

Izvirni znanstveni članek
UDK 346.546(497.4):061.1EU,
346.546(73)

Program prizanesljivosti – novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi

DR. KLEMEN PODOBNIK,
Pravna fakulteta Univerze v Ljubljani

1. Uvod

Določba 76. člena Zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (v nadaljevanju ZPOmK-1) pomeni novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi. Institut odpustitve sankcij udeležencem omejevalnih sporazumov in usklajenih ravnanj, ki preprečujejo, izkrivljajo ali ovirajo konkurenco, je primarno namenjen hitrejšemu zaznavanju kartelnega poslovnega vedenja in posledično odpravljanju njegovih negativnih posledic, seveda pa ne gre prezreti vloge instituta pri *ex ante* preprečevanju koluzivnega vedenja. Slovenski zakonodajalec v konkurenčnopravno okolje vnaša režim, ki je v primerjalnih ureditvah dokaj intenzivno uveljavljen in metodološko dognan. Osnovno je mogoče ločevati dva temeljna tipa sistemov odpustitve in omilitve sankcij, pri čemer ločnico – kot v večini primerov konkurenčnopravnih institutov – predstavlja Atlantik. V Združenih državah Amerike je t. i. »program prizanesljivosti« vstopil v okolje protitrustovskega prava že leta 1978, po korenitih spremembah v letih 1993 in 1994 pa pomeni enega najučinkovitejših orodij boja proti kartelnemu vedenju podjetij. Program je bil sprva uveden kot dodatek sicer dokaj uspešnemu sistemu javnopravnega in zasebnopravnega varstva konkurence in je temeljil na analizi racionalnih reakcij udeležencev¹ v kartelnih sporazumih. Slednji naj bi negotovost glede negativnih posledic, ki jih v obliki visokih denarnih kazni za podjetja in potencialnih zapornih kazni za njihove odgovorne osebe lahko doletijo v primeru uspešno končanega postopka javnopravnega ali zasebnopravnega varstva, ki obstaja ves čas trajanja kartelnih dogovorov, zamenjali za pozitivno posledico odpustitve oziroma omilitve javnopravnih sankcij, navkljub izgubi pozitivnih učinkov, ki bi jih bili deležni ob vztrajanju pri sporazumu.

¹ Raziskave vedenja zastopnikov v korporativnem okolju kažejo na visoko stopnjo racionalnosti, predvsem kar zadeva odločitve o cenah oziroma glede tehtanja pozitivnih in negativnih posledic omejevalnih ravnanj.

2. Ekonomska utemeljitev programov prizanesljivosti

Ekonomska teoretična osnova temeljne oblike ameriškega (in vseh drugih) programov odpustitve sankcij je dokaj preprosta. Sankcije za identificiranega potencialnega kršitelja (udeleženca prepovedanega omejevalnega sporazuma) se zmanjšajo v zameno za priznanje dejanja in zagotovitev dokazov, s katerimi lahko pristojni organ odgovornost za takšno ravnanje dokaže tudi drugim udeležencem. Osnovna oblika programov prizanesljivosti torej temelji na modelu zapornikove dileme, a načelno le v primerih, ko so pristojni organi že identificirali vse v protikonkurenčne omejevalne sporazume udeležene subjekte.² Takšna oblika programov prizanesljivosti sicer povečuje učinkovitost že začelih postopkov, manj jasen pa je njihov pozitiven vpliv na področje generalne prevencije oziroma *ex ante* preprečevanja protikonkurenčnih ravnanj, saj je odvisen predvsem od odločitve glede časovnega okna, v katerem se lahko v sporazume udeležena podjetja vključijo v program. Načelno je mogoče ugotoviti, da sistemi programov prizanesljivosti lahko delujejo generalno preventivno predvsem v smislu preprečevanja nastajanja kartelnih sporazumov, saj zmanjšujejo raven medsebojnega zaupanja med morebitnimi udeleženci takšnih sporazumov.³ Obstoje programa prizanesljivosti namreč prinaša možnost »goljufanja« v smislu priznanja obstoja sporazuma in zagotovitve dokazov o drugih kršiteljih v zameno za odpustitev ali zmanjšanje sankcij s strani kateregakoli od udeležencev. Dodatna pozitivna posledica uvajanja programov prizanesljivosti je nedvomno tudi izboljševanje ravni detekcije »tihih«, neopaznih kartelnih sporazumov, ki jih pristojnim organom prijavijo udeležena podjetja, ki so izgubila zaupanje v soudeležence ali pa jim sporazum ne prinaša več dovolj visoke ravni pozitivnih ekonomskih posledic.

2.1. Temeljna modela programov prizanesljivosti

Temeljni razlikovalni kriterij med oblikami modelov programov prizanesljivosti je določitev sprožilnega trenutka, po katerem za podjetja, udeležena v omejevalnem sporazumu, vključitev v program ne prinaša več nikakršnih pozitivnih učinkov.

2.1.1. Vključitev v program prizanesljivosti je omogočena zgolj pred začetkom preiskave pristojnega urada

Programi prizanesljivosti, ki so oblikovani tako, da je mogoče sankcije odpustiti oziroma omiliti zgolj tistemu podjetju, ki prizna sodelovanje v omejevalnem sporazumu in razkrije način sodelovanja, druge udeležence in zagotovi zadostne dokaze za končno obsodilno odločbo

² Glej Giancarlo Spagnolo, Leniency and whistleblowers in antitrust, *Handbook of Antitrust Economics*, str. 269.

³ Id., str. 270.

pristojnega organa, so po mnenju nekaterih avtorjev⁴ le delno učinkoviti. Podjetja, ki so se odločila za sodelovanje v omejevalnem sporazumu, so svojo odločitev utemeljila na vnaprejšnji presoji potencialnih pozitivnih (monopolni dobički zaradi omejevanja konkurence) in negativnih posledic (raven verjetnosti detekcije kartela, raven verjetnosti uspešno dokončanega postopka in izreka o kršitvi, raven in oblika sankcij) sodelovanja v kartelu. Model programa prizanesljivosti, ki jim ne nudi odpustitve ali omilitve sankcij zaradi sodelovanja s pristojnim organom, če se za sodelovanje odločijo šele po trenutku začetka postopka (in torej detekciji udeležencev kartelnega sporazuma), za podjetja ne bo pretirano zanimiv. Odpustitev oziroma omilitve sankcij jim je na voljo zgolj v primerih, ko s pristojnim organom začnejo sodelovati še pred uvedbo postopka, torej v času, ko je vsota pozitivnih posledic sodelovanja v kartelu še vedno višja od vsote negativnih posledic. Samoovadba bi v takšnem primeru privedla do podoptimalnega rezultata za podjetje. Odločitev za sodelovanje v kartelu je poenostavljeno odvisna od predpostavk α (verjetnost detekcije kartela), p (verjetnost uspešno zaključenega postopka) in G (višina globe oz. kazni) na eni strani ter višine koluzivnih dobičkov na drugi strani. Če je program prizanesljivosti namenjen zgolj podjetjem, ki se samoovadijo pred začetkom postopkov pristojnega konkurenčnopravnega organa, samoovadb ni mogoče pričakovati. V odsotnosti začetka postopka je negativne posledice za podjetje namreč še vedno mogoče prikazati zgolj kot $(\alpha p G)$. Samoovadba odpravi parameter α in podjetje postavi v slabši položaj.⁵ Položaj podjetja se ne spremeni, tudi če se odloči za sodelovanje s pristojnim organom; iz istega razloga pa racionalno pričakuje nesodelovanje tudi od drugih soudeležencev kartela.⁶

2.1.2. Vključitev v program prizanesljivosti je omogočena tudi po začetku preiskave pristojnega urada

Sprememba opcije programa prizanesljivosti v smeri možnosti omilitve oziroma odpustitve sankcij podjetjem, ki se za sodelovanje s pristojnim konkurenčnopravnim organom odločijo po uvedbi postopka, kakovostno spremeni položaje v kartel udeležениh podjetij. Položaj se spremeni, tako kar zadeva odločitev za sodelovanje v kartelu kot tudi glede morebitne od-

⁴ Opozoriti je treba predvsem na prvo resno ekonomsko analizo učinkov različnih modelov programov prizanesljivosti v dinamičnem analitičnem okvirju, ki sta jo izdelala Motta in Polo (glej *infra*, op. 5).

