava samo čvrstu moralnu pouku počinitelju povrede tržišnog natjecanja, već utječe i šire na društvenu svijest puno jače negoli to čini upravno-kaznena mjera. Naime, kazne zatvora su po prirodi stvari izrazito više zanimljivije medijima nego li bilo koji oblik novčane kazne, pa većim publicitetom utječu preventivno i na druge počinitelje.⁶³ Osim učinka opće prevencije, primjena kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja jača i društvenu svijest o zabranjenosti povreda tržišnog natjecanja i o opravdanosti kažnjavanja počinitelja tih povreda.

4.4. Upravno-kaznena mjera ne odvraća učinkovito poduzetnike od ponavljanja povreda tržišnog natjecanja

Odluka poduzetnika o stvaranju kartela ili o pridruživanju postojećem kartelu zavisi od zaključka do kojega je poduzetnik došao važeći koristi

62 Liman, A. L., “The Paper Label Sentences: Critique”, *The Yale Law Journal*, br. 86, 1977., str. 630. – 631. (citirano prema Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 83.).

63 Wils, *op. cit.* u bilj. 52, str. 84. Tako i Calkins, S., “Coming to Praise Criminal Antitrust Enforcement”, u: Ehlermann, C.-D.; Atanasiu, I. (ur.), *European Competition Law Annual: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Portland, 2006., str. 346.

koje će ostvariti putem kartela i rizike kojima se sudjelovanjem u kartelu izlaže, pri čemu će razumni poduzetnik među rizike zasigurno uvrstiti i novčani iznos koji će morati platiti ako kartel bude otkriven i sankcioniran.⁶⁴ Stoga se za uspješno odvracanje poduzetnika od formiranja kartela presudnim pokazuje visina novčanih kazni koje nadležno tijelo izriče poduzetnicima u određenom pravnom sustavu. Pritom se nameće logičan zaključak da, što su zapriječene kazne više, to je manja vjerojatnost da će se poduzetnik upustiti u sklapanje zabranjenih sporazuma.⁶⁵

Prema jednoj, u pravnoj literaturi često citiranoj, hipotetskoj postavci, da bi takva novčana kazna, uistinu, bila veća od novčane koristi koju poduzetnici mogu ostvariti sudjelovanjem u kartelu te na taj način odvratila poduzetnike od formiranja kartela, ona bi minimalno morala biti zapriječena u iznosu koji odgovara 150% godišnjeg prihoda koji bi poduzetnik ostvario u pogledu proizvoda koji je predmet kartela.⁶⁶ Određivanje novčanih kazni na tako visokoj razini, međutim, nije moguće ni prihvatljivo jer bi tako visoke novčane kazne nadilazile realnu platnu sposobnost poduzetnika i imale za posljedicu izgledno otvaranje stečajnog postupka nad poduzetnikom.⁶⁷ Prihvati li se navedena hipotetska postavka, novčana kazna u visini od 10% godišnjeg prihoda, koja se uobičajeno propisuje, očito nije ni približno dovoljna da bi mogla učinkovito odvratiti poduzetnike od sudjelovanja u kartelu. Ne čudi stoga činjenica da je Europska komisija provodila postupke i protiv poduzetnika recidivista prema kojima je, zbog nekog oblika kartela, prethodno već bila primijenila određenu globu.⁶⁸

64 Connor, J. M., "Has the European Commission become more severe in punishing cartels? Effects of the 2006 Guidelines", *European Competition Law Review*, br. 1, 2011., str. 31. Tako i Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 128. Neki autori smatraju da će pri tome vaganju presudan rizik biti prijetnja privatnih tužbi radi naknade štete, primjerice: Canenbley, C.; Steinworth, T., "Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programmes and Private Damages Actions?", *Journal of European Competition Law and Practice*, sv. 2, br. 4, 2011., str. 320.

65 Tako i: Connor, *op. cit.*, u bilj. 64, str. 31.; Canenbley et al., *op. cit.*, u bilj. 64, str. 316.; Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 128.

66 Postavku je razradio W. P. J. Wils, o čemu više vidi u: Wils, *op. cit.* u bilj. 52, str. 78. – 81., te Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 129. – 130.

