

NOVOSTI NA PODROČJU ODŠKODNINSKIH TOŽB ZARADI KRŠITEV EVROPSKEGA ANTITRUSTA

Ana Vlahek,

univerzitetna diplomirana pravnica, doktorica pravnih znanosti, profesorica za civilno in gospodarsko pravo, docentka za evropsko pravo, Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. UVOD

Do uveljavitve nove Direktive 2014/104 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije,¹ zakonodaja EU z izjemo sodne prakse Sodišča Evropske unije (*Courage in Crehan* iz leta 2001,² *Manfredi* iz 2006,³ *City Mo-*

Pričujoči članek je spremenjena in posodobljena različica prispevka Ana Vlahek: Nova Direktiva 2014/104 o nekaterih pravilih glede odškodninskih zahtevkov in postopka zaradi kršitev evropskega in nacionalnega antitrusta, v: Peter Grilc (ur.): Izbrani vidiki razvoja slovenskega gospodarskega in civilnega prava od srede 20. stoletja do danes – liber amicorum Bojan Zabel. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2015, str. 171–200.

¹ Direktiva 2014/104/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. novembra 2014 o nekaterih pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe po nacionalnem pravu za kršitve določb konkurenčnega prava držav članic in Evropske unije (Besedilo velja za EGP) UL L 349, 5. december 2014, str. 1–19; <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/sl/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0104&from=sl>> (1. 7. 2015).

² C-453/99 *Courage Ltd proti Bernard Crehan in Bernard Crehan proti Courage Ltd and Others*, ECLI:EU:C:2001:465. Sodišče Evropskih skupnosti (SES; danes Sodišče Evropske unije (SEU)) je v sodbi prvič nedvoumno potrdilo, da se lahko zahteva odškodnina za škodo, nastalo s kršitvijo evropskega antitrusta, ter pojasnilo, da lahko pod določenimi pogoji oziroma v določenih okoliščinah odškodnino zahtevajo tudi stranke omejevalnih sporazumov.

³ C-295/04 *Vincenzo Manfredi proti Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, C-296/04 *Antonio Cannito proti Fondiaria Sai SpA*, C-297/04 *Nicolò Tricarico proti Assitalia Sp*, in C-298/04 *Pasqualina Murgolo proti Assitalia SpA*, ECLI:EU:C:2006:461. SES je pojasnilo takratno aktualno unijsko ureditev odškodninskih tožb zaradi kršitev evropskega antitrusta.

tors iz 2007,⁴ X BV iz 2009,⁵ *Pfleiderer* iz 2011,⁶ *Donau Chemie* iz 2013,⁷ *Otis* iz 2012⁸ in *Kone* iz 2014⁹), ki je določila nekatera temeljna načela zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta, ter nekaterih splošnih in bolj ali manj deklaratornih izjav o njegovem pomenu (na primer v uvodni izjavi 7 Uredbe 1/2003¹⁰), zavezujočih pravil o odškodninskih tožbah zaradi kršitev antitrusta in nasploh o zasebnopravnem uveljavljanju antitrusta ni vsebovala. Evropska komisija je izdajala zgolj dokumente mehkega prava, ki so obravnavali nekatera temeljna vprašanja tega področja, na primer Belo knjigo o odškodninskih tožbah zaradi kršitve skupnostnega antitrusta iz leta 2008¹¹ ter njeno predhodnico Zeleno knjigo iz leta 2005,¹² nadalje Obvestilo o sodelovanju med Ko-

ta in določilo gabarite za urejanje nekaterih temeljnih vprašanj v zvezi s tem v zakonodaji držav članic.

⁴ C-421/05 *City Motors Groep NV proti Citroën Belux NV*, ECLI:EU:C:2007:38, kjer je SES potrdilo svoje ugotovitve iz primerov *Courage and Crehan* in *Manfredi*.

⁵ C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst proti X BV*, ECLI:EU:C:2009:359, kjer je SES razlagalo v členu 15/3 Uredbe 1/2003 urejeno *amicus curiae* sodelovanje Evropske komisije z nacionalnimi sodišči. Glej Ana Vlahek: *Amicus curiae*, sodelovanje med slovenskimi sodišči, UVK in Evropsko komisijo v konkurenčnopravnih zadevah, v: *Pravosodni bilten*, 30 (2009) 4, str. 301–330.

⁶ C-360/09 *Pfleiderer AG proti Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2011:389, kjer je SES pojasnilo, kako naj nacionalna sodišča ravnajo v primerih, ko želijo tožniki v odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega antitrusta dostopati do dokumentov iz postopka v okviru programa prizanesljivosti.

⁷ C-536/11 *Bundeszweitzbewerbsbehörde proti Donau Chemie AG and others*, ECLI:EU:C:2013:366, ki prav tako obravnava dostop tožnikov v odškodninskih tožbah do dokumentacije iz postopka v okviru programa prizanesljivosti.

⁸ C-199/11 *Europese Gemeenschap proti Otis NV and others*, ECLI:EU:C:2012:684, kjer je SEU obravnavalo vprašanje, ali sme Evropska komisija zastopati Evropsko unijo v odškodninskem postopku zoper podjetja, za katera je Komisija predhodno ugotovila, da kršijo evropski antitrust.

⁹ C-557/12 *Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH proti ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, kjer je SEU pojasnilo, da so nacionalna določila, ki izključujejo odgovornost v kartelu udeleženih podjetij za t. i. učinke dežnika (angl. *umbrella effect*) v obliki povišanja cen s strani konkurentov kartelistov, v nasprotju s pravom EU.

¹⁰ Uredba Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe (Besedilo velja za EGP), UL L 1, 4. januar 2003, str. 1–25.

¹¹ V slovenski jezik je bila neprimerno prevedena kot Bela knjiga o odškodninskih tožbah zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES, angl. *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final. Razvoj urejanja odškodninskih tožb v EU zaradi kršitev evropskega antitrusta je predstavljen v Ana Vlahek: *Oris odškodnin na področju skupnostnega antitrusta*, v: *EvroPP*, 28 (2009) 11, str. 44–46; A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), *nav. delo*, 2015, str. 487–493.

¹² Zelena Knjiga – Odškodninske tožbe zaradi kršitve protimonopolnih pravil ES {SEK(2005) 1732} /* KOM/2005/0672 končno */.

misijo in sodišči držav članic pri uporabi evropskega antitrusta iz leta 2004 ter leta 2013 izdani Sporočilo o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega antitrusta¹³ in Priporočilo o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije.¹⁴

Leta 2009 je Komisija pripravila osnutek direktive o pravilih, ki urejajo odškodninske tožbe zaradi kršitev evropskega antitrusta, vendar je bil ta – predvsem zaradi spornih določb o kolektivnih pravnih sredstvih – deležen številnih kritik in posledično umaknjen iz razprave. Predlog nove direktive je Komisija pripravila junija 2013¹⁵ in ga posredovala Evropskemu parlamentu in Svetu v obravnavo in sprejem. Nova Direktiva 2014/104 je bila sprejeta 26. novembra 2014 in je začela veljati 25. decembra 2014.

Direktiva obravnava naslednja vprašanja: pravico do popolne odškodnine (poglavje I, člena 1/1 in 3); razkritje dokazov (poglavje II, členi 5–8); učinek odločb nacionalnih organov za varstvo konkurence v odškodninskih tožbah (poglavje III, člen 9); zastaranje (poglavje III, člen 10); solidarno odgovornost kršiteljev (poglavje III, člen 11); prevailitev preplačil (poglavje IV, členi 12–16); določanje višine škode (poglavje V, člen 17/1, 3); izpodbojno domnevo, da karteli povzročajo škodo (poglavje V, člen 17/2); sporazumno reševanje sporov (poglavje VI, členi 18–19). Glede preostalih vprašanj, ki jih direktiva ne obravnava in se bo glede njih še vedno uporabljala nacionalna zakonodaja, direktiva od držav članic zahteva, da spoštujejo načeli učinkovitosti in enakovrednosti.¹⁶ Bodo

¹³ Sporočilo Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije (Besedilo velja za EGP) (2013/C 167/07).

¹⁴ Priporočilo Komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije (2013/396/EU). Za več o tem glej Ana Vlahek: Kolektivno varstvo v EU, PP, 31 (2012) 21, str. 16–17; Predlog Zakona o kolektivnih tožbah (EVA 2016-2030-0007), <www.mp.gov.si/fileadmin/mp.gov.si/pageuploads/mp.gov.si/zakonodaja/160705_ZKolT.pdf> (6. 9. 2016).

¹⁵ Predlog Direktive Evropskega parlamenta in Sveta o nekaterih pravilih, ki urejajo postopke z odškodninskimi tožbami v nacionalni zakonodaji zaradi kršitev določb zakonodaje o konkurenci držav članic in Evropske unije (Besedilo velja za EGP), COM(2013) 404 final, <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:FIN:SL:PDF>> (1. 7. 2015).

¹⁶ Člen 4 nove direktive. Na obe načeli je večkrat opozorilo tudi SEU v svoji sodni praksi, na primer v zadevi *Manfredi*. Člen 62n predloga ZPOmK-1G v prvem in drugem odstavku sicer določa (pravzaprav po nepotrebnem, toda iz previdnosti morda vendarle primerno), da se za civilnopravne zahteve zaradi kršitev antitrusta subsidiarno uporablja zakon, ki ureja obligacijska razmerja, v postopkih v zvezi s civilnopravnimi zahtevki pa zakon, ki ureja pravdni postopek. Ti načeli prava EU pri tem nista omenjeni (kar niti ni potrebno), vendar ju ne gre spregledati.

pa lahko prav vprašanja, ki so ostala zunaj direktive (na primer kolektivno varstvo, stroški postopka), osrednjega pomena za (ne)uspeh zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta.

Rok za implementacijo direktive, ki je bila mestoma v slovenski jezik zelo slabo prevedena, poteče 27. decembra 2016.¹⁷ Spletna stran Evropske komisije¹⁸ sporoča, da je direktivo do zdaj (le delno) implementirala zgolj Latvija (ki je pri implementaciji direktiv tradicionalno najhitrejša), v 13 državah članicah EGP¹⁹ pa je postopek bodisi v fazi sprejema predloga zakona²⁰ ali javnega posvetovanja o njem²¹ bodisi v fazi sprejema v nacionalnih zakonodajnih telesih.²² Glede na to, da Slovenija na seznamu ni omenjena, je pa tik pred sprejemom novele Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1G), podatki očitno niso posodobljeni. Ob uveljavitvi direktive sem izrazila upanje, da bodo pristojne službe pri nas opravile poglobljeno analizo vseh relevantnih vprašanj zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta in se izognile pripravi katerega novega implementacijskega zakona po preprosti nekritični metodi kopiranja in lepljenja.²³ Poudarila sem tudi, da bi bilo treba z namenom priprave kakovostnih implementacijskih določb, ki bi jih bilo v osnovi najbolj smiselno vključi-

¹⁷ Člen 21 direktive, v skladu s katerim osnutek predloga ZPOmK-1G v zakon dodaja nov 2.a člen o prenosu direktive v pravni red RS. Člen 22 direktive nadalje določa izjemno pomembna pravila o časovni veljavnosti nacionalne implementacijske zakonodaje: države članice morajo zagotoviti, da se določbe materialnega implementacijskega prava (angl. *substantive provisions*, nem. *materiell-rechtlichen Vorschriften*, fr. *dispositions substantielles*, hr. *materijalnim odredbama*, v slovenski različici pa so prevedene kot »bistvene določbe«, kar je zaradi pomena prevajanega dokumenta in še zlasti pomena te določbe nesprejemljivo) ne uporabljajo retroaktivno, preostala določila implementacijske zakonodaje pa se ne smejo uporabljati za odškodninske tožbe, ki so bile vložene pred 26. decembrom 2014. Temu sledi 37. člen osnutka predloga ZPOmK-1G.

¹⁸ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/directive_en.html> (6. 9. 2016).

¹⁹ Direktiva velja v EGP, tj. v državah članicah EU ter v treh od štirih držav EFTA (Norveška, Lichtenstein in Islandija). Vprašanje je, ali in kako to vpliva na vsebino direktive in implementacijske zakonodaje. Več o tem John Temple Lang: *Competition Law – The Brussels Perspective*, v: Carl Baudenbacher (ur.): *The Handbook of EEA Law*. Springer, 2016, str. 536-537.

²⁰ V Španiji.

²¹ Na Nizozemskem, Finskem ter v Luksemburgu.

²² Na Slovaškem, Danskem, Švedskem, Norveškem, Poljskem, v Romuniji, Nemčiji, Združenem kraljestvu in Litvi.

²³ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 176 in 200. Hrvatske so se na primer odločili prav za to rešitev, saj pripravljajo *Zakon o postopkih za naknadu štete zbog povreda prava tržišnog natjecanja* (predlog naj bi bil posredovan Vladi konec septembra), <<https://vlada.gov.hr/UserDocsImages//Sjednice/2016/27%20sjednica%20Vlade//27%20-%207c.pdf>> (13. 9. 2016). Nemci na drugi strani novelirajo *GWB (Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 9. GWB-ÄndG)*,

ti v ZPOmK-1, k sodelovanju vsekakor pritegniti strokovnjake konkurenčnega prava, civilnega procesnega prava, prava EU, obligacijskega prava, navsezadnje nomotehniške, ter prisluhniti tudi izkušenim odvetnikom in sodnikom, ki se v zadnjih letih v svoji praksi vse pogosteje srečujejo z zasebnopravnim uveljavljanjem antitrusta.²⁴ Veseli me, da so na Ministrstvu za gospodarski razvoj in tehnologijo, ki je nosilec priprave implementacijske zakonodaje, k nalogi pristopili resno in odgovorno,²⁵ še zlasti glede na kadrovske podhranjenost in širok obseg področij, ki jih pokrivajo in ki so v zadnjih letih (predvsem zaradi aktivnosti evropskega zakonodajalca) predmet obsežnih prenov. Prvo različico predloga novele ZPOmK-1 so po predhodnem usklajevanju z Evropsko komisijo pripravili 15. julija letos in jo poslali v mnenje širši strokovni javnosti (Odvetniški zbornici Slovenije²⁶ in drugim interesnim združenjem, sodiščem²⁷ ter slovenskim pravnim fakultetam) ter objavili tudi na spletu.²⁸ Na podlagi pridobljenih pripomb in komentarjev so pripravili novo različico, v kateri so v veliki večini upoštevali pridobljene predloge in mnenja strokovne javnosti, in jo 5. avgusta vnovič poslali strokovni javnosti. V začetku septembra je ministrstvo pripravilo tudi javni posvet o noveli, na katerem so bila obravnavana tudi odprta vprašanja v zvezi z implementacijo direktive, ki jih bo ministrstvo še pretreslo, zaradi prepletanja z drugo zakonodajo pa bo zelo pomembno tudi medresorsko usklajevanje.²⁹

<<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,be-reich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>> (13. 9. 2016).

²⁴ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 176 in 200.

²⁵ Tu naj omenim, da je bila Slovenija poleg Poljske in Nemčije najbolj oster kritik predloga direktive. Glej <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14680-2014-ADD-1/sl/pdf>> (6. 9. 2016).

²⁶ Tu velja pozdraviti lanskoletno ustanovitev Komisije za konkurenčno pravo v okviru Odvetniške zbornice Slovenije (OdvZS). Člani sekcije (pa tudi drugi v diskurzu udeleženi odvetniki) s svojimi izkušnjami iz prakse in z odličnim poznavanjem antitrusta in njegovega zasebnopravnega uveljavljanja tvorno in učinkovito sodelujejo pri pripravi nove implementacijske zakonodaje.

²⁷ Objavljena so bila pisna stališča Upravnega sodišča RS, ki je aktivno sodelovalo tudi na posvetu (implementacija direktive ga vsebinsko niti ne zadeva in v razpravi sodeluje zaradi drugih predvidenih sprememb ZPOmK-1), aktivnega sodelovanja drugih sodišč, čeprav bodo kmalu uporabljala novo ureditev, pa žal ni zaznati. Njihove izkušnje z dosedanjimi postopki bi gotovo pripomogle h kakovosti razprave.

²⁸ Glej tudi <http://www.mgrt.gov.si/si/zakonodaja_in_dokumenti/notranji_trg/predlogi_predpisov/sektor_za_varstvo_potrošnikov_in_konkurence/> (6. 9. 2016).

²⁹ Zaradi vzporedne priprave novega Zakona o kolektivnih tožbah (ZKolT) ter novele Zakona o pravdnem postopku (ZPP-E) in uveljavitve novega instituta stopničaste tožbe ter s tem povezanega razkritja dokazov je še posebej pomembno sodelovanje z Ministrstvom za pravosodje.

V prispevku predstavljam vsebino direktive v povezavi s siceršno unijsko in s slovensko ureditvijo ter rešitve trenutne različice osnutka predloga novele ZPOmK-1,³⁰ ki se nanašajo na zasebnopravno uveljavljanje antitrusta (sprememba 62. in 63. člena ZPOmK-1 ter novi 62.a do 62.n člen). Pri tem zaradi omejenosti obsega prispevka opozarjam le na nekatere kritične točke, ki jih velja upoštevati pri sprejemanju (oziroma razlagi) nove zakonodaje, poglobljena analiza posameznih institutov pa je nujno predmet samostojnih izvajanj.

2. TRENUTNA UREDITEV ODŠKODNINSKIH TOŽB ZARADI KRŠITEV ANTITRUSTA V SLOVENSKI ZAKONODAJI

Zakon o varstvu konkurence (ZVK)³¹ iz leta 1993 ter Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK)³² iz leta 1999 nista vsebovala specialnih določb o zasebnopravnem uveljavljanju antitrusta. Določala sta le, da lahko vsak, ki mu je nastala škoda zaradi kršitev pravil konkurence, zahteva odškodnino v skladu s splošnimi pravili odškodninskega prava.³³

Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (ZPOmK-1)³⁴ iz leta 2008 je razširil svojo dotedanjo upravnopravno vsebino z vključitvijo novega poglavja o postopku pred sodišči (tj. VI. dela, ki se bo z ZPOmK-1G preimenoval v »Civilnopravni zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava«³⁵) z vsebinsko novima 62. in 63. členom, ki urejata nekatera temeljna vprašanja zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta, v preostalem pa se uporabljajo splošna pravila odškodninskega prava iz OZ. Pri pripravi ZPOmK-1 je slovenski zakonodajalec očitno že upošteval tedanjo sodno prakso SEU in nezavezujoče dokumente Evropske komisije, ki jih je ta izdajala z namenom priprave zavezujoče evropske zakonodaje na področju zasebnopravnega uveljavljanja evropskega antitrusta, torej sedanjih členov 101 in 102 PDEU. V besedilu 62. in 63. člena ZPOmK-1 se tako zrcalijo predvsem ideje iz Bele knjige ter Obvestila Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči držav članic pri uporabi členov 81 in 82

³⁰ Osnutek predloga ZPOmK-1G z dne 23. avgusta 2016, kot je bil 6. septembra 2016 revidiran po posvetu na ministrstvu dne 5. septembra 2016.