⁵ Podrobneje glej Motta, Polo, Leniency Programs and Cartel Prosecution, International Journal of Industrial Organization, št. 21, 2003, str. 350.

⁶ Dodatno lahko sistem, ki omogoča odpustitev ali omilitve sankcij zgolj podjetju, ki prvo in pred uvedbo postopka začne sodelovati s pristojnimi organi, spodbuja oziroma ohranja koluzijo podjetij. V takšnih primerih podjetja, ki niso zadovoljna z ravni sodelovanja drugih v kartel udeležениh podjetij (vsota pozitivnih posledic sodelovanja v kartelu zaradi nesodelovanja drugih podjetij pada), zagrozijo z ovadbo (in samoovadbo) in s tem prisilijo druga podjetja v nadaljevanje omejevalnih poslovnih praks, glej Spagnolo, Divide et impera: Optimal leniency programs, CEPR discussion paper 4840, dostopno na www.ssrn.com.

ločitve za samoovadbo in ovadbo drugih udeležencev kartela. Po detekciji kartela in uvedbi postopka je odločitev za vztrajanje v kartelu za podjetje odvisna le še od razmerja med ravniyo koluzijskih dobičkov in stopnjo verjetnosti uspešno zaključenega postopka ter višine kazni (globe), torej $p G$, odpade pa spremenljivka verjetnosti detekcije kartela (α).

Odločitev podjetij (utemeljena na ravni negativnih posledic uspešno izvedenega postopka) za morebitno sodelovanje v programih prizanesljivosti v obeh opisanih modelih je torej poenostavljeno mogoče prikazati kot:⁷

Model 1 (prošnja za prizanesljivost mogoča zgolj v času do uvedbe postopka)

Raven morebitnih negativnih posledic sodelovanja v kartelu (postopek še ni uveden, podjetje ne sodeluje v programu prizanesljivosti): $\alpha p G$ ($\alpha < 1$)

Raven morebitnih negativnih posledic sodelovanja v kartelu, (postopek še ni uveden, podjetje začne sodelovanje v programu) – po prošnji za prizanesljivost: ($\alpha = 1$) iz česar sledi $p G$, iz česar sledi, da je $\alpha p G < p G$

Podjetje torej ne čuti spodbude po samoovadbi, saj je njegov položaj boljši brez uvedbe postopka

Model 2 (prošnja za prizanesljivost mogoča tudi po uvedbi postopka)

Med sodelovanjem v kartelu postopek še ni uveden: $\alpha p G$ ($\alpha < 1$)

Po uvedbi postopka: $p G$

Po samoovadbi in prošnji za prizanesljivost: $p = 1$, vendar je zaradi odpustitve sankcije vrednost $G = 0$

Podjetje čuti spodbudo za sodelovanje s konkurenčnopравnim organom, saj lahko vpliva na vrednost spremenljivke G in s tem lahko občutno izboljša svoj položaj po uvedbi postopka. Motta in Polo ugotavljata, da je uvedba programov prizanesljivosti primerna predvsem za okolja z relativno neučinkovitim sistemom javnopravnega nadzora protikonkurenčnega vedenja podjetij. Prav v takšnih okoljih je učinkovit zlasti model, ki podjetjem omogoča vstop v program prizanesljivosti tudi po uvedbi postopka s strani konkurenčnopравnega organa. Splošna neučinkovitost javnopravnega sistema nadzora namreč pogojuje relativno zelo nizke vrednosti prej opredeljenih spremenljivk α (verjetnost detekcije kartela) in p (verjetnost uspešno dokončanega postopka), zato je verjetnost, da bodo podjetja sodelovala v programih prizanesljivosti, ki zmanjšanje ali odpustitev sankcij strogo vežejo na naznanitev kartelnega vedenja pred uvedbo postopka s strani pristojnih organov, v takšnih okoljih še toliko nižja.

⁷ Poenostavljeno povzeto po Motta, Competition Policy, 2003, str. 196 et seq.

2.1.3. Ocena pristopa

Deloma nasprotne so ugotovitve Spagnola, ki opozarja na potrebo po spremembi izhodiščnega pogleda. Temeljna kritika modela Motte in Pola glede odločitve za najučinkovitejši model programov prizanesljivosti je usmerjena predvsem v zanemarjanje upoštevanja kriterija doseganja visoke ravni generalne prevencije oziroma vnaprejšnjega preprečevanja nastajanja kartelnih sporazumov in ustrezne analize tega kriterija. Modeli programov prizanesljivosti, ki omogočajo odpustitev oziroma omilitev sankcij podjetjem, ki za takšno možnost zaprosijo šele po uvedbi postopka s strani konkurenčnopravnega organa, naj bi ne mogli dosegati visoke ravni generalne prevencije, temveč naj bi povečevali zgolj učinkovitost že začetih postopkov, kar pa predpostavlja obstoj kartelov. Spagnolo dodatno opozarja na potencialno napačno izbiro parametrov modela Motte in Pola, ki ne ločuje med ravniyo zmanjšanja sankcij za podjetja, ki začno s sodelovanjem pred uvedbo postopka, in tistimi, ki se za takšno potezo odločijo šele po uvedbi postopka. Kljub tej kritiki Spagnolo sprejema argument učinkovitosti takšnih modelov, vendar le v primeru, ko je merilo učinkovitosti število podjetij, ki se odločijo za sodelovanje v programih prizanesljivosti, ne pa tudi raven generalne prevencije.

Če velja takšnim razmišljanjem pritrditi, pa je domala nesprejemljiva ponujena rešitev, ki naj bi povečevala skupno učinkovitost javnopravnega varstva konkurence (tako učinkovitost glede zaključevanja že začetih postopkov kot tudi učinkovitost vnaprejšnjega preprečevanja kartelnih dogovarjanj). »Optimalni« model programa prizanesljivosti naj bi namreč deloval predvsem v smislu spodbujanja samoovadbe in ovadbe sodelujočih v kartelnem sporazumu v časovnem oknu pred uvedbo postopka konkurenčnopravnega organa oziroma pred trenutkom, ko se konkurenčnopравни organ seznani z obstojem kartelnega vedenja na trgu. Ker je takšno spodbudo nemogoče zagotoviti s klasičnim instrumentarijem programov prizanesljivosti⁸ (odpustitev ali znižanje sankcij), Spagnolo predlaga, naj bi podjetjem, ki bi razkrila kartel in svoje sodelovanje ter konkurenčnopravnim organom ponudila trdne dokaze, ki bi zadostovali za izvedbo postopka, namenili finančne nagrade v višini vsote vseh denarnih sankcij, ki bi bile naložene drugim v kartelu sodelujočim podjetjem.⁹ Takšna rešitev po mojem mnenju ne upošteva racionalnega vedenja podjetij oziroma njihovih zastopnikov, ki bi se za sodelovanje v kartelu odločili zgolj s strateškim namenom poznejšega pristopa k programu prizanesljivosti – nagrada za »spontano samoovadbo« bi v takšnih primerih lahko presegla predvidene koluzijske dobičke, kar pomeni, da bi takšen model prizanesljivosti lahko deloval kot sprožilni mehanizem za (sicer kratkotrajno) koluzivno vedenje. Tudi če je mogoče argumentirano trditi, da bi kljub določenim deviacijam takšen model deloval generalno preventivno (prav zaradi stalne grožnje prej opisanega strateškega koluzivnega vedenja bi podjetja

⁸ Glej razdelka 2.1.2. in 2.1.3.

⁹ Spagnolo, Optimal leniency programs, FEEM working paper 42, 2000, str. 7.

sploh ne želela sodelovati v kartelih), pa je težko pričakovati strinjanje glede uvedbe tako darežljivega nagrajevanja »izdajalcev« kartelov.