67 Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 80. – 81. Prema jednom istraživanju, oko 60% poduzetnika ne bi bilo u mogućnosti financijski podnijeti takvu optimalnu novčanu kaznu bez otvaranja stečajnog postupka kao posljedice primjene takve kazne; Calvani et al., *op. cit.*, u bilj. 29, str. 130.

68 Za sumaran prikaz poduzetnika kojima se zbog sudjelovanja u kartelu Europska komisija nekoliko puta opetovano bavila vidi: Connor, *op. cit.*, u bilj. 64, str. 31.

Imajući to na umu, možemo zaključiti da je upitno hoće li i upravno-kaznena mjera predviđena ZZTN-om u visini od 10% vrijednosti ukupnog prihoda poduzetnika moći u potrebnoj mjeri odvratiti poduzetnike od sklapanja zabranjenih sporazuma. Zato uvođenje kazne zatvora za *hard core* kartele u hrvatsko pravo, a time i uvođenje dodatnog rizika koji poduzetnik mora odvagovati pri donošenju odluke o stvaranju kartela, zasigurno, može u određenoj mjeri pridonijeti odvratanju poduzetnika od izravne koluzije.

4.5. Neuvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja korak je unatrag u odnosu na prijašnja rješenja hrvatskog prava

Prije uvođenja upravno-kaznene mjere u hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, sklapanje zabranjenog sporazuma prijašnjim propisom bilo je označeno prekršajem za koji se, osim poduzetnika, novčanom kaznom mogla kazniti i odgovorna osoba u poduzetniku pravnoj osobi, i to u visini od 50.000,00 do 200.000,00 kuna.⁶⁹ Stupanjem na snagu novoga KZ-a iz hrvatskog kataloga kaznenih djela nestat će odredbe kojima je barem načelno bila svrha zaštita tržišnog natjecanja od povreda tržišnog natjecanja ostvarenih putem *hard core* kartela, a da pritom u isti katalog, osim kaznenog djela zloporabe u postupku javne nabave, nije uvršteno novo kazneno djelo koje bi na odgovarajući način sankcioniralo *hard core* kartele.⁷⁰

Neovisno o nezadovoljavajućoj primjeni prijašnjih prekršajnih odredaba⁷¹ i neprimjeni kaznenih odredaba, ocjenjujemo da je izostanak bilo kakve prekršajne ili kaznenopravne sankcije, koja bi bila primjenjiva prema pojedincu uz upravno-kaznenu mjeru primjenjivu prema poduzetniku, nedostatak i korak unatrag barem na formalnoj, ako već ne na suštinskoj razini.

69 Prema odredbi čl. 61. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, NN, br. 122/2003. (u nastavku teksta: stari ZZTN).

70 O tome je više bilo riječi *supra* u poglavlju 2. ovog rada.

71 U pogledu primjene prijašnjih prekršajnih odredaba starog ZZTN-a, AZTN je izrazila stav da "dosadašnja sudska praksa sankcioniranja poduzetnika i odgovornih osoba pokazuje da su i u slučajevima kada je AZTN donio rješenje kojim se utvrdilo postojanje kartela (u slučaju kartela autoškola, autobusnih prijevoznika, upravitelja stambenih zgrada, itd.), prekršajni sudovi, odgovornim osobama, a i samim poduzetnicima – sudionicima kartela, u pravilu izricali izuzetno niske novčane kazne, a koje se ne mogu na bilo koji način usporediti sa sankcioniranjem za slične slučajeve u bilo kojoj zemlji članici EU." Priopćenje AZTN-a, *op. cit.*, u bilj. 18.

4.6. Uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja prirodan je korak u slijedu daljnjeg razvoja hrvatskog prava tržišnog natjecanja

U pravnoj literaturi izraženo je zanimljivo stajalište prema kojemu se sva europska nacionalna prava tržišnog natjecanja povijesno gledano razvijaju u istome smjeru, prolazeći kroz jednake faze razvoja.⁷² U prvoj fazi razvoja karteli nisu bili zakonom zabranjeni. To je ostvareno u drugoj fazi razvoja prava tržišnog natjecanja, no učinak te zabrane bio je oslabljen sustavom notifikacije sporazuma koji je omogućavao pojedinačna izuzeća od zabrane sporazuma. Treću fazu razvoja obilježilo je napuštanje sustava notifikacije sporazuma. Četvrtu fazu obilježava uvođenje kaznenopravnih sankcija, posebno kazne zatvora, za pojedince unutar poduzetnika koji su sudionici *hard core* kartela.

