

Novine u pravu tržišnog natjecanja nakon pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji

ZBORNIK RADOVA

**Novelties in Competition Law after
the Accession of the Republic of Croatia
to the European Union**

COLLECTED PAPERS

**Uredila/Edited by:
Doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman**

**Ekonomski fakultet - Zagreb
Zagreb, 2014.**

**Novine u pravu tržišnog natjecanja nakon pristupanja Republike Hrvatske
Europskoj uniji**

ZBORNIK RADOVA

**Novelties in Competition Law after the Accession of the Republic of Croatia to the
European Union**

COLLECTED PAPERS

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

Za izdavača
Prof. dr. sc. Tonći Lazibat, dekan

Glavni urednik
Dr. sc. Tomislav Gelo

Recenzenti
Prof. dr. sc. Siniša Petrović
Doc. dr. sc. Ana Pošćić

Dizajn korica
Gordana Vinter
Tisak
Sveučilišna tiskara d.o.o. Zagreb

Knjiga predstavlja zbornik radova sa 4. konferencije o pravu tržišnog natjecanja u spomen na dr. sc. Vedrana Šoljana održane 4. lipnja 2013. na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

This publication contains the proceedings of the 4th Conference on Competition Law in Memory of Dr Vedran Šoljan, held on 4 June 2013 at the Faculty of Economics and Business, University of Zagreb, Croatia.

Copyright © Ekonomski fakultet Zagreb, Zagreb, 2014.
Sva prava pridržana

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

ISBN 978-953-346-051-2

CIP zapis dostupan je u računalnom katalogu Nacionalne i sveučilišne knjižnice u Zagrebu pod brojem 869034

Novine u pravu tržišnog natjecanja nakon pristupanja

Republike Hrvatske Europskoj uniji

ZBORNIK RADOVA

-

**Novelties in Competition Law after the Accession of the
Republic of Croatia to the European Union**

COLLECTED PAPERS

Uredila/Editied by:

Doc. dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman

Ekonomski fakultet Zagreb 2014.

Sadržaj/Content

Predgovor	5
Foreword.....	6
Introductory address by His Excellency Mr Paul Vandoren, Chief of Delegation of European Commission in the Republic of Croatia	7
Pozdravni govor mr. sc. Olgice Spevec, predsjednice Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja	13
Jurisdiction and Jurisprudence of the European Courts in Competition Cases Stefan Enchelmaier, Lincoln College, Oxford	15
Accession to the EU's Competition Law Regime: A Law and Governance Approach Katalin Cseres, University of Amsterdam	34
Aktualna reforma postupaka nadzora koncentracija u Europskoj uniji – korak naprijed prema jednostavnijem i učinkovitijem nadzoru? Kristijan Poljanec, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu	64
Razgraničenje nadležnosti između Europske komisije i Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja Jasminka Pecotić Kaufman, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu	85
Specifičnosti postupka pred Europskom komisijom protiv poduzetnika radi povrede pravila tržišnog natjecanja Ivan Tot, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu	107
Podnošenje pritužbi Europskoj komisiji radi povrede pravila tržišnog natjecanja Dubravka Akšamović, Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku.....	136

Suradnja država članica i Europske komisije u okviru Europske mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (ECN)	
Mirta Kapural, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja	158
Uloga hrvatskih sudova u primjeni čl. 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije	
Gorana Aralica Martinović, sutkinja Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske	171
Developments in Private Enforcement of Competition Rules after the Croatian Accession to the European Union	
Bojana Vrček, American Antitrust Institute, Bruxelles	190
Novine u nadzoru koncentracija poduzetnika nakon pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji – podjela nadležnosti između Europske komisije i Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja	
Vlatka Butorac Malnar, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci	210
Kazalo pojmova	231

Predgovor

Poštovani čitatelji,

pred Vama se nalazi zbornik radova predstavljenih na „4. konferenciji o pravu tržišnog natjecanja u spomen na dr. sc. Vedrana Šoljana: Novine u pravu tržišnog natjecanja nakon pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji“, koja je održana 4. lipnja 2013. na Ekonomskom fakultetu Sveučilišta u Zagrebu.

Konferencija je prigodno održana u lipnju 2013., manje od mjesec dana prije pristupanja Hrvatske u punopravno članstvo Europske unije 1. srpnja 2013. Tako su i teme obrađene na samoj konferenciji odnosno u ovom zborniku povezane s promjenama u domaćem pravu tržišnog natjecanja u kontekstu pristupanja, odnosno s novim pravnim institutima prava tržišnog natjecanja Europske unije koji danom pristupanja postaju dio nacionalnog prava. Većina tekstova je na hrvatskom jeziku, a jedan dio na engleskom.

Iznimno mi je dragو što konferencija koja se održava u spomen na našeg dragog kolegu Vedrana Šoljana postaje tradicionalno mjesto okupljanja stručnjaka koji se bave pravom tržišnog natjecanja, bilo u svojstvu djelatnika tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, odvjetnika, pravnika u gospodarstvu, sudaca i drugih pravosudnih djelatnika ili znanstvenika. Nadam se da će ovaj zbornik radova doprinijeti povećavanju znanja o pravu tržišnog natjecanja, te potaknuti raspravu o relevantnim pitanjima.

Veliko hvala Kristijanu Poljancu, asistentu s Katedre za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, na njegovoj pomoći u pripremi ove publikacije.

Zagreb, siječanj 2014.

Jasminka Pecotić Kaufman

Foreword

Dear readers,

This publication contains the papers presented at the *4th Conference on Competition Law in Honour of Dr. Vedran Šoljan: Novelties in Competition Law after the Accession of the Republic of Croatia to the European Union*, which took place on 4 June 2013 at the Faculty of Economics and Business, University of Zagreb. Held less than a month before Croatia's accession to the European Union on 1 July 2013, the Conference covered the changes in domestic competition law due to the accession and to the new legal institutes of EU competition law which on the date of accession became part of national law. Most papers are in Croatian, and some are in English.

I am very pleased that the Conference, which is held in memory of our dear colleague Dr. Vedran Šoljan, has become a traditional place of gathering for experts in the area of competition law, including NCA representatives, attorneys-at-law, corporate lawyers, judges and academics. I hope this publication will contribute to augmenting the knowledge in the area of competition law and that it will also encourage the discussion on relevant issues.

Many thanks go to Kristijan Poljanec, assistant at the Department of Law, Faculty of Economics and Business, University of Zagreb, for his help in preparing this publication.

Zagreb, January 2014

Jasminka Pecotić Kaufman

Introductory address by His Excellency Mr Paul Vandoren, Chief of Delegation of European Commission in the Republic of Croatia

Ms Spevec, Professors, Students,

Ladies and Gentlemen,

I Competition Policy and the Single Market

I should first of all like to say how pleased I am to be invited to this conference dealing with competition policy in Croatia after its accession to the EU. I have acquired some experience in both subjects in the course of my long career!

Competition policy is one of the cornerstones underpinning the Single Market which, as you know, aims to establish the European Union as an area without barriers based on the so-called "four freedoms" – freedom of movement of people, goods, services and capital.

The Single Market is often quoted as a benchmark for competitiveness, and rightly so. One of the major opportunities offered by Croatia's accession to the EU - in 26 days time - is full access to this market of more than 500 million consumers, with a trade volume reaching € 2800 billion in 2011. It is the foundation upon which the rest of the EU is built, providing an indispensable link between the Member States by lifting trade barriers and increasing mobility. It has underpinned the shift from an economic community originally limited to the sectors of coal and steel, towards a more political union.

The European Commission retains the exclusive responsibility to ensure equal and fair competitive conditions across the EU. The Commission can, and does, take decisions and impose sanctions in respect of unfair business practices and government measures which distort competition in the internal market, and undermine its integrity.

The EU's central competition authority – together with the 27 national competition authorities in the Member States – is tasked with maintaining a level-playing field for companies doing business in the EU. The Commission's task has never been more challenging than today.

Croatia's accession to the EU takes place at a time when many EU Member States have been experiencing a relatively prolonged poor economic performance, with an unacceptably high unemployment rate, particularly for young people. The average growth perspective across the EU leaves much to be desired, especially compared to forecasts for other parts of the world. The financial markets remain vigilant and fragile. Though there is light at the end of the tunnel, there is certainly no room for complacency. Time has now come, though, to create growth and jobs.

Further developing the Single Market is a priority for the EU, in order to enhance the resilience and dynamism of the economy, and to channel the benefits of a genuine internal market to companies and consumers. Key growth sectors are, for example, energy, telecommunications, the digital economy, and services, which are still largely divided along national borders. Competition policy has its contribution to make in ensuring that no Member State gives an unfair advantage to its companies through subsidies and public policies; by promoting innovation; by ensuring that economic actors all play by the same rules ; and by keeping markets open and competitive. Indeed, open and competitive market conditions are essential for a rapid and sustainable recovery. Consumers benefit from better conditions, as do companies doing business in the EU.

II. Some recent developments under the available instruments

In pursuit of its goals, the Commission deploys the following main instruments: antitrust, including fighting cartels and abuses of dominant positions, reviewing mergers and acquisitions, and controlling certain kinds of government subsidies in the form of state aid.

a) Anti-trust (cartels and abuse of dominant positions)

Since 2010, the Commission has adopted 16 decisions targeting cartels, involving 120 different companies or groups of companies overall. Though the Commission cannot – and does not wish to - prevent company representatives from meeting each other, it has the power to sanction illegal agreements reached during such meetings. Such sanctions often hit the headlines because of the size of the fines imposed. In May 2012, for example, the Commission imposed fines close to €1.5 billion on seven international

groups, which had run two cartels in the sector of cathode ray tubes used for TV sets and computer monitors.

These fines serve two purposes: on the one hand, they punish the worst sort of anti-competitive practice, thereby annulling the level-playing field; on the other hand, they send a signal to companies that cartels which distort market conditions and are detrimental to the public will not be tolerated ('the deterrent').

b) Antitrust and abuse of dominant position

Another aspect of the Commission's tasks relating to the behavior of enterprises relates to restrictive agreements and abuse of dominant positions.

One recent noteworthy example of anti-competitive agreements involved the ICT giant Apple and four top international publishing groups. The Commission investigated these companies due to a suspicion that a commercial clause they had agreed for the retail of e-books would restrict competition and keep prices high. Though a decision was adopted in December 2012, no fine was imposed. Instead, the Commission accepted the commitments offered by the companies to restore fair and competitive market conditions. This solution is quicker and sometimes preferred over fines when, such as in this case, a young and dynamic market is concerned.

Under EU competition law, large companies must not abuse their dominant position to thwart competition, which is detrimental to consumers and innovation. A typical case of companies abusing their dominance is that of old incumbents in liberalized markets trying to protect themselves from the pressure of new competitors.

In 2011, for example, the Commission found that Telekom Polska had tried to prevent or at least delay the entry of competitors into Poland's broadband market in order to protect its monopoly.

c) Mergers and acquisitions

Another instrument used to preserve competition in the EU Single Market is the control of mergers and acquisitions. Since 1990, the European Commission has been responsible

for reviewing mergers which may have an impact on the Single Market, and it can do so before such mergers are finalized (*ex-ante* control).

When two or more companies plan to join forces and achieve a certain level of market share in the EU, they must notify their plans to the European Commission for review. The Commission has the power to prevent those mergers and acquisitions which are likely to result in dominant positions and harm consumer interests.

d) State Aid

The control of state aid is the last, but not the least, tool of competition policy. The Commission has sole responsibility to examine and take executive decisions in respect of certain state interventions which can distort competition and trade inside the EU. This constitutes a sizeable part of the Commission's work. More than 1,400 state aid decisions have been adopted in the past three years, and in the vast majority of cases, no objections were raised.

State aid, of course, is only one amongst many types of government intervention. A subsidy or other measure becomes anti-competitive only when it gives an advantage to companies on a selective basis. Some interventions are exempted, such as *de minimis* and general block exemptions, or more justifiable, such as horizontal measures, it being understood that government action is sometimes essential for a well-functioning and equitable economy.

In Croatia, it has been particularly difficult to put an end to the system of state aid to companies, even when the companies concerned were no longer viable. Let me, in this context, refer to the restructuring and privatization process of the Croatian shipbuilding industry, which is nearly completed.

The Commission has, over the years, built up a unique body of state aid rules to provide a framework according to which the compatibility of state aid with the internal market is assessed.

The rules governing state aid have, however, come under intense pressure during the financial crisis. Proposals to overhaul them were announced by the Commission last

year, and have been largely welcomed. An official agreement has, though, yet to be reached by Member States. It goes without saying that Croatia will now be part of that decision process.

The proposed changes to the state aid rules aim to provide an economic boost to Member States affected by the financial crisis. More specifically, permitted state aid will be focused on the prioritization of projects which have the potential to contribute directly to economic growth, such as schemes to roll out broadband infrastructure.

The new rules will encourage more effective use of state aid, since Europe can no longer afford competition distortions or the harm done by unnecessary subsidies. At the same time, it is proposed to streamline the rules to enable the Commission to reach decisions on state aid more swiftly, setting out, for example, several areas where applications would be approved automatically. This would, by the same token, lighten the administrative burden on the relevant authorities.

Ladies and Gentlemen:

In a nutshell, these are the instruments of the EU's competition policy, and I have briefly described how this policy contributes to underpin an open and competitive Single Market. Upon Croatia's accession, the European Commission, together with the Croatian Competition Agency, will directly enforce EU competition rules (Articles 101-109 of the Treaty on the Functioning of the EU), to make EU markets work better by ensuring that companies compete equally and fairly on their merits.

Whilst I am confident that the Competition Agency is well prepared for the new challenge, I have some doubts as to whether Croatian companies are equally well-prepared. The Single Market offers numerous opportunities, but only to those who are informed about – and respect – EU rules.

In my view, the Government might use state aid measures in the most effective way to encourage research and development, environmental protection, job creation and similar horizontal measures, and definitively move away from the focus on specific sectors as has been the case in the past. By the same token, I would encourage SMEs to get abreast of the rules and regulations as, when taking subsidies from which they

greatly benefit, they may also be running a risk. They must make sure that the aid is provided in accordance with the rules: otherwise, it may have to be paid back.

At this difficult conjuncture for Europe, I am confident that the EU and Croatia, as an integral part of the EU, will rely even more on the Single Market as a foundation upon which to build for the future. I also believe that open and fair markets are an essential pillar of civic life and of a democratic system.

Thank you very much for your attention!

Pozdravni govor mr. sc. Olgice Spevec, predsjednice Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja

Trenutak u kojem se održava ova konferencija iznimno je značajan za Hrvatsku, ali i posebno za one koji se bave problematikom zaštite tržišnog natjecanja jer skorij ulazak Hrvatske u Europsku uniju donosi velike promjene na ovome području. Naime, kako Hrvatska postaje dio unutarnjeg tržišta EU, hrvatsko gospodarstvo dio europskog, a hrvatske se kompanije pridružuju velikoj grupi od 20 milijuna EU kompanija, tako i propisi o zaštiti tržišnog natjecanja pa i institucije koje ih provode također mijenjaju djelokrug svoga rada i zadaća. Konkretno, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja ostaje nacionalni regulator, ali postaje i dio EU regulacije na području zaštite tržišnog natjecanja, a to znači da se, baš kao i hrvatski poduzetnici, pa i sama država, i ova institucija na neki način izlaže konkurenčiji, jer će svi oni koji imaju pritužbe na svoj položaj na tržištu u odnosu na druge, zaštitu moći potražiti pred institucijama i sudovima Europske unije te u privatnim tužbama pred sudovima. To je dobro jer će to i nas tjerati da budemo još bolji i time potvrdimo da smo stvarno i zaslužili izvrsne ocjene koje je ova Agencija dobila za svoj rad tijekom dugotrajnog razdoblja pregovora i *monitoringa* u poglavlju Tržišno natjecanje.

Tako, tek sada u punoj mjeri dolazi do izražaja sve ono što smo na ovome području prolazili u pregovorima za stjecanje članstva u EU gotovo od prvoga dana. Naime, pregovori su započeli početkom listopada 2005., a multilateralni *screening* u Poglavlju 8 Tržišno natjecanje održan je već krajem studenog 2005., dok su pregovori u ovom poglavlju okončani tek 30. lipnja 2011. Dakle, dulje od pet godina trajale su intenzivne pripreme na ovome području, kako u dijelu koji se odnosi na usklađivanje zakonodavstva i njegovu provedbu, tako i na stvaranje institucije koja će ga provoditi.

U ovome trenutku, pak, u Hrvatskom saboru se nalaze dva zakona odnosno Zakon o državnim potporama i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koji će uređivati ovlasti i rad AZTN-a nakon ulaska Hrvatske u EU, a važna novina je da će se nakon 1. srpnja izmijeniti praksa nadzora nad tržišnim natjecanjem u iznimno važnom bankarskom sektoru za koji će ponovno biti nadležna Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja. Time je u području tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj

uspostavljen sustav koji je u svim svojim sastavnicama jednak onome na jedinstvenom tržištu čiji postajemo dio. Ako se, pak, Agenciji osiguraju dosta tna sredstava za rad i sačuva njezina prepoznatljivost, operativna i funkcionalna samostalnost i neovisnost te rad koji se temelji na profesionalnom integritetu i stručnosti njezinih zaposlenika, osigurat će se ne samo daljnje jačanje njezine učinkovitosti nego i utjecaj koji odluke iz područja tržišnog natjecanja imaju na rast BDP-a i konkurenosti gospodarstva.

**Jurisdiction and Jurisprudence of the Courts of the European Union in Competition
Cases**

A. Jurisdiction: Direct and Indirect Actions

The system of judicial protection as established by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provides for two modes of access to the Union's courts: direct and indirect. The difference lies only partly in the legal questions that are central to each type of action. Direct actions are always about the legality of an act or omission of one of the Union's organs or of any other body exercising Union powers (under delegation from one of the organs, that is). Indirect actions are primarily about the interpretation of EU law. Nevertheless, assessing an act's legality will always to some extent require its interpretation, and conversely, an act may be illegal on one interpretation but not on another. These two types of question will, therefore, at least occasionally overlap. What is more, indirect actions are in certain circumstances the only way to bring the question of the legality of an EU act or omission before the Court of Justice.

Instead of all these differentiations, the fundamental difference between direct and indirect actions is who can bring the action: indirect actions under Article 267 TFEU can only be brought by courts of the Member States, direct actions can be brought by those persons listed in Article 263.

1) Direct Actions, Art. 263 TFEU, brought by Persons other than Member States

The European Commission implements EU competition policy mainly through two types of legal acts: (Block Exemption-) Regulations and Decisions, as described in Article 288 TFEU. Both are open to a (direct) action for annulment under Article 263 TFEU (*ex-Art. 230 TEC*). Article 263, however, distinguishes between two classes of applicants (besides others): so-called privileged applicants in the second paragraph, and non-privileged applicants in the fourth. The former are the Member States, the European

* Dr. iur. (Bonn) habil. (Munich), LL.M. (Edinburgh), M.A. (Oxon.), Professor of European and Comparative Law, University of Oxford, and Fellow, Lincoln College, Oxford. Manuscript submitted on 25 June 2013.

Parliament, the Council, and the Commission; the latter, natural and legal persons from the Member States. Among those natural and legal persons are, in particular, individuals and companies that are the addressees of Commission decisions under Articles 101 and 102 TFEU, or of decisions based on the merger control Regulation 139/2004.

The conditions are more stringent under which non-privileged applicants may bring an action under Article 263. The requirement, in the fourth paragraph of Article 263, that an act be „addressed to them“ is easily met with regard to Decisions: these say expressly who their addressees are, and these addressees, as well as anyone else who is mentioned in a decision,¹ can challenge the act in the European courts. The condition of „direct and individual concern“, also contained in the fourth paragraph of Article 263, allows, for instance, the trade unions of a company that purports to merge with another to challenge the Commission’s decision clearing the merger. Direct and individual concern must also be established if a non-privileged applicant wishes to challenge a Regulation, such as a block exemption regulation. A block exemption regulation is by definition not addressed to specific economic operators but encompasses certain types of agreements, described in the abstract: hence “block” exemption.

The meaning of the term „regulatory acts“ is less clear. This was only inserted in Article 263 by the Lisbon Treaty, and meant to clarify certain questions that had arisen under the old law.² The Court of Justice has explained that a regulatory act’s „provisions [...] are addressed in abstract terms to an indeterminate number of persons and apply to objectively determined situations“.³ Such acts can only be challenged by non-privileged applicants if its provisions are, additionally, of „direct concern“ to the individual and do not „entail implementing measures“. It is safe to predict that in the context of EU competition law, the category of “regulatory acts” will remain of limited significance. The other type of instruments that the Commission uses in the implementation of EU competition policy – guidelines – does come under “regulatory acts”. Guidelines are meant to guide the Commission’s implementation of Articles 101, 102, and the merger

¹ Case 138/79, *Roquette v Council* [1980] ECR 3333.

² See the survey of the case law by Enchelmaier, No-One Slips Through The Net? Latest Developments, And Non-Developments, In The European Court Of Justice’s Jurisprudence On Art. 230(4) EC, (2005) 24 Yearbook of European Law 173–221.

³ Cases T-262/10, *Microban v Commission* [2011] ECR II-0000, paras 17–25; T-18/10, *Inuit Tapiriiq Kanatami v Parliament and Council* [2011] ECR II-0000, para 56.

control regulations. Guidelines are not, as such implementations of the Commission's policy.

2) Direct Actions brought by Member States

It will be remembered from the foregoing that Member States are among the 'privileged' applicants under Article 263. This means that their *locus standi* to challenge Regulations and Decisions implementing EU competition policy is not circumscribed like that of individuals and companies. Member States can even challenge an act for whose adoption they had voted in the Council.⁴ The only limitation to Member States' right to bring an action is the requirement, in the sixth paragraph of Article 263, that the action be brought within two months of the publication of the measure. Because Member States do not have to argue that their rights are in any way impaired by the act under attack, the control that they exercise over the legality of the act can be labelled an „abstract“ control.

Member States used to be allowed to insist that their action be heard by the Court of Justice. Now, they can so insist only in rare cases in accordance with Art. 51 of the Statute of the Court of Justice (Protocol No 3 to the TFEU). At any rate, Member States have very rarely taken issue with individual decisions adopted by the decision. One notable example is France's intervention in the merger control case *Kali & Salz/SCPA* in the early 1990s.⁵

3) Appeals against judgments in direct actions

All actions under Article 263 TFEU are assigned in first instance to the General Court (formerly, the Court of First Instance), Art. 256(1) TFEU. The creation of the General Court in 1989 (then the 'Court of First Instance') was meant to relieve the Court of Justice of competition cases (and of staff cases). These two categories of cases involve a particularly intensive exploration of the facts, which had become too much of a burden on the Court of Justice. Staff cases have since been moved, in first instance, to the EU's Civil Service Tribunal.

⁴ Case 166/78, *Italy v Council* (Potato starch) [1979] ECR 2575.

⁵ Joined Cases C-68/94 and C-30/95, *France v Commission* and *SCPA v Commission* [1999] ECR I-1375.

From decisions by the General Court, an appeal lies to the Court of Justice, but on points of law only, Art. 256(1) TFEU. Such an appeal lies on the grounds of lack of competence of the General Court, a breach of procedure before it which adversely affects the interests of the appellant as well as infringement of Union law by the General Court, Art. 58 of the Statute. Cases of a lack of competence will be rare: acts of the EU institutions can only be quashed by the Union's judiciary, national measures only by the Member States' courts. This division is clear, and cases of error have not yet occurred. A breach of procedure in the sense of Article 256(1) occurs only when the General Court refuses to hear or to take into account particular arguments of the party concerned; whether the Court has understood the argument correctly or given it its due weight in its decision is, by contrast, a question of substance. The last ground, infringement of Union law, refers to all written or unwritten legal rules or principles that pertain to the application of the Treaty and of secondary EU law adopted on the basis of the Treaty. In the competition context, this ground refers to the substantive law of Articles 101, 102, the merger control Regulation, and the Block Exemption Regulations, as much as to the rules that govern the Commission's procedure under Regulation 1/2003.

Nonetheless, the appeal is limited to grounds of law. That means that there can be no challenge to the General Court's appraisal of the facts, unless the appraisal is itself in breach of the rules of logic (*i.e.* is contradictory) or based on evidence obtained in breach of procedural rules.

4) Indirect Actions (Preliminary References), Art. 267 TFEU

The preliminary reference procedure under Article 267 TFEU (*ex*-Art. 234 TEC) allows for a 'judicial dialogue' between the Court of Justice of the European Union and national courts. All preliminary references come before the CJEU. The Statute of the Court of Justice has not yet, as permitted by the Treaty, assigned any preliminary references to the General Court yet.

More precisely, the 'dialogue' consists of questions by the national courts, and answers returned by the Court of Justice. While all courts may avail themselves of the possibility to refer questions, not all courts have done so. Most prominently, the *Bundesverfassungsgericht*, the German Federal Constitutional Court, has never referred a question to the Court of Justice. Nevertheless, there is no obligation to refer questions on the interpreta-

tion of EU law. Such a duty is incumbent only on courts of last instance, and even they need not refer if the „*acte claire*“. This will not often be the case: the Court demands that the national court contemplating this option must be convinced that all courts, in all Member States, would invariably come to the same, allegedly obvious interpretation, and no other, of the EU act in question.⁶

Any national court must, however, refer a question to that effect if it wants to leave a piece of EU unapplied because the national court is convinced of the illegality of the EU act. The Court of Justice and the General Court have the monopoly of finding EU law invalid.⁷ Conversely, the CJEU does not rule on the compatibility of national law or of private parties' conduct with EU law, and does not apply the law to the facts. On the contrary, ascertaining the facts, the need for a preliminary reference, the questions to be asked, as well as applying the law to the facts, are the responsibility of the national courts.⁸ They have exclusive control over the procedure before them. The CJEU will, however, point out the relevant EU law if national court has failed to identify it correctly, and it will decline to answer preliminary references in competition cases if it does not have sufficient information on the economic and legal background to the case, or if its answer cannot serve a useful purpose.⁹

From this follows that the parties to the national proceedings have no right for the Member State's court to refer a question, at least not under EU law. Under national law, there may be a remedy. Germany is an example of a Member State where there is such a right. The German constitution, as consequence of abuse under the National Socialist regime, grants a right to one's lawful judge. In *Kloppenburg*, the Federal Constitutional Court held that a court violates that right if it refuses to refer a question although there is reasonable doubt as to the interpretation of any Union law in issue in the national proceedings.¹⁰

B. The Composition of the Court's Chambers

⁶ Case 283/81, *CILFIT* [1982] ECR 3415.

⁷ Case 314/85, *Foto Frost* [1987] ECR 4199.

⁸ Case C-107/98 *Teckal*, [1999] ECR I-8121.

⁹ Case C-315/92, *Clinique Laboratoires v Verband Sozialer Wettbewerb* [1994] ECR I-317; Case 104/79, *Foglia v Novello* (No. 1) [1980] ECR 745.

¹⁰ English translation in [1988] 3 CMLR 1.

So far, we have considered the allocation of cases as between the two instances: the General Court, and the Court of Justice. For a proper understanding of the characteristics of the Court's jurisprudence discussed below, it is now necessary to consider the internal workings of the Court of Justice. The Court sits in different formations. The most important ones are the Grand Chambers, and Chambers of either five or three judges. The composition of these formations is governed by the Rules of Procedure of the Court of Justice. With regard to the Grand Chamber, Article 27 provides as follows:

“(1) The Grand Chamber shall, for each case, be composed of the President and the Vice-President of the Court, three Presidents of Chambers of five Judges, the Judge-Rapporteur and the number of Judges necessary to reach 15. [...]”

(4) The list of the other Judges shall be drawn up according to the order laid down in Article 7 of these Rules [that is, by seniority], alternating with the reverse order: the first Judge on that list shall be the first according to the order laid down in that Article, the second Judge shall be the last according to that order, the third Judge shall be the second according to that order, the fourth Judge the penultimate according to that order, and so on. [...]”

According to Article 28(2) of the Rules of Procedure, judges are allocated to the chambers of five judges in the same way as to the Grand Chamber; Article 28(3) allocates judges to the chambers of three judges by seniority *simpliciter*, i.e. without jumping between the top and the bottom of the list of seniority.

From these rules, it can be seen that the judges are not chosen to sit in a particular formation by their previous experience, be it within the European Court, or in the national courts. The only criterion is their seniority, that is, the date on which happened to join the Court, with some mixing in the case of the two larger formations, without in the case of the smaller.

C. The Assignment of Cases to the Chambers

The Rules of Procedure of the Court of Justice also contain rules on the assignment of cases to the chambers, once they have been formed as described above. At a first stage according to Article 15(1) of the Rules of Procedure, the President of the Court designates a Judge to act as Rapporteur in the case (and also, provisionally, an Advocate

General). The Judge Rapporteur proceeds to draw up a preliminary report which, pursuant to Article 59(2) of the Rules of Procedure, contains proposals as to the formation to which the case should be assigned. It is then for the Court to decide on the proposal. The rule in Article 60(1) is that the Court shall assign to the Chambers of five and of three Judges any case brought before it in so far as the difficulty or importance of the case or particular circumstances are not such as to require that it should be assigned to the Grand Chamber. In addition, a Member State or an institution of the European Union participating in the proceedings can request that the case be assigned to the Grand Chamber, pursuant to the third paragraph of Article 16 of the Statute.

From this, it can be seen that there are no objective, pre-determined criteria for the allocation of cases to the various formations of the Court. This is in contrast with Article 12(1) of the Rules of Procedure of the General Court, which allows for a principled allocation. More specifically, the Grand Chamber comes into play in accordance with the “difficulty or importance” of the case, but there are no indications how either are to be gauged. In practice, sometimes the chamber of five instigates the convocation of the Grand Chamber, sometimes one or several Member States insist on it. The record of the Grand Chamber is mixed. Not all judgments by that formation have been models of clarity – perhaps the most prominent example being the judgment in *Keck*,¹¹ with the decision at the end of the long-drawn *Moped trailers* case¹² a close second. The problem seems to be that with fifteen judges acting in a case of, by definition, heightened importance, formulaic and vague compromise formulae are hard to avoid.

In a comparative perspective, with its lack of a division according to substantive criteria, the Court of Justice resembles the common law courts from the Court of Appeal upwards. Nevertheless, English judges have virtually all risen from the High Court, whose divisions and specialist lists ensure that each has a defined expertise. The Court of Appeal and the Supreme Court draw on this expertise in appropriate cases, but in matters of, say, intellectual property or tax law it is always the expertise of individuals,

¹¹ Joined Cases C-267/91 and C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard* [1993] ECR I-6097, with a critical discussion by Enchelmaier, The Awkward Selling of a Good Idea, or a Traditionalist Interpretation of Keck, (2003) 22 Yearbook of European Law 249–322.

¹² Case C-110/05, *Commission v Italy* [2009] ECR I-519; see the critical discussion of this case by Enchelmaier, Moped Trailers, Mickelson & Roos, and Gysbrechts: the ECJ’s case law on goods keeps on moving (2010) 29 Yearbook of European Law 190–223.

not of a larger number of judges. The German model offers the clearest contrast with this, the French model to some extent. Right up to the highest court in civil matters, the *Bundesgerichtshof*, the courts have clearly defined specialisations among the various formations. At the level of the Bundesgerichtshof, any divergences of opinion between the specialist formations are rectified by a 'Grand Senate' that consists of the court's president, the presidents of the judges whose opinions diverge, and further judges; before the Grand Senate is summoned, one Senate asks the other(s) whether they want to stand by an earlier point of view, and tries to convince them to signal their agreement with the proposed departure.

Why does the Court of Justice of the European Union not follow a more rational model of organising its business? The reason is probably the fear that judgments would enjoy less acceptance once the chamber dealing with free movement of goods, say, or competition, had been headed for some time (as would be in the logic of creating such specialisations) by the same judge, and thus came to be viewed as the 'Italian' or the 'Danish' or the 'Croatian' chamber. Also, some chambers would inevitably be viewed as more prestigious than others – which judge worth his or her salt would want to specialise in herring catch quota when another chamber deals with fundamental questions of the Union's legal order? These questions might not be seen as problematic were it not for some peculiar features of the Court's jurisprudence at which we shall look now.

D. Jurisprudence: Drafting and Style of Judgments

1) An example from a Member State: France

At the start of our reflection on the jurisprudential culture of the Court of Justice of the European Union, it is helpful to contemplate the influence of the French style of judgments on the Court. Here is a recent example (15 May 2013):

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, et l'article R. 551-4 du même code ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée et les pièces de la procédure, que Mme X..., de nationalité turque, qui faisait l'objet d'un arrêté portant obligation de quitter le territoire français, a été interpellée le 20 décembre 2011 et placée en garde à vue pour vol et infraction à la législation sur les étrangers ; qu'elle a ensuite été placée en rétention administrative en exécution de la décision prise, le jour même, par le préfet de la Nièvre ; qu'un juge des libertés et de la détention a refusé de prolonger sa rétention ;

Attendu que, pour confirmer cette décision, l'ordonnance retient que la décision du préfet mentionne que Mme X... pourrait exercer ses droits à tout moment à compter de son arrivée au centre de rétention administrative et qu'il est constant qu'elle n'a pas été en mesure de le faire pendant la durée de son transfèrement ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte des dispositions de l'article L. 551-2, alinéa 2, du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction résultant de la loi du 16 juin 2011, et de l'article R. 551-4 du même code que c'est à compter de son arrivée au lieu de rétention que l'étranger peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin et qu'il peut communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix, le premier président a violé les textes susvisés ;

Vu l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire ;

Et attendu que les délais légaux étant expirés, il ne reste rien à juger ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 27 décembre 2011, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du quinze mai deux mille treize.

The subject matter of the dispute is immaterial here; in fact, the example was randomly chosen. What matters for present purposes is the structure of the judgment. It briefly recites the applicable legal provisions, quickly runs through the facts of the case and its procedural history, and then, without much of a deduction, announces its conclusion.

This is a judgment by France's highest court in civil and criminal matter, the Cour de Cassation. That court hears more than 25.000 cases each year; it exercises no docket control (*i.e.* it does not refuse to hear any further appeals from the courts of appeal below it). The sheer number of cases limits the effort that can go into every single judgment. There is, however, also a deeper reason for this very austere style. Article 5 of the French Code Civile prohibits the judges from enunciating generally applicable legal principles in the cases they are called on to judge.¹³ This is a statutory reflection of the revolutionary distrust of the 'cabinet justice' under the *ancien régime*.

Why should one look at France in the first place? In the 1950s, the United Kingdom, the other victorious European power with its own legal system, decided to stand aloof from the European integration that began in 1952 with the European Coal and Steel Community, stumbled briefly with the abortive European Defence Community, but was back in full force in 1957 with the Rome Treaties on the European Economic Community and European Atomic Energy Community. At the time, Britain preferred to build on and extend its economic integration within the Commonwealth. Germany, on the other hand, had been beaten in the war and shamed by the Holocaust; its participation in the process of European integration was meant to allow it to take its place among the civilised nations again.

This left France as the natural leader: it took a decisive role in shaping the institutions of the Community and also its policies. An example of French institutional influence on the Court of Justice is the peculiar post of Advocate General: this is modelled on the

¹³ „Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.“

Commissaire de gouvernement who does, roughly speaking, in the French administrative courts what the Advocate General does in the European Court. The most prominent example of a European policy forged on French ideas is the Common Agricultural Policy, to this day the biggest single item in the EU's budget.

2) An example from the Court of Justice of the European Union

The Court's style underwent numerous changes since the 1950s. The example here chosen is from the late 1960s, when its judgments were most similar to the French model seen above. These days, certain features are less pronounced that can be observed in the example below. More particularly, virtually every judgment now begins by setting out the applicable Community law, then any applicable national law, followed by a history of the case in hand, first its facts, then the involvement of the European or national authorities or courts. Other features, however, are still present in modern judgments. Here is the example, namely Case 31/67 *Firma August Stier v Hauptzollamt Hamburg-Ericus* [1968] ECR 235; the Court's judgment is on pages 240 and 241:

By order of 11 August 1967, which reached the Court on 18 August 1967, the Finanzgericht, Hamburg, by virtue of Article 177 of the Treaty establishing the EEC, asked several questions relating to the interpretation of the said Treaty and in particular Article 95 thereof.

"(1) Question (a) inquires substantially whether the Treaty must be interpreted as prohibiting a Member State from imposing internal taxation on imported products originating in another Member State 'which compete neither with similar domestic products within the meaning of the first paragraph of Article 95 of the Treaty establishing the EEC nor with domestic products which may be substituted for them within the meaning of the second paragraph of Article 95 of the Treaty'.

In question (b) the court making the reference inquires whether, in the event of the Treaty's prohibiting the imposition of charges on the products referred to in question (a), such a rule has direct legal effect in favour of individuals.

The questions put, having regard to the fact that the court making the reference mentions the provisions of Article 95, refer to the internal taxation dealt with in that article.

Taxation such as that which is the subject of the main action, levied within the framework of legislation relating to the turnover tax, does not constitute a specific tax on imported products, but a general tax applying without distinction to all categories of products, whether domestic or imported, even if charged at the moment of importation.

In principle such taxes come within the concept of internal taxation referred to in Article 95, which is moreover confirmed as far as the turnover tax is concerned by several Articles in the same chapter relating to fiscal provisions.

Article 95 is intended to ensure that the application of internal taxation in one Member State does not have the effect of imposing on products originating in other Member States taxation in excess of that imposed on similar domestic products or taxation of such a nature as to protect other domestic products referred to in the second paragraph of the same Article.

(P. 241) Although in essence Article 95, both by the precision of the first paragraph and by the general nature of the terms of the second paragraph, contributes to the creation of a common market ensuring the free movement of goods, nevertheless its ambit would be extended beyond its proper objective if one were to deduce from it a prohibition on the imposition of internal taxation on imported goods which do not compete with a domestic product.

Internal taxation and especially the turnover tax have an essentially fiscal objective.

Hence, there are no reasons why certain imported products should benefit from a privileged system by reason of the fact that there are no national products capable of being protected.

In fact such a tax, when charged on importation, even on products not competing with domestic products, is intended to place in a comparable fiscal situation all categories of products, whatever their origin.

Accordingly it is appropriate to reply to the first question by a finding that Article 95 does not prohibit Member States from imposing internal taxation on imported products when there is no similar domestic product or other domestic product capable of being protected.

Consequently, question (b) has no purpose.

(2) Question (c) inquires whether, in the cases referred to in question (a), the Treaty fixes limits with regard to the amount of internal taxation affecting the imported product, and, if so, requests the court to rule what those limits are.

Although Article 95, as has just been stated, does not prohibit Member States from imposing taxation on imported products, nevertheless it would not be permissible for them to impose on products which, in the absence of comparable domestic production, would escape from the application of the prohibitions contained in Article 95, charges of such an amount that the free movement of goods within the common market would be impeded as far as those products were concerned.

Such a restraint on the free movement of goods cannot however be presumed to exist when the rate of taxation remains within the general framework of the national system of taxation of which the tax in question is an integral part."

The similarities with the French example are striking: the Court mentions the applicable law, briefly sets out its previous interpretation of that law (here without reference to earlier judgments), and then answers the question referred to it by the national court.

3) Use of Authorities

The most immediately recognisable feature of the Court's style of judgment is that the Court cites only its own case law. Some classic cases invoked regularly, such as *Consten & Grundig*¹⁴ in the field of competition law, or *Dassonville*¹⁵ from the free movement of goods. These few cases apart, we find a largely random selection of cases. There is an upside to this: the regular churn of cases means that regular readers of the European Court Reports get reminded of judgment that they had not revisited for a while. Those readers will also quickly notice that the Court uses certain text blocks – typically

¹⁴ Joined Cases 56/64 and 58/64, *Consten and Grundig v Commission of the EEC* [1966] ECR 299.

¹⁵ Case 8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville* [1974] ECR 837.

definitions – time and again, so that it matters little which case the Court cites for a proposition.

The Court began to make direct reference to Advocate Generals' opinions only since late 1990s. This is not because Advocates Generals of earlier periods were less eminent. It was simply a quick and easy way for the Court to buttress its reasoning with readily available arguments from a source that was not too far removed from the Court itself. The one change that prepared the ground for this development, however, occurred in the mid-1990s, when the judgments no longer included the report for the hearing, drawn up by the Judge Rapporteur. This was one of the measures to clear the backlog of translations that had started to build up at the beginning of the 1990s. The summary by the Advocate General in his or her opinion of the facts of the case, the opinions expressed by the parties, and the legal issues that arose under EU law, from then on served the role that had hitherto been played by the report for the hearing. From there, it was only a small step for the Court also to draw expressly on the assessment by the Advocate General of the substance of the case.

Occasionally, the Court refers to the jurisprudence of the European Court of Human Rights and of the EFTA Court of Justice. References to the case law of the European Court of Human rights are not a new development: in the late 1980s, a number of companies invoked their rights under European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms against the Commission's searching their premises for incriminating evidence of cartels.¹⁶

There has never been any reference to academic literature or to judges' extra-judicial writings. The Advocates General cite such sources to varying extent. This is in keeping with the French tradition but in stark contrast with the German. It is also increasingly in contrast with the English usage. Until well into the second half of the 20th century, it was a rule of the common law that living authors should not be cited, and of the dead only those who were considered sufficiently authoritative.¹⁷ Such authority arose from being

¹⁶ See, for instance, Case 374/87, *Orkem v Commission* [1989] ECR 3283.

¹⁷ See the overview by David Neuberger (The Right Honourable the Lord Neuberger of Abbotsbury, Master of the Rolls): Judges and professors: ships passing in the night? Max-Planck-Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Hamburg, 9. 7. 2012, available under <http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Speeches/mr-speech-hamburg-lecture-09072012.pdf>.

cited in judgments: as a result, quotations from textbooks or articles in learned journals were a rarity; the *Kommentar* literature that is such a prominent part of German law has no equivalent in English law, and neither have *Festschriften*, which are only now occasionally published in the common law countries.

Why, apart from the reasons already discussed, would the Court in this respect go with the French tradition rather than any other? Perhaps this helps it avoid citing certain authors, or authors from certain countries, more often than others, or not finding literature from all Member States on a given point. All the same, this is regrettable because adding some literature would offer the Court an easy opportunity to add depth and conviction to its arguments.

4) Reasoning

The most fundamental principle of the Court's reasoning is that of the autonomous interpretation on of EU legal terms. This means that unless explicit reference is made in an EU legal act to national law, the Court defines the terms of Union law independently and with uniform application throughout the Member States.¹⁸ This fosters legal certainty and helps avoid inequalities in Internal Market; in this way, the Court also makes a further contribution to the legal integration in the EU.

As far as the Court's methods of interpretation are concerned, the teleological and the historical approach feature most prominently. The former asks what the purpose of a provision is, in order to let this purpose guide its interpretation and application; an example can be seen in the judgment reproduced above. Under the historic approach, the Court looks at an act's *travaux préparatoire*; drafts appear on the Commission's website (that institution has the monopoly of initiating secondary EU law),¹⁹ and the course of its proposals through the legislative process is comprehensively documented in the Official Journal of the European Union.²⁰ The third of the traditional methods of interpretation is the systematic interpretation that is guided by the position of provision in the context of the whole act of which it forms part. In EU law, this approach does not

¹⁸ Case C-128/11, *UsedSoft v Oracle* [2012] ECR I-0000, para 39.

¹⁹ A comprehensive and systematic collection can be found under <http://eur-lex.europa.eu/en/prep/latest/index.htm> (in all official EU languages).

²⁰ <http://eur-lex.europa.eu/JOLIndex.do?ihmlang=en> (in all official EU languages).

come to be applied as often as in the continental legal systems with their voluminous and highly structured codifications, particularly of general private law.

One feature that is unique to the EU legal order is its multilingual character. The different language versions of the Treaties and of all acts secondary EU law are all equal, and all equally authentic.²¹ The Court in its autonomous interpretation of EU law, therefore, compares all language versions in order to capture the full breadth of the spectrum of possible interpretations, and chooses as the starting point for its own definitions the version(s) that best reflect the purpose and the legislative history of a provision.

That said, and in keeping with the French tradition, the Court's reasoning can often appear terse and sometimes even opaque. This is true, in particular, of judgments by the Grand Chamber, for the reasons discussed above.

5) „Horizontal“ Frictions

We have seen above that the Court is subdivided into chambers without a particular specialisation. Specialisation among the Advocates General is also limited, not least because only those from the biggest five Member States can be re-elected for successive terms of office. Those from the smaller countries have to wait, after their six year stint, for the other 22 countries to run through their turns, and then another person might instead be elected Advocate General. As a result, the various areas of EU will always be developed by some chamber or other of the Court, but with very little if any continuity and with no means of co-ordination other than the rather clumsy mechanism of the Grand Chamber.

As mentioned earlier, there is a specialisation, in the General Court, in competition law. That court, however, has no jurisdiction on wider internal market law (in particular, free movement of goods and freedom to provide services). EU law develops in these areas much less with the help of acts of secondary law, especially Decisions, that could be the object of challenges by individuals bringing direct actions. Instead, the main driver of integration in these areas is the Court of Justice's case law under Article 267 TFEU. The integration of competition law with Internal Market law is, therefore, an institutional

²¹ Art. 55(1) of the Treaty on European Union (not TFEU!).

challenge for the courts of the EU. This results in ‘horizontal frictions’, *i.e.* jurisprudence that makes sense in and of itself, but does not, taken together with tenets in related areas, add up to a coherent policy. Three recent examples from the areas of intellectual property law, Internal Market law, and free movement of goods may serve to illustrate this.

The first example is *Copad v Dior*.²² The Court of Justice in that case held that no exhaustion under Article 7(2) of the Trade Marks Directive occurs where a licensee in breach of the licensing agreement sells trade-marked goods to discount stores. The Court argued that such marketing lead to a deterioration in the quality of the goods (Art. 8(2) of the Trade Marks Directive) because it impaired their luxurious aura. The judgment is surprising in a number of respects that cannot be discussed in any detail here.²³ At any rate, it shows a willingness of the Court to accept very severe disruptions, in the name of the protection of the luxurious image of products, to the free movement of goods: if no exhaustion occurs, handling the goods in the course of trade becomes illegal, in certain circumstances even criminal.

In the same spirit, the Court held in *L'Oréal v Bellure*²⁴ that „smell-alikes“ of luxury perfumes constitute „exploitation on the coat-tails of the mark with a reputation“ even in the absence of any risk of confusion. As a consequence, the more money an established brand owner throws at the promotion of his products, the more dangerous it becomes for down-market operators only to allude to the famous brand when selling cheap proximations to customers who could not afford the original anyway. There is not even the pretence that this pure image marketing by the proprietors of the famous trade marks has anything to do with the idea of ‘competition on the merits’ that underlies Articles 101 and 102.

²² Case C-59/08, *Copad SA v Christian Dior couture SA, Vincent Gladel and Société industrielle lingerie (SIL)* [2009] ECR I-3421.

²³ See for a critical discussion Enchelmaier, It's all in the mind: the ECJ's Copad v Dior Judgment on unauthorised sales of trade marked goods to discount stores, (2009) Euro. C. L. November, 11-14.

²⁴ Case C-487/07 *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd* [2009] ECR I-5185, together with *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie v v Bellure NV, Malaika Investments Ltd, Starion International Ltd* [2010] EWCA Civ 535 (available at <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/535.html>) discussed Enchelmaier, *The smell of success: L'Oréal v Bellure in the European Court of Justice and in the Court of Appeal*, (2010) Euro. C.L. December, 11-14.

By contrast, in *Pierre Fabre*²⁵ the Court was adamant that the desire to preserve the prestigious image of goods is not a legitimate aim for restricting competition, *in casu* prohibiting internet sales of luxury cosmetics. The Court's reasoning is short, but the result is convincing: it is based on a clear understanding of the repercussions that restrictions in distribution systems under Article 101 can have on the free movement of goods under Article 34. Nevertheless, while *Pierre Fabre* understandably does not mention the earlier judgments, it flies in the face of their rather carefree approach to questions of competition.

In all, this admittedly short survey shows a lack of a coherent vision of the mutual influences among competition law, intellectual property, and free movement. The Court, as we have seen, has no institutional means of taking a bird's eye view on such questions that cut across several areas of EU law: each chamber deals with all areas, but none in particular. A more rational division of labour among chambers would enable each to develop coherent principles, including on how to deal with overlaps between several areas of EU policy.

E. Final reflection

All the above criticism cannot detract from the respect that the Court of Justice deserves for its contribution to legal integration in the European Union. In this context, it should not be forgotten that the removal of protectionist (unjustified) barriers to economic transactions across the borders between Member States is a never-ending uphill struggle. Commission Press release IP/13/472 of 28 May 2013 captures this neatly:

"The European Commission's 2012 report on competition policy shows that without an effective European competition policy, the internal market cannot deliver its full economic potential. Private barriers to trade and competition would risk replacing the public barriers to free movement that have been painstakingly dismantled."

This is an almost verbatim quote from *Consten and Grunding v Commission* of 1966, which was only the second judgment by the Court on the substance of Article 101. Almost fifty years later, the Member States as much as private undertakings are still

²⁵ Case C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS v Président de l'Autorité de la concurrence and Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* [2011] ECR I-0000, discussed by Enchelmaier, Selective Distribution and the Internet – Lessons from Case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, in: G Surblyte (Ed.), Competition on the Internet, forthcoming 2013.

busy thwarting long-term economic integration for short-term political and financial gain. Therein lies a sobering message for Croatia at the very beginning of its membership of the European Union: do not expect too much straight away, and keep on working on a culture of competition in the economy. The various experiments with alternative ways of organising the production and distribution of goods and services have ultimately all failed.

Katalin Cseres*, University of Amsterdam

Accession to the EU's Competition Law Regime: A Law and Governance Approach

Introduction

On 1 July 2013, Croatia has become the 28th Member State of the European Union. Croatia's accession is the third round of the EU's eastward enlargement after the accession of the Czech Republic, Poland, Hungary, Slovakia, Slovenia, Estonia, Lithuania and Latvia in 2004 and Bulgaria and Romania in 2007. This enlargement round is a milestone in the history of European integration in many aspects: it extends the internal market and thus furthers the economic integration of Europe but it also forms a manifest chapter in the legal and political development of the EU itself. The implication of this enlargement can be seen in the light of the previous two rounds of eastward enlargement of the EU. The EU's eastward enlargement was bigger, more intrusive and transformative than earlier enlargements in the 1990s. The EU's influence on domestic legal systems was more comprehensive because Europeanization of these countries' laws has been interacting with market, constitutional and institutional reforms. In the countries that joined the EU in 2004 and 2007, the implementation of EU rules was exceptional due to the governance method of top-down rule transfer and based on strong EU conditionality.¹ As competition law has always formed a core pillar of the European integration process, it also was a key component of the EU's requirements vis-

* Associate Professor of Law, Amsterdam Centre for European Law and Governance, Amsterdam Center for Law & Economics, University of Amsterdam. Manuscript submitted on 18 October 2013.

¹ Schimmelfennig defines conditionality as a direct mechanism of Europeanization. The EU disseminates its legal rules and governance by setting them as conditions that external actors have to meet in order to obtain candidate or accession status or other rewards and avoid sanctions. Schimmelfennig, F. EU External Governance and Europeanization Beyond the EU in: Levi-Faur, D. (ed.) The Oxford Handbook of Governance, Oxford Handbooks Online, 2012; "[C]onditionality is a bargaining strategy of reinforcement by reward, under which the EU provides external incentives for a target government to comply with its conditions." Schimmelfennig, F., Sedelmeier, U. Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe (2004) *Journal of European Public Policy* p. 669; It was only with regard to the CEECs that pre-accession conditionality became a regular feature of EU enlargement policy for all candidates. Sedelmeier, U."Europeanisation in new member and candidate states", *Living Rev. Euro. Gov.* 1, (2006), 3. Available at <http://www.livingreviews.org/lreg-2006-3>.

à-vis candidate countries and has significant influence on the way competition laws and institutions were shaped in the candidate countries. Once pre-accession conditionality terminates and candidate countries become Member States they fall under the EU's internal law and governance mechanisms: Regulation 1/2003. While pre-accession rule transposition is well documented and closely monitored by the EU in its Regular Reports on the candidate countries, the EU's internal governance mechanisms are less visible and have not been examined in the light of its external model that developed in the course of its eastward enlargement. In EU competition law such internal mechanisms have developed within the framework of Regulation 1/2003. These post-accession compliance mechanisms are critical both with regard to the effectiveness of both the EU's external and the enforcement system of Regulation 1/2003, which delegated an active role for national courts and national competition authorities come to rely on the effective administrative enforcement by these national actors.

The aim of the paper is, on the one hand, to explore and evaluate the interplay between the EU's external (pre-accession) and internal (post-accession) governance model in the field of competition law. On the other hand, to arrive at a deeper understanding of the EU's Europeanization strategy at the intersection of the EU's external and internal governance models as well as to evaluate the effectiveness of post-accession compliance and competition law enforcement in the Member States.

The paper is organized in four sections. The first section maps and examines the EU's external law and governance model that applies vis-à-vis third countries that wish to join the EU. The second section takes this model as a starting point and examines to what extent and how this external model has shaped the EU's internal governance model vis-à-vis its Member States. The third section looks at the role of Regulation 1/2003 in creating an effective implementation of EU competition law in the Member States and its governance mechanisms that framed the Europeanization process. This analysis includes in section 3.1 an analysis of the compound procedural framework composed of EU and national administrative rules that underlies and challenges the enforcement of EU competition law and in section 3.2 the analysis of how administrative capacity of the national competition authorities may affect competition law enforcement. The fourth section provides a detailed analysis of the European Competition Network as the EU's

main mechanism to monitor compliance of Member States with EU law in the post-accession phase. The paper closes with conclusions.

1. Pre-accession rule transposition

While the EU's eastward enlargement is generally seen as an important mechanism for Europeanization², the area of competition law is perhaps the strongest illustration of this process. It was the enlargement process that induced the adoption of an identifiable body of competition law in the candidate countries of Eastern Europe and lead to the continuous alignment of domestic laws with legislative and policy developments in EU competition law. While competition was actually non-existent in the Central and Eastern Europe (CEECs) and the Western Balkans, clear and comprehensive set of competition rules developed in the shadow of accession. As administratively planned market activities and the central allocation of resources gradually made place for free competition and trade, these countries had to build competition laws from the scratch and more importantly create a competition culture. In the process of transition competition law played a significant role: competition law and policy were of great importance in creating a functioning market economy in these countries.³ It supported and stimulated the economic changes and introducing competition law control mechanisms demonstrated these countries' commitment to market economy, competition advocacy and fair market practices. In the light of these countries' wish to join the EU, the EU Treaty rules seemed to be an obvious reference point. From 1990 on all the CEECs and many of the countries in the Western Balkans adopted new competition acts and they gradually aligned the legislation to the EU rules.

² Europeanization is understood as 'the reorientation or reshaping of politics in the domestic arena in ways that reflect policies, practices or preferences advanced through the EU system of governance'. The concept of Europeanization also has a dynamic dimension. It is a 'gradual process that begins before, and continues after, the admission of new members to the organization'. I Bache and A Jordan, 'Europeanization and Domestic Change' in I Bache and A Jordan (eds) *The Europeanization of British Politics* (Palgrave Macmillan, Basingstoke 2006), 30. It is an approach that emphasizes both the need to understand what is 'coming down' from the EU (e.g. the nature and the force of a particular instrument) and how this 'fits' with and is mediated by domestic circumstances.

³ Cseres, K. J. (2010). The impact of Regulation 1/2003 in the New Member States, *Competition Law Review*, 6, 2, 145-182.

The legal, economic and political requirements of the CEECs' accession to the EU have been first laid down in the so-called Copenhagen criteria⁴ of the 1993 Copenhagen European Council and later in more detail in the 1995 White Paper, which was drafted in order to assist the candidate countries in their preparations to meet the requirements of the internal market.⁵ The legal and institutional framework of EU accession and more specifically the legal basis for aligning domestic competition laws with that of the EU were laid down in various bilateral agreements between the EU and the candidate countries from Central and Eastern Europe (the so-called Europe Agreements⁶) and the Western Balkans (Stabilisation and Association Agreements). In these agreements the EU prescribed legal and institutional requirements with which the contracting state had to comply with. These 'approximation clauses' compelled rigorous transposition of the *acquis communautaire* into domestic laws.

The Europe Agreements and the White Paper contained the main legal and economic conditions of accession. These conditions included the establishment of a functioning market economy, adherence to the various political, economic and monetary aims of the European Union, as well as the capacity to cope with competitive pressure and market forces within the EU. More specifically transposition of the competition and state aid *acquis*, effective enforcement of the competition and state aid rules and strengthening of the administrative capacity through well-functioning competition authorities were among the obligations of the candidate countries.⁷ The Europe Agreements contained a reproduction of the competition provisions of the EU Treaty prohibiting restrictive

⁴ The conditions that pre-accession candidates have to fulfil are specified in a Commission report entitled "Europe and the challenge of enlargement". They were made formal by the Member States at the Copenhagen European Council in June 1993, and then expanded upon by the Commission in a Communication called "Agenda 2000", dated 16 July 1997. Agenda 2000 is an action programme adopted by the Commission on 15 July 1997.