Opisana modela odpustitve oziroma znižanja sankcij za protikonkurenčna ravnanja seveda pomenita skrajni opciji, med katerima lahko izbirajo zakonodajalci oziroma pristojni organi pri uvajanju programov prizanesljivosti. Ker gre za ekonomska modela, ki stremita k maksimizaciji učinkovitosti javnopravnega sistema varstva konkurence, in pri tem (kljub upoštevanju dinamičnih parametrov) na določenih mestih odstopata od dejansko obstoječih pravnih in družbenih omejitev, ni mogoče pričakovati obstoja delujočega programa prizanesljivosti, ki bi temeljil zgolj na enem od modelov. Zakonodajalci so pri kreiranju nacionalnih (ali nadnacionalnih) programov v veliki večini primerov kombinirali med predstavljenimi rešitvami in jih prilagajali dejanskemu stanju trga, ravni konkurence in statusu, usposobljenosti in finančnim zmožnostim organov za varstvo konkurence.

3. Primer učinkovitega programa prizanesljivosti – Corporate Leniency Policy v Združenih državah Amerike¹⁰

3.1. Splošno

Ameriški sistem prizanesljivosti (*Corporate Leniency Policy*) se, kot je že bilo poudarjeno, v največji meri približuje modelu, v katerem je najboljši status (torej popolna amnestija) rezerviran za podjetje, ki se samoovadi in posreduje dokaze o obstoju kartela še pred uvedbo postopka s strani pristojnega organa. Zaradi že opisanih neučinkovitosti takšnega modela je ameriški program prizanesljivosti korigiran z možnostjo prizanesljivega obravnavanja podjetij, ki informacije o kartelu in svoje sodelovanje v njem razkrijejo šele po uvedbi postopka. V svojem bistvu je ameriški program prizanesljivosti zares tisto, kar o njem razkriva njegov naziv. Gre za politiko prizanesljivosti, katere temeljni namen je predvsem povečevanje učinkovitosti delovanja oddelka za antitrust na pravosodnem ministrstvu. Seveda je politika usmerjena tudi v zagotavljanje visoke ravni generalne prevencije, kljub temu pa se njena uspešnost meri zlasti glede na število zaprosil za prizanesljivo obravnavanje in posledično število uspešno prepovedanih in s tem odpravljenih kartelov ter kaznovanih podjetij in posameznikov. Prizanesljivost glede višine sankcij je omogočena tako podjetjem, ki pravosodnemu ministrstvu razkrijejo kartel in svoje sodelovanje v trenutku, ko ministrstvo še nima nikakršnih informacij o obstoju omejevalnega sporazuma (kartel še ni detektiran), kot tudi podjetjem, ki se za sodelovanje odločijo po trenutku začetka postopka. Temeljno je bil program (verzija 1978) sicer usmerjen zgolj k spodbujanju t. i. spontanih samoprijaviteljev – takšnim podjetjem je zagotovljena av-

¹⁰ Program prizanesljivosti v okolju Evropske unije je primerjalno predstavljen v obravnavi ureditve odpustitve sankcij v ZPOmK-1. Glej v nadaljevanju, razdelek 4.

tomatična amnestija¹¹ brez kakršnekoli diskrecijske pravice ministrstva – reforma leta 1993 pa je možnost znižanja ali celo odpustitve sankcij razširila tudi na kasnejše »skesance«. Program temelji na treh ključnih predpostavkah, ki lahko služijo tudi kot izhodišča, ali bolje, pogoji za uspešno delovanje vseh drugih programov prizanesljivosti.

3.2. Strogost in narava sankcij

Koluzivno delovanje podjetij v smislu sporazumov ali usklajenih ravnanj na meddržavni, zvezni ali mednarodni ravni je prepovedano s Shermanovim zakonom, ki takšno delovanje označuje kot kaznivo dejanje, ki se kaznuje z denarno ali zaporno kaznijo.¹² V primeru uspešno zaključenega pregona je podjetjem lahko naložena relativno visoka denarna kazen¹³ (v povprečju te kazni sicer ne dosegajo ravni denarnih kazni, izrečenih s strani Evropske komisije), odgovornim osebam podjetij pa je, poleg denarnih kazni, lahko izrečena tudi kazen odvzema prostosti. Temeljna razlika med ameriškim antitrustom in konkurenčnim pravom Evropske unije je torej prav različna percepcija pomena kršitev prava konkurence in s tem posledično tudi narava sankcioniranja kršitev. Dovolj jasen je podatek, da so ameriška zvezna sodišča od leta 1998 do leta 2008 za kršitve Shermanovega zakona (vključene so torej tudi kršitve 2. člena, ki prepoveduje monopolizacijo) 187 posameznikom izrekla zaporne kazni v skupnem trajanju 261 let.¹⁴ Prav kazenska narava sankcioniranja posameznikov naj bi zaradi svojega pomembnega vpliva na racionalno vedenje zastopnikov podjetij po mnenju izvajalcev programa prizanesljivosti pomenila odločilno prednost pred podobnimi programi v drugih jurisdikcijah.¹⁵ Mogoče se je strinjati z mnenjem številnih avtorjev, ki opozarjajo, da lahko v očeh zastopnikov podjetij predvideni pozitivni učinki koluzivnega vedenja presegajo predvi-

¹¹ Glej Hammond (2000), Detecting and Deterring Cartel Activity Through an Effective Leniency Program; na <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/9928.htm>: »If a company comes forward and reports its wrongdoing before an investigation has begun and meets the program's other conditions, the grant of amnesty is automatic and the organization pays zero dollars in fines. There is no prosecutorial discretion involved.«

¹² »Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal, and is felony punishable by fine and/or imprisonment.« The Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C.A.

¹³ Kljub temu dejstvu so zvezna sodišča v letih od 1998 do 2007 podjetjem skupno izrekla kar 3.755.136.000 ameriških dolarjev denarnih kazni. Vir kot v opombi 12.

¹⁴ Antitrust Division Workload Statistics, FY 1998 – 2007, dostopno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.htm>, zadnjič obiskano 1. 9. 2008.

¹⁵ Tako npr. Scott Hammond, Cornerstones of an effective leniency program: »All else being equal, a jurisdiction without individual liability and criminal sanctions will never be as effective at inducing amnesty applications as a program that does. Individuals stand the most to lose and so avoiding jail sentences is the greatest incentive for seeking amnesty. Common sense suggests that the threat of individual exposure will tilt the balance at the margins such that some companies will report violations that they would not otherwise have reported if they were only facing financial penalties.«

dene negativne posledice tudi v primerih obstoja izjemno visokih kaznovalnih denarnih sankcij, ta verjetnost pa je izrazito zmanjšana v okoljih kazenskega režima konkurenčnega prava.

3.3. Učinkovit sistem nadzora

Tudi obstoj strogih sankcij ne bo deloval kot spodbuda za sodelovanje v programu prizanesljivosti v primerih neučinkovitega delovanja pristojnih organov. Tveganje odkritja, uspešne preiskave in uspešno zaključenega postopka mora biti resnično in oprijemljivo. Zato je kot dodaten nujen predpogoj uspešnega sistema odpustitve ali zmanjšanja sankcij nedvomno treba opredeliti tudi strah pred organom za varstvo konkurence. Percepcija učinkovitosti je v očeh podjetij sorazmerna s številom uspešno detektiranih in prepovedanih kartelnih sporazumov. Organi, ki se ne morejo pohvaliti z bogato pahljačo uspešno preganjanih kartelov,¹⁶ si od programov prizanesljivosti ne bi smeli obetati visokih rezultatov.