S obzirom na to da je i u Hrvatskoj nedavno ZZTN-om napušten sustav notifikacije sporazuma, hrvatsko pravo tržišnog natjecanja može se, prema opisanim postavkama, svrstati u treću fazu razvoja prava tržišnog natjecanja. Iz toga slijedi da je uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja, kao obilježje četvrte faze, prirodan korak u daljnjem razvoju hrvatskog prava tržišnog natjecanja.

4.7. Uvođenje kazne zatvora pridonosi otkrivanju većeg broja kartela

Općeprihvaćeno stajalište je da je značajno povećanje broja otkrivenih i sankcioniranih kartela na području Europske unije izravna posljedica uvođenja u pravo Europske unije tzv. *leniency* programa koji jamči gotovo automatski imunitet od primjene novčane globe poduzetniku sudioniku kartela koji Europsku komisiju obavijesti o postojanju kartela.⁷³

Pri tome valja imati na umu da učinkovitost takvih programa ovisi o ozbiljnosti prijetnje koja je poduzetniku kao potencijalnom “zviždaču”, koji

72 Izlaganje o četiri stupnja razvoja prava tržišnog natjecanja koje slijedi u nastavku iznio je W. P. J. Wils u: Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 75.

73 Tako: Connor, *op. cit.*, u bilj. 64, str. 27.; Canenbley et al., *op. cit.*, u bilj. 64, str. 315.; Ehlermann, C.-D., “Criminal competition law enforcement: taking stock on the debate”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 33.

će razotkriti kartel, zapriječena za slučaj da sam ne prijavi kartel čiji je sudionik. Uvođenje oštrijih sankcija prema sudionicima kartela može povećati učinkovitost takvih programa jer potencijalnog “zviždača” očekuje i veća “nagrada” u obliku oslobođenja od strože sankcije ako sam obavijesti nadležna tijela o postojanju kartela u kojemu sudjeluje.⁷⁴

U tom smislu i uvođenje kazne zatvora kao strože sankcije zapriječene sudionicima kartela može djelovati poticajno na sudionike kartela da razotkriju kartel kako bi uživali blagodat oslobođenja ili ublažavanja zapriječene sankcije, odnosno može povećati učinkovitost *leniency* programa, a time i pridonijeti otkrivanju i sankcioniranju većeg broja kartela.⁷⁵

Leniency program “uvezen” je u Europu iz Sjedinjenih Američkih Država, a takav je program u europskim državama tradicionalno poznat samo kad su posrijedi najteži oblici organiziranog kriminaliteta.⁷⁶ S tim u vezi dodajemo i da bi uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja u hrvatskom pravu trebalo biti praćeno primjenom odgovarajućih odredaba Zakona o kaznenom postupku koje omogućuju da državni odvjetnik odustane od kaznenog progona ako je to razmjerno težini počinjenog kaznenog djela i značenju iskaza “zviždača”, a koje odredbe su, u pravilu, vezane uz otkrivanje i dokazivanja kaznenih djela koja ulaze u domenu organiziranog kriminaliteta.⁷⁷

5. Razlozi protiv uvođenja kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja

Uvođenju kaznenih djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja i njihovu kažnjavanju kaznom zatvora može se suprotstaviti niz argumenata koje iznosimo u nastavku.

74 Kovacic, W. E., “Competition policy and cartels: the design of remedies”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 44.

75 Tako i: Spagnolo, G., “Criminalization of cartels and their internal organization”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 135.; Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 81.

76 Wils, *op. cit.*, u bilj. 52, str. 68.

77 Procesna osnova za takav odustanak od kaznenog progona dana je u odredbi čl. 212. Zakona o kaznenom postupku, NN, br. 152/2008, 76/2009, 80/2011.