³¹ Ur. l. RS, št. 18/93, 56/99, 110/02.

³² Ur. l. RS, št. 56/99, 37/04, 114/06, 40/07, 36/08.

³³ Člen 27 ZVK in 44. člen ZPOmK. Do 1. januarja 2002, ko je začel veljati Obligacijski zakonik (OZ, Ur. l. RS, št. 83/01, 28/06, 40/07), so se uporabljala splošna pravila odškodninskega prava iz Zakona o obligacijskih razmerjih (ZOR, Ur. l. SFRJ, št. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Ur. l. RS, št. 88/99, 83/01, 30/02, 87/02).

³⁴ Ur. l. RS, št. 36/08, 40/09, 26/11, 87/11, 57/12, 39/13, 63/13, 33/14.

³⁵ Glej 26. člen osnutka predloga ZPOmK-1G.

PES,³⁶ ki jih je slovenski zakonodajalec z evropskega glede nekaterih vprašanj razširil tudi na področje uporabe slovenskega antitrusta.

Člen 62 v prvem odstavku določa odgovornost tistega, ki namenoma ali iz malomarnosti krši 6. ali 9. člen ZPOmK-1 ali 101. ali 102. člen PDEU, za škodo, ki nastane zaradi kršitve teh členov. Določila drugega odstavka 62. člena ZPOmK-1 urejajo vezanost sodišč, ki odločajo v odškodninski zadevi za povračilo škode, povzročene s kršitvijo evropskega in/ali slovenskega antitrusta, na pravnomočno odločbo o ugotovitvi kršitve Javne agencije RS za varstvo konkurence (JAVK) ali Evropske komisije, pri čemer ta obveznost sodišč ne posega v pravice in obveznosti na podlagi 267. člena PDEU. V tretjem odstavku 62. člena je določeno, da zastaranje za uveljavljanje odškodninskega zahtevka po prvem odstavku 62. člena ne teče v času od začetka postopka pred JAVK ali Evropsko komisijo do dneva, ko je ta postopek pravnomočno končan. Zaidnji, četrti odstavek 62. člena ZPOmK-1, ki sicer ni predmet urejanja nove direktive, zahteva od sodišč, da nemudoma obvestijo JAVK o vsaki tožbi, s katero se zahteva odškodnina zaradi kršitev evropskega in/ali slovenskega antitrusta. V primerih odškodninskih tožb zaradi kršitev antitrusta je relevanten tudi 63. člen ZPOmK-1, ki obravnava sodelovanje med nacionalnimi sodišči, JAVK in Evropsko komisijo. Direktiva tega področja sicer ne ureja, a je njegova vsebina zaradi celovite obravnave zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta ter zato, ker osnutek predloga ZPOmK-1G predvideva njeno noveliranje, v prispevku vendarle na kratko predstavljena.

3. UREDITEV V NOVI DIREKTIVI 2014/104 IN NJENA IMPLEMENTACIJA V SLOVENSKI PRAVNI RED

3.1. Domet direktive

Uvodoma je treba poudariti, da je naslov direktive (tudi v povezavi z opredelitvijo iz 1. točke 2. člena direktive) na prvi pogled zavajajoč, saj nakazuje na to, da se – drugače kot vse do tedaj veljavno zavezujoče in nezavezujoče pravo EU – direktiva nanaša tudi na tožbe zaradi kršitev (zgolj) nacionalnega antitrusta, torej na tožbe v zvezi s kršitvami, ki nimajo učinkov na trgovanje med državami članicami, v primeru katerih se torej ne aktivira uporaba 101. oziroma 102. člena PDEU. Preambula direktive v 10. točki ter 3. točka 2. člena direktive vendarle razkrijeta, da se izraz »nacionalno konkurenčno pravo«

³⁶ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC (2004/C 101/04). Člena 81 in 82 PES sta zdaj člena 101 in 102 PDEU; to številčenje uporabljam v nadaljevanju.

nanaša zgolj na primere, ko ima ravnanje (tudi) učinek na trgovanje med državami članicami, saj je treba v tem primeru v skladu s 3. členom Uredbe 1/2003 poleg nacionalnega antitrusta uporabiti tudi 101. oziroma 102. člen PDEU. In direktiva se nanaša samo na primere take uporabe, ne pa tudi na primere, ko je kršen zgolj nacionalni antitrust, ko ravnanje torej nima učinka na trgovanje med državami članicami.³⁷ V svojih predhodnih izvajanjih sem opozorila, da bi bilo ne glede na to smiselno, da bi slovenski zakonodajalec ob implementaciji direktive uskladil pravila o odškodninskih tožbah zaradi kršitev z učinkom zgolj na trgovanje na območju RS s tistimi o odškodninskih tožbah zaradi kršitev z učinkom na trgovanje med državami članicami.³⁸ Kot je pojasnjeno v nadaljevanju, je bil pristop enotnega urejanja zavzet že leta 2008 z ZPOmK-1 in v ZPOmK-1G mu predlagatelj novele v tem pogledu sledi.³⁹

Omeniti velja tudi, da naslov direktive in terminologija, uporabljena v njej, nakazujeta, da se direktiva uporablja le za primere odškodninskih tožb. Uvodna izjava direktive 39 vendarle pove, da je lahko škoda v obliki dejanske izgube tudi posledica razlike med dejansko plačano ceno in ceno, ki bi bila plačana, če kršitve ne bi bilo (torej v primeru preplačil, ki jih direktiva sama ureja v enem od poglavij). Direktiva se torej nanaša tudi na (v praksi zelo pogoste) primere, v katerih bi lahko zoper toženca po našem pravu usmerili kondikcijski zahtev po OZ (na primer kondikcija kot posledica neveljavnega dela pogodbe) in bi se uporabila pravila OZ, vezana nanj (na primer o tem, katere predpostavke je treba dokazati, o zastaranju). Zato se mi (tako kot v zvezi z zdaj veljavnim 62. členom ZPOmK-1⁴⁰) postavlja vprašanje, ali so novi izrazi iz VI. dela

³⁷ Za več o tem glej Ana Vlahek, v: Peter Grilc (ur.): *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence* (ZPOmK-1) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2009, str. 83–87.

³⁸ A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 175.

³⁹ Glej na primer nove opredelitve v 62. členu ZPOmK-1, kot ga predvideva 27. člen osnutka predloga ZPOmK-1G. Tu velja omeniti, da je v opredelitvi pojma »kršitev konkurenčnega prava« poleg evropskega in slovenskega antitrusta naveden tudi antitrust drugih držav članic EU (»kršitev smiselnih določb konkurenčnega prava drugih držav članic Evropske unije, če je to ustrezno«). Take razširitve direktiva ne predvideva. To pomeni, da bi lahko naša sodišča po sistemu iz VI. dela prenovljenega ZPOmK-1 odločala tudi v (v praksi sicer gotovo redkih) primerih, ko bi bil kršen zgolj antitrust druge države članice (ker ne bi bilo učinka na trgovanje med državami članicami in se ne bi aktivirala uporaba 101. oziroma 102. člena PDEU). Pripombo glede tega dodatka je podala tudi OdvZS (glej str. 1-2 pisnega odziva, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SVPK/ZPOmK-1G_pisni_odzivi/OdvZS.pdf>), toda snovalec z mení nerazumljivo razlago iz osnutka z dne 23. avgusta 2016 te pripombe ni sprejel, temveč je zgolj prestavil relevantne opredelitve izrazov v VI. del zakona. Menim, da bi bilo treba zelo dobro proučiti posledice odločitve, da se z rešitvami iz direktive zajame (ali ne zajame) tudi kršitve antitrusta drugih članic, in tako preveriti, ali je uporaba novega seta pravil primerna tudi v takih primerih, ter predvsem tudi temu ustrezno uskladiti celotno besedilo VI. dela zakona.

⁴⁰ Glej na primer A. Vlahek, nav. delo (2015, Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 190.

ZPOmK-1 (ki je sicer zdaj naslovljen z »Civilnopravni zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava«), pa tudi predlagana ureditev prenosa razlike v ceni iz 62.i člena, opredeljeni tako, da zajemajo tudi take primere, oziroma ali se (in v kakšnem obsegu) v teh primerih uporabijo pravila nove implementacijske zakonodaje (na primer o zastaranju), ali pa je treba uporabiti splošna pravila o kondikcijah.⁴¹

3.2. Popolna in enkratna odškodnina

SEU je v primeru *Manfredi* povedalo, da je zaradi neobstoja skupnostnih pravil stvar notranjega pravnega sistema vsake države članice, da določi merila, ki omogočajo opredelitev obsega škode, nastale zaradi kršitve evropskega antitrusta, pri čemer je treba upoštevati načeli enakovrednosti in učinkovitosti. Dodalo je, da iz načela učinkovitosti in iz pravice, po kateri lahko vsak zahteva odškodnino za škodo, nastalo zaradi omejevalnega ravnanja, izhaja, da morajo imeti oškodovanci možnost zahtevati plačilo nastale škode, izgubljenega dobička in obresti.⁴² Oškodovanec mora torej prejeti vsaj popolno odškodnino za realno vrednost škode, ki mu je nastala s kršitvijo evropskega antitrusta, kakršnoli vnaprejšnje omejevanje višine odškodnine pa ni skladno s pravom EU.⁴³

Glede večkratnih odškodnin na področju antitrusta, ki jih pravo EU drugače kot nekatere nacionalne ureditve držav članic ne pozna,⁴⁴ je SEU v zadevi *Manfredi* povedalo, da niso neskladne s pravom EU in da se v primeru, ko jih

⁴¹ Glej na primer zadevo *Japonska proti Kosumo Sekiyu K.K. idr.*, ki jo je reševalo Okrožno sodišče v Tokiu (sodba z dne 27. junija 2011). Država (tožnik) je namreč zoper devet kartelistov vložila kondikcijski zahtevek za vračilo preplačil (prisojeni so bili 104 milijoni ameriških dolarjev), ne pa odškodninskega zahtevka, kar je bilo ugodno za tožnika (zaradi daljšega zastaralnega roka). Podobno tudi na Švedskem v primeru *SAS proti Luftfartsverket*, ki ga je reševalo Višje sodišče v Göti, T 33-00 z dne 27. aprila 2001. Glej Simon Vande Walle: Antitrust Damages Actions Styled as Unjust Enrichment Claims: A Comment on the Tokyo District Court's Decision in the Jet Fuel Bid-Rigging Case, e-Competitions Bulletin, junij 2011, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216472>.

⁴² Za več o tem glej celotno sodbo, predvsem točke 89–100 in tam navajano sodno prakso. V zvezi z obrestmi glej tudi primer C-271/91 *Helen Marshall proti Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*. Glej tudi Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 56–57, in uvodno izjavo 12 nove direktive.

⁴³ Glej primer C-271/91 *Helen Marshall proti Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.

⁴⁴ Za več o tem glej na primer Assimakis P. Komninos: EC Private Antitrust Enforcement, Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts. Hart Publishing, Oxford in Portland (Oregon) 2008, str. 211–214; Robert H. Lande: Are Antitrust Damages Really Single Damages?, v: Ohio State Law Journal, 1993; tudi Commission Staff Working Paper: Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules, SEC(2005) 1732 (nadalje "Annex to the Green Paper"), str. 35–36.

določa nacionalno pravo, do ureditve tega vprašanja na ravni EU nacionalna pravila o takih odškodninah ob upoštevanju načela enakovrednosti uporabijo tudi v primerih kršitev evropskega antitrusta.⁴⁵ Leta 2005 je v Zeleni knjigi Komisija kot možnost bodoče skupnostne ureditve sicer navedla tudi dvojno odškodnino, vendar se zainteresirana javnost s tako rešitvijo ni strinjala niti za primere najhujših kršitev antitrusta v obliki horizontalnih kartelov. Zato je Komisija v Beli knjigi predlagala uzakonitev pravila o enkratni odškodnini kot minimalnega standarda, države pa bi lahko ohranile ali uzakonile tudi kaznovalne odškodnine ob upoštevanju načela ekvivalence. Poleg možnosti uvedbe dvojne odškodnine je Komisija v Zeleni knjigi predvidela tudi možnost take obrestne mere, ki bi povzročila povrnitev več kot samo realne vrednosti škode, vendar tudi ta rešitev ni padla na plodna tla in pozneje ni bila več predmet predlogov za bodočo ureditev.⁴⁶

Upoštevač navedeno sodno prakso, je v prvem in drugem odstavku 3. člena direktive določena pravica do popolne odškodnine. Direktiva od držav članic zahteva, da zagotovijo, da lahko fizične ali pravne osebe, ki so utrpeli škodo zaradi kršitve konkurenčnega prava, zahtevajo in dobijo popolno odškodnino v višini, s katero se za osebo, ki je utrpela škodo, vzpostavi stanje, v katerem bi bila, če ne bi bilo kršitve. Popolna odškodnina zato zajema pravico do nadomestila za dejansko škodo in izgubljeni dobiček ter plačilo obresti.⁴⁷ Tretji odstavek 3. člena direktive dodaja, da popolna odškodnina po tej direktivi ne sme voditi do čezmernega odškodovanja v obliki kaznovalnih, večkratnih ali drugih oblik odškodnin,⁴⁸ kar pomeni, da države članice ne smejo ohraniti

⁴⁵ Glej primera *Manfredi in Brasserie du Pêcheur*. Za več o tem glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 213. V zvezi s tem glej na primer zanimiv primer *2 Travel v Cardiff Bus* iz angleške sodne prakse, v katerem je sodišče prisodilo kaznovalno odškodnino. Več o tem v Ana Vlahek: Pravna analiza slučaja *2Travel plc (in liquidation) protiv Cardiff Bus Ltd*, <<http://www.konkurencnopravo.eu/uploads/files/2Travel%20protiv%20Cardiff%20Bus.pdf>> (10. 9. 2016).

⁴⁶ Za več o tem glej Annex to the Green Paper, str. 37, in A. P. Komninos, nav. delo, str. 212.

⁴⁷ Uvodna izjava 12 direktive določa: »[...] Plačilo obresti je bistveni del odškodnine za povračilo nastale škode, ob upoštevanju pretečenega časa, pri čemer bi ga bilo treba plačati od nastanka škode do dejanskega plačila odškodnine [...]«.

⁴⁸ V slovenskem prevodu »ne pomeni čezmernih odškodnin«, nem. »*darf nicht zu Überkompensation führen*«, angl. »*shall not lead to overcompensation*«, fr. »*n'entraîne pas de réparation excessive*«, hr. »*ne dovodi do prekomjerne naknade štete*«. Iz vseh teh določb bi lahko sklepali, da koncept *disgorgement of profits* (odvzem protipravno pridobljenega dobička), ki se v zadnjem času omenja tudi na področju antitrusta, z direktivo ni skladen (vsaj tak ne, ki bi dobiček toženca kar tako namenil tožniku). Tako ugotavlja tudi Andrea Nervi: Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Actions, Some Considerations from the Perspective of Italian Law, v: Italian Law Journal, vol. 2, št. 1, <<http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/italj-vol-02-no-01-2016/8-nervi-131.pdf>>, pri čemer vel-

oziroma uvesti take odškodnine po nacionalnem pravu niti ob upoštevanju načela enakovrednosti, kot je veljalo do zdaj, ko skupnostno pravo glede tega vprašanja – kot je zapisalo SEU v zadevi *Manfredi* – še ni obstajalo.⁴⁹

Načelo slovenskega odškodninskega prava je načelo popolne odškodnine,⁵⁰ ki praviloma ustreza navedenim gabaritom prava EU. V skladu z OZ lahko oškodovanec zahteva dejansko škodo, izgubljeni dobiček in obresti.⁵¹ Trenutno veljavni ZPOmK-1 v prvem odstavku 62. člena določa, da je kršitelj odgovoren za škodo, ki nastane zaradi kršitve. Po slovenskem pravu imajo odškodnine načeloma zgolj reparacijsko in preventivno, ne pa tudi kaznovalne funkcije,⁵² v okviru zasebnega uveljavljanja antitrusta pa je lahko prisojena le enojna odškodnina, kar prav tako ustreza tako dosedanji unijski ureditvi kot tudi ureditvi iz direktive.⁵³

ja omeniti, da Einer Elhauge: Disgorgement as an Antitrust Remedy, v: 76 Antitrust Law Journal, 79 (2009), na katerega se Nervi sklicuje, ta koncept omenja zgolj kot orodje v rokah organa za varstvo konkurence, ne tožnika. Glej tudi ICLG: The Likely Impact of the EU Damages Directive, Competition Litigation 2016, <<http://www.iclg.co.uk/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2016/1-the-likely-impact-of-the-eu-damages-directive>> (8. 9. 2016). Pri nas odvzem dobička tudi na področju tožb zaradi kršitev antitrusta zagovarja Damjan Možina: Protipravno pridobljeni dobiček kot merilo odškodninskega in obogatitvenega zahtevka, v: Podjetje in delo, št. 3-4/2015, str. 462; glej tudi na primer Ewoud Hondius in Andre Janssen (ur.): Disgorgement of Profits, Gain-Based Remedies throughout the World. Springer, 2015; Ronald L. Israel in Brian P. O'Neill: Disgorgement as a viable theory of restitution damages, v: Commercial Damages Reporter, <http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill_commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf>. Od koncepta odvzema protipravnega dobička je po mojem mnenju treba razlikovati metodo, po kateri se tožnikova škoda v obliki izgubljenega dobička skuša oceniti s pomočjo oškodovalčevega dobička. Glej Meta Ahtik in Ana Vlahek: Določanje odškodnin v primeru kršitev antitrusta, v: Podjetje in delo 37 (2011) 6/7, str. 1344–1359. V tretjem odstavku paragrafa 33a predloga sprememb GWB (ki ustreza veljavnemu tretjemu odstavku paragrafa 33 GWB) je na primer določeno: »Für die Bemessung des Schadens gilt § 287 der Zivilprozessordnung. Dabei kann insbesondere der anteilige Gewinn, den das Unternehmen durch den Verstoß gegen Absatz 1 erlangt hat, berücksichtigt werden.«

⁴⁹ Preambula direktive o tem ne razkrije nič.

⁵⁰ Glej Nina Plavšak, v: Miha Juhart in Nina Plavšak (ur.): Obligacijski zakonik (OZ) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2003–2004, str. 755–760, 942–990; Dunja Jadek Pensa, v: M. Juhart in N. Plavšak, nav. delo, str. 919–921. V skladu z OZ bi lahko žrtev protikonkurenčnega ravnanja zahtevala tudi povračilo nepremoženjske škode, vendar bo to v praksi redko.

⁵¹ Glej Nina Plavšak, v: M. Juhart in N. Plavšak, nav. delo, str. 755–760; M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

⁵² Za več o tem glej Ada Polajnar Pavčnik: Funkcija odškodninskega prava in njeno uresničevanje, v: Podjetje in delo, 25 (1999), 6/7, str. 1254–1259.