3.4. Transparentnost programa prizanesljivosti

Poleg preglednosti in jasnosti glede postopkov, ki jih organi za varstvo konkurence izvajajo v okviru svojih pristojnosti javnopravnega nadzora (proti)konkurenčnih ravnanj, mora biti za uspešno delovanje modelov prizanesljivosti zagotovljena tudi dovolj visoka raven transparentnosti postopkov v okviru teh programov. Model mora biti jasen vsem potencialnim sodelujočim, njegovo delovanje mora biti preprosto, hitro in predvsem vnaprej znano. V ta namen predstavniki oddelka za antitrust pravosodnega ministrstva kot izvajalca programa prizanesljivosti delujejo izrazito proaktivno, saj je od transparentnosti programa odvisen njegov končni uspeh. Kot prvi korak je mogoče opredeliti sprejem (in kasnejše reforme) Corporate Leniency Policy, ki sicer nima zakonske veljave, a kljub temu pomeni temelj za delovanje programa prizanesljivosti. Gre za sporočilo podjetjem, iz katerega jasno izhajajo vse značilnosti programa, pravice in obveznosti podjetij, njihov status v času sodelovanja v programu in obseg ter narava pozitivnih posledic, ki so ob izpolnjevanju pogojev na voljo sodelujočim podjetjem. Ustvarjeno in objavljeno je bilo tudi vzorčno pismo o (pogojni) odpustitvi sankcij,¹⁷ s katerim se lahko vnaprej kadarkoli seznanijo vsa podjetja in na ta način presodijo pozitivne posledice njihovega potencialnega sodelovanja v programu prizanesljivosti. Ko je vzorčno pismo izdano

¹⁶ Govorimo o t. i. »Strong Enforcement Record«, ki podjetja stalno opozarja na dejstvo, da je organ za varstvo konkurence očitno izjemno usposobljen in senzibiliziran za pregon kartelov, in s tem med udeležence kartela vnaša nemir in nezaupanje do konkurentov. »To put it plainly, cartel members are starting to sweat, and the Amnesty Program feeds off that panic.« Scott Hammond, Detecting ...

¹⁷ Dostopno v dokumentu DOJ Antitrust Division na spletni strani <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.pdf>.

in podpisano, je podjetje deležno pogojne amnestije¹⁸ do zaključka postopka pred oddelkom za antitrust pravosodnega ministrstva, kar glede načina sodelovanja podjetja in pomoči, ki jo podjetje nudi oddelku za antitrust, dodatno zvišuje raven transparentnosti programa. Drugače od primerjalne ureditve Corporate Leniency Policy ne vsebuje zahteve po »odločilnosti« dokazov o obstoju kartela, ki naj bi jih predložilo podjetje. Zadošča že *iskreno in popolno razkritje* ter *celovito, trajno in popolno sodelovanje*, ki pripomore k izvedbi preiskave.¹⁹ Ameriška politika prizanesljivosti torej ne uporablja subjektivnega standarda odločilnosti predloženih dokazov, kar podjetjem olajšuje položaj pri sodelovanju z oddelkom za antitrust, predvsem pa povečuje privlačnost programa.

4. Model programa prizanesljivosti v 76. členu ZPOmK-1

4.1. Program prizanesljivosti ali zgolj možnost odpustitve sankcij

Čeprav naj bi bil po mnenju predlagatelja zakona 76. člen temelj in izvedbena določba za uvedbo uspešnega programa prizanesljivosti in naj bi približal slovensko konkurenčnopravno ureditev evropski, je ob kritični analizi dosega, transparentnosti in določnosti določbe moč ugotoviti, da bi bilo mogoče (in treba) program prizanesljivosti urediti drugače. Področje prizanesljivega obravnavanja je podnormirano. Očitno je, da je – sicer hvalevredna – želja po nezapleteni in neobsežni določbi privedla do relativno površne dikcije, ki ne izpolnjuje parametra *jasnosti* kot enega temeljnih kriterijev uspešnega programa prizanesljivosti. Pogrešati je predvsem jasno opredelitev glede temeljne odločitve za model programa. Je program namenjen zgolj podjetjem, ki se za sodelovanje z uradom odločijo *pred trenutkom*, ko urad sam zazna omejevalno ravnanje na trgu, ali so vanj lahko vključena tudi podjetja, ki se samo-ovadijo in ovadijo tudi druge kršitelje ter pomagajo pri pregonu kartela *po* tem, ko postopek uvede urad? Izkušnje iz Združenih držav Amerike²⁰ kažejo na dvig uspešnosti programa pri-

¹⁸ Takšno stanje je pozitivno tudi za podjetja, ki v skladu z ameriškim programom prizanesljivosti sicer pridobijo pravico do »avtomatične« amnestije, torej podjetja, ki so DOJ Antitrust Division o kartelu in svojem sodelovanju obvestila, še preden je slednji organ sploh detektiral protikonkurenčno ravnanje. Avtomatična amnestija začne veljati šele po izvedbi in zaključku postopka, tako da kakovost »avtomatičnosti« velja le, kar zadeva vprašanje ravni »popusta« pri sankcijah. Takšno podjetje torej avtomatično ne bo kaznovano, ni pa amnestirano takoj po samoovadbi. Stanje negotovosti glede končnega rezultata je za podjetja vsaj nekoliko omiljeno s pismom o pogojni amnestiji, ki jim določene pravice zagotavlja ves čas trajanja postopka. Podobno opcijo je mogoče najti tudi v sistemu prizanesljivega obravnavanja v Evropski uniji, cf. Jarret Arp in Swaak, Immunity from Fines for Cartel Conduct Under the European Commission's New Leniency Policy, Antitrust (Summer 2002), str. 52.

¹⁹ Točka 4 pododdelka A in točka 4 pododdelka B Corporate Leniency Policy: »The corporation reports the wrongdoing with candor and completeness and provides full, continuing and complete cooperation that advances the Division in its investigation.«

²⁰ Glej razdelek 3.

zanesljivosti, potem ko je bilo sodelovanje podjetjem omogočeno tudi po uvedbi postopka. V nadaljevanju so predstavljeni pogoji, ki jih mora za »nagrado« odpustitve sankcij kumulativno izpolniti podjetje.

4.1.1. Razkritje svojega sodelovanja v kartelu

Samoovadba oziroma samonaznanitev je temeljni pogoj za sodelovanje v programih prizanesljivosti in v tej značilnosti se slovenska ureditev ne razlikuje od primerjalnih. Nagrada zmanjšanja oziroma odpustitve sankcij pripade zgolj podjetjem, ki takoj priznajo, da sodelujejo v prepovedanem omejevalnem sporazumu. Gre za pogoj *sine qua non*, kar je razumljivo – prizanesljivo obravnavanje si zaslužijo zgolj tisti, ki sodelujejo v kartelu, ki ga ovadijo, in se od njega takoj ob začetku sodelovanja z uradom distancirajo.

4.1.2. Dva načina sodelovanja podjetij

Zakonodajalec se je očitno odločil za »mešani« model programa prizanesljivosti, ki podjetjem omogoča, da se bodisi odločijo za »spontano samoovadbo« in z uradom začnejo sodelovati, še preden slednji pridobi relevantne informacije o obstoju omejevalnega sporazuma, ali pa s svojim sodelovanjem po začetku postopka uradu omogočijo uspešen konec postopka v smislu ugotovitve obstoja kršitve 6. člena zakona oziroma 81. člena PES (101. člen PDEU).²¹ Režim tako temeljno sledi ureditvi v okolju komunitarnega konkurenčnega prava. Neposrečena dikcija določila tako zajema dva popolnoma ločena in različna položaja. V obeh položajih je »nagrada« popolne odpustitve sankcij (amnestije) namenjena zgolj podjetju, ki se je *prvo* odločilo za sodelovanje z uradom. Ureditev je v skladu z izsledki ekonomske teorije, saj spodbuja »dirko do urada« – nagrajen je le prvi, ki uradu predloži ustrezne informacije in s tem razkrije kartel in svoje sodelovanje v njem. Tak režim med udeleženci prepovedanih omejevalnih sporazumov ustvarja nezaupanje v svoje partnerje in vpliva na njihove odločitve glede nadaljnjega sodelovanja v kartelu.