5.1. Uvođenje kazne zatvora može negativno utjecati na učinkovitost instituta pokajništva za poduzetnike “zviždače”

Posljednje navedeni argument u prilog uvođenju kazne zatvora u hrvatsko pravo ima i svoje naličje u obliku protuargumenta: kažnjavanje sudionika kartela kaznom zatvora može destimulirati poduzetnike da u okviru instituta pokajništva predviđenog ZZTN-om kao domaćeg *leniency* programa obavještavaju AZTN o kartelu i dostavljaju joj dokaze koji omogućuju pokretanje postupka protiv ostalih sudionika kartela. Taj argument bio je iznesen od AZTN-a u tijeku javne rasprave u povodu nacрта prijedloga novoga KZ-a⁷⁸, a u pravnoj literaturi se, osim na inkompatibilnost kazne zatvora s takvim *leniency* programima, ukazuje i na inkompatibilnost takvih programa s privatnopravnim ostvarenjem zaštite tržišnog natjecanja putem naknade štete potrošačima.⁷⁹ Naime, mala je vjerojatnost da će poduzetnik preuzeti ulogu “zviždača” kako bi bio oslobođen samo upravno-kaznene mjere, ako se time istodobno izlaže kaznenom progonu i postupcima naknade štete koje protiv njega mogu pokrenuti potrošači.

Zbog navedenog, upozorava se da može bitno uvođenje kazne zatvora za *hard core* kartele mora biti praćeno i odgovarajućim *leniency* programom u okviru kaznenog postupka koji će omogućiti poduzetniku “zviždaču” potpuni imunitet od kaznenog progona.⁸⁰ S druge strane, zabilježena su i mišljenja autora koji smatraju da bi primjena instituta pokajništva u kaznenom postupku dovodila do pretjerane složenosti provedbe *leniency* programa uz dvojbenu učinkovitost u pogledu povećanja broja otkrivenih kartela, te koji, stoga, sugeriraju da bi se nacionalna prava trebala usmjeriti na usavršavanje provedbe postojećih *leniency* programa radije negoli na uvođenje kaznenopravnih sankcija za kaznena djela protiv slobode tržišnog natjecanja.⁸¹

78 Priopćenje AZTN-a, *op. cit.*, u bilj. 18.

79 Neki autori pri tom iskazuju skeptičnost u pogledu buduće učinkovitosti *leniency* programa na razini Europske unije, primjerice: Geiger, A., “The end of the EU cartel leniency programme”, *European Contract Law Review*, br. 10, 2011., str. 535. – 536.

80 Frese, M. J., “The negative interplay between national custodial sanctions and leniency”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 201. Slično i AZTN: Priopćenje AZTN-a, *op. cit.*, u bilj. 18.

81 Schroeder, D; Heinz, S., “Requests for leniency in the EU: experience and legal puzzles”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 172.

5.2. Uvođenje kazne zatvora preuranjeno je u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja

Budući da su upravno-kaznene mjere i institut pokajništva za “zviždače” nove pravne ustanove hrvatskog prava tržišnog natjecanja koje još nisu u potpunosti zaživjele u praksi⁸², ne postoji adekvatan mehanizam provjere njihovih stvarnih učinaka na suzbijanje kartela na području Republike Hrvatske. Stoga je opravdano isticati da bi uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja, imajući na umu moguće negativne učinke na punu učinkovitost instituta pokajništva, moglo biti preuranjeno, odnosno da bi trebalo pričekati da prođe određeno vrijeme nakon kojeg bi se moglo pristupiti procjeni učinaka novih instituta hrvatskog prava tržišnog natjecanja, te po takvoj procjeni razmotriti je li uvođenje kazne zatvora mjera koja bi mogla unaprijediti ostvarenje zaštite tržišnog natjecanja.⁸³

5.3. Uvođenje kazne zatvora stvara financijske troškove i neopravdane društvene rizike

Protivnici uvođenja kazne zatvora smatraju tu kaznenopravnu sankciju neprikladnom za ostvarenje zaštite tržišnog natjecanja iz razloga stvaranja visokih financijskih troškova državnom aparatu, kako u pogledu samog izvršenja kazne zatvora, tako i u pogledu materijalnih i ljudskih resursa koje je potrebno angažirati da bi državno odvjetništvo moglo kvalitetno provoditi istrage i procesuirati sudionike kartela.⁸⁴ Ti financijski troškovi mogli bi biti uzrokom i odgovarajuće preraspodjele sredstava na način da se dio resursa, koji je na raspolaganju AZTN-u, preusmjeri na pravosudni sustav, što zasigurno ne bi potpomagalo ostvarenju zaštite tržišnog natjecanja u okviru AZTN-a.