⁵ The so-called White Paper was drafted in order to assist the Eastern European countries in their preparation for accession to the EU. White Paper: Preparation of the associated countries of Central and Eastern Europe for integration into the Internal Market of the Union, COM (95) 163, May 1995.

⁶ The Europe Agreements were concluded with Hungary and Poland in December 1991, with Romania, Bulgaria, the Czech Republic and Slovakia in February 1995, with Estonia, Latvia and Lithuania in February 1998 and Slovenia in February 1999. EU had Association Agreements with Malta since 1971 and with Cyprus since 1973.

⁷ See for example Article 62 of Europe Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Hungary, of the other part, [1993] OJ L 347/1, See chapter 2 of the White Paper.

agreements, abuse of a dominant position and state aid rules.⁸ These provisions also contained a clause that required the respective Association Councils to adopt within a given deadline the “necessary rules” for the implementation of these competition rules.⁹ On the basis of the Europe Agreements, the CEECs were to approximate their current and future legislation in a number of specified areas, including the rules on competition. Similarly to the CEECs that joined in 2004 and 2007, other candidate and potential candidate countries need to fulfil the Copenhagen Criteria. The EU's relations with countries in the Western Balkans were shaped in 1997 by the Council who adopted Conclusions on the principle of conditionality governing the development of the EU's relations with certain countries of south-east Europe.¹⁰ The EU determined the political and economic conditions which became the basis of its policy towards those states and have continued to play a part in the Stabilisation and Association Process.¹¹ The SAP policy framework was established by the EU in order to guide candidate countries to their accession. It not only has the aim of stabilizing those countries and encouraging their swift *transition to a market economy*, but also promotes regional cooperation and eventual membership in the EU. The Stabilisation and Association Agreements (SAAs) were tailor-made to the specific situation of each partner country.¹² However, each agreement is intended to have the common purpose of achieving formal association with the EU.¹³ All SAAs provide similar regimes concerning approximation of laws. For

⁸ See for example Article 62 of Europe Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Hungary, of the other part, [1993] OJ L 347/1.

⁹ The Association Councils were the bilateral meetings at ministerial level between the EU and the associated countries. This text is based on the wording of Article 67, 68 of the Europe Agreement between the European Communities and Hungary. The relevance of the arguments of this paper for other CEECs is based on the textual similarity of the Europe Agreements. However, an important difference of the Polish Europe Agreement is that a Joint Declaration relating to Article 63 thereof, the equivalent of Article 62 EA, provides that “[p]arties may request the Association Council at a later stage, and after the adopting of the implementing rules..., to examine to what extent and under which conditions certain competition rules may be directly applicable.” [1993] OJ L438/180.

¹⁰ Bulletin EU 4-1997. 29 April 1997.

¹¹ Available at http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/sap_en.htm.

¹² Available at http://ec.europa.eu/enlargement/policy/glossary/terms/saa_en.htm.

¹³ The European Commission in its Communication to the Council and the European Parliament of 26 May 1999 on the Stabilisation and Association Process for the countries of South-Eastern Europe set out its approach to establishing cooperation between the European Union and Western Balkan States, based on the development of economic and trade relations with the region and within the region. The Stabilisation and Association Process was initiated and

example, the SAA with Croatia includes a separate title on approximation of laws, law enforcement and competition rules.

In the course of the EU's eastward enlargement the *acquis communautaire* became a legally binding reference framework for the candidate countries. In the course of the EU's eastward enlargement approximation of laws has been formulated as a strict obligation for the candidate countries in the texts of the agreements. Moreover, 'the basic principle (...) that the entire *acquis communautaire* must be accepted as binding'¹⁴ was accompanied by the 'importance (...) of ensuring its effective application through appropriate administrative and judicial structures'.¹⁵

This new approach was a consequence of the fact that the enlargement of 2004 was characterized by imperfections of conditionality,¹⁶ lacking rigorous monitoring of implementation and not just literal transposition of EU rules. This explains the changes in the EU's governance mechanisms in 2007 and 2013. What is now called the new approach in the enlargement policy¹⁷ adopts a methodology based on a structured framework of the accession negotiations and stricter pre-accession monitoring than previous enlargement rounds. There are opening and closing chapters¹⁸ and progress on these issues is monitored by way of setting interim benchmarks and actual enforcement of the legislation is controlled by measuring track records of implementation. The aim of the new approach is to strengthen the EU framework of conditionality and improve and

Stabilisation and Association Agreements have been concluded with Albania, Bosnia and Herzegovina, Croatia and the Former Yugoslav Republic of Macedonia.

¹⁴ Case C-259/95, *Parliament v. Council*, [1997] ECR I-5313, para 17, See F. Cafaggi (EUI), O. Cherednychenko (VU Amsterdam University), M. Cremona (EUI), K.Cseres (University of Amsterdam), L. Gorywoda (EUI), R.Karova (EUI), H. W. Micklitz (EUI), K. Podstawa (EUI) *Europeanization of Private Law in Central and Eastern Europe Countries (CEECs)Preliminary Findings and Research Agenda* EUI WP LAW_15_2010, p.15.

¹⁵ Regular monitoring reports from the Commission see at <http://ec.europa.eu/enlargement/countries/strategy-and-progress-report/>, White Paper 1995.

¹⁶ Pridham, G. (2008), The EU's Political Conditionality and Post-Accession Tendencies: Comparisons from Slovakia and Latvia. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 46: 365–387.

¹⁷The new approach in EU enlargement policy puts the rule of law and democratic governance at the centre of the enlargement process, which addresses the crucial issues of justice, security and fundamental rights. *Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013*, COM(2012) 600 final, p.2,4.

¹⁸ The negotiations open and close with chapters 23 (Judiciary and Fundamental Rights) and 24 (Justice, Freedom and Security).

maintain credibility of the enlargement process.¹⁹ The next section will analyse the mechanisms of post-accession compliance in the light of here described new external governance framework.

2. Post-accession compliance

Post-accession compliance is a critical test for the effectiveness of the EU's external governance mechanisms, but it is equally helpful to analyse the EU's internal governance mechanisms. In competition law such internal mechanisms have been laid down in the framework of Regulation 1/2003.

As mentioned above, the structured approach of the enlargement policy focused on implementation and actual enforcement of the adopted legislation. How does this enforcement oriented approach affect EU law and governance in the post-accession phase and thus the enforcement of EU law in existing Member States? The experience of the 2004 enlargement indicated that EU leverage was the most noticeable and direct on the statutory enactments of substantive law. There was a significant difference between the black letter of the law and its active enforcement. Falkner and Treib found that the new Member States formed "the world of dead letters" among the 27 Member States.²⁰ The fact that the previously endorsed formal rule adoption during pre-accession has now been replaced by tracking the records of implementation and actual enforcement of the Europeanized rules restates the question whether the focus of post-accession compliance is also anchored in implementation and enforcement. In other words, does the EU continue to influence actual law enforcement in its Member States and if so how?

Many scholars have argued that the fact that conditionality as an external incentive of membership was the main mechanism of the adoption of EU rules by the candidates

¹⁹Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, COM(2012) 600 final, p.2, see also: Editorial comments, Common Market Law Review, 49: 481-488, 2012.

²⁰ This specific 'world of compliance' also includes two countries from the "old" Member States and it is characterized by politicized transposition processes and systematic application and enforcement problems. Another well-known characteristic of countries is the *weakness of civil society*. G. Falkner and O. Treib, "Three Worlds of Compliance or Four? The EU-15 Compared to New Member States", 46 *Journal of Common Market Studies* (2008) 293-313.

makes the analysis of post-accession compliance critical.²¹ What factors influence and drive the Member States to continue or reverse the achievements of accession? And how robust is Europeanization of competition laws in the post-accession stage?

After accession, the EU's "external competition law"²² *i.e.* the competition law provisions of the bilateral agreements and EU conditionality, are replaced by the EU's internal law and governance model as laid down in Regulation 1/2003 and the accompanying Notices²³. Regulation 1/2003 delegated an active role for local/national actors and established a system of close cooperation between the European Commission and the national authorities. Regulation 1/2003 contains both clear legal obligations for the Member States' national enforcement agencies as well as various governance mechanisms mostly within the framework of the European Competition Network that accommodates a remarkable Europeanization process of competition rules and developed a commonly shared sense of competition policy and culture among the Member States. In the following sections these legal obligations and governance mechanisms of Regulation 1/2003 and its contribution to the effective implementation of EU competition law will be analyzed.

3. Regulation 1/2003

Regulation 1/2003 formed part of the legal requirements of the candidate countries' accession to the EU.²⁴ The legal obligations of accession acted as considerable political and economic pressure and exercised the most significant influence on the way

²¹ Falkner and Treib 2008; Schimmelfennig, F. & Sedelmeier, U. (2004). Governance by Conditionality: EU Rule Transfer to the Candidate Countries of Central and Eastern Europe. *Journal of European Public Policy*, 661-679. Dimitrova, A. L. and Steunenberg, B., 2004, "Conclusions: the 'end of history' of enlargement or the beginning of a new research agenda?", in Driven to Change: The European Union's Enlargement Viewed from the East, (Ed.) Dimitrova, A. L., pp. 179–193, Manchester University Press, Manchester; New York.

²² Papadopoulos, A. External competition law of the EU in: Herrmann, C Krajewski , M. Terhechte, J.Ph. (eds.), *European Yearbook of International Economic law*, 2013, pp. 87-108.

²³ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ C 101/43.

²⁴ The conditions that pre-accession candidates have to fulfil are specified in a Commission's report entitled "Europe and the challenge of enlargement". They were made formal by the Member States at the Copenhagen European Council in June 1993, and then expanded upon by the Commission in a Communication called "Agenda 2000", dated 16 July 1997. Agenda 2000 is an action program adopted by the Commission on 15 July 1997.

competition laws have been shaped in the CEECs. Under Regulation 1/2003 the new procedural framework of EU competition law formulates a number of legal obligations for the Member States. Article 3(1) of Regulation 1/2003 has imposed not only a possibility but also an obligation on the Member States' NCAs to apply Articles 101 and 102 TFEU parallel to their national competition rules when the effect on trade criterion is fulfilled and introduced a strict supremacy standard.²⁵ Further legal obligations that stemmed from Regulation 1/2003 for all the Member States were laid down in Article 35 in conjunction with Article 5, the obligation to empower national competition authorities.

Regulation 1/2003 delegated enforcement powers to independent, expert national competition authorities (NCAs) and the national courts²⁶ in order to relieve the Commission of its increasing administrative burden and make enforcement more efficient. This second round of the so-called double delegation process²⁷ created a system of parallel competences and simultaneous application of EU and national competition law. On the one hand, this generated an enforcement gap between the Commission and the Member States, on the other, it established a system of close cooperation between the European Commission and its Member States and stimulated a remarkable process of increased Europeanization of competition law in all Member States.

²⁵ Article 3 (1) defines the principle of simultaneous application of national law and competition law with the limitation posed in Article 3 (2): Member States may not adopt and apply on their territory stricter national competition laws which prohibit agreements, decisions by associations of undertakings or concerted practices which may affect trade between Member States but which do not restrict competition within the meaning of Article 101(1), or which fulfill the conditions of Article 101 (3) or which are covered by a Regulation for the application of Article 101 (3). In other words, stricter national competition laws are not as such objectionable, as long as they are not applied to agreements, concerted practices and decisions of associations of undertakings that fall within the jurisdictional scope of the EU competition rules, in breach of Article 3(2). The convergence rule contained in paragraph 2, seeks to create a level playing field by providing for a single standard of assessment which allows undertakings to design EU-wide business strategies without having to check them against all the relevant national sets of competition rules. Commission Staff Working Paper of 29 April 2009 accompanying the Report on the functioning of Regulation 1/2003, SEC (2009) 574 final, paras 141, 142, 152.

²⁶ Articles 5 and 6 of Regulation 1/2003.

²⁷ Coen, D and Thatcher, M. (2008). Network Governance and Multi-level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies. *Journal of Public Policy*, 28, pp 49-71.

Until 1 May 2004 EU competition law has existed as *supranational* policy. When Regulation 1/2003²⁸ introduced the new enforcement system of Articles 101 and 102 TFEU it has, for the first time, legislated a *transnational governance* framework for the relationship of EU and national competition laws of the Member States. This distinction between *supranational* and *transnational* refers to the vertical relationship between EU and national laws and to the horizontal dimension among the Member States.²⁹ Accordingly, EU competition law as a supranational policy functioned above the level of the Member States with the Commission as a clear central authority in charge, but it was not only Regulation 1/2003 that the central government has been decentred across the Member States in a horizontal dimension.³⁰

Accordingly, Regulation 1/2003 brought a radical change in the relationship between EU competition law and national laws and posed a major challenge to uniform law application. The impact of Regulation 1/2003 had the most visible and direct influence on substantive rules of national competition laws due to Article 3 of Regulation 1/2003.³¹ But similar convergence and harmonization of administrative procedures and institutional design of competition authorities has not taken place. When NCAs apply Articles 101 and 102 TFEU they make use of their national procedural rules and impose remedies and sanctions that are available in their respective legal system. Consequently, the enforcement of EU competition rules has come to rely on the effective administrative enforcement of EU competition rules through national administrative procedures. This

²⁸ Council Regulation (EC) 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 EC (Council Regulation (EC) No. 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L1/1.

²⁹ Holman, O. (2006) Trans-national governance without supra-national government: The case of the European Employment Strategy, *Perspectives on European Politics and Society*, 7:1, 91-107, p. 93.

³⁰ See also Holman, who argues that "trans-national governance is about control and authority but – unlike 'government' in democratic polities – not necessarily about legitimacy and democratic accountability." Holman, 2006, p. 93.

³¹ Stakeholders from the legal and business communities have largely confirmed that Regulation 1/2003 has positively contributed to the creation of a level playing field, along with the substantive convergence of national laws with the EU competition rules. Article 3 of Regulation 1/2003 has directly influenced the substance of national competition rules. Article 3 (1) defines the principle of simultaneous application of national law and competition law. In accordance with Article 3 (2) and (3) of Regulation 1/2003, the convergence rule does not apply for unilateral conduct, national merger laws and laws pursuing a predominantly different objective such as unfair trade practices.

multifaceted enforcement system will be examined below in order to understand how the governance model of Regulation 1/2003 functions in practice.

3. 1. Administrative capacity: the cornerstone of credible enforcement

The enforcement of EU competition law by national actors became crucial in the compound procedural mechanisms of Regulation 1/2003. The effectiveness of EU law enforcement had been defined in the literature by “the degree to which both the formal transposition and the practical application of supranational measures at the national level correspond to the objectives specified in the European legislation.”³² The main factors of effective competition law enforcement have been defined in effective administrative organization and clearly worded provisions at national level and the extent to which European rules can be successfully transplanted in the existing institutional and regulatory traditions of the Member States.³³

As mentioned above, the EU’s enlargement policy has gradually come to focus on implementation and actual enforcement of the adopted legislation throughout the three rounds of eastward enlargement. Institutional building became a critical aspect of law enforcement in the candidate countries due to the fact that the EU’s enlargement policy made boundaries between institutions more distinct.³⁴ The incorporation of the *acquis communautaire* required that institutional integrity³⁵ was purposefully developed in these countries. At the same time, the relevance of administrative capacity has grown beyond the enlargement policy and the EU regularly finds ways to influence the Member

³² Knill, C. and A. Lenschow (1998). ‘Coping with Europe: the impact of British and German administrations on the implementation of EU environmental policy’, *Journal of European Public Policy*, 5(4), p. 595.

³³ Treib, O. (2006). ‘Implementing and complying with EU governance outputs’, *Living Reviews in European Governance* 1(1), available at <http://www.livingreviews.org/lreg-2006-1>.

³⁴ K. Engelbrekt, “The Impact of Enlargement on Institutional Integrity in Central and Eastern Europe”, *10 Perspectives on European Politics and Society* (2009) 167-180.

³⁵ The notion of institutional integrity draws on a distinction between the ‘vertical’ and ‘horizontal’ consolidation of institutional systems, originally outlined by Claus Offe. Institutional systems can, according to Offe, be consolidated vertically through the subordination of each actor’s decision making to ‘higher-order decision-making rules’, and horizontally through the ‘insulation of institutional spheres from each other and the limited convertibility of status attributes from one sphere to another’. See Offe, C. (1998). Introduction: agenda, agency, and the aims of Central East European transitions. In Elster, J., Offe, C. & Preuss, U (Eds.) *Institutional design in Post-Communist Societies* (pp. 1-34), Cambridge University Press. Cited in Engelbrekt (2009).

States' law enforcement.³⁶ The notion of 'administrative capacity' was introduced by the Madrid European Council and later established by subsequent accession meetings as a requirement to accession.³⁷ The accessions of Bulgaria and Romania confirmed the EU's increased intervention with regard to reinforcing administrative capacity in these countries to enforce future EU law.³⁸

According to Nicolaides, enforcement became a priority area of EU policy with the process of enlargement due to three factors. First, the candidate countries emerged from many years of communism and they had to build institutions that were accountable to citizens and functioned in very different environments than in the past. Second, EU integration has progressed and the impediments in the internal market were found in administrative weaknesses and incorrect implementation of EU law. Third, the legal body of the *acquis* expanded considerably, especially in the area of internal market and it made proper enforcement key to make the single market work.³⁹

Consequently, the obligations of the candidate countries not only included transposition of the competition and state aid *acquis*, but effective enforcement of the competition and state aid rules and strengthening of the administrative capacity through well-

³⁶ This increased awareness of the enforcement of EU law was the most visible in the modernization of EU competition law, where Regulation 1/2003 entered into force in 2004. The improvement of cross-border enforcement laid also at the heart of the Regulation 2006/2004 on consumer protection cooperation. Nicolaides, Ph. (2003). Preparing or accession to the EU: how to establish capacity for effective and credible application o EU rules. In Cremona, M. (ed.), *The Enlargement of the European Union*. OUP (pp. 43-78). See also Bakardjieva-Engelbrekt, A. (2009). Public and Private Enforcement of Consumer Law in Central and Eastern Europe: Institutional Choice in the Shadow of EU Enlargement. In F. Cafaggi and H-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement* (p. 91). Antwerp: Intersentia.

³⁷ For example, transposition of the competition *acquis* required effective enforcement of the competition and state aid rules and strengthening of the administrative capacity through well-functioning competition authorities. See for example Article 62 of Europe Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Hungary, of the other part, [1993] OJ L347/1.

³⁸ Communication from the Commission, Strategy Paper of the European Commission on progress in the enlargement process, COM(2004) 657 final, p. 10, 14.

³⁹ Nicolaides, Ph. (2003). Preparing or accession to the EU: how to establish capacity for effective and credible application o EU rules. In Cremona, M. (ed.), *The Enlargement of the European Union*. OUP (pp. 43-78).

functioning competition authorities.⁴⁰ The White Paper,⁴¹ which was drafted in order to assist the Eastern European countries in their preparation for accession to the EU, emphasized that

“[I]t is important though to stress that the exercise is not confined to the sole adoption of laws and regulations or structure building. There must be a continued effort to ensure enforcement of the policy and to make the policy widely known and accepted by all economic agents involved *i.e.* by governments, companies and by the workforce. The law must not only exist but it must also be applied and - above all - be expected to be applied. Economic agents must take their decisions under the assumption that the policy will be applied.”⁴²

Moreover, it accentuated the relevance of institution building by requiring viable rules regarding procedures to ensure effective enforcement and thus the functioning of the state aid and competition policy. These rules had to address the powers of the authority charged with the application of the rules as well as the rights of the undertakings concerned. The authority had to be endowed with sufficient powers to carry out its tasks efficiently.⁴³

The European Commission has also provided substantial financial and technical assistance to the candidate countries through the PHARE programme that was among others aimed at strengthening public administrations and institutions to function effectively inside the European Union.⁴⁴ Therefore, the Commission proposed to make a special transition facility for institution building available. Additionally, certain EU financed instruments which have proven their usefulness, such as twinning programs,

⁴⁰ See for example Article 62 of Europe Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Hungary, of the other part, [1993] OJ L347/1, See Chapter 2 of the White Paper.

⁴¹ White Paper: Preparation of the associated countries of Central and Eastern Europe for integration into the Internal Market of the Union, COM (95) 163, May 1995 see 4.34 and 2.30 of the White Paper.

⁴² White Paper, 1995 at 49, 51.

⁴³ White Paper, 1995 at 52-53, 55-56, 59.

⁴⁴ Available at http://ec.europa.eu/enlargement/financial_assistance/phare/index_en.htm accessed on 14 October 2007.

continue to be used.⁴⁵ Similarly, in the on-going accession process with countries from the Western Balkans⁴⁶ the Commission confirmed that public administration reform continues to be a key priority under the political criteria in most enlargement countries.⁴⁷

Despite this clear emphasis on administrative capacity in the enlargement policy, Regulation 1/2003 left the questions of institutional design choices (*i.e.* organizational design, the systems, structures, processes, and procedures of law enforcement and application and policy advocacy) for competition authorities unanswered except for some very general rules. Regulation 1/2003 contains certain rules with regard to the powers of the national competition authorities. Article 5 lists the powers of the NCAs when they apply Articles 101 and 102, in fact it is a list of decisions, such finding an infringement, ordering interim measures, accepting commitments and imposing fines which the NCAs can take. The Staff Commission Working Paper accompanying the Report on Regulation 1/2003 admitted that Article 5 is a very basic provision and does not formally regulate or harmonize the procedural rules followed by the NCAs or the ECN beyond Article 5.⁴⁸ This means that the NCAs apply the same substantive rules but in divergent procedural frameworks and they may impose different sanctions as well. These procedural differences had been to some extent addressed in Articles 11 and 12 of Regulation 1/2003 with regard to the cooperation within the ECN. Despite this fact, the Member States have voluntarily converged their procedural rules to the EU provisions applicable to the Commission and these procedures apply both for the enforcement of the Treaty provisions as well as national competition rules.⁴⁹

⁴⁵ Communication from the Commission, Strategy Paper of the European Commission on progress in the enlargement process, COM(2004) 657 final, p.4 See also Comprehensive monitoring report on the state of preparedness for EU membership of Bulgaria and Romania, COM (2005) 534 final.

⁴⁶ Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, COM(2012) 600 final.

⁴⁷ Adequate administrative procedures, including with respect to human resource and public financial management, including tax collection and reliable and independent statistical systems, are of fundamental importance for the functioning of the State and for implementing the reforms needed for EU integration. Countries need to increase their efforts to improve their public administrations at all levels on the basis of overall national strategies. Enlargement Strategy and Main Challenges 2012-2013, COM(2012) 600 final, p. 5.

⁴⁸ Staff Commission Working Paper accompanying the Report on Regulation 1/2003 para 200.

⁴⁹ European Competition Network's Working Group on cooperation issues and due process monitor this voluntary convergence among the Member States. Their Reports provide an

Under Article 35 Regulation 1/2003 each Member State had a clear obligation to designate a competition authority responsible for the application of Articles 101 and 102 before 1 May 2004,⁵⁰ however, the details have been left to the Member States themselves. These authorities could be administrative or judicial. The only requirement imposed by Article 35 was that the authorities have to be designated in order to guarantee that the provisions of Regulation 1/2003 are effectively complied with.⁵¹ The accession process merely required an adequate administrative capacity through well-functioning competition authorities and thus the new Member States had a great level of freedom in designing the institutional framework of competition law enforcement. Beyond Article 35 of Regulation 1/2003 neither further requirements nor formal rules have been formulated on the powers and procedures of these competition authorities.⁵² The competences of the national authorities were very roughly set out in Articles 5 and 6 of Regulation 1/2003.

Articles 5 and 35 of Regulation 1/2003 imposed very rudimental obligations on the Member States allowing for legal diversity of national procedures and institutional designs. This is also in line with the general principle of subsidiarity as enshrined in Article 5 TEU and respects the Member States' procedural autonomy. The Report on the functioning of Regulation 1/2003⁵³ has acknowledged this institutional deficit.

overview of the different systems and procedures for antitrust investigations within the ECN (31 October 2012). Available at <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

⁵⁰ Article 35 (1) Regulation 1/2003: "The Member States shall designate the competition authority or authorities responsible for the application of Articles 81 and 82 of the Treaty in such a way that the provisions of this regulation are effectively complied with. The measures necessary to empower those authorities to apply those Articles shall be taken before 1 May 2004. The authorities designated may include courts."

⁵¹ Point 2 of the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities provides that "under general principles of Community law, Member States are under an obligation to set up a sanctioning system providing for sanctions which are effective, proportionate and dissuasive for infringements of EC law". See also, Case C-176/03, *Commission of the European Communities v Council of the European Union* [2005] ECR I-7879 paras 46-55.

⁵² Although national procedural rules had to provide for admission of the Commission as *amicus curiae* in national procedures, NCAs will have to be empowered to conduct examinations in accordance with Regulation 1/2003, and Member States will have to report to the Commission. The Commission retains broad supervisory powers that allow it to intervene in proceedings before the national authorities and which in fact enable it to act as "*primus inter pares*". See Article 11(6).

⁵³ Commission Staff Working Paper, paras. 190 and 200.

Therefore, it is not surprising that the diversity of institutional design among competition authorities across the EU is largely determined by country-specific institutional traditions and legacies. Traditionally, the new Member States in Central and Eastern Europe resorted broad market regulatory tasks to their regulatory agencies, sometimes with overlapping competences. They have all adopted a single agency discharging investigative, enforcement and adjudicative functions.⁵⁴ In most CEECs follow a “non-unitary” structure, where the investigative and decision-making activities are separated functionally even though they are handled within one single administrative institution.⁵⁵ Some authorities like the Czech Republic and Slovakia follow a “unitary” structure and have integrated administrative hierarchies, *i.e.* they do not have different bodies carrying out different steps in the procedure although there may be different divisions (e.g. a Competition department and Legal department) inside these authorities that deal with separate aspects of a case.⁵⁶ How the allocation of enforcement powers affects law enforcement has recently attracted lot of attention from both policy makers and academics.⁵⁷ The likely consequences of a certain institutional arrangement for procedural norms such as the proportionality of remedies and the time of intervention and for institutional performance norms such as expertise, administrative efficiency, independence and accountability is now being assessed in various research projects and across disciplines. At the same time, the literature

⁵⁴ Since Croatia has also introduced the competence to issue fines for the competition authority. Previously this was the competence of the courts.

⁵⁵ The investigation is normally carried out by investigation services and the final decision is adopted by a board/college/council of this administrative institution. Within this structure, there are potentially significant differences in terms of internal organization and relationship between the different bodies. The Reports of the European Competition Network’s Working Group on cooperation issues and due process provide an overview of the different systems and procedures for antitrust investigations within the ECN (31 October 2012). Available at <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>, p. 6-7.

⁵⁶ The Reports of the European Competition Network’s Working Group on cooperation issues and due process provide an overview of the different systems and procedures for antitrust investigations within the ECN (31 October 2012). Available at <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>, p. 6-7.

⁵⁷ Trebilcock, M. J., Iacobucci, E. M., ‘Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate,’ *Loyola University Chicago Law Journal*, 41, 2010, 457. F Fox, E.M. and Trebilcock, M. J., ‘The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition,’ 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2128913> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2128913>; First, H., Fox, E. M. and Hemli, D.E., ‘Procedural and Institutional Norms in Antitrust Enforcement: The U.S. System,’ *NYU Law and Economics Research Paper No. 12-18*, 2012. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2115886>.

distinguished the factors of effective competition law enforcement have been measured by resources and capacity to carry out their functions, effectiveness of national courts, developed cooperation within the framework of the ECN and independence and accountability of the competition agencies.

EU law has traditionally focused on independence from market players⁵⁸ and the Courts established this as a core element in regulated markets.⁵⁹ However, in recent years the relevance of political independence has become a fundamental cornerstone of the institutional design of administrative authorities in the EU also. While EU legislation has become increasingly detailed on the concept of independence, the European courts have not formulated a general principle of independence of regulatory authorities.⁶⁰ Accordingly, EU law requires regulators to be independent from political institutions but without laying down independence criteria that regulatory authorities must comply with.⁶¹ The institutional structure of the CEECs' competition authorities shows that political independence from central government is not guaranteed in all the countries. This is especially true in the case of state aid monitoring.

⁵⁸ It was already in 1988 in Directive 88/301 on competition in the markets in telecommunications terminal equipment that the Commission introduced in Article 6 an obligation on the Member States to entrust the regulation of terminal equipment to a body independent from market parties active in the provision of telecommunications services or equipment. This requirement of independence has also been implemented in the second liberalization package in the energy and telecommunications sector.

⁵⁹ Case C-202/88, *France v. Commission* [1991] ECR I-1223 paras. 51-52; Case C-18/88, *RTT v. GB-Inno-BM* [1991] ECR I-5973 at para. 25-26. Case C-82/07, *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones* [2008] ECR I-1265.

⁶⁰ The latest package of liberalization Directives, in 2009, mentions a general principle of independence towards the legislative and executive organs. Article 35 of the Directive 2009/72 on electricity compels Member States to make the regulatory authority "functionally independent from any other public or private entity" and give it the autonomy to decide "independently of any public body" Article 39 of the Directive 2009/73 for gas formulates the same obligation. In electronic communications, Directive 2009/140 adds a provision to the Framework Directive (Article 3(3a)), stating that "national regulatory authorities responsible for *ex-ante* market regulation or for the resolution of disputes between undertakings" ... "shall act independently and shall not seek or take instructions from any other body in relation to the exercise of these tasks assigned to them under national law implementing Community law."

⁶¹ Hanretty, C.J., Larouche, P. Reindl, A. P., 'Independence, Accountability and Perceived Quality of Regulators,' 2012, A Cerre Study, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2063720> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2063720>.

However, institutional independence cannot be defended without some form of accountability. Public accountability mechanisms for general agency functioning including personnel and budgetary decisions, periodic reviews of appropriateness of legislative mandate and agency effectiveness have been high on the legal and political agenda in the EU but also in international law and politics.⁶² Accountability stands for various mechanisms which involve informing, explaining and justifying conduct.⁶³ One can distinguish various forms of accountability such as accountability to politicians through annual reports, accountability to the market, accountability to stakeholders, especially consumers, accountability to the judiciary, and accountability towards relevant peer groups such as networks of sectoral regulators, or the European Commission.

Accountability to the judiciary through judicial review of the administrative decisions of NCAs plays a crucial role in the overall enforcement of competition law. Judicial review serves as the ultimate control of the legality of the administrative authorities' decisions. The intensity of the standard of judicial review depends on the specific judicial system. The standard of judicial review is presently subject to an extensive debate: whether this review should be intense or restrained especially when it comes to the assessment of the NCAs' economic analysis of cases.⁶⁴ It is presently argued that more intensive judicial control is one way to address the emergence of independent national competition and other regulatory authorities with often wide-ranging discretionary powers in order to counterbalance the lack of political and also administrative accountability.⁶⁵ It will be argued that, while the cooperation mechanisms within the ECN and with the Commission represent a certain degree of administrative accountability control, national judicial review is indispensable with its complementary function of judicial accountability. Accordingly, the fact whether the national courts are inclined or reluctant

⁶² Trebilcock and Iacobucci, 2010.

⁶³ Hanretty, Larouche, Reindl, 2012, p. 37.

⁶⁴ Essens, O. Gerbrandy A. Lavrijssen S. (eds.) *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Europa Law Publishing 2009; Cseres, K.J. J. Langer, Tetra Laval à la Hongroise in: *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, Essens, O. Gerbrandy A. Lavrijssen S. (eds.) Europa Law Publishing 2009, pp. 127-144.

⁶⁵ S.A.C.M. Lavrijssen & M. de Visser, Independent Administrative Authorities and the Standard of Judicial Review, *Utrecht Law Review* 2006, no. 1, p. 111-135.

to review the decisions of the NCAs with more rigor is decisive in an effective enforcement framework. Accountability towards relevant peer groups such as other NCAs and the EU Commission within the framework of the ECN also play a crucial role in the overall assessment of NCAs. This framework will be analysed in section 4 below.

Furthermore, resources indicate the commitment of the CEEC governments to competition policy and enforcement. While adequate resources enables agencies to improve administrative efficiency of enforcement and advocacy work, other factors such as internal organization and policy commitments play a role as well.

3. 2. Effectiveness of administrative enforcement: the cornerstone of the multi-faceted system of Regulation 1/2003

Before accession, the CEECs had to implement the EU competition *acquis* and Regulation 1/2003 due to EU conditionality. This was a clear example of top-down legislation through legal transplants.⁶⁶ This incentive structure and behaviour became routinized through the adaptation created during accession and after the accession the CEECs continued to implement similar procedural rules and soft-law instruments (Notices, Guidelines) as those of the Commission's.⁶⁷ Besides *routinization*, the underlying reasons could be that once these rules and enforcement methods work effectively and efficiently in the hands of the Commission, they will prove successful in the hands of the NCAs as well.

However, the effectiveness of these transplanted rules were not always confirmed in the different institutional frameworks of the Member States, where agencies often had to

⁶⁶ Convergence between different legal rules towards an efficient model may take place as a result of a legal transplant or as an outcome of a competitive process between different legal formants (Mattei e.a. 2000, p. 508-511). In the first case, legal transplants are implemented because they proved to be efficient in other legal systems. In the second case, convergence towards efficiency is the result of the interaction between different legal formants. So, while legal transplants are governed by hierarchy, the second scenario is governed by competition among legal formants (Mattei e.a. 2000, p. 510-511).

⁶⁷ See Cseres, 2010; Pridham, 2008.

divide resources between several legislative competences and crucially depended on institutional capacity.

NCA could not or did not enforce the transplanted rules due to constraints in their administrative capacity. The strengthened enforcement tools have not always delivered the expected results in the CEECs. This is for example the case with regard to the power to investigate private premises. No actual experience of this investigation form exists in the Czech Republic, Estonia, Hungary, Romania, Slovenia and the Slovak Republic. In Bulgaria this form of investigation has not been foreseen in the competition rules.⁶⁸ Similar experience has been found with regard to leniency programmes which are often praised as the model for procedural convergence and a clear result of the cooperation mechanism within the ECN. Even though all the CEECs have a clearly defined leniency program and Slovenia applies some other provisions that make termination of proceedings or fine reduction possible, the actual application has been limited so far. The first adopted programmes proved to be unproductive due to insufficient transparency or uncertainty about eligibility. Many programmes had been therefore recently revised and slowly the programmes begin to operate with a few cases in each country.⁶⁹

While competition agencies in the new Member States today operate with fairly similar output as their colleagues in the old Member States,⁷⁰ this was different in their initial startup as agencies. Many of the CEECs had difficulties with enforcing the substantive

⁶⁸ Commission Staff Working Paper, para 202.

⁶⁹ The Czech Office for the Protection of Competition applied its leniency program for the first time in 2004 with regard to a cartel agreement in the energy drinks market. Poland had its first leniency case in a cartel agreement 2006 but had majorly revised its 2004 leniency program in 2009 due to several shortcomings of the previous model. In the Czech Republic, Hungary and in Slovakia a marker system exists as well. However, in the Czech Republic the decision to grant a 'marker' lies fully at the discretion of the Antimonopoly Office. Global Legal Group, Zahradník, M. H. Madárová., Cartels & Leniency 2009, Chapter 36, Slovakia, p.214; Global Legal Group, Braun, A. Bicková D., Cartels & Leniency 2009, Chapter 10, Czech Republic, p.54; Global Legal Group, Bacher, G. J. Budai Cartels & Leniency 2009, Chapter 18, Hungary, p.102. In Hungary leniency was applied for in a few cartel cases, but only one of these cases was already closed by the decision of the Competition Council in 2007. Vj-81/2006 Hungary even has a leniency program for provisions on the prohibition of unfair and restrictive market practices since 2009. Leniency policy related provisions of Act No LVII of 1996 on the prohibition of unfair and restrictive market practices (2009).

⁷⁰ Staff Commission Working Paper accompanying the Report on Regulation 1/2003 paras 148-149, available at <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>.

competition rules because enforcement powers were often insufficient to conduct investigations, reach decisions and impose persuasive fines.⁷¹ Being charged with several market regulatory tasks, many NCAs devoted much time and resources to these wider activities such as unfair competition or consumer protection. Moreover, they often lacked the competence to set priority or strategic planning and were obliged to follow on all complaints.⁷² For example, Croatia did not have the competence to set priorities before 2009.⁷³ Competition authorities in Bulgaria, Czech Republic, Latvia and Romania are bound by the so-called principle of legality (*i.e.* they are obliged to deal with each case that is brought to their attention). In Hungary the obligation to deal with the case is subject to three cumulative conditions,⁷⁴ in Poland indicated a 'public interest' criterion is applied. Many Member States have, however, similarly to the EU Commission the possibility to choose the cases on the basis of what is considered to be a priority.⁷⁵

⁷¹ OECD, Global Forum on Competition, Questionnaire on the challenges facing young competition authorities, Contribution from Latvia, DAF/COMP/GF/WD(2009)2, p. 3; OECD, Global Forum on Competition, Questionnaire on the challenges facing young competition authorities, Contribution from Poland, DAF/COMP/GF/WD(2009)76, p. 4; OECD, Global Forum on Competition, Questionnaire on the challenges facing young competition authorities, Contribution from Bulgaria, DAF/COMP/GF/WD(2009)56, p. 4; OECD, Global Forum on Competition, Questionnaire on the challenges facing young competition authorities, Contribution from Czech Republic, DAF/COMP/GF/WD(2009)6, p. 6; OECD, Global Forum on Competition, Questionnaire on the challenges facing young competition authorities, Contribution from Slovak Republic, DAF/COMP/GF/WD(2009)62, p. 3.

⁷² OECD, Global Forum on Competition, Challenges faced by young competition authorities, Note by the Secretariat, DAF/COMP/GF (2009)3/REV1, p. 4-5, 13-14.

⁷³ *Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja*, Narodne novine 79/2009, available at http://narodnenovine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2009_07_79_1877.html. See further Svetlicinii, A. Abuse of Dominance in South Eastern Europe: Enforcement Practices of the National Competition Authorities in Bosnia & Herzegovina, Croatia, Macedonia and Serbia in: *Mediterranean Competition Bulletin*, no. 8, 2012 available at http://ec.europa.eu/competition/publications/mediterranean/mcb_8_en.pdf. Mlikotin Tomic D., Pecotic Kaufman, J. Evolution of Cartel Practice in Croatia (April 2, 2009). Proceedings of 7th International Conference «Economic Integration, Competition and Cooperation», 2-3 April, 2009, Opatija, University of Rijeka – Faculty of Economics, CD with Full papers. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2236766> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2236766>.

⁷⁴ These are: (i) the conduct or situation may violate the provisions of the Competition Act, (ii) the competition authority has the power to proceed in the case, and (iii) the proceeding is necessary to safeguard the public interest.

⁷⁵ European Competition Network's Working Group on cooperation issues and due process monitor this voluntary convergence among the Member States. Their Reports provide an overview of the different systems and procedures for antitrust investigations within the ECN (31 October 2012). <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html> p.52.

When the privatization process had been completed and sector regulatory agencies were gradually formed, the NCAs could turn to more traditional competition law enforcement.

Still, the procedural and institutional differences between the EU and Member States' administrative rules of enforcement can be substantial. National competition law systems deviate on important aspects such as fines, criminal sanctions, liability in groups of undertakings, liability of associations of undertakings, succession of undertakings, prescription periods and the standard of proof, the power to impose structural remedies, as well as the ability of Member States' competition authorities to formally set enforcement priorities. These differences may have far-reaching consequences in competition law cases. For example, in the United Kingdom or Estonia custodial sanctions may be imposed on cartelist while in most other Member States their firms are subject to administrative fines. Moreover, the enforcement of EU rules is influenced by the resources, competences, structures and independence of NCAs. There has been an increasing concern about the transparency of such a multi-faceted enforcement system and how that affects legal certainty and ultimately the level of playing field for undertakings.

Recent CJEU judgments such as *Tele 2 Polska*⁷⁶ and *VEBIC*⁷⁷ signal that an in-depth discussion of the legal puzzles that arise when the NCAs apply Articles 101 and 102 TFEU in accordance with domestic procedural rules are much needed. As Advocate General Kokott in *T-Mobile Netherlands and Others*⁷⁸ argued:

“[i]n those circumstances, it is of fundamental importance that the uniform application of competition rules in the [European Union] be maintained. Not only the fundamental objective of equal conditions of competition for undertakings on the single market but also the concern for uniform protection of consumer interests in the entire

⁷⁶ Case C-375/09 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z.o.o., now Netia SA w Warszawie , Judgment of 3 May 2011.

⁷⁷ Case C-439/08. Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerkers (VEBIC) VZW Judgment of the Court (Grand Chamber) of 7 December 2010.

⁷⁸ Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-4529, points 85 and 86.

[European Union] would be undermined if in the enforcement of the competition rules of Articles [101 and 102 TFEU] significant disparities occurred between the [NCAs] and courts of the Member States. For that reason, the objective of a uniform application of Articles [101 and 102 TFEU] is a central theme which runs throughout Regulation No 1/2003.”⁷⁹

It has been questioned whether an enforcement system where NCAs with diverging capacities and resources apply different national procedures, may impose a variety of sanctions and remedies could jeopardize the effectiveness of EU law, effective judicial protection⁸⁰ and effective law administration. It has also been argued that consistent policy enforcement and the effective functioning of a network requires a certain degree of harmonization of procedures, resources, experiences and independence of the NCAs.⁸¹

On the contrary, Maher and Štefan claimed that this bifurcated enforcement system builds flexibility into the relationship between EU and national law and as such is part of the functional success of EU competition law enforcement. They argue that the fact that neither procedural rules have been harmonized nor the requirements on the nature of institutional design for competition authorities has been laid down minimized the impact of the new regime on domestic competition laws and the wider context of national legal and political context. This smooth functioning has been confirmed in the

⁷⁹ Opinion of Advocate General Kokott delivered on 19 February 2009 in Case C-8/08 *T-Mobile Netherlands and Others* [2009] ECR I-4529 p. 85.

⁸⁰ The general principle of effective judicial protection, which has been enshrined in Articles 6 and 13 of the ECHR as well as in Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union and which has now been reaffirmed in Article 19(1) TEU.

⁸¹ Cengiz, F. *Regulation 1/2003 Revisited* (November 24, 2009). TILEC Discussion Paper No. 2009-042, p. 17; C. Gauer, “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?”, in Ehlermann, Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (Oxford: Hart Publishing, 2001), p.187-201; Frédéric Jenny, “Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Depend on a Certain Degree of Homogeneity within its Membership?”, in Ehlermann, Atanasiu (eds.), *European Competition Law Annual 2000: The Modernisation of EC Antitrust Policy* (Oxford: Hart Publishing, 2001), p. 208-210.

Annual Reports of the CEECs.⁸² At the same time, the ability of NCAs to apply their own national procedural rules that are well embedded within their domestic legal system may increase the effectiveness of their enforcement.⁸³ This is due to the fact that the NCAs are not completely dis-attached from the national legal and political system as they apply national procedural laws and are imbedded in their national administrative law institutions.

Beyond this bifurcated enforcement system the close cooperation between the NCAs and the Commission within the ECN plays a crucial role in the governance framework of Regulation 1/2003 and significantly affects local national enforcement strategies as well. In the next section the governance mechanisms of the ECN will be analysed in order to see whether it functions a framework for post-accession compliance and monitoring.

3. 3. The ECN: guardian of uniform application of EU law and post-accession compliance

Once accession to the EU's competition law regime is completed, the external incentives and conditionality end as governance modes, but the mechanisms within the ECN become crucial. The ECN provides incentives for the Member States to comply with EU law post-accession and peer accountability guarantees ways of monitoring among the Member States and by the Commission. At the same time, examining the participation of the CEECs in the ECN sheds light on the ECN's effectiveness in terms of incentives and monitoring.

In 2004 the ECN was created in order to guard uniform and consistent enforcement of Articles 101 and 102 TFEU. The ECN's core mission was cooperation in the application and enforcement of EU competition policy and in cases where NCAs apply Articles 101 and 102 TFEU. Originally, it was set up for regular contact and consultation on enforcement policy between the Commission and the NCAs.⁸⁴ In the meantime the ECN has moved beyond its original goals and it functions today as a prominent forum for Member States to discuss enforcement strategies, for mutual learning and information

⁸² See for example Annual reports Hungary 2011-2005 available at www.gvh.hu.

⁸³ Maher and Štefan, 2010.

⁸⁴ Point 1 of the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities.

sharing. The two main pillars of the network are case allocation and information exchange.

The ECN is a highly juridified network with detailed cooperation mechanisms defined in Regulation 1/2003 and the Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities. The ECN did not emerge as the initiative of the Member States unlike other European regulatory networks⁸⁵ but has been centrally designed and established by the Commission. Compared to other ERNs, the ECN is characterized by formalism in order to safeguard consistent law application and it has a quasi-hierarchical structure where the Commission holds a central position *vis-à-vis* the Member States.

While the ECN has been formally set up with quasi-hierarchical structure and a vertical division of enforcement powers between the Commission and the NCAs, it proved to be much more horizontal in practice.⁸⁶ The ECN has been primarily designed as a policy enforcement network, but in fact it functions as a policy making network through informal discussions and mutual policy learning among the NCAs. For example, it is clear that the ECN is a platform where visible harmonization efforts are made, such as the ECN Model Leniency Program,⁸⁷ the review process of Article 102 and sector specific regulations.⁸⁸ These two distinct functions of enforcement and policymaking build on each other through formal and informal information sharing and they are mutually supportive. However, it is this spill-over effect of the network into informal soft law making where the most criticism with regard to its transparency and accountability has arisen.⁸⁹

⁸⁵ Coen and Thatcher 2008.

⁸⁶ I. Maher and O. Stefan (2010) 'Competition Law in Europe: The Challenge of a Network Constitution' In: Dawn Oliver, Tony Prosser, Rick Rawlings (eds). *The Regulatory State: Constitutional Implications*. Oxford: Oxford University Press, pp. 178-200.

⁸⁷ ECN Model Leniency Program, available at http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

⁸⁸ Commission Staff Working Paper, paras 248-249. ECN Model Leniency Program, Report on assessment of the state of convergence, available at http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf.

⁸⁹ (Gerard, 2011) (Maher and Stefan, 2010) (Cengiz, 2009).

In the ECN information sharing can take several forms. First, there are the formal obligations (Articles 11(3) and (4) Regulation 1/2003) for the Member States to share information about their investigations and about decisions they are to take. They may share confidential information as well respecting the safeguards of fundamental rights (Articles 11 and 12(1)). They may also conduct inspections of premises or other fact-finding on behalf of another NCA investigating the case (Article 22 (1)). These formal mechanisms of cooperation allow also exchange of informal advice, experience with regard to market analysis or regulatory processes, enforcement strategies and ultimately “softer” information.⁹⁰ For example, Hungary in the process of a sector inquiry requested the members of the ECN to share their experience with the Hungarian NCA (GVH) with regard to the investigated sector.⁹¹ Furthermore, the regular meetings and interactions prompt the network members to create personal contacts and to acquire institutional and cultural information about each other and the Commission. This socialization process is an important aspect of the governance mechanisms within the ECN. It creates a commonly shared vision between ECN members of what the competition rules are, what the goals are of competition law enforcement and how competition law should be enforced. The network members share these common objectives and develop a shared identity.⁹²

These formal and informal mechanisms of information exchange are core factors to the success of the ECN. The ECN's success is seen as a result of its character as a new mode of governance based on consultation, negotiations and soft law instruments instead of governance by command and hierarchy in the form of hard law.⁹³ There is a certain intimacy in the work of the ECN and since its existence it has been functioning without any major conflict and without serious political or judicial challenges.⁹⁴ This success rests on peer esteem, trust, confidentiality and credibility among the ECN members. Besides, the work of the ECN and the enforcement of EU competition law is strengthened by a strong

⁹⁰ Maher and Štefan, 2010.

⁹¹ GVH, Országgyűlési Beszámoló, 2008, p. 188.

⁹² Maher, 2008; Maher and Štefan, 2010.

⁹³ Coen and Thatcher 2008; Imelda Maher; (2002) 'Competition Law in the International Domain: Networks as a New Form of Governance'. *Journal of Law and Society*, 29 (1):112-136.

⁹⁴ Wilks, 2007; Cengiz, 2009; Imelda Maher; (2009) 'Functional and Normative Delegation to Non-Majoritarian Institutions: The Case of the European Competition Network'. *Comparative European Politics*, 7:414-434.

epistemic community of lawyers, officials and academics.⁹⁵ This epistemic community share the knowledge of competition law which is highly technical and functional, it is intertwined with economic theory and this community extends beyond national borders. This community also plays a key role in maintaining procedural and substantive consistency in the EU competition law enforcement.⁹⁶

At the same time, the network's smooth functioning comes with certain costs in terms of lack of transparency, limited juridification of network processes that raise fundamental questions of accountability and legitimacy. While in theory national parliaments control NCAs and the European Parliament calls the Commission to account, these control mechanisms are limited in the ECN. The Commission accounts in its Annual report a short one and a half pages on its work in the ECN.⁹⁷

Maher and Štefan argue that there might be other forms of accountability mechanisms such as reputation.⁹⁸ There is indeed a certain "peer accountability" present within the ECN as a result of socialization processes. Moreover, the ECN puts increasing pressure on the agencies to quantify their enforcement and advocacy work. This process is further generated by reputation mechanisms such as the OECD country reports, the International Competition Network or even the Global Competition Review rankings.⁹⁹ These mechanisms make actual enforcement modalities more visible and may induce competition among the agencies.¹⁰⁰

⁹⁵ Waarden, F. van, and M. Drahos (2002), 'Courts and (epistemic) communities in the convergence of competition policies', *Journal of European Public Policy*, pp. 913-934.

⁹⁶ Maher, 2009.

⁹⁷ Annual report on Competition Policy, 2012 COM(2013) 257 final, Staff Working Paper SWD(2013) 159 final available at http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2012/part2_en.pdf; Furthermore, the procedures of the ECN and its main output in the form of soft law instruments marginalize judicial control by the European courts as confirmed by the GC in *France Telecom Case T-340/03 France Telecom SA v Commission*, [2007] ECR II-107, para 83.

⁹⁸ Maher and Štefan, 2010.

⁹⁹ Imelda Maher; (2006) The rule of law and agency: the case of competition policy. IEP WP 06/01 p. 4 and 5.

¹⁰⁰ Within the ECN, for example, all NCAs' annual reports are published in English on the website of the Commission's DG Competition. Available at http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/annual_reports.html accessed on 8th October 2007.

This means that, on the one hand, the ECN functions as a peer-accountability forum, which acts as a governance mechanism steering post-accession compliance and Europeanization among the member States. For example, administrative capacity has not only become a cornerstone of credible enforcement in the enlargement policy¹⁰¹ but institutional building became a critical aspect of law enforcement in all the EU Member States. On the other hand, the ECN helps to exchange ideas on enforcement strategies among the Member States and it has been a key mechanism to introduce new enforcement methods in the new Member States who slowly grow into full members and may even become innovative drivers in the network. Such an example is Hungary where many enforcement issues such as interplay between damages claims and leniency, compliance programs for SMEs, statutory presumption of damage in damages claims or setting fining guidelines for unfair commercial practices have received increased attention through the ECN.

Conclusions

This paper has analyzed the EU's internal law and governance mechanisms that guide post-accession compliance and Europeanization in competition law in the light of its external competition law and governance model that developed in the course of its eastward enlargement. In EU competition law such internal mechanisms have developed within the framework of Regulation 1/2003.

¹⁰¹ The notion of 'administrative capacity' was introduced by the Madrid European Council and later established by subsequent accession meetings as a requirement to accession. See for example Articles 62 of Europe Agreement between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Republic of Hungary, of the other part, [1993] OJ L 347/1,

See chapter 23 of the White Paper: Preparation of the associated countries of Central and Eastern Europe for integration into the Internal Market of the Union, COM (95) 163, May 1995 See 4.34 and 2.30 of the White Paper. The accessions of Bulgaria and Romania confirmed the EU's increased intervention with regard to reinforcing administrative capacity in these countries to enforce future EU law. Communication from the Commission, Strategy Paper of the European Commission on progress in the enlargement process, COM(2004) 657 final, p. 10, 14.

See also Bakardjieva-Engelbrekt, A. (2009). Public and Private Enforcement of Consumer Law in Central and Eastern Europe: Institutional Choice in the Shadow of EU Enlargement. In F. Cafaggi and H-W. Micklitz (eds.), *New Frontiers of Consumer Protection. The Interplay Between Private and Public Enforcement* (p. 91). Antwerp: Intersentia. See also Nicolaides, Ph. (2003). Preparing or accession to the EU: how to establish capacity for effective and credible application o EU rules. In Cremona, M. (ed.), *The Enlargement of the European Union*. OUP (pp. 43-78).

These post-accession compliance mechanisms are critical both with regard to the effectiveness of both the EU's external and the enforcement system of Regulation 1/2003, which delegated an active role for national courts and national competition authorities come to rely on the effective administrative enforcement by these national actors.

More specifically, it examined how the EU's external governance during the accession of Central and Eastern European countries (in 2004, 2007 and 2013) has been transformed into and affected its internal governance model. The paper found that the approach of tracking the records of implementation and actual enforcement of the Europeanized rules before accession continues after accession, but in a much less visible and documented way. In EU competition law it is within the finely tuned and compound mechanisms laid down in Regulation 1/2003 that provide possibilities for the EU to monitor and influence actual law enforcement in its Member States. The system established by Regulation 1/2003 relies on the effective enforcement of EU competition law by national actors. However, the NCAs with diverging capacities and resources apply different national procedures and may impose a variety of sanctions and remedies and operate with different internal organization, structure and resources. While this bifurcated system has been feared to jeopardize the effectiveness of EU law enforcement requiring a certain degree of harmonization of procedures, resources, experiences and independence of the NCAs, the contrary seems to be true. This bifurcated enforcement system builds flexibility into the relationship between EU and national law and as such is part of the functional success of the governance model of EU competition law enforcement. The fact that neither procedural rules have been harmonized nor the requirements on the nature of institutional design for competition authorities has been laid down minimized the impact of the new regime on domestic competition laws and the wider context of national legal and political context. The NCAs are able to apply their own national procedural rules that are well embedded within their domestic legal system may increase the effectiveness of their enforcement.

In addition, the paper found that the ECN functions as a peer-accountability forum, which acts as a governance mechanism steering post-accession compliance and Europeanization among the Member States. Moreover, the ECN helps to exchange ideas

on enforcement strategies among the Member States and it has been a key mechanism to introduce new enforcement methods in the new Member States who slowly grow into full members and may even become innovative drivers in the network. The ECN is an effective and successful governance model due to its unique mixture of various elements that have not been created by one legislation but has emerged gradually within the broader political, economic and social context of EU competition law. The basis of the present governance model is a constitutionally anchored field of EU law which is by now also deeply rooted in the economic constitutions of its Member States. The goals of competition law and enforcement are commonly shared objectives of both the EU, its Member States as well as the epistemic community of competition lawyers.

This common shared vision on competition law has perhaps been the most important product of the eastward enlargement in the new Member States and which continues to function as a common basis for further dialogue between the competition authorities of the EU Member States.

Aktualna reforma postupaka nadzora koncentracija u Europskoj uniji – korak naprijed prema jednostavnijem i učinkovitijem nadzoru?

„I want to make notifications easier to cut the red tape and find faster and simpler ways to handle the cases that clearly pose no problems to competition. I intend to streamline the system so that we can focus on the cases that have a real impact on competition and consumers in the internal market and require complex analyses (...).“¹

1. Uvodna razmatranja

Sustav nadzora koncentracija kakav je uspostavljen u Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU) prije gotovo jednog desetljeća pokazao se u velikoj mjeri učinkovitim u ostvarenju jednog od osnovnih ciljeva svojeg postojanja – očuvanja tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu u skladu s načelom slobodnog tržišnog gospodarstva.² No, kako bi svaki sustav trebao ići u korak sa zahtjevima svoga vremena, tako i sustav nadzora koncentracija danas korača prema određenim promjenama koje možemo dovesti u vezu sa još uvijek prisutnom gospodarskom krizom u EU koja je pogodila europske gospodarstvenike i otežala im poslovanje.³ One su dio većeg projekta EU koji teži

* Kristijan Poljanec asistent je na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Rad prikazuje stanje na dan 23. srpanj 2013.

¹ Iz govora Joaquína Almunije, povjerenika Europske komisije za tržišno natjecanje, održanog 2. studenog 2012. na konferenciji o zaštiti tržišnog natjecanja, pravu i ekonomiji (Cernobbio, Italija). Tekst cijelog govora dostupan je na: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-773_en.htm, pristup: 17. srpanj 2013.

² Tako i Anttilainen, Hanna, EU merger control – The simplification project, PowerPoint prezentacija dostupna na <http://web.efzg.hr/dok/PRA/jpecotic/ANTTILAINEN.pdf>, str. 2., pristup: 21. srpanj 2013.