4.1.2.1. Podjetje kot prvo predloži dokaze, ki po mnenju urada omogočijo preiskavo v zvezi z domnevnim kartelom

Podobno kot v primeru ureditve programa prizanesljivosti Evropske komisije tudi določilo druge alineje 76. člena ne vsebuje natančne časovne opredelitve začetka sodelovanja podjetja. Z interpretacijo po namenu je mogoče ugotoviti, da določilo ureja položaje, ko se podjetja za sodelovanje z uradom odločijo v času, ko slednji še nima informacij o kartelnem vedenju oziroma so te informacije nezadostne za začetek preiskave. Za odpustitev sankcij v takem

²¹ O temeljnih konceptualnih razlikah med sistemoma glej razdelek 2.1.1.

primeru zadostujejo zgolj informacije oziroma dokazi, ki uradu omogočijo preiskavo. Kakovost informacij, ki se zahteva, je zaradi »spontanosti« samoovadbe nujno relativno nizka. Podjetje ni zavezano k predložitvi dokazov, ki bi omogočali izpeljavo celotnega postopka, ki bi se končal z ugotovitvijo obstoja kršitve. Postavlja se vprašanje natančne opredelitve trenutka, ko podjetje še lahko začne tako sodelovati z uradom. Dikcija določila primarno kaže na trenutek pred izdajo sklepa o preiskavi iz 28. člena zakona. Podobno je mogoče interpretirati ureditev v členu 8(a) Obvestila Komisije.²² Taka razlaga je lahko sporna; urad namreč izda sklep o preiskavi v času, ko že ima informacije o kartelnem vedenju na nekem trgu, kar je bila tudi nujna podlaga za izdajo sklepa o uvedbi postopka iz 23. člena zakona. V tem času urad torej že ima nekaj podatkov o protipravnem vedenju podjetij na trgu, zato je kakovost informacij, ki jih predloži podjetje, nujno višja kot v primerih, ko podjetja uradu dejansko razkrijejo omejevalni sporazum, kar lahko negativno vpliva na raven privlačnosti sodelovanja v programu prizanesljivosti. Zakonodajalec se je očitno odločil za uvedbo režima, ki posnema ureditev v komunitarnem pravu, pri tem pa prezrl dodatni kvalifikatorni kriterij t. i. usmerjene preiskave. Obvestilo Komisije v členu 8(a) kot pogoj za sodelovanje v programu prizanesljivosti namreč določa, da morajo informacije, ki jih predloži podjetje, zadostovati za opravo usmerjene preiskave domnevnega kartela. Kljub tej pomanjkljivosti je mogoče ugotoviti, da je namen zakonske določbe enak namenu komunitarne ureditve. Podjetja morajo uradu omogočiti izvedbo usmerjene preiskave kartela, katerega obstoj je urad že zaznal. Odločitev o tem, ali predloženi podatki zadostujejo za izvedbo take preiskave, je na strani urada. Zakonodajalec tako v program prizanesljivosti uvaja subjektivni kriterij, katerega učinek je odvisen tudi od usposobljenosti in proaktivnosti urada. S tem je dodatno zmanjšana transparentnost celotnega programa, kar lahko negativno vpliva na število podjetij, ki se bodo odločila za sodelovanje z uradom. Do sprejema uredbe, ki bo natančneje uredila postopek odpustitve oziroma omilitve sankcij, je kot interpretativno vodilo pri presoji zahtevane kakovosti informacij mogoče uporabiti določbo člena 9(a) Obvestila Komisije, ki od podjetja zahteva posebno izjavo s podrobnim opisom domnevne ureditve kartela, z njegovimi cilji, dejavnostmi in delovanjem; z zadevnim proizvodom ali storitvijo, geografskim obsegom, trajanjem kartela in oceno obsega trgovanja, na katerega je vplival kartel; z navedbo zadevnih datumov, lokacij, vsebine in sodelujočih pri domnevnih kartelskih stikih ter z vsemi ustreznimi pojasnili v zvezi z dokaznimi sredstvi, s katerimi je podprta prošnja; ime in naslov pravne osebe, ki vloga prošnjo za imuniteto, ter imena in naslove vseh podjetij, ki sodelujejo ali so sodelovala v domnevnem kartelu; imena, položaje, lokacije pisarn in po potrebi domače naslove vseh posameznikov, ki so, kolikor je prosilcu znano, vključeni ali so bili vključeni v domnevni kartel, vključno s posamezniki, ki so bili vanj vključeni v imenu prosilca; informacije o tem, s katerimi drugimi

²² Primerjaj tudi Patricia C. Botana, Prevention and deterrence of collusive behavior: The role of leniency programs, *Columbia Journal of European Law*, št. 13/2006, str. 63.

organi za konkurenco v Evropski uniji ali zunaj nje je bil že vzpostavljen ali se namerava vzpostaviti stik v zvezi z domnevnim kartelom.

Določilo 76. člena ne vsebuje izrecne ureditve položajev podjetij, ki se odločijo za dejansko »spontano« samoovadbo ter uradu razkrijejo svoje sodelovanje v kartelu in njegove značilnosti v času, ko urad obstoja takega kartela še ni zaznal. V nasprotju z ameriško ureditvijo se zakonodajalec torej ni odločil za visoko nagrajevanje pravih »izdajalcev«, kar lahko povzroči morebitno pasivno vedenje podjetij vse do trenutka, ko urad na svojih spletnih straneh objavi obvestilo o sklepu o uvedbi postopka zoper kartel in s tem sproži »dirko do urada«. Relativna neučinkovitost urada pri preganjanju kartelnih sporazumov v prejšnjih letih obstoja še povečuje možnost, da se podjetja ne bodo odločala za pravo, spontano obliko samoovadbe.

4.1.2.2. Podjetje predloži dokaze, ki po mnenju urada omogočijo ugotovitev kršitve 6. člena tega zakona ali 81. člena PES v zvezi z domnevnim kartelom

Določilo ureja položaje, ko podjetja z uradom začnejo sodelovati po trenutku izdaje sklepa o preiskavi. Urad je torej že zaznal obstoj prepovedanega omejevalnega ravnanja na trgu in na podlagi pridobljenih informacij uvedel postopek zoper udeležena podjetja ter z namenom ugotovitve obstoja kršitve tudi začel preiskavo zoper podjetja v postopku. Položaj se kakovostno razlikuje od prej opisanega postopka sodelovanja pred uvedbo preiskave. Urad že ima relevantne informacije, ki mu omogočajo usmerjeno preiskavo, seznanjen je z naravo kršitve, njenim obsegom in posledicami ter kršitelji, niso pa mu še na voljo dokazi, s katerimi bi lahko dokazal obstoj kršitve. Podjetje mora kot pogoj za prizanesljivo obravnavanje zato v tem primeru predložiti visokokakovostne informacije, ki uradu omogočijo hitro izpeljavo postopka z obsodilnim zaključkom. Tudi v tem primeru se zastavlja vprašanje presoje kakovostne ravni informacij, ki jih predloži podjetje. Gre namreč za dokaze, ki *po mnenju urada* omogočijo ugotovitev kršitve. Zakonodajalec tudi tu uvaja izrazito subjektiven kriterij, katerega presoja je – vsaj do sprejema uredbe iz petega odstavka 76. člena, ki bo poleg čisto postopkovnih vprašanj morala urediti tudi tovrstne kriterije oziroma standarde – odvisna predvsem od ravni pravne usposobljenosti urada.

4.1.3. Posledice sodelovanja

Zakonodajalec je v 76. členu uredil tudi možnost delnega zmanjšanja sankcij za protikonkurenčno vedenje. Podjetju, ki kumulativno izpolni pogoje, kogentno določene v 76. členu, se v celoti odpusti sankcija. Zakonska ureditev je povezana z režimom splošnih pravil za odmero sankcije v Zakonu o prekrških, ki v sedmem odstavku 26. člena določa, da se v primerih, ko je z zakonom tako določeno, lahko storilcu prekrška odpusti globo in druge sankcije.