Neki autori ističu i da uvođenje kazne zatvora stvara neopravdane društvene rizike u smislu mogućeg zatvorskog kažnjavanja nevinih osoba kao

82 Priopćenje AZTN-a, *op. cit.*, u bilj. 18.

83 AZTN pri tome predlaže rok prilagodbe od pet godina. Priopćenje AZTN-a, *op. cit.*, u bilj. 18.

84 Tako i Reindl, A. P., “How strong is the case for criminal sanctions in cartel cases?”, u: Cseres et al., *op. cit.*, u bilj. 31, str. 121.; Spagnolo, *op. cit.*, u bilj. 75, str. 136.

posljedice izostanka prikladne izobrazbe sudaca u složenoj materiji prava tržišnog natjecanja, te u smislu mogućeg odvrćanja poduzetnika od poduzimanja društveno korisnih zakonitih aktivnosti zbog straha da bi one mogle biti protumačene oblikom koluzivnog postupanja.⁸⁵

5.4. Uvođenje kaznenih djela protiv slobode tržišnog natjecanja zahtijeva teško dostižan stupanj osposobljenosti pravosudnog sustava

Da bi se kaznenopravno ostvarenje zaštite tržišnog natjecanja ostvarilo u potpunosti, nužno je osposobljavanje državnog odvjetništva i sudstva specifičnim znanjima s područja prava tržišnog natjecanja, posebno u pogledu ekonomskih analiza slučajeva koji bi se pojavljivali pred tim tijelima. Osim što bi za to trebalo izdvojiti znatna financijska sredstva, dvojbena je i konačni uspjeh suzbijanja kartela u okviru pravosudnog sustava imajući na umu prijašnja negativna iskustva s primjenom prava tržišnog natjecanja u postupcima pred prekršajnim sudovima.⁸⁶

Praktično rješenje, no politički upitno, bilo bi vezivanje pravosudnog sustava za stajališta i odluke AZTN-a, na način da AZTN utvrđuje postojanje kartela i njegovih sudionika te izriče upravno-kaznenu mjeru, a da potom na inicijativu AZTN-a, kazneni postupak pokreće državno odvjetništvo radi identificiranja pojedinačnog počinitelja unutar poduzetnika dok bi se uloga sudova svodila samo na odmjerenje kazne zatvora takvom pojedinačnom počinitelju.

5.5. Javni interes nije kazniti pojedinca već ukinuti kartel

Protiv uvođenja kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja može se istaknuti i argument da se time pretjerano ističe društvena osveta prema pojedincu kao počinitelju kaznenog djela, koji je svojim djelovanjem pridonio stvaranju ili održavanju kartela, a što bi trebao biti slabije izraženi javni interes u odnosu na interes ukidanja kartela i uklanjanja njegovih štetnih učinaka. Javni interes usmjeren na odmazdu

⁸⁵ Spagnolo, *op. cit.*, u bilj. 75, str. 135.

⁸⁶ Vidi *supra*, bilj. 71.

prema pojedinačnom počinitelju još bi i više trebao gubiti na važnosti ako je sudjelovanjem takvog počinitelja, kroz institut pokajništva, moguće osigurati otkrivanje kartela, njegovo ukidanje i kažnjavanje drugih sudionika kartela.⁸⁷