³ Gospodarska i finansijska kriza značajno je utjecala na nadzor koncentracija u EU. Rast broja prijava zabilježen je u vrijeme gospodarskog procvata u periodu od 2004 – 2007. Tako su prijavljene 402 koncentracije u 2007., 259 u 2009., 274 u 2010. godini. Podaci prema Calviño, Nadia, When do Mergers Raise Concerns? An Analysis of Assessment Carried out by the European Commission under the New Merger Regulation, *Journal of European Competition Law*

postizanju veće učinkovitosti i stvaranju administrativnog okruženja koje će ići u susret onima radi kojih unutarnje tržište postoji – gospodarstvenicima i građanima – a sve u cilju ostvarenja rasta i povećanja konkurentnosti europskog gospodarstva.⁴ U trenutku pisanja ovog rada u tijeku je javna rasprava o reformi sustava nadzora koncentracija koja ima za cilj pojednostaviti postupak prijave namjere provedbe koncentracije, proširiti područje nadzora na stjecanje manjinskih udjela u drugim društвima (što do sada nije bio slučaj) te unaprijediti sustav ustupanja predmeta Europskoj komisiji.⁵ Rješenja koja se u tom smislu nude predmet su ovog rada. Cilj je rada ukazati na prednosti novih rješenja, ali i moguće nedostatke istih. U radu se razmatraju prijedlozi i nacrti Komisije te nedavno objavljeni komentari koji se osvrću na najavljenе promjene. U radu se obrađuju pojedini obrasci prijave namjere provedbe koncentracije u mjeri u kojoj to ulazi u okvire ovog rada. Podrobniji prikazi vrsta i specifičnosti pojedinih postupaka koji se vode pred Komisijom te suradnje koja se na tom polju odvija između nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i Komisije teme su koje se zasebno obrađuju na drugim mjestima ove publikacije.

2. Pojednostavljenje postupaka nadzora koncentracija

2.1. Pozadina iniciranih promjena

& Practice, vol. 2, 2011, str. 522. Broj prijava namjere provedbe koncentracije malo je pao u 2008., ali značajno u 2009. godini. Treba reći kako nisu sve gospodarske grane jednako pogodene (npr. energetski sektor pokazao se otpornijim od drugih). Navedena kriза potaknula je i države članice na veći angažman u nadzoru koncentracija. Europska komisija nije uslijed gospodarske krize postala popustljiva prema poduzetnicima već je pokazala sposobnost postupati u teškim tržišnim uvjetima. Financijske poteškoće Europska komisija je odlučila sagledavati od slučaja do slučaja, ne uvodeći nova „krizna pravila“. O tome vidi više u Drauz, Götz; Chellingsworth, Thomas; Hyrkas, Herta, Recent Developments in EC Merger Control, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1., 2010., str. 12 – 26. O nadzoru koncentracija u aktualnoj finansijskoj krizi vidi i Baudenbacher, Carl; Bremer, Frank, European State Aid and Merger Control in the Financial Crisis – From Negative to Positive Integration, *Journal of European Competition Law & Practice* 267, vol. 2, 2011., str. 281 – 284.

⁴ O inicijativama i nastojanjima EU za postizanjem „bolje regulacije“, posebice na području smanjenja administrativnih zapreka vidi više na http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/key_docs_en.htm#_simplification, pristup: 17. srpanj 2013.

⁵ Dalje kao: Komisija.

U ožujku 2013. Komisija je izdala priopćenje⁶ u kojem poziva zainteresiranu javnost da podnese svoje komentare na predloženu reformu sustava nadzora koncentracija koje imaju EU dimenziju. Prijedlog teži učiniti postupke nadzora koncentracija „sklonim poduzetnicima“, tj. smanjiti administrativne terete s kojima su se dosada susretali sudionici koncentracija prilikom podnošenja prijave Komisiji.⁷ Očekivanja koja od navedenih promjena ima Komisija nisu nimalo zanemariva. Naime, očekuje se kako bi oko 10 % više predmeta koji dolaze na ocjenu pred Komisiju moglo, nakon implementacije predloženih mjera, zadovoljavati kriterije za ocjenu po pravilima skraćenog postupka.⁸ S obzirom da se trenutačno oko 60 % svih prijavljenih koncentracija ocjenjuje po pravilima skraćenog postupka,⁹ to bi u narednom periodu dovelo do povećanja na oko 70 % prijavljenih koncentracija koje bi se razmatrale po skraćenom postupku. Pored pojednostavljenja postupaka nadzora koncentracija, plan Komisije ovdje ne staje. Reforma će zahvatiti i same obrasce na kojima poduzetnici podnose prijave namjere koncentracije na način da se planira reduciranje količine podataka koje su poduzetnici dužni navesti u istima.¹⁰ Predložena inicijativa prvenstveno je zamišljena kao tehnička reforma.¹¹ Postojeći pravni okvir definiran Uredbom 139/2004 o nadzoru koncentracija između poduzetnika¹² ostaje nepromijenjen i navedena uredba neće doživjeti izmjene. Na tehničkoj razini, Komisija se odlučila za izmjenu Obavijesti o skraćenom postupku za ocjenu pojedinih koncentracija¹³ i za amandman na Implementacijsku uredbu u dijelu u kojem ista sadrži

⁶ Commission, Press Release, Mergers: Commision consults on proposal for simplifying procedures under the EU Merger Regulation, Brussels (27 March 2013), IP/13/288 dostupno na: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-584_en.htm, pristup: 8. srpanj 2013., str. 1.

⁷ *Ibid.*

⁸ Commission, Indicative roadmap of the planned „merger simplification project“ (January 2013), dostupno na: http://ec.europa.eu/governance/impact/planned_ia/docs/2013_comp_006_merger_simplification_en.pdf, pristup: 8. srpanj 2013., str. 3 (dalje u tekstu: Roadmap).

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, str. 1.

¹¹ *Op. cit.* u bilj. 6, str. 2.

¹² Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o nadzoru koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama), OJ L 24, 29. 1. 2004. (dalje u tekstu: Uredba), kako je ista dopunjena Uredbom Komisije (EZ) br. 802/2004 od 21. 4. 2004. o provedbi Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o nadzoru koncentracija između poduzetnika, OJ L 133, 30. 4. 2004. (dalje u tekstu: Implementacijska uredba), a koja je izmijenjena Uredbom Komisije (EZ) br. 1792/2006 od 23. 10. 2006., OJ L 362, 20. 12. 2006 i Uredbom Komisije (EZ) br. 1033/2008 od 20. 10. 2008., OJ L 279, 22. 10. 2008. uz Ispravak, OJ L 172, 6. 5. 2004.

¹³ Obavijest o skraćenom postupku ocjene određenih koncentracija po Uredbi Vijeća (EZ) br. 139/2004, OJ C 56, 5. 3. 2005.

pravila o sadržaju prijave namjere provedbe koncentracije, tj. izmjene će zahvatiti anekse Implementacijske uredbe.

Dakle, navedena reforma odvija se dvosmjerno. Jedan smjer čini proširenje područja primjene skraćenog postupka, a drugi reduciranje sadržaja prijave namjere provedbe koncentracije.

Može se reći kako je pozadina predloženih reformi dijelom uvjetovana i već spomenutim gospodarskim prilikama u EU. Naime, u praksi Komisije utvrđeno je da velika većina prijavljenih koncentracija ne stvara veće poteškoće po zaštitu tržišnog natjecanja.¹⁴ Ideja je da se koncentracije koje ulaze u tu kategoriju i koje *prima facie* ne dovode do poteškoća po tržišno natjecanje „izuzmu“ od redovnih postupaka koji uključuju podrobnije ispitivanje i podvrgnu skraćenom postupku. S obzirom da se pravni okvir ne mijenja, i te koncentracije ostaju podvrgnute *ex ante* nadzoru od strane Komisije, ali sada po pravilima koja su manje tegobna za same poduzetnike. Očekivani gospodarski učinci po poslovanje poduzetnika sudionika koncentracija sastoje se u smanjenju troškova koji nastaju vezano uz sastav prijave namjere provedbe koncentracije i planiranom povećanju kompetitivnosti.¹⁵ Naime, zbog specifičnosti ove pravne grane i gospodarske težine koju ima povezivanje subjekata na unutarnjem tržištu, poduzetnici su skloni tražiti pravne usluge od vanjskih pravnih savjetnika. Cijena takvih usluga nije zanemariva stavka u proračunu poduzetnika. Očekivanja su Komisije kako će po implementaciji predloženih mjera doći do smanjenja troškova pripreme prijave namjere provedbe koncentracije na način da će se vrijeme potrebno za izradu prijave i trošak samog sastava iste skratiti odnosno smanjiti na 1/3 do ½.¹⁶ Pored toga, očekuje se smanjenje vremena i troškova oko same pripreme za prijavu namjere provedbe koncentracije koja uključuje pripremanje potrebne dokumentacije vanjskim pravnim savjetnicima koji temeljem dobivenih podataka sastavljuju prijave namjere provedbe

¹⁴ Nacrt Obavijesti Komisije o skraćenom postupku ocjene određenih koncentracija po Uredbi Vijeća (EZ) br. 139/2004, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/draft_revised_simplified_procedure_en.pdf, pristup: 21. srpanj 2013., t. 1. (dalje u tekstu: nacrt Obavijesti).

¹⁵ Tako i Antitrust Alert: European Commission Consults on Proposals to Modify Merger Control Notification Procedures, Jones Day, dostupno na: <http://www.jonesday.com/antitrust-alert-european-commission-consults-on-proposals-to-modify-merger-control-notification-procedures-05-24-2013/>, pristup: 10. srpanj 2013., str. 1 (dalje u tekstu: Antitrust Alert).

¹⁶ *Op. cit.* u bilj. 8, str. 3.

koncentracije.¹⁷ Dakle, troškovne prednosti koje bi trebao donijeti predloženi sustav provedbe same koncentracije nisu zanemarive u kriznim vremenima i može se zaključiti kako je Komisija vodila računa o visini izdataka koje poduzetnici imaju prilikom provedbe koncentracije. Svako finansijsko opterećenje dodatan je udarac za ionako posrnulo europsko gospodarstvo i svako smanjenje troškova dobrodošla je mjera koja bi mogla doprinijeti lakšem povezivanju poduzetnika na unutarnjem tržištu.¹⁸ No treba istaknuti kako se povoljni troškovni aspekt u prvom redu tiče troškova sastava same prijave namjere provedbe koncentracije, ali ne i nastavnog ispitivanja prijavljene koncentracije.¹⁹ Povoljne učinke predloženih mjera očekuje i sama Komisija. Naime, jedan od motiva predloženih izmjena sastoji se i u želji Komisije da usmjeri vlastite ljudske i finansijske resurse na ispitivanje onih koncentracija koje doista iziskuju podrobnije analize i imaju stvaran utjecaj na tržišno natjecanje i potrošače.²⁰ U konačnici, smanjenje troškova poslovanja povoljno se odražava i na potrošače, posloprimce i društvo u cjelini. Iako Komisija ne obrazlaže detaljno kakvu će konkretnu korist od toga imati potrošači, može se reći kako će vjerojatno snižavanje troškova provedbe koncentracije posredno utjecati na smanjenje cijena.²¹ Lakše i jednostavnije povezivanje poduzetnika može koristiti i posloprimcima jer smanjenje troškova poslovanja utječe na položaj i primanja posloprimaca. Olakšano povezivanje poduzetnika na unutarnjem tržištu omogućuje njihovim posloprimcima da koriste prednosti rada u grupi poduzetnika. Nadalje, pravni i ekonomski stručnjaci bit će u prilici brže i uz manji utrošak vremena sastaviti prijavu namjere provedbe koncentracije, što bi im trebalo omogućiti da „ušteđeno“ vrijeme utroše u druge poslove. Umjesto da velik trud ulažu u sastav samo jedne prijave, dobivaju mogućnost u istom

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Nikako ne bi trebalo smetnuti s umu kako povezivanja poduzetnika na tržištu i posljedično stvaranje koncentracija doprinosi konsolidaciji finansijskog tržišta. O tome više u Commission, The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortion of competition [2008] OJ C 10, 15. 1. 2009., str. 2.

¹⁹ Roadmap, *loc. cit.*

²⁰ Antitrust Alert, *loc. cit.*

²¹ Pored ostalih ciljeva, sprečavanje koncentracija koje bi mogle štetiti potrošačima jedan su od razloga za provedbu nadzora koncentracija. Vidi u Commission, Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ C 31, para 8. Koncept „potrošačke dobrobiti“ u literaturi doživljava kritiku (Moeschel) te se zauzima stav da bi trebalo uzimati u obzir ukupnost dobrobiti za potrošače i proizvođače kao „standard ukupne dobrobiti“. O kritici neo-ekonomizacije pravila tržišnog natjecanja vidi Moeschel, Wernhard, European Merger Control, *European Competition Law Review*, vol. 34, 2013, str. 284.

vremenu sastaviti više prijava. Stoga predložena reforma, ako i kada zaživi, dugoročno možda može doprinijeti razvoju europskog gospodarstva.²²

2.2. Nacrt Obavijesti o skraćenom postupku ocjene pojedinih koncentracija

Kao što je već naprijed istaknuto, predložena reforma postupka nadzora koncentracija odvija se u okviru postojeće Uredbe. Ono što se mijenja je Obavijest o skraćenom postupku. U prvom redu, nacrt Obavijesti trebao bi zamijeniti Obavijest Europske komisije o ocjeni nadzora određenih koncentracija iz 2005. godine. Nacrt Obavijesti postavlja uvjete pod kojima Komisija odlučuje o dopustivosti koncentracije i pojašnjava određena postupovna pitanja. Prema novim pravilima Komisija će provesti skraćeni postupak u sljedećim kategorijama koncentracija²³:

- (a) slučaj u kojem dva ili više poduzetnika stječu zajednički nadzor nad zajedničkim pothvatom, uz uvjet da zajednički pothvat nema, ili ima zanemarive, stvarne ili predvidive aktivnosti unutar područja Europske ekonomske zajednice, pri čemu se takvi slučajevi javljaju gdje je prihod zajedničkog pothvata i/ili uloženih aktivnosti manji od 100 milijuna eura na području Europskog ekonomskega prostora u trenutku podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije i ako je ukupna vrijednost imovine prenesene na zajednički pothvat manji od 100 milijuna eura na području Europskog ekonomskega prostora u trenutku podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije ili
- (b) slučaj spajanja dva ili više poduzetnika ili slučaj kada jedan ili više njih stječu samostalan ili zajednički nadzor nad drugim poduzetnikom, uz uvjet da je ukupni tržišni udjel svih sudionika koncentracije koji su uključeni u poslovne aktivnosti na istom tržištu u proizvodnom i zemljopisnom smislu (horizontalna povezanost) manji od 20% i da je pojedinačni ili ukupni tržišni udjel svih sudionika koncentracije koji su uključeni u poslovne aktivnosti na tržištu u proizvodnom smislu koje je uzlazno ili silazno u odnosu na tržište u proizvodnom smislu na kojem bilo koji drugi sudionik koncentracije obavlja poslovne aktivnosti (vertikalna povezanost) manji od 30%.

²² O suprotnim mišljenjima u praksi vidi više *infra*.

²³ *Op. cit.* u bilj. 14, t. 5.

- (c) slučaj u kojem sudionik stječe samostalni nadzor nad poduzetnikom nad kojim je već imao zajednički nadzor.

Moglo bi se reći kako su pretpostavke koje moraju biti ispunjene kako bi Komisija provela skraćeni postupak u osnovi odraz stava kako u naprijed navedenim situacijama nema opasnosti po tržišno natjecanje i predložena se koncentracija može ocjenjivati po skraćenom postupku.

No treba spomenuti kako je predviđeno da Komisija može postupati po pravilima skraćenog postupka i u slučajevima u kojima dolazi do spajanja dvaju ili više poduzetnika ili jedan ili više njih stječu samostalan ili zajednički nadzor nad drugim poduzetnikom, uz uvjet da su niže navedeni uvjeti ispunjeni prema svim prihvatljivim alternativnim definicijama tržišta²⁴:

- (d) ukupni tržišni udjel svih sudionika koncentracije koji su horizontalno povezani mora biti manji od 50% i
(e) iz koncentracije proizašlo povećanje (Δ) Herfindahl – Hirschmanovog indeksa (HHI) mora biti manje od 150.

U nacrtu Obavijesti egzemplifikativno se navode situacije u kojima Komisija ipak neće postupati po pravilima skraćenog postupka.²⁵

Nacrt Obavijesti donosi i neke promjene glede postupovnih pravila i to glede kontakata sudionika koncentracije i Komisije prije samog pokretanja postupka provedbe koncentracije, glede objavljivanja činjenice da je podnesena prijava, glede donošenja odluke u skraćenom postupku te glede njezine objave.

Komisija je, poučena ranijim iskustvima o važnosti prethodnih kontakata sa sudionicima koncentracije za ocjenu pojedine koncentracije, odredila kako bi prethodni kontakti trebali biti uspostavljeni najkasnije dva tjedna prije očekivanog dana podnošenja

²⁴ *Ibid.*, t. 6.

²⁵ To su primjerice slučajevi u kojima koncentracija dovodi do povećanja tržišne snage sudionika povezivanjem njihovih tehnoloških, finansijskih i drugih resursa, koncentracija poduzetnika koji djeluju na usko povezanim susjednim tržištima, koncentracije kod kojih je teško ustanoviti tržišne udjele sudionika koncentracije, promjene od zajedničkog ka pojedinačnom nadzoru nad zajedničkim pothvatom, slučajevi pojave pitanja uskladenog djelovanja etc. Po pravilima skraćenog postupka neće se postupati ni u slučaju u kojem sudionici koncentracije zahtijevaju da se izvrši izričita procjena ograničenja koja su izravno povezana ili nužna za implementaciju predložene koncentracije. *Ibid.*, t. 10 – 17.

prijave.²⁶ Stav je Komisije kako bi se sudionici koncentracije trebali u svakom slučaju angažirati u prethodnim kontaktima ako žele da Komisija primjeni skraćeni postupak u situacijama koje su gore opisane pod (d) i (e).²⁷

Oglas o prijavi namjere provedbe koncentracije sadržavat će²⁸; imena sudionika koncentracije, državu podrijetla, prirodu koncentracije uz navođenje gospodarskih područja koja koncentracija obuhvaća i naznaku da se, temeljem podataka prikupljenih od stranaka, koncentracija može ocjenjivati po skraćenom postupku. Svrha ove objave je omogućiti zainteresiranim strankama da podnesu svoje primjedbe.

U pogledu donošenja odluke u skraćenom postupku, ista se mora donijeti u roku od dvadeset i pet dana računajući od dana podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije.²⁹ To je krajnji rok te bi Komisija trebala nastojati donijeti odluku čim to postane moguće nakon isteka petnaestodnevnog roka u kojem države članice mogu zatražiti da im se uputi predmet sukladno Uredbi.³⁰ I ovo rješenje ide uz bok onim rješenjima koja imaju za cilj ubrzati postupak i učiniti ga učinkovitijim. Ako Komisija tijekom roka od dvadeset i pet dana ocijeni da bi trebalo provesti redovan postupak, može provesti redovan postupak i pokrenuti istragu. U tom slučaju Komisija može ocijeniti i kako je sama prijava nepotpuna budući da nije podnesena na redovnom obrascu.³¹

Komisija je dužna svoju odluku javno objaviti na mrežnim stranicama Glavne uprave za tržišno natjecanje dok se činjenica da je odluka donesena objavljuje u Službenom glasniku Europske unije.³² U toj odluci moraju se navesti imena stranaka, zemlja podrijetla, priroda ocjenjivane koncentracije i gospodarska područja koja su njome obuhvaćena te izreku u kojoj se konstatira da je koncentracija proglašena spojivom s unutarnjim tržištem jer se može podvesti pod jednu ili više kategorija koncentracija

²⁶ *Ibid.*, t. 20.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, t. 21.

²⁹ *Ibid.*, t. 22.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, t. 23.

navedenih u nacrtu Obavijesti, pri čemu treba izrijekom navesti o kojim se to točno kategorijama koncentracija radi.³³

2.3. Revizija Implementacijske uredbe

Komisija je u okviru reforme sustava nadzora koncentracija odlučila revidirati i Implementacijsku uredbu. Tekst Implementacijske uredbe revidiran je u cilju poboljšanja obrazaca prijave namjere provedbe koncentracije kako bi isti postali praktičniji poduzetnicima. Ipak, u preambuli novog teksta jasno se ističe³⁴ kako obrasci moraju biti takvi da se osigura da Komisija dođe u posjed relevantnih podataka o samoj koncentraciji kao i da se osigura da relevantni interni dokumenti sudionika koncentracije budu podneseni. Predložene promjene tehničkog su karaktera i njima se mijenjaju odredbe o ovlaštenju za zastupanje prilikom podnošenja prijave,³⁵ o podnošenju redovnog obrasca CO,³⁶ o dostavljanju relevantne dokumentacije,³⁷ o postupanju Komisije po primitku izjava sudionika koncentracije i trećih o privremenoj odluci Komisije u postupku,³⁸ o podnošenju odgovora sudionika koncentracije na iznesene stavove Komisije o utvrđenim činjenicama, o pravu na uvid u spis,³⁹ o roku za podnošenje prijedloga mjera za oticanje povrede pravila tržišnog natjecanja,⁴⁰ o dostavi dokumenata i poziva strankama,⁴¹ o elektroničkoj dostavi dokumenata Komisiji.⁴²

2.4. Mogući nedostaci predloženih promjena, posebice glede obrazaca prijave koncentracija

³³ *Ibid.*

³⁴ Nacrt Implementacijske uredbe Komisije (EU) br .../... kojom se dopunjaje Uredba Komisije (EZ) br. 802/2004 od 7. travnja 2004 za provedbu Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 o nadzoru koncentracija između poduzetnika, t. 2. preambule, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/draft_revised_implementing_regulation_en.pdf, pristup: 22. srpanj 2013. Dalje u tekstu: NIU.

³⁵ Čl. 1. st. 1. NIU.

³⁶ *Ibid.*, st. 2.

³⁷ *Ibid.*, st. 3.

³⁸ *Ibid.*, st. 5.

³⁹ *Ibid.*, st. 6.

⁴⁰ *Ibid.*, st. 8.

⁴¹ *Ibid.*, st. 10.

⁴² *Ibid.*, st. 11.

Gore navedene promjene rezultat su očekivanja Komisije kako će njihova implementacija osigurati učinkovitiji i jednostavniji sustav nadzora nad koncentracijama koje imaju EU dimenziju.

No u praksi⁴³ se iznosi stav kako predviđene promjene mogu dovesti do još većeg opterećenja za poduzetnike sudionike koncentracije. Prigovara se da predložene mjere nisu predvidjeli rokove u kojima bi Komisija rješavala pitanja koja su pred nju iznesena u kontaktima koji prethode podnošenju prijave namjere provedbe koncentracije.⁴⁴ Poseban problem predstavljaju zahtjevi koji se tiču dva obrasca: Redovnog obrasca CO i Kratkog obrasca CO.⁴⁵ Istiće se bojazan kako su zahtjevi koji su postavljeni pred sudionike koncentracije glede dostave potrebne prateće dokumentacije u slučajevima podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije na Redovnom obrascu CO (...) doveli do toga da Obrazac CO nameće najstrože zahtjeve u pogledu dostave dokumentacije od svih svjetskih sustava nadzora koncentracija (...).⁴⁶ Istiće se i prigovor upotrebe preširokih i nepreciznih pojmoveva koji mogu opteretiti postupak nadzora koncentracije umjesto da ga učine jednostavnijim.⁴⁷ Prigovara se i rješenjima

⁴³ Vidi npr. Bushell, Gavin Benjamin, The one-handed European Merger Simplification Project?, *Kluwer Competition Law Blog – Latest entries*, dostupno na: <http://kluwercompetitionlawblog.com/2013/06/11/the-one-handed-european-merger-simplification-project/>, pristup: 10. srpanj 2013.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Vidi nacrte prijedloga aneksa te usporedne verzije „starih“ i „novih“ verzija obrazaca prijave dostupnih na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_regulation/index_en.html, pristup: 22. srpnja 2013. Za potrebe ovog rada uzet će se u obzir samo neke promjene Redovnog obrasca CO i Kratkog obrasca CO budući da su navedene izmjene u praksi izazvale čuđenje, pogotovo s obzirom na najavljene promjene usmjerene ka pojednostavljenju postupaka prijave i reduciranjem količine podataka potrebnih za prijavu.

⁴⁶ Bushell, Gavin Benjamin, *loc. cit.* O novim zahtjevima u pogledu dostave informacija vidi i *op. cit.* u bilj. 15, str. 2.

⁴⁷ Bushell, Gavin Benjamin, *loc. cit.* Naime, izričaj Odjeljka 5. 4. Nacrta prijedloga novog aneksa o Redovnom obrascu CO (dalje u tekstu. NAROCO) sada propisuje da se svi dokumenti „pripremljeni od, ili za ili primljeni od“ tamo navedenih osoba moraju podastrijeti Komisiji tijekom postupka, a posebice tamo egzemplifikativno pobrojani, što značajno poveća opseg posla oko pripreme prijave i nikako ne doprinosi proklamiranoj ideji redukcije vremena (i sredstava) koje sudionici trebaju uložiti u prijavu koncentracije. Prigovor se može uputiti i npr. pojmu „the board of management“ (Odjeljak. 5. 4. i NAROCO) koji nema isto značenje u svim nacionalnim pravnim sustavima. Propisuje se obveza dostave prezentacija „različitim mogućnostima za stjecanje kontrole, uključujući, ali ne ograničavajući se na prijavljene koncentracije“ (Odjeljak 5. 4. iii NAROCO) što bi dalo naslutiti kako se time širi nadležnost Komisije na neprijavljene koncentracije (?!). Na nedostatke novih rješenja upozorava i Antitrust Alert te ističe i odredbu o dostavi podataka unazad tri godine za ocjenu bilo kojeg pogodbenog tržišta (Odjeljak 5. 4. iv NAROCO), porast podataka o relevantnim tržištima (Odjeljak 6 NAROCO). Antitrust Alert, *loc. cit.*

predviđenim za postupak pokrenut temeljem Kratkog obrasca CO, kod kojeg bi pogotovo postupak trebalo učiniti jednostavnijim. Posebno se naglašava neodređenost pojma „prihvatljiva tržišta“.⁴⁸ Njegova neodređenost, ističe se, ne samo da dovodi do nerazumijevanja što navedeni koncept zapravo predstavlja već i širi područje primjene novih rješenja.⁴⁹ Takav pristup svakako ne doprinosi načelu pravne sigurnosti i opravdano mu se upućuje kritika stručne javnosti. Isti u osnovi negira osnovnu ideju koja (proklamirano) stoji u pozadini aktualne reforme. Naime, ako sudionici koncentracije nisu sigurni što znači neki pojam, a o čijem pravilnom shvaćanju i tumačenju ovisi sudska njihove prijave, kako će biti sigurni da su podnijeli potpunu prijavu? Opravdano nerazumijevanje pojma „prihvatljivo tržište“ može dovesti ili do gomilanja suvišnih i irelevantnih podataka koji će „zagušiti“ postupak ili do propuštanja da se dostavi podatak za koji možda Komisija prilikom razmatranja zaključi da joj je potreban. O štetni koju bi poduzetnik sudionik koncentracije mogao zbog toga pretrpjeti nije potrebno posebno ni govoriti. Stoga se predlaže da Komisija preciznije definira pojam „prihvatljiv“.⁵⁰ Kritika je upućena i pretpostavkama pod kojima i koncentracija koja ima za posljedicu neznatan porast tržišnog udjela može biti podvrgnuta pravilima skraćenog postupka. U tom smislu prigovor se upućuje pretpostavci koja se odnosi na iznos izražen u HHI.⁵¹ Predlaže se da se isti zamijeni pragom tržišnog udjela.⁵² Određene kritike upućuju se i odredbama o dostavi gospodarskih podataka,⁵³ odredbama o pretpostavkama međunarodne suradnje⁵⁴ te odredbama o podvođenju nepotpunih kontaktnih podataka podnesenih prilikom podnošenja prijave pod „netočne ili zavaravajuće podatke.“⁵⁵

Analiza pojedinih od navedenih instituta zapravo pokazuje kako ideja o stvaranju fleksibilnijeg sustava nadzora koncentracija, koji bi usto smanjio administrativne poteškoće za sudionike koncentracije i usmjerio resurse na zahtjevnije slučajeve, nije (u cijelosti) ostvarena i možemo prepostaviti da će u nekom narednom periodu određena rješenja biti mijenjana.

⁴⁸ Engl. *plausible markets*.

⁴⁹ O kritici tog rješenja vidi Bushell, Gavin Benjamin, *loc. cit.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

3. Proširenje nadzora na stjecanje manjinskih udjela (strukturne veze)

U tijeku je još jedna javna rasprava unutar EU o mogućem proširenju postupaka nadzora i na područje na kojem Komisija do danas nije imala ingerencije.⁵⁶ Naime, razmišlja se o proširenju pravila o nadzoru koncentracija i na situacije u kojima poduzetnik stječe manjinski udjel u nekom drugom društву.⁵⁷ Radi se o stjecanju manjinskog udjela temeljem kojeg poduzetnik istovremeno ne stječe i nadzor nad društvom, ali koje praktično može uzrokovati štetne posljedice po tržišno natjecanje i po potrošače.⁵⁸

Postojeća Uredba ne pokriva institut „strukturnih veza“,⁵⁹ tj. stjecanje manjinskih udjela jednog društva u drugome koje ne dovode do stjecanja nadzora nad drugim društvom. Područje primjene Uredbe ograničeno je na nadzor koncentracija u tradicionalnom smislu te riječi, koje podrazumijevaju stjecanje nadzora nad drugim društvom. To naravno ne znači da Komisija, prilikom ocjene dopuštenosti koncentracije, ne može i ne vodi računa o manjinskim udjelima. Komisija uzima u obzir ranije stečeni manjinski udjel u kontekstu ocjene dopuštenosti prijavljene namjere provedbe koncentracije, ali ne ocjenjuje stjecanje manjinskog udjela kao zasebnu kategoriju.⁶⁰ Budući da je praksa pokazala kako stjecanje manjinskog udjela može dovesti do ozbiljnih problema po

⁵⁶ Pristup u ocjeni utjecaja manjinskih udjela na tržišno natjecanje ima u povijesti nadzora koncentracija zanimljivo mjesto. Naime, prije 1989. manjinski udjeli ocjenjivali su se ili po pravilima o sporazumima ili po pravilima o zlouporabi vladajućeg položaja. Tako Friend, Mark, Regulating Minority Shareholdings and Unintended Consequences, *European Competition Law Review*, vol. 33, 2012., str. 303. Već je u poznatom predmetu Case 142 and 156/84, *British American Tobacco Co Ltd v Commission of the European Communities* [1987] ECR 4487, znanom kao *Philip Morris*, istaknuto kako stjecanje manjinskog udjela može štetiti tržišnom natjecanju ako predstavlja sredstvo utjecaja na poslovanje konkurenta. U nedostatku sporazuma o suradnji ili mogućnosti kasnijeg stjecanja stvarnog nadzora ili ukoliko udjel ne daje barem u nekom dijelu nadzor nad poslovnom politikom drugog društva, mogućnosti za ocjenu manjinskog udjela nisu bile velike. Nakon usvajanja sustava nadzora koncentracija kakvog danas poznajemo (1989. g.) ocjena utjecaja stjecanja manjinskih udjela u drugom društvu podliježe nadzoru koncentracija kao dio ukupne ocjene koncentracija te su stranke svoje manjinske udjele u nekim slučajevima otudivale kako bi njihova koncentracija bila odobrena.

⁵⁷ Vidi Commission Staff Working Document. Towards more effective EU merger control, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/merger_control_en.pdf, pristup: 10. srpnja 2013. Dalje tekstu: Working Document. Inače, javna rasprava otvorena je 20. lipnja 2013, a trajat će do 12. rujna 2013.

⁵⁸ *Ibid.*, str. 3.

⁵⁹ Engl. *structural links*.

⁶⁰ *Op. cit.* u bilj. 57, str. 5.

tržišno natjecanje,⁶¹ a i vođena sličnim rješenjima u nacionalnim pravima nekih država članica te nekih drugih zemalja izvan EU,⁶² Komisija je odlučila proširiti nadzor i na slučajeve strukturnih veza. Planira se uspostava sustava nadzora po uzoru na Uredbu što u osnovi znači uspostavu kriterija visine prihoda koji će slijediti postojeće pragove prihoda kako su isti uspostavljeni u Uredbi.⁶³ Posebno treba istaknuti kako Komisija razmatra dva moguća koncepta pokretanja postupka radi ocjene dopuštenosti struktturnih veza. To su⁶⁴:

- (a) *mandatorni sustav ili sustav obvezne prijave*, koji bi po karakteristikama bio najsličniji postojećem *ex ante* sustavu nadzora koncentracija. Radilo bi se u osnovi o proširenju postojećeg sustava nadzora koncentracije na strukturne veze. Sudionici postupka bili bi dužni prethodno prijaviti Komisiji uspostavu struktturnih veza i ne bi mogli iste uspostaviti prije nego ih Komisija odobri.⁶⁵
- (b) *sustav diskrecijskog izbora predmeta*, koji bi omogućio Komisiji da po vlastitoj diskreciji ispita problematične slučajeve struktturnih veza.⁶⁶ Po tom konceptu, ispitivanje struktturnih veza moglo bi se provoditi u dva još uža koncepta. Jedan bi bio *sustav samoprocjene* po kojem stranke ne bi imale obvezu prijaviti namjeru provedbe postupka uspostave struktturnih veza⁶⁷ već bi mogle s istim slobodno

⁶¹ Tako se primjerice navode slučajevi u kojima zbog stjecanje manjinskog udjela dolazi do smanjivanja „pritska“ između konkurenata koji inače postoji na tržištu (tzv. horizontalni unilateralni učinci), olakšavanja njihovog uskladenog djelovanja (horizontalni koordinirani učinci), opasnosti da u slučaju vertikalnog povezivanja stjecatelj manjinskog udjela u društvu koje je dobavljač *inputa* njegovim konkurentima otežava pristup tim *inputima* (tzv. vertikalni učinci) etc. Jasno je kako se ovakvi slučajevi mogu štetno odraziti po inovacije, rast, cijene, prava potrošača, ponudu proizvoda i/ili usluga. *Ibid.* str. 4. O materijalnopravnoj ocjeni koncentracija utemeljenoj na tradicionalnoj klasifikaciji potencijalnih učinaka koncentracija po tržišno natjecanje vidi više u Calviňo, *op. cit.* u bilj. 3, str. 523. O uočenoj praznini na ovom pravnom području i pokušajima da se ista „zatvori“ bilo je govora tijekom 2011. g., o tome vidi Friend, *op. cit.* u bilj. 56, str. 304.

⁶² Takva rješenja nalazimo primjerice u Austriji, Njemačkoj, Ujedinjenom Kraljevstvu, Kanadi, Sjedinjenim Američkim Državama. Working Document, *loc. cit.*

⁶³ *Ibid.*, str. 7.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Trend pojednostavljenja postupka ocjene nadzora transakcija koje utječu na tržišno natjecanje osjeća se i u ovom prijedlogu jer se u istom iznosi stav kako bi, ako se prihvati sustav obvezne prijave, trebalo prijave podnosići na nekom skraćenom obrascu, po uzoru na rješenja koja vrijede za nadzor koncentracija. Vidi i *ibid.*, str. 10.

⁶⁶ Ovom pristupu Komisija je sklonija nego sustavu obvezne prijave jer je manje tegoban za poduzetnike. Za ovaj sustav se „opredijelio“ i sam povjerenik Almunia u svom govoru u Cernobbiju. Vidi *supra* bilj. 1.

⁶⁷ Ali se razmišlja o tome da im se ipak omogući podnošenje dobrovoljne prijave radi ostvarenja načela pravne sigurnosti u pogledu dopuštenosti namjeravane provedbe uspostave struktturnih

nastaviti, uz mogućnost da Komisija otvorí istragu temeljem vlastitih saznanja ili po pritužbama trećih, dok bi drugi bio *sustav transparentnosti* koji nameće obvezu podnošenja kratke obavijesti Komisiji o namjeri provedbe postupka uspostave na prvi pogled problematičnih strukturnih veza kako bi se osiguralo da države članice i treći imaju saznanja o namjeri provedbe takvog postupka.⁶⁸ Odluka bi se u oba slučaja donosila nakon otvaranja istrage, primitka prijave ili pritužbe trećih.

Iako su gore opisani koncepti još uvijek u stadiju javne rasprave, postavlja se načelno pitanje za koji se opredijeliti. U ovom radu zauzima se sljedeći stav.

Ako se prihvati stav da smisao podnošenja *ex ante* prijave namjere provedbe koncentracije leži u želji da se prethodno podvrgne ispitivanju transakcija koja bi mogla imati značajne štetne učinke po tržišno natjecanje, onda je jasno zašto se takve transakcije podvrgavaju obveznoj prethodnoj prijavi. Naime, u slučaju da se ne traži prethodna prijava namjere provedbe koncentracije, Komisija se izlaže riziku da se ista dovrši i zaživi, a da se naknadno pokažu njezini štetni učinci. Tada bi bilo vrlo zahtjevno već stvoreni gospodarski entitet ponovno dijeliti. Kod strukturnih veza situacija je nešto jednostavnija jer, ako se i dogodi da se stjecanje manjinskih udjela štetno odrazi po tržišno natjecanje, može se uspostaviti prijašnje stanje jednostavnom prodajom manjinskog udjela.⁶⁹ Stoga se može zauzeti stav kako bi usvajanje koncepta *ex post* nadzora u obliku diskrecijskog sustava bio za sada dostatan za ocjenu strukturnih veza kao svojevrsna protuteža postojećem *ex ante* sustavu nadzora koncentracija.⁷⁰

vezu. To bi bilo i u skladu sa prijedlogom da se Komisiji dadu istražne ovlasti glede strukturnih veza jer bi eventualna prijava od strane sudionika predstavljala još jedan izvor informacija potrebnih Komisiji za otvaranje istrage. Vidi *op. cit.* u bilj. 57, str. 7. Razmišlja se i o tome da li bi se samo još neprovedeni postupci strukturnih veza mogli dobrovoljno prijavljivati i da li podnošenje takve prijave stvara obvezu za stranke da zastanu s dalnjim koracima u implementaciji strukturnih veza (tzv. *standstill* klauzula). S tim u vezi, predlaže se prihvaćanje navedene klauzule u sustavu diskrecijskog odlučivanja u pogledu koraka koji još nisu poduzeti u vrijeme kada Komisija traži podnošenje prijave. *Ibid.*, str. 10.

⁶⁸ Predlaže se da se takva obavijest objavi na stranici Komisije i/ili u Službenom glasniku EU, *ibid.*, str. 7.

⁶⁹ Isto *ibid.*, str. 10.

⁷⁰ Friend s oprezom ističe kako se „davanje Komisiji prava da ocjenjuje manjinske udjele *ex post* može činiti površno gledano privlačnim, bar što se tiče tijela nadležnog za tržišno natjecanje, no puno je manje privlačno za poslovni svijet koji nastoji postići dogovor s minimumom rizika.“ Friend, *op. cit.* u bilj. 56, str. 305.

Prijedlog ide i za tim da se, slično kao i kod postupaka nadzora koncentracija, omogući i da one strukturne veze koje inače ne bi zadovoljavale kriterije za nadzor od strane Komisije, budu ocijenjene kao strukturne veze i time dođu pod nadzor Komisije.⁷¹ Što se tiče ispitivanja dopuštenosti uspostave strukturalnih veza, predlaže se da se i na njih primjeni SIEC test⁷² predviđen Uredbom. Pragovi ukupnog prihoda predviđeni Uredbom za ocjenu koncentracija primjenjivali bi se i na strukturne veze.

Što se tiče ovlasti Komisije da ispituje strukturne veze, ključno je utvrditi koja se to stjecanja manjinskih udjela mogu podvesti pod pojam „strukturnih veza“ i s tim u vezi što učiniti s postupcima povezivanja koji izlaze iz okvira tog pojma i ne podliježu ispitivanju od strane Komisije.⁷³ Posebno pitanje postavlja se i u vezi sa zajedničkim pothvatom.⁷⁴ Naime, postojeći pravni okvir sadržan u Uredbi primjenjuje se i na koncentracije u obliku zajedničkog pothvata te se traži rješenje kako će se proširiti područje primjene Uredbe u odnosu na strukturne veze u zajedničkom pothvatu. Tako se predlaže da se načelo da samo oni zajednički pothvati koji počivaju na trajnoj osnovi i koji vrše funkcije samostalne gospodarske cjeline podliježu nadzoru koncentracija proširi i na strukturne veze i u zajedničkom pothvatu.⁷⁵ U prijedlogu se iznosi i stav kako bi u interesu pravne sigurnosti trebalo propisati krajnji rok u kojem bi Komisija imala ovlasti za postupanje.⁷⁶

Što se tiče odnosa između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, predlaže se da se kriterij razgraničenja nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, koji počiva na EU ili ne-EU dimenziji koncentracije, primjeni i na strukturne veze.⁷⁷ To bi dovelo do toga da Komisija ima isključivu nadležnost u ocjeni strukturalnih veza sa EU dimenzijom prema važećim prihodovnim pravovima dok bi države zadržale nadležnost nad strukturalnim vezama koje ne udovoljavaju tim pravovima odnosno kod kojih je ukupni prihod sudionika niži od onog

⁷¹ Working Document, *loc. cit.*

⁷² Engl. *significant impediment on effective competition*.

⁷³ Ako bi se prihvatio sustav obvezne prethodne prijave, pravna sigurnost nalaže da se svakako jasno definira koji tipovi manjinskih udjela podliježu prijavi. Tako i Friend, Mark, *loc. cit.*

⁷⁴ O potrebi opreznog podvođenja nadzora stjecanja manjinskih udjela u okvire Uredbe u odnosu na zajednički pothvat vidi više u *ibid.*, str. 304.

⁷⁵ *Op. cit.* u bilj. 57, str. 8.

⁷⁶ *Ibid.*, str. 11.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 8 – 9.

propisanog Uredbom.⁷⁸ Treba istaći kako se predlaže da se sustav upućivanja iz Uredbe proširi i na slučajeve upućivanja predmeta koji se tiču uspostave strukturnih veza, uz moguće izmjene koje se predlažu u vezi sa sustavom upućivanja.⁷⁹ To bi najviše dolazilo do izražaja kada bi se usvojio koncept obvezne prijave strukturnih veza jer bi se tada sustav upućivanja predmeta kakav je Uredbom uspostavljen za koncentracije na jednak način počeo primjenjivati i na strukturne veze.⁸⁰ U slučaju da se usvoji neki od druga dva koncepta omogućilo bi se državama članicama da zahtijevaju da im se uputi neki predmet koji uključuje strukturne veze ako Komisija, iako bi inače imala isključivu nadležnost da ga ispita, diskrečijski odluči da ga neće istraživati.⁸¹ To bi naravno bilo izvedivo ako bi države članice imale dovoljno podataka o postojanju namjere provedbe postupka uspostave strukturnih veza. Uzimajući u obzir karakteristike oba predložena koncepta, to bi se moglo (bolje) ostvariti usvajanjem koncepta transparentnosti uz pravo sudionika postupka uspostave strukturnih veza da i sami dobrovoljno prijave namjeru uspostave strukturnih veza. Svakako da bi za odnos Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja bilo obostrano korisno i da se unaprijedi postojeći sustav razmjene podataka.⁸²

4. Novine u sustavu upućivanja predmeta

U slučaju kada primjena pravila o prijavi namjere provedbe koncentracije ne osigurava da o konkretnom predmetu odlučuje instanca koja bi za to bila najprikladnija, sustav upućivanja javlja se kao svojevrsni korektiv.⁸³ Postojeći sustav upućivanja ili alociranja

⁷⁸ Očito je kako Komisija ovim prijedlogom ima namjeru i dalje ostati kod načela *one – stop – shop*. Radi se o načelu na kojem počiva cijeli EU sustav nadzora koncentracija. Tako Broberg, Morten, Reforming the Merger Control Regulation's Article 22 Referral Mechanism: On the Member States' Access to refer Mergers to the European Commission, *European Competition Law Review*, vol. 33., 2012., str. 217.

⁷⁹ O tom vidi *infra*.

⁸⁰ *Op. cit.* u bilj. 57, str. 9.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Isto *ibid.*, str. 10.

⁸³ *Ibid.*, str. 13. Tako i De Stefano, Gianni; Motta, Rita; Zuelke, Sussane, Merger Referrals in practice – Analysis of the Cases under Article 22 of the Merger Regulation, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2., 2011, str. 538.

predmeta zahvaćen je aktualnom reformom s ciljem da isti postane učinkovitiji i da se „doskoči“ pojavama kao što je primjerice tzv. *forum shopping*.⁸⁴

Reforma sustava upućivanja⁸⁵ odvija se dvosmjerno.

Jedan smjer odnosi se na reformu članka 4 stavka 5. Uredbe koji uređuje ustupanje predmeta Komisiji prije samog podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije. Sadašnji dvostupanjski sustav koji predviđa rok od petnaest radnih dana državama članicama za ulaganje prigovora na ustup pokazao se otegotnim i dugotrajnim za poduzetnike te su oni bili neskloni koristiti se njime. Usto je praksa pokazala kako je vrlo mali broj država članica ulagalo prigovore i suprotstavljalio se ustupanju predmeta Komisiji te se postavilo pitanje opravdanosti daljnog održavanja ovakvog sustava.⁸⁶

Novim prijedlogom predviđa se napuštanje obveze podnošenja „obrazloženih podnesaka“ Komisiji i provedba nastavnih razgovora s državama članicama.⁸⁷ Predlaže se uvođenje prava izravnog obraćanja Komisiji koja bi potom isti zahtjev proslijedila državi članici.⁸⁸ I nadalje bi isključivo sudionici koncentracije bili ovlašteni podnositи prijedloge za ustupanjem predmeta.⁸⁹

Što se tiče pretpostavki za ustup, i dalje se primjenjuju one koje su propisane Uredbom.⁹⁰ Države članice čija su nacionalna tijela nadležna za ocjenu dopuštenosti koncentracije i nadalje će imati pravo prigovoriti nadležnosti Komisije u roku od petnaest dana⁹¹ od primitka prijave koju će im proslijediti sama Komisija. Dakle, istovremeno bi tekao postupak ispitivanja prijave i razgovori država članica. Ako bi se bilo koja nadležna država članica usprotivila mogućnosti da u konkretnom predmetu

⁸⁴ Working Document, *loc. cit.*

⁸⁵ Upućivanje predmeta Komisiji naziva se još i „upućivanje prema gore“ (*upwards referrals*).

⁸⁶ *Op. cit.* u bilj. 57, str. 13 – 14.

⁸⁷ *Ibid.*, str. 14.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Mora se raditi o koncentraciji u smislu Uredbe koja ne ispunjava pretpostavke glede praga ukupnog prihoda sudionika koncentracije i za čiju ocjenu su nadležna nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u najmanje tri zemlje članice. Tako i *ibid.*

⁹¹ Razmišlja se i o skraćivanju roka za razgovore sa petnaest na primjerice, deset radnih dana uz eventualno ranije obavješćivanje država članica o namjeri obraćanja Komisiji. Tako i *ibid.*, str. 15.

odlučuje Komisija, Komisija će morati otkloniti vlastitu nadležnost i država članica ponovno postaje nadležna za postupanje.⁹²

Što se tiče obrazaca na kojima bi se podnosiо prijedlog za ustup predmeta Komisiji, treba reći kako se isti podnosi, uslijed napuštanja obrasca „obrazloženog podneska“, na redovnom obrascu koji bi bio sličan sadašnjem „obrazloženom podnesku“.⁹³

Moglo bi se zaključiti kako predviđena reforma neće u osnovi narušiti sadašnje stanje po pitanju razgraničenja nadležnosti između Komisije i država članica jer se i po novim pravilima države članice imaju pravo „pobuniti“ protiv prorogacije nadležnosti u korist Komisije. Države pritom nisu dužne obrazlagati zašto žele zadržati nadležnost.

Komisija se nada kako će i ova reforma učiniti sustav ustupa bližim poduzetnicima.⁹⁴

Drugi smjer predložene reforme odnosi se na ustup predmeta Komisiji nakon podnošenja prijave namjere provedbe koncentracije.⁹⁵ Postojeća rješenja omogućila su nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja država članica da ustupe na rješavanje Komisiji one predmete za koje smatraju da bi ih Komisija kao prikladnija instanca trebala rješavati unatoč činjenici da se stranke nisu htjele ili nisu mogle obratiti Komisiji. U prvom redu radi se o po tržišno natjecanje štetnim predmetima s prekograničnim učinkom. Predlaže se da Komisija u takvim slučajevima zadobije nadležnost nad cijelom Europskim gospodarskim prostorom, u skladu s načelom *one - stop - shop*.⁹⁶ U suprotnom postoji izloženost riziku od donošenja divergentnih odluka na različitim dijelovima europskog tržišta.⁹⁷ Takva situacija svakako ne doprinosi

⁹² *Ibid.*, str. 14.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, str. 16.

⁹⁵ *Ibid.* Do 2011. zabilježeno je 26 slučajeva ustupa predmeta Komisiji po čl. 22. Uredbe. U svega tri slučaja Komisija je odbila postupati. Podaci prema De Stefano, Motta, Zuelke, *op. cit.* u bilj. 83, str. 537. Profesor Morten Broberg 2012. g. iznio je nekoliko prijedloga reforme tadašnjeg čl. 22. Uredbe. Isti je predložio kako bi pojedinačni ustupi predmeta (tzv. *lone referrals*) trebali biti dostupni samo onim državama članicama u kojima su dvije ili više transakcija (od kojih su neke u nadležnosti države članice, a neki u nadležnosti EU) tako usko povezane da je opravdano da ih se ocjenjuje zajedno, na istom nivou. Predlagao je da bi primjena čl. 22. trebala biti moguća u situacijama u kojima se koncentracija može prijaviti u najmanje dvije države članice. U sustavima koji ne predviđaju obveznu prijavu koncentracije, rok od petnaest dana trebao bi početi teći od trenutka saznanja nadležnog tijela države članice. Naposljeku, iznesen je prijedlog o ustanovljenju isključive nadležnosti Komisije u slučaju da joj je predmet ustupljen. O ovoj inicijativi te o reformi čl. 22. Uredbe vidi više u Broberg, *op. cit.* u bilj. 78, str. 221.

⁹⁶ Working Document, *loc. cit.*

⁹⁷ Isto *ibid.*, str. 17.

pravnoj sigurnosti i sigurnosti poslovanja. Nadležnost samo jedne instance ujedno znači i manje administrativnih poteškoća za poduzetnike koji se tada obraćaju samo jednom tijelu koje objedinjuje sve faze postupka. Takav pristup odgovarao bi i proklamiranoj ideji smanjivanja administrativnih tereta za poduzetnike. Ujedno bi se doskočilo i onim poduzetnicima koji nisu htjeli uputiti svoj predmet Komisiji na razmatranje prije samog podnošenja prijave iako bi Komisija bila prikladnije mjesto za odlučivanje već su odabrali jedno od više paralelno nadležnih nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja čija im je nadležnost u tom trenutku iz određenih razloga više odgovarala.⁹⁸

Prema predloženim rješenjima, nacionalna tijela nadležne države članice mogu uputiti predmet na rješavanje Komisiji pod uvjetom da se niti jedna druga država članica nadležna za nadzor predmetne koncentracije tomu ne usprotivi. Dakle, novina se sastoji u tome da više nije potrebno da se druga država/države pridruže inicijativi već je dovoljno da ostanu pasivne.⁹⁹ Komisija i dalje ima diskrecijsko pravo odlučivati o tome hoće li ili neće prihvati nadležnost.¹⁰⁰ Jednom kada Komisija prihvati nadležnost za postupanje, uspostavlja ju za područje cjelokupnog Europskog gospodarskog prostora i tako se ostalo dosljedno načelu *one – stop – shop*.¹⁰¹ Postupovna pravila ostaju nepromijenjena.

Posebno se problematizira pitanje kako postupiti u situacijama u kojima jedna država zatraži da se predmet ustavi Komisiji, a druga država je već donijela odluku kojom se dozvoljava provedba koncentracije.¹⁰² Osnovna ideja koja stoji u pozadini je nastojanje da se sprijeći sudionike koncentracija da ranijim pokretanjem postupka onemoguće naknadno upućivanje predmeta Komisiji.

⁹⁸ Isto *ibid*. Treba istaknuti kako slučajeva u kojima bi se neka koncentracija ticala nekoliko nacionalnih prava tržišnog natjecanja nema mnogo. Tako Moeschel, *op. cit.* u bilj. 21, str. 283. Inače, države u prošlosti nisu bile sklone ustupati predmete Komisiji. No situacija se danas mijenja u korist Komisije. De Stefano, Motta, Zuelke, *op. cit.* u bilj. 83, str. 537.

⁹⁹ Working Document, *loc. cit.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² U tom smislu predlaže se da i dalje стоји otvorena mogućnost upućivanja predmeta Komisiji i da ona može i dalje ustanoviti svoju nadležnost za cijelo područje Europskog gospodarskog prostora, uz pravo države članice da se usprotivi takvom upućivanju i da održi na snazi svoju odluku. Druga moguća rješenja sastoje se u tome da država doneše odluku pod uvjetom naknadnog neulaganja prigovora u postupku upućivanja. *Ibid.*, str. 18.

Naposljetu, predlažu se i neke tehničke promjene postojećeg sustava uspostavljenog Uredbom.¹⁰³

Zaključno, ne treba smetnuti s uma kako ishod revizije koncentracije ovisi o tome da li se odluka donosi na razini Komisije ili jednog ili više nacionalnog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja te bi o istom svakako trebalo voditi računa prilikom upućivanja predmeta.¹⁰⁴

5. Zaključak

U EU u tijeku je reforma nadzora koncentracija koja ima za cilj učiniti postupke ispitivanja dopuštenosti koncentracija jednostavnijim i efikasnijim. Navedenom reformom nastoji se proširiti područje primjene skraćenog postupka, reducirati količina podataka potrebnih za prijavu koncentracije, popuniti „praznina“ u nadzoru stjecanja manjinskih udjela te poboljšati sustav ustupa predmeta Komisiji. U radu su prikazana neka od glavnih rješenja koja su u tom smislu ponuđena javnosti, od koje se očekuje da i sama doprinese reformskom procesu svojim komentarima i prijedlozima u idućih par mjeseci. No, proglašena ideja da će novine učiniti postupanje Komisije više „business friendly“ doživjela je u ovih par mjeseci i neke kritike stručne javnosti, posebice u pogledu novih zahtjeva za dostavom podataka i nepreciznog korištenja pojedinih pojmova. Koliko su iste argumentirane, najbolje će se vidjeti u periodu koji slijedi. Nesumnjivo je da je došlo vrijeme da se administrativni zahtjevi učine fleksibilnijim i da pravo tržišnog natjecanja postane dionikom veće administrativne reforme koja će u ovim, po europsko gospodarstvo kriznim vremenima, izaći u susret poduzetnicima. Autorova je želja bila ukazati na prednosti, ali i nedostatke novih rješenja, a sve u kontekstu gospodarskih kretanja na tržištu EU. Zaključno se može kazati kako pravo tržišnog natjecanja u EU, u kojem god da obliku zaživi, mora biti samo okvir unutar kojeg će se graditi slika jedne nove i konkurentnije europske ekonomije, ekonomije rasta i ekonomije spremnije suočavati se (a ne samo suočiti) s izazovima globaliziranog svijeta. Očekivana korist po poduzetnike, potrošače i društvo u cjelini vrijedna je uloženog

¹⁰³ To su npr. promjene koje se tiču zajedničkog pothvata koji se nalazi i posluje izvan Europskog gospodarskog prostora, unapređenje postupaka razmjene informacija između Komisije i država članica, olakšavanje prijave koncentracija koje su posljedica stjecanja dionica na burzi bez prethodne javne ponude, propisivanje načina izračuna mjerodavnog prihoda zajedničkog pothvata etc. Vidi *ibid.*, str. 22 – 23.

¹⁰⁴ Isto De Stefano, Motta, Zuelhke, *op. cit.* u bilj. 83, str. 540.

reformskog truda i vremena i svakako da na tom putu treba podržati Komisiju u njezinim reformskim naporima.

Jasminka Pecotić Kaufman*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Razgraničenje nadležnosti između Europske komisije i Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja

1. Uvod

Pitanje razgraničenja nadležnosti između Europske komisije (dalje u tekstu: Komisije), s jedne strane, te tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u državi članici Europske unije, u konkretnom slučaju hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: AZTN), s druge strane, u postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja (ograničavajući sporazumi, zlouporaba vladajućeg položaja) zapravo je pitanje odnosa europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja. Za uređenje tog pitanja relevantna je prije svega Uredba Vijeća 1/2003 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju iz članaka 81. i 82. Ugovora.¹ S obzirom da tom uredbom dolazi do uspostave sustava paralelne nadležnosti glede primjene sadašnjih članaka 101. odnosno 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU) na sporazume odnosno zlouporabe vladajućeg položaja kod kojih postoji utjecaj na prekograničnu trgovinu između država članica, njezin je cilj prvenstveno osigurati jedinstvenu primjenu prava tržišnog natjecanja Europske unije (dalje u tekstu: EU-a) u svim državama članicama. U tom je smislu važan i pojam „utjecaja na trgovinu“ kao kriterij za određivanje nadležnosti. Naime, članci 101. odnosno 102. UFEU-a primjenjuju se samo na one sporazume odnosno zlouporabe kod kojih postoji utjecaj na trgovinu između država članica.² Međutim, kao što će se vidjeti, ovaj kriterij utjecaja na trgovinu primjenom Uredbe 1/2003 zapravo gubi na značaju kao „jurisdikcijski“ kriterij.