⁵³ Glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 495–500; M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

Osnutek predloga ZPOmK-1G v 62.a členu nekoliko natančneje (in deloma drugače) ureja vsebino iz sedanjega 62. člena ZPOmK-1. Določa, da je tisti, ki povzroči drugemu škodo zaradi kršitev konkurenčnega prava, dolžan škodo povrniti, če ne dokaže, da je nastala brez njegove krivde (kar ustreza splošni ureditvi našega odškodninskega prava),⁵⁴ ter zaradi uskladitve s cilji direktive dodaja, da ima oškodovanec pravico do odškodnine za navadno škodo, izgubljeni dobiček ter zamudne obresti od nastanka škode do plačila, ne glede na to, kdaj je oškodovanec vložil zahtevek za povračilo škode.⁵⁵

3.3. Določanje škode

Določanje višine škode, nastale zaradi omejevalnih ravnanj, je urejeno v 17. členu nove direktive. Pred tem je bilo to vprašanje obravnavano zgolj v mehkem (nezavezujočem) pravu EU, tj. v že omenjenem Sporočilu Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 PDEU⁵⁶ in v z njim povezanim Praktičnem vodniku za ocenjevanje škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 PDEU,⁵⁷ v katerem je Komisija predstavila različne metode za ugotavljanje hipotetičnega (*but for*) stanja, in s tem za ugotavljanje škode, nastale zaradi kršitve antitrusta.⁵⁸ S teorijo *but for* se je pred dobrima dvema letoma soočilo tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi *ABM proti Telekomu Slovenije*, v kateri je zanimivo videti, kako je ob istih pravnih izhodiščih in celo ob enakem mnenju, kakšen bi bil dobiček tožnika v času trajanja kršitve in kakšna bi bila vrednost njegovega naročnika, višino škode na podlagi 216. člena Zakona o pravnem postopku (ZPP)⁵⁹ zaradi drugačne ocene o deležu tožnika v skupnem številu izgubljenih naročnikov v scenariju *but for* ocenilo bistveno drugače (približno 15-krat višje) kot Višje

⁵⁴ S tem ciljem je bilo na predlog OdvZS (str. 34) besedilo obstoječega 62. člena ZPOmK-1 revidirano.

⁵⁵ Zadnji del povedi (»ne glede na to, kdaj je oškodovanec vložil zahtevek za povračilo škode«) je bil zaradi jasnosti (odstopa od siceršnje ureditve) dodan na predlog OdvZS.

⁵⁶ Na spletni strani Evropske komisije so na voljo tudi relevantni pripravljani dokumenti: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>> (1. 7. 2015).

⁵⁷ Delovni dokument služb Komisije, Praktični vodnik Ocenjevanje škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije, Spremní dokument k Sporočilu Komisije o ocenjevanju škode v odškodninskih tožbah zaradi kršitev člena 101 ali 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije; <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_en.pdf> (1. 7. 2015).

⁵⁸ Več o določanju škode v primeru kršitev antitrusta glej M. Ahtik in A. Vlahek, nav. delo.

⁵⁹ Ur. l. RS, št. 26/99, 96/02, 58/03, 2/04, 69/05, 90/05, 43/06, 52/07, 45/08, 111/08, 57/09, 12/10, 50/10, 107/10, 75/12, 40/13, 92713, 10/14, 48/15.

sodišče v Ljubljani, kar kaže na precejšnjo nepredvidljivost rezultata takega ocenjevanja.⁶⁰

V zvezi z omenjeno odločbo velja poudariti tudi, da so sodišča kot podlago za izračun izgubljenega dobička tožnika uporabila kar dobiček toženčevega vertikalno integriranega podjetja, torej tožnikovega konkurenta, in sicer z utemeljitvijo, da je bil dobiček konkurenta:

»[...] glede na okoliščine konkretnega primera, kjer se toženi stranki očita zloraba prevladujočega položaja, s katero je bila dana prednost njeni poslovni enoti oziroma hčerinski družbi S., ter glede na dostopnost podatkov in njihovo kvaliteto, najprimernejša podlaga za ugotovitev, kakšen bi bil dobiček tožeče stranke [...].«⁶¹

Vrhovno sodišče je pri tem s sklicevanjem na nemško in avstrijsko ureditev ter na Oixerino študijo o določanju škode v primeru kršitev antitrusta iz leta 2009⁶² brez natančnejše obrazložitve razlogov za enačenje kršiteljevega dobička s tožnikovim v konkretnem primeru (glede na posledice odločbe in njen pomen za razvoj prakse na tem področju po moji oceni precej skopo) pojasnilo, da:

»[n]iti materialnopravni niti procesnopravni predpisi ne določajo ene in edine možne poti za izračun višine škode v primeru zahtevka za povrnitev izgubljenega dobička. To je še toliko bolj pomembno, ko gre za odškodninske zahtevke na področju konkurenčnega prava, kjer je ugotavljanje višine škode pogosto zahtevno. Kot je obrazložilo že sodišče druge stopnje, je izbira ustrezne metode za računanje škode odvisna od dejanskih okoliščin primera v konkretnem sodnem postopku ter od kvalitete in dostopnosti podatkov. Glede na to je bila v obravnavanem primeru pravilno opravljena primerjava donosnosti oškodovanega podjetja z donosnostjo v primerljivem podjetju, pri čemer je primerljivo podjetje v obravnavanem primeru samo takšno podjetje, ki zaradi zlorabe ni utrpelo nobene škode, to pa je kršitelj sam [...] Takšno možnost izrecno dopuščata tudi primerjalnopravna zakonodaja in sodna praksa.«

Prvi odstavek 17. člena nove direktive določa, da države članice zagotovijo, (i) da dokazno breme in dokazni standard, ki sta potrebna za določitev višine ško-

⁶⁰ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 98/2013 z dne 23. maja 2014 (glej predvsem točke 36 in nasl.); sodba in sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 125/2013 z dne 28. maja 2013 (glej predvsem točke 16 in nasl.). Natančnejša analiza primera je predstavljena v: Ana Vlahek: *Challenges of Private Enforcement of Antitrust in Slovenia*, v: Anna Gerbrandy in Mitja Kovač (ur.): *Economic Evidences in EU Competition Law*, zbirka *European Studies in Law and Economics*. Intersentia, Morsel, Cambridge 2015.

⁶¹ Glej točko 44 in točko 48, na katero se pri tem sklicuje.

⁶² <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf> (1. 7. 2015).

de, ne moreta v praksi onemogočiti uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano otežiti, ter (ii) da so nacionalna sodišča v skladu z nacionalnimi postopki pristojna za ocenjevanje višine škode, če se dokaže, da je tožnik utrpel škodo, vendar natančne določitve višine utrpele škode na podlagi razpoložljivih dokazov v praksi ni mogoče podati ali pa je to pretirano oteženo.⁶³ Osnutek drugega odstavka novega 62.k člena z naslovom »Ocenjevanje višine škode« določa, da sodišče, če se dokaže, da je tožnik utrpel škodo, vendar se natančne višine odškodnine ne da ugotoviti ali bi se mogla ugotoviti samo z nesorazmernimi težavami, o tem odloči po prostem preudarku.⁶⁴ Tretji odstavek istega člena pa predvideva možnost, da sodišče v takem⁶⁵ primeru zaprosi JAVK za mnenje glede načina določitve višine škode, agencija pa, če oceni, da je njena pomoč primerna, sodišču v roku 30 dni sporoči (nezavezujoče) mnenje glede načina določitve višine škode. Taka rešitev o sodelovanju z organom za varstvo konkurence je odraz tretjega odstavka 17. člena direktive, ki določa, da države članice zagotovijo, da lahko nacionalni organ za varstvo konkurence na zahtevo nacionalnega sodišča, ki rešuje odškodninsko zadevo, pomaga sodišču pri določitvi višine škode, če nacionalni organ meni, da je njegova pomoč primerna. Tega določila v pripravljalnih dokumentih Komisije ni zaslediti in v tem pogledu je novost direktive. Zanimivo bo videti, ali in v kakšnem obsegu se bodo take (neke vrste *amicus curiae*) pomoči posluževala naša sodišča in kako se bo na zahtevo sodišč odzivala JAVK. Pri tem je treba opozoriti, da po vsebini tretji odstavek 62.k člena ne ustreza povsem tretjemu odstavku 17. člena direktive, ki se zdi širši (se ne nanaša zgolj na primere določanja višine škode po prostem preudarku) in bi ga veljalo revidirati. Tudi naslov člena je glede na vsebino nekoliko zavajajoč, poleg tega začetni del drugega odstavka ni najbolje zasnovan glede na to, da se v primerih iz prvega odstavka škode ne dokazuje.

Primeri iz prvega odstavka 62.k člena so primeri kartelov. V skladu z drugim odstavkom 17. člena nove direktive je določena izpodbojna domneva, da kar-

⁶³ Glej tudi Ioannis Lianos, Peter Davis in Paolisa Nebbia: *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*. Oxford University Press, 2015, str. 37-38; A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 387-389.

⁶⁴ V svojih prejšnjih izvajanjih sem poudarila, da bo moral pripravljavec implementacijske zakonodaje tu oceniti, ali so trenutna pravila pravnega postopka (na primer 215. in 216. člen ZPP) in obligacijskopravne zakonodaje (na primer 131. člen OZ) skladna z zahtevami iz direktive ter ali je treba to vprašanje naslavljati tudi tu oziroma ali so potrebni odmiki od splošnih pravil. Zdi se, da je pripravljavec v drugem odstavku 62.k člena zgolj prepisal rešitev iz direktive. Odvetniška družba Zdolšek (str. 4 pisnih stališč, <http://www.mgrt.gov.si/fileadmin/mgrt.gov.si/pageuploads/DNT/SVPK/ZPOmK-1G_pisni_odzivi/Odvetniska_druzba_Zdolsek.pdf>) je v zvezi s tem podala oceno, da gre za nepotrebno ponovitev že veljavnega pravila iz 216. člena ZPP.

⁶⁵ Besedili drugega in tretjega odstavka po posegu v primerjavi z besedilom drugega odstavka (v katerem je bila dodana beseda »natančno«) sicer nista več identični.

telne kršitve (ne pa tudi druge kršitve antitrusta) povzročajo škodo. Na obseg (višino) škode se domneva ne nanaša. V uvodni izjavi 47 direktive je pojasnjeno, da je taka domneva v primeru kartelov primerna zaradi skrivne narave kartelov, ki povečuje asimetrijo informacij in tožnikom otežuje pridobivanje dokazov, ki so potrebni za dokazovanje samega obstoja škode.⁶⁶

3.4. Razkritje dokazov

Poglavje II nove direktive (5. do 8. člen) določa natančna pravila o razkritju dokazov v odškodninskih postopkih zaradi kršitev antitrusta. Člen 5 določa pravila o razkritju dokazov s strani toženca in tretjih oseb, 6. in 7. člen obravnavata razkritje dokazov, ki so v spisu nacionalnega organa za varstvo konkurence. Člen 8 obravnava kazni v primeru kršitev v zvezi z razkritjem dokazov.

Glede 5. člena nove direktive, ki uvaja srednjo pot med ameriškim in tradicionalnim civilnim sistemom razkritja dokazov, napotujem na natančno Galičevo analizo vsebine tega člena, v kateri avtor opozori, da bi bilo treba pri pripravi implementacijske zakonodaje pretresti celoten slovenski sistem razkritja dokazov, in se ne zadovoljiti zgolj s preslikavo členov direktive v implementacijsko zakonodajo.⁶⁷ Pripravljenec novele je to vprašanje uredil v 62.b členu osnutka predloga zakona, ki naj bi sledil rešitvam iz direktive, vendar je zaradi prenove sistema ZPP, ki je prav tako v teku, primerno, da se primerja rešitve obeh zakonov in zagotovi, da bo razkritje dokazov (v primerih tožb zaradi kršitev antitrusta seveda z upoštevanjem zahtev iz direktive) ustrezno urejeno.⁶⁸

Člen 8 direktive od držav članic zahteva, da nacionalnim sodiščem omogočijo, da učinkovito naložijo kazni strankam, tretjim osebam in njihovim pravnim zastopnikom, če kršijo svoje dolžnosti v zvezi z razkritjem dokazov (te izhajajo iz zgoraj predstavljenega 5. člena direktive). Kazni morajo biti učinkovite, sorazmerne in odvračilne ter se lahko manifestirajo tudi tako, da sodišče – upoštevajoč obnašanje strank v postopku – sprejme odločitev v škodo stranke, da na primer domneva, da je relevantno vprašanje dokazano, ali da v celoti ali delno zavrne zahtevek ali ugovor ali da odredi plačilo stroškov. Člen 8 bo v slovenski pravni red prenesen z 62.d in 62.e členom. Člen 62d določa, da se v

⁶⁶ Več o tem v I. Lianos, P. Davis in P. Nebbia, nav. delo, str. 37–38.

⁶⁷ Aleš Galič: *Disclosure of Documents in Private Antitrust Enforcement Litigation*, prispevek predstavljen na International Conference on Harmonisation of Private Antitrust Enforcement: a Central and Eastern European Perspective, Pravna fakulteta Univerze v Białystoku, Centre for Antitrust and Regulatory Studies, Univerza v Varšavi, Supraśl, 2.–4. julij 2015.

⁶⁸ Kompleksnost ureditve se kaže tudi iz komentarjev, prejetih s strani OdvZS (str. 35–39 pisnih stališč).

primeru, ko stranka ne izvrši ali zavrne izpolnitev pravnomočnega sklepa za razkritje dokazov, ki ga izda sodišče, ali uniči ali skrije relevantne dokaze, za posledice takega ravnanja uporabi določba zakona, ki ureja pravdni postopek, o posledicah neizpolnitve sklepa za predložitev listin; če pa oseba, ki ni stranka civilnopravnega postopka, ne izvrši ali zavrne izvršitev pravnomočnega sklepa za razkritje dokazov, izvrši sodišče sklep za razkritje dokazov po uradni dolžnosti po pravilih izvršilnega postopka. Člen 62e nadalje določa, da lahko sodišče v primeru, ko stranka, tretja oseba ali njun pravni zastopnik ne izvrši, zavrne izvršitev ali ravna v nasprotju z ukrepom za varstvo zaupnih podatkov, ki ga je določilo sodišče, izreče denarno kazen fizični osebi do 5.000 evrov, pravni osebi, samostojnemu podjetniku posamezniku ali odvetniku oziroma odvetniškemu kandidatu pa do 50.000 evrov.⁶⁹ Če stranka ali njen pravni zastopnik ravna v nasprotju z določbo 62.č člena tega zakona, lahko sodišče izreče denarno kazen fizični osebi do 500 evrov, pravni osebi, samostojnemu podjetniku posamezniku ali odvetniku oziroma odvetniškemu kandidatu pa do 5.000 evrov. Denarno kazen v teh primerih izreče s sklepom sodnik ali senat, ki odloča o predlogu. V sklepu določi rok za plačilo kazni, ki ne sme biti krajši od 15 dni in ne daljši od treh mesecev. Zoper sklep o izreku denarne kazni je dovoljena pritožba. Denarno kazen izvrši na predlog sodišča, ki je izreklo kazen, pristojni davčni organ po določbah zakona, ki ureja prisilno izterjavo davkov. Sklep sodišča o izrečni denarni kazni se šteje za izvršilni naslov. Če je bila izrečena denarna kazen odvetniku ali odvetniškemu kandidatu, se o tem obvesti odvetniško zbornico. Denarna kazen ni ovira za kaznovanje zaradi kaznivega dejanja ali prekrška.

Člen 6 nove direktive, ki obravnava razkritje dokazov, ki so v spisu nacionalnega organa za varstvo konkurence, ureja tudi zelo pomembno vprašanje možnosti dostopa do izjav zaradi prizanesljivosti (in vlog za poravnavo) in želi s tem odpraviti morebitne ovire za uspešno javnopravno uveljavljanje antitrusta, ki se lahko izrazijo v bojazni potencialnih *leniency* prijaviteljev ali oseb, ki se želijo poravnati, da bodo njihove lastne izjave pomagale tožnikom v odškodninskih tožbah zoper njih.⁷⁰ Razlago o tem, kako naj nacionalno sodišče ravna v primeru, ko je soočeno s tako zahtevo, je še pred sprejemom direktive podalo SEU v zadevah *Pfleiderer*⁷¹ in *Donau Chemie*,⁷² vendar je bila razlaga precej nedoločna in podjetjem pri odločanju za sodelovanje v programu prizanesljivosti gotovo ni pomagala. Nova direktiva je to vprašanje določila jasno,

⁶⁹ Predlagatelj je na predlog OdvZS in po preučitvi osnutkov implementacijske zakonodaje v drugih državah članicah zvišal zagrožene kazni.

⁷⁰ Več o programu prizanesljivosti glej Klemen Podobnik: Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopravni ureditvi, v: Pravni letopis, 2009, str. 205–223.

⁷¹ C-360/09 *Pfleiderer AG proti Bundeskartellamt*.

⁷² C-536/11 *Bundeswettbewerbsbehörde proti Donau Chemie AG and others*.

saj je v šestem odstavku 6. člena izjave zaradi prizanesljivosti in vloge za poravnavo izključila iz razkritja. Zaradi novosti iz direktive je Komisija že spremenila Uredbo 773/2004⁷³ in relevantna obvestila Komisije.⁷⁴ ZPOmK-1 in Uredba o postopku odpustitve in znižanja globe storilcem, ki so udeleženi v kartelih,⁷⁵ vprašanja možnosti dostopa do podatkov v zvezi s programom prizanesljivosti za potrebe odškodninskih postopkov ne urejata, uredba določa le, da se prijave štejejo za poslovno skrivnost, tako da v preostalem do implementacije direktive veljajo splošna pravila. Novela ZPOmK-1 to ureja v 62.c in 62.č členu.

3.5. Status tožnika

Nova direktiva v prvem odstavku 1. člena določa, da lahko škodo zaradi kršitve antitrusta uveljavlja vsakdo, ki jo je utrpel, v 6. točki 2. člena oškodovanca temu ustrezno opredeljuje kot osebo, ki je utrpela škodo, povzročeno s kršitvijo konkurenčnega prava, kot ga opredeljuje direktiva v 1. in 3. točki 2. člena, dodatno pa je to razvidno tudi iz spodaj predstavljenega poglavja IV direktive o prevladitvi preplačil. Škoda lahko nastane konkurentom kršiteljev, potrošnikom ali drugim kupcem njihovih produktov ali storitev, vertikalnim pogodbenim partnerjem kršiteljev, glede na sodbo SEU v zadevi *Kone* tudi škoda, ki je nastala strankam konkurentov kršitelja (angl. *umbrella effect*), ki so povišali cene, itd. Obseg oškodovancev – tožnikov po našem pravu v skladu z unijskim načelom, da lahko vsakdo zahteva odškodnino zaradi kršitve antitrusta (*Courage in Crehan, Manfredi*), ni omejen.⁷⁶

Z namenom olajšati zasebnopravno varstvo konkurence je Komisija že v Beli knjigi iz leta 2008 predlagala tudi kodifikacijo kolektivnih pravnih sredstev v primerih kršitev antitrusta, vendar se je to vprašanje po tem, ko je bil osnutek direktive iz leta 2009 deležen kritik prav zaradi predlagane ureditve kolektivnega varstva (tudi) s sistemom *opt-out*, s področja zasebnega uveljavljanja antitrusta preneslo na področje splošnega (horizontalnega) urejanja kolektiv-

⁷³ Uredba Komisije (ES) št. 773/2004 z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma 81 in 82 Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti (Besedilo velja za EGP), UL L 123.