6. Zaključne napomene

Imajući na umu rješenja i iskustva poredbenog prava u suzbijanju kartela kaznenopravnim sankcijama, te analizu argumenata za uvođenje kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja, i protiv uvođenja, skloni smo zauzeti stajalište da je označavanje *hard core* kartela kao kaznenog djela kažnjivog kaznom zatvora u hrvatskom pravu poželjno i korisno. S obzirom na to da je, zbog teške uočljivosti i male vjerojatnosti otkrivanja *hard core* kartela, gotovo nemoguće sa sigurnošću tvrditi kojom se od mjera predviđenih pravom tržišnog natjecanja može najbolje ostvariti cilj njihova suzbijanja, smatramo da nije opravdan argument da bi propisivanje zatvorske kazne za *hard core* kartele moglo negativno utjecati na njihovo suzbijanje. Priznajemo, učinkovitost kazne zatvora u suzbijanju kartela jednako je teško mjerljiva kao i učinkovitost mjera predviđenih pravom tržišnog natjecanja (poput upravno-kaznenih mjera te instituta pokajništva). Međutim, upravo iz toga razloga nam se najboljim rješenjem čini kombiniranje svih dostupnih mjera koje mogu služiti ostvarenju zaštite tržišnog natjecanja. Stoga i propisivanje kazne zatvora kao kaznenopravne sankcije, koja bi bila akcesorna već postojećim mjerama predviđenim pravom tržišnog natjecanja, zasigurno može pozitivno djelovati na zaštitu tržišnog natjecanja, ako ni zbog čega drugog, onda barem zbog jačanja društvene svijesti o zabrani *hard core* kartela.

Budući da upravno-kaznene mjere same po sebi nisu dostatne da bi u idealnoj mjeri odvratile poduzetnike od izravnog koluzivnog djelovanja, prijetnja kaznom zatvora kao dopunska mjera predviđena kaznenim pravom može itekako pridonijeti prevenciji formiranja novih kartela. Navedeno tim više što bi kazna zatvora bila zapriječena upravo pojedincima čijim je osobnim odlučujućim djelovanjem kartel stvoren ili održan, a koji trenu-

⁸⁷ Canenbley et al., *op. cit.*, u bilj. 64, str. 317.

tačno izmiču iz polja primjene upravno-kaznenih mjera koje su ciljane na poduzetnike, a ne na odgovorne pojedince unutar poduzetnika.

Uvođenje kaznenog djela povrede slobodnog tržišnog natjecanja za koje se zalažemo trebalo bi u svakom slučaju biti praćeno odgovarajućim mehanizmima poticanja sudionika kartela na prijavljivanje kartela kojima bi “zviždačima” bio omogućen imunitet od kaznenog progona pod istim uvjetima pod kojima bi oni bili oslobođeni upravno-kaznene mjere prema odredbama ZZTN-a.

S obzirom na već navedenu nemjerljivost učinaka pojedinih mjera na suzbijanje kartela u smislu da nije moguće kategorički tvrditi da upravo neka od mjera najviše pridonosi otkrivanju i sankcioniranju kartela, mišlje nja smo da ni u hrvatskom pravu ne postoji opravdanje za odgodu uvođenja kazne zatvora za kaznena djela protiv slobodnog tržišnog natjecanja. Pokaže li se nakon stanovitog vremena da, primjerice, institut pokajništva, kojim se sudionik kartela može osloboditi upravno-kaznene mjere ako dostavi dokaze o kartelu nužne za sankcioniranje ostalih sudionika kartela, nije ostvario željeni učinak u pogledu očekivanog povećanja broja otkrivenih i sankcioniranih kartela, pa se tek potom odluči uvesti u hrvatsko pravo kazna zatvora kao nova eksperimentalna mjera kojom će se nastojati ostvariti taj učinak – time će se nepotrebno izgubiti dragocjeno vrijeme tijekom kojega se učinkovito tržišno natjecanje, možda, doista i moglo postići kombinacijom svih dostupnih mjera javnopravnog, ali i privatnopravnog ostvarenja zaštite tržišnog natjecanja.

Kazalo pojmova

A

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja
nadležnost 14
neovisnost 14
ovlast kažnjavanja poduzetnika zbog neplaćanja 16
ovlasti pri ocjeni koncentracije 17
praksa na području kartelnih sporazuma 35-41
samostalnost 14

B

Bid-rigging
metoda "mjesečevih mijena" 125
pojam 125

D

Doktrina jedinstvene kontinuirane povrede 36-7
Doktrina jedinstvenog sveukupnog sporazuma 28

H

Hardcore restrikcije v. Teška ograničenja tržišnog natjecanja
Horizontalni sporazum 72

I

Inteligentno prilagođavanje ponašanju konkurenata 21, 26, 31-2
Inter-brand konkurencija 90
Intra-brand konkurencija 90
Isključiva distribucija v. Ugovor o isključivoj distribuciji