2. Stanje prije Uredbe 1/2003

* Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, dipl.iur., LLM(UCL), docentica je na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Rad predan dana 2. siječnja 2014.

¹ Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju iz članaka 81. i 81. Ugovora, OJ L 1, 4.1.2003., p. 1. (dalje u tekstu: Uredba 1/2003).

² Smjernice Komisije o pojmu utjecaja na trgovinu iz članaka 81. i 82. Ugovora, OJ C 101, 27.4.2004., pp. 81-96.

Rasprava o mogućoj decentralizaciji primjene europskih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja otvorena je tek 90-ih godina prošlog stoljeća. Zapravo, kako se nacionalno pravo tržišnog natjecanja tek razvijalo u većini država članica, u početku nacionalna tijela za tržišno natjecanje nisu bila ni sposobna primjenjivati europsko pravo.³ Prije donošenja Uredbe 1/2003, koja se počela primjenjivati 1. svibnja 2004., i koja je unijela velike novine u načinu razdiobe nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za tržišno natjecanje, u slučajevima u kojima je postojao utjecaj na prekograničnu trgovinu između država članica uglavnom je postupala Komisija, dok su tijela u državama članicama odlučivala u „domaćim“ slučajevima. U to je vrijeme na snazi bila Uredba br. 17, donesena 1962. godine, koja je uvela obvezu prijave sporazuma na ocjenu Komisiji radi eventualnog izuzimanja od zabrane temeljem članka 101. stavka 3. UFEU-a (tadašnjeg članka 85. stavka 1. Ugovora o osnivanju Europske gospodarske zajednice).⁴ Temeljem te uredbe Komisija je imala isključivo pravo odobravanja izuzeća temeljem navedene odredbe. To se promijenilo donošenjem Uredbe 1/2003 temeljem koje ne samo što je ukinuta obveza centraliziranog podnošenja sporazuma na ocjenu, već je i dana ovlast nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja da primjenjuju članak 101. stavak 3. UFEU-a.

Do donošenja Uredbe 1/2003 nijedan propis Zajednice nije izričito uređivao pitanje odnosa nacionalnog i europskog prava tržišnog natjecanja, već je o tome pitanju postojala određena sudska praksa Suda EZ-a (dalje u tekstu: Sud) kojoj su se konkretna pitanja rješavala primjenom općih načela europskog prava, prvenstveno načela izravne primjene i načela primata prava EU-a.⁵

³ Tako je 1997. donesena Obavijest Komisije o suradnji s nacionalnim tijelima za tržišno natjecanje, OJ C 313, 25.10.1997., p. 3, a još 1993. Obavijest Komisije o suradnji s nacionalnim sudovima, OJ C 39, 13.2.1993, p. 6. Vidi i Bijela knjiga o modernizaciji iz 1999., dostupno na http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com99_101_en.pdf.

⁴ Vijeće EEZ-a: Uredba br. 17: Prva uredba kojom se primjenjuju članci 85. i 86. Ugovora, OJ L 013, 21.2.1962., pp. 0204-0211. Dalje u tekstu: Uredba br. 17.

⁵ Načelo primata prava EU znači da nacionalni sudovi i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja moraju proglašiti neprimjenjivom nacionalnu normu koja je protivna pravu EU, čak i ako je donesena prije pravnog pravila EU. Vidi predmet 70/77, *Simmenthal* [1978] ECR 629, § 21, i predmet C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF)* v *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [2003] ECR I-8055, § 49.

Tako je u predmetu *Walt Wilhelm*⁶ bilo sporno je li dopuštena istodobna istraga moguće povrede pravila tržišnog natjecanja od strane Komisije i njemačkog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (*Bundeskartellamt*). Sud je odlučio da nacionalno tijelo može postupati temeljem svog domaćeg prava glede restriktivnog sporazuma, čak i ako istovremeno Komisija razmatra njegovu sukladnost pravu tržišnog natjecanja Zajednice, pod uvjetom da primjena nacionalnog prava ne ugrožava potpunu i jedinstvenu primjenu prava tržišnog natjecanja Zajednice. Dakle, Sud je utemeljio svoju odluku na načelu primata prava Zajednice. Međutim, i nakon ovakve presude Suda ostao je niz praktičnih problema koji nisu bili riješeni ovakvim pojedinačnim sudskim pravorijekom.

Naposljetku, manje od godinu dana prije stupanja na snagu Uredbe 1/2003 Sud je u predmetu *CIF* dao svojevrsno ohrabrenje nacionalnim tijelima za tržišno natjecanje u smislu primjene europskih pravila odlučivši da nacionalno tijelo, čija je jedna od zadaća primjenjivati članak 101. UFEU-a (tadašnji članak 81. Ugovora o Europskoj zajednici, dalje u tekstu: UEZ-a), ne smije primijeniti nacionalnu normu koja je protivna članku 101. UFEU-a (tadašnjem članku 81. UEZ-a) i članku 4. stavku 3. Ugovora o Europskoj uniji (UEU, u bitnome tadašnjem članku 10. UEZ-a).⁷

3. Stanje nakon Uredbe 1/2003

Uredba 1/2003 razriješila je sve ranije dvojbe glede odnosa nacionalnog i europskog prava tržišnog natjecanja. Uvodno istaknimo da UFEU ne sadrži odredbu koja bi izričito zabranjivala primjenu nacionalnog prava tržišnog natjecanja na sporazume odnosno zlouporabe koji utječu na prekograničnu trgovinu. Upravo u tom smjeru ide i sama Uredba 1/2003 omogućujući nacionalnim tijelima za tržišno natjecanje da pod određenim uvjetima primjenjuje nacionalno pravo paralelno uz primjenu članka 101. odnosno 102. UFEU-a.

Uredba 1/2003 revolucionarna je u usporedbi s prethodnim pravnim uređenjem. Sada nacionalna tijela za tržišno natjecanje, kao i nacionalni sudovi, mogu izravno primijeniti

⁶ Predmet C-14/68, *Walt Wilhelm and Others v Bundeskartellamt* [1969]., ECR 1969.

⁷ Predmet C-198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [2003], ECR I-8055.

članak 101. odnosno 102. UFEU-a u pojedinačnom slučaju.⁸ Jasan je to i izravan pravni temelj za primjenu tih normi u cijelosti. Tako se onda podrazumijeva i izravna primjena od strane nacionalnog tijela članka 101. stavka 3. UFEU-a, kojim dolazi do izuzimanja sporazuma od zabrane. Premda je Uredba 1/2003 izravno primjenjiva, te nije potrebna norma nacionalnog prava o tome da nacionalno tijelo za tržišno natjecanje može primijeniti članak 101. odnosno 102. UFEU-a, većina država članica ima takvu odgovarajuću normu domaćeg prava. Republika Hrvatska u tome nije izuzetak. Tako je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, koji je stupio na snagu danom pristupanja Republike Hrvatske EU, unesen u Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja niz odredaba koje omogućavaju primjenu članaka 101. i 102. UFEU-a od strane AZTN-a.⁹

S obzirom na raniji monopol Komisije u primjeni članka 101. odnosno 102. UFEU-a bilo je potrebno osigurati da, nakon ukidanja tog „monopola“, nacionalna tijela donose konzistentne odluke. U tom je smislu ključno načelo jedinstvene primjene europskog prava tržišnog natjecanja. U tu je svrhu uspostavljena i mreža za razmjenu informacija između Komisije i nacionalnih tijela za tržišno natjecanje (Europska mreža za tržišno natjecanje),¹⁰ te je predviđeno da Komisija ipak može preuzeti predmet koji je započeo pred nacionalnim tijelom.¹¹ Naime, važno je bilo spriječiti donošenje odluka koje bi bile u sukobu s odlukama drugih nacionalnih tijela odnosno Komisije, odnosno osigurati načine suradnje uz međusobno uvažavanje.

Tri su ključna elementa Uredbe 1/2003. Kao prvo, članci 101. i 102. UFEU-a imaju izravan učinak, te nije potrebna prethodna odluka Komisije za primjenu članka 101. stavka 3. UFEU-a.¹² Kao drugo, europsko pravo tržišnog natjecanja ima primat nad nacionalnim osim u tri slučaja: kod koncentracija poduzetnika, kod zlouporaba

⁸ Vidi članak 5. i 6. Uredbe 1/2003.

⁹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine*, 80/2013) kojim je mijenjan Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine* 79/2009) Vidi primjerice članak 2. a Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja.

¹⁰ Obavijest Komisije o suradnji u okviru mreže tijela za tržišno natjecanje, OJ C 101, 27.4.2004, pp. 43–53.

¹¹ Vidi članak 11. stavak 6. Uredbe 1/2003.

¹² Članak 1. Uredbe 1/2003.

vladajućeg položaja, te u slučaju nacionalnih normi čiji je cilj različit od cilja koji se želi postići pravilima o zaštiti tržišnog natjecanja.¹³ Kao treće, pitanje nadležnosti je jasno riješeno: i Komisija i nacionalna tijela primjenjuju članak 101. i 102. UFEU-a, ali je potrebno urediti kako se predmeti raspodjeljuju.¹⁴ U praksi ima vrlo malo selidbe predmeta, uglavnom postupak provodi nacionalno tijelo koje je započelo postupak.

Uredba 1/2003 donesena je na temelju članka 83. stavka 2. točke e) UEZ-a koja propisuje ovlast zakonodavca Zajednice da uređuje odnos europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja. U tom je smislu iznimno važan članak 3. Uredbe 1/2003 kojim se rješava upravo ovo pitanje. On je utemeljen na načelu supremacije europskog prava tržišnog natjecanja uz određeni prostor za primjenu nacionalnog prava od strane nacionalnih tijela za tržišno natjecanje paralelno uz primjenu članaka 101. i 102. UFEU-a. Izvorna inačica te odredbe, koja je kasnije izmijenjena, jednostavno je upućivala na primjenu europskog prava tržišnog natjecanja na sporazume odnosno zlouporabe koji imaju prekogranični učinak. Drugim riječima, primjena nacionalnog prava ne bi bila moguća, te bi bio izbjegnut sukob između europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja.

4. Članak 3. Uredbe 1/2003

Odredba stavka 1. članka 3. Uredbe 1/2003 navodi da nacionalno tijelo za tržišno natjecanje, ako primjenjuje nacionalno pravo na sporazum odnosno na zlouporabu koja utječe na prekograničnu trgovinu, mora istodobno primijeniti i članak 101. odnosno 102. UFEU-a. Dakle, moguća je primjena nacionalnog prava paralelno uz europsko pravo kada je riječ o sporazumu odnosno zlouporabi koji ima utjecaj na prekograničnu trgovinu između država članica. Svrha ovakvog pravila jest osigurati da pravila tržišnog natjecanja EU-a budu primjenjena u svim slučajevima za koje ona vrijedi, a u praksi je ovakva obveza primjene pravila tržišnog natjecanja EU-a rezultirala velikim povećanjem primjene članaka 101. i 102. UFEU-a.¹⁵

¹³ Čl. 3. Uredbe 1/2003.

¹⁴ Članci 4. i 5. Uredbe 1/2003.

¹⁵ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009) 206 final, §20.

Odredba stavka 2. članka 3. Uredbe 1/2003 navodi da nacionalno tijelo ne smije temeljem nacionalnog prava zabraniti sporazum koji nije zabranjen temeljem članka 101. stavka 1. UFEU-a, odnosno koji ispunjava uvjete iz članka 101. stavka 3. UFEU-a (tzv. *convergence rule* – konvergencijsko pravilo, pravilo o usklađenom pravnom tretmanu). Drugim riječima, kada je riječ o ograničavajućem sporazumu, nacionalna norma se ne smije primijeniti ako je stroža od europskog prava tržišnog natjecanja. *A contrario*, ako je sporazum zabranjen temeljem 101. stavka 1. UFEU-a odnosno ako ne ispunjava uvjete iz članka 101. stavka 3. UFEU-a, ne može se temeljem nacionalnog prava proglašiti valjanim jer bi to bilo suprotno načelu supremacije europskog prava tržišnog natjecanja temeljem presude u predmetu *Walt Wilhelm*. Cilj je osigurati jednake uvjete takmičenja (*level playing field*) putem jednoobraznog standarda za ocjenu sporazuma, usklađenog djelovanja i odluka udruženja poduzetnika.¹⁶

Nadalje, iz odredbe stavka 2. članka 3. Uredbe 1/2003 jasno je da državama članicama nije zabranjeno donijeti i primjenjivati na njihovom vlastitom teritoriju nacionalne propise koji su stroži od propisa EU-a u domeni zlouporabe vladajućeg položaja. Drugim riječima, iako nacionalno tijelo mora primijeniti članak 102. UFEU-a kada primjenjuje svoje nacionalno pravo tržišnog natjecanja, ono može primijeniti na svom vlastitom teritoriju i stroži nacionalni propis koji zabranjuje ili sankcionira jednostrano ponašanje poduzetnika. Dakle, temeljem nacionalnog prava može se zabraniti ono jednostrano ponašanje poduzetnika koje utječe na trgovinu između država članica, ali koje nije obuhvaćeno člankom 102. UFEU-a.¹⁷ U alineji 8 preambule Uredbe 1/2003 navode se kao primjer za strožu nacionalnu normu odredbe kojima se zabranjuje zlouporabno postupanje prema poduzetnicima koji su u položaju „gospodarske ovisnosti“. Takve su, primjerice, odredbe kojima se ograničava pravo na odbijanje isporuke, bez obzira ima li poduzetnik koji odbija isporuku vladajući položaj, kakve postoje u nekoliko država članica.¹⁸ Daljnji primjeri takvih divergentnih propisa iz država članica uključuju zabranu daljnje prodaje robe po cijeni koja je ispod nabavne cijene ili uz gubitke (Francuska, Njemačka), različitu definiciju vladajućeg položaja u odnosu na onu iz prava EU-a (Austrija: poduzetnik je u vladajućem položaju ako u trgovačkim odnosima sa

¹⁶ *Ibid.*, §21.

¹⁷ Bellamy i Child, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2008, str. 1408.

¹⁸ *Ibid.*

svojim dobavljačima ili kupcima ima jači položaj od njih), ili pak odredbe o zlouporabi gospodarske neovisnosti, pregovaračkoj premoći ili značajnom utjecaju (Njemačka, Francuska, Grčka, Irska, Latvija, Portugal, Mađarska).¹⁹

Iz odredbe stavka 3. članka 3. Uredbe 1/2003 jasno je da se konvergencijsko pravilo ne primjenjuje u situacijama kada nacionalno tijelo za tržišno natjecanje odnosno nacionalni sud primjenjuje domaća pravila o nadzoru koncentracija poduzetnika. U tom smislu potrebno je obratiti pažnju na to da su Uredbom 139/2004 o nadzoru koncentracija poduzetnika propisana izričita pravila o podjeli nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela u ocjeni koncentracija poduzetnika.²⁰

Naposljetku, temeljem stavka 3. članka 3. Uredbe 1/2003 jasno je da konvergencijsko pravilo ne sprječava primjenu nacionalnih odredbi čiji je cilj različit od cilja koji se želi postići odredbama 101. i 102. UFEU-a, tj. zaštite tržišnog natjecanja, sve pod uvjetom da se ne krše opća načela i druge odredbe prava Unije. Tako alineja 9 preambule Uredbe 1/2003 kao primjer za nacionalne propise koji imaju drugačiju svrhu navodi propise kojima se zabranjuju nepoštene trgovinske prakse (*unfair trading practice*), primjerice propise kojima se zabranjuje nametanje nepoštenih ugovornih klauzula.

U hrvatskom je pravu tako Zakonom o trgovini zabranjeno „nepošteno trgovanje“, tj. „radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri trgovački običaji.“²¹ Primjerice, zabranjeno nepošteno trgovanje bile bi „radnje trgovaca usmjerene na prekid poslovnih odnosa, između drugih trgovaca ili koje sprečavaju ili otežavaju poslovne odnose drugih trgovaca“ ili pak „neopravdano neispunjavanje ili raskidanje ugovora s pojedinim trgovcem kako bi se sklopio isti ili povoljniji ugovor s drugim trgovcima“.²² Dakle, takve radnje nepoštenog trgovanja i dalje su zabranjene, usprkos tome što možda nisu zabranjene temeljem propisa o zaštiti tržišnog natjecanja.

¹⁹ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM(2009) 206 final, §21.

²⁰ Uredba 139/2004 o nadzoru koncentracija poduzetnika, OJ L 24, 29.01.2004, p. 1-22.

²¹ Članak 63. Zakona o trgovini (*Narodne novine*, 87/08, 116/08, 79/09, 114/11, dalje u tekstu: ZOT).

²² Članak 64. ZOT.

Odredba članka 3. Uredbe 1/2003 slijedi stav Suda iz predmeta *Walt Wilhelm* prema kojem nije zabranjena primjena nacionalnog prava tržišnog natjecanja na sporazume odnosno prakse s prekograničnim učinkom.²³ I dalje je moguća paralelna primjena europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja, ali uz dva važna uvjeta: kao prvo, ako nacionalno tijelo primjenjuje nacionalno pravo tržišnog natjecanja na sporazum odnosno praksu koji imaju prekogranični učinak, mora istodobno primijeniti i članak 101. odnosno 102. UFEU-a (članak 3. stavak 1. Uredbe 1/2003),²⁴ te kao drugo, sporazum s prekograničnim učinkom koji nije zabranjen temeljem europskog prava tržišnog natjecanja ne može se zabraniti temeljem nacionalnog prava tržišnog natjecanja (članak 3. stavak 2. Uredbe 1/2003 – tzv. *convergence rule*).

Samo su dvije situacije u kojima ne treba primijeniti europsko pravo tržišnog natjecanja: kao prvo, ako sporazum odnosno praksa ne utječe na prekograničnu trgovinu jer se onda primjenjuje nacionalno pravo te, kao drugo, kod primjene strožeg nacionalnog prava na jednostrano ponašanje poduzetnika koje se ne smatra zlouporabom vladajućeg položaja temeljem članka 102. UFEU-a.

Kada dolazi do paralelne primjene europske i nacionalne pravne norme, zapravo postoji dvostruki pravni temelj za konkretnu odluku. Postavlja se pitanje koja je svrha takve paralelne primjene. Odgovor je vrlo praktične naravi. Naime, ako bi nacionalno tijelo u svakom pojedinom slučaju moralо odlučivati hoće li odabrati kao pravni temelj europsko ili nacionalno pravo tržišnog natjecanja, to bi moglo dovesti do sustavnog osporavanja odluka na temelju postojanja odnosno nepostojanja prekograničnog učinka.²⁵ Upravo zbog ignoriranja relevantnosti kriterija utjecaja na prekograničnu trgovinu, isti kao „jurisdikcijski“ kriterij gubi na važnosti. Osim toga, konkretnu korist od paralelne primjene europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja može se vidjeti i tu tome što tada nacionalno tijelo može koristiti, u postupku koji provodi, povjerljive podatke dobivene od Komisije.²⁶ Ako bi pak primjenjivalo samo nacionalno pravo

²³ Faull, J.; Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, 2007., str. 96.

²⁴ Međutim, nacionalno tijelo za tržišno natjecanje može jednostavno u takvom slučaju primijeniti samo članak 101. odnosno 102. UFEU-a. Vidi *ibid.*, str 97.

²⁵ *Ibid.*, str 98.

²⁶ Članak 12. stavak 2. Uredbe 1/2003.

tržišnog natjecanja, moralo bi samostalno pribaviti dokaze i ne bi moglo koristiti dokaze koje je prikupila Komisija.

Dakle, samo je na prvi pogled za primjenu članka 3. Uredbe 1/2003 bitan pojam utjecaja na trgovinu, kriterij temeljem kojega se razgraničuje polje primjene nacionalnog odnosno europskog prava tržišnog natjecanja.²⁷ Međutim, iako taj pojam upućuje na primjenu europskih normi ako postoji utjecaj na trgovinu, odnosno primjenu nacionalnih normi ako ne postoji utjecaj na trgovinu, stvari su, kao što je vidljivo, nešto složenije ako se analizira kako Uredba 1/2003 razgraničuje nadležnost između Komisije i nacionalnih tijela. Drugim riječima, čini se da se ne može jednostavno ustvrditi da je temeljnih kriterij za razgraničenje nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela upravo postojanje utjecaja ograničavajuće prakse na trgovinu između država članica. Istina, taj kriterij upućuje kada će se primjeniti nacionalna, a kada europska norma, ali ne upućuje na to hoće li postupati Komisija ili pak nacionalno tijelo budući da Uredba 1/2003 uspostavlja specifična pravila oko raspodjele nadležnosti, odnosno budući da omogućava paralelnu primjenu europske i nacionalne norme prava tržišnog natjecanja, zbog čega čak postaje irelevantno postoji li prekogranični učinak ili ne (iako je relevantno u smislu da bez postojanja prekograničnog učinka nije moguća primjena europske norme). Ono što je bitno jest da nacionalno tijelo, kada primjenjuje nacionalno pravo na sporazum odnosno praksu koja može utjecati na prekograničnu trgovinu, mora primjeniti članak 101. odnosno 102. UFEU-a. Međutim, članak 3. stavak 1. Uredbe 1/2003 ne traži da nacionalno tijelo mora primjeniti nacionalno pravo u takvom slučaju, već može primjeniti i samo europsku normu.²⁸

Posljedica primjene stavka 1. članka 3. Uredbe 1/2003 jest aktivno sudjelovanje nacionalnih tijela te nacionalnih sudova u primjeni europskog prava tržišnog natjecanja. Budući da se Uredba 1/2003 temelji na načelu izravnog učinka, to umnogome doprinosi učinkovitoj provedbi europskog prava tržišnog natjecanja.²⁹ Ranije je temeljem Uredbe br. 17 gotovo isključivo dolazilo do primjene nacionalnog prava tržišnog natjecanja od

²⁷ Vidi Smjernice Komisije o pojmu utjecaja na trgovinu, OJ C 101, 27.04.2004, pp. 81-96.

²⁸ *Ibid.*, t. 9.

²⁹ Faull; Nikpay, *op. cit.* u bilj. 23, str. 98.

strane nacionalnog tijela. Uredba 1/2003 donosi veliku promjenu: obvezu primjene članka 101. odnosno 102. UFEU-a za nacionalno tijelo ako postoji utjecaj na prekograničnu trgovinu. Očito je za provedbu ovakve odredbe nužna uspostava mehanizama za suradnju. U tom smislu članak 11. Uredbe 1/2003 predstavlja pravni temelj za Europsku mrežu za tržišno natjecanje (*European Competition Network, ECN*). Cilj je jasan: učinkovita provedba prava i njegova dosljedna primjena na cijelom unutarnjem tržištu.

Nadalje, posljedica članka 3. stavka 2. Uredbe 1/2003 jest da primjena nacionalnog prava tržišnog natjecanja na ograničavajući sporazum ne smije dovesti do njegove zabrane, osim ako nije zabranjen i temeljem europskog prava tržišnog natjecanja. Cilj je stvoriti *level playing field* kada su posrijedi sporazumi koji utječu na prekograničnu trgovinu na unutarnjem tržištu. To zapravo znači da poduzetnik ne mora provjeravati u svim državama članicama je li njegov sporazum dopušten.³⁰ Nacionalno tijelo ne smije zabraniti sporazum s prekograničnim učinkom ako nije zabranjen temeljem europskog prava tržišnog natjecanja.

I stavak 1. i stavak 2. članka 3. Uredbe 1/2003 imaju izravan učinak, te postupanje protivno tim normama dovodi do nevaljanosti konkretnе odluke.

Uredba 1/2003 ne remeti načelo primata europskog prava. Nije relevantno što je temeljem nacionalnog prava nešto dopušteno, ako je zabranjeno temeljem europskog prava.³¹ Isto tako, ako bi Komisija temeljem članka 10. Uredbe 1/2003 utvrdila da određeno postupanje nije povreda, primjerice, da jednostrano ponašanje nije zlouporaba temeljem europskog prava tržišnog natjecanja, to se postupanje ne bi moglo zabraniti temeljem nacionalnog prava tržišnog natjecanja.³²

5. Implikacije Uredbe 1/2003 za Hrvatsku

³⁰ *Ibid.*, str. 101.

³¹ Vidi predmet T-203/01, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v Komisije (Michelin II)* [2003] ECR II-4071: zbog primata europskog prava i izravnog učinka članka 102. UFEU-a nije relevantno što je praksa dopuštena temeljem nacionalnog prava.

³² Izvedeno iz presude u predmetu *Walt Wilhelm*. Vidi i Faull; Nikpay, *op. cit.* u bilj. 23, str 104.

Jasno je da prije 1. srpnja 2013., tj. prije ulaska Republike Hrvatske u punopravno članstvo EU, nije postojala nadležnost Komisije odnosno Europskog suda za primjenu pravila tržišnog natjecanja EU na teritoriju Republike Hrvatske,³³ već je za primjenu (domaćih) pravila tržišnog natjecanja bila nadležna isključivo AZTN odnosno sudovi Republike Hrvatske. Međutim, i prije punopravnog članstva domaća su tijela bila obvezna primjenjivati kriterije iz europske pravne stečevine temeljem članka 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (dalje u tekstu: SSP).³⁴ Usprkos tome što je SSP primjenu europskih pravila nalagao samo u slučajevima kada postoji prekogranični utjecaj na trgovinu između Republike Hrvatske i Zajednice, Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja doseg primjene tih pravila proširen je i na isključivo „domaće“ slučajeve.³⁵ Pri

³³ Ipak, nadležnost Komisije odnosno Europskog suda postoji ako povreda ima učinke na teritoriju EU zbog postupanja poduzetnika koji imaju sjedište izvan EU. Detaljnije vidjeti u Bellamy i Child, *European Union Law of Competition*, Oxford, 2013, str. 55 i dalje. Glede zasebnog pitanja primjene prava tržišnog natjecanja EU-a prije pristupanja države u punopravno članstvo u EU vidjeti predmet C-17/10, *Toshiba Corporation and Others v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže* [2012], ECR I-00000, u kojem je Europski sud presudio da nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ne može primjeniti članak 101. UFEU-a i Uredbu 1/2003 u odnosu na učinke kartela na teritoriju te države članice prije dana pristupanja te države u punopravno članstvo, već samo relevantne nacionalne propise.

³⁴ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica (*Narodne novine* - Međunarodni ugovori, 14/2001). Tako članak 70. stavak 1. glasi: „Sljedeće je nespojivo s ispravnom primjenom Sporazuma u mjeri u kojoj može utjecati na trgovinu između Zajednice i Hrvatske: (i) svi sporazumi između poduzetnika, odluke udruženja poduzetnika i uskladene prakse između poduzetnika, čiji je cilj ili učinak sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnoga natjecanja; (ii) zlouporaba vladajućega položaja jednog ili više poduzetnika na teritoriju Zajednice ili Hrvatske u cijelini, ili u njihovim značajnim dijelovima; (iii) svaka državna potpora koja narušava ili prijeti narušavanjem tržišnoga natjecanja davanjem prednosti nekim poduzetnicima ili nekim proizvodima.“ Članak 70. stavak 2. glasi: „Svako postupanje suprotno ovom članku ocjenjivat će se na temelju kriterija koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Zajednici, posebice članaka 81., 82., 86. i 87. Ugovora o osnivanju Europske zajednice i instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije Zajednice.“ Detaljnije vidi u: Butorac Malnar, V.; Pecotić Kaufman, J., *The interaction between EU regulatory implants and the existing Croatian legal order in competition law*, rad predstavljen u ožujku 2013. na konferenciji „The Fourteenth Mediterranean Research Meeting“ na Sveučilištu u Mersinu, u organizaciji European University Institute - Robert Schuman Centre for Advanced Studies u suradnji sa Sveučilištem u Mersinu.

³⁵ Članak 35. stavak 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine*, 122/2003) glasi: “U ocjeni oblika sprječavanja, ograničavanja ili narušavanja tržišnog natjecanja koji mogu utjecati na trgovinu između Republike Hrvatske i Europskih zajednica, Vijeće u skladu s člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske (*Narodne novine* - Međunarodni ugovori, 14/2001), primjenjuje na odgovarajući način kriterije koji proizlaze iz pravilne primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama.“ Članak 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne*

tome treba napomenuti da, koliko je autorici poznato, niti u jednoj odluci AZTN-a glede ograničavajućeg sporazuma odnosno zlouporabe vladajućeg položaja nije vršena analiza ima li sporna povreda Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja prekogranični učinak. Primjenu europskih pravila iz područja prava tržišnog natjecanja kao „pomoćnog sredstva za tumačenje“ potvrdio je i Ustavni sud Republike Hrvatske.³⁶ U odluci u predmetu P.Z. Auto Ustavni sud u bitnome navodi: „u slučajevima u kojima se ispituje je li tržišno natjecanje narušeno, hrvatska tijela koja se bave zaštitom tržišnog natjecanja, ovlaštena su i obvezatna primjenjivati kriterije koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju Europskih zajednica i iz instrumenata za tumačenje koje su usvojile institucije Europskih zajednica. Na taj način SSP i Privremenog sporazuma obvezuju hrvatska tijela za zaštitu tržišnog natjecanja da, rješavajući određene slučajeve, primjenjuju ne samo hrvatsko pravo tržišnog natjecanja, nego i da vode računa o odgovarajućem pravu Europskih zajednica.“³⁷ Također, Ustavni sud navodi da se „kriteriji, standardi i instrumenti tumačenja Europskih zajednica ne primjenjuju kao primarni izvor prava, nego samo kao pomoćno sredstvo za tumačenje. Odredbe članka 70. stavka 2. SSP-a i članka 35. stavka 2. Privremenog sporazuma valja promatrati u kontekstu obveze Republike Hrvatske da svoje zakonodavstvo, pa tako i ono koje se tiče tržišnog natjecanja, uskladi s pravnom stečevinom Europske unije. Kada primjenjuje tako usklađeno zakonodavstvo, obveza je državnih tijela Republike Hrvatske da to čine na način kako je to slučaj u Europskim zajednicama, dakle po smislu i duhu propisa na temelju kojih je usklađivanje obavljeno.“³⁸ Nakon pristupanja pravila pravne stečevine EU primjenjuju se izravno i na teritoriju Republike Hrvatske, te je za ovu tematiku, kako je već spomenuto, ključna Uredba 1/2003.

novine, 79/2009) glasi: "U primjeni ovoga Zakona, a osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa, u skladu sa člankom 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Europskih zajednica i njihovih država članica i Republike Hrvatske (Narodne novine – Međunarodni ugovori, 14/01.), primjenjuju se na odgovarajući način kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskim zajednicama." Detaljnije vidi u: Butorac Malnar; Pecotić Kaufman, *op. cit.*, u bilj. 34, bilj. 5.

³⁶ Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske od 13. veljače 2008. donesena pod brojem U-III-1410/2007, u predmetu P.Z. Auto, *Narodne novine*, 25/2008.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

Uredba 1/2003 odnosi se isključivo na sporazume odnosno zlouporabe koje imaju prekogranični učinak, dok su oni bez prekograničnog učinka izvan njezina dosega. Drugim riječima, u „domaćim“ slučajevima ostaje i dalje primjena nacionalnog prava tržišnog natjecanja. Do pristupanja Republike Hrvatske u punopravno članstvo EU primjenjivala se pravna stečevina EU, kao pomoćno sredstvo za tumačenje putem članka 70. SSP-a, odnosno putem odredbe Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koji je, pozivajući se na SSP, bio pravni temelj za primjenu europskih kriterija posebice u slučajevima pravnih praznina te u slučaju dvojbi prilikom tumačenja normi.³⁹ Kako je SSP prestao važiti danom pristupanja Republike Hrvatske EU, promijenjena je Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja⁴⁰ i relevantna odredba Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja koja se pozivala na SSP kao pravni temelj za primjenu europskih kriterija, tako da sada glasi: „U primjeni ovoga Zakona, a osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa, u skladu s člankom 1. Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji (*Narodne novine – Međunarodni ugovori, 2/12.*), primjenjuju se na odgovarajući način kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskoj uniji.“⁴¹

Kao što je vidljivo, ova je odredba tek neznatno izmijenjena u odnosu na raniju odredbu članka 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. Tek se, umjesto SSP-a kao pravnog temelja za primjenu pravne stečevine, navodi Ugovor o pristupanju. Čudi donekle da je takva odredba opstala u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja nakon 1. srpnja 2013. budući da se od dana pristupanja pravna stečevina EU primjenjuje u potpunosti, kao izravan izvor prava. Međutim, čini se da se njome ipak želi nešto postići te da nije slučajno opstala nakon izmjena i dopuna Zakona koje su stupile na snagu 1.

³⁹ Vidi čl. 35. st. 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003, te čl. 74. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009.

⁴⁰ Vidi čl. 49. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine, 80/2013*).

⁴¹ Članak 74. stavak 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine, 79/09, 80/13*). Članak 1. Ugovora o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji glasi: „1. Republika Hrvatska ovime postaje članica Europske unije i Europske zajednice za atomsku energiju. 2. Republika Hrvatska postaje stranka Ugovora o Europskoj uniji, Ugovora o funkcioniranju Europske unije i Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju, kako su izmijenjeni ili dopunjeni. 3. Uvjeti primanja u članstvo i prilagodbe ugovorâ iz stavka 2. koje to primanje povlači za sobom utvrđeni su u Aktu priloženom ovom Ugovoru. Odredbe tog Akta sastavni su dio ovog Ugovora.“ Vidi Ugovor o pristupanju Republike Hrvatske Europskoj uniji (*Narodne novine – Međunarodni ugovori, 2/12, str. 6*).

srpnja 2013. Naime, pravne posljedice primjene te odredbe, čini se, bit će izravna mogućnost primjene europskog prava tržišnog natjecanja u slučajevima koji nemaju prekogranični učinak, dakle, u čisto „domaćim“ situacijama. To znači da će biti zadržan *status quo*, tj. pozivanje na europska pravila bez obzira je li riječ o domaćem ili prekograničnom predmetu, u skladu s dosadašnjom praksom AZTN-a koja nije bila osporena od strane Upravnog suda Republike Hrvatske odnosno Visokog upravnog suda Republike Hrvatske.

Zaista, u nekim državama članicama u nacionalnim propisima postoje odredbe kojima se regulira način primjene domaćeg prava tržišnog natjecanja dovodeći ga u blizak odnos s europskim pravom tržišnog natjecanja. Tako je u britanskom pravu tržišnog natjecanja, „glede pitanja koja se odnose na tržišno natjecanje unutar Ujedinjene Kraljevine“, cilj osigurati konzistentnost s pravom EU-a „koliko je to god moguće“, „uzimajući u obzir sve relevantne razlike“ između nacionalnog i europskog prava.⁴² U bitnome, mora postojati usklađenost između tog nacionalnog propisa i europskog prava tržišnog natjecanja, pa citirana odredba predstavlja pravni temelj za britanska tijela za tržišno natjecanje i sudove za primjenu prava tržišnog natjecanja EU-a kada donose odluke temeljem tog propisa.⁴³ Konzistentnost neće biti moguće osigurati u slučajevima kada se UK Competition Act izričito razlikuje od prava EU-a (npr. širi obuhvat instituta *legal professional privilege*, različita postupovna pravila, izričito izuzimanje određenih sporazuma temeljem nacionalnog prava, zatim, šire gledajući, sam cilj integracije unutarnjeg tržišta koji se uzima u obzir u pravu EU-a neće biti relevantan u nacionalnom pravu, itd.).⁴⁴ Osim toga, mora postojati konzistentnost između, s jedne strane, načela koja primjenjuju domaća tijela i odluka koje ta tijela donose te, s druge strane, načela iz Ugovora i načela koja je usvojio Europski sud te relevantnih odluka Europskog suda.⁴⁵ Naposljetku, tijela moraju „uzeti u obzir sve relevantne odluke ili izjave Komisije.“⁴⁶

⁴² Section 60(1) UK Competition Act.

⁴³ Vidi Whish, R.; Bailey D., *Competition Law*, Oxford, 2012, str. 370.

⁴⁴ Tako *ibid.*, str. 370-371.

⁴⁵ Sect 60(2) UK Competition Act. Vidi detaljnije *ibid.*, str. 373.

⁴⁶ Sect 60(3) UK Competition Act. Vidi detaljnije *ibid.* „Izjave“ Komisije su, primjerice „neformalne upute“ Komisije u predmetima u kojima se pojavljuju nova ili nerazriješena pravna pitanja glede primjene članka 101. odnosno 102. UFEU-a temeljem Obavijesti Komisije o neformalnim uputama, OJ L 2004. Tako Bellamy i Child, *op. cit.* u bilj. 33, str. 1198.

Međutim, u hrvatskom slučaju i dalje je očito da izričaj odredbe članka 74. stavka 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja predstavlja relikt onog izričaja koji nam je ostavio SSP (primjena „na odgovarajući način“ „kriterija koji proizlaze“ iz primjene prava tržišnog natjecanja EU-a), a koji nakon ulaska u punopravno članstvo više ne odgovara novonastalim pravnim odnosima između domaćeg i europskog prava tržišnog natjecanja. Naime, sintagma „u primjeni ovog Zakona“ podrazumijeva da bi do primjene odredbe članka 74. stavka 1. došlo i u situacijama kada Agencija primjenjuje u pojedinačnom slučaju članak 101. ili 102. UFEU-a. Međutim, u takvom slučaju ne primjenjuju se „na odgovarajući način kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju u Europskoj uniji“, već se izravno primjenjuju ta pravila. Riječima Ustavnog suda Republike Hrvatske, pravila EU-a se ne bi primjenjivala kao „pomoćno sredstvo za tumačenje“, već kao neposredni izvor prava. U tom je kontekstu članak 74. stavak 1. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja ne samo nomotehnički nespretan, već i suštinski, materijalno-pravno neispravan. Ostaju naposljetku situacije u kojima se taj zakon primjenjuje na domaće slučajeve u kojima bi se onda, temeljem članka 74. stavka 1., primjenjivali (kao pomoćno sredstvo za tumačenje, ne kao izravan izvor prava) „EU kriteriji“. U tom kontekstu, čini se, ova odredba hrvatskog zakona ima fundamentalno različitu motivaciju od odredbe britanskog Competition Act. Dok britanska odredba govori o tome da će se nacionalna pravila primjenjivati što je više moguće u skladu s europskim pravilima, što je posljedica jasne materijalno-pravne konvergencije nacionalnih i europskog prava tržišnog natjecanja, hrvatska odredba ima za svoje polazište stanje manjkave usklađenosti domaćeg prava s europskim (bilo zbog toga što postoji pravna praznina, pa nema odgovarajućeg domaćeg pravila, bilo zbog toga što je domaće pravilo nejasno pa ga treba tumačiti u svjetlu europskog prava tržišnog natjecanja), pa zbog toga treba primijeniti „EU kriterije“, što je pak posljedica povjesnog razvoja domaćeg normativnog okvira u području prava tržišnog natjecanja tijekom predpristupnog razdoblja kada je tek trebalo uspostaviti koherentna i što potpunija pravila u ovom području pa je pozivanje na „EU kriterije“ bilo korisno sredstvo za ispravljanje manjkavosti domaćeg pravnog okvira.

U svakom slučaju, pravo EU-a, pa ni Uredba 1/2003, ne govori izravno ništa o tome može li se pravo tržišnog natjecanja EU-a primjenjivati i na situacije u kojima nema utjecaja na prekograničnu trgovinu. Ono o čemu Europski sud vodi računa jest da se, ako

postoje identična nacionalna i europska pravila, identične odredbe odnosno instituti tumače na isti način jer „postoji jasan interes Europske unije da se spriječe razlike u tumačenju“, ⁴⁷ a zbog toga cilja Europski sud je spreman i proširiti svoju nadležnost na slučajevе u kojima se prethodni postupak ne odnosi izravno na „odredbe Ugovora“, već na nacionalne odredbe koje su identične odredbama Ugovora.⁴⁸

6. Raspodjela predmeta između Komisije i nacionalnih tijela za tržišno natjecanje

S obzirom na pravno uređenje uspostavljeno Uredbom 1/2003 očito je bilo potrebno donijeti i pravila o raspodjeli predmeta u situaciji kada dolazi do mogućeg paralelnog postupanja Komisije i nacionalnih tijela u konkretnim predmetima.⁴⁹ Tako u određenom predmetu postupak može željeti voditi nekoliko nacionalnih tijela ili pak jedno nacionalno tijelo i Komisija. Postavlja se pitanje koje je tijelo najprikladnije za postupanje. Smatrat će se da je Komisija tijelo najprikladnije za postupanje ako postoji utjecaj na tržišno natjecanje sporne prakse u više od tri države članice, ili ako interes Zajednice traži donošenje odluke Komisije radi razvoja europskog prava tržišnog natjecanja (novo pitanje ili Komisija može učinkovitije djelovati).⁵⁰ Smatrat će se da je nacionalno tijelo najprikladnije za postupanje ako sporazum odnosno zlouporaba značajno utječe na teritorij na kojem je ono nadležno pod uvjetom da može prikupiti dokaze, osigurati prestanak povrede i učinkovito kazniti odgovorne poduzetnike.⁵¹ Ako bi nekoliko nacionalnih tijela trebalo postupati, potrebno je raspraviti tko će odlučivati, a po mogućnosti se jedna država članica određuje kao „vodeća“ jurisdikcija. Nacionalno

⁴⁷ Predmet C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító and Others v Gazdasági Versenyhivatal* [2003] ECR I-00000, §20.

⁴⁸ Usp. predmet C-32/11 *Allianz Hungária Biztosító and Others v Gazdasági Versenyhivatal*. U tom predmetu sporna je bila odredba mađarskog prava tržišnog natjecanja, koja je po svome izričaju gotovo identična članku 101. UFEU-a, pa se postavilo pitanje ima li Europski sud uopće nadležnost odlučivati u takvom postupku s obzirom na to da je temeljem članka 267. UFEU-a Europski sud nadležan donositi prethodne odluke glede tumačenja Ugovora te glede akata institucija EU-a, a ne glede nacionalnog prava.

⁴⁹ Obavijest Komisije o suradnji u okviru mreže tijela za tržišno natjecanje, OJ C 101, 27.4.2004., p. 43, toč. 8, 14, 15.

⁵⁰ *Ibid.*, toč. 14 - 15.

⁵¹ *Ibid.*, toč. 8.

tijelo može privremeno zaustaviti postupak ili odbiti zahtjev za pokretanje postupka ako drugo nacionalno tijelo postupa u tom predmetu.⁵²

7. Preuzimanje nadležnosti od strane Komisije

Iako odredba o preuzimanju nadležnosti temeljem članka 11. stavka 6. Uredbe 1/2003 još nije primjenjena u praksi, ona omogućuje Komisiji da preuzme predmet od nacionalnog tijela za tržišno natjecanje. Pokretanje postupka od strane Komisije oslobađa nacionalno tijelo ovlasti da primjenjuje članak 101. odnosno 102. UFEU-a.⁵³ Ako je nacionalno tijelo već pokrenulo postupak, Komisija će pokrenuti postupak samo nakon što se konzultira s tim tijelom, tj. treba mu obrazložiti zašto pokreće postupak. Svrha ovakve odredbe jest jedinstvena primjena europskog prava tržišnog natjecanja, što je vidljivo iz primjerično navedenih situacija u kojima Komisija može preuzeti predmet: ako nekoliko nacionalnih tijela treba donijeti konfliktne odluke, ako su odluke očito suprotne ustaljenoj praksi Komisije odnosno europskih sudova, ako nacionalna tijela nepotrebno odugovlače postupak, ako sličan problem postoji u nekoliko država članica pa je potrebna odluka Komisije rado pojašnjena politike tržišnog natjecanja Komisije, te ako se nijedno nacionalno tijelo tomu ne protivi.⁵⁴ Ovo su važni razlozi za ovakvu moguću intervenciju Komisije, te se čini da Komisija tu mogućnost neće olako koristiti.

Članak 11. stavak 6. Uredbe 1/2003 očito jest norma koja određuje nadležnost: ako Komisija pokrene postupak, prestaje nadležnost nacionalnog tijela, ako je pak Komisija prva pokrenula postupak, ta odredba osigurava da Komisija ostane jedino nadležno tijelo. Tako ova odredba onemogućuje dupliranje, odnosno suvišno postupanje nacionalnih tijela (tzv. *one-stop-shop*).

⁵² Vidi članak 13. Uredbe 1/2003.

⁵³ Ipak to ne utječe na nadležnost tijela za tržišno natjecanje da primjenjuje članak 101. odnosno 102. UFEU-a jer njihova nadležnost proizlazi iz izravnog učinka tih odredbi. Vidi Toth, A. G. (ed.), *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law: Volume III: Competition Law and Policy*, Oxford, 2008., str. 346.

⁵⁴ Obavijest Komisije o suradnji u okviru mreže tijela za tržišno natjecanje, OJ C 101, 27.4.2004., str. 43, toč. 54.

Važno je uočiti odnos između članka 3. i članka 11. stavka 6. Uredbe 1/2003. Ako Komisija pokrene postupak, to znači da nacionalno tijelo ne može primijeniti članak 101. odnosno 102. UFEU-a, ali bi moglo primijeniti nacionalno pravo tržišnog natjecanja u tom slučaju. Međutim, zapravo će u velikom broju slučajeva otvaranje postupka od strane Komisije onemogućiti samostalnu primjenu nacionalnog prava zbog odredbi članka 3. stavka 1. i 2. Uredbe 1/2003. Te dvije odredbe u kombinaciji zabranjuju samostalnu primjenu nacionalnog prava, koja je moguća samo u slučaju primjene strože nacionalne norme na zlouporabu vladajućeg položaja. Drugim riječima, nije moguća samostalna primjena nacionalnog prava na sporazum odnosno na zlouporabu zabranjenu temeljem članka 102. UFEU-a: uvijek se moraju primjenjivati europsko i nacionalno pravo paralelno. Dakle, ako Komisija pokrene postupak temeljem članka 11. stavka 6. Uredbe 1/2003, nacionalno tijelo ne može samostalno ocjenjivati sporazum odnosno zlouporabu temeljem nacionalnog prava tržišnog natjecanja.⁵⁵

8. Jedinstvena primjena europskog prava tržišnog natjecanja

Članak 16. Uredbe 1/2003 nosi naziv „Jedinstvena primjena prava tržišnog natjecanja Zajednice.“ Stavak 2. tog članka određuje da nacionalno tijelo za tržišno natjecanje ne smije donijeti odluku koja je protivna već donesenoj odluci Komisije.⁵⁶ Međutim, valja istaknuti da se ova odredba ne odnosi i na odluke drugih nacionalnih tijela za tržišno natjecanje, tj. tijelo za tržišno natjecanje u jednoj državi članici može donijeti odluku suprotnu odluci tijela za tržišno natjecanje u drugoj državi članici.

Stavak 1. članka 16. Uredbe 1/2003 odnosi se na nacionalni sud te također određuje da nacionalni sud koji primjenjuje članak 101. odnosno 102. UFEU-a ne smije donijeti odluku koja bi bila protivna već donesenoj odluci Komisije, ali i mora nastojati izbjegći

⁵⁵ Faull; Nikpay, *op. cit.* u bilj. 23, str. 99-100.

⁵⁶ Vidi odluku poljskog suda da poljsko nacionalno tijelo za tržišno natjecanje nije prekršilo odredbu članka 16. stavka 2. Uredbe 1/2003 zbog toga što je usvojilo definiciju mjerodavnog tržišta različitu od Komisije u predmetu *Visa International* (odлуka Komisije od 24. srpnja 2002., predmet br. COMP/29.373, *Visa International* [2002] OJ L 318 p. 17) jer se odluka Komisije odnosi na prekograničnu situaciju, a poljska odluka na nacionalno tržište. Presuda poljskog Suda za tržišno natjecanje i zaštitu potrošača u predmetu *Visa – MasterCard*, predmet br. XVII Ama 109/07 od 12. studenog 2008., vidi u Bellamy i Child, *European Community Law of Competition: Supplement to the Sixth Edition*, Oxford, 2010, § 14.080.

donošenje odluke koja bi bila u sukobu s odlukom koju Komisija namjerava donijeti u postupku koji je pokrenula, pa nacionalni sud treba ocijeniti postoji li potreba za stavljanjem postupka u mirovanje.

Odredbom članka 16. Uredbe 1/2003 kodificirana je presuda Europskog suda u predmetu *Masterfoods* u kojoj je Sud odlučio da Komisija može donijeti odluku temeljem članka 101. odnosno 102. UFEU-a bez obzira što već postoji odluka (u konkretnom slučaju odluka suda) na razini države članice koja je u suprotnosti s odlukom koju namjerava donijeti Komisija.⁵⁷

Dobrovoljno usklađivanje nacionalnih prava tržišnog natjecanja viđeno je kao neočekivana posljedica primjene Uredbe 1/2003 budući da za to ne postoji obvezujuća normativna podloga, a smatra se da do njega dolazi zbog stalnih i čestih kontakata u okviru Europske mreže za tržišno natjecanje.⁵⁸

9. Odluke Komisije o obvezama poduzetnika

Odluke Komisije o obvezama (*commitments*) donesene temeljem članka 9. Uredbe 1/2003 ne utječu na ovlast nacionalnog tijela za tržišno natjecanje da primjenjuje članak 101. odnosno 102. UFEU-a.⁵⁹ Drugim riječima, moguće je da Komisija doneše odluku o obvezama, tj. bez utvrđenja postoji li povreda ili ne, a da nacionalno tijelo doneše odluku o povredi temeljem nacionalnog prava tržišnog natjecanja. Budući da ne postoji odluka Komisije o povredi, nije riječ o situaciji u kojoj bi se primijenila odredba Uredbe 1/2003 temeljem koje nacionalno tijelo ne bi moglo odlučiti da povreda postoji ako je Komisija odlučila da povreda ne postoji. Čini se opravdanim tvrditi da zbog ovoga postoji pravna nesigurnost za poduzetnike koji se obvežu temeljem članka 9. Uredbe 1/2003. Ono što je *de facto* moguće jest strože tretiranje sporazuma temeljem nacionalne norme.

10. Tko može donijeti odluku o tome da članak 101. odnosno 102. UFEU-a nije prekršen

⁵⁷ Predmet C-344/98, *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd.* [2000] ECR I-11369, § 48.

⁵⁸ Goyder, J.; Albors-Llorens, A., *Goyder's EC Competition Law*, Oxford, 2009., str. 530.

⁵⁹ Alineje 13 i 22 preambule Uredbe 1/2003.

Zasebno pitanje koje se postavlja jest smije li nacionalno tijelo donijeti odluku da nije prekršen članak 101. odnosno 102. UFEU-a ili takvu odluku može donijeti samo Komisija. Nedavno je Europski sud-a dao jasan odgovor na ovo pitanje, odlučivši da nacionalno tijelo ne smije donijeti takvu odluku, budući da članak 5. Uredbe 1/2003 navodi sve odluke koje nacionalno tijelo može donijeti te ga treba promatrati kao *numerus clausus*.⁶⁰ Kako navodi članak 5. stavak 2. Uredbe 1/2003, ako ne postoje uvjeti za zabranu, nacionalno tijelo može odlučiti da ne postoji temelj za njegovo postupanje. U praksi je teško razlikovati odluku o meritumu i odluku o nepostojanju uvjeta za postupanje budući da će u pravilu biti riječ o takvoj odluci nacionalnog tijela koja sadrži detaljno obrazloženje.⁶¹

11. Zaključak

Pitanje podjele nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za tržišno natjecanje, pa tako i hrvatske Agencije, uređuje Uredba 1/2003. Dok je prije donošenja te uredbe ovo pitanje bilo rješavano pojedinačnim sudskim odlukama Suda, što svakako nije moglo biti sveobuhvatno rješenje, nakon njezinog donošenja pitanje odnosa nacionalnog i europskog prava tržišnog natjecanja u smislu podjele nadležnosti uređeno je na cjelovit način.

Tri su ključna elementa Uredbe 1/2003. Kao prvo, članci 101. i 102. UFEU-a imaju izravan učinak, te nije potrebna prethodna odluka Komisije za primjenu članka 101. stavka 3. UFEU-a, kao što je to ranije bio slučaj. Kao drugo, pravo tržišnog natjecanja EU-a ima primat nad nacionalnim pravom tržišnog natjecanja uz određene iznimke („domaće“ koncentracije poduzetnika, strože nacionalno pravo glede zlouporaba vladajućeg položaja, nacionalne norme čiji je cilj različit od cilja koji se želi ostvariti putem pravila tržišnog natjecanja). Kao treće, i Komisija i nacionalna tijela ovlaštena su

⁶⁰ Predmet C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów v Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA* [2011] ECR I-03055.

⁶¹ Vidi van de Walle de Ghelcke, B., Limits to the power of national authorities in the application of European competition law, *Journal of European Competition Law & Practice* vol. 25, br. 2., 2011, str. 477-479.

primjenjivati članak 101. odnosno 102. UFEU-a pri čemu se posebno regulira način na koji se predmeti raspodjeljuju.

Uredba 1/2003 počiva na načelu primata europskog prava tržišnog natjecanja, odnosno kodificira raniju praksu Suda koja se odnosi na pitanje odnosa europskog i nacionalnog prava tržišnog natjecanja koja je dozvoljavala primjenu nacionalnog prava tržišnog natjecanja na sporazume odnosno prakse s prekograničnim učinkom, pod uvjetom da primjena nacionalnog prava ne ugrožava jedinstvenu primjenu prava tržišnog natjecanja EU-a. Drugim riječima, ako u slučajevima u kojima postoji prekogranični učinak nacionalno tijelo primjenjuje nacionalno pravo, ono mora primijeniti i europsko pravo, tj. članak 101. odnosno 102. UFEU-a, pri čemu nacionalno tijelo ne smije temeljem nacionalnog prava zabraniti sporazum koji ima prekogranični učinak ako on nije zabranjen temeljem članka 101. UFEU-a. Međutim, nacionalno tijelo može zabraniti temeljem strožeg nacionalnog prava zlouporabu vladajućeg položaja koja se ne smatra zlouporabom temeljem članka 102. UFEU-a.

Zaključno, samo su dvije situacije u kojima ne dolazi u obzir primjena prava tržišnog natjecanja EU-a. Kao prvo, europsko pravo tržišnog natjecanja ne primjenjuje se u slučaju jednostrane prakse koja se ne smatra zlouporabom vladajućeg položaja temeljem članka 102. UFEU-a, već dolazi do primjene strožeg nacionalnog prava koje takvu praksu ipak smatra zlouporabom.

Kao drugo, europsko pravo tržišnog natjecanja ne primjenjuje se ako je riječ o sporazu odnosno zlouporabi kod koje ne postoji utjecaj na prekograničnu trgovinu, u kojem se slučaju primjenjuje isključivo nacionalno pravo. Međutim, upozorimo da u čl. 74. st. 1. hrvatskog Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, čini se, nije isključena primjena europskog prava tržišnog natjecanja ni u tim slučajevima. Dosadašnja praksa Agencije je bila primjenjivati europske kriterije u svim predmetima, bez prethodnog razmatranja pitanja utjecaja na prekograničnu trgovinu, a to nije osporavano ni u postupku sudskog nadzora pojedinačne odluke Agencije. Čini se da je intencija zakonodavca bila nastaviti s takvom praksom i nakon pristupanja EU. Prema mišljenju autorice, zadržavanje ovakve odredbe u Zakonu o zaštiti tržišnog natjecanja i nakon punopravnog članstva suvišno je s obzirom na činjenicu da se nakon 1. srpnja 2013. pravo tržišnog natjecanja EU u

Hrvatskoj primjenjuje u potpunosti kao izravan izvor prava. Ono što se ipak ovakvom normom postiže jest „totalna pokrivenost“ europskim pravom tržišnog natjecanja. Drugim riječima, čak i kod sporazuma odnosno zlouporaba kod kojih ne postoji prekogranični učinak bit će moguće Agenciji u pojedinačnom slučaju primijeniti europsko pravo tržišnog natjecanja „osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju propisa.“ Po tome je hrvatsko pravo tržišnog natjecanja specifično u odnosu na nacionalna prava drugih država članica, u kojima se ne može naći slična odredba. Međutim, i kod nekih drugih država članica, kao što je Ujedinjeno Kraljevstvo, postoje odredbe koje govore o obvezi takve primjene domaćeg prava tržišnog natjecanja koja je u skladu s europskim pravom tržišnog natjecanja.

Specifičnosti postupka pred Europskom komisijom protiv poduzetnika radi povrede pravila tržišnog natjecanja

1. Uvod

Kao nespojivi s unutarnjim tržištem, odredbama čl. 101. UFEU-a zabranjeni su svi sporazumi među poduzetnicima, odluke udruženja poduzetnika i usklađeno djelovanje koji bi mogli utjecati na trgovinu među državama članicama i koji imaju za cilj ili posljedicu sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu.¹ Također je, kao nespojiva s unutarnjim tržištem, odredbama čl. 102. UFEU-a zabranjena i svaka zlouporaba vladajućeg položaja od strane jednog poduzetnika ili više njih na unutarnjem tržištu ili njegovu znatnom dijelu u mjeri u kojoj bi mogla utjecati na trgovinu među državama članicama.² Postupak u kojemu Europska komisija utvrđuje postojanje ovih povreda pravila tržišnog natjecanja i nalaže poduzetnicima odgovarajuće mjere uređen je Uredbom 1/2003³ i provedbenim propisima donesenim na temelju Uredbe 1/2003.⁴

* Ivan Tot, mag. iur., univ. spec. oec., asistent je na Katedri za pravo Ekonomskog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu. Rad predan dana 18. lipnja 2013.