⁷⁴ Obvestilo Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11); Obvestilo Komisije o pravilih za vpogled v spis Komisije v zadevah na podlagi členov 81 in 82 Pogodbe ES, členov 53, 54 in 57 Sporazuma EGP in Uredbe Sveta (ES) št. 139/2004 (2005/C 325/07); Obvestilo Komisije o vodenju postopkov poravnave za sprejetje odločb v skladu s členoma 7 in 23 Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 v kartelnih zadevah (2008/C 167/01); Obvestilo Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči pri uporabi členov 101 in 102 PDEU (2004/C 101/04).

⁷⁵ Ur. l. RS, št. 112/09, 2/14.

⁷⁶ O ureditvah v drugih državah članicah glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 190–193.

nega varstva pravic v EU. To je trenutno zajeto v nezavezujočem Priporočilu Evropske komisije z dne 11. junija 2013 o skupnih načelih za mehanizme kolektivnih opustitvenih in odškodninskih tožb v državah članicah v zvezi s kršitvami pravic iz prava Unije.⁷⁷ Nova direktiva se vprašanja kolektivnega varstva zato ne dotika in v 13. uvodni izjavi direktive pojasni, da ta direktiva državam članicam ne bi smela nalagati obveznosti, da uvedejo mehanizme kolektivnih pravnih sredstev za izvajanje členov 101 in 102 PDEU. V odsotnosti zavezujoče ureditve kolektivnega varstva na področju antitrusta je odločitev o njegovi uvedbi še vedno na državah članicah.

Pred letom dni sem zapisala,⁷⁸ da bo zanimivo videti, ali in kako bo Slovenija, ki v zvezi z uveljavljanjem antitrusta kolektivnih tožb ne pozna, upoštevala priporočila iz zgoraj navedenega dokumenta Komisije, ki priporoča, med drugim, uveljavitev skupinskih *opt-in* ter reprezentativnih opustitvenih in odškodninskih tožb (to naj bi kljub nezavezujoči naravi priporočila storila do 26. julija 2015, po tem datumu pa naj bi Komisija glede na odzive držav članic na priporočilo ocenila, ali je potrebna priprava zavezujoče zakonodaje).⁷⁹ Ugibala sem, ali bo glede na izraženo potrebo po mehanizmih kolektivnega varstva pri nas v zadnjih letih (primer »elektrokartela«⁸⁰ in aktualni primer zatrjevanе zlorabe v obliki vezave ISDN/ADSL⁸¹) slovenski zakonodajalec ob implementaciji direktive uredil tudi ustrezno kolektivno varstvo (vsaj) na področju antitrusta.

ZPOmK-1G kolektivnega varstva na področju antitrusta ne ureja. Razlog za to je v tem, da je Ministrstvo za pravosodje letos pripravilo predlog Zakona o kolektivnih tožbah (ZKolT), v katerega področje uporabe spadajo tudi zahtevki zaradi kršitev antitrusta. Predlog ZKolT večinoma sledi rešitvam iz priporočila

⁷⁷ 2013/396/EU.

⁷⁸ Vlahek (Nova Direktiva 2014/104 ...), str. 183–184.

⁷⁹ Več o kolektivnem varstvu v EU glej A. Vlahek, nav. delo (2012, Kolektivno ...); Ana Vlahek: Množični (odškodninski) zahtevki zaradi kršitev konkurenčnega prava (antitrusta), v: IX. dnevi civilnega prava. Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2011, str. 1–8; zelo obširno o skupinskih tožbah v EU tudi v predlogu ZKolT in tam navajani literaturi, na primer v: Paul G. Karlsgodt: World Class Actions, A Guide to Group and Representative Actions around the Globe. Oxford University Press, Oxford 2012, str. 144–168.

⁸⁰ Sodbe Vrhovnega sodišča RS, št. U 5/2008, U 2/2008, U 9/2008, U 4/2008 in U 6/2008 z dne 30. junija 2009, izdane v postopku sodnega varstva zoper odločbo UVK, št. 306-168/2007-57 z dne 6. avgusta 2008. Analiza primera je predstavljena v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 379–383.

⁸¹ Odločba JAVK št. 3072-2/2004-132 z dne 25. oktobra 2013. Upravno sodišče RS je zavrnilo tožbo Telekom Slovenije d.d. zoper odločbo JAVK. Vrhovno sodišče RS je 15. julija 2015 ugodilo reviziji, razveljavilo izpodbijano sodbo in zadevo vrnilo v novo sojenje (sklep X Ips 58/2015), v katerem je Upravno sodišče 3. novembra 2015 odpravilo odločbo JAVK in ji zadevo vrnilo v ponovni postopek. Analiza primera je predstavljena tudi v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 381–383.

Komisije, poleg kolektivnih tožb (dajatvenih in opustitvenih) pa ureja še kolektivno poravnavo. Poudariti velja, da ZKolt procesno upravičenje v primeru dajatvenih tožb podeljuje:

1. državnemu tožilcu (oziroma državnemu odvetniku) ter
2. pravni osebi zasebnega prava, ki ima nepridobitno naravo in pri kateri obstaja neposredna povezava med njenimi glavnimi cilji delovanja in pravicami, ki naj bi bile kršene in v zvezi s katerimi se vloga tožba.

Poleg procesnega upravičenja bo moral tožnik izkazati še v zakonu določeno reprezentativnost. Postopek s kolektivno dajatveno tožbo je razdeljen v več faz (certifikacija, vključevanje oziroma izključevanje, vsebinsko odločanje in izvršba). Urejena je tudi t. i. kolektivna nadaljnja tožba, ki bo aktualna prav na področju antitrusta. Zakon, ki naj bi se uporabljal le za primere množičnih oškodovanj, do katerih bo prišlo po njegovi uveljavitvi, omogoča tako sistem *opt-in* kot tudi *opt-out*, vzpostavlja register kolektivnih tožb, predvideva imenovanje upravitelja kolektivne odškodnine (ki je lahko določena tudi agregatno) in druge institute, ki so v naši pravni ureditvi popolna novost.⁸²

3.6. Prevalitev preplačil

Poglavje IV nove direktive (12.–16. člen) določa pravila v primerih, ko pride do prevalitve preplačil (angl. *passing-on of overcharges*, nem. *Abwälzung des Preisaufschlags*, fr. *répercussion du surcoût*)⁸³ oziroma (kot izhaja iz četrtega odstavka 12. člena direktive) do prevalitve zmanjšanja plačil.⁸⁴ Da se teh pravil ne bi uporabljalo samo v primerih prevalitev preplačil, o čemer je običajno govora, direktiva od držav članic zahteva, da zagotovijo, da se ta pravila ustrezno uporabijo tudi v primerih dobave kršitelju, torej kadar je kršitelj prejemnik blaga oziroma storitve in zaradi kršitve antitrusta njegovi neposredni in/ali posredni dobavitelji prejmejo manj kot bi v primeru, če kršitve ne bi bilo. V nadaljevanju predstavljena vsebina 12. do 16. člena nove direktive, ki omeinja zgolj preplačila, se torej nanaša tudi na primere zmanjšanih plačil zaradi kršitve antitrusta. Dodati velja tudi, da se primeri, ki jih zadeva IV. poglavje nove direktive, kljub uporabi besedne zveze »(ne)posredni kupci« nanašajo na različna razmerja med kršitelji in njihovimi strankami ter med kršiteljevimi

⁸² Natančna predstavitev ciljev, načel in vsebine ZKolt je vsebovana v predlogu zakona, ki je objavljen na spletnih straneh Ministrstva za pravosodje.

⁸³ Slovenska različica direktive namesto preplačilo uporablja (verjetno po vzoru francoske različice) izraz povečani stroški. Hrvaška različica uporablja izraz *prenošenje previsokih cijena*.

⁸⁴ Glej tudi razlago tega določila v uvodni izjavi 43 direktive.

strankami in njihovimi nadaljnjimi strankami (lahko gre na primer za stranke v naročniškem razmerju glede določene storitve).

Člen 12 nove direktive v prvem odstavku na splošno določa, da morajo države članice za zagotovitev polne učinkovitosti uveljavljanja pravice do popolne odškodnine zagotoviti, da:

1. lahko odškodnina za škodo v skladu s pravili iz poglavja IV direktive zahteva vsakdo, ki je škodo utrpel, ne glede na to, ali je neposredni ali posredni kupec kršitelja;
2. se prepreči prisoditev odškodnin, ki presegajo škodo, povzročeno s kršitvijo antitrusta (v zvezi s tem drugi odstavek 12. člena določa, da države članice določijo ustrezna postopkovna pravila, s katerimi zagotovijo, da odškodnina za dejansko izgubo na katerikoli stopnji dobavne verige ne presega preplačil na tej stopnji); in
3. se prepreči, da kršitelj ne bi odgovarjal za škodo, ki jo je povzročil.

V tretjem odstavku 12. člena direktiva izrecno določa, da pravila o prenosu preplačil ne vplivajo na pravico oškodovanca, da zahteva in prejme odškodnino za izgubljeni dobiček zaradi polnega ali delnega nadaljnega prenosa preplačil (ker na primer zaradi višje cene svojim kupcem ni prodal toliko, kot bi sicer).

Peti odstavek 12. člena direktive od držav članic zahteva, da zagotovijo, da so nacionalna sodišča v skladu z nacionalnimi postopki pristojna, da ocenijo, kateri del preplačila se je prenesel naprej.

Člen 13 nove direktive ureja enega od morebitnih toženčevih ugovorov v odškodninskih postopkih zaradi kršitev antitrusta, tj. ugovor nadaljnega prenosa (ugovor *passing-on*). Gre na primer za to, da toženec na trditve tožnika, da je tožencu plačal previsoko, protikonkurenčno določeno kupnino, odgovarja, da je tožnik to previsoko kupnino v celoti ali deloma prenesel naprej na svojega kupca (na primer na potrošnika ali drugega kupca v distribucijski verigi), zaradi česar tožniku ni nastala škoda (vsaj ne v obliki dejanske izgube plačilnih sredstev zaradi preveč plačane kupnine). Mnenja o tem, ali je tak ugovor toženca dopusten ali ne, so tako v teoriji kot tudi zakonodaji in sodni praksi različna.⁸⁵ Z namenom poenotiti to vprašanje in s tem povečati predvidljivost strank v odškodninskih postopkih je ugovor nadaljnega prenosa Komisija natančno obravnavala že v Beli knjigi. V luči že uveljavljene pravila, da naj oškodovanec prejme polno odškodnino za škodo, nastalo s kršitvijo konkurence (ne manj, pa tudi več ne), je v Beli knjigi predlagala,

⁸⁵ Za več o tem, predvsem tudi o sodbi Sodišča prve stopnje (danes Splošnega sodišča) v zadevi združeni primeri T-295/02 do T-264/02 in T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG et al proti Komisiji*, glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 199–202.

da se tožencem tak ugovor dopusti, saj bi bile lahko sicer neposredne stranke kršitelja neupravičeno obogatene, tj. za tisti del cene, ki so ga uspele prenesti naprej. Predlagala je, da bi moral prenos in višino prenesene cene dokazati toženec, pri čemer standard dokazovanja ne bi smel biti nižji od tistega, ki velja za tožnika za dokazovanje škode. V skladu s tem tudi 13. člen nove direktive od držav članic zahteva, da zagotovijo, da lahko toženec ugovarja, da je tožnik v celoti ali delno prenesel naprej preplačilo, ki je posledica kršitve antitrusta, pri čemer toženec nosi dokazno breme glede nadaljnega prenosa preplačila in lahko »upravičeno zahteva«⁸⁶ razkritje od tožnika ali tretjih oseb.

V zvezi s prenosom preplačil velja omeniti, da direktiva v končno besedilo ni vnesla po mojem mnenju neprimerne določila iz drugega odstavka 12. člena predloga direktive iz junija 2013, po katerem toženec nasproti tožniku ne bi mogel uporabiti ugovora prenosa preplačila, čeprav je do prenosa prišlo in torej tožnik škode v obliki preplačila ni utrpel, vendar oškodovane tretje osebe ne bi mogle zahtevati odškodnine. Taka rešitev bi omogočala prisoditev odškodnine tožniku, ki mu škoda v obliki preplačila sploh ni nastala, zato ker pravi oškodovanci od toženca odškodnine ne bi mogli prejeti.

Poleg ugovora *passing-on*, ki tožencem služi kot ščit zoper odškodninski zahtevek (oziroma zoper višino zahtevane odškodnine) s strani tožnika, ki je toženčev neposredni ali posredni, toda ne končni kupec oziroma druga stranka, se dejstvo prenosa nezakonito povišanega plačila naprej po verigi uporablja tudi kot meč, in sicer s strani posrednih strank (običajno končnih kupcev ali naročnikov, na primer potrošnikov), ki trdijo, da jih je toženec oškodoval, saj so zaradi njegovega dviga cen za blago ali storitev plačali preveč. Položaj posrednih kupcev je pri dokazovanju odškodninske odgovornosti kršitelja v primerjavi z neposrednimi kupci težji, saj morajo pojasniti distribucijsko verigo in dokazati vzročno zvezo med blagom oziroma storitvijo, ki je bila predmet njihove pogodbe, in blagom oziroma storitvijo, ki je predmet pogodbe med kršiteljem in kršiteljevo stranko, ter dokazati, da je prišlo do prenosa preplačane cene. Z namenom olajšati položaj posredne stranke kot tožnika je Komisija v Beli knjigi predlagala vzpostavitev ovrgljive domneve, da je prišlo do prevalitve celotnega preplačila od kršitelja po verigi do tožnika. Tožnik bi moral še vedno dokazati kršitev, obstoj preplačila, kakšna škoda mu je zaradi prenosa preplačila nastala; le dejstvo, da je bilo preplačilo v celoti preneseno nanj po distribucijski verigi, bi se domnevalo in bi nasprotno dokazoval toženec (na primer tako, da bi se skliceval na predhodno sodbo, v kateri bi mu sodišče naložilo, da mora neposredni stranki oziroma stranki, ki je v verigi bliže kršitelju kot novi tožnik, po-

⁸⁶ Angl. *who may reasonably require*, nem. *der in angemessener Weise*, fr. *qui peut raisonnablement exiger*, hr. *koji može razumno zahtijevati*.

vrniti preplačilo). Prvi odstavek 14. člena nove direktive temu ustrezno določa, da države članice takrat, kadar je obstoj odškodninskega zahtevka ali znesek odškodnine odvisen od tega, ali oziroma v kakšnem obsegu se je preplačilo preneslo naprej na tožnika, ob upoštevanju trgovinske prakse, da se preplačila prenašajo po dobavni verigi naprej, zagotovijo, da dokazno breme glede obstoja in obsega takega nadaljnega prenosa nosi tožnik, ki lahko »utemeljeno zahteva«⁸⁷ razkritje od toženca ali tretjih oseb. Pri tem drugi odstavek 14. člena določa, da se šteje, da je posredni kupec dokazal nadaljnji prenos nanj, če dokaže, da je toženec kršil antitrust, da je bilo tožnikovo preplačilo posledica toženčeve kršitve ter da je tožnik kupil blago ali storitve, v zvezi s katerimi je bil kršen antitrust ali izhajajo iz takega blaga ali storitev ali pa vsebujejo tako blago ali storitve, pri čemer se ta domneva ne uporablja, če lahko toženec sodišču prepričljivo dokaže,⁸⁸ da preplačilo ni bilo ali ni bilo v celoti preneseno na tožnika kot posrednega kupca.

V primeru več tožb zaradi istega preplačila (na primer če neposredni kupec toži kršitelja in posredni kupec toži istega kršitelja) lahko pride do tega, da mora toženec preplačilo vračati večkrat (in so kupci v enem od členov v verigi obogateni): neposrednim kupcem zato, ker kršitelj ne bi uspel dokazati prenosa preplačila na naslednje člene v verigi, posrednim kupcem pa zato, ker ne bi uspel ovreči domneve o prenosu preplačila nanje. Če bi kršitelju to uspelo, pa bi se lahko zgodilo, da mu ne bi bilo treba vrniti ničesar in bi bil obogaten na račun enega od kupcev v verigi. Da do teh skrajnosti ne bi prihajalo, je Komisija že v Beli knjigi predlagala, da se v primeru skupnih, vzporednih ali zaporednih tožb, ki jih vložijo kupci na različnih točkah distribucijske verige, nacionalna sodišča spodbuja, da v celoti uporabijo vse mehanizme, ki so jim na voljo v skladu z nacionalnim pravom, pravom EU in mednarodnim pravom, da se prepreči prisoditev odškodnin, ki bodisi presegajo škodo bodisi ne dosegajo škode, nastale zaradi kršitve antitrusta.⁸⁹ Tudi nova direktiva v 15. členu (ki, kot je navedeno v drugem odstavku tega člena, ne posega v pravice in obveznosti nacionalnih sodišč iz 30. člena Uredbe 1215/2012⁹⁰) ureja to problematiko in določa, da države članice zagotovijo, da lahko nacional-

⁸⁷ Druge različice (vsaj angleška, nemška, francoska in hrvaška) uporabljajo drugače kot slovenska enaka izraza v 13. in v 14. členu: angl. *who may reasonably require*, nem. *der in angemessener Weise ... verlangen kann*, fr. *qui peut raisonnablement exiger*, hr. *koji može razumno zahtijevati*.

⁸⁸ Angl. *demonstrate credibly*, nem. *glaubhaft machen kann*, fr. *démontrer de façon credible*, hr. *na način da uvjeri*.

⁸⁹ Za več o tem glej Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 62–69.

⁹⁰ Uredba (EU) št. 1215/2012 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2012 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, UL L 351/1 z dne 20. decembra 2012.

na sodišča pri uporabi pravil o dokaznem bremenu, kot so določena v 13. in 14. členu direktive, ustrezno upoštevajo, da so tožniki z drugih stopenj verige vložili odškodninske tožbe v zvezi z isto kršitvijo zoper istega tožnika, da so bile na podlagi takih tožb že izdane sodbe in druge relevantne javno dostopne informacije, ki izhajajo iz javnopravnega uveljavljanja antitrusta.

Slovensko odškodninsko pravo že zdaj ustreza temeljnemu načelu iz direktive, da lahko odškodnino zahteva vsakdo, ki mu je nastala škoda, torej ne glede na to, ali je neposredni ali posredni kupec v pravnoposlovni verigi, omogoča tudi večino preostalih v direktivi določenih rešitev glede prenosa preplačila. Kljub temu je bilo pričakovati, da bo slovenski zakonodajalec vsa relevantna vprašanja preplačil uredil z novelo ZPOmK-1, ki vprašanja preplačil zdaj ne ureja, ZPOmK-1G pa ga obravnava v 62.i in 62.j členu.