Iz analize primerjalnih ureditev izhaja, da je morebitna odsotnost možnosti zniževanja sankcij pomanjkljivost, ki lahko v veliki meri negativno vpliva na uspešnost programa prizanesljivo-

sti. Zato je dobro, da je zakonodajalec tako opcijo umestil v režim in jo (delno) utemeljil na konceptu Obvestila Komisije, ki natančno opredeljuje položaje podjetij, ki se za sodelovanje s Komisijo odločijo tudi v primerih, ko ne izpolnjujejo pogojev za popolno amnestijo, torej odpuščitev sankcij. Poudariti je treba, da taka možnost dodatno povečuje učinkovitost programa prizanesljivosti, saj uradu omogoča, da pridobiva dragocene dodatne informacije in dokaze tudi po tem, ko je bila »nagrada« popolne odpustitve sankcij že podeljena prvemu podjetju, ki se je odločilo sodelovati v programu. Iluzorno je namreč pričakovati, da bodo imela vsa podjetja, ki bodo k programu pristopila kot prva, informacije (prvi model) oziroma dokaze (drugi model), ki bodo v celoti zadostovali za izpeljavo in konec postopka. Prav zato je smiselna ureditev, ki pristop k programu prizanesljivosti omogoča tudi podjetjem, ki lahko občutno prispevajo k uspešnemu delovanju urada po trenutku, ko je slednji že pridobil informacije ali dokaze od časovno prvega »izdajalca« kartela. Drugi odstavek 76. člena relativno jasno ureja položaj oziroma pozitivne posledice za podjetja, ki uradu zagotovijo dokazna sredstva o domnevnih kršitvah, ki pomenijo znatno dodano vrednost v primerjavi z dokaznimi sredstvi, ki jih urad sicer že ima. Po zgledu ureditve v okolju komunitarnega prava²³ je določeno stopenjsko nižanje sankcij glede na vrstni red, po katerem podjetja navežejo stik z uradom. Povsem razumljivo je, da prvi (dodatni) »izdajalec« kartela ne prejme nagrade v smislu popolne odpustitve sankcij (amnestije), temveč mu je mogoče znižati globo v razponu med 30 in 50 odstotki, naslednji storilec lahko pričakuje znižanje v razponu od 20 do 30 odstotkov, vsi drugi pa največ do 20 odstotkov. Pomemben element koncepta zniževanja sankcij je predvsem kakovost informacij, ki jih podjetje predloži uradu. Termin »znatna dodana vrednost« spet odkazuje na subjektivno naravo standarda – urad torej sam odloča o tem, kolikšno dodano vrednost pomenijo informacije, ki jih je prejel od podjetja. Nedvomno bo treba v podzakonskem aktu, ki je predviden v petem odstavku 76. člena, po zgledu komunitarne ureditve²⁴ natančno definirati kakovost zahtevanih informacij.

²³ Obvestilo Komisije natančno določa stopnjevanje ravni znižanja sankcij glede na vrstni red podjetij v 26. členu: »Komisija bo v vsaki končni odločbi, sprejeti na koncu upravnega postopka, določila stopnjo znižanja, dodeljeno podjetju, glede na globo, ki bi bila sicer naložena. Za: prvo podjetje, ki predloži dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje od 30 do 50 odstotkov; drugo podjetje, ki predloži dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje od 20 do 30 odstotkov; vsa naslednja podjetja, ki predložijo dokazna sredstva, ki pomenijo znatno dodano vrednost: znižanje do 20 odstotkov.«

²⁴ Ureditev v Obvestilu Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11) v 25. členu kakovost informacij opredeljuje v smislu dodane vrednosti za Komisijo: »Pojem 'dodane vrednosti' se nanaša na obseg, v katerem predložena dokazna sredstva po svoji naravi in/ali stopnji podrobnosti povečajo zmoglost Komisije, da dokaže obstoj domnevnega kartela. Komisija pri tej presoji na splošno šteje, da imajo pisna dokazna sredstva, ki izhajajo iz obdobja, na katero se nanašajo dejstva, večjo vrednost kot dokazna sredstva, ki so ugotovljena naknadno. Za obremenilne dokaze, ki se neposredno nanašajo na zadevna dejstva, bo na splošno veljalo, da imajo večjo vrednost kot dokazna sredstva, ki so zgolj posredno povezana z dejstvi. Na podoben način na vrednost dokaznih sredstev vpliva tudi stopnja potrebe po dopolnitvi dokaznih sredstev z drugimi viri, da bi se zadevna dokazna sredstva lahko uporabila zoper druga podjetja v zadevi, tako da bo samostojnim dokaznim sredstvom priznana

4.1.4. Oblika dokazov

Določilo 76. člena ne določa oblike, v kateri mora podjetje uradu posredovati informacije oziroma dokaze. Tudi to področje bo moralo biti natančno urejeno v predvideni uredbi iz petega odstavka. Informacije so lahko tako podane pisno ali ustno, skladno s primerjalnimi ureditvami pa je pomembno, da so predložene v smislu »izjave podjetja«, ²⁵ in ne pomenijo zgolj mnenja oziroma navedb posameznih zastopnikov ali zaposlenih podjetja. ²⁶ Ko podjetje informacije posreduje pisno, mora biti izjava podana v obliki (podpisanih) pisnih dokumentov. Zahteva, da so informacije podane v obliki »izjave podjetja«, je posebnega pomena za ureditev pravice do dostopa do takih samoobtoževalnih informacij s strani tretjih. ²⁷ Podjetje lahko informacije predloži tudi ustno, pri tem pa mora ustni izjavi priložiti tudi vse morebitne dokumente o obstoju kartela, udeleženih osebah in naravi kartela. Obvestilo Komisije določa, da se ustne izjave podjetij posnamejo in prepišejo v prostorih Komisije, podjetjem, ki podajo ustno izjavo, pa je zagotovljena možnost, da preverijo tehnično natančnost posnetka, ki bo na voljo v prostorih Komisije, in da popravijo vsebino svojih ustnih izjav v nekem roku. Podjetja se v navedenem roku lahko odpovedo tem pravicom, pri čemer se od tega trenutka naprej šteje, da je bil posnetek potrjen. Po eksplicitni ali implicitni potrditvi ustne izjave ali predložitvi popravkov podjetje posluša posnetke v prostorih Komisije in v danem roku preveri natančnost prepisa posnetkov. ²⁸ Čeprav določba 76. člena ne opredeljuje narave postopka, v okviru katerega se izvaja program odpustitve sankcij, je mogoče tudi glede na ureditev v komunitarnem pravu ²⁹ sklepati, da urad izvaja procesna dejanja v skladu z določili o postopku iz prvega poglavja zakona. Izjava podjetja tako nedvomno tvori del dokumentov zadeve, pri čemer pa gre opozoriti na nujno omejitev pravice strank do pregleda teh dokumentov, ki je zakon sicer ne določa, a jo je mogoče uveljaviti s smiselno uporabo določil Obvestila Komisije. Izjava podjetja ne sme biti dostopna vsem strankam v postopku (pri čemer je treba poudariti morebitne stranske interveniente, ki so svoje sodelovanje v postopku prijavili na podlagi tretjega odstavka 16. člena zakona), obseg tistih, ki so upravičeni do seznanitve s takšno izjavo, je namreč treba omejiti zgolj na stranke, ki so naslovniki povzetka relevantnih dejstev iz 36. člena zakona, ob tem pa je nedvomno treba upoštevati tudi pravila glede varovanja poslovne skrivnosti iz 18. člena

večja vrednost kot pa dokaznim sredstvom, kot so izjave, ki v primeru ugovora potrebujejo dopolnilno gradivo v podporo.« Več v Van Barlingen, Barennes, Competition Policy Newsletter, št. 2005/3, str. 16.

²⁵ *Corporate Statement*.

²⁶ Glej na primer člen 9(a) Obvestila Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah (2006/C 298/11) in točko A(4) DOJ Corporate Leniency Policy.

²⁷ O tem več v razdelku 4.1.5.

²⁸ Člen 32 Obvestila Komisije.

²⁹ Člen 32 Obvestila Komisije tako določa: »Vsaka izjava, dana Komisiji v zvezi s tem obvestilom, tvori del spisa Komisije in je lahko uporabljena kot dokazno sredstvo.«

zakona. Tako se podjetjem, ki se odločijo za sodelovanje z uradom, zagotovi višja stopnja pravne varnosti glede uporabe obremenilnih podatkov, ki so jih s samoovadbo prostovoljno razkrila uradu, kot dokazov v zvezi z morebitnimi odškodninskimi zahtevki, ki bi jih proti udeležencem kartela po zaključenem postopku vlagali oškodovani posamezniki ali podjetja.