Izuzeće sporazuma

pojedinačno v. **Pojedinačno izuzeće**
skupno v. **Skupno izuzeće**

K

Kartelni sporazum

"naivni kartel" 36
oblik 40, 71
pojam 22, 40, 42, 71-2, 119
u sudskoj praksi Suda EU-a 29
u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja 34-5

Kazneno djelo

povrede ravnopravnosti u obavljanju gospodarske djelatnosti 122
povrede slobode tržišnog natjecanja 123-4
stvaranja monopolističkog položaja na tržištu 122-3
zloporabe u postupku javne nabave 124-6
zlouporebe položaja i ovlasti 122

Koluzija

izričita 22, 119
prešutna 22-3
posljedice 22
u ekonomskom smislu 27
u pravnom smislu 27

Koluzivna ravnoteža 25

Kriterij uzajamne komunikacije 33

L

Leniency 137-8

M

Mjerodavno tržište 105

Monopolno tržište 23

N

Načelo zajedničke klasifikacije 28

O

Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku 58, 61-2

Odbijanje opskrbe 103

Odbijanje poslovanja

izravno 107

neizravno 107

objektivno opravdanje 113

štetnost za potrošače 116

Oligopolno tržište 24

Oligopolno usklađivanje 22

P

Pojam neophodnog proizvodnog čimbenika 111

Poredbeni propisi o zaštiti tržišnog natjecanja

Austrija 128

Belgija 18

Estonija 129

Francuska 18, 128

Grčka 19

Irska 128

Latvija 130

Nizozemska 18

Njemačka 18, 128

Rumunjska 129

Ujedinjena Kraljevina 127

Pravo tržišnog natjecanja

cilj 120

javnopravna priroda 13

Predmeti Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja

Autobusni promet d.d. Varaždin i dr. ("Autobusni prijevoznici") 35-6, 38, 41

Birodom d.o.o. i dr. ("Trgovci uredskim materijalom") 36

Biserka-ST d.o.o. ("Autoškole iz Splita") 35-6, 38, 41

Datapress d.o.o. u stečaju i dr. ("Nakladnici opće-informativnih dnevnika") 36, 39, 42

Eki inženjering d.o.o. i dr. ("Upravitelji zgrada iz Pule") 36

Europapress Holding d.o.o. i NCL Media Grupa d.o.o. ("EPH i NCL Media Grupa") 36, 39-41

Hrvatske telekomunikacije/Iskon 59

Hrvatski centar za razminiranje protiv AKD-Mungos d.o.o. i dr. ("Razminirači") 35-6, 38, 41

INA/MOL 17-19

Kino Zadar Film d.d. protiv Blitz film i video distribucija d.o.o. i Duplicato d.o.o. 115

Otto Bock Adria d.o.o. ("Ortopedska pomagala") 35

Semafor d.o.o., Ludbreg i dr. ("Ugovor o međusobnoj suradnji autoškola") 35, 37-8

Tehnoplast d.o.o. i dr. ("Upravitelji zgrada iz Splita") 36

Tisak d.d. u stečaju i Distri-Press d.o.o. ("Distri-Press i Tisak") 35

Vlamal d.o.o. i dr. ("Autoškole iz Rijeke i Matulja") 35, 41

Predmeti Europske komisije i Suda EU

A. Ahlström Osakeyhtiö i drugi protiv Komisije ("Celuloza II") 32

Aalborg Portland protiv Komisije 34

Albany International BV protiv SBT 39

Bayer AG protiv Komisije 28

Bronner protiv Mediaprint 104, 111

Cimenteries CBR SA protiv Komisije 33, 39

Clearstream Banking protiv Komisije 112

Coöperativw Vereniging "Suiker Unie" UA i drugi protiv Komisije 29
 European Glass Manufacturers 37
 European Night Services protiv Komisije 92
 HFB Holding 29
 Hoffmann-La Roche & Co. AG protiv Komisije 106
 Hüls AG protiv Komisije 29
 Imperial Chemical Industries Ltd. protiv Komisije 30-1
 IMS Health protiv NDC Health 106
 Komisija protiv Anic Partecipazioni SpA 28
 Konkurrentsverket protiv Telia Sone-
 ra Sverige 107
 Rhone Poulenc protiv Komisije 28
 Telemarketing 113
 Thyssen Stahl protiv Komisije ("Steel Beams") 34
 United Brands protiv Komisije 109
**Prijava namjere provedbe koncentraci-
 je 59, 63**
Pojedinačno izuzeće 78
Pravilo razumne primjene 73
Problem tzv. slobodnih strijelaca 99
Problem vertikalnih eksternalija 99
Protukonkurentski kontakt 21, 40