Smernice za nacionalna sodišča o tem, kako določiti obseg na posrednega kupca prenesenega (dela) preplačila, ki jih bo v skladu s 16. členom nove direktive morala izdati Komisija, bodo sodiščem gotovo v dodatno pomoč. Študija za potrebe priprave smernic naj bi bila končana maja 2016.⁹¹

3.7. Krivda in vzročna zveza

ZPOmK-1 v prvem odstavku 62. člena odškodninsko odgovornost kršiteljev antitrusta pogojuje z njihovo krivdo. Kot obliko krivde izrecno navaja namen in malomarnost. Tudi če to ne bi bilo zapisano, bi veljalo po splošnih pravilih našega odškodninskega prava. Naš zakonodajalec je z izrecnim zapisom verjetno želel odpraviti vsakršen dvom o tem, ali je odgovornost za škodo, nastalo s kršitvijo antitrusta, krivdna ali ne. Pogosto se namreč navaja (in taka je tudi zakonodaja nekaterih držav članic), da sama kršitev antitrusta logično pomeni tudi krivdo kršitelja in zato v tem primeru dokazovanje krivde sploh ni potrebno, oziroma da je odgovornost kršitelja objektivna.⁹² Nekateri to izvajajo celo iz sodbe v zadevi *Manfredi* (in poznejše sodbe v zadevi *City Motors*), v kateri SEU kot predpostavke odškodninske odgovornosti krivde nikjer ne omenja, in zato menijo, da so nacionalna pravila, ki odgovornost za kršitev skupnostnega antitrusta pogojujejo s krivdo, v nasprotju s pravom EU.⁹³

⁹¹ <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html#steps>> (6. 9. 2016).

⁹² Tako na primer francosko Trgovinsko sodišče v Parizu leta 1996 v primeru *Sté Ecosystem/SA Automobiles Peugeot*, sodišče v Nanterreu leta 2004 v primeru *Arkopharma v Roche/Hoffmann La Roche*, Prizivno sodišče v Parizu leta 2003 v primeru *SARL P Streiff Motorsport v Sté Speedy France SAS* in irsko vrhovno sodišče leta 1997 v primeru *Donovan et al v Electricity Supply Board*. Za več o tem glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 195.

⁹³ Glej A. P. Komninos, nav. delo, str. 175.

Po slovenskem pravu mora v skladu s pravilom obrnjenega dokaznega bremena (ki je pri nas splošno pravilo – drugače kot v nekaterih državah članicah, ki poznajo tako pravilo zgolj na področju antitrusta) toženec dokazati, da ni ravnal krivdno, če se želi razbremeniti odgovornosti.⁹⁴ Dokazovanje odsotnosti krivde je po našem pravu torej mogoče, vendar bo v primeru kršitev antitrusta verjetno izjemno težko. Zato bi morda lahko rekli, da je v primeru kršitev antitrusta razen v izjemnih primerih dejansko podana tudi krivda. To, da direktiva krivde ne ureja, bi lahko razumeli tudi tako, da dokazovanje (ne)obstoja krivde sploh ni skladno s trenutnim pravom EU. Vendarle iz uvodne izjave 11 direktive izhaja, da je urejanje tega vprašanja ob spoštovanju načel enakovrednosti in učinkovitosti prepuščeno državam članicam. Enako velja za vzročno zvezo, ki jo je sicer drugače kot v primeru krivde kot predpostavko določilo že SEU v zadevi *Manfredi*, državam pa je ob upoštevanju načel učinkovitosti in enakovrednosti prepustilo urejanje podrobnih pravil glede vzročne zveze.⁹⁵

ZPOmK-1G v prvem odstavku novega 62.a člena drugače kot v zdaj veljavnem 62. členu ZPOmK-1 krivdo izrecno omenja in določa ovržno domnevo njene obstoja.

Pristop držav članic glede elementa krivde na področju kršitev antitrusta je različen. Nekaterе države v primeru ugotovljene kršitve neovrgljivo predpostavljajo obstoj krivde ali pa krivde kot elementa odškodninske odgovornosti sploh ne omenjajo.⁹⁶ Komisija je v Beli knjigi pojasnila, da glede takega pristopa nima pripomb. Glede drugih držav članic, torej tistih, ki določajo bodisi ovrgljivo domnevo krivde (med njimi je tudi Slovenija) ali pa zahtevajo, da krivdo toženca dokaže tožnik, pa Komisija ugotavlja, da bi bilo treba na podlagi sodne prakse SEU o pogojih civilne odgovornosti za kršitve skupnostnega prava ter načela učinkovitosti čim bolj omejiti vse zahteve za dokazovanje krivde.⁹⁷ Komisija ne vidi razlogov, da bi se kršitelje oprostilо odgovornosti zaradi odsotnosti dokaza krivde, razen v primerih, v katerih je do kršitve prišlo zaradi opravičljive zmote. Zato je v Beli knjigi predlagala, da države članice, ki zahtevajo dokazovanje krivde, predvidijo sledeče: ko žrtev dokaže kršitev evropske-

⁹⁴ Glede na sodno prakso se predvideva le malomarnost (naklep mora dokazati tožnik), vendar se bo zato, ker se v primeru kršitev antitrusta ne zahteva dokaz naklepa (čeprav bo šlo dejansko skoraj vedno za naklepno ravnanje), temveč zadostuje malomarnost, domnevala malomarnost in bo toženec tisti, ki bo moral dokazati, da ni ravnal malomarno, če se bo želel razbremeniti odgovornosti.

⁹⁵ Več o vzročni zvezi v primerih kršitev antitrusta glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 510–512; I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 69–159.

⁹⁶ Za več o tem glej Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, Comparative Report, 31. avgust 2004, str. 50–52.

⁹⁷ Za več o tem glej Commission Working Paper Accompanying White Paper, str. 51–54.

ga antitrusta, je kršitelj odgovoren za povzročeno škodo, razen če dokaže, da je kršitev nastala zaradi resnično opravičljive zmote, pri čemer je zmeta opravičljiva, če se razumna oseba, ki je ravnala zelo skrbno, ni mogla zavedati, da njeno ravnanje omejuje konkurenco. Komisija je pri tem pojasnila, da bo do opravičljive zmote prišlo le redko, na primer v novih in kompleksnih primerih, glede katerih še ni izoblikovane prakse in se lahko ugotovi, da se kršitelj ni mogel zavedati protipravnosti svojega ravnanja.⁹⁸ Predlogi Komisije niso bili zajeti v besedilo direktive, ki krivde sploh ne obravnava in to prepušča državam članicah, od katerih zahteva spoštovanje načel učinkovitosti in enakovrednosti.

Direktiva se prav tako ne dotika urejanja vzročne zveze, Komisija je ni poglobljeno analizirala niti v Beli knjigi, v kateri je opozorila le, da uporaba posameznega koncepta vzročne zveze ne sme v naprej izključiti kakšne skupine oškodovancev, ker bi bila s tem ogrožena učinkovitost prava EU.

3.8. Zastaranje

ZPOmK-1 je na podlagi razlag, ki jih je podalo SEU v zadevi *Manfredi*, in na podlagi predlogov Evropske komisije, predstavljenih v Zeleni knjigi in v Beli knjigi, že leta 2008 uredil vprašanje vpliva poteka postopka pred pristojnim organom za varstvo konkurence na zastaranje odškodninskih terjatev. V tretjem odstavku 62. člena ZPOmK-1 je tako določeno, da zastaranje za uveljavljanje odškodninskega zahtevka ne teče od začetka postopka pred JAVK ali Evropsko komisijo do dneva, ko je ta postopek pravnomočno končan.

Komisija se je v svoji Beli knjigi bolj kot za zadržanje zastaranja zavzemala za njegovo pretrganje, v umaknjenem predlogu direktive iz leta 2009 pa je kot enakovredni možnosti navajala oba instituta in je – tako kot je napovedala že v Beli knjigi – predlagala, da nacionalna pravila oškodovancem omogočijo dovolj časa za vložitev tožbe po tem, ko so seznanjene s kršitvijo in z njo povzročeno škodo; da naj onemogočijo, da bi se zastaranje začelo, preden se trajajoča ali ponavljajoča se kršitev konča; in da naj imajo oškodovanci na voljo vsaj dve leti od pravnomočnosti odločbe organa za varstvo konkurence oziroma sodišča v postopku presoje odločbe organa.

Nova direktiva zastaranje ureja v 10. členu in določa pravila o začetku teka zastaralnega roka, o dolžini zastaralnega roka in o okoliščinah, v katerih je zastaranje pretrgano ali zadržano, pri čemer je treba opozoriti, da je v tem delu prevod direktive v slovenščino izrazito slab (ob že tako slabem nomotehničnem izdelku) in vsebinsko neprimeren (uporablja na primer izraz prekinitvev namesto zadržanje). V drugem odstavku 10. člena je določeno, da zastaralni

⁹⁸ Prav tam, str. 53.

rok ne sme začeti teči, dokler kršitev ne preneha in dokler tožnik ni seznanjen oziroma se od njega ne more razumno pričakovati, da je seznanjen z ravnanjem kršitelja in z dejstvom, da to ravnanje pomeni kršitev antitrusta, z dejstvom, da mu je zaradi kršitve nastala škoda, ter z identiteto kršitelja. Nadalje je v tretjem odstavku določeno, da države članice zagotovijo, da so zastaralni roki za vložitev odškodninskih tožb vsaj pet let, pri čemer je ta rok – vsaj tako gre sklepati iz ne najbolj jasnega besedila direktive – subjektiven in začne teči tako, kot je določeno v drugem odstavku 10. člena direktive. V uvodni izjavi 36 je poleg tega zapisano, da lahko države članice ohranijo ali uvedejo absolutno zastaranje, ki je splošno veljavno, če tek takih absolutnih rokov dejansko ne onemogoči uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano oteži (ista izjava tudi uvodoma poudarja, da nacionalna pravila o nastopu, teku, pretrganju ali prekinitvi zastaranja ne bi smela neupravičeno ovirati vlaganja odškodninskih tožb), kar pomeni, da lahko države (poleg vsaj petletnega subjektivnega roka) določijo še objektivni rok. Države članice morajo zagotoviti tudi, da se zastaranje zadrži ali – odvisno od nacionalnega prava – pretrga (v slovenski različici narobe napisano ravno obratno),⁹⁹ če organ za varstvo konkurence (to je bodisi Komisija bodisi nacionalni organ) sprejme ukrep za namen preiskave ali postopka zaradi kršitve, pri čemer zadržanje (v slovenski različici napačno prevedeno kot pretrganje) zastaranja preneha najprej eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačnem zaključku postopka.¹⁰⁰

Ob implementaciji direktive je treba torej natančno preveriti, koliko je z določili direktive skladna veljavna slovenska zakonodaja, ki ureja zastaranje (tako sedanje določila tretjega odstavka 62. člena ZPOmK-1 kot tudi relevantna določila OZ), ter jo ustrezno dodelati in dopolniti, do takrat pa bodo še naprej relevantni sodna praksa SEU, tretji odstavek 62. člena ZPOmK-1 in splošna pravila o zastaranju iz OZ. Predlagatelj ZPOmK-1 je zastaranje uredil v novem 62.h členu, ki je bil (po moji oceni utemeljeno) deležen daleč največ kritik in je zato predmet revidiranja.¹⁰¹ Predvidel je namreč petletni subjektivni rok (v skladu z direktivo, ki zahteva vsaj petletni subjektivni rok), določil pa je (prav tako v skladu z direktivo, ki dopušča določitev absolutnega roka, kolikor ta de-

⁹⁹ Več o pretrganju in zadržanju glej Matija Damjan: Pretrganje in zadržanje zastaranja terjatev, v: Pravni letopis, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2015, str. 171–212, 266–267.

¹⁰⁰ O več možnih razlagah te določbe je pisal M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202, vendar menim, da je glede na dokaj jasen zapis, da se enoletni rok nanaša na zadržanje zastaranja, ne na zastaranje, mišljeno, da zastaranje teče naprej šele po poteku enega leta po pravnomočnosti odločbe, in ne, da se zastaranje izteče najpozneje eno leto po pravnomočnosti odločbe.

¹⁰¹ Glej pisni stališči OdvZS (str. 44) in Odvetniške pisarne Zdolšek (str. 4), smiselno pa tudi v razpravi sodelujočih zbornic in družb.

jansko ne onemogoči uveljavljanja pravice do odškodnine ali ga pretirano oteži) še tridesetletni absolutni objektivni rok, ki teče od prenehanja kršitve. Pri določitvi tako dolgega roka naj bi se predlagatelj zgledoval po predlogu nove nemške ureditve,¹⁰² vendar slepo (in povrh nenatančno) prepisovanje tujih ureditev, ki sicer institut zastaranja urejajo drugače od naše, ni primerna. Menim, da je tridesetletni objektivni rok (čeprav absolutni in čeprav naj bi tekel od kršitve) v našem pravnem prostoru predolg in v tem pogledu ni primerljiv z drugimi zastaralnimi roki v naši ureditvi. Prav tako menim, da bila določitev objektivnega absolutnega desetletnega roka, kakor ga je v svojih pisnih stališčih predlagala OdvZS (tudi družba Si.mobil d.d.), povsem ustrezna (lahko bi bil vezan na nastanek škode, ne kršitve). Težava pri določanju dolžine tega roka je bojda v tem, da Komisija vztraja pri daljšem absolutnem roku, sklicujoč se na to, da bi sicer lahko tak rok potekel, še preden bi bili končani upravni in sodni postopki ugotavljanja kršitve, ki bi bili z ugotovitvijo protipravnosti tožnikov v nadaljnjih tožbah v veliko pomoč. Do tega seveda lahko pride, vendar če direktiva tega izrecno ne zahteva, to (tudi ne bolj ali manj neformalna komunikacija s Komisijo) ne more biti razlog za določitev tako zelo dolgega in s tem dejansko brezpomenskega roka.¹⁰³ Menim, da je nujno, da se določi nek objektivni absolutni rok, saj bi v primeru določitve zgolj subjektivnega roka (celo brez zadržanja zastaranja) lahko civilnopravni postopki potekali več desetletij po kršitvi ali nastanku terjatve, kar ne ustreza cilju zastaranja, tj. da sankcionira pasivnost upnika in s tem varuje pravno varnost in »pravni mir«.¹⁰⁴ Prav tako ni jasno, kako se bo v primerih kršitev antitrusta presojalo začetek teka subjektivnega roka – bo to vedno šele ob izdaji odločbe o kršitvi ali ob njeni pravnomočnosti, bo to od tega neodvisno, bo lahko tudi pozneje, morda prej? Zanimariti ne gre niti določitve zadržanja zastaranja med presojo ravnanja pred organi za varstvo konkurence in sodišči v postopku presoje odločbe. Drugi odstavek 62.h člena namreč določa, da zastaranje odškodninske terjatve ne teče v času od dneva, ko organ »izvede dejanje za namene preiskave ali postopka zaradi kršitve konkurenčnega prava« (karkoli že to pomeni)¹⁰⁵ do

¹⁰² Ta sicer sledi ureditvi iz 195. in 199. paragrafa BGB, ki poleg petletnega subjektivnega roka določa še dva objektivna roka (desetletni rok od nastanka terjatve ter tridesetletni rok od kršitve). Glej <<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/G/neunte-gwb-novelle,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true,pdf>> (8. 9. 2016).

¹⁰³ Zanimivo bi bilo narediti analizo trajanja presoje primerov pred našim organom za varstvo konkurence in sodišči, tj. koliko časa poteče od kršitve do začetka presoje kršitve, nato izdaje odločbe in nato njene pravnomočnosti. Pri tem seveda ne gre pozabiti, da imajo tožniki vedno na voljo samostojne tožbe (angl. *stand-alone*).

¹⁰⁴ Marko Brus: Uvod v zasebno pravo: splošni del civilnega prava. GV Založba, Ljubljana 2011, str. 343.

¹⁰⁵ Glej M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202.

dneva, ko preteče eno leto po pravnomočnosti odločbe o kršitvi ali drugačem zaključku postopka, pri čemer je pojasnjeno (čeprav je to jasno del instituta zadržanja), da se čas, ki je pretekel pred zadržanjem, všteje v zastaralni rok.¹⁰⁶ Če bi na primer obveljalo, da pred izdajo odločbe ali celo pravnomočnostjo odločbe subjektivni petletni rok sploh ne more začeti teči,¹⁰⁷ bi to pomenilo, da petletni subjektivni rok začne teči šele leto dni po pravnomočnosti odločbe, kar je lahko zelo oddaljeno od trenutka kršitve in nastanka škode. Če bi bil zadržan tudi objektivni rok (to sicer gotovo ni bilo mišljeno, saj že direktiva govori o absolutnem roku),¹⁰⁸ pa bi se zastaranje kljub določenemu objektivnemu roku prav tako lahko zamaknilo daleč v prihodnost.

Omeniti velja tudi dileme, ki so se pojavile v tuji teoriji in praksi glede odgovora na vprašanje, ali se zadržanje zastaranja v primeru več naslovnikov odločbe obravnava enotno ali za vsakega naslovnika – kršitelja posebej. To je aktualno v primerih, ko del kršiteljev zoper odločbo organa uporabi pravna sredstva, del pa ne. V primeru neenotne aplikacije zadržanja, ki se zdi pravilna (pravnomočnost se presoja glede na vsakega posameznega naslovnika odločbe),¹⁰⁹ bi zastaralni roki za različne kršitelje tekli različno, na kar morajo biti oškodov-

¹⁰⁶ Člen 361 OZ. Glej Stojan Cigoj: Komentar obligacijskih razmerij, II. knjiga. ČZ Uradni list SRS, Ljubljana 1984, str. 1181. OZ ne določa splošnega pravila o zadržanju zastaranja, temveč našteva posamezne primere zadržanja. Do zadržanja zastaranja pride v primeru nekaterih posebnih razmerij med upnikom in dolžnikom, zaradi varstva pravic določenih oseb, v nekaterih izrednih okoliščinah in zaradi objektivnih nepremagljivih ovir, ki preprečujejo sodno uveljavljanje obveznosti. Posebna pravila o zadržanju zastaranja za nekatere terjatve določajo še nekateri posebni zakoni. M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 186-187.

¹⁰⁷ To morda nekako nakazuje preambula direktive, ki določa, da nacionalna pravila o nastopu, teku, pretrganju ali prekinitvi zastaranja ne bi smela neupravičeno ovirati vlaganja odškodninskih tožb, kar je zlasti pomembno v primeru tožb, vloženih na podlagi ugotovitve organa, pristojnega za konkurenco, ali pritožbenega sodišča o kršitvi, ter dodaja, da bi moralo biti zato še vedno mogoče vložiti odškodninsko tožbo po koncu postopka pred organom. Morda pa je s tem mišljeno le, da mora biti po pravnomočnem končanju postopka še dovolj časa za vložitev tožbe, pri čemer izhaja s stališča, da morebitni rok, ki je potekel pred začetkom preiskovanja organa, do tega začetka še ni potekel.