4.1.5. Dostop do izjave podjetij

Samostojno vprašanje v zvezi s položajem podjetja, ki zaprosi za odpustitev sankcij, se nedvomno nanaša na status izjave takšnega podjetja oziroma predvsem zavarovanje take izjave in stopnjo njene zaupnosti ali tajnosti. Razlog za tako vprašanje je jasen. Podjetje, ki se odloči za sodelovanje v programu prizanesljivosti, mora uradu predložiti visokokakovostne podatke o (predvsem, a ne izključno) obstoju kartela, njegovem načinu delovanja, ciljih, koluzijskih dobičkih, ki so takemu delovanju sledili, svoji vlogi v kartelu, vlogi in stopnji intenzivnosti sodelovanja drugih udeležencev. Gre bodisi za podatke, ki uradu omogočijo izpeljavo usmerjene preiskave, ali pa za dokaze, ki uradu zagotovijo možnost ugotovitve obstoja kršitve 6. člena zakona oziroma 81. člena PES. Podjetje (in to je za njegov položaj najpomembnejše) se torej samoobtoži, v zameno za tako dejanje in predložitev informacij o drugih udeležencih ter kartelu pa mu je odpuščena upravna sankcija, torej izrek globe s strani urada. Seveda pa bi lahko imela samoobtožba za podjetje negativne posledice v okviru zasebnopravnega varstva konkurenčnega prava. Gre za razkritje informacij, ki so za potencialne zasebne tožnike izrednega pomena, saj bi jim lahko omogočile natančno in pravno nesporno utemeljitev njihovih odškodninskih zahtevkov zoper udeležence kartela, vključno s podjetjem, ki je odločilno prispevalo k uspešnemu zaključku postopka v okviru javnopravnega varstva. Tako stanje bi bilo nezdržljivo z osnovnim namenom programov prizanesljivosti, ki temelji na visokih spodbudah za sodelovanje. Spodbude v smislu bodočih koristi od sodelovanja z uradom morajo namreč presegati potencialne pozitivne posledice nadaljevanja kartelnega delovanja, kar pa bi bilo v primerih, ko bi potencialni zasebni tožniki lahko dostopali do vsebine izjav podjetij, nemogoče doseči. Podjetju, ki bi zaprosilo za odpustitev sankcij in izpolnilo vse kumulativno določene pogoje iz 76. člena zakona, bi bil v takem primeru sicer odpuščen izrek globe s strani urada, nedvomno pa bi bilo v kasnejšem postopku obsojeno na plačilo odškodnine, ki bi jo sodišče zasebnemu tožniku dosodilo prav na podlagi samoobtožilne izjave podjetja. Zakonodajalec je to področje v zakonu absolutno podnormiral.

Morebitna zaščita izjave podjetja tako trenutno v 76. členu zakona ni urejena, najti je ni mogoče niti v drugih delih, ki urejajo postopkovna vprašanja. Ker gre za izjemno pomembno vprašanje, ki v sedanjem stanju dekonstrukcijsko vpliva na celoten režim odpustitve in omilitve sankcij in neposredno učinkuje na pravice udeležencev v postopkih, je treba to problematiko urediti v samem zakonu. Regulacija z uredbo tukaj ne pride v poštev. Sedaj veljavna slovenska ureditev namreč močno odstopa od tiste na ravni Skupnosti, saj je leta 2006

zadnja sprememba programa prizanesljivosti v skupnostni regulatorni okvir vključila tudi izrecno zaščito izjav podjetij. Člena 33 in 34 Obvestila namreč jasno opredeljujeta, da so izjave podjetij na voljo zgolj naslovnikom povzetka relevantnih dejstev, pod pogojem, da se skupaj s pravnimi zastopniki, ki so pridobili dostop v njihovem imenu, zavežejo, da ne bodo z mehaničnimi ali elektronskimi sredstvi izdelali kopije informacij iz izjave podjetja, do katere je bil dovoljen dostop, ter da bodo zagotovili, da se bodo informacije, pridobljene na podlagi izjave podjetja, uporabljale samo v posebej opredeljene namene.³⁰ Drugim strankam, pri čemer Komisija posebej omenja pritožnike, ne bo dovoljen dostop do izjav podjetij. Taka zaščita preneha s trenutkom, ko podjetje, ki sodeluje v programu prizanesljivosti, samostojno razkrije vsebino izjave tretjim.

Trenutna ureditev v zakonu je neustrezna in nesprejemljiva; kljub omenjeni možnosti smiselne razlage določb 16. in 18. člena zakona (glej razdelek 4.1.4.) je režim glede zaščite izjav podjetij povsem netransparenten, položaj pa dodatno otežuje določilo 62. člena zakona, ki sodiščem v primerih odškodninskih zahtevkov zaradi škode, ki je bila povzročena s kršitvijo določb 6. ali 9. člena tega zakona ali 81. ali 82. člena PES, nalaga vezanost na pravnomočno odločbo o ugotovitvi obstoja kršitve urada in Evropske komisije. V odsotnosti izrecnega določila, ki bi zaščitilo izjave podjetij v smislu Obvestila Evropske komisije, je slovenski program odpustitve sankcij žal povsem neprivačen za potencialne »izdajalce« kartelov zaradi njihovega slabšega položaja v morebitnih zasebnopravnih odškodninskih postopkih. Pri tem gre opozoriti na jasno izražen namen uporabe režima zaščite izjav podjetja, kot je urejen v Obvestilu Komisije v okviru obravnavanja prošenj za odpustitev ali zmanjšanje sankcij v okviru nacionalnih programov prizanesljivosti. Urad naj zato v primeru zaprosila za odpustitev sankcij položaj podjetja v zvezi z njegovo samoobtoževalno izjavo varuje v skladu s 33. in 34. členom Obvestila Komisije. Izjava podjetja lahko sestavlja del dokumentacije o zadevi v skladu s 16. členom zakona, dostop do te izjave pa naj bo omejen zgolj na tiste stranke v postopku, ki so obenem tudi naslovniki povzetka relevantnih dejstev. Izjave podjetja ni mogoče uporabljati v morebitnih civilnih zadevah (predvsem tu poudarjamo morebitne odškodninske zahtevke), zaščita izjave pa traja ves čas postopka pred uradom in po njem. Za zaščito ni pomembno, ali

³⁰ Nameni so opredeljeni v 34. členu Obvestila: »(...) dostop do spisa (se) odobri samo naslovljencem obvestila o nasprotovanju pod pogojem, da se s tem pridobljene informacije smejo uporabljati samo za namene sodnih in upravnih postopkov za uporabo pravil konkurence Skupnosti, na katere se nanašajo zadevni upravni postopki. Uporaba takih informacij v druge namene med postopkom se lahko šteje kot nesodelovanje v smislu člena (12) in (27) tega obvestila. Poleg tega, če pride do take uporabe po tem, ko je v postopku Komisija že sprejela odločbo o prepovedi, lahko Komisija pri pravnih postopkih pred sodišči Skupnosti zahteva povišanje globe za podjetje, ki je odgovorno za tako dejanje. Če se bodo informacije kdaj koli uporabljale v drugačen namen z vključitvijo zunanjega pravnega zastopnika, bo lahko za ustrezen disciplinski ukrep Komisija prijavila dogodek zbornici tega zastopnika.«

je izjava podjetja dejansko omogočila uspešen konec postopka urada, oziroma dejstvo, da je urad zavrnil prošnjo za odpustitev sankcij.³¹