¹ Prema čl. 101. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (OJ C 83 od 30.3.2010., dalje u tekstu: UFEU) koji odgovara ranijem čl. 81. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (OJ C 340 od 10.11.1997., dalje u tekstu: UoEZ). Za više o zabranjenim sporazumima u pravu tržišnog natjecanja Europske unije vidi: Pecotić Kaufman, J., *Horizontalni sporazumi o cijenama u pravu tržišnog natjecanja*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2008., str. 129. – 198.; Faull, J. i Nikpay, A. (ur.), *The EC Law of Competition*, Oxford, 1999., str. 66. – 96.; Roth, P. i Rose, V. (ur.), *Bellamy & Child – European Community Law of Competition*, Oxford, 2008., str. 107. – 138.

² Prema čl. 102. UFEU-a koji odgovara ranijem čl. 82. UoEZ-a. Za više o zloporabi vladajućeg položaja vidi: Šoljan, V., *Vladajući položaj na tržištu i njegova zlouporaba u pravu tržišnog natjecanja Europske zajednice*, Ibis grafika, 2004.; Faull i Nikpay, *ibid.*, str. 117. – 198.; Roth i Rose, *ibid.*, str. 909. – 1030.

³ Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u čl. 81. i 82. Ugovora (OJ L 1 od 4.1.2003.), izmijenjena Uredbom Vijeća (EZ) br. 411/2004 (OJ L 68 od 6.3.2004.) i Uredbom Vijeća (EZ) br. 1419/2006 (OJ L 269 od 28.9.2006.) (dalje u tekstu: Uredba 1/2003).

⁴ Od provedbenih propisa za pitanja ovog rada najznačajniji su: Uredba Komisije (EZ) br. 773/2004 od 7. travnja 2004. o provođenju postupaka pred Komisijom temeljem članaka 81. i 82. UoEZ-a (OJ L 123 od 27.4.2004.), izmijenjena Uredbom Komisije (EZ) br. 1792/2006 od 23. listopada 2006. (OJ L 362 od 20.12.2006.) i Uredbom Komisije (EZ) br. 622/2008 od 30. lipnja 2008. (OJ L 171 od 1.7.2008.) (dalje u tekstu: Uredba 773/2004); Odluka Predsjednika Europske komisije br. 2011/695/EU od 13. listopada 2011. o djelovanju i opisu poslova službenika za saslušanje u određenim postupcima u vezi s tržišnim natjecanjem (OJ L 275 od 20.10.2011., dalje u tekstu: Odluka o službenicima za saslušanje); Obavijest Komisije o najboljim praksama za provođenje postupaka u vezi s člancima 101. i 102. UFEU-a (OJ C 308 od 20.10.2011., dalje u

Cilj je rada prikazati vrste i tijek postupaka koje Komisija vodi po službenoj dužnosti u slučajevima povreda čl. 101. i 102. UFEU-a. Predmetom rada nisu postupci koje Komisija pokreće temeljem pritužbe zainteresirane osobe koja ima legitimni interes za utvrđenjem da je u pojedinom slučaju počinjena povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a, kao ni postupci u vezi sa skupnim izuzećima od primjene čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁵ Cilj rada nije analiza postupaka koji se radi ovih povreda pravila tržišnog natjecanja protiv poduzetnika vode pred nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja niti suradnje Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u vezi s postupcima protiv poduzetnika.⁶ Sudski nadzor nad odlukama Komisije također nije predmetom ovog rada.⁷ Rad se ne bavi ni proučavanjem različitosti u uređenju postupaka u odnosu na ranije izvore prava koji su prethodili Uredbi 1/2003.⁸

2. Općenito o postupcima koji se vode pred Europskom komisijom protiv poduzetnika radi povrede čl. 101. i 102. UFEU-a

2.1. Vrste postupaka pred Europskom komisijom

Prema kriteriju inicijative za pokretanje postupka, moguće je razlikovati postupke koje Komisija pokreće po službenoj dužnosti i postupke koje ona pokreće u povodu pritužbe zainteresirane osobe.

tekstu: Obavijest o najboljim praksama); Obavijest Komisije o pravilima za uvid u spis Komisije u slučajevima koji se vode temeljem članaka 81. i 82. UoEZ-a, čl. 53., 54. i 57. Sporazuma o EGP-u i Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 (OJ C 325 od 22.12.2005., dalje u tekstu: Obavijest o pravilima za uvid u spis); Obavijest Komisije o provođenju postupaka nagodbe u slučajevima kartela u pogledu usvajanja odluke temeljem članka 7. i 23. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003 (OJ C 167 od 2.7.2008., dalje u tekstu: Obavijest o postupku nagodbe).

⁵ O postupcima koji se pokreću temeljem pritužbe vidi više u: Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1222. – 1233.; a o skupnim izuzećima u: *ibid.*, str. 226. – 235.

⁶ O tome vidi više u: *ibid.*, str. 1188. – 1192. i 1371. – 1496.; Wright, K., The European Commission's Own 'Preliminary Reference Procedure' in Competition Cases?, *European Law Journal*, vol. 16, br. 6, 2010.

⁷ O sudskom nadzoru nad odlukama Komisije vidi više u: Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1334. – 1369.; Bailey, D., Scope of Judicial Review under Article 81 EC, *Common Market Law Review*, vol. 41, br. 5, 2004.

⁸ O tome vidi više u: Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1183. – 1188; Lu, L. - T., Modernization of EC Competition Law Enforcement: From Regulation 17/62 to Regulation 1/2003, *The Business Review*, vol. 8, br. 2, 2007.; Müller, F., The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition, *German Law Journal*, vol. 5, br. 6, 2004. Opširno o postupku prema pravilima koja su bila na snazi prije usvajanja Uredbe 1/2003 vidi u: Blanco, L. O., *EC Competition Procedure*, Oxford, 1996.

Prema kriteriju materijalnopravne odluke koju Komisija donosi u postupku, moguće je razlikovati nekoliko pojedinih postupaka koje Komisija može voditi protiv poduzetnika radi povrede pravila tržišnog natjecanja iz čl. 101. i 102. UFEU-a. Uredbom 1/2003 predviđeni su: postupak u kojemu Komisija odlukom utvrđuje postojanje povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a i nalaže poduzetniku da takvu povredu otkloni;⁹ postupak u kojemu Komisija u hitnim slučajevima odlukom nalaže privremene mjere;¹⁰ postupak u kojemu Komisija odlukom obvezuje poduzetnika na preuzimanje obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta;¹¹ te postupak u kojemu Komisija odlukom utvrđuje da čl. 101. UFEU-a nije primjenjiv na sporazum među poduzetnicima, odluku udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje, odnosno da čl. 102. nije primjenjiv na postupak poduzetnika.¹² Poseban postupak postizanja nagodbe predviđen je Uredbom 773/2004 za slučajeve kartela.¹³

2.2. Priroda postupka

Postupci pred Komisijom su po svojoj prirodi upravni postupci u kojima nema funkcionalne odvojenosti istrage i odlučivanja.¹⁴

Iako Uredba 1/2003 propisuje kako odluke kojima Komisija propisuje poduzetnicima novčane kazne, zbog povreda čl. 101. i 102. UFEU-a i zbog povreda pravila postupka propisanih Uredbom 1/2003, nemaju kaznenopravni karakter,¹⁵ slično kao i u kaznenim postupcima i u ovim upravnim postupcima pred Komisijom vrijedi presumpcija nevinosti u korist strane u postupku koju se tereti da je povredu počinila, a jamči se i poštivanje prava stranaka na obranu.¹⁶

⁹ Tzv. *prohibition procedure* čiji je temelj u čl. 7. Uredbe 1/2003, a koji se prikazuje *infra* u četvrtom poglavljtu rada. U radu se, radi izbjegavanja nepotrebognog opterećenja teksta, izraz „poduzetnik“ koristi u smislu da isti obuhvaća i poduzetnika i udruženje poduzetnika, osim ako je u radu izrijekom drugačije istaknuto na odgovarajućim mjestima.

¹⁰ Tzv. *interim measures procedure* čiji je temelj u čl. 8. Uredbe 1/2003, a koji se prikazuje *infra* u sedmom poglavljtu rada.

¹¹ Tzv. *commitments procedure* čiji je temelj u čl. 9. Uredbe 1/2003, a koji se prikazuje *infra* u petom poglavljtu rada.

¹² Tzv. *declarations of inapplicability procedure* čiji je temelj u čl. 10. Uredbe 1/2003, a koji se prikazuje *infra* u osmom poglavljtu rada.

¹³ Tzv. *settlements procedure* čiji je temelj u čl. 10. a Uredbe 773/2004, a koji se prikazuje *infra* u šestom poglavljtu rada.

¹⁴ Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1233. – 1234.

¹⁵ Prema čl. 23. st. 5. Uredbe 1/2003.

¹⁶ Prema čl. 27. st. 2. Uredbe 1/2003.

2.3. Načela postupka

Moguće je identificirati nekoliko načela postupka koji se vodi pred Komisijom radi povrede pravila čl. 101. ili 102. UFEU-a. Blanco, primjerice, navodi:¹⁷ načelo proporcionalnosti, načelo poštivanja prava na pravični postupak, načelo presumpcije nevinosti, načelo zakonitosti upravnih mjera, načelo pouzdane uprave, načelo zaštite poslovne tajne poduzetnika, načelo zaštite legitimnih očekivanja, načelo poštivanja dobre vjere i načelo pravne sigurnosti. Ovome popisu trebalo bi svakako dodati i načelo javnosti postupka te načelo dovršetka postupka u razumnom roku.

Načelo proporcionalnosti znači da se odlukom Komisije poduzetnika ne smije nepotrebno opteretiti obvezama i da odluka mora biti ograničena na ono što je neophodno potrebno da bi se ostvario njezin cilj.¹⁸

Načelo poštivanja prava na pravični postupak, pored prava stranke na saslušanje putem iskazivanja svojih stajališta u pisanom obliku i putem usmene rasprave, te prava stranke na pravnu pomoć, obuhvaća i pravo stranke da raspolaže istim podacima kojima u postupku raspolaže i Komisija.¹⁹ Ovo posljednje pravo izraz je principa „jednakosti oružja“ koji se u postupku pred Komisijom primarno ostvaruje kroz pravila o pravu poduzetnika na uvid u spis Komisije.²⁰

Načelo zakonitosti upravnih mjera zahtijeva da se u odlukama Komisije navede pravni temelj i obrazloženje odluke kako bi adresati mogli biti obaviješteni o razlozima kojima se Komisija vodila pri donošenju odluke i kako bi Europski sud mogao u postupku sudskega nadzora ispitati zakonitost odluke.²¹ Ako razlozi za odluku Komisije ne bi bili odgovarajuće navedeni ili ih odluka Komisije ne bi uopće sadržavala, takvu bi odluku bilo moguće proglašiti ništetnom.²²

Načelo pouzdane uprave stvara načelnu obvezu Komisije da podatke koje prikupi o poduzetniku u postupku ne otkrije trećim osobama,²³ a načelo zaštite poslovne tajne poduzetnika uspostavlja obvezu Komisije da ne otkrije poslovnu tajnu i druge povjerljive podatke poduzetnika ako to nije neophodno radi dokazivanja povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a.

¹⁷ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 9. – 10.

¹⁸ *Ibid.*, str. 9.

¹⁹ *Ibid.*, str. 10.

²⁰ Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1245.

²¹ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 10.

²² *Ibid.*, str. 56.

²³ *Ibid.*, str. 10.

Načelo zaštite legitimnih očekivanja znači da bi Komisija trebala djelovati u skladu s vlastitim ranije donesenim odlukama i u skladu s vlastitim ranijim postupanjem.²⁴

Načelo javnosti postupaka koji se vode pred Komisijom osigurava se prije svega putem javne objave odluka Komisije. Komisija je dužna javno objaviti odluke kojima se dovršava postupak pred Komisijom kao i odluke kojima je poduzetniku naloženo plaćanje novčane kazne, navodeći pri tome nazive stranaka i glavni sadržaj odluke uz uvažavanje legitimnog interesa poduzetnika na zaštitu njihovih poslovnih tajni.²⁵

Europski sud je u svojim odlukama potvrdio i da je načelo dovršetka upravnog postupka u razumnom roku jedno od načela postupka pred Komisijom.²⁶

2.4. Tijelo koje vodi postupak

Iako konačnu odluku u postupku usvaja Komisija u cjelini, postupak radi povrede tržišnog natjecanja vodi Glavna uprava za tržišno natjecanje.²⁷

Kako bi se osiguralo učinkovito ostvarenje postupovnih prava poduzetnika i drugih sudionika u postupku, odgovornost za nadgledanje poštivanja tih prava povjerena je službeniku za saslušanje kao nezavisnoj osobi, iskusnoj u području prava tržišnog natjecanja, koja ima integritet potreban za ostvarenje objektivnosti, transparentnosti i učinkovitosti postupaka koji se vode pred Komisijom radi povrede pravila tržišnog natjecanja.²⁸ Jednoga ili više službenika za saslušanje imenuje Komisija i oni se u administrativne svrhe postavljaju kao članovi Komisije s posebnom odgovornošću za tržišno natjecanje, ali u izvršavanju svojih funkcija djeluju u potpunosti neovisno o Komisiji.²⁹ Uz organiziranje i provođenje usmene rasprave u postupcima koji se vode pred Komisijom, temeljna funkcija službenika za saslušanje je i odlučivanje o zahtjevima

²⁴ Ibid. Kao primjer ostvarenja ovoga načela može se navesti stav Europskog suda iznesen u vrijeme kada pravo Europske unije nije obvezivalo Komisiju da poduzetniku dopusti pravo na uvid u spis, ali je Komisija to uobičajeno bila činila – Sud je držao da Komisija ne može odstupiti od pravila postupka koja si je sama bila nametnula (u predmetu T-7/89, *SA Hercules Chemicals NV protiv Komisije*, [1991] ECR II-01711, §§ 53. – 54.).

²⁵ Prema čl. 30. st. 1. i 2. Uredbe 1/2003.

²⁶ Vidi o tome odluke u predmetima: C-105/04 P, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied protiv Komisije*, [2006] ECR I-08725, § 38.; T-60/05, *Union française de l'express (UFEX) i drugi protiv Komisije*, [2007] ECR II-03397, § 55.

²⁷ Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1234.

²⁸ Prema t. 3. preambule i čl. 1. st. 2. Odluke o službenicima za saslušanje. O ulozi službenika za saslušanje (*hearing officers*) u postupcima pred Komisijom vidi i u: Albers, M. i Jourdan, J., *The Role of Hearing Officers in EU Competition Proceedings: A Historical and Practical Perspective*, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, br. 3, 2011.

²⁹ Prema čl. 2. st. 1. i 2. te čl. 3. st. 1. Odluke o službenicima za saslušanje.

stranaka za zaštitu njihovih procesnih prava u postupku, s tim da o potonjem službenik za saslušanje može odlučivati tek ako stranka nije svoj zahtjev s uspjehom prethodno razriješila s Glavnom upravom za tržišno natjecanje.³⁰ Pri tome će službenik za saslušanje u pojedinim slučajevima biti ovlašten samostalno odlučiti o zahtjevu stranke, a u određenim slučajevima moći će samo donijeti obrazloženu preporuku koju Komisija mora uzeti u obzir pri donošenju vlastite odluke. Službenik za saslušanje podnosi Komisiji konačni izvještaj o ostvarivanju procesnih prava stranaka u postupku nakon što Komisija pripremi preliminarni nacrt svoje odluke u postupku, a taj izvještaj dostavlja se adresatima Komisijine odluke zajedno s odlukom te se javno objavljuje prilikom objave odluke Komisije.³¹

Važnu ulogu u postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja ima i Savjetodavni odbor za pitanja ograničavajućeg djelovanja i vladajućeg položaja. Savjetodavni odbor sastavljen je od predstavnika nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica.³² Sa sastanaka Savjetodavnog odbora uvijek je isključena javnost i na njima ne mogu biti prisutni poduzetnici koji su stranke u postupku.³³ Kada je prema Uredbi 1/2003 Komisija dužna prije donošenja odluke u postupku savjetovati se Savjetodavnim odborom, Savjetodavni odbor sastavlja pisano mišljenje o preliminarnom nacrtu odluke Komisije koje Komisija mora uzeti u obzir i Savjetodavni odbor obavijestiti o načinu na koji je mišljenje uzela u obzir.³⁴ Samo mišljenje Savjetodavnog odbora nije pravno obvezujuće u smislu da ga Komisija mora u cijelosti prihvati. Međutim, Komisija je uvijek mišljenje obvezna zatražiti, a ako to ne učini, postoji povreda procesnopravnog preduvjeta za primjenu pravila tržišnog natjecanja, ali ne i takva koju bi se samu po sebi moglo smatrati povredom temeljnih prava poduzetnika ili prava poduzetnika na obranu.³⁵

2.5. Jezik postupka

Isprave koje Komisija dostavlja poduzetnicima moraju biti sastavljene na službenom jeziku države članice u kojoj je poduzetnik nastanjen, a isprave koje poduzetnik

³⁰ Prema čl. 3. st. 7. Odluke o službenicima za saslušanje.

³¹ Prema čl. 16. st. 1. i čl. 17. st. 3. Odluke o službenicima za saslušanje.

³² Prema čl. 14. st. 2. Uredbe 1/2003.

³³ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 32.

³⁴ Prema čl. 14. st. 3. i 5. Uredbe 1/2003.

³⁵ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 33. Ovo je i stajalište Europskog suda izraženo u predmetu T-19/91, *Société d'Hygiène Dermatologique de Vichy protiv Komisije*, [1992] ECR II-00415, § 38.

dostavlja Komisiji mogu biti sastavljene na bilo kojem od službenih jezika Unije po izboru poduzetnika, s tim da će u tom slučaju sva daljnja korespondencija biti sastavljana na tome odabranom jeziku.³⁶ Međutim, adresati se mogu odreći prava na dostavu isprava na jeziku koji proizlazi iz ovih pravila te u svrhu izbjegavanja odgovlačenja postupka zbog potreba prevođenja izabrati i neki drugi jezik kao jezik postupka.³⁷

Sudionici u usmenoj raspravi pred službenicima za saslušanje također mogu zahtijevati da ih se sasluša na nekom od službenih jezika Unije koji nije jezik postupka, pod uvjetom da se o ovome zahtjevu obavijesti službenika za saslušanje dovoljno unaprijed, a u tome slučaju osigurat će se nazočnost tumača na usmenoj raspravi.³⁸

2.6. Određivanje i računanje rokova u postupku

Stranke u postupku pred Komisijom dužne su potrebne obavijesti i dokumentaciju dostavljati Komisiji u rokovima koje im za to odredi Komisija. Kada je to prikladno, Komisija može produljiti rok koji je odredila za dostavu ali samo na obrazloženi zahtjev stranke koji Komisiji bude upućen pravovremeno, odnosno prije isteka prvotno određenog roka.³⁹ U pojedinim slučajevima, stranka svoj zahtjev za produljenjem roka koji je odbijen od strane Komisije može postaviti službeniku za saslušanje koji će o produljenju roka donijeti obrazloženu odluku.⁴⁰ Rokovi se u postupku računaju u skladu s odredbama Uredbe 1182/71.⁴¹

³⁶ Prema čl. 2. i 3. Uredbe br. 1 o utvrđivanju jezika koje rabi Europska ekonomska zajednica (OJ L 17 od 6.10.1958., s kasnjim izmjenama i dopunama) te t. 25. i 26. Obavijesti o najboljim praksama.

³⁷ Prema t. 27. Obavijesti o najboljim praksama.

³⁸ Prema t. 31. Obavijesti o najboljim praksama.

³⁹ Prema čl. 17. st. 4. Uredbe 773/2004.

⁴⁰ Prema čl. 9. Odluke o službenicima za saslušanje.

⁴¹ Uredba Vijeća (EEZ, Euratom) br. 1182/71 od 3. lipnja 1971. o utvrđivanju pravila primjenjivih na razdoblja, datume i rokove (OJ C 51 od 29.4.1970.; dalje u tekstu: Uredba 1182/71). Ako se rok izražen u danima, tjednima, mjesecima ili godinama ima računati od trenutka u koji pada određeni događaj, dan u koji pada taj događaj ne ubraja se u računanje roka (prema čl. 3. st. 1. Uredbe 1182/71). Rok izražen u danima počinje teći početkom prvoga sata prvog dana roka i ističe protekom posljednjeg sata posljednjeg dana roka (prema čl. 3. st. 2. b) Uredbe 1182/71). Rok izražen u tjednima, mjesecima ili godinama počinje teći početkom prvoga sata prvog dana roka, a ističe protekom posljednjeg sata onog dana koji odgovara danu od kojega se rok počeo računati, a ako toga dana u mjesecu nema, onda rok ističe protekom posljednjeg sata posljednjeg dana u mjesecu (prema čl. 3. st. 2. c) Uredbe 1182/71). U računanje rokova ubrajaju se i državni blagdani, subote i nedjelje osim kada su oni izrijekom isključeni ili kada je rok određen u radnim danima, a pada li posljednji dan roka u državni blagdan, subotu ili

2.7. Dokazivanje i dokazi

U postupcima koje protiv poduzetnika pokreće radi povrede pravila tržišnog natjecanja, Komisija ne može temeljitu svoju odluku na pretpostavkama, već samo na dokazima da je počinjena povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a. Pri tome teret dokaza da postoji povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a leži na Komisiji.⁴²

Stoga, iako je riječ o upravnim a ne o kaznenim postupcima, u postupcima pred Komisijom postoji i presumpcija nevinosti u korist poduzetnika protiv kojeg se postupak vodi.⁴³

Također, iako u upravnim postupcima koje vodi Komisija radi povrede pravila tržišnog natjecanja potreban standard dokazivanja nije toliko strog kao u kaznenim postupcima u kojima prevladava načelo *in dubio pro reo*,⁴⁴ Komisija ipak mora svoju odluku u postupku utemeljiti na prikladnim dokazima.⁴⁵ Glede prihvatljivosti dokaza vrijedi pravilo prema kojemu je jedini relevantni kriterij ocjene dokaza njihova vjerodostojnost.⁴⁶ Ne ostvari li se taj standard dokazivanja u postupku, Komisija neće moći donijeti valjanu odluku kojom se utvrđuje povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁴⁷

Dokazna sredstva koja Komisiji koristi kako bi dokazala povedu čl. 101. ili 102. UFEU-a najčešće su različite pisane isprave, ali u postupku je moguće koristiti se i drugim dokaznim sredstvima kao što su to saslušanje stranaka u postupku ili saslušanje drugih osoba.

nedjelju, rok ističe protekom posljednjeg sata sljedećeg radnog dana (prema čl. 3. st. 3. i 4. Uredbe 1182/71).

⁴² Prema t. 5. preambule i čl. 2. Uredbe 1/2003.

⁴³ Takvo stajalište zauzeo je i Europski sud u predmetima: T-30/91, *Solvay SA protiv Komisije*, [1995] ECR II-01775, §§ 72. – 73.; C-199/92 P, *Hüls AG protiv Komisije*, [1999] ECR I-04287, §§ 149. – 150.

⁴⁴ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 44., 102. – 103. Vidi o tome i odluku Europskog suda u predmetu T-53/03, *BPB plc protiv Komisije*, [2008] ECR II-01333, §§ 61. – 64.

⁴⁵ O prikladnim dokazima kao standardu dokazivanja vidi i stajališta Europskog suda u predmetu: C-40/73, *Coöperatieve Vereniging "Suiker Unie" UA i drugi protiv Komisije*, [1975] ECR 01663, §§ 199. – 210.

⁴⁶ Ovo je stajalište Europskog suda izraženo u predmetu C-407/04 P, *Dalmine SpA protiv Komisije*, [2007] ECR I-00829, § 63.

⁴⁷ O potrebnom standardu dokazivanja vidi i stajališta Europskog suda u spojenim predmetima T-68, T-77 i T-78/89, *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA protiv Komisije*, [1992] ECR II-01403, §§ 223. – 275.

3. Tijek postupka do okončanja istrage

Postupak koji Komisija vodi radi povrede pravila tržišnog natjecanja iz čl. 101. ili 102. UFEU-a, od inicijative za provođenje istrage do okončanja istrage se načelno odvija u istim stadijima neovisno o tome kakvu konačnu odluku Komisija nakon istrage donosi u postupku.

Inicijativa za provođenje istrage može doći putem pritužbe zainteresirane osobe ili i od same Komisije kada postupa po službenoj dužnosti. Kada Komisija provodi istragu po službenoj dužnosti, može je provesti na dva načina.

O jednoj vrsti istrage bit će riječ kada Komisija istragu po službenoj dužnosti provodi nad jednim ili više poduzetnika i/ili udruženja poduzetnika temeljem informacija o mogućim povredama čl. 101. ili 102. UFEU-a kojima sama raspolaže, a do kojih je došla putem neformalnih kontakata s poduzetnicima, udruženjima poduzetnika, potrošačima i njihovim udruženjima, putem razmjene informacija s nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, putem pitanja postavljenih Komisiji od strane Europskog parlamenta, putem sredstava javnog priopćavanja ili na drugi mogući način.⁴⁸

S druge strane, uvijek kada postoji sumnja da bi tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu moglo biti ograničeno ili narušeno, Komisija je ovlaštena po službenoj dužnosti provesti istragu i nad pojedinim sektorom gospodarstva ili o posebnom tipu sporazuma prisutnog u različitim sektorima gospodarstva.⁴⁹

3.1. Stadij inicijalne ocjene

Neovisno o tome nalazi li se neki predmet pred Komisijom u povodu pritužbe zainteresirane osobe ili ga Komisija razmatra po službenoj dužnosti, u stadiju inicijalne ocjene Komisija ispituje zahtijeva li predmet daljnju istragu, a ako zahtijeva, Komisija privremeno definira na što se će se usredotočiti istraga, posebno s obzirom na stranke, tržišta i postupanja koja će biti predmetom daljnje istrage.⁵⁰ Ovo s jedne strane znači da je Komisija ovlaštena dodijeliti različiti stupanj prioriteta predmetima koji se pred njom nalaze, ali i da će neki predmeti biti odbačeni u vrlo ranoj fazi nakon utvrđenja da ne zaslužuju daljnju istragu.⁵¹ U ovoj fazi može doći i do dodjeljivanja predmeta nacionalnom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja.

⁴⁸ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 68. Vidi i t. 10. – 11. Obavijesti o najboljim praksama.

⁴⁹ Prema čl. 17. st. 1. Uredbe 1/2003.

⁵⁰ Prema t. 12. Obavijesti o najboljim praksama.

⁵¹ Kad utvrđuje stupanj prioriteta, Komisija je ovlaštena pozvati se na interes Unije, ali ne na apstraktan način, već mora izložiti pravna i činjenična pitanja koja upućuju na zaključak da ne

Već u ovome stadiju, odnosno i prije otvaranja postupka, Komisija može poduzimati pojedine istražne radnje kao što su upućivanje zahtjeva poduzetniku za dostavom potrebnih obavijesti te pretraga prostorija,⁵² a poduzetnik nad kojim se provodi preliminarna istraga ima pravo u bilo kojem trenutku i prije otvaranja postupka zahtijevati da ga Glavna uprava za tržišno natjecanje obavijesti o njegovom procesnopravnom položaju.

3.2. Otvaranje postupka

Kada stadij inicijalne ocjene dovede do zaključka da predmet zaslužuje daljnju istragu, Komisija donosi odluku o otvaranju postupka. Ovu odluku Komisija može donijeti u bilo kojem trenutku, ali ne kasnije od dana kada je izdala Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Preliminarnu ocjenu, zahtjev strankama da iskažu svoj interes za postizanjem nagodbe ili obavijest kojom se priopćava javnosti odluka o utvrđivanju neprimjenjivosti čl. 101 ili 102. UFEU-a ili odluka donesena u postupku o preuzimanju obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta, a u slučajevima kartela odluka o otvaranju postupka uobičajeno se donosi istovremeno s usvajanjem Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.⁵³

U svojoj odluci Komisija utvrđuje stranke koje su predmetom istrage i sažeto opisuje opseg istrage, a posebno utvrđuje koja od postupanja koja su predmetom istrage predstavljaju navodnu povredu čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁵⁴

Odluka o otvaranju postupka je pripremna odluka procesne naravi koja nije podložna nadzoru valjanosti od strane Europskog suda⁵⁵ i koju Komisija nije obvezna javno objaviti.⁵⁶ Ipak, pod uvjetom da ne postoji opasnost da bi javna objava odluke o otvaranju postupka mogla negativno utjecati na provođenje istrage, Komisija može objaviti odluku na mrežnim stranicama Glavne uprave za tržišno natjecanje i izdati posebno priopćenje za javnost, s time da prethodno javnoj objavi mora izvijestiti stranke

postoji dovoljan interes Unije koji bi opravdavao provođenje daljne istrage (prema stajalištu Europskog suda u predmetu T-24/90, *Automec Srl protiv Komisije*, [1992] ECR II-02223, § 85.).

⁵² Prema čl. 2. st. 3. Uredbe 773/2004. Vidi o ovim istražnim ovlastima više *infra* u odjeljcima 3.4.1. i 3.4.3.

⁵³ Prema čl. 2. st. 1. Uredbe 773/2004, čl. 27. st. 4. Uredbe 1/2003 i t. 24. Obavijesti o najboljim praksama.

⁵⁴ Prema t. 19. Obavijesti o najboljim praksama.

⁵⁵ Prema stajalištu Europskog suda u predmetu C-60/81, *IBM protiv Komisije*, [1981] ECR 02639, § 21.

⁵⁶ Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1239.

koje su predmetom istrage o namjeri javne objave odluke o otvaranju postupka, i to na način koji će omogućiti strankama da pravovremeno pripreme vlastita priopćenja za javnost u vezi s otvaranjem postupka.⁵⁷

Odlukom o otvaranju postupka pred Komisijom utvrđuje se nadležnost Komisije za postupanje u predmetu čime se ujedno i dokida nadležnost nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja za postupanje u istome predmetu, te se naznačuju obveze Komisije na daljnje vođenje postupka i dodjelu potrebnih sredstava za istragu.⁵⁸ Pored navedenih učinaka, sama odluka o otvaranju postupka nema drugih pravnih učinaka i ona ni na koji način ne prejudicira da u konkretnom slučaju postoji povreda iz čl. 101. i 102. UFEU-a, a ovo važno pojašnjenje treba biti sadržano i u odluci o otvaranju postupka koju se dostavlja stranama, ali i u svim javnim priopćenjima u vezi s otvaranjem postupka.⁵⁹

3.3. Sastanak *State of Play* nakon otvaranja postupka

Neugo nakon otvaranja postupka, Komisija će ponuditi poduzetniku da se nadležnoj osnovi odazove tzv. *State of Play* sastanku na kojemu će se obavijestiti poduzetnika o ključnim pitanjima identificiranim u postupku i o očekivanom opsegu istrage.⁶⁰ Ovaj sastanak uobičajeno se održava u prostorijama Komisije, no kada je to prikladno, može se održati i putem telefona ili video-konferencije.⁶¹

U postupcima koji se vode protiv više poduzetnika Komisija svakome poduzetniku nudi zaseban *State of Play* sastanak sa svrhom pružanja mogućnosti za otvorenu raspravu o ključnim pitanjima u postupku, no kada je to korisno za istragu može svim poduzetnicima u postupku ponuditi i održavanje dobrovoljnog zajedničkog sastanka (tzv. „trojni sastanak“).⁶²

3.4. Istraga

U postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja Komisija diskrecijski, u skladu s načelom proporcionalnosti, odlučuje koje će istražne mjere primijeniti prema poduzetniku. Temelj istražnih ovlasti Komisije u postupcima radi povrede pravila tržišnog natjecanja iz čl. 101. i 102. UFEU-a je odredba Uredbe 1/2003 prema kojoj

⁵⁷ Prema čl. 2. st. 2. Uredbe 773/2004 i t. 20. i 21. Obavijesti o najboljim praksama.

⁵⁸ Prema čl. 11. st. 6. Uredbe 1/2003 i t. 18. Obavijesti o najboljim praksama.

⁵⁹ Prema t. 22. Obavijesti o najboljim praksama.

⁶⁰ Prema t. 63. Obavijesti o najboljim praksama.

⁶¹ Prema t. 62. Obavijesti o najboljim praksama.

⁶² *Triangular meeting*, prema t. 67. Obavijesti o najboljim praksama.

Komisija u svrhu primjene čl. 101. i 102. UFEU-a ima one ovlasti koje su predviđene Uredbom 1/2003.⁶³ Prema ovoj uredbi Komisija u istrazi ima ovlasti prikupljanja potrebnih obavijesti, uzimanja izjava, pretrage poslovnih prostorija i pretrage prostorija koje nisu poslovne prostorije.⁶⁴

3.4.1. Ovlast prikupljanja potrebnih obavijesti

Komisija je ovlaštena zahtijevati od poduzetnika koji su pod istragom, kao i svih drugih koji bi mogli raspolagati obavijestima relevantnima za istragu, da dostave Komisiji sve potrebne obavijesti.⁶⁵ Potrebnim obavijestima posebno se smatraju one obavijesti koje bi mogle omogućiti Komisiji da provjeri postoji li ili ne povreda pravila tržišnog natjecanja na koju se zahtjev odnosi, no u utvrđivanju što su potrebne obavijesti Komisija uživa potpunu diskrecijsku ovlast.⁶⁶

Zahtjev za dostavom obavijesti može biti upućen u formi pisma (u kojem slučaju je riječ o tzv. jednostavnom zahtjevu)⁶⁷ ili u formi odluke.⁶⁸ Komisija odluku kojom se nalaže dostava potrebnih obavijesti može donijeti bez da je prethodno uputila poduzetniku jednostavni zahtjev za dostavom podataka, a može je donijeti i nakon što poduzetnik nije postupio po prethodno dostavljenom jednostavnom zahtjevu za dostavu podataka.

3.4.2. Ovlast uzimanja izjava

Komisija ima ovlast uzimati izjave od osoba koje bi mogle biti u posjedu obavijesti korisnih za utvrđivanje povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a. Komisija izjave uzima u formi intervjua koji se može održati i telefonskim putem ili video-konferencijom, ali samo s osobama koje pristanu na dobrovoljno ispitivanje u svrhu prikupljanja obavijesti

⁶³ Prema čl. 4. Uredbe 1/2003.

⁶⁴ Kada Komisija po službenoj dužnosti provodi istragu nad pojedinim sektorom gospodarstva ili o posebnom tipu sporazuma prisutnog u različitim sektorima gospodarstva, ona nije ovlaštena provoditi pretrage prostorija koje nisu poslovne prostorije (prema čl. 17. st. 1. i 2. Uredbe 1/2003).

⁶⁵ Prema čl. 18. st. 1. Uredbe 1/2003 i t. 32. Obavijesti o najboljim praksama.

⁶⁶ Prema t. 33. Obavijesti o najboljim praksama. U vezi s ovom ovlasti Komisije valja spomenuti i stav Europskog suda prema kojemu u slučajevima kada Komisija zahtjeva potrebne obavijesti u postupku istraživanja povrede za koju se sumnja da ju je počinilo više poduzetnika, Komisija nije u obvezi postaviti ista pitanja svim poduzetnicima kojima upućuje zahtjev jer bi takva obveza ograničavala Komisiju slobodu djelovanja u provedbi istrage (predmet T-48/00, *Corus UK Ltd protiv Komisije*, [2004] ECR II-02325, § 212.).

⁶⁷ Prema čl. 18. st. 1. i 2. Uredbe 1/2003 i t. 32. Obavijesti o najboljim praksama.

⁶⁸ Prema čl. 18. st. 1. i 3. Uredbe 1/2003 i t. 32. Obavijesti o najboljim praksama.

povezanih s predmetom istrage, pri čemu je za snimanje takvoga ispitivanja potreban poseban pristanak osobe koja izjavu daje.⁶⁹

3.4.3. Ovlast pretrage poslovnih prostorija

Komisija ima ovlast pretrage prostorija poduzetnika s ciljem pronalaženja dokaza o povredi čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁷⁰ Komisijina ovlast pretrage prostorija obuhvaća ovlasti: ulaska u sve službene prostore, zemljište i prijevozna sredstva poduzetnika; pregleda poslovnih knjiga i druge poslovne dokumentacije neovisno o mediju na kojemu su pohranjene; uzimanja ili pribavljanja u bilo kojem obliku preslika ili izvadaka iz poslovnih knjiga i dokumentacije; pečaćenja poslovnog prostora, poslovnih knjiga ili poslovne dokumentacije na vrijeme i u opsegu koji je nužan za pretragu; traženja i bilježenja objašnjenja o činjenicama ili dokumentaciji koja se tiču predmeta i svrhe pretrage od bilo kojega predstavnika ili zaposlenika poduzetnika.⁷¹

Razlikuju se dvije vrste pretrage poslovnih prostorija: „obična“ pretraga na koju poduzetnik dobrovoljno pristaje a za koju nije potrebna posebna odluka Komisije,⁷² te „prisilna“ pretraga koju Komisija određuje svojom odlukom koja je obvezujuća za poduzetnika.⁷³ Neovisno o tome je li pretraga „obična“ ili „prisilna“, ona može biti najavljena poduzetniku, a može biti i nenajavljena, odnosno iznenadna.⁷⁴

3.4.4. Ovlast pretrage prostorija koje nisu poslovne prostorije

Ovlast pretrage prostorija ne odnosi se samo na poslovne prostorije poduzetnika, već i na sve druge prostorije u kojima bi se mogla nalaziti poslovna dokumentacija, uključujući i privatne domove. Komisija pretragu prostorija koje nisu poslovne prostorije može naložiti samo temeljem odluke o kojoj se prethodno mora savjetovati s nadležnim nacionalnim tijelom za zaštitu tržišnog natjecanja države članice na čijem području se pretraga ima provesti, a koja odluka obavezno mora sadržavati naznaku

⁶⁹ Prema čl. 19. st. 1. Uredbe 1/2003, čl. 3. st. 1. i 2. Uredbe 773/2004 i t. 46. – 49. Obavijesti o najboljim praksama.

⁷⁰ Prema t. 24. preambule i čl. 20. st. 1. Uredbe 1/2003.

⁷¹ Prema čl. 20. st. 2. Uredbe 1/2003.

⁷² Prema čl. 20. st. 3. Uredbe 1/2003.

⁷³ Prema čl. 20. st. 4. Uredbe 1/2003.

⁷⁴ Ove potonje nazivaju se i *dawn raids* (Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1204.).

predmeta i svrhe pretrage, datum započinjanja s pretragom i pouku o pravu na žalbu Europskom sudu na odluku Komisije.⁷⁵

Odluku o pretrazi doma, zemljišta i prijevoznih sredstava članova uprave, menadžera i drugih zaposlenika poduzetnika Komisija može donijeti samo ako postoji opravdana sumnja da se poslovne knjige i poslovna dokumentacija povezana s predmetom istrage nalazi u tim prostorima, i to samo ako su te knjige i dokumentacije relevantne za dokazivanje ozbiljne povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁷⁶ Komisiji će za pretragu prostorija koje nisu poslovne uvijek biti potreban sudski nalog nacionalnog suda, ali nacionalni sud nije ovlašten dovoditi u pitanje nužnost provođenja pretrage niti zahtijevati dostavu podataka iz Komisijinog spisa o predmetu jer je za nadzor zakonitosti odluke Komisije isključivo nadležan Europski sud.⁷⁷

Pri provođenju pretrage prostorija koje nisu poslovne prostorije, službenici Komisije imaju uže ovlasti nego što je to slučaj s provođenjem pretrage poslovnih prostorija. Naime, službenici Komisije bit će ovlašteni ući u prostorije te pregledavati, uzimati i preslikavati poslovne knjige i drugu poslovnu dokumentaciju, ali ne i zapečatiti prostorije niti tražiti ili bilježiti objašnjenja o činjenicama ili dokumentaciji od osoba zatečenih prilikom pretrage.⁷⁸

3.5. Tijek pojedinih postupaka nakon dovršetka istrage

U dovoljno naprednom stadiju istrage, Komisija će ponuditi strankama u postupku novi *State of Play* sastanak sa svrhom upoznavanja stranaka s preliminarnim pogledima Komisije o statusu predmeta nakon provedene istrage.⁷⁹

Daljnji tijek postupka razlikuje se ovisno o tome:

- je li Komisija odlučila usvojiti Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku s ciljem kasnijeg donošenja odluke kojom se nalaže poduzetniku da otkloni povredu čl. 101. ili 102. UFEU-a;
- jesu li poduzetnici ponudili ili barem pokazali volju razmotriti mogućnost preuzimanja obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta, u kojem slučaju Komisija

⁷⁵ Prema čl. 21. st. 1. i 2. Uredbe 1/2003.

⁷⁶ Prema čl. 21. st. 1. Uredbe 1/2003.

⁷⁷ Prema t. 26. i 27. preambule i čl. 21. st. 3. Uredbe 1/2003.

⁷⁸ Prema čl. 21. st. 4. Uredbe 1/2003.

⁷⁹ Prema t. 63. Obavijesti o najboljim praksama.

može odlučiti upustiti se u raspravu o donošenju odluke o preuzimanju te obveze;

- je li Komisija odlučila da nema osnova za nastavak postupka.

4. Postupak radi utvrđenja povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a (tzv. *prohibition procedure*)

4.1. Usvajanje Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku

Prvi korak koji Komisija poduzima u postupku koji vodi odluci Komisije kojom se utvrđuje povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a i nalaže poduzetnicima da otklone povredu jest usvajanje Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku kojom se nakon provedene istrage iznosi Komisijina preliminarna ocjena o navodnoj povredi čl. 101. ili 102. UFEU-a.⁸⁰ Svrha Obavijesti je obavijestiti stranke u postupku o okolnostima koje im se stavljuju na teret kako bi im se omogućilo ostvarivanje njihovog prava na obranu.⁸¹

U Obavijesti Komisija jasno naznačuje koje mjere namjerava naložiti poduzetniku kako bi se obustavila povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a i namjerava li odrediti poduzetniku i plaćanje odgovarajuće novčane kazne, te određuje rok u kojem adresati Obavijesti imaju pravo odgovoriti Komisiji na Obavijest.⁸²

Nakon što Obavijest dostavi adresatima, Komisija objavljuje priopćenje za javnost u kojem se ističu ključni dijelovi Obavijesti, ali i izričito naglašava da usvajanje Obavijesti ni na koji način ne prejudicira konačan ishod postupka.⁸³

Adresatima Obavijesti omogućuje se, na njihov zahtjev, uvid u Komisijin spis.

4.2. Ostvarenje prava na uvid u spis Komisije

Pravo na uvid u Komisijin spis jedno je od osnovnih instrumenata nužnih poduzetniku za ostvarenje njegovog prava na obranu u postupku.

⁸⁰ Riječ je o tzv. *Statement of objections* za koju se u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja uvriježio naziv Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku (dalje u tekstu: Obavijest).

⁸¹ Prema čl. 10. st. 1. Uredbe 773/2004 i t. 82. Obavijesti o najboljim praksama. Europski sud definirao je Obavijest kao „procesnu i pripremnu ispravu namijenjenu isključivo poduzetnicima protiv kojih je postupak pokrenut kako bi im se omogućilo učinkovito ostvarivanje njihova prava na pravični postupak“(prema nalogu Suda u spojenim predmetima C-142 i 156/84, *British-American Tobacco Company Ltd i R. J. Reynolds Industries Inc. protiv Komisije*, [1986] ECR 189, § 13.).

⁸² Prema čl. 10. st. 2. Uredbe 773/2004 te t. 83. i 84. Obavijesti o najboljim praksama.

⁸³ Prema t. 91. Obavijesti o najboljim praksama.

Pravo uvida u spis Komisije imaju adresati Obavijesti o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku nakon što im Obavijest bude dostavljena, a ostvaruju ga na vlastiti zahtjev upućen Komisiji.⁸⁴ Spisom Komisije smatraju sve isprave koje je Glavna uprava za tržišno natjecanje pribavila, proizvela ili sastavila tijekom istrage.⁸⁵

Prije dostave Obavijesti nije moguće ostvariti pravo na uvid u spis Komisije,⁸⁶ a to pravo se u postupku u pravilu može ostvariti samo jednom, i to u svrhu pripreme odgovora stranke na Komisiju Obavijest.⁸⁷

O načinu na koji će se ostvariti pravo na uvid u spis odlučuje Komisija koja može poduzetniku omogućiti pregledavanje spisa u prostorijama Komisije ili mu presliku spisa dostaviti u elektroničkom obliku ili putem pošte.⁸⁸ Komisija je dužna omogućiti pravo na uvid u spis samo u njegovom izvornom obliku.⁸⁹

Pri ostvarenju prava na uvid u spis, Komisija je dužna osigurati zaštitu poslovnih tajni i drugih povjerljivih podataka poduzetnika. Pravo na uvid u spis ne odnosi se na povjerljive podatke ni internu dokumentaciju Komisije, a posebno ne na korespondenciju između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.⁹⁰ Internom dokumentacijom Komisije smatraju se nacrti, mišljenja, memorandumi i bilješke koji ne predstavljaju dokaze na temelju kojih Komisija donosi odluku u postupku.⁹¹

Ako stranka u postupku pri ostvarivanju svog prava na uvid u spis ima razloga za sumnju da Komisija u svojem posjedu ima dokumentaciju koja stranci nije predočena, a koja je nužna za potpuno ostvarenje prava na pravični postupak, stranka može nakon što je bez uspjeha pokušala ostvariti pravo uvida u spis pred Glavnom upravom za

⁸⁴ Prema čl. 15. st. 1. Uredbe 773/2004 i t. 7. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁸⁵ Prema t. 8. Obavijesti o pravilima za uvid u spis. Komisija je ovlaštena iz spisa isključiti dokumentaciju koja nije relevantna za postupak (prema stajalištu Europskog suda u predmetu C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P i C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S i drugi protiv Komisije*, [2004] ECR I-123, § 126.).

⁸⁶ Prema t. 26. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁸⁷ Prema t. 27. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁸⁸ Prema t. 44. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁸⁹ Prema t. 46. Obavijesti o pravilima za uvid u spis. Komisija nije dužna prevesti spis na poduzetnikov jezik (prema stajalištu Europskog suda u spojenim predmetima T-25/95 i dr., *Cimenteries CBR i drugi protiv Komisije*, [2000] ECR II-00491, § 635).

⁹⁰ Prema čl. 27. st. 2. Uredbe 1/2003, čl. 15. st. 2. Uredbe 773/2004 i t. 10. i 15. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁹¹ Prema t. 12. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

tržišno natjecanje obrazloženim zahtjevom tražiti uvid u spis od službenika za saslušanje koji će o zahtjevu za uvid u spis donijeti obrazloženu odluku.⁹²

4.3. Pisani odgovor na Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku

Adresati Obavijesti imaju pravo odgovoriti u pisanim oblicima na Obavijest u roku koji odredi Komisija uzimajući u obzir i vrijeme potrebno za pripremu odgovora i hitnost postupka, a koji rok ne može biti kraći od četiri tjedna od dana kada je adresatu omogućen uvid u Komisijin spis.⁹³ Adresat može obrazloženim zahtjevom upućenim Glavnoj upravi za tržišno natjecanje najkasnije deset dana prije isteka roka određenog za odgovor na Obavijest zahtijevati produljenje roka za dostavu odgovora, a bude li zahtjev odbijen ili adresat ne bude zadovoljan duljinom odobrenog produženja roka, adresat može do isteka prvotno određenog roka za odgovor na Obavijest zahtjev uputiti pred službenika za saslušanje.⁹⁴ Službenik za saslušanje o produljenju roka donosi odluku uzimajući u obzir je li poduzetniku potrebno dodatno vrijeme kako bi učinkovito ostvario svoje pravo na saslušanje u postupku te uzimajući u obzir potrebu izbjegavanja nepotrebne odgode postupka.⁹⁵ Komisija nije obvezna uzeti u obzir odgovore na Obavijest koje joj ne pristignu pravovremeno.⁹⁶

U svojim pisanim odgovorima stranke mogu navesti sve njima poznate činjenice relevantne za njihovu obranu u postupku, priložiti sve isprave kojima se te činjenice dokazuju i predložiti Komisiji da se saslušaju osobe koje mogu potvrditi te činjenice, a svoj pisani odgovor dužne su podnijeti u izvorniku pisanim putem te u preslici u elektroničkom obliku.⁹⁷

4.4. Usmena rasprava

Adresati Obavijesti imaju pravo zahtijevati održavanje usmene rasprave u istim rokovima u kojima mogu u pisanim oblicima odgovoriti na Obavijest.⁹⁸ Na usmenoj

⁹² Prema čl. 7. st. 1. i 3. Odluke o službenicima za saslušanje i t. 47. Obavijesti o pravilima za uvid u spis.

⁹³ Prema čl. 10. st. 2. i čl. 17. st. 1. i 2. Uredbe 773/2004 i t. 100. i 102. Obavijesti o najboljim praksama.

⁹⁴ Prema t. 101. Obavijesti o najboljim praksama.

⁹⁵ Prema čl. 9. st. 1. Odluke o službenicima za saslušanje.

⁹⁶ Prema čl. 10. st. 2. Uredbe 773/2004.

⁹⁷ Prema čl. 10. st. 3. Uredbe 773/2004.

⁹⁸ Prema čl. 12. st. 1. Uredbe 773/2004 i t. 106. Obavijesti o najboljim praksama.

raspravi strane mogu usmeno obrazložiti i dopuniti argumente prethodno dane u pisanim oblicima i izvijestiti Komisiju o drugim pitanjima koja bi mogla biti od važnosti za predmet. Javnost je s usmene rasprave isključena.⁹⁹

Usmenu raspravu neovisno vodi službenik za saslušanje.¹⁰⁰ Poziv za usmenu raspravu strankama u postupku, ali i nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja te drugim osobama koje Komisija pozove ili koje zahtijevaju da ih sasluša i za to imaju dovoljan pravni interes, dostavlja Komisija.¹⁰¹

Službenik za saslušanje ovlašten je na usmenoj raspravi dopustiti strankama i drugim osobama pozvanim na raspravu da tijekom rasprave postavljaju pitanja.¹⁰²

Svaku osobu koju se na raspravi saslušava može se saslušati zasebno ili u prisutnosti ostalih osoba pozvanih na raspravu, a dani iskazi snimaju se te se osobama koje su nazočile raspravi na njihov zahtjev snimka rasprave stavlja na raspolaganje pri čemu se uzima u obzir i legitimni interes stranaka u postupku na zaštitu njihovih poslovnih tajni i drugih povjerljivih podataka.¹⁰³

4.5. *State of Play* sastanak nakon održane usmene rasprave

Nakon održane usmene rasprave, odnosno nakon dostave pisanih odgovora na Obavijest ako usmena rasprava nije zahtijevana, strankama u postupku bit će ponuđen novi *State of Play* sastanak na kojemu će Komisija izvijestiti strane o tome kako namjerava dalje postupati u predmetu.¹⁰⁴

4.6. Dopunska Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i pisma o činjenicama

Ako nakon usvajanja Obavijesti budu identificirani novi dokazi koji zahtijevaju usvajanje novih primjedaba koje Komisija ranije u postupku nije isticala, Komisija donosi dopunsku Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i dostavlja je adresatima.¹⁰⁵ Prije usvajanja dopunske Obavijesti, Komisija će adresatima ponuditi novi *State of Play* sastanak kako bi ih upoznala s novim aspektima predmetima, a nakon što

⁹⁹ Prema čl. 14. st. 6. Uredbe 773/2004 i t. 107. Obavijesti o najboljim praksama.

¹⁰⁰ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe 773/2004 i čl. 10. st. 1. i 2. Odluke o službenicima za saslušanje.

¹⁰¹ Prema čl. 13. i čl. 14. st. 2. i 3. Uredbe 773/2004.

¹⁰² Prema čl. 14. st. 7. Uredbe 773/2004 i čl. 12. st. 3. Odluke o službenicima za saslušanje.

¹⁰³ Prema čl. 14. st. 7. i 8. Uredbe 773/2004 i čl. 13. Odluke o službenicima za saslušanje.

¹⁰⁴ Prema t. 64. Obavijesti o najboljim praksama.

¹⁰⁵ Prema t. 109. i 110. Obavijesti o najboljim praksama.

im dopunska Obavijest bude dostavljena, adresati imaju pravo odgovoriti na istu u pisanim oblicima, kao i zahtijevati održavanje nove usmene rasprave.¹⁰⁶

Ako nakon usvajanja Obavijesti budu identificirani novi dokazi koji ne zahtijevaju usvajanje novih primjedaba već samo potvrđuju primjedbe koje je Komisija istaknula u Obavijesti, Komisija neće usvajati dopunska Obavijest već će samo o novim dokazima obavijestiti adresate Obavijesti putem jednostavnog pisma (tzv. pismo o činjenicama). U pismu o činjenicama Komisija određuje rok u kojem se adresati mogu očitovati, a koji rok se može prodlužiti na obrazložen zahtjev upućen Komisiji.¹⁰⁷

4.7. Odluka Komisije

Ako su nakon provedene istrage, uzimajući u obzir navode stranaka iznesene u pisanim odgovoru na Obavijest i na usmenoj raspravi, potvrđene primjedbe Komisije iznesene u Obavijesti, Komisija će usvojiti odluku kojom utvrđuje da je počinjena povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a, a koja odluka je deklaratorne naravi.¹⁰⁸ U tom slučaju, Komisija može nalogom zahtijevati od poduzetnika da povredu otkloni te može nalogom odrediti neophodne mjere koje je poduzetnik obvezan poduzeti kako bi se uspješno otklonila povreda pravila tržišnog natjecanja, pri čemu Komisija može odrediti poduzetniku bilo mjere praćenja poslovanja bilo strukturne mjere, no vodeći računa o načelu proporcionalnosti i o tome da su strukturne mjere prikladne samo ako ne postoje jednako učinkovite mjere praćenja poslovanja ili ako bi jednako učinkovita mjera praćenja poslovanja bila za poduzetnika tegotnija od strukturne mjere.¹⁰⁹ Ako za to postoji opravdani interes, Komisija može odlukom utvrditi i povredu pravila tržišnog natjecanja koja se dogodila u prošlosti, i to i onda kada istom odlukom ne određuje i odgovarajuću novčanu kaznu poduzetniku.¹¹⁰

¹⁰⁶ Prema t. 110. i 112. Obavijesti o najboljim praksama.

¹⁰⁷ I ovdje, ne razriješi li se pitanje prodljenja roka s Glavnom upravom za tržišno natjecanje, adresat pisma o činjenicama može pitanje iznijeti pred službenika za saslušanje (prema t. 111. Obavijesti o najboljim praksama).

¹⁰⁸ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 217.

¹⁰⁹ Prema t. 12. preambule i čl. 7. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹¹⁰ Prema t. 11. preambule i čl. 7. st. 1. Uredbe 1/2003. Komisija će imati opravdani interes za donošenje ovakve deklaratorne odluke ako postoji stvaran rizik od ponavljanja postupanja protivnog pravilima tržišnog natjecanja (prema odluci Europskog suda u predmetu C-7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) protiv Komisije*, [1983] ECR 00483, §§ 27. – 28.). Vidi o tome i odluku Europskog suda u spojenim predmetima T-22 i T-23/02, *Sumitomo Chemical Co. Ltd i Sumika Fine Chemicals Co. Ltd protiv Komisije*, [2005] ECR II-04065, §§ 129. – 140.

Prethodno donošenju odluke, Komisija mora zatražiti savjetodavno mišljenje Savjetodavnog odbora.¹¹¹

Ako primjedbe Komisije ne budu potvrđene, Komisija će odlukom obustaviti postupak i zatvoriti predmet.