¹⁰⁸ V tem primeru bi bilo primerneje, če bi se določilo o zadržanju prestavilo pred določbo o objektivnem zastaralnem roku.

¹⁰⁹ Tak primer omenja tudi 38. uvodna izjava direktive: »Podjetja, ki sodelujejo z organi, pristojnimi za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti, imajo ključno vlogo pri odkrivanju kršitev skrivnih kartelov in pri zaustavljanju takšnih kršitev, s čimer se pogosto ublaži škoda, ki bi jo lahko povzročilo nadaljnje izvajanje kršitve. Zato je primerno uvesti določbo za podjetja, ki jim je organ, pristojen za konkurenco, v okviru programa prizanesljivosti priznal imuniteto pred globami, da se zaščitijo pred neupravičeno izpostavljenostjo odškodninskim zahtevkom, pri tem pa se upošteva, da odločba organa, pristojnega za konkurenco, o obstoju kršitve lahko postane pravnomočna za osebo z imuniteto, preden postane pravnomočna za druga podjetja, ki jim imuniteta ni bila priznana, kar pomeni, da je oseba z imuniteto lahko prednostno obravnavana v pravnem postopku.«

vanci posebej pozorni.¹¹⁰ Morda zaradi jasnosti oziroma različnih razlag (ki so glede na razvoj v tujini očitno verjetna) ne bi bilo odveč, če bi zakonodajalec to izrecno navedel v 62.h členu. Nadalje, v primeru, ko bo tak kršitelj (tj. kršitelj, zoper katerega bo izdana pravnomočna odločba, medtem ko bodo preostali kršitelji odločbo napadali s pravnimi sredstvi) prejemnik imunitete, bo v skladu s spodaj obravnavanim četrtem odstavkom 62.g člena, ki naj bi ščitil prav take kršitelje, solidarno odgovoren le svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem, drugim oškodovancem pa le, če slednji od drugih kršiteljev ne morejo pridobiti popolne odškodnine. Vprašanje je, kako v takih primerih razlagati ta zadnji pogoj.

Ob tem je treba poudariti tudi, da je v praksi zelo pomembno, kakšna je časovna veljavnost določil o zastaranju, tj. na katere primere se ta nanašajo. Slovenski zakonodajalec je to zelo pomembno vprašanje pri pripravi ZPOmK-1, vsaj zdi se tako, povsem prezrl. ZPOmK-1, ki je začel veljati 26. aprila 2008, namreč ni določil, na katere primere se nanaša novo pravilo o zadržanju zastaranja, predvsem ali se nanaša tudi na primere, v katerih je zastaralni rok začel teči pred 26. aprilom 2008, pa do takrat še ni potekel; ali je lahko torej zastaranje tudi v teh primerih zadržano v skladu s tretjim odstavkom 62. člena ZPOmK-1 (od 26. aprila 2008 dalje) ali ne (sklicujoč se na prepoved (neprave) retroaktivnosti).¹¹¹ Vse, kar je glede tega določeno v ZPOmK-1, je, da zakon začne veljati 15. dan po objavi,¹¹² tj. 26. aprila 2008. Direktiva v 22. členu (ki je prav tako slabo preveden) določa tudi časovno veljavnost implementacijske zakonodaje in pravi, da se nacionalni ukrepi, sprejeti za uskladitev z materialnimi določbami direktive, ne uporabljajo retroaktivno, drugi ukrepi (očitno tisti procesni) pa se ne uporabljajo za odškodninske tožbe, ki so bile vložene pred 26. decembrom 2014. Novela ZPOmK-1 v četrtem odstavku 37. členu določa celo, da se 62.h člen uporablja za civilnopravne zahteve, ki so posledica kršitev konkurenčnega prava, ki so nastale po uveljavitvi zakona.

¹¹⁰ Glej na primer Pinar Akman: *Period of Limitations in Follow-on Competition Cases: The Elephant in the Room?*, CCP Working Paper 13-8, ISSN 1745-9648, ki prikazuje, kako so se s tem vprašanjem soočila sodišča v Združenem kraljestvu. Predvsem zanimiv je primer *Morgan Crucible*, v katerem je Vrhovno sodišče leta 2014 potrdilo razlogovanje prvostopenjskega *Competition Appeals Tribunal* in zavrnilo razlogovanje pritožbenega *Court of Appeals*.

¹¹¹ Glej Lovro Šturm (ur.): *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 1040, 57. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča RS, št. U-I-382/02-14 z dne 15. aprila 2004.

¹¹² Člen 84 ZPOmK-1.

3.9. Solidarna odgovornost kršiteljev

Direktiva v želji po čim večjem obsegu povračila škode oškodovancem¹¹³ povsem na novo ureja solidarno odgovornost kršiteljev. Kot bo prikazano v nadaljevanju, menim, da je ureditev vse prej kot dobro premišljena, predvsem pa tudi ni najbolj jasna. V prvem odstavku 11. člena določa, da morajo države članice zagotoviti, da so podjetja, ki so s skupnim ravnanjem kršila antitrust, solidarno odgovorna za škodo, povzročeno s tako kršitvijo, kar pomeni, da mora vsako od podjetij oškodovancu, če ta to od njega zahteva, plačati celotno škodo, oškodovanec pa ima pravico od kateregakoli od podjetij zahtevati popolno odškodnino, dokler ni v celoti poplačan. Temu sicer ustreza že zdaj veljavni 186. člen OZ o odgovornosti več oseb za isto škodo (zato to pravilo v 62.g členu ni ponovljeno),¹¹⁴ vendar so nadaljnja določila 11. člena, ki so predstavljena v nadaljevanju, tako natančna in specifična (mestoma žal tudi nejasna), da jih je moral predlagatelj v specialni zakonodaji posebej urediti (v preostalem pa se uporabljajo splošna pravila iz OZ). ZPOmK-1G v besedilo zakona tako dodaja nov 62.g člen, ki bolj ali manj prepisuje določila direktive (ne določa solidarne odgovornosti, ker je določena že v OZ;¹¹⁵ izrecno zapiše vrednosti za presojo statusa majhnega ali srednjega podjetja in glede teh podjetij uvaja pravilo, ki iz direktive ne izhaja). Pri tem velja omeniti, da tudi primerjalnopravno podobnih rešitev v splošnem institutu solidarnih obveznosti ni zaslediti.¹¹⁶

Odstop od omenjenega pravila iz prvega odstavka 11. člena ureja drugi odstavek 11. člena direktive (ki je bil v besedilo direktive vključen šele med obravnavo v Evropskem parlamentu v zadnji fazi sprejemanja direktive),¹¹⁷ po katerem je kršitelj, kadar je majhno ali srednje podjetje (MSP) v smislu Priporočila Komisije z dne 6. maja 2003 o definiciji mikro, majhnih in srednje ve-

¹¹³ O vplivu določitve solidarne odgovornosti na spodbudo za vlaganje tožb in za poravnavanje glej Sebastian Peyer: *Compensation and the Damages Directive*, Centre for Competition Policy, UEA Law School, University of East Anglia, CCP Working Paper 15-10, str. 20–24, in tam navedena dela.

¹¹⁴ Uporaba OZ seveda velja pod predpostavko, da se lahko take primere podvrže pravilom o odškodninski odgovornosti. Da splošno pravilo o solidarni odgovornosti več oseb za isto škodo velja tudi tu, sicer jasno izhaja že iz naslova 62.g člena. O obravnavi tega vprašanja v ameriškem pravnem prostoru glej Albert A. Foer in Randy M. Stutz: *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States*. Edward Elgar, 2012, str. 237.

¹¹⁵ Ne bi bilo odveč, če bi (na primer po zgledu nemškega predloga sprememb GWB – paragraf 33d) v ta člen vključili tudi splošno določilo oziroma navedli vsaj sklic nanj.

¹¹⁶ Kaja Breznik Ladinik: *Solidarne obveznosti*, magistrska naloga. Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2016, str. 26–91, 112–115.

¹¹⁷ I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 48, 273.

likih podjetij,¹¹⁸ odgovoren le svojim neposrednim in/ali posrednim kupcem (ne torej tudi strankam so-kršiteljev, pa tudi ne svojim dobaviteljem¹¹⁹), če je bil njegov tržni delež v času trajanja kršitve nižji od 5 odstotkov in bi uporaba pravila o solidarni odgovornosti nedvomno ogrozila njegovo gospodarsko sposobnost preživetja in povzročila, da bi njegova sredstva izgubila vso vrednost¹²⁰.¹²¹ Vendar pa tretji odstavek 11. člena direktive določa, da ta izjema ne pride v poštev, kadar je MSP organiziralo protipravno ravnanje ali je druga podjetja prisililo, da pri kršitvi sodelujejo, ali pa je bilo »predhodno ugotovljeno, da je MSP kršilo konkurenčno pravo«, kar pomeni, da je MSP antitrust kršilo že prej.¹²² Predlagani 62.g člen ZPOmK-1 v prvem odstavku na prvi pogled nekoliko nerodno (tj. ne da bi najprej povedal, da so kršitelji solidarno odgovorni – to sicer velja že po splošnih določilih OZ) določa, da je ne glede na pravila, s katerimi so urejena obligacijska razmerja, solidarni dolжник, ki je kršitelj konkurenčnega prava in ima manj kot 250 zaposlenih ter letni promet, ki ne presega 50 milijonov evrov, ali letno bilančno vsoto, ki ne presega 43 milijonov evrov, odgovoren le svojim neposrednim in posrednim kupcem ali dobaviteljem,¹²³ če dokaže, da je bil njegov tržni delež na upoštevem trgu v času kršitve konkurenčnega prava nenehno pod 5 %, in če bi uporaba splošnega pravila o solidarni odgovornosti nedvomno ogrozila njegovo gospodarsko sposobnost preživetja, njegova sredstva pa bi izgubila celotno vrednost. Tretji odstavek 62.g člena v zvezi s tem bolj jasno kot tretji odstavek 11. člena direktive določa, da se izjema iz prvega odstavka tega člena ne uporablja, če je imel kršitelj vlogo vodje pri kršitvi konkurenčnega prava ali je prisilil druga podjetja k sodelovanju pri kršitvi, prav tako ne, če je bila zoper tega kršitelja že kdaj

¹¹⁸ 2003/361/EC, UL L 124 z dne 20. maja 2003; <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:124:0036:0041:en:PDF>> (1. 7. 2015).

¹¹⁹ Dobavitelji tu drugače kot v tretjem odstavku 11. člena direktive niso navedeni (odgovornost MSP je tako še bolj omejena). Predlog 62.g člena je – verjetno po pomoti – navedel tudi dobavitelje. Nemški predlog sprememb GWB v paragrafu 33d sledi direktivi.

¹²⁰ Vsebinsko slednjega kriterija s sklicevanjem na prakso Splošnega sodišča obrazloži predlog novele nemškega GWB, str. 58-59.

¹²¹ Opisano izjemo (ki ni napisana najbolj jasno, zato se lahko tudi motim) razumem tako, da lahko od MSP odškodnino zahteva samo njegov kupec (celotni znesek, razliko MSP regresira od sokršitelja), preostali (druge stranke MSP, drugi oškodovanci, stranke sokršitelja) pa se lahko s celotnim zneskom obrnejo le na sokršitelja, ta pa ima potem regresni zahtevek od MSP. MSP tako povrne vso škodo, ki jo je povzročilo, le sistem njegove solidarne odgovornosti je drugačen (omejen) – ne »kreditira« sokršitelja tako, kot bi ga sicer. Glej tudi S. Peyer, nav. delo, str. 21.

¹²² Slovensko besedilo je tudi tu slabo napisano, je pa iz konteksta (ter drugih jezikovnih različic direktive) jasno, kaj je želel zakonodajalec povedati. Glej tudi S. Peyer, nav. delo, str. 9-10.

¹²³ Kot je že bilo omenjeno, dobavitelji v drugem odstavku 11. člena direktive niso omenjeni. Glej I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 273.

prej izdana pravnomočna upravna ali sodna odločba, da je kršil konkurenčno pravo.¹²⁴

Peti odstavek 11. člena direktive glede notranjega razmerja med dolžniki nadalje (ne najbolj razumljivo) določa, da »države članice zagotovijo, da lahko kršitelj zahteva od vsakega drugega kršitelja, naj mu povrne znesek, ki se določi glede na njegov relativni delež v škodi, povzročeni s kršitvijo konkurenčnega prava«. ¹²⁵ Uvodna izjava 37 preambule direktive pravi, da določitev deleža kot relativne odgovornosti kršitelja in relevantnih meril, kot so prihodki, tržni delež ali vloga v kartelu, ureja veljavno nacionalno pravo ob upoštevanju načel učinkovitosti in enakovrednosti. Tu se bodo, če zakonodajalec teh kriterijev ne bo natančneje uredil ali vsaj določil v ZPOmK-1 (kar glede na specifiko omejevalnih ravnanj morda ne bi bilo slabo), uporabljala splošna določila 188. člena OZ, ¹²⁶ od katerih pa bo lahko, če ne bi bila učinkovita (torej ne skladna z načelom učinkovitosti), sodišče tudi odstopilo. V praksi se bo lahko postavilo vprašanje, kako je s povračilom stroškov, ki so nastali solidarnemu dolžniku zato, ker so si oškodovanci kot tarčo za plačilo izbrali njega.

Direktiva v zvezi s prispevkom kršitelja, ki mu je organ, pristojen za konkurenco, priznal imuniteto pred globami v okviru programa prizanesljivosti, v drugi povedi petega odstavka 11. člena določa, da znesek prispevka kršitelja ne sme preseči deleža v škodi, ki jo je podjetje povzročilo svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem.¹²⁷ Kar zadeva kršitev konkurenčnega

¹²⁴ Tako tudi paragraf 33d predloga sprememb GWB.

¹²⁵ V angleški različici se relevantni del določbe glasi »*the amount of which shall be determined in the light of their relative responsibility for the harm caused by the infringement of competition law*«, v hrvaški »*pri čemu se iznos te kompenzacije određuje u svetlu njihove relativne odgovornosti za štetu prouzročenu kršenjem prava tržišnog natjecanja*«, v nemški »*dessen Höhe anhand ihrer relativen Verantwortung für den durch die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden bestimmt wird*«, v francoski »*une contribution dont le montant est déterminé eu égard à leur responsabilité relative dans le préjudice causé par l'infraction au droit de la concurrence*« itd.

¹²⁶ (1) Solidarni dolžnik, ki plača več, kot pa znaša njegov delež v škodi, lahko zahteva od vsakega drugega dolžnika, da mu povrne tisto, kar je plačal zanj.

(2) Koliko znaša delež vsakega posameznega dolžnika, določi sodišče glede na težo njegove krivde in težo posledic, ki so sledile iz njegovega delovanja.

(3) Če ni mogoče ugotoviti deležev dolžnikov, pade na vsakega enak delež, razen če zahteva pravičnost v danem primeru drugačno odločitev.

¹²⁷ Direktiva je bila tu verjetno zopet slabo prevedena. Iz drugih različic je razvidno, da znesek prispevka (ki ga regresira sokršitelj) ne sme preseči višine škode, ki jo je prejemnik imunitete povzročil svojim posrednim ali neposrednim kupcem oziroma dobaviteljem. To verjetno pomeni, da sokršitelj od njega ne more vedno pridobiti celotnega zneska v škodi, ki bi odpadel na prejemnika imunitete po splošnih pravilih o regresiranju (torej če ne bi bil prejemnik imunitete), temveč lahko pridobi le največ toliko, kolikor je znesek, ki glede

prava, s katero je bila povzročena škoda oškodovancem, ki niso neposredni ali posredni kupci ali dobavitelji kršiteljev,¹²⁸ pa v skladu s šestim odstavkom 11. člena direktive države članice zagotovijo, da se obseg prispevka osebe z imuniteto drugim kršiteljem določi glede na njen delež odgovornosti v taki škodi. Šesti in sedmi odstavek 62.g člena po vsebini sledita drugi povedi petega ter šestemu odstavku 11. člena direktive, nikjer v osnutku člena pa ni napisano temeljno pravilo iz prve povedi petega odstavka 11. člena direktive. Razlog za to je verjetno v tem, da merila za določitev deleža določa 188. člen OZ (tu je treba poudariti, da preambula direktive našteva nekaj takih kriterijev).

V skladu s četrtem odstavkom 11. člena direktive morajo države članice zagotoviti, da je prejemnik imunitete¹²⁹ solidarno odgovoren (1.) svojim neposrednim ali posrednim kupcem ali dobaviteljem¹³⁰ ter (2.) drugim oškodovancem,¹³¹ vendar slednjim le, kadar od drugih podjetij, ki so vpletena v isto kršitev, ni mogoče pridobiti popolne odškodnine (kaj točno to pomeni in kaj se zahteva, da oškodovanec to izkaže, ni v direktivi ali spremljajočih dokumentih nikjer obrazloženo¹³²), pri čemer morajo države članice zagotoviti, da je v teh primerih zastaralni rok razumen in dovolj dolg, da lahko oškodovanec vloži tožbo zoper prejemnika imunitete. To pravilo je povzeto v četrtem odstavku 62.g člena, glede zastaranja pa je konkretizirano v petem odstavku istega člena. Drugi odstavek 62.g člena pa pravilo, da je kršitelj solidarno odgovoren tudi drugim oškodovancem le, če ti od drugih podjetij, ki so odgovorna za isto kršitev konkurenčnega prava, ne morejo pridobiti popolne odškodnine, določa tudi za MSP. Menim, da ta določba ni skladna z direktivo, saj se četrty odstavek 11. čle-

na njegovo odgovornost odpade nanj v celotnem znesku njegovega kupca oziroma dobavitelja. Dopuščam seveda možnost, da celoten sistem razumem oziroma si ga predstavljam narobe. Menim, da so določbe nejasne in z vidika predvidljivosti in pravne varnosti ter posledic njihove uporabe nesprejemljive, besedilo je poleg tega ponekod v malenkostih v različnih jezikih različno. V svoj zagovor naj navedem, da sicer nimam težav z matematiko in logiko ter z uporabo rešitev v namišljenih primerih. Ta vprašanja (morda primerneje) obravnavajo tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 272–279. Glej tudi paragraf 33e predloga sprememb nemškega GWB.

¹²⁸ Na primer v primeru »učinka dežnika«.

¹²⁹ Obrazložitev osnutka predloga ZPOmK-1G iz junija 2016 s sklicevanjem na relevantna pravila pove, da to pomeni tiste, ki jim je bila globa v celoti odpuščena. Glej tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, nav. delo, str. 273.

¹³⁰ To bi pomenilo, da bi svojim strankam moral plačati celoten znesek njihove škode ne glede na to, kakšen bi bil delež njegove odgovornosti v tej škodi – če bi bil manjši, bi razliko potem terjal od sokršiteljev.