4.1.6. Sodelovanje z uradom med celotnim postopkom

Sankcije je v skladu z določbo 76. člena mogoče odpustiti le tistim »izdajalcem« kartelov, ki ves čas trajanja postopka sodelujejo z uradom. Ugotoviti je treba, da je dikcija tretje alineje žal prepovršna in lahko negativno vpliva na potencialno uspešnost programa prizanesljivosti. Zastopniki podjetja iz besedila, ki določa pogoj, ne morejo natančno razbrati kakovosti vedenja, ki se zahteva od podjetja. Ubeseditiv pogoja je najverjetneje posledica poskusa približevanja slovenskega programa prizanesljivosti programu Komisije. Sodelovanje v smislu 76. člena je zato mogoče opredeliti kot popolno, dejansko in hitro sodelovanje podjetja, ki poteka od začetka zaprosila za prizanesljivo obravnavanje do konca postopka. Podjetje naj uradu zagotovi vso pomoč z informacijami, ki jih ima, predvsem pa naj se v odnosu do urada vede iskreno in odkrito. Določilo je (do sprejema uredbe, predvidene v petem odstavku 76. člena) torej treba interpretirati v skladu s pravilom Obvestila Komisije, ki od podjetja zahteva, da Komisiji nemudoma zagotovi vse pomembne informacije in dokazna sredstva v zvezi z domnevnim kartelom, ki preidejo v posest podjetja ali so mu na razpolago; da je Komisiji na voljo za hitro izpolnjevanje vseh zahtev, ki bi lahko prispevale k ugotavljanju dejstev; da so na voljo trenutni (in po možnosti nekdanji) uslužbenci in direktorji za razgovor pri Komisiji; da ne sme uničiti, poneverjati ali prikrivati zadevnih informacij ali dokaznih sredstev, povezanih z domnevnim kartelom; in da ne sme razkriti dejstva vložitve ali katere koli vsebine njegove prošnje, preden Komisija izda obvestilo o nasprotovanju v zadevi, razen če ni dogovorjeno drugače. Če je mogoče pogoj iz 76. člena interpretirati s stališča Obvestila Komisije, lahko ugotovimo, da gre za »postopkovno« opredelitev pogoja delovanja podjetja, ki se želi s sodelovanjem v programu prizanesljivosti izogniti sankcijam za protikonkurenčno vedenje. Ravnanje podjetja v času trajanja postopka poleg subjektivnega pogoja predložitve dokazov, ki po mnenju urada omogočajo izvedbo preiskave ali ugotovitev kršitve, je torej dodaten pogoj za sodelovanje v programu prizanesljivosti. Poudariti gre, da bo tako pomemben pogoj treba v uredbi, predvideni v petem odstavku 76. člena, urediti veliko podrobneje, saj v trenutni obliki podjetjem ne daje dovolj informacij o njihovih obveznostih.

4.1.7. Takojšnje prenehanje sodelovanja v kartelu

Določilo tretje alineje jasno povzema primerjalne programe prizanesljivosti v zvezi z nadaljevanjem oziroma prenehanjem kartelnega delovanja podjetja. Velja načelna prepoved nadalj-

³¹ Primerjaj Commission Staff Working Paper accompanying the White Paper on Damages for breach of the EC antitrust rules, str. 86: (COM(2008) 165 konč.), (SEC (2008) 405), (SEC (2008) 406).

njega koluzivnega ravnanja; podjetje, ki je zaprosilo za odpustitev sankcij, mora torej takoj po zaprosilu prenehati aktivno delovati v omejevalnem sporazumu. Tudi zahteva po prenehanju sodelovanja je v zakonu relativno abstraktno opredeljena, saj ni povsem jasno, kako naj podjetje ravna, saj so načini prenehanja sodelovanja različni. Podjetje lahko izstop iz kartela opravi zelo javno – torej predvsem s sporočilom drugim v sporazumu udeleženi podjetjem. Tako delovanje podjetja je zaradi potencialnih hitrih reakcij drugih kršiteljev lahko izrazito škodljivo za nadaljevanje postopka, zato takega ravnanja od podjetij ne gre zahtevati.³² Podoben učinek ima lahko tudi konkludentna izjava volje o prenehanju sodelovanja: podjetje z neudeležbo na pomembnem sestanku kartela, ki poteka takoj po začetku sodelovanja z uradom, vzbudi nezaupanje pri drugih članih sporazuma, ki učinkovito uničijo dokaze, potrebne za uspešen konec postopka. Podjetju je mogoče naložiti nadaljevanje sodelovanja v kartelnem sporazumu, če to zahtevajo interesi preiskovalnega postopka. Gre za primere, ko bo moral urad po začetku sodelovanja z ovaditeljem kartela opraviti vrsto zahtevnih preiskovalnih dejanj, s katerimi bo pridobil odločilne dokaze o obstoju kršitve 6. člena zakona. Nadaljevanje sodelovanja v omejevalnem sporazumu bo v takih primerih nujno v luči preprečevanja morebitnega uničenja dokazov s strani drugih, v sporazum udeleženi podjetij. Mogoče je ugotoviti, da bo taka dolžnost podjetju naložena zgolj v primerih, ko se bo sodelovanje podjetja z uradom začelo še pred začetkom preiskave oziroma še preden urad kartel zazna. Samo v takih primerih namreč za odpustitev sankcij zadošča predložitev informacij, ki omogočajo izvedbo preiskave v zvezi z domnevnim kartelom.

4.1.8. Odpustitev sankcij ni ponujena podjetjem, ki so druga podjetja prisilila v sodelovanje v domnevnem kartelu ali jih prisilila, da v njem še naprej sodelujejo

Iz programa prizanesljivosti zakon izključuje le podjetja, ki so zaradi svoje ekonomske moči lahko prisilno vplivala na vedenja drugih podjetij na istem oligopolnem trgu. S tem zakonodajalec sledi zgledu Evropske komisije, ki je iz svojega programa prizanesljivosti izključila v predhodnih različicah vsebovano določbo,³³ po kateri se za sodelovanje v programu niso kvalificirala podjetja, ki jim je bilo mogoče pripisati kakovost začetnika, oziroma podjetja, ki so imela odločilno vlogo pri izvajanju protikonkurenčnega delovanja.

³² Primerjaj pojasnila DOJ Antitrust Division, Corporate Leniency Policy: Answers to Some Recurring Questions, dostopno na <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/1626.htm>.

³³ Evropska komisija je diskvalifikatorno okoliščino začetnika in pomembnega člana kartela odpravila že s predzadnjo reformo programa prizanesljivosti. Obvestilo o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah iz leta 2002 tako sledi samokritiki Komisije, ki je prej veljavna »standarda« označila za izrazito nejasna in zavajajoča. European Commission, Question & Answer on the Leniency Policy (13. februar 2002) (Memorandum–MEMO/02/23), http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.gettxt=gt&doc=MEMO/02/23|0|RAPID&lg=EN.

5. Sklep

Program prizanesljivosti pomeni novost v slovenski konkurenčnopравни ureditvi. Glede na uspešnost, ki jo primerljivi programi dosegajo v drugih jurisdikcijah (pri tem imam v mislih predvsem Združene države Amerike), je tudi dobrodošel dodaten instrument generalne prevencije. Treba pa je opozoriti na vprašanja, ki ostajajo odprta in od katerih je odvisna učinkovitost slovenske oblike programa prizanesljivosti. Prvič, nujna bo izjemno intenzivna in proaktivna komunikacija urada, od katerega gre zahtevati, da gospodarskim subjektom (torej tudi kršiteljem in s tem potencialnim uporabnikom programa) jasno predstavi prednosti tovrstnega sodelovanja. Drugič, podjetjem, ki se bodo odločala za samoovajanje in sodelovanje z uradom, je treba zagotavljati popolno transparentnost vseh postopkov. Tretjič, presoja *kakovosti* podatkov, ki jih bodo prinašala »izdajalska« podjetja, bo morala biti izredno stroga in skrbna – v nasprotnem primeru se lahko program prelevi v zanimivo stojnico z odpustki. Četrtrič, urad mora nadaljevati z učinkovito politiko nadzora in krepiti svoj položaj ter doseči visoko stopnjo detekcije in kaznovanja omejevalnih ravnanj. Na ta način bo vzpostavljen oziroma ohranjan prvi pogoj za delovanje programa prizanesljivosti, tj. dvom kršiteljev o ekonomski koristnosti njihovega omejevanja konkurence.