5. Postupak radi obvezivanja poduzetnika na preuzimanje obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta (tzv. *commitments procedure*)

Ponudi li poduzetnik nakon dovršetka istrage izvršenje određenih mjera i uvjeta s ciljem otklanjanja negativnih učinaka njegovog postupanja na tržišno natjecanje, Komisija se može upustiti u razmatranje donošenja odluke kojom će obvezati poduzetnika na preuzimanje obveze izvršenja predloženih mjera i uvjeta. Odluku o tome hoće li ili ne prihvati predložene mjere i uvjete Komisija donosi isključivo temeljem svoje diskrecijske ovlasti,¹¹² pri čemu odluku o prihvaćanju predložene mjera i uvjeta Komisija nikada ne može donijeti u slučajevima u kojima Komisija smatra da narav povrede pravila tržišnog natjecanja zahtjeva izricanje novčane kazne poduzetniku.¹¹³

5.1. Iniciranje razmatranja preuzimanja obveze izvršenja mjera i uvjeta

Poduzetnik se u bilo kojem trenutku tijekom istrage, a načelno prije nego li je Komisija usvojila Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, može obratiti Općoj upravi za tržišno natjecanje kako bi ispitao spremnost Komisije na vođenje predmeta u smjeru donošenja odluke o preuzimanju obveza izvršenja mjera i uvjeta, a Komisija će mu ponuditi održavanje *State of Play* sastanka.¹¹⁴

5.2. Usvajanje Preliminarne ocjene

¹¹¹ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹¹² Prema t. 115. Obavijesti o najboljim praksama. Međutim, i pri donošenju odluke kojom obvezuje poduzetnika na preuzimanje obveze izvršenja mjera i uvjeta Komisija je ograničena načelom proporcionalnosti (vidi o tome odluke Europskog suda u predmetima: T-170/06, *Alrosa Company Ltd. protiv Komisije*, [2007] ECR II-02601, §§ 88., 100., 105. i 139.; C-441/07 P, *Komisija protiv Alrosa Company Ltd.*, [2010] ECR I-05949, §§ 120.; kao i analizu ovih odluka u: Wagner-Von Papp, F., Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: The Dangers of Abandoning the „Struggle for Competition Law“, *Common Market Law Review*, vol. 49, br. 3, 2012., str. 934. – 937. O *commitments procedure* vidi i u: Rab, S., Monnoyeur, D. i Sukhtankar, A., Commitments in EU Competition Cases – Article 9 of Regulation 1/2003, its Application and the Challenges Ahead, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, br. 3, 2010.

¹¹³ Prema t. 13. preambule Uredbe 1/2003 i t. 116. Obavijesti o najboljim praksama.

¹¹⁴ Prema t. 118. i 119. Obavijesti o najboljim praksama.

Nakon što se Komisija uvjerila u spremnost poduzetnika na preuzimanje obveze izvršenja mjera i uvjeta, Komisija usvaja Preliminarnu ocjenu u kojoj se sažeto prikazuju ključna pitanja u predmetu i identificiraju razlozi koji bi opravdali donošenje odluke o utvrđivanju povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a, a koja će adresatima služiti kao temelj za formuliranje primjerenih mera i uvjeta.¹¹⁵ Ako je prethodno već usvojena Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, usvajanje posebne Preliminarne ocjene nije potrebno.¹¹⁶

I Komisija i poduzetnici mogu u svakom trenutku odlučiti da odustaju od razmatranja mera i uvjeta, u kojem slučaju Komisija može nastaviti postupak radi donošenja odluke o utvrđenju povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a.¹¹⁷

5.3. Podnošenje prijedloga mera i uvjeta

Adresati Preliminarne ocjene u načelu imaju rok od mjesec dana za dostaviti službeni prijedlog mera i uvjeta koje su spremni poduzeti s ciljem otklanjanja negativnih učinaka njihovog postupanja na tržišno natjecanje.¹¹⁸ Adresati mogu ponuditi mjeru praćenja poslovanja ili strukturne mjeru, a u svakom slučaju predložene mjeru moraju biti takve da njihova implementacija ne ovisi o volji treće strane koja ne preuzima obvezu izvršenja predloženih mera i uvjeta.¹¹⁹

5.4. Provođenje „ispitivanja tržišta“ (*market test*)

Prije nego li doneše odluku kojom će naložiti poduzetnicima preuzimanje obveze izvršenja predloženih mera i uvjeta, Komisija mora provesti „ispitivanje tržišta“ na način da će u Službenom listu Europske unije objaviti kratak sadržaj predmeta i osnovni sadržaj predloženih mera i uvjeta, a na mrežnim stranicama Glavne uprave za tržišno natjecanje cjeloviti tekst predloženih mera i uvjeta, uz upućivanje javnog poziva zainteresiranim trećim stranama da dostave svoje primjedbe.¹²⁰

Zainteresirane treće osobe svoje primjedbe mogu dostaviti u roku koji odredi Komisija u svojem pozivu, a koji ne smije biti kraći od mjesec dana.¹²¹

¹¹⁵ Prema t. 121. i 122. Obavijesti o najboljim praksama.

¹¹⁶ Prema t. 123. Obavijesti o najboljim praksama.

¹¹⁷ Prema t. 124. Obavijesti o najboljim praksama.

¹¹⁸ Prema t. 126. Obavijesti o najboljim praksama.

¹¹⁹ Prema t. 127. i 128. Obavijesti o najboljim praksama.

¹²⁰ Prema čl. 27. st. 4. Uredbe 1/2003 i t. 129. Obavijesti o najboljim praksama.

¹²¹ Prema čl. 27. st. 4. Uredbe 1/2003 i t. 130. Obavijesti o najboljim praksama.

5.5. Održavanje *State of Play* sastanka

Nakon provedbe „ispitivanja tržišta“, Komisija organizira *State of Play* sastanak na kojemu usmeno ili u pisanom obliku izvještava poduzetnike o sadržaju odgovora koje su u povodu javnog poziva dostavile zainteresirane treće osobe.¹²² Rezultat provedenog „ispitivanja tržišta“ može biti i ocjena Komisije da poduzetnik treba na odgovarajući način izmijeniti i dopuniti predložene mjere i uvjete.¹²³

5.6. Odluka Komisije

Glavna razlika odluke Komisije donesene u ovom postupku u odnosu na odluku koju Komisija donosi u postupku utvrđivanja povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a jest ta što u odluci o predloženim mjerama i uvjetima Komisija nalaže poduzetniku preuzimanje obveze izvršenja određenih mjera i uvjeta uz utvrđenje da ne postoje osnove za postupanje od strane Komisije i bez formalnog utvrđenja je li ili nije li počinjena povreda čl. 101. ili 102. UFEU-a.¹²⁴ U svojoj odluci Komisija određuje i rokove u kojima mjere i uvjeti moraju biti izvršeni.¹²⁵

I u ovome postupku Komisija mora prije donošenja odluke zatražiti savjetodavno mišljenje Savjetodavnog odbora.¹²⁶

Odluka Komisije o mjerama i uvjetima ne isključuje mogućnost da nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja u granicama svoje nadležnosti utvrdi da je počinjena povreda pravila tržišnog natjecanja.¹²⁷ Također, sama Komisija može na zahtjev ili po službenoj dužnosti ponovno pokrenuti postupak ako se činjenično stanje na kojemu se temeljila njezina odluka bitno promijeni, ako poduzetnik postupi protivno preuzetoj obvezi i ako se odluka Komisije temeljila na nepotpunim, netočnim ili zavaravajućim informacijama koje su dostavile stranke.¹²⁸

¹²² Prema t. 132. Obavijesti o najboljim praksama.

¹²³ Prema t. 133. Obavijesti o najboljim praksama.

¹²⁴ Prema t. 13. preambule i čl. 9. st. 1. Uredbe 1/2003, te t. 117. Obavijesti o najboljim praksama.

¹²⁵ Prema čl. 9. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹²⁶ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹²⁷ Prema t. 13. i 22. preambule Uredbe 1/2003.

¹²⁸ Prema čl. 9. st. 2. Uredbe 1/2003.

6. Postupak postizanja nagodbe u slučajevima kartela (tzv. *settlement procedure*)

Poseban postupak predviđen je za slučajeve kada su sudionici kartela spremni priznati svoje sudjelovanje u kartelu i odgovornost za povredu čl. 101. UFEU-a te doprinijeti ubrzanju postupka koji Komisija vodi radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a. U postupku postizanja nagodbe u pravilu nema usmene rasprave niti stranka u postupku ostvaruje pravo uvida u spis Komisije. Upuštanje Komisije u postupak postizanja nagodbe ne znači da će postupak u svakom slučaju biti okončan nagodbom. Naime, ako smatra da procesna učinkovitost neće biti postignuta, Komisija može u svakom trenutku odustati od postupka postizanja nagodbe i postupak dovršiti na uobičajen način, kao redovni postupak radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a.¹²⁹

6.1. Otvaranje postupka

Stranke u postupku koji se vodi radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a nemaju pravo nagoditi se u smislu da je Komisija dužna razmotriti postizanje nagodbe na zahtjev stranke, već Komisija ima diskrecijsku ovlast odlučiti hoće li se ili neće upustiti u postupak postizanja nagodbe.¹³⁰ Nakon otvaranja postupka, Komisija može odrediti rok u trajanju od najmanje dva tjedna u kojem se stranke postupka mogu izjasniti jesu li spremne upustiti se u razgovore oko postizanja nagodbe.¹³¹ Postupak će se dalje nastaviti kao postupak postizanja nagodbe samo ako stranke pravovremeno u pisanom obliku izraze svoju spremnost upustiti se u razgovore, a Komisija pri tome nije obvezna uzeti u obzir zahtjeve stranaka koji joj pristignu nakon isteka određenog roka.¹³² Obavijest Komisiji o spremnosti upustiti se u razgovore oko postizanja nagodbe ne

¹²⁹ Prema čl. 10.a st. 4. Uredbe 773/2004. O postupku postizanja nagodbe u slučajevima kartela vidi i: Mehta, K. i Tierno Centella, M. L., Settlement Procedure in EU Cartel Cases, *Competition Law International*, vol. 4, br. 2, 2008.; Roth, P. i Rose, V. (ur.), *Bellamy & Child – European Community Law of Competition – Supplement to Sixth Edition*, Oxford, 2010., str. 177. – 179. Za kritiku pozitivnog uređenja nagodbe u slučajevima kartela uz iznošenje zaključka kako to uređenje nije najprikladniji način za ostvarenje onoga što bi trebao biti cilj Komisije, a to je učinkovita regulacija i odvraćanje poduzetnika od sudjelovanja u kartelu, vidi: Kelley, M., Settling for Settlement: The European Commission's New Cartel Settlement Procedure, *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 9, br. 4, 2010.

¹³⁰ Prema t. 3., 5. i 6. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³¹ Prema čl. 10. a st. 1. i čl. 17. st. 3. Uredbe 773/2004 te t. 11. Obavijesti o postupku nagodbe. Ovo je donekle u kontradikciji s odredbom čl. 2. st. 1. Uredbe 773/2004 prema kojoj Komisija odluku o otvaranju postupka može donijeti najkasnije na dan kada uputi zahtjev poduzetnicima da iskažu svoju spremnost na upuštanje u razgovore oko postizanja nagodbe.

¹³² Prema čl. 10. a st. 1. Uredbe 773/2004 i t. 5. Obavijesti o postupku nagodbe.

implicira ni na koji način da je stranka u postupku počinila povredu čl. 101. UFEU-a ni da je za takvu povredu odgovorna.¹³³

6.2. Bilateralni razgovori o postizanju nagodbe

Ako stranke pravovremeno obavijeste Komisiju o svojoj spremnosti upustiti se u razgovore oko postizanja nagodbe, Komisija inicira bilateralne razgovore sa svakom takvom strankom zasebno.¹³⁴ Tijekom bilateralnih razgovora, stranka može uputiti zahtjev Komisiji da je Komisija obavijesti o određenim okolnostima postupka, kao što su primjedbe na postupanje stranke koje Komisija namjerava istaknuti u postupku, dokaze koje namjerava upotrijebiti da bi potkrijepila te primjedbe i raspon zapriječenih kazni, odnosno zahtjev da joj Komisija omogući uvid u nepovjerljive verzije dokumentacije koja se do tog trenutka nalazi u spisu Komisije.¹³⁵

6.3. Prijedlog nagodbe

Dovedu li bilateralni razgovori do zajedničkog stajališta Komisije i stranke o opsegu potencijalnih primjedaba na postupanje poduzetnika i o procjeni raspona novčanih kazni koje će Komisija vjerojatno izreći stranci, a Komisija bude stava da će se postizanjem nagodbe ostvariti željena procesna učinkovitost, Komisija određuje rok u kojem je stranka dužna podnijeti konačni prijedlog nagodbe (tzv. *settlement submission*) kojom priznaje povredu čl. 101. UFEU-a te svoju odgovornost.¹³⁶ Ovaj rok Komisija mora odrediti u trajanju od najmanje dva tjedna.¹³⁷ Eventualni zahtjev za produljenjem roka, kao i druge zahtjeve koji se tiču njezinih procesnih prava, stranka može iznijeti pred službenika za saslušanje pod istim uvjetima pod kojima bi to mogla činiti i u redovnom postupku koji Komisija vodi radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a.¹³⁸ Ne podnese li stranka pravovremeno prijedlog nagodbe, postupak će se dalje nastaviti kao redovni postupak radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a.¹³⁹

¹³³ Prema t. 11. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³⁴ Prema t. 14. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³⁵ Prema čl. 10. a st. 2. i 15. st. 1. a Uredbe 773/2004 i t. 16. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³⁶ Prema čl. 10. a st. 2. Uredbe 773/2004 te t. 17. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³⁷ Prema čl. 17. st. 3. Uredbe 773/2004. Valja skrenuti pozornost da je u t. 17. Obavijesti o postupku nagodbe naveden drugačiji rok, i to rok od 15 radnih dana, no autor drži da se ima primijeniti rok predviđen navedenom odredbom Uredbe 773/2004.

¹³⁸ Prema t. 18. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹³⁹ Prema t. 19. Obavijesti o postupku nagodbe.

Prijedlog nagodbe koji stranka dostavlja treba sadržavati jasno i nedvosmisleno priznanje odgovornosti za povredu čl. 101. UFEU-a koju je potrebno sažeto opisati uz navođenje glavnih činjenica i opisivanje uloge stranke u povredi.¹⁴⁰ U njemu mora biti naveden i maksimalni iznos novčane kazne koju stranka temeljem bilateralnih razgovora predviđa da će joj Komisija izreći.¹⁴¹ U prijedlogu nagodbe stranka treba potvrditi da je dovoljno obaviještena o primjedbama Komisije na njezino postupanje i da joj je dana dostatna mogućnost da priopći svoja stajališta Komisiji, potvrditi da će zahtijevati održavanje usmene rasprave, odnosno da će zahtijevati uvid u spis Komisije, samo u slučaju ako Komisijina Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku ne bude odgovarala sadržaju prijedloga nagodbe, kao i potvrditi da pristaje da joj se Obavijest i konačna odluka dostave na dogovorenom jeziku.¹⁴²

Ako tako zahtijeva stranka, Komisija može odobriti i da umjesto podnošenja prijedloga nagodbe u pisanim oblicima, stranka svoj prijedlog nagodbe izloži usmeno pred Komisijom.¹⁴³ U tom slučaju iskaz stranke će se snimiti, a njegov transkript staviti na raspolaganje stranci koja u roku ne duljem od tjeđan dana može dostaviti ispravak dane izjave.¹⁴⁴

Dani prijedlog nagodbe stranka ne može jednostrano opozvati.¹⁴⁵

6.4. Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku

Kao i u redovnom postupku radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a, Komisija izdaje Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Obavijest Komisije mora sadržavati podatke koji su stranci potrebni da bi mogla ustanoviti odgovara li sadržaj Obavijesti sadržaju prijedloga nagodbe koji je stranka stavila u postupku.

Komisija može usvojiti i Obavijest koja ne odgovara sadržaju prijedloga nagodbe. U tom slučaju postupak će se dalje nastaviti kao redovni postupak radi utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a, s tim da priznanje koje je stranka dala u postupku postizanja nagodbe u redovnom postupku ne može biti korišteno kao dokaz protiv bilo koje od stranaka u

¹⁴⁰ Prema t. 20.a Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴¹ Prema t. 20.b Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴² Prema t. 20. c, d i e Obavijesti o postupku nagodbe te čl. 12. st. 2. i 15. st. 1. a Uredbe 773/2004.

¹⁴³ Prema t. 38. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴⁴ Prema t. 38. Obavijesti o postupku nagodbe te čl. 3. st. 3. i 17. st. 3. Uredbe 773/2004.

¹⁴⁵ Prema t. 22. Obavijesti o postupku nagodbe.

postupku zbog čega stranka u redovnom postupku može iznova koncipirati svoju obranu neovisno o navodima danim u postupku postizanja nagodbe.¹⁴⁶

Ako izdana Obavijest po svom sadržaju odgovara prijedlogu nagodbe, poduzetnik treba u roku određenom za dostavu svog odgovora na Obavijest, a koji rok mora iznositi najmanje dva tjedna, na bezuvjetni način potvrditi da sadržaj Obavijesti odgovara sadržaju njegova prijedloga nagodbe i da stoga i dalje ostaje spremam slijediti postupak postizanja nagodbe.¹⁴⁷

6.5. Odluka Komisije

Nakon što zaprimi odgovor stranke na Obavijest kojim stranka potvrđuje da sadržaj Obavijesti odgovara sadržaju prijedloga nagodbe, Komisija može odmah, bez potrebe za poduzimanjem bilo kojeg postupovnog koraka, pristupiti savjetovanju sa Savjetodavnim odborom o preliminarnom nacrtu odluke te potom usvajanju odluke kojom se utvrđuje povreda čl. 101. UFEU-a.¹⁴⁸ Stoga se neće održati usmena rasprava niti će stranka ostvariti svoje pravo uvida u spis Komisije na način na koji to može činiti u redovnom postupku.

U svojoj konačnoj odluci kojom se utvrđuje povreda čl. 101. UFEU-a na način koji je sukladan sadržaju Obavijesti za koju je stranka potvrdila da odgovara njezinom prijedlogu nagodbe, Komisija će navesti da je stranka tijekom postupka surađivala s Komisijom, a izriče li se stranci zbog povrede čl. 101. UFEU-a novčana kazna, Komisija je ovlaštena kaznu odrediti u nižem iznosu nego što bi to inače bio slučaj da kaznu izriče u redovnom postupku.¹⁴⁹ Ako se suradnja sudionika kartela u postupku može ujedno kvalificirati i suradnjom koja potпадa pod tzv. *leniency* program, odnosno program oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne za sudionike kartela, tzv. pokajnike,¹⁵⁰ za suradnju se sudionika kartela može kumulativno nagraditi i prema pravilima *leniency* programa i prema pravilima o postupku postizanja nagodbe.¹⁵¹

¹⁴⁶ Prema t. 27. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴⁷ Prema čl. 10. a st. 3. i čl. 17. st. 3. Uredbe 773/2004 te t. 26. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴⁸ Prema čl. 10. a st. 3. Uredbe 773/2004 i t. 28. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁴⁹ I to u iznosu koji je niži do 10% nego što bi to bio slučaj da je kazna izrečena u redovnom postupku; prema t. 2. i 30. – 32. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁵⁰ O *leniency* programu vidi više u: Kapural, M., Program oslobođenja od kazne ili smanjenja kazne za sudionike kartela (*leniency* program) u pravu tržišnog natjecanja EU i RH, *Pravo i porezi*, 18:3/2009.

¹⁵¹ Prema t. 1. i 33. Obavijesti o postupku nagodbe.

Komisija, međutim, može usvojiti i odluku kojom utvrđuje povredu čl. 101. UFEU-a na način koji nije sukladan sadržaju Obavijesti za koju je stranka potvrdila da odgovara njezinom prijedlogu nagodbe. Ima li Komisija namjeru donijeti takvu odluku, prethodno njezinu donošenju morat će izdati novu Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku nakon čega će se postupak nastaviti kao redovni postupak utvrđivanja povrede čl. 101. UFEU-a u kojem se kao dokaz protiv stranke ne može koristiti priznanje koje je stranka dala u postupku postizanja nagodbe.¹⁵²

7. Postupak radi određivanja privremenih mjera (tzv. *interim measures*)

U hitnim slučajevima, kada postoji rizik nanošenja značajne i nepopravljive štete za tržišno natjecanje, Komisija može, postupajući po službenoj dužnosti, odlukom koja se temelji na dostatnim indicijama povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a, naložiti privremene mjere.¹⁵³ Navedena dva preduvjeta za određivanje privremenih mjera (postojanje dostatnih indicija povrede i postojanje rizika nanošenja značajne i nepopravljive štete) razvio je Europski sud u svojoj praksi,¹⁵⁴ a odredbe Uredbe 1/2003 predstavljaju kodifikaciju te sudske prakse.

Privremene mjere mogu se odrediti samo u postupcima koje Komisija vodi protiv poduzetnika po službenoj dužnosti, no ne i u postupcima koje je Komisija otvorila u povodu pritužbe zainteresirane osobe.¹⁵⁵

I u ovom postupku Komisija izdaje Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku te istu dostavlja strankama na očitovanje.¹⁵⁶ Svoj odgovor na Obavijest adresati su dužni dostaviti Komisiji u roku koji za to odredi Komisija, a koji je pravilu kraći od rokova koji su uobičajeni u redovnim postupcima te se može odrediti i u trajanju od jednoga tjedna.¹⁵⁷ Također, i u postupku radi određivanja privremenih mjera poduzetnik ima pravo zahtijevati uvid u spis Komisije kao i da ga se sasluša na usmenoj raspravi.¹⁵⁸

¹⁵² Prema t. 29. Obavijesti o postupku nagodbe.

¹⁵³ Prema t. 11. preambule i čl. 8. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹⁵⁴ Riječ je o odlukama Europskog suda u predmetima: C-792/79 R, *Camera Care Ltd protiv Komisije*, [1980] ECR 119; T-44/90, *La Cinq SA protiv Komisije*, [1992] ECR II-0001.

¹⁵⁵ Ovo proizlazi *arg. a contrario* iz čl. 8. st. 1. Uredbe 1/2003. Tako i Roth i Rose, *op. cit.* u bilj. 1, str. 1268. – 1269.

¹⁵⁶ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 289.; Roth i Rose, *ibid.*, str. 1248.

¹⁵⁷ Prema čl. 17. st. 2. Uredbe 773/2004.

¹⁵⁸ Blanco, *op. cit.* u bilj. 8, str. 289. – 290.

Odlukom kojom su naložene privremene mjere Komisija određuje i rokove njihova trajanja, s tim da je odlukom određene rokove moguće produžiti bude li to neophodno i primjereno.¹⁵⁹ O odluci o privremenim mjerama Komisija mora zatražiti savjetodavno mišljenje Savjetodavnog odbora.¹⁶⁰

Po prirodi stvari, odlukom o privremenim mjerama ne utvrđuje se postojanje povrede čl. 101. ili 102. UFEU-a jer se o tome odluka donosi u redovnom postupku, već se odluka o privremenim mjerama fokusira na utvrđenje da su ispunjeni preduvjeti za nalaganje privremenih mjera.

8. Postupak radi utvrđivanja neprimjenjivosti čl. 101. ili 102. UFEU-a (tzv. *declarations of inapplicability*)

Kada u vezi s primjenom čl. 101. i 102. UFEU-a to zahtijeva javni interes Unije, Komisija može postupajući po službenoj dužnosti donijeti odluku kojom će se utvrditi da se čl. 101. UFEU-a ne primjenjuje na sporazum, odluku udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje.¹⁶¹ Takvu odluku koja je deklaratorne naravi Komisija može donijeti bilo iz razloga što sporazum, odluka udruženja poduzetnika ili usklađeno djelovanje ne potpada pod primjenu čl. 101. st. 1. UFEU-a, bilo iz razloga što se na iste može primijeniti izuzeće sukladno odredbi čl. 101. st. 3. UFEU-a. Na odgovarajući način Komisija može postupiti i kada je predmetom postupka odlučivanje o zlouporabi vladajućeg položaja iz čl. 102. UFEU-a.¹⁶²

Donošenje odluke o utvrđivanju neprimjenjivosti čl. 101. ili 102. UFEU-a predviđeno je Uredbom 1/2003 samo za iznimne slučajevе kako bi se razjasnila pravna osnova i osigurala dosljedna primjena prava na području Unije, a posebno u odnosu na nove vrste sporazuma ili postupanja koja još nisu jednoznačno utvrđena u postojećoj sudskoj i upravnoj praksi.¹⁶³

Prije nego li doneše odluku kojom utvrđuje neprimjenjivost čl. 101. ili 102. UFEU-a, Komisija je dužna objaviti kratak sadržaj predmeta i pozvati zainteresirane treće strane da dostave svoje primjedbe na namjeravanu odluku Komisije u roku određenom u

¹⁵⁹ Prema čl. 8. st. 2. Uredbe 1/2003.

¹⁶⁰ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹⁶¹ Prema čl. 10. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹⁶² Prema čl. 10. st. 2. Uredbe 1/2003.

¹⁶³ Prema t. 14. preambule Uredbe 1/2003.

javnom pozivu koji ne može biti kraći od mjesec dana.¹⁶⁴ Također, i ovoj odluci Komisija prije njenog donošenja mora zatražiti savjetodavno mišljenje Savjetodavnog odbora.¹⁶⁵ Europska komisija isključivo je nadležna za donošenje deklaratorne odluke o utvrđenju neprimjenjivosti čl. 101. i 102. UFEU-a te takvu odluku nisu temeljem odredbi čl. 10. Uredbe 1/2003 ovlaštena donositi nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, što je i potvrđeno u praksi Europskog suda.¹⁶⁶ Štoviše, Komisija takvu odluku može donijeti samo kada postupa po službenoj dužnosti, a ne i u povodu pritužbe zainteresirane osobe,¹⁶⁷ i to samo kada su kumulativno ispunjeni raniye spomenuti uvjeti: da je riječ o iznimnim slučajevima i da to zahtijeva javni interes Unije.

9. Zaključne napomene

U radu se nastojalo sažeto prikazati vrste i tijek upravnih postupaka koje Europska komisija po službenoj dužnosti vodi protiv poduzetnika u slučajevima povrede čl. 101. i 102. UFEU-a, kao i glavne značajke odluka koje ona u tim postupcima donosi. Valja napomenuti kako je, s obzirom na opsežnost pravnih izvora Europske unije kojima se uređuje predmetna materija te na brojnost relevantnih odluka Europskog suda, o svakome od pojedinih prikazanih postupaka moguće napisati zaseban opsežniji rad. Isto vrijedi i za pojedine istražne ovlasti Komisije u ovim postupcima, kao i za pojedina od procesnih prava poduzetnika u tim postupcima. Stoga je zainteresiranom čitatelju ovaj rad namijenjen za upoznavanje s osnovnim elementima postupaka koji se vode pred Komisijom i kao smjernica za dublje istraživanje pitanja kojima se rad bavi.

¹⁶⁴ Prema čl. 27. st. 4. Uredbe 1/2003.

¹⁶⁵ Prema čl. 14. st. 1. Uredbe 1/2003.

¹⁶⁶ Vidi stajalište Europskog suda u predmetu C-375/09, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów protiv Tele2 Polska sp. Zoo (sada Netia SA w Warszawie)*, [2011] ECR I-03055, §§ 29. – 30., kao i § 35. mišljenja nezavisnog odvjetnika Mazáka danog u istom predmetu.

¹⁶⁷ Tako proizlazi *arg. a contrario* iz isticanja izraza „po službenoj dužnosti“ u odredbi čl. 10. st. 1. Uredbe 1/2003. U istom smislu ističe i nezavisni odvjetnik Mazák u § 38. svog mišljenja (*ibid.*), kao i: Jones, A. i Sufrin, B., *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008., str. 1148.

Podnošenje pritužbi Europskoj komisiji radi povrede pravila tržišnog natjecanja

1. Uvodne napomene

Zaštita tržišnog natjecanja jedna je od osnovnih i najvažnijih politika Europske unije (dalje u tekstu: EU) od njezina osnivanja do danas. Slijedom toga, zadaća zaštite tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu dugi je niz godina bila u isključivoj nadležnosti tijela EU odnosno Komisije EU (dalje u tekstu: Komisija). Godine 2004. u EU je provedena jedna od najznačajnijih reformi u sferi prava tržišnog natjecanja od njezina osnivanja. Napušten je centralizirani sustav zaštite tržišnog natjecanja te je uspostavljen novi sustav paralelne nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.

Iako je sukladno novom konceptu veliki dio posla u svezi sa zaštitom tržišnog natjecanja prenesen sa Komisije na nadležna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica, novi koncept nije isključio mogućnost vođenja postupka i podnošenja pritužbi zbog povrede prava tržišnog natjecanja izravno Komisiji.

I dalje je temeljem članka 7(2) Uredbe 1/2003¹ i Uredbe 773/2004² bilo omogućeno svakoj osobi koja dokaže legitimni interes podnijeti pritužbu zbog povrede prava tržišnog natjecanja izravno Komisiji, a ne nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja. Jednako tako, Komisiji nije oduzeta mogućnost da kada god to smatra primjerenim, po službenoj dužnosti pokrene postupak radi utvrđivanja povrede članaka 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU).

S obzirom da je novi sustav zaštite tržišnog natjecanja donio niz promjena i novina, Komisija je u cilju klarifikacije novog sustava zaštite tržišnog natjecanja donijela niz

* Dr. sc. Dubravka Akšamović docentica je na Katedri za trgovacko pravo Pravnog fakulteta Sveučilišta u Osijeku. Rad predan dana 23. svibnja 2013.

¹ Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003. (dalje u tekstu: Uredba 1/2003)

² Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC, OJ L 123, 27.4.2004; (dalje u tekstu: Uredba 773/2004).

dokumenata, a među inima i Obavijest 2004/05 o podnošenju pritužbi Komisiji zbog povrede članak 101. i 102. UFEU,³ čije će se odredbe u radu analizirati.

Razmatranje navedenog problema, posebno je važno za domaću javnost s obzirom na činjenicu skorog ulaska Hrvatske u EU. Iako se Hrvatska još potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (dalje u tekstu: SSP) obvezala uskladiti domaće zakonodavstvo o tržišnom natjecanju s pravom EU te primjenjivati standarde koji su na snazi u EU, a što je uglavnom do sada i ispoštovano, ulaskom Hrvatske u EU, Hrvatska i formalno postaje integralnim dijelom europskog tržišta i važno je upozoriti domaće građane i poduzetnike na procesne i druge mogućnosti koje im stoje na raspolaganju temeljem zakonodavstva EU, pa tako i kada je riječ o podnošenja pritužbe zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju neposredno Komisiji.

Jednako tako, važno je upozoriti poduzetnike na činjenicu da postupak zbog povrede članaka 101. i 102. UFEU protiv njih može, osim Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: AZTN), a što je do sada bio slučaj, pokrenuti i Komisija.

2. Temeljne odrednice reforme prava tržišnog natjecanja prema Uredbi 1/2003

Reforma prava tržišnog natjecanja koja je u EU provedena stupanjem na snagu Uredbe 1/ 2003 jedna je od najznačajnijih reformi u sferi tržišnog natjecanja od 1962. godine. Godine 1962., temeljem odredbi Osnivačkih ugovora i Uredbe 17/62,⁴ uspostavljen je model zaštite tržišnog natjecanja koji je bio na snazi 40 godina, a temeljem kojeg je Komisija imala isključivu nadležnost primjenjivati članke 101. i 102. UFEU te članak 101(3).

Zbog sve veće opterećenosti Komisije te zbog bojazni da će se nakon proširenja EU u svibnju 2004. godine takav koncept primjene zaštite tržišnog natjecanja pokazati neučinkovitim, donesena je politička odluka o reformi dotadašnjeg sustava zaštite tržišnog natjecanja, čija je kruna donošenje i stupanje na snagu Uredbe 1/2003.

³ Commission Notice on the handling of complaints by the Commission under Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ C 101, 27.04.2004, p. 0065 – 0077, (dalje u tekstu: Obavijest o pritužbama).

⁴ EEC Council: Regulation No. 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 013 , 21/02/1962, p. 0204 – 0211 (dalje u tekstu: Uredba 17/62).

Donošenju Uredbe 1/2003 prethodilo je donošenje Bijele knjige o modernizaciji pravila 101. i 102. UFEU iz 1999. godine⁵ iz koje se mogu iščitati obrisi buduće reforme, ali i navode razlozi donošenja Uredbe 1/2003.

Kao prvi razlog reforme Komisija navodi nemogućnost da kroz postojeći sustav zaštite tržišnog natjecanja osigura potrebnu razinu zaštite tržišnog natjecanja na sve većem tržištu EU.

Drugo, Komisija navodi da je postojeći sustav sukladno kojem isključivo Komisija može odlučivati o pojedinačnom izuzeću sporazuma predstavlja prepreku učinkovitoj primjeni pravila o tržišnom natjecanju od strane nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.

I konačno, Komisija navodi da se zbog obima posla u svezi s davanjem pojedinačnih izuzeća ona ne može posvetiti otkrivanju i sankcioniranju najtežih povreda prava tržišnog natjecanja, a što je jedan od glavnih ciljeva prava tržišnog natjecanja.⁶

Uredba 1/2003 stupila je na snagu 1. svibnja 2004. godine i uvela sljedeće najznačajnije promjene u odnosu na raniji sustav:

1/ uveden je decentralizirani sustav zaštite tržišnog natjecanja i primjene propisa o tržišnom natjecanju. Napušten je raniji (centralizirani) sustav sukladno kojem je samo Komisija imala ovlast odlučivati o povredama članka 101. i 102. UFEU te o davanju pojedinačnih izuzeća temeljem članka 101(3) UFEU. Uveden je sustav paralelne nadležnosti između Komisije i nadležnih tijela za tržišno natjecanje država članica.

2/ Ukinut je sustav obvezne prijave i izuzeća sporazuma za sve sporazume koji zadovoljavaju uvjete iz članka 101(3) UFEU. Sada su poduzetnici, a ne Komisija kao što je ranije bio slučaj, sami morali procijeniti podliježe li njihov sporazum izuzećima iz članka 101(3) UFEU. Komisija je procijenila da je sudska praksa razvijena tijekom godina dostatan putokaz poduzetnicima da utvrde je li riječ o sporazumu koji treba prijaviti radi dobivanja izuzeća ili ne.⁷

3/ Uredba je uspostavila sustav nadređenosti prava Zajednice nad pravom država članica i, konačno,

⁵ White Paper on modernization of the rules implementing Articles 81 i 82 of the EC Treaty, Commission Programme 99/27, OJ 1999 C 132/1

⁶ *Ibid.*, str. 11.

⁷ Müller, F, The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition, *German Law Journal*, vol. 5., br. 6., 2004., str. 730.

4/ Definiraju se brojna pitanja suradnje između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja s ciljem razmjene informacija o postupcima koji se vode pred Komisijom i u državama članicama, pitanja pružanja potpore i davanja savjeta u svezi s primjenom članaka 101. i 102. UFEU te ujednačene primjene propisa o tržišnom natjecanju.

Iako je intencija cijele ove reforme zapravo bila prebaciti značajan dio posla u svezi s zaštitom tržišnog natjecanja s Komisije na nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, i dalje je temeljem članka 7. st. 2. Uredbe 1/2003 te temeljem Uredbe 773/2004 fizičkim i pravnim osobama omogućeno da pritužbe zbog povrede prava tržišnog natjecanja upute izravno Komisiji, a ne nacionalnim tijelima za tržišno natjecanje.

S obzirom na činjenicu da je takav novo uspostavljeni sustav paralelne nadležnosti predstavljao pravnu novinu u primjeni europskog prava tržišnog natjecanja, javila se potreba pojasniti brojna pitanja koja će se u praksi pojaviti, a što je Komisija učinila donošenjem niza dokumenata.

U tom smislu, usporedno s donošenjem Uredbe 1/2003, Komisija je donijela i sljedeće dokumente:

- Uredbu br. 773/2004 u vezi s vođenjem postupaka od strane Komisije sukladno člancima 81. i 82. Ugovora o EU,⁸
- Obavijest o suradnji u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja,⁹
- Obavijest o suradnji Komisije i sudova država članica EU u vezi s primjenom člana 81. i 82. Ugovora o EU,¹⁰
- Obavijest o neformalnim uputama glede novih pitanja u vezi s primjenom člana 81. i 82. Ugovora o EU,¹¹
- Obavijest Komisije - Pravni vodič o mogućem utjecaju člana 81. i 82. na trgovinu,¹²

⁸ *Op. cit.* u bilj. 2, str. 1.

⁹ Commission Notice on cooperation within the Network of Competition Authorities; OJ C 101, 27.04.2004, p. 43 - 53 (dalje u tekstu: Obavijest o suradnji).

¹⁰ 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, OJ C 101, 27.04.2004, p. 54 - 64.

¹¹ Commission Notice on informal guidance relating to novel questions concerning Articles 81 and 82 of the EC Treaty that arise in individual cases, OJ C 101, 27.4.2004.

¹² Commission notice – Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ C 101 of 27.4.2004.

- Obavijest Komisije - Pravni vodič o primjeni članka 81(3) Ugovora o EU i konačno,
- Obavijest Komisije o načinu na koji Komisija postupa s pritužbama zbog povrede članaka 81. i 82. Ugovora o EU.¹³

U radu će se iscrpno analizirati odredbe posljednje navedene Obavijesti o pritužbama, međutim, treba naglasiti da, iako svaki od navedenih dokumenata obrađuje samo jedno od pravnih pitanja, sve navedene dokumente treba čitati i analizirati u međusobnoj konjunkciji, a napose u kontekstu rješenja sadržanih u Uredbi 1/2003.

Svi su navedeni propisi međusobno usko isprepleteni i često se pozivaju i oslanjaju na pravila sadržana u drugom dokumentu.

3. Struktura, sadržaj i predmet reguliranja Obavijesti Komisije o načinu na koji Komisija postupa s pritužbama zbog povrede članaka 81. i 82. Ugovora o EU

Obavijest Komisije o pritužbama, a kako proizlazi iz samog naziva Obavijesti, regulira pitanja podnošenja pritužbi Komisiji zbog povrede pravila iz članka 101. i 102. UFEU.

Naime, kako je već prethodno istaknuto, iako je reforma propisa o tržišnom natjecanju usmjerenja na prebacivanje značajnih nadležnosti za zaštitu tržišnog natjecanja s Komisije na nacionalna tijela država članica, Uredba 1/2003 nije ukinula procesnu mogućnost da Komisija po službenoj dužnosti ili na zahtjev trećih osoba i dalje odlučuje o povredama članaka 101. i 102. UFEU.

Navedena je mogućnost regulirana u članku 7(2) Uredbe 1/2003 koji predviđa sljedeće ovlasti Komisije:

- 1/ odlučivanje o postojanju povrede odredbi Ugovora od strane Komisije,
- 2/ donošenje odluke o pokretanju postupka po službenoj dužnosti ili na prijedlog i po pritužbi treće osobe,
- 3/ pravo na izricanje strukturnih mjera i mjera praćenja s ciljem otklanjanja počinjenih povreda.

¹³ *Op. cit.* u bilj. 3.

Razmatrana Obavijest Komisije regulira samo jednu od navedenih procesnih nadležnosti Komisije - postupovna pitanja u svezi s podnošenjem pritužbi Komisiji zbog povrede pravila tržišnog natjecanja od strane trećih osoba.

Njezin je temeljni cilj, a kako stoji i u preambuli Obavijesti o pritužbama, „dati upute građanima i poduzetnicima, kako, kada i gdje podnijeti pritužbu u slučajevima postojanje opravdane sumnje da je ponašanjem poduzetnika narušeno slobodno tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu.“

U tom smislu, treba naglasiti da se Obavijest o pritužbama ne bavi pitanjima pokretanja i vođenja postupka zbog povrede tržišnog natjecanja koje Komisija provodi po službenoj dužnosti niti pitanja izricanja mjera i uvjeta kojima se otklanjanju negativne posljedice nastale zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju.

Nadalje, Obavijest o pritužbama se ne odnosi ni na situacije kada države članice ulažu pritužbe Komisiji zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju, niti na postupke koje Komisija pokreće protiv država članica zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju i državnim potporama.

Obavijest Komisije o pritužbama isključivo regulira pitanja podnošenja pritužbi Komisiji od strane građana država članica ili poduzetnika iz država članica kojima oni ukazuju na eventualnu povredu članka 101. i 102. UFEU te daje odgovor na pitanja tko, kada, kako i zašto može pritužbu zbog povrede tržišnog natjecanja uputiti Komisiji, a kada nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja država članica.

4. Različite mogućnosti za ulaganje pritužbi vezanih za povrede članaka 101. i 102. UFEU

Od 2004. godine odnosno od donošenja Uredbe 1/2003, pravnu zaštitu zbog povrede prava tržišnog natjecanja u EU provode sljedeća tijela:

- 1/ nacionalni sudovi kao nositelji privatnopravne zaštite pojedinaca,
- 2/ nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kao tijela javne provedbe zaštite tržišnog natjecanja i
- 3/ Komisija.

Uredba 1/2003 uspostavila je sustav paralelne nadležnosti između navedenih tijela, zbog čega se pojavila potreba davanja pojašnjenja kada koje tijelo, po službenoj dužnosti ili temeljem pritužbe, treba odlučivati o povredi pravila tržišnog natjecanja odnosno,

drugačije rečeno, kada i povodom kojih slučajeva povrede tržišnog natjecanja pritužbe treba slati nacionalnim sudovima ili nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, a kada Komisiji.

Opće je stajalište, zauzeto u razmatranoj Obavijesti o pritužbama, da su nacionalni sudovi obvezni donositi odluke u predmetima koji su pokrenuti pred njima, a kojima se zahtjeva zaštita prava pojedinaca.

U tom smislu, nacionalni sudovi djeluju kao nositelji privatnopravne zaštite pojedinaca u vezi sa svim vrstama tužbi, pa tako i u vezi s tužbama gdje se traži zaštita zbog povrede prava pojedinaca do koje je došlo kršenjem propisa o tržišnom natjecanju. Tako će, primjerice, nacionalni sudovi odlučivati u postupcima naknade štete do koje je došlo zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju ili drugim postupcima koje pokreću fizičke i pravne osobe s ciljem zaštite svojih privatnih prava i interesa.¹⁴

Za razliku od nacionalnih sudova, nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica, kao tijela javne provedbe zaštite tržišnog natjecanja, djeluju po službenoj dužnosti, ali i temeljem pritužbi stranaka.

Njihovo djelovanje nije usmjereno na pružanje individualne pravne zaštite pojedincima već na stvaranje uvjeta slobodnog tržišnog natjecanja. Ona djeluju kao nositelji javnopravne zaštite i u tome smislu nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja nisu u obvezi odlučivati o svim pritužbama koje dobiju u svezi s povredom pravila o tržišnom natjecanju. Ona imaju pravo odrediti prioritete u podnesenim pritužbama, a sve kako bi se osigurao učinkovit sustav zaštite tržišnog natjecanja.¹⁵

I, konačno, zaštita tržišnog natjecanja u EU povjerena je Komisiji koja, a kako stoji u Obavijesti o pritužbama, „svoje provedbene resurse u svezi s zaštitom tržišnog natjecanja usmjerava na:

- 1/ provedbu pravila o tržišnom natjecanju u onim predmetima u kojima je njezino postupanje posebno primjeren,
- 2/ na najteže povrede propisa o tržišnom natjecanju,
- 3/ rješavanje predmeta koji su značajni za definiranje politike tržišnog natjecanja Zajednice i/ili osiguravaju dosljednu primjenu članaka 101. i 102 UFEU.“

¹⁴ Primjerice u postupcima odlučivanja o ništetnosti ili o valjanosti ugovora, u postupcima izricanja privremenih mjera i slično. O tome vidi: *op. cit.* u bilj. 2, toč. 16.

¹⁵ O tome vidi u predmetu C-344/98, *Masterfoods v HB Ice Cream* [2000] ECR I-11369, toč. 46 i dalje, predmet T-24/90, *Automec v Commission*, [1992] ECR II-2223, toč. 73- 77.

Ovakav sustav paralelne nadležnosti gdje nisu izrijekom, već samo načelno, propisane nadležnosti svakog od navedenih tijela i gdje potencijalni podnositelji pritužbi sami moraju odrediti kome se obratiti s pritužbom, može predstavljati pravi izazov za osobe koje traže pravnu zaštitu zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju. Ovo napose u slučajevima kada je riječ o dvojbi treba li pritužbu uputiti nacionalnom tijelu nadležnom za zaštitu tržišnog natjecanja ili Komisiji te u slučajevima kada se postupak pokreće protiv poduzetnika koji dolaze iz različitih država članica ili se učinci povreda protežu na teritoriju više država članica.

Navedenim se pitanjima, uz Uredbu 1/2003 koja navedena pitanja dotiče samo načelno,¹⁶ detaljnije bave u radu navedeni dokumenti, a napose Obavijest o pritužbama te Obavijest o suradnji Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. U potonjoj se Obavijesti naznačena pitanja reguliraju na normativnoj razini, ali se navode i brojni primjeri koji bi poduzetnicima i građanima trebali pojasniti kada i pred kime će se voditi postupci u svezi s primjenom članaka 101. i 102. UFEU, a kako bi oni tada znali kome uputiti pritužbu u svezi s konkretnom povredom.

4.1. Nadležnost nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja vs. nadležnost Komisije

Djelotvorna zaštita tržišnog natjecanja na velikom tržištu kao što je europsko tržište moguća je samo ako se jasno zna kada, tko i što treba raditi te ako postoji jasan i efikasan sustav pravila koji nadležnim tijelima omogućuje učinkovito i pravovremeno djelovanje. Zakašnjela ili spora zaštita slobodnog tržišnog natjecanja može rezultirati nepopravljivim štetama za tržišno natjecanje i biti kočnica ekonomskom rastu i razvoju kakav Europa priželjuje i kojem stremi.

Uspostavljanjem sustava paralelne nadležnosti između Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja željelo se zaštitu tržišnog natjecanja povjeriti onom tijelu koje će u danom momentu biti „doraslo zadatku“ te koje će istovremeno i građanima i poduzetnicima osigurati dostupnost pravne zaštite i optimalne mehanizme pristupa nadležnim tijelima.

¹⁶ Vidi čl. 4.-6. Uredbe 1/2003.

U tom smislu, nema dvojbe da su nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u pojedinim situacijama podobnija za odlučivanje o povredi propisa o tržišnom natjecanju od Komisije jer imaju bolji uvid u prilike koje vladaju na nacionalnom ili lokalnom tržištu.

S druge strane, povrede propisa o tržišnom natjecanju koje se protežu na teritoriju više država ili u svim državama članicama, s velikim brojem počinitelja, mogu biti „prevelik zalogaj“ za nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i u tim se situacijama Europska komisija može smatrati, zbog svojih stručnih i inih kapaciteta, kompetentnijom za odlučivanje od nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica.

U tom pravcu idu i promišljanja Komisije formulirana u Obavijesti o suradnji Komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u okviru Mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja gdje se kao načelna zauzimaju sljedeća stajališta.

Smatra se da o povredi propisa o tržišnom natjecanju trebaju odlučivati nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja kada su kumulativno ispunjeni sljedeći uvjeti:

1/ kada se učinci zabranjenog sporazuma ili zlouporabe vladajućeg položaja protežu na teritoriju jedne države članice iz koje je i potekla inicijativa za kartel ili zlouporabu vladajućeg položaja,

2/ kada je s obzirom na postojeće okolnosti izvjesno da će nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja biti u stanju provesti postupak od početka do kraja, uključujući i izricanje i izvršenje sankcije te

3/ kada će potonje tijelo, eventualno u suradnji s drugim nadležnim tijelom, biti u stanju osigurati potrebne dokaze o povredi propisa o tržišnom natjecanju.¹⁷

U tom smislu, da bi se nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja smatrala kompetentnim za odlučivanjem u konkretnom slučaju potrebno je da postoji materijalna veza između povrede i teritorija države u kojoj je povreda učinjena.¹⁸

To će primjerice biti slučaj ako je riječ o poduzetnicima iz jedne države članice koji su se udružili u kartel čiji se učinci u najvećoj mjeri protežu na teritoriju te države članice.

Jednako tako, nacionalno tijelo jedne države smarat će se nadležnim i u sljedećem slučaju: riječ je o zajedničkom pothvatu u kojem sudjeluju poduzetnici iz države A i B i koji posluje u državi A i B.

¹⁷ *Op. cit.* u bilj. 9, čl. 8.

¹⁸ *Ibid.*, čl. 9.

U tom slučaju nadležnost za odlučivanje o povredi imat će nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja obje države. Međutim, postupak bi trebalo voditi nadležno tijelo one države koja je primila pritužbu ili započela postupak po službenoj dužnosti pod uvjetom da su dokazi o povredi uzeti iz ureda koji se nalazi u toj državi. Ocjenjuje se da u navedenom slučaju nema potrebe voditi dva paralelna postupka u obje države.

Međutim, ako je riječ o predmetu u kojem postoji primjerice zabranjeni sporazum o podjeli tržišta između dva poduzetnika, jedan je iz jedne države članice, a drugi je iz druge države članice te su sklopili sporazum o podjeli tržišta i nekonkuriranju, u tom slučaju o povredi bi trebalo odlučivati zasebno nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja svake od države članica, s tim da nadležna nacionalna tijela, koordiniraju svoje aktivnosti, u mjeri u kojoj je to najviše moguće.

Jedno od tih nacionalnih tijela može preuzeti ulogu „vodećeg tijela“ (*lead authority*), oba tijela mogu provoditi zajedničku istragu, međutim, kada je riječ o vođenju postupka, postupak će se protiv takvih poduzetnika voditi zasebno u svakoj državi članici.¹⁹

Kada je riječ o nadležnosti Komisije, općenito se smatra da je Komisija nadležna odlučivati o povredama propisa o tržišnom natjecanju u sljedećim situacijama:

1/ako je riječ o zabranjenim djelima prava tržišnog natjecanja u kojima sudjeluju poduzetnici iz tri ili više država članica ili se učinci (primjerice zabranjenog sporazuma) protežu na teritoriju više država članica ili na cijelom teritoriju Zajednice,

2/ako je, primjerice, riječ o postupku koji se vodi protiv poduzetnika koji ima vladajući položaj u više država članica. U tom će slučaju postupak zbog zlouporabe vladajućeg položaja na teritoriju svih država voditi Komisija. Međutim, moguće je i da nacionalna tijela provode zasebne postupke i odlučuju o postojanju zlouporabe samo u odnosu na učinke na nacionalnom tržištu.

3/ I konačno, Komisija bi trebala biti nadležna za vođenje svih postupaka „od posebnog značaja“ za jednoobrazno tumačenje prava Zajednice ili kada je riječ o novim predmetima gdje je potrebno formulirati načelna i opća pravila kao smjernice za kasniju primjenu prava Zajednice od strane nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.²⁰

Europska komisija kao tijelo javne provedbe zaštite tržišnog natjecanja, jednako kao i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, ima obvezu i ovlast postupke u kojima utvrdi svoju nadležnost pokretati *ex officio*, kada god postoji osnovana sumnja da postoji

¹⁹ Vidi više: Budzinski, O., Christiansen, A., Competence Allocation in the EU Competition Policy System as an Interest Driven Process, *Journal of Public Policy*, vol. 25, br. 3., 2005, str. 313 - 337.

²⁰ *Op. cit.* u bilj. 9, čl. 14. i 15.

povreda propisa o tržišnom natjecanju. Međutim, postupak zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju može se pokrenuti i temeljem pritužbi fizičkih osoba i poduzetnika. Podredno se analiziraju pretpostavke i uvjeti za pokretanje i vođenje postupka pred Komisijom temeljem pritužbi osoba koje imaju legitimni interes.

5. Način na koji Komisija postupa s pritužbama radi utvrđivanja povrede članka 101. i 102. UFEU

U skladu s člankom 7(2) Uredbe 1/2003, fizičke ili pravne osobe koje mogu dokazati legitimni interes, imaju pravo uložiti pritužbu Komisiji, kako bi od Komisije zatražile utvrđivanje povrede članka 101. i 102. UFEU.

U potonjem je slučaju riječ o procesnom pravu kojim se omogućuje fizičkim i pravnim osobama pritužbu zbog povrede odredbi članaka 101. i 102. UFEU izravno uputiti Komisiji, ali ne radi neposredne zaštite njihovih privatnih prava i interesa, kao što je to slučaj s tužbama pred nacionalnim sudovima, već s ciljem ostvarivanjem javnopravne zaštite slobodnog tržišnog natjecanja.

Da bi neka osoba mogla ostvariti navedeno pravo na podnošenje pritužbe Komisiji ona mora dokazati postojanje legitimnog interesa.

Propisivanjem kriterija legitimnog interesa kao pravnog uvjeta za podnošenje pritužbi Komisiji javila se, s jedne strane, potreba definiranja legitimnog interesa, a s druge strane, ograničio se krug aktivno legitimiranih osoba na podnošenje pritužbe jer pravo na podnošenje pritužbe nema svaka pravna i fizička osoba bez ograničenja, već samo ona koja dokaže postojanje legitimnog interesa.

Iako Komisija kao tijelo javne provedbe raspolaže diskrecijskim pravom određivanja prioriteta svojega postupanja u provedbi pravila o tržišnom natjecanju i u tom smislu nije u obvezi postupati po pritužbama koje dobije od pravnih i fizičkih osoba,²¹ ona u svakom pojedinom slučaju može odbaciti pritužbu zbog nedostatka aktivne legitimacije uz obrazloženje nepostojanja legitimnog interesa.

U tom smislu, „pitanje svih pitanja“ u kontekstu ostvarivanja prava na pritužbe pred Komisijom je pitanje tumačenja legitimnog interesa. Drugim riječima, kada se može smatrati da neka osoba ima legitimni interes za podnošenje pritužbi Komisiji, a kada ne. Obavijest Komisije o pritužbama nudi djelomično tumačenje razmatranog pitanja.

²¹ *Op. cit.* u bilj. 3, str. 3., toč. 27.

U točki 33. Obavijesti o pritužbama navodi se da se „smatra da države članice imaju legitimni interes za sve pritužbe koje odluče uložiti.“ U tom smislu neupitno je postojanje legitimnog interesa kada je podnositelj pritužbe neka država članica.²²

Nadalje, nedvojbeno je da pravo na pritužbu imaju i sudionici zabranjenog sporazuma ili konkurenčki poduzetnici²³ koji su neposredno pogodjeni radnjama poduzetnika protiv kojih se pritužba podnosi.²⁴

Za sve druge slučajeve, kada pritužbu podnose „treće osobe“ ne postoji jednoobrazno tumačenje iz kojeg bi se mogli izvući opći zaključci kada se smatra da postoji legitimni interes, već će se o tome odlučivati od slučaja do slučaja.

Neke smjernice nudi sudska praksa. Tako temeljem sudske prakse treba smatrati da legitimni interes za podnošenje pritužbi imaju:

1/ udruženja poduzetnika čiji su članovi pogodjeni ponašanjem poduzetnika protiv kojeg je pritužba podnesena.²⁵

U predmetu *Bureau Europeen de Medias et de L'Industrie Musicale v Commission*,²⁶ Prvostupanjski sud zauzeo je stajalište da se udruženje poduzetnika može pozvati na legitimni interes podnošenja pritužbe zbog ponašanja svojih članova, čak i ako kao poduzetnik koji posluje na mjerodavnom tržištu nije izravno pogoden ponašanjem zbog kojeg je podnesena pritužba, pod uvjetom da, kao prvo, ima pravo predstavljati interes svojih članova i da se, kao drugo, za ponašanje zbog kojeg je pritužba podnesena može očekivati da će štetno utjecati na interes njegovih članova.²⁷

²² Vidi *Union Interprofessionnelle des Semences Fourrangers* (1976) 1 CMLR D95.

²³ Takvo je stajalište Europski sud zauzeo u predmetu *Metropole Television SA and Others v. Commission*, u kojem navodi da se treba smatrati da stvarni ili potencijalni konkurenți imaju pravo podnijeti pritužbu i u tom smislu da udovoljavaju kriteriju postojanja “opravdanog interesa” kada im poduzetnik protiv kojeg podnose pritužbu onemogućuje pristup tržištu.

²⁴ Kerse, C. S., The Complaint in Competition Cases: A Progress Report, *Common Market Law Review*, vol 34., 1997, str. 217.

²⁵ Europski sud u svom stajalištu, sasvim opravdano, apostrofira važnost davanja prava na pritužbu udruženju poduzetnika. Navodi da se time prevenira podnošenje velikog broja individualnih pritužbi, što bi dodatno opteretilo Komisiju. Drugo, navodi da se na taj način usuglašavaju i koordiniraju zahtjevi jedne skupine poduzetnika kroz jedno tijelo koje zastupa njihove zajedničke interese i stajališta. *Ibid.* str. 220.

²⁶ Case T-114/92, *BEMIM v. Commission* [1995] ECR II-147.

²⁷ *Ibid.*, toč. 28. odluke. S tim u svezi vidi i odluku suda u predmetu T-447-9/93, *AITEC and Others v. Commission* [1995] ECR II-1971.

U drugoj presudi, Sud je utvrdio da Komisija ima pravo odbaciti pritužbu zbog nedostatka legitimnog interesa koju je podnijelo udruženje poduzetnika koji međutim kao članovi nisu bili uključeni u poslovne transakcije zbog kojih je pritužba podnesena.²⁸ Iz ovih se presuda može izvući sljedeći načelni zaključak: poduzetnici ili udruženje poduzetnika mogu se pozivati na postojanje legitimnog interesa kada posluju na mjerodavnom tržištu i/ili kada bi ponašanje zbog kojeg je podnesena pritužba moglo izravno i štetno utjecati na njihov interes.

2/ Nadalje, legitimni interes za podnošenje pritužbi također imaju i udruge potrošača kao predstavnici određene kategorije potrošača čiji je ekonomski interes povrijeđen. U tom smislu, Komisija neće prihvati postojanje legitimnog interesa kada udruga potrošača podnosi pritužbu s ciljem zaštite općeg interesa (*pro bono publico*) već kada je pritužba usmjerena na zaštitu konkretnih ekonomskih interesa određene skupine potrošača koje zastupa i predstavlja udruga potrošača.²⁹

3/ I konačno, smatra se da lokalna i regionalna tijela javne vlasti imaju legitiman interes za podnošenje pritužbi kada nastupaju u svojstvu kupca ili korisnika usluge, ali ne i kada djeluju u javnom interesu (*pro bono publico*) jer je pokretanje postupka radi javnopravne zaštite tržišnog natjecanja u sferi nadležnosti Komisije.