S
Savršena konkurencija 23
**SIEC-test v. Test značajnog narušavanja
 tržišnog natjecanja**
Silazno tržište 105
**Skraćeni postupak ocjene koncentraci-
 je 64**
Skupno izuzeće
 negativni kriteriji 73
 opća uredba 75, 91
 pozitivni kriteriji 73
 sektorska uredba 80
 teret dokaza o postojanju uvjeta 79
 ukidanje 73

Sporazum male vrijednosti 41, 91
**Svjesni paralelizam v. Oligopolno us-
 klađivanje**

T

Teorija igara 26
Teorija koluzije 25
Teorija oligopolnih cijena 25
**Test značajnog narušavanja tržišnog
 natjecanja 58, 65**
**Teška ograničenja tržišnog natjecanja
 92-3**
Tržište
 mjerodavno v. Mjerodavno tržište
 monopolno v. Monopolno tržište
 oligopolno v. Oligopolno tržište
 silazno v. Silazno tržište

U

Udruženje poduzetnika
 odgovornost za sudjelovanje u karte-
 lu 38-9

Ugovor o isključivoj distribuciji
 dozvoljeni 90
 pojam 88

Ugovor o isključivoj dodjeli kupaca 88
Upravno-kaznena mjera
 cilj 45
 metodologija izračuna 46-7
 olakotne okolnosti 47-8
 oslobođenje 51
 otegotne okolnosti 48
 podjela 45
 pojam 45
 povećanje 48-9
 simbolična 49
 umanjenje 49, 53-5
 uvjetno oslobođenje 52-3
 u vezi s nadzorom koncentracija 66
 zakonski maksimum 46

Usklađeno djelovanje 28, 30, 42-3
Usmena rasprava 63

Ustav Republike Hrvatske

čl. 49. 12-13, 103

čl. 50. 13

odredbe povezane s tržišnim natjecanjem 12

V

Vertikalni sporazum

o distribuciji i servisiranju motornih vozila 76, 80-4

o franšizi 76

o industrijskoj (tehnološkoj) franšizi 76

o isključivoj distribuciji v. **Ugovor o isključivoj distribuciji**

o isključivoj kupnji 76

o isključivoj opskrbi 76

o prijenosu know-how 76

o prijenosu tehnologije 76

o selektivnoj distribuciji 76

pojam 72, 74-5, 88

Vertikalno ograničenje tržišnog natjecanja

pojam 89

Smjernice o vertikalnim ograničenjima 95

Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja

imenovanje članova 13

ovlasti 15

Vladajući položaj 105

Z

Zabranjeni sporazum

u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja 34-5

u pravu tržišnog natjecanja EU-a 22-3, 28 v. i **Kartelni sporazum**

Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, br. 79/09)

čl. 2. 15

čl. 3. 38-9, 71

čl. 4. 74

čl. 6. 15

čl. 8. 34-5, 46, 71-2, 87-9

čl. 9. 14, 76, 120

čl. 10. 14, 76

čl. 13. 46, 104-5

čl. 14. 14

čl. 16. 17, 46, 65

čl. 21. 14, 17

čl. 26. 14

čl. 27. 14

čl. 28. 14

čl. 30. 15

čl. 49. 14

čl. 51. 14

čl. 52. 14

čl. 60. 120, 132

čl. 61. 132, 136

čl. 62. 46

čl. 63. 46

čl. 64. 48

čl. 65. 51

PRAVO TRŽIŠNOG NATJECANJA
Novine u hrvatskom i europskom zakonodavstvu i praksi
ZBORNİK RADOVA

Lektura

Željka Potočki, prof.

Korektura i prijelom

Mirko Banjeglav

Dizajn korica

Gordana Vinter

Tisak

Sveučilišna tiskara d.o.o. Zagreb

ISBN 978-953-6025-64-0



9 789536 025640