¹³¹ Torej na primer strankam drugih kršiteljev, oškodovancem zaradi »učinka dežnika« itd.

¹³² Predlog novele nemškega GWB (str. 59-60) kot primer navaja izvršbo.

na direktive nanaša le na prejemnike imunitete, ne na MSP.¹³³ ZPOmK-1 bi s tako določbo namreč lahko v nekaterih primerih obremenil MSP (tista, ki niso bila vodje, niso prisilila drugih k sodelovanju pri kršitvi ali niso predhodni kršitelji) bolj, kot predvideva direktiva. V skladu s četrtnim odstavkom 11. člena direktive (razširjeno – verjetno pomotoma – tudi na MSP) je v petem odstavku 62.g člena določeno zadržanje zastaranja odškodninske terjatve oškodovanca do prejemnika imunitete (oziroma MSP), in sicer zastaranje ne teče v času od dneva, ko je oškodovanec vložil odškodninski zahtevek zoper druge kršitelje, in se nadaljuje naslednji dan, odkar oškodovanec ni mogel pridobiti popolne odškodnine od drugih solidarnih dolžnikov.¹³⁴ S tem se zagotovi, da terjatev do prejemnika (oziroma MSP) ne zastara še pred ugotovitvijo, da oškodovanec od drugega odškodnine ne more pridobiti, in da s tem oškodovanec ne ostane brez odškodnine.

Zapleten položaj bi lahko nastal v primeru, ko bi zoper prejemnika imunitete¹³⁵ zato, ker odločbe (o ugotovitvi kršitve antitrusta) ne bi napadel v upravnem sporu (kartel je sam »prijavil«, globa mu ni bila naložena; upravno sodišče pa je v upravnem sporu, ki ga je sprožil drugi kartelist, ugotovilo, da kršitve sploh ni bilo), odškodninsko tožbo za celotno škodo, ki jo je povzročil kartel, vložili vsi oškodovanci (prejemnik imunitete je glede na pravnomočno odločbo kršitelj). Prejemnika imunitete bi najbrž lahko tožili vsi, tudi stranke drugega »kartelista« (ki to v resnici ni), za celoten znesek, saj od tega drugega »kartelista« odškodnine ne bi mogle pridobiti, saj sploh ni kršitelj (zoper njega ne bodo niti vlagale tožbe). Prejemnik imunitete bi v takem primeru najbrž odgovarjal solidarno, saj po svoji odločbi velja za kršitelja (posledica kršitve pa je celotna škoda, ne samo tista, ki so jo zaradi njega utpele njegove stranke), od drugega »kartelista« pa povračila (čeprav teoretično višjega glede na peti odstavek 11. člena direktive) ne bi mogel zahtevati, ker ta sploh ni kršitelj in ne odgovarja. Taka ureditev lahko ohromi izvajanje programa prizanesljivosti, za prejemnike imunitete pa je očitno najbolje, da v izogib takemu scenariju izpodbijajo odločbo (četudi so sami prijavili kartel), če je to mogoče.¹³⁶

¹³³ Jelena Čuveljak: Ususret direktivi za naknado štete zbog povrede tržišnog natjecaja, v: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, let. 51, št. 4/2014., na str. 928 sicer navaja, da je ureditev taka, kot jo očitno (po mojem mnenju narobe) razume pripravljaivec naše novele.

¹³⁴ Nemci so v drugem odstavku paragrafa 33e predloga sprememb GWB to uredili takole: »In Fällen nach Absatz 1 Satz 2 ist der Kronzeuge nicht zum Ersatz des Schadens verpflichtet, soweit die Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Rechtsverletzer bereits verjährt sind.«

¹³⁵ Podobno bi veljalo tudi sicer, ko torej ne bi šlo za prejemnika imunitete.

¹³⁶ Enako P. Akman, nav. delo, str. 19–21.

3.10. Sporazumno reševanje sporov

Nova direktiva s ciljem spodbuditi oškodovance in kršitelje, da bi spor rešili brez vlaganja tožb, v 18. členu obravnava tudi sporazumno reševanje odškodninskih sporov zaradi kršitve antitrusta in vpliv sporazumnega reševanja sporov na zastaranje terjatev in na sodne odškodninske postopke ter na določanje globe s strani pristojnega organa za varstvo konkurence. V 19. členu direktive pa so urejeni učinki sporazumnih poravnav za nadaljnje odškodninske tožbe.

Direktiva v 49. uvodni izjavi pojasnjuje, da bi morali zastaralni roki za vložitev odškodninskih tožb strankama dopuščati dovolj časa za sporazumno rešitev spora, preden začneta postopek pred nacionalnimi sodišči. Prvi odstavek 18. člena tako določa, da države članice zagotovijo, da je zastaranje v času sporazumnega reševanja sporov zadržano, pri čemer zadržanje velja za stranke, udeležene v postopku sporazumnega reševanja spora. Ob tem velja poudariti, da tudi tu slovenska različica direktive tako v normativnem delu kot tudi v uvodni izjavi 49 napačno uporablja izraz pretrganje namesto zadržanja.¹³⁷ Iz uvodne izjave 48 izhaja, da se 18. člen nanaša na mehanizme sporazumnega reševanja sporov, kot so zunajsodne poravnave (tudi tiste, pri katerih lahko sodnik razglasi zavezujočo poravnavo), arbitraža, mediacija ali conciliacija,¹³⁸ 21. točka 2. člena direktive pa pojem opredeljuje kot vsak mehanizem, ki strankam omogoči, da dosežejo zunajsodno rešitev spora v zvezi z odškodninskim zahtevkom. Poudarjeno je, da je namen direktive spodbuditi uporabo in učinkovitost takih mehanizmov.

Člen 365 OZ določa, da se zastaranje pretrga z vložitvijo tožbe in z vsakim drugim upnikovim dejanjem zoper dolžnika pred sodiščem ali drugim pristojnim organom, da bi se ugotovila, zavarovala ali izterjala terjatev. Zastaranja tako ne pretrga vsakršno upnikovo ravnanje, temveč zgolj tako, ki je opravljeno pred pristojnimi organi.¹³⁹ V skladu s teorijo in sodno prakso je vložitev zahteve za arbitražo ali tožbe v arbitražnem postopku izenačeno z vložitvijo tožbe v po-

¹³⁷ Tako izrecno določa hrvaška jezikovna različica direktive. To je razvidno iz naslova člena, ki se glasi »Odložilni učinki in drugi učinki sporazumnega reševanja sporov«, pa tudi iz primerjave z drugimi jezikovnimi različicami direktive, ki uporabljajo izraze, ki pomensko ustrezajo zadržanju zastaranja v smislu slovenskega obligacijskega prava (angl. *suspension*, nem. *Hemmung*, hr. *zastoj*, fr. *suspension*). Izraz »pretrganje postopka« je neustrezno uporabljen tudi v drugem odstavku 18. člena direktive, v katerem bi bil z vidika slovenskega pravnega postopka primernejši izraz »prekinitev postopka«.

¹³⁸ Navadni pogovori oziroma pogajanja med strankama brez posredovanja nevtralne tretje osebe ne spadajo med mehanizme, ki vplivajo na zastaranje. M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 203.

¹³⁹ Sodba Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 91/2004 z dne 31. januarja 2006.

stopku pred sodiščem,¹⁴⁰ kar izhaja tako iz samega 365. člena OZ kot tudi iz 38. člena Zakona o arbitraži (ZArbit),¹⁴¹ ki določa, da ima arbitražna odločba med strankami učinek pravnomočne sodbe. Arbitraža zaradi izenačenosti učinkov s tožbo povzroči pretrganje zastaranja.¹⁴² Tako ni jasno, ali se prvi odstavek 18. člena res nanaša tudi na arbitražo, ki jo omenja uvodna izjava 48.

Določila o zastaranju vsebuje tudi 17. člen Zakona o mediaciji v civilnih in gospodarskih zadevah (ZMCGZ),¹⁴³ ki določa, da zastaranje zahtevka, ki je predmet mediacije, med trajanjem mediacije ne teče. Če se mediacija konča brez sporazuma o rešitvi spora, se zastaranje nadaljuje od trenutka, ko je postopek končan brez sporazuma o rešitvi spora. Čas, ki je pretekel pred začetkom mediacije, se všteje v zastaralni rok, ki ga določa zakon. Zastaranje v tem primeru torej ni pretrgano, ampak zgolj zadržano. Taka ureditev sicer ustreza tisti iz prvega odstavka direktive, vendar je predlog novele ZPOmK-1 (verjetno zaradi preglednosti in specifičnosti področja, pa tudi zaradi dodatnega določila 62.l člena o tem, da stranka, ki se sklicuje na zadržanje zastaranja, dokazuje čas trajanja sporazumnega reševanja spora) to vprašanje posebej uredila.

Drugi odstavek 18. člena direktive določa, da brez poseganja v določbe nacionalnega prava v arbitražnih zadevah nacionalnim sodiščem, pri katerih je bila vložena odškodninska tožba, zagotovijo možnost, da prekinajo postopek za obdobje do dveh let, kadar stranke v tem postopku sodelujejo pri sporazumnem reševanju spora v zvezi z zahtevkom iz odškodninske tožbe.¹⁴⁴ Uvodna izjava 50 pojasni, da bi moralo sodišče pri tem upoštevati interes hitre rešitve spora. Tudi v tem členu je v slovenski različici besedila direktive uporabljena napačna terminologija, saj je namesto prekinitve postopka uporabljen izraz pretrganje postopka. Drugi odstavek 62.l člena v tem oziru (ne pa povsem identično) določa, da sodišče na predlog stranke, ki sodeluje v postopku sporazumnega reševanja spora v zvezi z zahtevkom iz odškodninske tožbe, prekinje postopek za uveljavljanje odškodninskega zahtevka za čas trajanja sporazumnega reševanja spora, vendar skupno za največ dve leti.¹⁴⁵

¹⁴⁰ Matija Damjan: Učinek mediacije na tek rokov, v: *Pravnik*, 63 (2008) 1/3, str. 40. Glej tudi sodbo Višjega sodišča v Celju, št. Cp 1488/2001 z dne 30. maja 2002, in sodbo Vrhovnega sodišča RS, št. III Ips 91/2004 z dne 31. januarja 2006.

¹⁴¹ Ur. l. RS, št. 45/08.

¹⁴² M. Damjan, nav. delo, 2015, str. 202-203.

¹⁴³ Ur. l. RS, št. 56/08.

¹⁴⁴ Razlaga 18. člena direktive v: I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 299, da se zastaranje zadrži za dve leti, je po mojem mnenju napačna.

¹⁴⁵ Tu bosta morda lahko relevantna tudi 305.b in 209. člen ZPP ter 15. in 19. člen Zakona o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS, Ur. l. RS, št. 97/09, 40/12).

Tretji odstavek 18. člena direktive določa, da lahko organ za varstvo konkurence dejstvo, da je kršitelj na podlagi sporazumne poravnave oškodovancu plačal odškodnino, šteje za olajševalno okoliščino pri določitvi globe. V skladu z Zakonom o prekrških (ZP-1),¹⁴⁶ ki se uporablja subsidiarno z ZPOmK-1, mora prekrškovni organ pri določanju globe upoštevati predvsem naslednje okoliščine primera: stopnjo storilčeve odgovornosti za prekršek, nagibe, iz katerih je prekršek storil, stopnjo ogrožanja ali kršitve zavarovane dobrine, okoliščine, v katerih je bil prekršek storjen, prejšnje življenje storilca, njegove osebne razmere, njegovo obnašanje po storjenem prekršku in zlasti ali je poravnal škodo. Pri tem povrnitev škode na podlagi sklenjene zunajsodne poravnave ni izrecno omenjena. Verjetno zato, ker je to urejeno v že veljavni zakonodaji, predlagatelj vsebine tretjega odstavka 18. člena ni vključil v osnutek predloga zakona.

V prvem odstavku 19. člena direktiva določa, da države članice zagotovijo, da se na podlagi sporazumne poravnave zahtevke oškodovanca, ki sklene poravnavo, zmanjša za delež sokršitelja, s katerim sklene poravnavo, pri škodi, ki jo je kršitev konkurenčnega prava povzročila oškodovancu. Preostali znesek zahtevka oškodovanca, ki sklene poravnavo, se, kot določa prva poved drugega odstavka 19. člena, izterja le od sokršiteljev, ki ne sklenejo poravnave. Druga poved tega odstavka nadalje določa, da kršitelji, ki ne sklenejo poravnave, ne morejo terjati prispevka k preostalemu znesku od sokršitelja, ki sklene poravnavo.¹⁴⁷ V tretjem odstavku 19. člena je določeno, da države članice z odstopanjem od drugega odstavka zagotovijo, da v primeru, ko sokršitelji, ki ne sklenejo poravnave, ne morejo plačati odškodnine, ki ustreza preostalemu znesku zahtevka oškodovanca, ki sklene poravnavo, oškodovanec lahko izterja preostali znesek zahtevka od sokršitelja, ki sklene poravnavo, se pa lahko tako pravilo izrecno izključi v okviru pogojev sporazumne poravnave. V četrtem odstavku 19. člena je določeno, da pri določanju zneska prispevka, ki ga lahko sokršitelj izterja od kateregakoli drugega sokršitelja v skladu z njegovo relativno odgovornostjo za škodo, povzročeno s kršitvijo konkurenčnega prava, nacionalna sodišča ustrezno upoštevajo morebitne odškodnine, plačane na podlagi predhodne sporazumne poravnave, ki jo je sklenil zadevni sokršitelj. Člen 62m osnutka predloga, ki implementira 19. člen direktive, na nekaterih

¹⁴⁶ Ur. l. RS, št. 7/03,86/04, 44/05, 40/06, 51/06, 115/06, 139/06, 17/08, 21/08, 76/08, 108/09, 109/09, 45/10, 9/11, 21/13, 111/13, 74/14, 92/14. Glej drugi odstavek 26. člena.

¹⁴⁷ To določilo se mi zdi nepotrebno, ker je po mojem mnenju samoumevno oziroma si drugačne rešitve ne znam predstavljati. Glej tudi uvodno izjavo 51 preambule. Tudi nemški predlog novele GWB to določilo povzema v drugem odstavku paragrafa 33f. Zdi se, da položaj tako razume tudi S. Peyer, nav. delo, str. 9-10, ki pa na str. 21-22 predstavlja (meni nejasno) razliko med položajem, ko je poravnava sklenjena s kršiteljem, ki je stranka oškodovanca, in položajem, kjer je sklenjena s sokršiteljem, s katerim oškodovanec ni v poslovnem razmerju. Podobno tudi I. Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 300-301.

delih ni spisan najbolje. To glede na nejasnost same direktive sploh ni prese-
netljivo. Pri določanju takih pravil, kot so v 19. in 11. členu direktive (pa tudi
v več drugih določbah), ne bi bilo odveč, če bi Komisija predhodno (ali pa vsaj
zdaj) pripravila razlage teh pravil s simulacijo različnih mogočih namišljenih
primerov in njihovih rešitev.

3.11. Vezanost sodišč na odločbe nacionalnih organov za varstvo konkurence

Odškodninske tožbe zaradi kršitev antitrusta so lahko t. i. samostojne (angl.
stand-alone), kar pomeni, da so vložene, ko pristojni organ za varstvo konku-
rence še ni izdal pravnomočne odločbe o ugotovitvi kršitve, ali t. i. nadalje-
valne (angl. *follow-on*), ki so vložene po tem, ko je pristojni organ za varstvo
konkurence že izdal pravnomočno odločbo o kršitvi.¹⁴⁸ V slednjem primeru
zaradi vezanosti nacionalnega sodišča na odločitev organa za varstvo konku-
rence tožniku ni treba dokazovati protipravnosti, temveč stranki dokazujeta le
(ne)obstoj preostalih elementov odškodninske odgovornosti.

Slovenski zakonodajalec se je glede tega vprašanja že pri sprejemanju ZPOmK-1
zgledoval po takrat veljavni unijski ureditvi in je vprašanje vezanosti uredil v
drugem odstavku 62. člena, ki določa, da je sodišče v primeru, ko je bila škoda
povzročena s kršitvijo določb 6. ali 9. člena ZPOmK-1 ali 101. ali 102. člena
PDEU, vezano na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve JAVK in
Evropske komisije, pri čemer ta obveznost ne posega v pravice in obveznosti
na podlagi 267. člena PDEU. Prvi odstavek 16. člena Uredbe 1/2003 določa, da
kadar nacionalna sodišča odločajo o sporazumih, sklepih ali usklajenih ravna-
njih v skladu s členom 101 ali 102 PDEU, ki so že predmet odločbe Komisije,
ne morejo sprejeti odločitev, ki so v nasprotju s sprejeto odločbo Komisije.
Poleg tega se morajo izogibati odločitvam, ki bi nasprotovale odločbi, ki jo
namerava sprejeti Komisija v že začetem postopku, zaradi česar lahko nacio-
nalno sodišče oceni, ali naj svoje postopke ustavi, pri čemer ta obveznost ne
posega v pravice in obveznosti iz 267. člena PDEU.¹⁴⁹ Unijska ureditev sicer
zadeva zgolj postopke, v katerih se uporablja evropski antitrust in je o kršitvi
že ali šele bo odločala Evropska komisija. Slovenski zakonodajalec pa je (sicer
zgolj glede s strani pristojnih organov že izdanih in pravnomočnih odločb, ne
pa tudi glede tistih, ki jih ti organi šele nameravajo izdati) rešitev uveljavil tudi

¹⁴⁸ Z zanimivo statistiko o razmerju med tožbami *stand-alone* in *follow-on* postrežejo I.
Lianos, P. Davis, P. Nebbia, str. 3.