Teret dokaza o postojanje legitimnog interesa u svim slučajevima leži na podnositelju pritužbe.³⁰

Kada pravna ili fizička osoba koja uloži pritužbu ne može dokazati legitiman interes, Komisija ima pravo ne rješavati pritužbu.

Međutim, time se ne dovodi u pitanje pravo Komisije da pokrene postupak na vlastitu inicijativu.³¹ Jednako tako Komisija može u svim fazama postupka ispitivati je li uvjet postojanja legitimnog interesa zadovoljen.³²

²⁸ Spojeni predmeti T-133/95 i T-204/95, *International Express Carriers Conference v. Comission* [1998] ECR II- 3645 , toč. 79 - 83.

²⁹ Case T-37/92, *BEUC v. Commission* [1994] ECR II-285.

³⁰ *Op. cit.* u bilj. 3., toč. 40.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

5.1. Ispitivanje pritužbe

Prema ustaljenoj sudskej praksi³³ i stajalištu koje Komisija iznosi u Obavijesti o pritužbama, Komisija nije u obvezi provesti istragu i postupati po svim pritužbama koje primi, niti je dužna donijeti odluku u smislu članka 249. Ugovora o EU o postojanju ili nepostojanju povrede članaka 101. i 102. UFEU.³⁴

Komisija ima diskrečjsko pravo odlučiti o tome hoće li postupati po pritužbi ili će odbaciti pritužbu³⁵. Jednako tako ima pravo odrediti koja će pritužba imati prioritet.

Jedan je od osnovnih kriterija, kao uvjet za razmatranje pritužbi i određivanja prioriteta pri razmatranju pritužbi, kriterij postojanja „interesa Zajednice“.

Drugim riječima, Komisija će u osnovi razmatrati one pritužbe za koje utvrdi da je njihovo razmatranje u interesu Zajednice.

Argumentum a contrario, zaključi li Komisija da je riječ o pritužbi koja nije u njezinoj nadležnosti, već u nadležnosti države članice, i koja nije od interesa Zajednice, ona će pritužbu odbaciti.³⁶

Međutim, da bi odbacila pritužbu, Komisija je prethodno u obvezi analizirati činjenične i zakonske elemente na koje joj je podnositelj prigovora skrenuo pozornost, radi procjene postojanja interesa Zajednice. Pri tome mora primijeniti dužnu pozornost i pojedinačno ispitati sve pravne i činjenične navode u pritužbi³⁷.

To međutim ne znači da je dužna provesti istragu o svakoj pritužbi i s tim u svezi donijeti konačnu odluku.³⁸ Ona u prvom redu treba ispitati one pritužbe za koje smatra da su od interesa Zajednice.

U tom smislu, postavlja se pitanje, kada se može smatrati da je povreda prava tržišnog natjecanja takva da o njoj zbog interesa Zajednice treba odlučivati Komisija , a ne nadležno nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja ili njih više?

Temeljem sudske prakse i stajališta koje je Komisija zauzela u Obavijesti o pritužbama, može se smatrati da interes Zajednice postoji u sljedećim slučajevima:

³³ Vidi odluku Europskog suda u predmetu Case T-24/90, *Automec v. Commission*, [1992] ECR II-2223, toč. 76.

³⁴ *Op. cit.* u bilj. 3, toč. 41.

³⁵ Vidi tome: C- 119/97 P. *Ufex v. Commission* [1999] ECR I-1341, toč. 88, T- 193/02, *Laurent Piau v Commission* [2005] ECR II-209, toč. 44 i 80.

³⁶ Vidi s tim u svezi obrazloženje Europskog suda u predmetu : C-159/08, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2009] ECR I-00046 te T-306/05, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2008] ECR II-00004, toč. 26.

³⁷ Case 210/81, *Demo- Studio Schmidt v. Commission*, [1983] ECR-3045, toč 19.

³⁸ Kerse, *op. cit.* u bilj. 24, str. 234.

- kada je riječ o ozbiljnim povredama propisa o tržišnom natjecanju koje traju duži vremenski period,
- kada je riječ o povredama kojima se otvaraju nova pravna pitanja,
- kada je tumačenje koje će Komisija dati važno za primjenu prava Zajednice,
- kada je riječ o povredama od utjecaja na trgovinu među državama članicama,
- kada je riječ o pravnom problemu koji se javlja u većem broju država članica,
- kada je preuzimanjem predmeta od strane Komisije osigurava jednoobrazna primjena prava Zajednice u državama članicama.³⁹

Odnosno, kako navodi Europski sud u predmetu *BEMIM*, „Komisija svoju nadležnost i resurse treba usmjeriti na sve pritužbe, obavijesti i postupke koji su od posebnog političkog, ekonomskog ili pravnog značaja za djelovanje Zajednice.“⁴⁰

U tom smislu, gore navedeni slučajevi nisu *numerus clausus*, već ih treba smatrati samo nekim od situacija kada se smatra da postoji interes Zajednice.

Postojanje interesa Zajednice mora se utvrditi u svakom pojedinom slučaju i u odnosu na konkretnе okolnosti koje u pritužbi navodi podnositelj pritužbe.⁴¹

Utvrdi li Komisija da u konkretnom slučaju postoji interes Zajednice zbog kojega ona treba postupati po pritužbi te ako pritužbu ne odbaci zbog nedostatka aktivne legitimacije podnositelja pritužbe, slijedi razmatranje pritužbe, kako bi se (prije pokretanja postupka protiv počinitelja povrede) utvrstile još dvije stvari:

1/ postoje li činjenice koje dokazuju povredu članaka 101. i 102. UFEU, a koje Komisiji mora podastrijeti podnositelj pritužbe,

2/ je li uopće riječ o povredi članaka 101. i 102. UFEU.⁴²

S tim u svezi Komisija ispituje je li riječ o sporazumu ili djelovanju koje spada u područje primjene članaka 101. i 102. UFEU, odnosno je li riječ o ponašanju poduzetnika koje može utjecati na trgovinu između država članica.

³⁹ *Op. cit.* u bilj. 3., toč. 44; S tim u svezi vidi i odluku Europskog suda u predmetu *Automec v Commission* [1992] ECR II-2223 , toč. 86.

⁴⁰ Case T-114/92, *BEMIM v. Commission* [1995] ECR II- 147, toč. 85.

⁴¹ Takvo je stajalište Europski sud zauzeo u predmetu C-119/97 P, *Union Francaise de l'Express and Others v. Commission of the European Communities* [1999] ECR I-01341, toč. 3. i 4.

⁴² *Op. cit.* u bilj. 3, toč. 46.

Ako neki sporazum ne udovoljava tome uvjetu, može se primijeniti nacionalno pravo tržišnog natjecanja, a ne i pravo tržišnog natjecanja EU.

Nadalje, Komisija ispituje je li eventualno riječ o sporazumima male vrijednosti, kada također nema pravne osnove za njezinu intervenciju.

Konačno, Komisija ispituje je li eventualno riječ o sporazumu koje je obuhvaćeno pravilom o skupnom izuzeću. Kako bi oduzela pogodnost skupnog izuzeća u skladu s člankom 29. Uredbe 1/2003, Komisija mora pojedinačnom procjenom sporazuma dokazati da sporazum na koji se primjenjuje Uredba o skupnom izuzeću ima određene učinke koji nisu u skladu s člankom 101(3) UFEU.⁴³

5.2. Sadržaj pritužbe - Obrazac C

Pritužba koju Komisiji podnosi određena osoba temeljni je dokument s kojim započinje postupak utvrđivanja povrede članaka 101. i 102. UFEU.

Kako bi se poduzetnicima olakšao postupak podnošenja pritužbi te ukazalo na činjenice koje su Komisiji važne za donošenje odluke o tome hoće li postupati po pritužbi ili ne, Obavijest o pritužbama sadrži i obrazac C koji se nalazi u Prilogu Obavijesti.⁴⁴

Obrazac C je dostupan u elektroničkom obliku i u njemu se navode četiri skupine podataka koje se moraju dostaviti Komisiji:

1/ informacije o podnositelju pritužbe te podatke o poduzetniku/poduzetnicima na koje se pritužba odnosi uključujući i podatke o tome u kojem se svojstvu u odnosu na tužene poduzetnike nalazi podnositelj pritužbe, tj. je li on konkurent ili potrošač.

2/ pojedinosti o povredama zbog kojih se podnosi pritužba, a napose činjenice na kojima se temelji pritužba kao što su: navodi u čemu se sastoji povreda, pojedinosti o zabranjenom sporazumu kojima podnositelj pritužbe raspolaže, o tržišnom položaju poduzetnika protiv kojeg se podnosi pritužba, statističke i druge podatke, koji su relevantni dokazi o postojanju povrede i slično.

3/ podnositelj pritužbe mora navesti i cilj ili svrhu podnošenja pritužbe, tj. što on želi da Komisija poduzme u svezi s povredom te mora dokazati postojanje legitimnog interesa za podnošenje pritužbe.

⁴³ *Ibid.*, toč. 47.- 52.

⁴⁴ *Ibid.*, toč 29. - 32.; Prilog C kao dodatak Obavijesti o pritužbama, dostupno na <http://europa.eu.int/dgcomp/complaints-form>.

4/ konačno, podnositelj pritužbe mora navesti je li se prethodno obratio nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja ili je li pokrenuo sudski postupak te sve eventualne pojedinosti u svezi s navedenim.

Navedene sastojke pritužbe treba smatrati obveznim sastojcima pritužbe. To proizlazi iz točke 29. Obavijesti o pritužbama gdje se navodi da „pritužba na temelju članka 7. st. 2. Uredbe 1/2003 mora biti u skladu s sadržajem Obrasca C koji je njezin sastavni dio.“ U protivnom se dokument poslan Komisiji neće smatrati pritužbom u smislu Obavijesti o pritužbama, već će se tretirati kao dopis upućen Komisiji⁴⁵ po kojem Komisija nije u obvezi postupati, već se samo očitovati, a koji eventualno može dovesti do pokretanja istrage po službenoj dužnosti.⁴⁶

5.3. Rješavanje pritužbi

Ne odbaci li Komisija pritužbu zbog formalnih ili materijalnih nedostataka, slijedi postupak rješavanje pritužbe u kojem se načelno mogu razlikovati tri faze ili razine ispitivanja pritužbe.⁴⁷

Na prvoj razini Komisija razmatra pritužbu na jednoj općoj i načelnoj razini. Ona može prikupiti dodatne informacije kako bi odlučila koje će radnje poduzeti u svezi s pritužbom. To primjerice uključuje kontaktiranje podnositelja pritužbe radi razjašnjavanja pravnih i činjeničnih pitanja na koja se pritužba odnosi. Komisija može proširiti istragu u odnosu na izvornu pritužbu, ali ju može i odbaciti.

Sukladno praksi Europskog suda, podnositelj pritužbe je dužan Komisiji dostaviti dostatne dokaze i činjenice kojima potkrjepljuje svoje navode o povredi članaka 101. i 102 UFEU. U protivnom Komisija pritužbu može odbaciti.⁴⁸

⁴⁵ U predmetu C-159/08, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2009] ECR I-00046 te T-306/05, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2008] ECR II-00004, Komisija je pritužbu gospodina Terezakisa tretirala kao dopis, a ne formalnu pritužbu iz razloga jer pri podnošenju pritužbe nije poštivao zadanu formu. Gospodin Terezakis je Komisiji poslao dopis internim e-mailom Komisije i u svojstvu službenika Komisije. On u dopisu navodi da se "pridružuje" prituži koju je podnijela gospođa Scippacercola i gospodin Christofidis. U svom očitovanju na njegov zahtjev Komisija navodi da ne postoji procesna mogućnost "pridruživanja" pritužbi te da se njegov dopis ne može smatrati pritužbom jer nije podnesena u formi u kojoj pritužba mora biti podnesena. V. toč. 44. - 47. odluke.

⁴⁶ *Op. cit.* u bilj., 3., toč. 29- 32.

⁴⁷ Vidi o tome Kerse, *op. cit.* u bilj. 24., str. 225-228.

⁴⁸ Vidi: spojeni predmeti C-172/01, C 175/01, C 175/01 i C 180/01, *International Power v. Commission* [2003] ECR I-11421, toč. 148.

Na drugoj razini ocjene Komisija provodi detaljniju istragu. Ako takva istraga pokaže da navodi u pritužbi nisu dostatni za pokretanje postupka, ona obavještava podnositelja pritužbe da nema dostatnog temelja za poduzimanje radnji na temelju pritužbe i nudi podnositelju pritužbe mogućnost podnošenja dodatnih primjedbi u vremenskom roku koji odredi Komisija. Ako se podnositelj pritužbe u tome roku ne očituje, smarat će se da je pritužba povučena. Ako podnositelj pritužbe pravovremeno dostavi Komisiji nove činjenice i podatke koji su odlučujući za pokretanje postupka, Komisija će ih pregledati i u svjetlu svih raspoloživih informacija donijeti odluku o pokretanju postupka ili odbacivanju pritužbe.

Komisija ima obvezu odlučiti o pritužbama u razumnom roku. Što se smatra razumnim rokom za odlučivanje ovisi o okolnostima svakog predmeta. To će ovisiti o složenosti predmeta, njegovoj važnosti s obzirom na broj oštećenih osoba ili uključenih sudionika, težinu povrede itd.⁴⁹

Primjerice, u predmetu *Scippacercola and Terezakis v Commission*, tražili su od Komisije da ih u roku od dva mjeseca obavijesti o tome hoće li pokrenuti postupak po njihovoj pritužbi. Međutim, Komisija ih dopisom obavještava da neće biti u mogućnosti donijeti konačnu odluku u roku od dva mjeseca te da će istu donijeti u najkraćem mogućem roku.⁵⁰

U Obavijesti se spominje instruktivni rok od 4 mjeseca u kojem bi Komisija trebala obavijestiti podnositelja pritužbe namjerava li postupati po njegovoj pritužbi i istražiti njegov slučaj.

5.4. Postupovna prava podnositelja pritužbe

Podnositelj pritužbe nema položaj stranke u postupku. Međutim, s obzirom na okolnost da je riječ o osobi koja je podnositelj inicijative za pokretanje postupka, zatim da je riječ o osobi koja je često oštećena postupanjem poduzetnika protiv kojega podnosi pritužbu te koja svojim spoznajama aktivno doprinosi razjašnjenu eventualnih spornih pitanja, dana su joj određena procesna prava.

Podnositelj pritužbe tako ima:

⁴⁹ *Op. cit.* u bilj., 3., toč. 60.

⁵⁰ C-159/08, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2009] ECR I-00046 te T-306/05, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2008] ECR II-00004, toč. 47.

- 1/ pravo pristupa informacijama na kojima Komisija temelji svoja preliminarna stajališta,
- 2/ pravo na stavljanje prijedloga o mjerama i rokovima za uklanjanje štetnih učinaka poduzetnicima protiv kojih je podnesena pritužba,
- 3/ mogućnost usmenoga iznošenja mišljenja na usmenom saslušanju stranaka kojima su izrečene mjere za uklanjanje štetnih učinaka.

Nadalje, jedno je od procesnih prava podnositelja pritužbe podastrijeti Komisiji tijekom cijelog postupka, na vlastitu inicijativu ili na zahtjev Komisije, dokumente koji sadrže poslovne tajne ili druge povjerljive informacije koje mogu biti odlučujući za odlučivanje Komisije u konkretnom predmetu.

Konačno, jedno je od najznačajnijih procesnih prava svakako mogućnost podnošenja žalbe Europskom sudu protiv odluke Komisije o odbacivanju pritužbe.⁵¹

6. Odluka Komisije o odbacivanju ili odbijanju pritužbe

Kako je već prethodno navedeno, Komisija u vezi s primljenim pritužbama može postupati na sljedeći način.

Ona može uvažiti pritužbu te pokrenuti postupak utvrđivanja povrede članaka 101. i 102. UFEU. Komisija može pritužbu odbaciti ili odbiti i to zbog različitih razloga u bilo kojoj fazi istrage ili nakon pokretanja istražnih mjera.⁵²

Komisija će pritužbu odbaciti kada pritužba ima neki formalni nedostatak. Formalni nedostatak postoji ako na strani podnositelja pritužbe nije ispunjen uvjet legitimnog interesa, ako pritužba nije podnesena u skladu s obrascem C⁵³ te zbog nenađežnosti. To će primjerice biti slučaj kada je riječ o sporazumima koji ne utječu na trgovinu između država članica.

U potonjem slučaju Komisija uopće ne ulazi u postupak ocjene pritužbe već pritužbu odbacuje zbog postojanja formalnih nedostataka.

Iako se u Obavijesti Komisije ne pravi lingvistička razlika između odbacivanja i odbijanja pritužbe, u smislu značenja navedenih procesnih radnji u domaćem zakonodavstvu, od odbacivanja pritužbe treba razlikovati odbijanje pritužbe.

⁵¹ *Op. cit.* u bilj., 3., toč 77.

⁵² *Op. cit.* u bilj. 2, čl. 7; *ibid.*, toč. 45.

⁵³ C-159/08, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2009] ECR I-00046 te T-306/05, *Scippacercola and Terezakis v. Commission* [2008] ECR II-00004, toč. 44-47.

U slučaju kada Komisija odbije pritužbu, ona ulazi u ocjenu navoda u pritužbi i utvrđuje da ne postoje prepostavke za odlučivanje o biti stvari. Iz razmatrane Obavijesti o pritužbama i sudske prakse proizlazi da će to biti slučaj kada primjerice:

- 1/ Komisija utvrđuje da ne postoji interes Zajednice za postupanje po pritužbi,
- 2/ kada Komisija utvrđuje da ne postoje dostačni dokazi o povredi članaka 101. i 102. TFEU,
- 3/ kada se radi o sporazumima male vrijednosti,
- 4/ kada poduzetnik na kojeg se pritužba odnosi pristane promijeniti svoje ponašanje zbog čega se smatra da više ne postoji interes Zajednice,
- 5/ kada se povreda propisa o tržišnom natjecanju dogodila u prošlosti i prestala je prije podnošenja pritužbe,⁵⁴
- 6/ kada je riječ o kompleksnom postupku, a Komisija smatra da je mala vjerojatnost da će dokazati povredu na koju se pritužba odnosi,⁵⁵ itd.

Kada Komisija odbije pritužbu, ona je o tome dužna obavijestiti podnositelja pritužbe te obrazložiti razloge odbijanja pritužbe. Pri tome se ona nije dužna očitovati o svim činjenicama koje navodi podnositelj pritužbe već samo treba utvrditi činjenice i pravne elemente koji imaju odlučujuću važnost za njezinu odluku.⁵⁶

Odluka o odbijanju pritužbe onemogućuje podnositelja pritužbe da podnese zahtjev za ponovno otvaranje istrage, osim ako ne iznese nove značajne dokaze,⁵⁷ no ne sprječava i samu Komisiju da na vlastitu inicijativu kasnije ponovo pokrene postupak kako bi utvrdila povredu prava Zajednice. Međutim, treba naglasiti da odluka o odbijanju pritužbe nije konačna odluka o tome postoji li povreda članaka 101. i 102. UFEU.⁵⁸

U tom smislu, odluka Komisije ne sprječava sudove država članica da provedu vlastiti postupak zbog povrede članaka 101. i 102. UFEU.⁵⁹

⁵⁴ Vidi: C-119/97 P, *Union Francaise de l'Express and Others v. Commission of the European Communities* [1999] ECR I-01341, toč. 9., § 13.

⁵⁵ Case COMP/C-3/39. 391 EFIM v. Commission, toč. 10.

⁵⁶ *Op. cit.* u bilj. 3., toč. 75.

⁵⁷ *Ibid.*, toč. 78.

⁵⁸ *Ibid.*, toč. 79.

⁵⁹ *Ibid.*

7. Zaključna razmatranja - promjene u sustavu zaštite tržišnog natjecanja nakon ulaska Republike Hrvatske u EU

Ulazak Republike Hrvatske u EU u mnogim segmentima za hrvatske građane i poduzetnike znači novi početak i nova pravila igre. Iako je razdoblje pripreme za stjecanje punopravnog članstva Hrvatske u EU trajalo duže nego li kod većine drugih država jugoistočne Europe, ne postoji jamstvo niti sigurnost da smo spremni iskoristiti sve mogućnosti ili odgovoriti na sve izazove koje nam članstvo u EU donosi. Dana 1. srpnja 2013. godine hrvatsko tržište postaje integralnim dijelom unutarnjeg tržišta, na kojem će se dogoditi brojne i značajne promjene, pa tako i kada je riječ o zaštiti tržišnog natjecanja.

Tako će, uz AZTN koja je do sada bila glavno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja u Republici Hrvatskoj, nadležnost nad zaštitom tržišnog natjecanja imati i Komisija. U tom smislu, postupanja hrvatskih poduzetnika mogu biti predmet istražnih radnji ne samo AZTN, kao što je to do sada bio slučaj, već i Komisije.

Osim istražnih radnji, Komisija će imati ovlast izricanja privremenih mjera, izricat će kazne, surađivati s nacionalnim sudovima i djelovati u svim slučajevima povrede propisa o tržišnom natjecanju koji su od utjecaja na trgovinu između država članica.

Uz Komisiju, u predmetima iz tržišnog natjecanja, kao drugostupansko tijelo kojem će se podnosići žalbe protiv odluka Komisije, djelovat će i Europski sud. Hrvatski će građani i poduzetnici od sada pravnu zaštitu zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju moći ostvarivati i pred Europskim sudom.

S obzirom na to da takav sustav pravne zaštite u EU funkcioniра već niz godina, stvoren je složen sustav pravnih pravila koja je potrebno dobro poznavati kako bi, s jedne strane, poduzetnici znali što su njihova prava i obveze u eventualnom postupku protiv njih, a s druge strane, treba im ukazati na procesne mogućnosti u vezi s ostvarivanjem pravne zaštite zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju pred Komisijom. U radu se obrađuje jedno od procesnih prava na koje će se od stupanja Hrvatske u EU moći pozvati hrvatski poduzetnici i građani. Riječ je o pravu na slanje pritužbi zbog povrede propisa o tržišnom natjecanju izravno Komisiji.

S obzirom da je riječ o novoj pravnoj mogućnosti, smatralo se potrebnim u radu ukazati na uvjete i prepostavke realizacije navedenog prava, ali i na relevantne sudske odluke

koje na logičan i pragmatičan način pojašnjavaju načelne i teorijske koncepte složene pravne stečevine EU.

Tržišna utakmica, poslovanje i opstanak hrvatskih poduzetnika na europskom tržištu sigurno neće biti lak i jednostavan. Slijedom toga, važno ih je upoznati s mogućnostima da se protiv nepoštene tržišne utakmice bore svim pravnim sredstvima koja im stoje na raspolaganju.

Mirta Kapural*, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja

Suradnja država članica i Europske komisije u okviru Europske mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (ECN)

1. Europska mreža za tijela za zaštitu tržišnog natjecanja - zakonski okvir, pojam i svrha

Uredbom Vijeća br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju utvrđenim u člancima 81. i 82. Ugovora o osnivanju Europske zajednice (sada članci 101. i 102. Ugovora o funkciranju EU, dalje u tekstu: UFEU) uspostavljen je sustav paralelnih nadležnosti prava tržišnog natjecanja Europske unije (dalje u tekstu: EU).¹ Sustav paralelnih nadležnosti znači da uz Europsku komisiju i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica EU također izravno primjenjuju pravila tržišnog natjecanja EU. Navedena Uredba 1/2003 uspostavila je Europsku mrežu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: ECN) za usku suradnju između Europske komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u provedbi prava tržišnog natjecanja EU.² Suradnja unutar ECN-a obvezuje članice da surađuju ne samo na pojedinačnim predmetima već i na stvaranju zajedničke politike i prakse u pojedinim nacionalnim tijelima u primjeni prava tržišnog natjecanja EU u svim državama članicama. ECN stvara mehanizam koji uspješno suzbija ponašanja poduzetnika kojima krše tržišno natjecanje kada je u pitanju učinak na trgovinu zemalja članica EU. ECN je zamišljen kao forum u kojem nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja raspravljaju i surađuju u predmetima gdje se primjenjuju članci 101. i 102. UFEU, informiraju se o prijedlozima odluka te vode raspravu kako na najbolji mogući način provesti politiku zaštite tržišnog natjecanja u EU. Osnove funkciranja ECN-a mogu se pronaći u dva dokumenta: Zajednička izjava Vijeća i Komisije o funkciranju mreže tijela za tržišno natjecanje koja naglašava da su nacionalna tijela u međusobnoj suradnji neovisna te da

* Dr. sc. Mirta Kapural zamjenica je voditeljice Odjela za međunarodnu suradnju u Agenciji za zaštitu tržišnog natjecanja. Rad predan dana 29. srpnja 2013.

¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.1.2003. (dalje u tekstu: Uredba 1/2003), Joint Statement of the Council and the Commission on the Functioning of the Network of Competition Authorities, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/joint_statement_en.pdf.

² Članci 11.-14. Uredbe 1/2003.

se suradnja zasniva na jednakosti i solidarnosti i Obavijest Komisije o suradnji unutar Mreže tijela za tržišno natjecanje.³

2. Struktura i mehanizmi suradnje unutar ECN-a

Europska komisija i nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u sklopu ECN-a surađuju na sljedećim područjima:

- međusobno informiranje o novim predmetima i prijedlozima odluka
- koordiniranje istraga (ako je potrebno)
- međusobno pomaganje u istragama/nenajavljenim pretragama
- razmjena dokaza i drugih materijala
- rasprava o zajedničkim interesima
- konvergencija (ujednačenost postupanja u primjeni prava tržišnog natjecanja EU).

Što se tiče strukture ECN-a, rad je podijeljen na radne skupine i sektorske podgrupe u kojima stručnjaci raspravljaju o općenitim pitanjima tržišnog natjecanja ili o pitanjima vezanim uz pojedine sektore i time stvaraju zajednički pristup i identificiraju najbolje prakse. U radnim skupinama nema donošenja odluka glasanjem jer se ova vrsta suradnje temelji na postizanju konsenzusa. Naime, ECN ne odlučuje koje je postupke potrebno voditi i nakon rasprava u radnim grupama članovi ECN-a nisu obvezni pridržavati se rezultata rasprave jer samo sudjelovanje u radnim grupama ne stvara nikakva prava niti obveze. Međutim, članovi ECN-a dužni su poduzeti najveće napore da se osigura sukladnost jer svako odstupanje stvara dodatni pritisak.⁴ Drugim riječima, iako ne postoji pravna obveza za primjenom onoga što je dogovoren na radnim grupama, u praksi i slijedom logike iz Uredbe 1/2003 očekuje se od nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja da dogovorenio nastoje primjenjivati na ujednačen način.

Horizontalne radne skupine raspravljaju o pitanjima pravne, ekonomski i proceduralne prirode, a neke od najvažnijih su radne skupine za kartele, za glavne ekonomiste, za suradnju i postupke, za IT forenziku i za koncentracije. Nadalje, na sastancima

³ Commision Notice on Cooperation within the Network of Competition Authorities, OJ C 101, 27.04.2004.

⁴ O funkciranju ECN-a vidi i Kekelekis, M., The European Competition Network (ECN): It does actually work well, Study Report, *Eipascope*, 2009/1, str. 35-39.

sektorskih podskupina uobičajeno sudjeluje stručna služba nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja gdje se raspravlja o značajnjim pitanjima iz pojedinih sektora kao što su: energetika, okoliš, prehrambena industrija, bankarski sektor, farmaceutska industrija, telekomunikacije i transport. Glavna prednost u radu ECN-a jest da se odvija na nekoliko razina i time se stvara šira slika oko aktualnih pitanja kojima se ECN bavi, pa osim radnih skupina i podskupina u rad ECN-a ulaze i sastanci čelnika i plenarne sjednice. Na sastancima čelnika ECN-a, čelnici nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja s Europskom komisijom donose najvažnije inicijative za različite radne skupine i u tom smislu raspravljaju te usvajaju radne dokumente koje su pripremile pojedine radne skupine. Sastanci čelnika omogućuju širu diskusiju o strateškim pitanjima unutar mreže i najviši su nivo strukture ECN-a. Na plenarnim sastancima ECN-a koji prethode sastancima čelnika raspravlja se o horizontalnim pitanjima od zajedničkog interesa i na njima Europsku komisiju (Opću upravu za tržišno natjecanje) predstavljaju čelnici odjela za ECN, dok nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja obično predstavljaju voditelji međunarodnih odjela.

Temeljni mehanizmi suradnje ECN-a predstavljaju raspodjelu i dodjelu predmeta, sudjelovanje u savjetodavnim odborima, razmjenu informacija i pomoć u prikupljanju dokaza.

Raspodjela/dodjela predmeta regulirana je člankom 11. Uredbe br. 1/2003 i odredbama Obavijesti Europske komisije o suradnji između Europske komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.⁵ Glavni kriteriji podjele posla unutar ECN-a su zemljopisni opseg djelovanja sporazuma ili zlouporaba vladajućeg položaja, učinci odluke potrebne za provedbu pravila tržišnog natjecanja i pristup dokazima (eventualno uz pomoć drugih članica ECN-a). U sustavu paralelnih nadležnosti vrijede sljedeća načela podjele: ako predmet ima učinak na tržište u jednoj zemlji članici tada u pravilu nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja te zemlje članice provodi postupak. Nadalje, ako predmet ima učinak na tržište u dvije ili tri zemlje članice, tada postupak provodi ili nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja jedne zemlje članice dokle god može istraživati ili postoji paralelna nadležnost s drugim nacionalnim tijelom i Europskom komisijom kada provedba postupka od samo jednog tijela ne bi bila dovoljna za uspješno okončanje

⁵ Poglavlje 2. 1., Načela podjele, čl. 8.-14. Obavijesti o suradnji između Europske komisije i nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja.

postupka. Nапослјетку, ако предмет има учинак на тржиште у више од три земље чланице Европска комисија има надлеžност за поступање. Међутим, ако је у неком предмету примјеном члanca 101. или 102. UFEU Европска комисија већ започела поступак, национална тјела дужна су поступак у истом предмету обуставити. С друге стране, ако неко национално тјело за заштиту тржишног natjecanja već radi na предмету, Европска комисија ће покренuti поступак само nakon dogovora s tim националним тјелом. Pritom je za uspješnu suradnju uloga Европске комисије da националним тјелима za заштитu тржишног natjecanja zemalja чланica dostavi preslike najvažnijih dokumenata prikupljenih prilikom istrage. Također na zahtjev националних тјела za заштитu тржишног natjecanja Европска комисија treba pružiti sve ostale informacije i dokumente potrebne za procjenu предмета. Na sličan način тјела za tržišno natjecanje država чланica дужна su odmah obavijestiti Европску комисију (a prema potrebi i друге države чланice) o provedbi prve istražne radnje u поступку i o usvajanju konačne odluke u roku od 30 dana prije donošenja odluke. Европска комисија iznosi svoje mišljenje na odluku националног тјела za заштитu тржишног natjecanja kako bi osigurala dosljednu primjenu čl. 101. i 102. UFEU.

Savjetodavni odbori сastavljeni su od stručnjaka za pravo тржишног natjecanja država чланica te se сastaju отприлике 10-15 puta godišnje kako bi se na njima raspravilo о prijedlozima odluka Европске комисије. U складу s Уредбом 1/2003, Европска комисија дужна je savjetovati se sa Savjetodavnim odborom prije donošenja odluke u предметима забранjenih sporazuma i zlouporaba vladajućeg položaja primjenom члanca 101. i 102. UFEU. Također, Европска комисија дужна je savjetovati se sa Savjetodavnim odborom kod skupnih изuzećа te drugih odredaba, regulativa i obavijesti, te prije pokretanja поступакa ocjena koncentracija u другој fazi. На сastancima Savjetodavnih odbora uvijek jedno национално тјело за заштитu тржишног natjecanja ima ulogu *rapporeura*, tj. izvjestitelja о предмету koji se nalazi na dnevnom redu сastanka. На savjetodavnim odborima moguće je raspravljati i pojedine предметe националних тјела, ali bez usvajanja formalnog mišljenja.

Razmjena informacija između националних тјела за тржишno natjecanje država чланica предувјет je za uspješno dodjeljivanje i rješavanje предмета. Razmjena informacija ne mora biti nužno između националних тјела за заштитu тржишног natjecanja и Европске комисије, већ može biti i između samih тјела. Zahtjev za razmjenom informacija mора biti

usmjeren na konkretno pitanje te mora sadržavati podatke zašto je ta informacija potrebna (smjer istrage, upotreba informacije u dokazivanju povrede i sl.). Razmijenjene informacije mogu se koristiti kao dokazi u svrhu primjene članka 101. i 102. UFEU i to samo u svezi predmeta za koji su prikupljane od tijela za zaštitu tržišnog natjecanja koje je prikupilo i proslijedilo informacije (*transmitting authority*). Budući da je često riječ o povjerljivim informacijama, razmjena informacija uobičajeno se odvija preko tzv. službenika zaduženog za primanje informacija (*Authorized Disclosure Officer/ADO*) i preko sigurnog informatičkog sustava.⁶ Korištenje baze podataka u sigurnom informatičkom sustavu za članove ECN-a predstavlja koristan svakodnevni alat kojim međusobno komuniciraju sa kontakt osobama zaduženim za pojedini dio posla, obavještavaju se o novim predmetima te međusobno razmjenjuju povjerljive informacije. Kada je riječ o razmjeni povjerljivih informacija dostavljenih od prijavitelja za oslobođenje između EU nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, isto je moguće, ali ako su ispunjeni određeni uvjeti. Prvi uvjet je da je prijavitelj za oslobođenje dao svoj pristanak na razmjenu takvih informacija, a ukoliko nije, tada je razmjena informacija moguća u tri slučaja:

1. Prijava za oslobođenje koja se odnosi na isti kartel podnesena je od istog prijavitelja tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja zemlje primateljice informacije, uz uvjet da nakon što su takve informacije razmijenjene prijavitelj više ne može povući informacije koje je dostavio tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja koje prima informacije;
2. Tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja koje prima informacije pismeno se obvezalo da niti informacije koje zaprili niti bilo koje druge informacije koje naknadno zaprili od tijela za zaštitu tržišnog natjecanja koje daje informacije neće koristiti kako bi se nametnule sankcije prijavitelju za oslobođenje, bilo kojoj drugoj fizičkoj ili pravnoj osobi koja ima odobren povoljniji položaj primjenom programa oslobođenja tijela za zaštitu tržišnog natjecanja koje daje informacije ili zaposlenicima i bivšim zaposlenicima poduzetnika;

⁶ Detaljnije odredbe o razmjeni informacija u provedbi postupaka primjenom članka 101. i 102. UFEU nalaze se u članku 12. Uredbe 1/2003 i u Obavijesti Europske komisije o pravilima za pristup informacijama i predmetima primjenom čl. 81. i 82. Ugovora o EZ, OJ C 325, 22.12.2005.

3. Informacije prikupljene pretragama ili drugim istražnim radnjama provedenim u ime i za račun tijela za zaštitu tržišnog kojem je podnesena prijava za oslobođenje od sankcije.

Pomoć u prikupljanju dokaza mehanizam je koji dozvoljava nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja da, sukladno člancima 101. i 102. UFEU, traže pomoć od tijela drugih država kako bi na što lakši način došli do informacija i dokaza u svojim istragama. Pomoć u prikupljanju dokaza posebno se odnosi na nenajavljene pretrage u prostorijama poduzetnika uključenih u istragu, a koji imaju sjedište izvan države članice koja zahtjeva informaciju ili dokaz. Pretraga u ime i za račun drugog tijela za zaštitu tržišnog natjecanja može se provesti istovremeno sa pretragom koja se provodi na nacionalnoj razini (paralelne pretrage). U provedbi pretraga EU tijela za zaštitu tržišnog natjecanja surađuju s Europskom komisijom na način da pružaju pomoć u istragama koje provodi Europska komisija i da na zahtjev Europske komisije provode ispitne radnje za koje Europska komisija smatra da su potrebne.⁷ Pomoć u pretrazi koju provodi Europska komisija, nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja obuhvaća suradnju i intervenciju policije, pribavljanje naloga od suda kada je to potrebno i izravno sudjelovanje u pretrazi djelatnika nacionalnog tijela. Kada na zahtjev Europske komisije nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja provodi pretragu ono svoje ovlasti provođenja pretrage vrši sukladno nacionalnim propisima.

Neformalna suradnja

Članice ECN-a koriste zahtjeve za dostavom informacija i redovne sastanke radnih grupa kako bi razmjenjivale iskustva o gospodarskim sektorima sa sličnim problemima i po potrebi proveli sektorska istraživanja, osigurale ujednačenu primjenu EU pravila u postupcima iz prava tržišnog natjecanja, kako bi poduprle svoje argumente u promicanju prava tržišnog natjecanja prema tijelima vlasti, kako bi nadopunile rasprave o politici tržišnog natjecanja dodatnim argumentima, kako bi unaprijedile svoje strategije određivanja prioriteta, te kako bi formirale nacionalno pravo tržišnog natjecanja. Kao dobar primjer neformalne suradnje unutar ECN-a može se izdvojiti izrada sektorskih istraživanja. Iako u Uredbi 1/2003 ne postoji odredba kojom se obvezuje nacionalna tijela za zaštitu tržišnog natjecanja da surađuju u sektorskim

⁷ Članak 22. Uredbe 1/2003 „Istraga koju provode nadležna tijela država članica“.

istraživanjima, članice ECN-a redovito razmjenjuju informacije o provedenim sektorskim istraživanjima u svojim jurisdikcijama.⁸

U pogledu rada ECN-a valja napomenuti da se usvajaju različite preporuke, zajedničke izjave i drugi dokumenti koji imaju značenje u postizanju veće ujednačenosti primjene prava tržišnog natjecanja EU među državama članicama, ali nisu obvezujući zakonodavni dokumenti. Jedan takav primjer je ECN Model program dodjele imuniteta ili umanjenja sankcije (ECN Leniency Model).⁹

3. Uspješnost suradnje država članica unutar ECN-a

Uvidom u Izvješće Europske komisije o funkcioniranju Uredbe 1/2003 proizlazi da je suradnja između nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica vrlo uspješna.¹⁰ Ta uspješna suradnja očituje se u više parametara suradnje. Prije svega podjela posla između nacionalnih tijela kao i alokacija predmeta primjenom odredbi Uredbe 1/2003 i Obavijesti o suradnji unutar mreže obavljaju se bez poteškoća. Mehanizmi suradnje na utvrđivanju činjenica u tekućim postupcima pokazali su se podjednako korisni i uspješni. Ovo se prije svega odnosi na već spomenutu razmjenu informacija između članica ECN-a. Članak 12. Uredbe 1/2003 propisuje da u svrhu primjene članaka 101. i 102. UFEU Europska komisija i nadležna tijela za tržišno natjecanje država članica razmjenjuju informacije, uključujući i povjerljive informacije, i ovlašteni su upotrijebiti kao dokaz tako dobiveno činjenično stanje ili materijalno pravo. Međusobno razmijenjene informacije koriste se samo u svrhu primjene članaka 101. ili 102. UFEU u svezi predmetnog slučaja za koji su prikupljene informacije od strane nadležnog tijela koje prenosi informacije. Primjena navedenog članka u praksi unaprijedila je učinkovitost u cijeloj mreži i omogućila jednostavniju raspodjelu predmeta. Također ovlast za prikupljanje dokaza i provođenje nenajavljenih pretraga u ime i za račun nadležnog tijela druge države članice na svom području u svrhu

⁸ Ovdje se kao primjer posebnog sektorskog istraživanja može izdvojiti Izvješće ECN-a o sektorskim istraživanjima u prehrabrenom sektoru (ECN Activities in the Food Sector- Report on Competition Law Enforcement and Market Monitoring Activities by European Competition Authorities in the Food Sector, ECN Subgroup Food), svibanj 2012., dostupno na http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf.

⁹ ECN Leniency Model program dostupan na http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Report on the functioning of Regulation 1/2003, COM (2009) 206 final, Bruxelles, 29.4.2009., dalje u tekstu: Izvješće o provedbi Uredbe 1/2003.

prikupljanja činjenica kako bi se utvrdilo je li riječ o povredi članka 101. ili članka 102. UFEU aktivno se koristi i jednako doprinosi učinkovitoj provedbi prava tržišnog natjecanja EU.¹¹ Ono što se posebno naglašava u Izvješću o funkcioniranju Uredbe 1/2003 obavještavanje je Europske komisije sukladno članku 11. stavku 4. Uredbe 1/2003 o prijedlozima konačnih odluka nacionalnih tijela. Drugim riječima, nacionalna tijela dužna su najkasnije 30 dana prije donošenja odluke kojom se traži prestanak povrede propisa, kojom se prihvataju obveze ili kojom se ukida pogodnost skupnog izuzeća, o tome izvjestiti Europsku komisiju. Takva informacija može se dostaviti i tijelima nadležnim za tržišno natjecanje ostalih država članica koje mogu također međusobno razmjenjivati informacije potrebne za ocjenu u predmetu kojim se bave sukladno članku 101. ili 102. UFEU. Prema spomenutom Izvješću, države članice poštuju navedenu obvezu obavještavanja Europske komisije uz razvijenu praksu neformalne rasprave predviđene odluke pojedinog nacionalnog tijela unutar ECN-a i uz poštivanje zahtjeva povjerljivosti.¹²

Slijedom svega iznesenog, kao najznačajnije postignuće dosadašnjeg rada ECN-a može se istaknuti doprinos ujednačenoj primjeni prava tržišnog natjecanja EU što je ideja i Uredbe 1/2003 i osnivanja ECN mreže.¹³

U nastavku se navode primjeri nekih značajnih dokumenata usvojenih zajedničkim radom članica ECN-a.

a) ECN Model program dodjele imuniteta ili umanjenja sankcije (ECN Leniency Model)

ECN je 2006. godine usvojio Model program za oslobođenje ili umanjenje sankcije sudionicima kartela koji tijelima za tržišno natjecanje dostave relevantne dokaze o

¹¹ Usprkos ograničenjima i postojećim razlikama u nacionalnim propisima. Koristan pregled prakse nacionalnih agencija u provođenju istražnih radnji i nenajavljenih pretraga i odstupanja u nacionalnim propisima daje izvješće ECN-a-Radne grupe o suradnji i postupcima "Investigative powers report" od 31. listopada 2010. Izvješće dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf.

¹² Op. cit. u bilj. 10, odjeljak 28, str. 7.

¹³ U svrhu utvrđivanja razine ujednačene primjene EU prava tržišnog natjecanja i promjena u nacionalnom zakonodavstvu slijedom Uredbe 1/2003, ECN je pripremio upitnik i sastavio dokument sa odgovorima pod nazivom „Results of the questionnaire on the reform of Member States (MS) national competition laws after EC Regulation No. 1/2003“, 22. svibnja 2013. Dostupan na http://ec.europa.eu/competition/ecn/convergence_table_en.pdf.

djelovanju kartela. Kod donošenja ovog dokumenta ECN je polazio od razlika i sličnosti u postojećim programima i propisima država članica. Svrha usvajanja ovog dokumenta je ostvarivanje veće pravne sigurnosti potencijalnih prijavitelja kartela, ali i početak usklađivanju prakse EU zemalja članica u primjeni instituta oslobođenja odnosno umanjenja sankcije.¹⁴ Model za oslobođenje samo utvrđuje temeljna načela koja su zajednička svim programima za oslobođenje zemalja članica EU-a, te propisuje ujednačenu formu skraćene prijave kada se prijavljuje institut oslobođenja u više zemalja članica. Iako nije pravno obvezujući ovaj dokument značajan je jer je potaknuo zemlje članice da usvoje slične programe za oslobođenje od sankcije, a ujedno je potaknuo ujednačavanje kriterija iz programa za oslobođenje država članica. Tako sada gotovo sve država članice primjenjuju svoje programe za oslobođenje i većina njih se temelji upravo na ovom ECN modelu. Svrha ECN Modela za oslobođenje jest davanje poticaja potencijalnim prijaviteljima za oslobođenje da ne odustanu od prijave zbog neujednačenosti različitih programa za oslobođenje unutar EU-a. Stoga usvajanje ovog dokumenta na najbolji način ilustrira zajednički napor članica ECN-a da pronađu rješenja za uočene nedostatke u postojećem sustavu.

b) Rezolucija o čuvanju povjerljivosti informacija od pokajnika u kontekstu privatnih parnica za naknade štete

Kao što je napomenuto, rad ECN-a usmjeren je na raspravljanje značajnih pitanja u primjeni prava tržišnog natjecanja EU i pronalaženja prijedloga za njihovo rješavanje. Pitanje zaštite dokumenata i informacija od prijavitelja kartela od otkrivanja u parnicama za naknade štete nastale kartelima i pronalaženje balansa između javnog interesa uspješne anti-kartelne provedbe s jedne stane i zaštite prava na kompenzaciju štete žrtvama kartela s druge, jedno je od takvih aktualnih pitanja. Slijedom rasprava u ECN-u o ovom aktualnom pitanju, šefovi europskih nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja usvojili su rezoluciju o zaštiti materijala dostavljenih od pokajnikapodnositelja prijave za oslobođenje u kasnijim postupcima za naknade štete.¹⁵ U navedenoj rezoluciji ECN članice naglasile su zajednički stav kako je neophodno pružiti

¹⁴ O navedenoj temi detaljnije vidi Kapural, M., Primjena instituta oslobođenja ili smanjenja kazne u pravu tržišnog natjecanja, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2012., str. 55-70.

¹⁵ Resolution of the meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012- Protection of leniency material in the context of civil damages actions; tekst rezolucije dostupan na http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf.

odgovarajuću i po mogućnosti ujednačenu zaštitu materijala dostavljenih od pokajnika kako bi se zadržao motiv za prijavljivanje kartela nacionalnim agencijama. Bez uspješne primjene programa za oslobođenje nema niti učinkovitog suzbijanja kartela koje je zbog njihove tajnosti vrlo teško otkriti bez suradnje i dostave dokaza od sudionika kartela. Ujedno, ako izostane motiv za prijavu kartela tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja, nestaje i pravna osnova za pokretanje postupaka naknada štete (odлуka o zabranjenom, kartelnom sporazumu tijela za zaštitu tržišnog natjecanja) žrtvama koje u tom slučaju ne bi imale niti saznanja o kartelu i pretrpljenoj šteti. Važnost dokumenta očituje se u tome što su zemlje članice unutar svog rada u ECN-u zauzele zajedničko stajalište u vezi ovog bitnog pitanja i time dale daljnji smjer razvoja u njegovom rješavanju što je u konačnici dovelo do izrade nacrta direktive Europske komisije o naknadama štete u lipnju 2013.¹⁶

4. Otvorena pitanja u radu ECN-a i budući izazovi

Unatoč izuzetno uspješnom funkcioniraju mreže i dalje postoje određeni izazovi u postizanju potpuno koherentne primjene prava tržišnog natjecanja EU. Navedeni izazovi odnose se na različitosti u uređenju pojedinih pitanja u nacionalnim zakonodavstvima.

Jedno od otvorenih pitanja je zabrana korištenja informacija nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja kada njihovi nacionalni propisi ne propisuju istu vrstu sankcija za fizičke osobe kao i tijelo koje je prikupljalo informacije. Naime, Uredba 1/2003 određuje da se informacije razmijenjene između Europske komisije i nacionalnih tijela mogu upotrijebiti samo u svrhu dokaza na temelju kojeg se izriču kazne fizičkim osobama kada propisi nadležnog tijela koje prenosi informacije predviđaju slične kazne u odnosu na povredu članka 101. ili 102. UFEU ili, ako to nije slučaj, kada su informacije prikupljene na način koji poštije isti stupanj zaštite prava na obranu fizičkih osoba kao što je to određeno nacionalnim propisima nadležnog tijela koje informacije prima. Međutim, u ovom slučaju nadležno tijelo koje prima informacije ne može koristiti razmijenjene informacije u svrhu propisivanja kazne zatvora.¹⁷ U svezi primjene ove odredbe unutar ECN-a vodi se rasprava o tome predstavlja li ovakva odredba prepreku za uspješnu provedbu europskog prava tržišnog natjecanja. U tom smislu otvorena ostaje rasprava o drugim, alternativnim rješenjima kojima bi se također

¹⁶ Prijedlog teksta direktive može se pronaći na http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/proposed_directive_en.html.

¹⁷ Članak 12. stavak 3. Uredbe 1/2003.

sačuvala prava obrane stranaka. Ovo pitanje osobito je značajno u kontekstu međunarodnih sporazuma o suradnji sa nacionalnim sustavima koji propisuju kazneno sankcioniranje.

Zatim, kada se govori o ovlasti za izricanje strukturnih mjera, problemi nastaju u nejednakim ovlastima dodijeljenih Uredbom 1/2003 Europskoj komisiji i nacionalnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja. Članak 7. Uredbe 1/2003 određuje ovlast Europske komisije da poduzetnicima može odrediti mjere i uvjete – mjere praćenja poslovanja ili strukturne mjere koje su proporcionalne počinjenoj povredi propisa i koje su neophodne kako bi se ista uspješno otklonila. U isto vrijeme, članak 5. Uredbe 1/2003 koji utvrđuje ovlasti nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja ne daje im izričitu ovlast za izricanje strukturnih mjera što u praksi često dovodi do pravne dileme i nesigurnosti. Tumačenjem odredbe članka 5. Uredbe 1/2003 na način da nacionalna tijela-članice ECN-a nemaju takvu ovlast onemogućeno im je da u određenim predmetima primjene najprikladnije instrumente provedbe i odvraćanja od počinjenja povreda tržišnog natjecanja. Odstupanja u nacionalnim procesnim propisima mogu dovesti do različitih ishoda u provedbi ovlasti danih članicama, a ponekad različitost postupovnih pravila otežava suradnju unutar ECN-a. Na sličan način različitost procesnih pravila može negativno utjecati i zakomplificirati koordinaciju te ugroziti učinkovitu provedbu zajedničkih istražnih radnji nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica. U svezi ranije obrazložene dodjele predmeta prema pravilu da je Europska komisija najprikladnije tijelo za postupanje ako je riječ o postupanju s učinkom na tržišta više od tri države članice postavlja se pitanje sposobnosti Europske komisije da se bavi sa svim takvim predmetima. U kontekstu sve više međunarodnih kartela s učinkom na velik broj tržišta moguće je da će se u budućnosti rada ECN-a trebati raspravljati i o novom sistemu decentralizacije predmeta.

Ograničenost resursa članica ECN-a pojavila se više puta kao tema rasprave o radu ECN-a, pa se u tom smislu postavlja pitanje potrebe uspostavljanja posebnog Tajništva ECN-a. U trenutnom radu ECN-a nekoliko djelatnika iz Opće uprave za zaštitu tržišnog natjecanja Europske komisije (*DG Competition*) koordinira rad mreže i zasad nema naznake o osnivanju posebnog tijela.¹⁸

¹⁸ Kekelekis, *op.cit.* u bilj. 4.

Nadalje, preostala pitanja u pogledu kojih pravni sustavi država članica značajno odstupaju i u pogledu kojih je potrebna dalnja konvergencija obuhvaćaju: novčane i kaznene sankcije, dogovoranje grupe poduzetnika, odgovornost udruženja, standardi dokazivanja, te određivanje prioriteta u radu nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica.

5. Iskustvo hrvatske Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u radu ECN-a

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu : Agencija) formalno je postala punopravna članica ECN-a ulaskom Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) u EU od 1. srpnja 2013. Međutim odmah po potpisivanju Ugovora o pristupanju RH u EU, krajem 2011. godine, Agencija je na poziv Europske komisije započela sudjelovati u radu ECN-a. Predstavnici Agencije do sada su sudjelovali u radu i sastancima čelnika ECN-a, radnim skupinama za glavne ekonomiste, za IT forenziku, za koncentracije, o suradnji i postupcima, o vertikalnim sporazumima te u nekoliko savjetodavnih odbora. U pojedinim radnim grupama Agencija je aktivno uključena u izradu konkretnih preporuka zajedno s kolegama iz drugih država članica. Suradnja također uključuje pripremu i slanje odgovora na zahtjeve za dostavom informacija kao i slanje upita u vezi rješavanja pitanja iz tekućih predmeta Agencije. Konačno, ECN objavljuje bilten (*ECN Brief*) koji sadrži sažete tekstove o najzanimljivijim predmetima, zakonskim promjenama, sudskim odlukama i događanjima iz zemalja članica EU. Agencija je sa svojim prilozima sudjelovala do sada u dva broja ECN biltena te preuzeila ulogu jednog od urednika u predstojećem izdanju biltena.

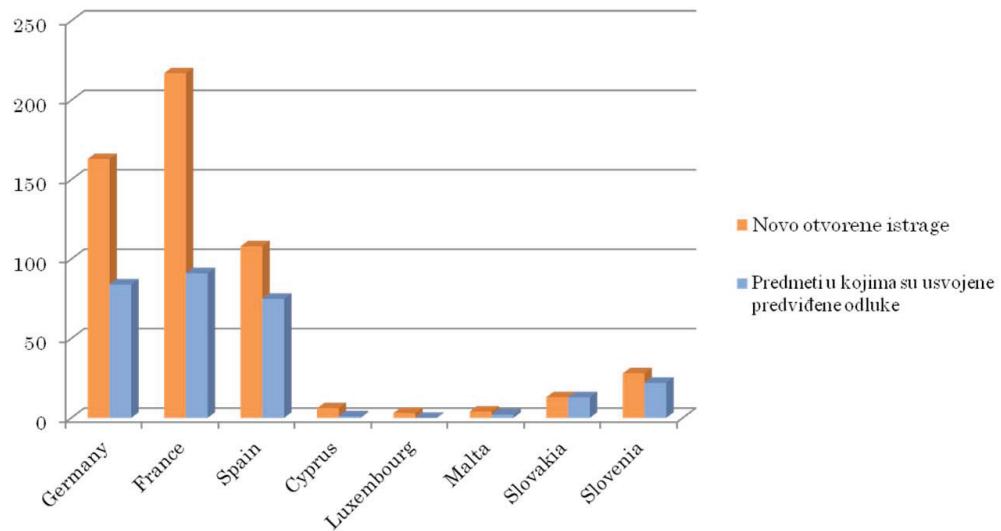
Zaključak

ECN se u dosadašnjem radu pokazao kao izuzetno korisna platforma za suradnju između država članica u provedbi prava tržišnog natjecanja EU. Uspješnost suradnje očituje se u individualnim i zajedničkim otkrivanjima i sankcioniranjima teških povreda tržišnog natjecanja. Ujedno se očituje i u postizanju sve veće konvergencije provedbe prava tržišnog natjecanja EU i pronalaženja najboljih praksi intenzivnim radom radnih grupa unutar ECN-a razmjenom informacija i usvajanjem preporuka sukladno cilju Uredbe 1/2003. Razmjena informacija i podjela rada doprinose definiranju najboljih praksi i učinkovitom rješavanju prethodno identificiranih pitanja od zajedničkog interesa. Ovakav način rada i zalaganje država članica doprinosi dalnjem razvoju europske

kulture tržišnog natjecanja. Prostora za napredak ima i na državama članicama je da adekvatno kao i dosad pronađu nova rješenja za otvorena pitanja i uspostavu veće konvergencije u primjeni prava tržišnog natjecanja EU. Za novu državu članicu i njezino nacionalno tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja kao što je Agencija, sudjelovanje u ECN-u donosi nove obveze i zadaće, ali je izuzetno važno za početak izravne primjene prava tržišnog natjecanja EU.

PRILOG

PREDMETI PO DRŽAVAMA ČLANICAMA O KOJIMA JE ECN OBAVIJEŠTEN (svibanj 2004.-siječanj 2013.).



Gorana Aralica Martinović*, Visoki trgovački sud Republike Hrvatske

**Uloga hrvatskih sudova u primjeni čl. 101. i 102. Ugovora o funkcioniranju
Europske unije**

„Ima li netko pitanja za moje odgovore?“

Henry Kissinger, bivši američki državni tajnik

1. UVOD

Provđba kako nacionalnog tako i europskog prava tržišnog natjecanja ovisi o javnopravnom, administrativnom modelu zaštite putem nadležnih administrativnih i regulatornih tijela (Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja, dalje u tekstu: AZTN i Europske komisije, dalje u tekstu: Komisija) kao i o privatnopravnom sudskom modelu zaštite. Sadašnji europski model karakterizira decentralizacija administrativnog modela koja ima za posljedicu i decentralizaciju sudske kontrole upravnih odluka regulatornih tijela. Međutim, tu je važno i pitanje privatnopravne zaštite vezane za nedopuštena ograničenja tržišnog natjecanja i odgovornosti za štetu koja je nastala kao posljedica protupravnih radnji ograničenja tržišnog natjecanja.