¹⁴⁹ Za več o tem glej A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 504–510; Martina Se-
ver: Vezanost nacionalnega sodišča na odločbe Evropske komisije in Urada za varstvo kon-
kurence, v: Pravni letopis, 2009, Inštitut za primerjalno pravo, Ljubljana 2009, str. 263–273.

za primere uporabe evropskega in nacionalnega antitrusta pred slovenskim organom za varstvo konkurence. Tisto, kar že tako in tako določa prvi odstavek 16. člena Uredbe 1/2003, pa je samo ponovil, česar zaradi neposredne uporabe uredbe niti ne bi smel storiti (direktiva vezanosti na odločbo Komisije zato ne ureja). Dodati velja, da so bila naša sodišča že pred vključitvijo teh določil v ZPOmK-1 vezana na pravnomočne odločbe UVK,¹⁵⁰ kar je na primer poudarilo tudi Višje sodišče v Ljubljani v zadevi *Blitz proti Kolosej*.¹⁵¹

Nova direktiva v prvem odstavku 9. člena določa, da države članice zagotovijo, da kršitev antitrusta, ki je bila ugotovljena s pravnomočno odločbo nacionalnega organa ali pritožbenega sodišča, velja za neovrgljivo dokazano v odškodninskih postopkih zaradi kršitev 101. ali 102. člena PDEU ali »nacionalnega antitrusta« v smislu direktive, kar je v drugem odstavku 62. člena ZPOmK-1 določeno že zdaj (dodane pa so kršitve slovenskega antitrusta). Direktiva je torej dopolnila ureditev iz prvega odstavka 16. člena Uredbe 1/2003, ki ureja zgolj vezanost na odločbo Komisije. Drugi odstavek 9. člena direktive, ki v trenutno veljavnem ZPOmK-1 še nima ustrezne preslikave (jo pa v drugem odstavku predvideva novi 62.f člen), dodaja, da morajo države članice zagotoviti, da se lahko pravnomočna odločba, izdana v drugi državi članici, v skladu z njihovim zadevnim nacionalnim pravom predloži pred nacionalnimi sodišči vsaj kot dokaz *prima facie*, da je bil kršen antitrust, po potrebi pa se lahko oceeni skupaj z drugimi dokazi, ki jih predložita stranki. Drugi odstavek predlaganega 62.f člena določa, da se v primeru, ko je bil obstoj kršitve konkurenčnega prava ugotovljen s pravnomočno odločbo organa, pristojnega za varstvo konkurence, v drugi državi članici Evropske unije, domneva, da je tožena stranka ravnala protipravno in da je podana njena odgovornost za tako ravnanje,¹⁵² pri čemer je dopusten nasproten dokaz.¹⁵³ Tretji odstavek 9. člena direktive dodaja, da ta člen ne posega v pravice in obveznosti nacionalnih sodišč iz 267. člena PDEU, kar je prav tako že določeno v drugem odstavku 62. člena ZPOmK-1 in ponovljeno v tretjem odstavku predvidenega 62.f člena ZPOmK-1.

¹⁵⁰ Za več o tem glej M. Sever, nav. delo.

¹⁵¹ Postopek pred UVK in sodno varstvo zoper odločbo: odločba UVK, št. 306-6672006-52 z dne 26. julija 2007, sodba Upravnega sodišča RS, št. U 1853/2007, dan izdaje nepoznan, in Vrhovnega sodišča RS, št. X Ips 45/2010 z dne 26. oktobra 2010. Odškodninski postopek: sodba Okrožnega sodišča v Ljubljani, št. VI Pg 2154/2011 z dne 4. aprila 2013, sklep Višjega sodišča v Ljubljani, št. I Cpg 870/2012 z dne 29. novembra 2013.

¹⁵² Tega direktiva seveda ne omenja, saj se organ za varstvo konkurence ukvarja le s presojo protipravnosti. Tudi domneva protipravnosti ni preslikava iz direktive.

¹⁵³ Nemški GWB (veljavni in novelirani) na primer takega razlikovanja ne uvaja in določa vezanost ne glede na to, kateri organ je ugotovil kršitev.

3.12. Sodelovanje sodišč z organi za varstvo konkurence

Čeprav direktiva vprašanja sodelovanja nacionalnih sodišč s Komisijo in nacionalnimi organi za varstvo konkurence (z izjemo enajstega odstavka 6. člena in tretjega odstavka 17. člena) ne obravnava, se ga je primerno dotakniti zato, ker je to pomemben element zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta, ter zato, ker je noveliranje ZPOmK-1 lahko tudi priložnost za pretehtanje ustreznosti oziroma izboljšanje v četrtem odstavku 62. člena ZPOmK-1 (ter v 63. členu ZPOmK-1) urejenega sistema sodelovanja med slovenskimi sodišči in JAVK ter Komisijo.

Zdaj veljavni četrty odstavek 62. člena ZPOmK-1 slovenskim sodiščem nalaga, da obvestijo JAVK o vseh odškodninskih tožbah zaradi kršitev evropskega ali slovenskega antitrusta v trenutku, ko so vložene. Takega obveščanja se dotika tudi splošnejši prvi odstavek 63. člena ZPOmK-1, ki sodiščem nalaga, da o vsakem postopku pred sodišči, ki je povezan z uporabo evropskega antitrusta (drugače kot četrty odstavek 62. člena ne tudi slovenskega – zakaj razlika, ni jasno), nemudoma obvestijo JAVK. Člen 63 ZPOmK-1, ki ureja sodelovanje sodišč s Komisijo in JAVK,¹⁵⁴ je bil v slovensko zakonodajo vključen z namenom natančnejšega urejanja in deloma dopolnjevanja sistema *amicus curiae*, reguliranega v Uredbi 1/2003 in v Obvestilu Komisije o sodelovanju med Komisijo in nacionalnimi sodišči pri uporabi evropskega antitrusta.¹⁵⁵

V skladu s šestim odstavkom 63. člena ZPOmK-1 morajo slovenska sodišča pri uporabi evropskega antitrusta hkrati z vročitvijo strankam posredovati JAVK in Evropski komisiji kopijo vsake odločbe o uporabi evropskega antitrusta (ob tem pa ni določeno, da se JAVK posreduje tudi kopijo odločbe z uporabo slovenskega antitrusta). To sodelovanje je – čeprav se je nekaj zadev, v katerih je bil uporabljen tudi evropski antitrust, na sodiščih končalo že pred časom – zaživelo šele pred kratkim, ko se je do nedavno prazna baza slovenskih sodnih

¹⁵⁴ Glej A. Vlahek, nav. delo (2009, *Amicus curiae* ...); A. Vlahek, v: P. Grilc (ur.), nav. delo, 2009, str. 516, 525-526; Ana Vlahek: Reforma antitrusta v Evropski uniji, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 2, str. 230-272; Ana Vlahek: Dva nova instituta pred slovenskimi sodišči: *amicus curiae* in preliminary rulings, v: Podjetje in delo, 30 (2004) 6/7, str. 1317-1338; Klemen Podobnik, Ana Vlahek: Slovenia, v: Heribert Franz Koeck in Margit Maria Karollus (ur.): Die Modernisierung des EG-Kartellrechts – erste Erfahrungen mit der VO 1/2003 = The modernisation of European competition law – initial experiences with Regulation 1/2003 = La modernisation des règles communautaires antitrust : premières expériences avec le règlement no 1/2003. Nomos, Dunaj 2008, str. 281-288.

¹⁵⁵ Commission Notice on the co-operation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, UL C 101, 27. april 2004, str. 54-64. Avgusta 2015 je bilo obvestilo zaradi uskladitve s sodno prakso in novo direktivo spremenjeno s Sporočilom Komisije, Spremembe Obvestila Komisije o sodelovanju med Komisijo in sodišči držav članic EU pri uporabi členov 81 in 82 ES (2015/C 256/04).

odločb na spletni strani Evropske komisije napolnila z (nekaterimi) relevantnimi odločbami naših sodišč.¹⁵⁶ Aktivnost pristojnih, ki so poskrbeli, da smo v Sloveniji končno začeli spoštovati obveznost iz Uredbe 1/2003, je treba kljub poznemu odzivu vendarle pozdraviti.

Drugi odstavek 63. člena ZPOmK-1 določa, da morajo sodišča obvestiti JAVK in stranke o vsakem (nezavezujočem) mnenju Evropske komisije, ki ga ta poda v skladu s tretjim odstavkom 15. člena Uredbe 1/2003, torej takrat, ko Komisija oceni, da to zahteva skladna uporaba 101. ali 102. člena PDEU. Tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003 omogoča tudi, da nacionalni organi za varstvo konkurence sodiščem na lastno pobudo podajo mnenje, tj. pripombe o vprašanih glede uporabe evropskega antitrusta (za njihovo pripravo pa lahko organi (smiselno enako tudi Komisija) od sodišča zahtevajo, da jim pošlje ali zagotovi pošiljanje vseh dokumentov, ki so potrebni za oceno primera. To je natančneje urejeno v tretjem odstavku 63. člena ZPOmK-1, ki od sodišč zahteva, da strankam postopka nemudoma pošljejo kopijo pisnega stališča JAVK. Pri tem velja omeniti, da ZPOmK-1 pri sklicevanju na tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003 v drugem in tretjem odstavku 63. člena ZPOmK-1 ne razlikuje med vsebino mnenja Komisije na eni in JAVK na drugi strani, saj obe mnenji v nasprotju z Uredbo 1/2003 in njeno razlago v zadevi *X BV*¹⁵⁷ opisuje kot pisno stališče do vprašanj uporabe 101. ali 102. člena PDEU. Četrty odstavek 63. člena ZPOmK-1 v zvezi z opisanim sodelovanjem sodišč s Komisijo in JAVK dodaja, da lahko Komisija in JAVK pisno stališče podata kadarkoli do izdaje odločbe, sedmi odstavek istega člena pa določa, da lahko komunikacija med sodišči in Komisijo (na podlagi sodelovanja po prvem ali tretjem odstavku 15. člena Uredbe 1/2003) poteka neposredno ali prek urada. Po razpoložljivih podatkih do kakršnekoli oblike sodelovanja slovenskih sodišč s Komisijo oziroma JAVK po Uredbi 1/2003 še ni prišlo.¹⁵⁸

Peti odstavek 63. člena ZPOmK-1 ponavlja ureditev iz prvega odstavka 15. člena Uredbe 1/2003, po katerem lahko nacionalna sodišča v postopkih za uporabo evropskega antitrusta zaprosijo Komisijo, da jim pošlje informacije, s katerimi razpolaga, ali svoje (nezavezujoče) mnenje o vprašanih glede uporabe

¹⁵⁶ <<http://ec.europa.eu/competition/elojade/antitrust/nationalcourts/>> (8. 9. 2016). Objavljenih je 19 odločb Vrhovnega sodišča RS, izdanih v postopku presoje odločb slovenskega organa za varstvo konkurence (osem iz leta 2014, devet iz 2013, ena iz 2011 in ena iz 2009), ni pa objavljene nobene odločbe, izdane v pravnem postopku (morebiti zato, ker ni bila očitana kršitev unijskega antitrusta, temveč le slovenskega). Analiza slednjih je predstavljena v: A. Vlahek, nav. delo (2015, Challenges ...), str. 407–426.

¹⁵⁷ C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst proti X BV*. Za več o tem glej A. Vlahek, nav. delo (2009, *Amicus curie* ...).

¹⁵⁸ Glej na primer <http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_requests.html> (8. 9. 2016).

pravil konkurence Skupnosti, in dodaja, da mora sodišče o tem obvestiti stranke, po prejemu mnenja Komisije pa poslati kopijo mnenja JAVK in strankam.

V osnutku predloga ZPOmK-1G je 63. člen ZPOmK-1 napisan na novo. Dosedanji vsebini, ki je v marsičem izboljšana, je povsem na novo dodano še sodelovanje v zvezi z razkritjem dokazov, ki je – prav tako na novo – urejeno v 62.b do 62.e členu osnutka predloga ZPOmK-1G.¹⁵⁹ Glede na to, da se po osnutku predloga VI. del ZPOmK-1 v 62. do 62.m členu ukvarja le z odškodninskimi tožbami, pa verjetno ni primerno, da 63. člen (ki zadeva širši krog sodnih postopkov od tistih na podlagi odškodninskih tožb) ostaja v tem delu. Je pa besedilo 63. člena v tem pogledu napisano ustrezno, saj ne govori le o odškodninskih postopkih.

Temeljna težava pri oblikovanju 63. člena, je, da obravnava vsebine, ki so v osnovi urejene v Uredbi 1/2003 (jih je pa mestoma treba nadgraditi), ki se neposredno uporablja in jih v nacionalni zakonodaji ne velja ponavljati,¹⁶⁰ poleg tega pa ureja še sodelovanje z agencijo glede uporabe 6. in 9. člena ZPOmK-1 (ki zato, ker gre za nacionalni antitrust, ni predmet evropske ureditve). Žal to lahko negativno vpliva na razumljivost ureditve, omogoča pa tudi tveganje, da bodo pravila, urejena zunaj ZPOmK-1, spregledana. Morda je najprimernejša tehnika uporaba sklicev na uredbo, ki jo predlagatelj v primerih, ko natančneje ureja kakšno vprašanje iz uredbe, tudi uporablja. Se pa je predlagatelj odločil, da v primerih, ko nadgradnja določi iz uredbe (in s tem sklici nanjo) ni potrebna, določi iz uredbe ne bo omenjal (tako je zdaj v primerjavi z zdaj veljavnim šestim odstavkom v predlaganem sedmem odstavku urejeno le posredovanje odločb agenciji (ta ureditev je tudi izboljšana tako, da so dodane odločbe glede slovenskega antitrusta), ne pa tudi Komisiji, ker slednje ureja že drugi odstavek 15. člena uredbe; prav tako niso omenjena ustna stališča, saj jih določa tretji odstavek 15. člena uredbe, njihovo podrobnejše urejanje pa po oceni predlagatelja ni potrebno; tudi določilo, da mnenje ni zavezujoče, je bilo zato, ker je to določeno že v uredbi, črtano iz predloga).

Prvi odstavek 63. člena je izboljšán, saj poleg JAVK predvideva tudi obveščanje Komisije o postopkih pred nacionalnimi sodišči (tu dikcija ni najbolj jasna, saj verjetno Komisije o postopkih z uporabo (zgolj) 6. oz. 9. člena ZPOmK-1 sodišča ne bodo obveščala). Predvideno je obvezno obveščanje JAVK, obveščanje Komisije pa le, če sodišče meni, da je to potrebno. Razlog za tako dikcijo naj bi bil v tem, da Uredba 1/2003 takega obveščanja ne določa, ter v tem, da

¹⁵⁹ Določbe v zvezi z razkritjem dokazov se v tem členu zdijo kot nekakšen tujek.

¹⁶⁰ Negativne posledice ponavljanja določil uredbe so lahko v tem, da takšna ponovitev ni vsebinsko ustrezna (kot se je zakonodajalcu dogodilo pri tretjem odstavku sedaj veljavnega 63. člena ZPOmK-1).

Komisija takih obvestil menda ne obravnava. Čeprav je v uredbi predvideno sodelovanje *amicus curiae* na lastno pobudo in se poudarja poenotena uporaba evropskega antitrusta ter mehanizmi za njeno zagotavljanje, je tudi glede na določila uredbe očitno, da Komisije odškodninski postopki do izdaje odločbe ne zanimajo in da se bo kot *amicus* nacionalnih postopkov udeleževala šele na pritožbeni ravni. Morda pa jo bo kateri od primerov vendarle zanimal že prej, zato morda ni odveč določilo, da slovensko sodišče že o začetem postopku obvesti Komisijo, če meni, da je to potrebno (jo bo pa sicer lahko samo zaprosilo za mnenje v skladu s prvim odstavkom 15. člena Uredbe 1/2003).

Predlagatelj je v tretjem odstavku 63. člena izboljšal tudi vsebinski sklic na tretji odstavek 15. člena Uredbe 1/2003, ki v dosedanjem besedilu zakona, kot je obrazloženo zgoraj, ni bil ustrezen. V predlaganem četrtem odstavku je sodelovanje agencije v obliki *amicus curiae* razširil tudi na primere uporabe slovenskega antitrusta.¹⁶¹ Bo pa treba besedilo na nekaterih mestih popraviti, saj omembe Uredbe 1/2003 v povezavi z nacionalnim antitrustom niso primerne. Morda bi bilo primerno po vzoru petega odstavka predlaganega člena (vendar le smiselno in z zavedanjem, da pristojnosti Komisije iz tretjega odstavka 15. člena Uredbe 1/2003 zakon ne sme kakorkoli omejevati) določiti tudi natančnejša pravila za primere, ko mnenje na lastno pobudo poda Komisija, po vzoru šestega odstavka predlaganega člena pa omogočiti tudi sodelovanje sodišča z agencijo na prošnjo sodišča.

4. SKLEP

V zadnjih letih se v Evropski uniji pomen zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta vse bolj poudarja in je zato v središču aktivnosti evropskega in nacionalnih zakonodajalcev, ki želijo vzpostaviti učinkovit sistem za zmanjševanje obsega omejevalnih ravnanj in njihovih škodljivih posledic za družbo. V ta namen je Komisija, po njenem vzoru pa tudi države članice, pripravila več ukrepov in dokumentov, ki so področje zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta že dodobra zasičili. Zadnji v nizu zakonodajnih aktivnosti in eden najpomembnejših aktov (že zaradi zavezujoče pravne narave) na tem področju je gotovo Direktiva 2014/104, ki je začela veljati konec decembra 2014, pod grožnjo sankcij s strani Komisije pa jo je treba implementirati do konca letošnjega leta. Časa za to je torej le še nekaj mesecev. Odgovorni za njen prenos v slovenski pravni red so se v želji, da bi novo direktivo implementirali pravilno in predvsem premišljeno ter posledično vsebinsko ustrezno, dela lotili resno

¹⁶¹ Ob tem bi morda lahko določil, da se s stališči agencije glede uporabe evropskega antitrusta seznanja tudi Komisija, vendar to glede na očitno nezainteresiranost Komisije za razvoj obravnave primerov na nacionalnih sodiščih morda niti ne bi bilo smiselno.

in v ta namen k pripravi optimalnega besedila povabili zainteresirano javnost in se o načrtovanih rešitvah posvetovali s pristojnimi na Evropski komisiji. Proces prenosa direktive, za katerega menim, da bi bil še kakovostnejši, če bi se v tej fazi lahko osredotočili le nanj (ne pa tudi na druge predloge reforme ZPOmK-1), je tudi dobra priložnost za natančnejše urejanje nekaterih za zasebnopravno uveljavljanje antitrusta pomembnih vprašanj, ki jih direktiva ni zajela, pa tudi za popravo oziroma kakovostnejše urejanje nekaterih v ZPOmK-1 že vsebovanih rešitev. Lahko služi tudi kot osnova za premislek o potrebi po reformiranju nekaterih splošnih institutov procesnega in materialnega prava. Tudi še tako kakovostno zakonodajo pa bo moralo udejanjiti kakovostno in učinkovito (civilno) sodstvo.¹⁶² Glede na to, kako zapletena so nekatera pravila nove ureditve (ki jih morda niti sama evropski in nacionalni zakonodajalec, pa tudi drugi, ki jih beremo, mestoma ne razumemo najbolje) in za kako kompleksno področje urejanja gre, to (vsaj na začetku) zagotovo ne bo lahka naloga. Intenzivnejša specializacija sodnikov na tem področju (ki se je implementacijski val pri nas ne dotika) bi bila gotovo dobrodošla.¹⁶³ Ali in koliko bodo cilji direktive, ki je od njenega zasnovanja tarča kritik strokovne javnosti, doseženi, bo v prihodnjih letih ocenjevala Komisija, ki bo morala do 27. decembra 2020 pregledati izvajanje direktive ter o tem Evropskemu parlamentu predložiti poročilo in po potrebi nove zakonodajne predloge,¹⁶⁴ pričakovati pa je, da se bo z njeno razlago kmalu soočilo tudi SEU.

¹⁶² O oceni stanja sodstva na področju zasebnopravnega uveljavljanja antitrusta pri nas glej A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 403–407.

¹⁶³ Razlogi za to so bili predstavljeni v A. Vlahek, nav. delo (2015, *Challenges ...*), str. 403–407.

¹⁶⁴ Člen 20 direktive.