Uredbom Vijeća (EZ) br 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u, i kojom je uspostavljen važeći sustav, posebno je naglašeno da „nacionalni sudovi imaju ključnu ulogu u primjeni propisa o zaštiti tržišnog natjecanja Zajednice. Kada rješavaju u sporovima između stranaka oni štite njihova subjektivna prava u sustavu prava Zajednice, primjerice dodjeljujući oštećenim stranama naknadu za štetu koja im je nastala kao posljedica povrede propisa. Uloga nacionalnih sudova dopunjuje ulogu tijela država članica nadležnih za tržišno natjecanje.“ Budući da se radi o uredbi, nije potrebno preuzimanje u hrvatsko zakonodavstvo, već je ona obvezujuća u cijelosti i izravno primjenjiva. Stoga sudovi Republike Hrvatske (dalje u tekstu: RH) imaju ključnu ulogu u kontroli rada regulatornog tijela i osiguranju privatnopravne provedbe zaštite tržišnog

* Gorana Aralica Martinović sutkinja je Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske. Rad predan dana 26. lipnja 2013.

natjecanja kao relativno novog prava u RH¹ i to kako s aspekta procesnog tako i s aspekta materijalnog prava. Nakon pristupanja u punopravno članstvo Europske unije (dalje u tekstu: EU), kao 28. država članica, RH postaje dio jedinstvenog unutarnjeg tržišta EU, te za nju, između ostalih, nastaje i obveza koja se odnosi na primjenu primarnog (osnivački ugovori) i sekundarnog prava (uredbe) EU i cijelog sustava različitih instrumenata za tumačenje izvora prava, pa tako i onog dijela koji se odnosi na pravo zaštite tržišnog natjecanja. Navedeno ima za posljedicu da će pitanje prava tržišnog natjecanja biti uređeno trima vrstama pravnih pravila: 1. nacionalnim pravom, 2. pravom EU i 3. međunarodnim ugovorima.

Sadašnji zakonodavni okvir u području zaštite tržišnog natjecanja čine ZZTN² i Uredbe Vlade RH donesene na prijedlog AZTN. Sukladno Sporazumu o stabilizaciji i pridruživanju (SSP), pri provedbi propisa o zaštiti tržišnog natjecanja na odgovarajući način primjenjuju se kriteriji koji proizlaze iz primjene pravila o tržišnom natjecanju EU i instrumenti za tumačenje koje su usvojile institucije EU koji se koriste kao pomoćno sredstvo za tumačenje hrvatskih propisa o zaštiti tržišnog natjecanja, a osobito u slučajevima postojanja pravnih praznina ili dvojbi pri tumačenju tih propisa.

2. PRAVO EU: ČLANAK 101. I 102. UGOVORA O FUNKCIONIRANJU EU (UFEU)

Uzimajući u obzir podjelu prava EU na primarno pravo, sekundarno pravo te neformalne izvore prava, radi se sustavu prava *sui generis*. Načelno govoreći, bitno je istaknuti da pravo EU zabranjuje primjenu pojedinih nacionalnih pravnih pravila koja su u sukobu s europskim pravilima (instrument negativne integracije) te daje osnovu za donošenje zajedničkih europskih normi kojima se uređuje ovo pravo (instrument pozitivne integracije). Područje isključive nadležnosti³ Unije su, između ostalog, i pravila o tržišnom natjecanju potrebna za funkcioniranje unutarnjeg tržišta EU. Slijedom navedenog, u području utvrđivanja pravila o tržišnom natjecanju potrebnih za

¹ Prvi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja u RH donesen je 1995. godine (*Narodne novine*, 48/1995, 52/97 i 89/98.) na temelju članka 49. Ustava RH od 22. prosinca 1990., zatim Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine*, 122/03.) a sada važeći je iz 2009. godine (*Narodne novine*, 79/09, dalje u tekstu: ZZTN).

² U najavi je donošenje novog Zakona prije 1. srpnja 2013.

³ UFEU dijeli ovlasti EU na isključive, podijeljene i komplementarne. O tome više Perišin, T., Razgraničenje ovlasti Europske unije i država članica, u: Rodin, S., Ćapeta, T., Goldner Lang, I. (ur.), *Reforma Europske unije – Lisabonski ugovor*, Zagreb 2009.

funkcioniranje unutarnjeg tržišta postoji isključivi primat Unije u regulatornoj aktivnosti koja se mora izvršavati sukladno načelu proporcionalnosti. Unutar područja isključivih ovlasti jedino Unija može donositi obvezujuće akte, dok države članice to mogu činiti samo na temelju ovlasti dobivene od Unije ili radi provedbe akata Unije. Unutar područja podijeljenih ovlasti (nacionalno tržište) između Unije i država članica, obvezujuće akte mogu donositi i države članice i Unija, s time da države članice mogu uređivati samo ona pitanja koja nisu uređena aktom Unije.

Primarni izvori europskog prava tržišnog natjecanja u užem smislu nalaze se u Glavi VII UFEU-a koja nosi naslov „Zajednička pravila o tržišnom natjecanju, oporezivanju i usklađivanju zakonodavstva“ i to u prvom poglavlju koje sadrži pravila o tržišnom natjecanju. Ovdje je važno podsjetiti se na povijesni okvir i reći da je sadržaj odredbi navedenih članaka 101. i 102. UFEU-a o pravu tržišnog natjecanja ostao nepromijenjen od kada se prvi put pojavio u člancima 85. i 86. Ugovora o Europskoj ekonomskoj zajednici iz 1957. godine (Rimski ugovor). Godine 1993. oni su postali članci 81. i 82. Ugovora o Europskoj zajednici (Ugovor iz Maastrichta, UEZ), a od 2009. godine oni su članci 101. i 102. UFEU (Lisabonski ugovor). Osim toga, između 1952. i 2002. godine Ugovor o Europskoj zajednici za ugljen i čelik, koji nije više na snazi, sadržavao je slična pravila tržišnog natjecanja u svojim člancima 65. i 66. Prilikom čitanja starijih tekstova koji se odnose na zaštitu tržišnog natjecanja valja imati na umu navedeno, pogotovo u vezi numeracije.

Članci 101. i 102. imaju izravan učinak. Načelo "izravnog učinka" ili „izravne primjene“ prava EU prvi put je odredio Europski sud (dalje u tekstu: ECJ) 1963. godine (u predmetu 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 00001) a znači da utječe na nastanak, promjenu ili prestanak nekog pravnog odnosa te da se ta prava ostvaruju pred nacionalnim sudovima, odnosno, jednostavnije rečeno, da privatni subjekti uživaju prava temeljem pravne norme koja nameće obvezu državama. Pojam izravni učinak označava svojstvo pravnih pravila da stvaraju subjektivna prava neposredno, bez ikakve dodatne regulatorne aktivnosti zakonodavne ili izvršne vlasti.⁴ Zbog toga se pravo EU bitno razlikuje od tradicionalnog međunarodnog prava.

⁴ Definicija dana prema Čapeta, T., Rodin, S., *Osnove prava Europske unije*, Zagreb, 2011.

Uredbom Vijeća (EZ) br 1/2003 od 16. prosinca 2002., koja se primjenjuje od 1. svibnja 2004., o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima 81. i 82. Ugovora o EZ-u, sada 101. i 102. UFEU-a uspostavljen je važeći sustav zaštite koji osigurava nenarušavanje tržišnog natjecanja na zajedničkom tržištu i donošenjem ove Uredbe sudovi država članici postali su nadležni za provedbu članaka 81. i 82. (sada 101. i 102. UFEU).

Komisija je izdala Obavijest o suradnji između Komisije i sudova država članica EU u primjeni članaka 81. i 82. UEZ koja je donesena kako bi nacionalnim sudovima pomogla u primjeni članaka 81. i 82. UEZ-a, ali ona ne obvezuje i ne dotiče prava i obveze država članica EU-a ili fizičkih i pravnih osoba koje one imaju prema pravu EZ-a.

Člankom 101. UFEU (bivši članak 81. UEZ-a) propisano je:

„1. Budući da nisu u skladu s unutarnjim tržištem, zabranjeni su: svi sporazumi između poduzeća, odluke udruga poduzeća i zajednička djelovanja koja bi mogla utjecati na trgovinu između država članica i koja imaju za cilj ili posljedicu sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu, a osobito oni kojima se: (a) neposredno ili posredno određuju kupovne ili prodajne cijene ili drugi trgovinski uvjeti; (b) ograničavaju ili nadziru proizvodnja, tržišta, tehnički razvoj ili ulaganja; (c) dijele tržišta ili izvori nabave; (d) primjenjuju nejednaki uvjeti na iste ili slične poslove s ostalim trgovackim strankama, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkureniju; (e) sklapanje ugovora uvjetuje pristankom drugih stranaka na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovackoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora. 2. Svi sporazumi ili odluke zabranjeni na temelju ovog članka su sami po sebi ništavni. 3. Međutim, odredbe stavka 1. mogu se proglašiti neprimjenjivima u slučaju: – svakog sporazuma ili vrste sporazuma između poduzeća; – svake odluke ili vrste odluka udruga poduzeća; – svakog zajedničkog djelovanja ili vrste zajedničkog djelovanja, koji prinose poboljšanju proizvodnje ili distribucije roba ili promicanju tehničkog ili gospodarskog napretka, pri čemu potrošačima omogućavaju pravedan udio u koristi koja iz njih proizlazi, te koji:(a) tim poduzećima ne nameću ograničenja koja nisu nužna za postizanje tih ciljeva; i (b) tim poduzećima ne omogućavaju uklanjanje konkurenije u pogledu značajnog dijela relevantnih proizvoda.“

Člankom 102. UFEU (bivši članak 82. UEZ-a) propisano je:

„Svaka je zloporaba vladajućeg položaja od strane jednog ili više poduzeća na unutarnjem tržištu ili njegovom značajnom dijelu zabranjena, budući da je u neskladu s unutarnjim tržištem, utoliko što bi mogla utjecati na trgovinu između država članica. Takva se zlouporaba može posebice sastojati u: (a) neposrednom ili posrednom nametanju nepoštenih kupovnih ili prodajnih cijena ili drugih nepoštenih trgovinskih uvjeta; (b) ograničavanju proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača; (c) primjeni nejednakih uvjeta na iste ili slične poslove s različitim trgovačkim strankama, čime ih se stavlja u nepovoljan položaj u odnosu na konkurenčiju; (d) uvjetovanju sklapanja ugovora pristankom drugih strana na dodatne obveze koje, po svojoj prirodi ili prema trgovačkoj praksi, nisu ni u kakvoj vezi s predmetom tih ugovora.“⁵

Citirane odredbe čl. 101. i 102. UFEU-a o zabranjenim sporazumima i zloporabi vladajućeg položaja sadržajno su inkorporirane u ZZTN u člancima 8. i 13., ali na način da se odnose na poduzetničko narušavanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu na teritoriju RH. S druge strane, izravna primjena citiranih odredbi UFEU, sadržajno inkorporiranih u našem nacionalnom zakonu, primjenjuje se na poduzetničko narušavanje tržišnog natjecanja s učinkom na unutarnjem tržištu ili njegovom značajnom dijelu. Koncept „unutarnjeg tržišta“ obuhvaća područja bez unutarnjih granica u kojem se osigurava slobodno kretanje roba, osoba, usluga i kapitala. Ovdje se radi o takvom slučaju gdje su pitanja zabranjenih djela s posljedicom apsolutne ništetnosti sadržajno jednakom riješena europskim pravom i nacionalnim pravom. Dakle, u slučajevima vezanim za odnose s učinkom na teritoriju RH, primjenjivat će se nacionalni zakon, a u slučajevima vezanim za odnose s učinkom na jedinstvenom unutarnjem tržištu EU, uključujući i tržište RH, primjenjivat će se izravno odredbe čl. 101. i 102. UFEU.

Navedene okolnosti s praktične točke gledišta na prvi pogled nisu posebno značajne jer su posljedice primjene sadržajno istog nacionalnog ili europskog prava, u vidu apsolutne ništetnosti, iste. Radi se o jednom za nas novom konceptu „učinka“ i, tamo gdje sporazum nema značajni utjecaj na trgovinu između država članica, on je izvan dosega prava EU i na njega se primjenjuje nacionalno pravo. Nasuprot tomu, gdje je učinak na unutarnjem tržištu ili njegovom značajnom dijelu, i kada bi se moglo primijeniti i

⁵ Prijevod prema www.mvep.hr/custompages/static/hrv/.../111221-lisabonski-prociscena.pdf.

nacionalno pravo i pravo EU, sukladno načelu „nadređenosti“ prava EU, koje je Europski sud ustanovio 1964. godine (u predmetu *6/64 Costa v E.N.E.L.*[1964] ECR 00585) primijenit će se pravo EU. To znači da pravo EU ima prednost nad nacionalnim pravom, a tamo gdje je sukob između njih, nacionalni sud mora primjenjivati zakone EU.⁶ Navedeno izravno utječe na povećanje ovlasti sudova u odnosu na zakonodavnu i izvršnu vlast. Naravno, izravno utječe i na odgovornost sudova jer nepoštivanje prava EU države članice, što uključuje i sud države članice, može dovesti do postupka zbog kršenja prava EU protiv te države pred Europskim sudom. Kršenje prava za sobom povlači i mogućnost odgovornosti države za naknadu štete pojedincima, čak i kad je to kršenje posljedica postupanja (ili nepostupanja) nacionalnog suda.⁷ Stoga je bitno prepoznati radi li se o slučaju na koji se primjenjuje samo nacionalno pravo, samo europsko pravo ili oboje. Kako je naše pravo u stvari supstituirano pravo EU, čak i u slučajevima isključivo nacionalnog tipa, njegova primjena se mora interpretirati u skladu s praksom Europskog suda.

Uredba 1/2003 pojašnjava na koji se način načelo „nadređenosti“ primjenjuje u pravu tržišnog natjecanja. Članak 3. propisuje da „kada nadležna tijela za tržišno natjecanje država članica ili nacionalni sudovi primjenjuju nacionalne propise o zaštiti tržišnog natjecanja na sporazume, odluke udruženja poduzetnika ili usklađena djelovanja u smislu članka 101. stavka 1. Ugovora, koji mogu utjecati na trgovinu između država članica u smislu te odredbe, istovremeno će primjenjivati i članak 101. Ugovora na takve sporazume, odluke ili usklađena djelovanja. U takvim slučajevima, primjena nacionalnog prava ne smije dovesti do zabrane sporazuma koji ne krše članak 101. (1), ili ispunjavaju uvjete iz članka 101. (3), ili pada u okvir jednog skupnog izuzeća.“

Lako možemo predvidjeti neke moguće slučajeve pred našim sudovima u kojima se, primjerice u imovinskopravnim sporovima, pojavljuje pitanje valjanosti ugovora jer jedna od stranaka ističe prigovor da je ugovor ili neka njegova odredba ništetna zbog protivnosti članku 101. UFEU-a. Tužitelj, primjerice, može svoj zahtjev temeljiti na činjenicama da tuženik, odbijajući mu izdati dozvolu za korištenje softvera, krši članak

⁶ O tome vidjeti: Commission Notice - Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82, OJ C 101, 27.4.2004., p. 81 - 96, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:EN:PDF>.

⁷ Predmet C-154/08, *Commission v Spain* [2009] ECR I-00187.

102. UFEU-a. Osim toga, sudovi u postupcima koje vode u okviru svoje nadležnosti *ex officio* paze na ništetnost ugovora na temelju opće odredbe čl. 327. Zakona o obveznim odnosima (*Narodne novine*, 35/05 i 41/08 dalje u tekstu: ZOO) koja određuje da na ništetnost sud pazi po službenoj dužnosti i na nju se može pozvati svaka zainteresirana osoba. Pitanje ništetnosti regulirano je u općim načelima čl. 322. ZOO-a koji određuje da je ugovor koji je protivan Ustavu RH, prisilnim propisima ili moralu društva ništetan, osim ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu pravnu posljedicu ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. O tome postoji brojna sudska praksa.⁸ Pristupanjem u Uniju sudovi RH paze na ništetnost ugovora po službenoj dužnosti vezano za javni poredak EU čiji su dijelovi, između ostalog, i članci 101. i 102. UFEU-a.

Moguće je pojavljivanje određenih problema kod izravne primjene čl. 101. i 102. UFEU vezano za samu identifikaciju spora, a posebno u vezi aktivne i pasivne procesne legitimacije stranaka.⁹ Primjerice, pitanje oštećene strane može se odnositi i na potrošača koji može, kao osoba kojoj je postupanjem trgovca koje je suprotno odredbama ZZTN-a i čl. 101. i 102. UFEU-a prouzročena šteta, pokrenuti pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete protiv osobe koja joj je nedopuštenim postupanjem prouzročila štetu.¹⁰ U tom slučaju postavlja se, između ostalih, pitanje stvarne nadležnosti suda kao procesnopravno pitanje bazirano na autonomnom nacionalnom pravu.

3. NADLEŽNOST SUDOVA U RH

Primarno pravo EU ne bavi se posebno pitanjima međunarodne nadležnosti sudova zemalja članica, a pravila međunarodnog građanskog procesnog prava EU sadržana su dijelom u međunarodnim ugovorima,¹¹ a dijelom u sekundarnom pravu EU.¹² Radi

⁸ Vezano za predmetno pitanje ništetnosti, postoji brojna sudska praksa, a za potrebe ovog rada upućuje se na obrazloženje odluke Vrhovnog suda RH u predmetu Revt 145/06-2.

⁹ U vezi aktivne legitimacije vidi zahtjev za prethodnom odlukom u predmetu C-199/11, *Europese gemeenschap v Otis NV and Others* [2012] ECR I-00000.

¹⁰ Joined Cases C-295 i 298/04, *Manfredi* [2006] ECR I-6619.

¹¹ Međunarodni ugovori građanskog procesnog prava na području EU su: Bruxelleska konvencija o sudskoj nadležnosti, priznanju i ovrsi sudske odluka u građanskim i trgovačkim predmetima,

stvaranja zajedničkog pravnog prostora unutar EU, UEZ-om u amsterdamskoj verziji od 2. listopada 1997. utvrđuje se da Vijeće uređuje materiju međunarodnog procesnog prava. Nadležnost nacionalnih sudova određena je Uredbom Vijeća (EZ) broj 1/2003 od 16. listopada 2002 o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima u vezi primjene članaka 81. i 82. UEZ-a (članak 6. Uredbe), kako je uvodno rečeno. Međutim, ta Uredba ne sadrži odredbe vezane za postupanje sudova u toj vrsti postupaka već nacionalni sudovi pri izravnoj primjeni članaka 101. i 102. UFEU-a autonomno primjenjuju svoje pravo u svim procesno pravnim i materijalnopravnim aspektima s tim da su u okviru svoje nadležnosti obvezni primjenjivati načelo učinkovitosti, načelo ekvivalentnosti, a na temelju načela nadređenosti prava EU, ne smiju primjenjivati nacionalna prava koja nisu u skladu s ovim načelima. U bitnom, pravo EU ne ulazi u organizaciju sudske vlasti države članice već je to stvar nacionalnog procesnog zakonodavstva, ali zahtijeva postojanje suda kome se pojedinac može obratiti sa zahtjevom za zaštitu prava utemeljenog na pravu EU. Stoga se inicijalna i završna provedba prava tržišnog natjecanja, neovisno o tome primjenjuju li se izravno članci 101. i 102. UFEU ili nacionalno pravo ili se ono primjenjuje istodobno, nalazi na decentraliziranoj razini pojedinih sudova država članica tako da se može reći da su nacionalni sudovi u stvari europski sudovi opće nadležnosti.

U Republici Hrvatskoj sudska zaštitu u području prava privatnopravnih odnosa pružaju redovni i trgovački sudovi. Javnopravna zaštita osigurana je kroz sudske kontrolu odluka AZTN-a pokretanjem upravnog spora pred Visokim upravnim sudom RH. Razgraničenje nadležnosti vezano za zaštitu tržišnog natjecanja između upravnih sudova, s jedne strane, i redovnih i trgovačkih sudova s druge strane, jasno je provedeno i do sada nije izazivalo veće dvojbe. S jedne strane, Visoki upravni sud je zadužen za nadzor odluka AZTN-a, pri čemu preispituje pravilnu primjenu materijalnih i postupovnih pravila tijekom postupka provedenog u AZTN. S druge strane, redovni i trgovački sudovi odlučuju o privatnim tužbama između pojedinih subjekata, kao što su zahtjevi za naknadu štete ili pitanje ništetnosti.

OJ C 27, 26.1.1998, i Luganska konvencija o sudskej nadležnosti, priznanju i ovrsi sudskeih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima . OJ. L 318, 16.9.1988.

¹² Tekst Bruxelleske i Luganske konvencije je uz neke preinake i dopune pretočen u Uredbu Vijeća broj 44/2001 koja predstavlja temeljni propis međunarodnog građanskog procesnog prava unutar EU.

Naime, nadležnost sudova određena je u prvom redu Zakonom o sudovima (*Narodne novine*, 28/13. dalje u tekstu: ZOS) i Zakonom o parničnom postupku (*Narodne novine*, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 2/07, 84/08, 96/08, 123/08, 57/11 i 25/13 , dalje u tekstu: ZPP) kao općim propisima. Za odlučivanje o građanskopravnim stvarima nadležni su, uz sudove opće nadležnosti, i trgovački sudovi specijalizirani za suđenje u određenim vrstama sporova. Međutim, razgraničenje nadležnosti u ovoj materiji između redovnih i trgovačkih sudova nije uvijek baš potpuno jasno kao što je jasno razgraničenje nadležnosti između upravnih i redovnih i trgovačkih sudova. Tako je čl. 34b st. 1. ZPP-a propisano da trgovački sudovi u parničnom postupku u prvom stupnju sude u sporovima između pravnih osoba, a t. 9. istog članka određeno je da sude između ostalog i „u sporovima u povodu djela neloyalne tržišne utakmice, monopolističkih sporazuma i narušavanja ravnopravnosti na jedinstvenom tržištu Republike Hrvatske.“

Navedena sintagma i citirano zakonsko određenje nadležnosti, ako se doslovno tumači, može izazvati dvojbe u pogledu nadležnosti vezano za zaštitu prava tržišnog natjecanja. Stoga, prije nego što se počne o nečemu raspravljati, valja definirati citirane pojmove i njihovo značenje. Tu se prije svega misli na pojmove „monopolističkih sporazuma“ i „jedinstveno tržište Republike Hrvatske“ jer zaštita prava tržišnog natjecanja i nadležnost trgovačkih sudova ne obuhvaća samo monopolističke sporazume i samo tržište RH. Osim toga, pojam „neloyalne tržišne utakmice“ na ovaj način je još uvijek zastupljen u našem zakonodavstvu (te se koristi u sudskim odlukama jer se u njima mora koristiti zakonski jezični izričaj) iako materijalno pravni propis koji regulira nepošteno trgovanje poduzetnika - Zakon o trgovini (*Narodne novine*, 87/2008, 96/2008, 116/2008, 116/2008, 76/2009, 114/2011, dalje kao: ZOT) ne rabi taj pojam. Članak 63. ZOT-a propisuje da se pod „nepoštenim trgovanjem“ podrazumijevaju „radnje trgovca kojima se radi tržišnog natjecanja povređuju dobri trgovački običaji.“¹³

¹³ O određenju pojmova vidi i Uredbu (EZ) br. 864/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 11. srpnja 2007. o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze ("Rim II") koja je unificirala različite pristupe nacionalnih pravnih poredaka država članica EU pitanjima izvanugovorne odgovornosti za štetu koja se odnose, između ostalog, na nepošteno tržišno natjecanje i ograničenje tržišta u prekograničnim privatnopravnim situacijama.

Prema zakonskim definicijama potpuno je jasno da je zaštita od „djela nelojalne tržišne utakmice“ različita od zaštite od „djela vezanih za ograničenje tržišnog natjecanja“ odnosno od zaštite tržišta nazvane i kartelno pravo. Sadržajno se, prema objektu zaštite, u prvom slučaju radi o zaštiti međusobnog odnosa pojedinih sudionika na tržištu, odnosno štite se individualna prava gospodarskih subjekata, a u drugom slučaju o zaštiti samog tržišta kao takvog, kao institut od općeg interesa. Naravno da se ovdje radi o povezanom krugu koji čine trgovci, tržište i potrošači, kao „cjeloviti koncept“, ali svatko od njih uživa posebnu pravnu zaštitu i radi odlučivanja o njihovim pravima potrebno je jasno definirati njihove odnose, prava i obveze.

Neovisno o navedenom, nesumnjivo proizlazi da su upravo trgovачki sudovi, zbog svoje opće nadležnosti vezane za personalni kriterij, nadležni za privatno pravnu zaštitu prava tržišnog natjecanja između poduzetnika. Međutim, ovisno o tome možemo li se složiti da definicija iz čl. 34b st. 1. t. 9. ZPP-a sadržajno obuhvaća radnje iz članaka 101. i 102. UFEU, ovisi odgovor na pitanje nadležnosti u sporu za naknadu štete između potrošača¹⁴ i pravne osobe kojoj se stavlja na teret povreda odredaba o zaštiti tržišnog natjecanja. To stoga što su trgovачki sudovi nadležni za sporove na temelju personalnog kriterija koji je unesen u ZPP 2003. godine ZIDZPP-a i okolnosti da su trgovачki sudovi stvarno nadležni samo u onim sporovima koji su izrijekom stavljeni u njihovu nadležnost (*arg. ex* 34. st. 2. ZPP-a) dok su općinski sudovi, uz one za koje su uvijek nadležni, nadležni odlučivati i u svim drugim sporovima na temelju čl. 34. st. 2. ZPP-a.

U posljednje vrijeme prisutna je tendencija da se određenim posebnim, *lex specialis* zakonima, određuje stvarna i mjesna nadležnost sudova, što nije dobra praksa i trebalo bi je izbjegavati radi pravne sigurnosti.¹⁵ Primjerice, Zakon o zaštiti potrošača (*Narodne novine*, 79/07, 125/07, 79/09, 89/09, 133/09, 78/12, 56/13) određuje nadležnost

¹⁴ Uredba Vijeća (EZ) br. 44/2001. u točki 13 preambule određuje da bi u potrošačkim ugovorima slabija strana u sporu trebala biti zaštićena propisima o nadležnosti tako da oni više pogoduju ostavarenju njezinih interesa nego što to omogućuju opći propisi (tako i u odjeljku 4. iste Uredbe).

¹⁵ Vidi: Zakon o arbitraži (*Narodne novine*, 88/01), Zakon o trgovackim društvima (*Narodne novine*, 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12, 68/13), Zakon o registru (*Narodne novine*, 1/95, 57/96, 1/98, 30/99, 45/99, 54/05, 40/07, 91/10, 90/11 i 148/13) Ovršni zakon (*Narodne novine*, 112/12, 25/13) Zakon o financijskom poslovanju i predstecajnoj nagodbi (*Narodne novine*, 108/12, 144/12, 81/13, 112/13), Zakon o žigu (*Narodne novine*, 173/03, 54/05, 76/07, 30/09, 49/11) itd.

mjesno nadležnog suda za zaštitu kolektivnih interesa potrošača, a kako ne govori ništa o zaštiti pojedinačnih interesa potrošača, dvojbeno je da li bi po općim pravilima o nadležnosti za naknadu štete proizašlu iz izvanugovorne obveze (povrede tržišnog natjecanja) bio nadležan općinski sud ili, po citiranom pravilu iz čl. 34.b st. 9. ZPP-a, trgovački sud. Iz navedenog je vidljiv trend našeg zakonodavca da sve više odustaje od pravne tradicije koja je njegovala podjelu na postupovne i materijalnopravne zakone te donosi zakone kojima se u isto vrijeme uređuju i materijalnopravna i postupovna pitanja čime se narušava cjelina sustava. Problem nastaje zbog toga što se mora dodatno provjeravati nalaze li se odredbe o nadležnosti ili o nekom drugom pravnom pitanju na nekom mjestu gdje one ne bi trebale biti.

4. ZAHTJEVI ZA NAKNADOM ŠTETE

Europski sud je u dvjema presudama, koje je donio (predmeti C-453/99, *Courage v Crehan* [2001] ECR I-06297 i C-295/04 - C-298/04, *Manfredi* [2006] ECR I-06619) jasno uputio na izravan učinak propisa o tržišnom natjecanju kao i na pravo na naknadu štete koju je pretrpjela treća strana kao rezultat kršenja europskih zakona o tržišnom natjecanju (čl. 101. i 102 UFEU). Iz tih odluka proizlazi da se odgovornost za štetu javlja kao rezultat kršenja europskog prava tržišnog natjecanja.

Kao dio politike provedbe prava tržišnog natjecanja, Komisija je u cilju jačanja odgovornosti za naknadu štete kao posljedicu povrede pravila tržišnog natjecanja i čl. 101. i 102 UFEU-a donijela pravni instrument u vidu Zelene knjige iz 2005. godine i Bijele knjige iz 2008.¹⁶ godine gdje je izričito navedeno da oštećena strana ima pravo na naknadu štete kao posljedicu kršenja prava tržišnog natjecanja u vidu privatno pravne zaštite pred nadležnim sudom i to prema općim pravilima o naknadi štete.

¹⁶ White Paper of 2 April 2008 on Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM(2008) 165, Green Paper of 19 December 2005. Damages actions for breach of the EC antitrust rules COM(2005) 672 final. Navedeni dokumenti po svojoj snazi predstavljaju „meko“ pravo i nisu pravno obvezujući.

4. 1. MATERIJALNOPRAVNE ODREDBE VEZANE UZ GRAĐANSKOPRAVNU ZAŠTITU

Govoreći o našem nacionalnom okviru, jasno je, kako u slučaju povrede prava prema ZOT-u tako i prema ZZTN, da je oštećena strana, prema općim pravilima o naknadi štete, ovlaštena podnijeti takav zahtjev, a nakon pristupanja EU, i zbog povrede odredaba 101. i 102. UFEU.

Zakonski okvir dosuđivanja naknade štete leži u općim načelima vezanim za prouzročenje štete prema čl. 1045. do 1048. ZOO-a i tužitelj treba dokazati kumulativno ispunjenje općih pretpostavki odgovornosti: 1. subjekt obveznog odnosa odgovornosti za štetu; 2. štetnu radnju štetnika; 3. štetu; 4. uzročnu vezu i 5. protupravnost. Odgovornost za štetu može biti ugovorna i izvanugovorna, a prema prirodi stvari, možemo pretpostaviti da će se ovdje u većini slučajeva raditi o izvanugovornoj odgovornosti za štetu.

Ovdje je važno napomenuti da su Europski parlament i Vijeće donijeli 11. srpnja 2007. Uredbu (EZ) br. 864/2007 o pravu mjerodavnom za izvanugovorne obveze (Rim II.) Među njezinim posebnim odredbama važnost ima odredba deliktnog statuta koja određuje kao mjerodavno za izvanugovornu obvezu proizašlu iz radnje nepoštenog tržišnog natjecanja pravo države u kojoj ima ili je vjerojatno da će radnja imati učinak na odnose između takmaka na tržištu ili skupne interesu potrošača (čl. 6. st. 1. Uredbe). Druga kategorija izvanugovornih obveza u članku 6. st. 3. Uredbe Rim II jesu one proizašle iz ograničenja tržišnog natjecanja. Za te odnose Uredba Rim II predviđa mjerodavnost prava države na čijem tržištu ograničenje ima ili je vjerojatno da će imati učinak. Dakle, upućuje se na mjerodavnost prava države odnosnog tržišta (*lex mercati*). Međutim, kada ograničenje ima ili je vjerojatno da će imati učinak na tržištu više od jedne države, osoba koja zahtijeva naknadu štete i koja podnosi tužbu pred sudom tuženikova prebivališta može umjesto toga izabrati kao temelj svojeg zahtjeva pravo države toga suda, pod uvjetom da je tržište te države članice jedno od onih na kojima ograničenje natjecanja, iz kojeg proizlazi izvanugovorna odgovornost za štetu na kojoj se temelji zahtjev, ima izravan i bitan učinak; kada tužitelj podnosi tužbu, sukladno primjenjivim pravilima o nadležnosti, protiv više od jednog tuženika pred tim sudom, može izabrati kao temelj svojeg zahtjeva pravo države toga suda, ako je ograničenje tržišnog natjecanja na kojem počiva zahtjev protiv svakog od tih tuženika imalo izravan i bitan učinak i na tržištu države članice toga suda (*lex fori*).

4. 2. PRAVNA SNAGA ODLUKA AZTN ILI KOMISIJE U POSTUPCIMA PRED HRVATSKIM SUDOVIMA

S aspekta procesnog prava postavlja se pitanje pravne snage odluka AZTN ili odluka Komisije o utvrđenju povrede u kontekstu prethodnih (prejudicijelnih) pitanja i može li odluka AZTN ili Komisije o utvrđivanju povrede biti korištena kao temelj tužbi za naknadu štete.

Radi jedinstvene primjene prava tržišnog natjecanja Zajednice, Uredba 1/2003 u čl. 16. određuje da, kada nacionalni sudovi odlučuju o sporazumima, odlukama ili postupanjima iz članka 101. i 102. Ugovora koji su već bili predmetom odluke Komisije, nacionalni sudovi ne mogu donositi odluke suprotne odluci koju je donijela Komisija. Također, nacionalni sudovi moraju izbjegavati donošenje odluka koje bi bile u suprotnosti s odlukom koju razmatra Komisija u postupku koji je pokrenula. U tu svrhu, nacionalni sud može procijeniti je li svrsishodno nastaviti s postupkom pred nacionalnim sudom. Kada nadležna tijela za tržišno natjecanje donose odluke o sporazumima, odlukama ili postupanjima iz članka 101. i 102. Ugovora, a koje su već bile predmetom odluke Komisije, ne mogu donijeti odluku koja bi bila suprotna donesenoj odluci Komisije. S druge strane, pitanja u smislu tereta dokazivanja i utvrđenja činjeničnog stanja regulirano je procesnim pravilima o dokazima i dokazivanju u članku 2. Uredbe 1/2003.

Člankom 12. ZPP-a propisano je da, kad odluka suda ovisi o prethodnom rješenju pitanja postoji li neko pravo ili pravni odnos, a o tom pitanju još nije donio odluku sud ili drugo nadležno tijelo (prethodno pitanje), sud može sam rješiti to pitanje, ako posebnim propisima nije drugačije određeno. Dakle, pravna pitanja prejudicijelne prirode predstavljaju samostalnu pravnu cjelinu (ne činjenično pitanje koje je pak regulirano procesnim pravilima o dokazima i dokazivanju). Naše postupovno pravo omogućuje parničnom суду da sam odlučuje o pitanju koje se pojавilo kao prejudicijelno – ako o njemu još nije donijelo odluku nadležno tijelo s time da odluka ima pravni učinak samo u stvari u kojoj je to pitanje na takav način riješeno. Nasuprot tomu, u slučaju da je nadležno tijelo donijelo pravomoćnu odluku o tom pitanju kao glavnom, parnični sud vezan je tom odlukom pa ga sam ne može rješavati kao prejudicijelno pitanje. Parnični

sud može odlučiti da sam ne rješava o prejudicijelnom pitanju jer kada nađe da je to svrshishodno može prekinuti postupak dok se pravomoćno ne završi postupak pred tijelom pred kojim se o prethodnom postupku rješava kao o glavnom ili dok ne ustanovi da više ne postoje razlozi da se čeka na završetak postupka pred tim tijelom (čl. 215. st. 3. ZPP-a).

Usporedbom ovih zakonskih rješenja dolazi se do zaključka da se sadržajno radi o jednakim rješenjima u pogledu prethodnih pitanja prejudicijelne prirode.

Međutim, kako u građanskopravnom postupku usuglasiti taj pristup s činjenicom da AZTN i Komisija ne štite natjecatelja kao subjekta tržišne utakmice već tržišno natjecanje kao takvo? I u ovim slučajevima može se postaviti pitanje koje odluke AZTN-a i Komisije predstavljaju prethodno pitanje u građanskopravnim parnicama za naknadu štete. Naime, opseg vezanosti građanskopravnog suda ovisi i o tome djeluje li pravomoćno rješenje prethodnog pitanja *erga omnes* ili *inter partes*. Ovo pitanje je tim više značajno što, s jedne strane, postoji obveza suda da se drži odluka AZTN i Komisije jer su sudovi vezani za pravomoćne upravne akte u granicama njihove pravomoćnosti, dok, s druge strane, imaju ovlast sami rješavati prethodno pitanje ako o njima nije donijelo odluku nadležno tijelo i ako posebnim propisima nije drugačije određeno. Suočeni s takvim pitanjem sudovi imaju mogućnost traženja pomoći od Europskog suda po čl. 267. UFEU) i Komisije po čl. 15. Uredbe 1/2003.

5. STRUČNA OSPOSOBLJENOST SUDACA

S obzirom na okolnost da odlučivanje u ovim predmetima umnogome ovisi o percepciji suda o tome što je „ekonomski i tržišna normalnost“ a što nije, te značaj takvog poimanja za tržišne takmace i društvo u cjelini, nužno se nameće pitanje stručne osposobljenosti sudova da se bave pitanjima tržišnog natjecanja. Tu se prije svega misli na razumijevanje ekonomskih pitanja te na praktično pitanje nedostatka akademske obrazovanosti sudaca u ovoj grani prava kao i na zbog povijesnih okolnosti relativno kratku primjenu prava tržišnog natjecanja i slobodnog tržišta u RH. Osim osobnih sklonosti i pojedinačnih npora stjecanja znanja u ovom području prava, prema dostupnim podacima Pravosudne akademije, proizlazi da edukacija sudaca u vezi s pravom tržišnog natjecanja ovisi o organizacijskim i finansijskim mogućnostima te

prioritetima koje utvrđuje njeni Programske vijeće. Do sada, prema podacima Pravosudne akademije temeljem dopisa od 8. svibnja 2013., provedena je edukacija pravosudnih djelatnika kako slijedi: „Osnove prava tržišnog natjecanja - prvi dio, 2011., Osnove prava tržišnog natjecanja - drugi dio, 2011., Postupci za utvrđivanje naknade štete u području prava tržišnog natjecanja, 2011., Pravo tržišnog natjecanja Europske unije, 2011. U 2012. godini nije bilo edukacije. U 2013. godini planirana je edukacija u suradnji s EIPA-om. Osim navedenog, sudi posredstvom Pravosudne akademije sudjeluju i u seminarima o tržišnom natjecanju u Mađarskoj koje godišnje organizira Regionalni centar za tržišno natjecanje iz Budimpešte te Odjel za tržišno natjecanje OECD-a. Osim što je kroz navedene programe prošao ograničeni broj sudaca različitih sudova, valjalo bi i nakon zadobivanja određene stručnosti kod tih sudaca održati postignutu razinu obrazovanja i razvijati daljnju stručnost kako bi onda sigurni u sebe mogli slobodno donositi odluke i pravilno primjenjivati pravo.

Nadalje, a vezano na prethodno pitanje obrazovanja, postavlja se i pitanje specijalizacije sudaca jer nakon ulaganja u njihovu stručnost neekonomično je ne provesti njihovu specijalizaciju. S druge strane, s obzirom na dinamiku razvoja ovog prava i njegovu neposredno ili posrednu povezanost s različitim odnosima na tržištu i drugim subjektivnim pravima (primjerice odnos prava tržišnog natjecanja i prava intelektualnog vlasništva koje mu je izravno suprotstavljeno zbog svoje monopolne naravi, prava potrošača itd.) pa tako i sporovima proisteklim iz tih odnosa, valjalo bi da svi sudi imaju zadovoljavajući stupanj naobrazbe.

Prema Zakonu o sudovima (*Narodne novine*, 28/13), poslovi se sudsima i sudskim vijećima raspodjeljuju prema rasporedu utvrđenom za svaku godinu (godišnji raspored poslova). Pojedini predsjednici sudova mogu godišnjim rasporedom predvidjeti i posebna vijeća za rad na takvoj vrsti sporova. Dakle, prema zakonodavnom okviru ostavljeno je predsjednicima sudova da samostalno donose odluke o formiranju posebnih vijeća za pojedine vrste sporova.

Ustrojeno je sedam trgovačkih sudova i Visoki trgovački sud RH (dalje u tekstu: VTSRH) koji odlučuje o žalbama protiv odluka prvostupanjskih trgovačkih sudova. Prema

godišnjem rasporedu VTSRH za 2013. Godinu,¹⁷ (kao niti u ranijim godinama) takva specijalizacija nije predviđena (postoje tri specijalizirana vijeća: 1. za pomorske predmete, 2. predmete zaštite intelektualnog vlasništva i 3. ovršne predmete).

Tržišno natjecanje i javnu nabavu rade finansijski i radno-pravni suci Visokog upravnog suda RH. Taj odjel ima tri vijeća (vijeće čine tri suca, svatko uglavnom ima i tri savjetnika, koji su zaduženi za izradu nacrta presude). Stupanjem na snagu novog Zakona o upravnim sporovima (*Narodne novine*, 20/10) 1. siječnja 2012., sudska nadležnost podijelila se na četiri mjesno nadležna upravna suda koja sude u prvom stupnju po tužbama protiv akata upravnih tijela, te Visoki upravni sud RH koji odlučuje o žalbama protiv presuda upravnih sudova.

U parničnom postupku u prvom stupnju u sporovima sudi sudac pojedinac, ako zakonom nije određeno da sudi vijeće, a nakon izmjena ZPP iz 2003. praktično je uvedena potpuna monokracija suđenja u prvom stupnju. Sastav vijeća VTSRH, kao žalbenog suda, čine imenovani suci i nije predviđena mogućnost drugačijeg sastava sudskih vijeća, iako povijesno gledano, naš pravosudni sustav poznaje institut sudaca porotnika. Zadnja izmjena ZPP-a iz 2013. pokazuje trend u drugom smjeru kada povisuje limit vezan za vrijednost predmeta spora u kojima sudi sudac pojedinac u drugom stupnju na iznos od 500.000,00 kn, te i u drugom stupnju jača načelo monokratskog suđenja. Međutim, kako se ovdje radi i o kompleksnim ekonomskim pitanjima, možda bi bilo potrebno razmisliti o uključivanju posebnih stručnih osoba koje posjeduju potrebna znanja i razmisliti o modalitetu njihovog uključivanja i u rad sudskih vijeća koja odlučuju u ovim predmetima, barem u zadnjem stupnju. Međutim, u okviru pitanja utvrđenja činjenica Uredba 1/2003, očito svjesna kompleksnosti pitanja ograničenja tržišta, otvara prostor za nešto slično putem instituta *amicus curiae* kada svojom odredbom iz čl. 15. st. 3. navodi da „nadležna tijela za tržišno natjecanje država članica, kada postupaju po službenoj dužnosti, mogu podnijeti pismena očitovanja nacionalnim sudovima svojih država članica o pitanjima koja se odnose na primjenu članaka 81. ili članka 82. Ugovora. Uz dopuštenje predmetnog nadležnog suda mogu također podnijeti usmena očitovanja nacionalnim sudovima svojih država članica. Ako dosljedna primjena članka 81. ili

¹⁷ Prema statističkom izvješću na dan 30. travnja 2013., sveukupni broj neriješenih predmeta na VTSRH iznosi 15400 predmeta.

članka 82. Ugovora to zahtjeva, Komisija, postupajući po službenoj dužnosti, može podnijeti pisana očitovanja sudovima država članica. Uz dopuštenje predmetnog nadležnog suda, može također dati i usmena očitovanja. Isključivo u svrhu pripreme svojih očitovanja, nadležna tijela za tržišno natjecanje država članica i Komisija mogu zatražiti od nadležnog suda države članice da dostavi ili osigura dostavu svakog potrebnog dokumenta za donošenje ocjene u predmetu.¹⁸

Neovisno o navedenom, kako je Europski sud na temelju čl. 267. UFEU nadležan odlučivati o prethodnim pitanjima koja se tiču: 1. tumačenja Ugovora i 2. valjanosti i tumačenja akata institucija, tijela, ureda ili agencija Unije, sudovima stoji na raspolaganju institut „posebnog prethodnog pitanja“ (različit institut od ranije spominjanog prethodnog pitanja prejudicijelne prirode vezano uz odluke AZTN i Komisije), s tim da ako se takvo pitanje pojavi u predmetu koji je u tijeku pred sudom neke države članice, protiv čijih odluka prema nacionalnom pravu nema pravnog lijeka, postoji obveza tog suda uputiti takvo pitanje Europskom судu.

S obzirom na obveze hrvatskih sudova nakon ulaska u EU u pogledu primjene članaka 101. i 102. UFEU, postavlja se pitanje sublimiranosti prava tržišnog natjecanja kroz praksu hrvatskih sudova u privatnopravnoj zaštiti kao svojevrsnoj garanciji kontinuiteta i daljnog kvalitativnog razvoja. Prema evidencijskim podacima Trgovačkog suda u Zagrebu kroz sustav „e-spis“ nađeni su predmeti poslovni broj: P5987/2008; P 1418/2009; P 311/2010; P 738/2013, koji su u postupku rješavanja. Prema podacima VTSRH, nađeni su predmeti poslovni broj Pž 1583/2009 Pž 2646/2011, Pž 3285/04, Pž 7353/2004, Pž 1790/2004, Pž 3220/1999, Pž 1563/2003.¹⁹ Iz sadržaja pravomoćnih sudske odluka Visokog trgovackog suda RH vidljivo je da su se sudovi u okviru područja civilnog suđenja bavili ništetnošću pojedinih konkretnih ugovora i njihovih odredbi s aspekta ograničenja tržišta, kao i naknadom štete čija protupravnost leži u jednom dijelu i u kršenju pravila tržišnog natjecanja,¹⁹ ali, ne ulazeći u dublju analizu imenovanih predmeta, da se sudovi u primjeni prava ograničavaju na primjenu općih odredbi ZOO-a.

¹⁸ Moguće je da je broj predmeta u okviru kojih se primjenjuje pravo tržišnog natjecanja veći, ali prema zahtjevu autora ovog rada nadležne službe dostavile su navedene podatke, a osobno istraživanje provedeno je putem portala IUS-INFO.

¹⁹ Relativno mali broj predmeta ove vrste nije samo naša specifičnost. Studija *Ashurst* iz 2004. godine pokazala je na bazi istraživanja 25 zemalja članica Unije da je pokrenuto ukupno 60 tužbi za naknadu štete s osnove povrede čl. 81. i 82. EZ- ili nacionalnog pravnog pravila (Study on the condition of claims for damages in case of infringement of EC competition rules, *Ashurs* 2004.).

6. UMJESTO ZAKLJUČKA

Javnopravna zaštita prava tržišnog natjecanja očito je zaživjela jer je vidljiva u brojnim odlukama AZTN i odlukama Visokog upravnog suda RH. Prema podacima Visokog upravnog suda RH na dan 22. travnja 2013. u razdoblju od 1. siječnja 1995. do 30. prosinca 2012. zaprimljeno je ukupno 194 predmeta, a riješeno 192. predmeta. Tužbe podnesene Visokom upravnom sudu RH protiv odluka AZTN u pretežitom broju slučajeva su odbijene. Bilo bi logično da se pojave tužbe za naknadu štete vezane za pravomoćne odluke AZTN-a, ali tome nije tako. Ovdje je potrebno naglasiti da sudovi u parničnim postupcima odlučuju isključivo o zahtjevima koji su stavljeni u postupku pa, ako zahtjev koji uključuje primjenu pravnih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja nije postavljen pred sud, onda niti sud ne može o tome iskazivati svoja stajališta. Proizlazi da zainteresirani subjekti pravo tržišnog natjecanja prvenstveno poimaju kroz javnopravnu zaštitu i kao upravno pravo te se takvom zaštitom zadovoljavaju. Stoga ne čudi da privatna zaštita, a pogotovo postupci za naknadu štete po osnovi povrede ovog prava, za sada nije dovoljno jasno vidljiva u sudskim odlukama. Osim navedenog, razlog tomu s jedne strane leži i u činjenici da se ti predmeti ne vode kao posebna vrsta predmeta već su navedeni pod općim oznakama parničnih predmeta u području imovinsko-pravnih zahtjeva (naknade štete, ispunjenje ugovora, prigovori ništetnosti), te kako nema specijaliziranih vijeća i sudaca koji rade na tim predmetima, oni ostaju „sakriveni“ a, uzimajući u obzir i opće poznatu činjenicu o velikoj količini raznih predmeta na hrvatskim sudovima, zbog svoje očite malobrojnosti, ovakvi predmeti ostaju u tom ukupnom broju slabo istaknuti. Moguće je da su i zbog toga nedovoljno obrađeni u pravnoj literaturi. Realno je očekivati da će se navedena situacija nakon ulaska u EU promijeniti. Tome u prilog ide i okolnost da je čl. 15. st. 2. Uredbe 1/2003 propisano da države članice dostavljaju Komisiji primjerak svake pisane presude nacionalnih sudova kojom se odlučuje o primjeni članaka 101. i 102. UFEU. Takav primjerak dostavlja se bez odgađanja nakon što je potpuna pisana presuda dostavljena strankama. Radi ispunjenja te obveze predmeti ove vrste trebaju biti posebno prepoznati i barem adekvatno registrirani. Slijedom opisanih razloga, za sada nije moguće jasno odrediti postojanje nekog trenda u postupanju sudova vezanog za pravnu sigurnost u provedbi prava zaštite tržišnog natjecanja u pitanjima naknade štete i utvrđenja ništetnosti pojedinih ugovornih

odnosa. Predstoji nam zaključiti da je trend inicijalno prisutan, ali nije u punoj mjeri razotkriven i prepoznat i tek će se u budućem pravnom okviru morati jasno realizirati.

**Developments in Private Enforcement of Competition Rules after the Croatian
Accession to the European Union**

I. Rise of Private Enforcement in the European Union

1. Introduction

Strengthening private enforcement of competition law has been one of the most important European Commission's ("the Commission") initiatives in recent years. Unlike the implementation of public law, which under the jurisdiction of the Commission and national competition agencies ("NCA"), has a long tradition in the EU, private enforcement where national courts apply the same competition rules is relatively new to most of the courts in the EU Member States, including Croatia. The situation began to significantly change after the European court in cases *Courage vs Crehan* and *Manfredi* ensured that private parties are entitled to compensation for damages caused by violations of competition rules.¹ It took almost a decade for the Commission to take the initiative for enactment of regulations with purpose of facilitating and harmonizing the conditions for private actions through the EU. In 2004, the European Commission found the situation of private enforcement in the EU Member States to be in a "state of total underdevelopment". Since then it has generally been accepted that legislative action is required. The Commission's consultation on the EU legislation for private antitrust litigation started with the publication of a Green Paper in 2005², followed by a White

*Dr. iur. Bojana Vrcek, M.E.S., Research Fellow, American Antitrust Institute (AAI). All opinions expressed are entirely personal and do not necessarily represent the views of the AAI. Manuscript submitted on 29 October 2013.

¹ As the Court has held, the full effectiveness of Article 81 EC and, in particular, the practical effect of the prohibition of Article 81(1) would be put at risk if it were not open to any individual in proceedings before a national court to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition. The same analysis would apply equally to injunctive relief. Cases C-453/99, *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, at para 26 and Joined Cases C-295/04 to C-298/04, *Vincenzo Manfredi and Others v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and Others* [2006] ECR I-06619.

² Green Paper - Damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2005) 1732}, COM/2005/0672 final.

Paper on Damages Actions in 2008³. On June 11, 2013 the European Commission published its long awaited proposal for a directive on antitrust damage actions in the European Union (the "Draft Directive").⁴ The Draft Directive contains far-reaching proposals to facilitate antitrust damage actions in the Member States. Its main objective is to facilitate full and fair compensation for victims once a public authority has found and sanctioned an infringement. These new rules will likely lead to a harmonization across Europe and will probably reduce the incentive for forum shopping by both plaintiffs and defendants. The Commission has also adopted a communication on quantifying antitrust harm to provide guidance to national courts and concerned parties in damages actions. In order to help these concerned parties, the Commission has also prepared a "Practical Guide" which will be a useful tool for victims and national judges. These documents are however not legally binding.

Only 25% of antitrust infringements found by the Commission in the last 7 years have been followed by civil actions from victims according to the Commission. Most of these actions were brought by large businesses, and most actions were introduced either in the UK, Germany or the Netherlands where the national legal systems are more "plaintiff-friendly".⁵ National rules are widely diverging across Europe and, as a result, the chances of victims to obtain compensation greatly depend on which Member State they happen to live in. The proposed Draft Directive aims to remove these practical obstacles. In parallel, the Commission has adopted a recommendation encouraging Member States to set up collective redress mechanisms in order to improve access to justice for victims of violations of EU law in general, including competition rules.

The Croatian legislator has followed this initiative, and accordingly also in June 2013⁶, amended the Croatian Competition Act 2009 ("CCA")⁷ by introducing provisions regulating several important issues related to damages actions for infringement of the

³ White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules {SEC(2008) 404} {SEC(2008) 405} {SEC(2008) 406}, COM/2008/0165 final.

⁴ Legislative initiative on Antitrust Damages Actions, available at <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

⁵ Carles Esteva Mosso, Director for Policy and Strategy, Directorate General for Competition, "Private enforcement: Will the wave be coming from Brussels, London, Paris or... elsewhere?", Conference "New Frontiers of Antitrust", 22 February 2013, Paris.

⁶ In the Croatian original as Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, 80/2013).

⁷ In the Croatian original as Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN, 79/2009).

Competition Act and/or TFEU.⁸ The amended Competition Act explicitly introduces damages actions for breaches of competition law in the Article 69a CCA.⁹ So far, civil actions for breaches of competition law have been an exception in Croatia¹⁰, but the amendments to the Competition Act certainly make a difference to a small but significant number of questions which arise in damages actions proceedings. In general, private enforcement of competition provisions in Croatia is based on the rules of torts. Therefore rules of the Act on Obligations¹¹ on torts i.e. non-contractual liability for damages ("izvanugovorna odgovornost za štetu") will apply in antitrust damages claims.¹²

2. Interplay of Public and Private Enforcement

In the early days of the EU only public enforcement of competition law has played an important role. Traditionally, European competition law has been considered to be public law. However, thinking of the role and addressees of competition rules, one cannot avoid observing its mixed nature, public and private. At the moment when the Court of Justice of the European Union ("CJEU") confirmed that what are now Articles 101 and 102 TFEU had direct effect, it became clear that private parties have rights arising from those provisions, particularly since such provisions are clearly addressed directly to private individuals. This interplay of public policy and private enforcement is by no means completely new, although most non-common law systems have traditionally maintained a much stronger separation between the public and private than has the common law. Against that background, there are contradicting views on the

⁸ See Bojana Vrcek, Croatia as the 28th EU Member State: Impact on Competition Policy, AAI Working Paper 13-04, available at <http://www.antitrustinstitute.org/content/aai-working-paper-no-13-04-croatia-28th-eu-member-state-impact-competition-policy>.

⁹ This provision applies to any provision and is not limited to the Croatian counterparts of the Articles 101 and 102 TFEU.

¹⁰ See Babic Boris, Babic Davor, Andrejas Boris, Chapter on Croatia in: International Competition Litigation, A Multi-jurisdictional Handbook, Gordon Blanke and Renato Nazzini (eds.), Wolters Kluwer 2012, p. 43.

¹¹ Article 1045 *et seq.*, in Croatian original as Zakon o obveznim odnosima, (NN, 35/05, 41/08).

¹² See more Pecotić Kaufman, Jasmina: How to Facilitate Damage Claims? Private Enforcement of Competition Rules in Croatia – Domestic and EU Law Perspective, in: Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies , Vol. 5(7), No. 2012 (2012), p. 5.

role of private enforcement and its interaction with public enforcement. Whilst some authors defend the “supremacy” of the public enforcement of European competition law¹³, others promote a more nuanced approach regarding complementarities of public and private enforcement in the EU and on national levels.¹⁴ A big change has been achieved by changing the way of centralized application of EU competition rules by the Regulation 1/2003¹⁵, which “modernized” the entire system by transferring the competency for implementation of Articles 101 and 102 TFEU also to national authorities and courts. This has also created a basis for harmonized public and private competition law enforcement.

The European Commission encourages private enforcement and accordingly has undertaken a number of legislative proposals in order to facilitate private actions. Nevertheless, the Commission is at the same time still very keen to preserve its primacy and even more the leniency systems. The Commission regards private enforcement as a complement to public enforcement which is also reflected in its long-awaited package of proposals on private antitrust litigation.¹⁶ The proposal fully takes into account the key role played by competition authorities (at the EU or national level) to investigate, find and sanction infringements. But, private enforcement can be much more than that. As a matter of fact, public interest consists of a plurality of private rights and interests and as such should always consider private rights. As A. O. Hirschman observes “(...) the pursuit of one’s private, material *interests*, is a wholly legitimate form of human conduct, one that in fact may be preferable, *from the point of view of society*, to a life of intensive

¹³ E.g. Wouter Wils has been defending the “inherent superiority of the public enforcement” and opposing articulately private actions, arguing those not being necessary by even denying need for compensation (“corrective justice”) as “costs of pursuing corrective justice through compensation are so high to the benefits...”). See Wouter P. J. Wils, King’s College London - School of Law; European Commission, “Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe?”, March 28, 2003, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 26, No. 3, 2003, p. 10, Fn. 38.

¹⁴ See Ariel Ezrachi and Maria Ioannidou, Public Compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation, Journal of European Competition Law & Practice (2012) 3 (6): 536-544.

¹⁵ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 04.01.2003, p. 1-25.

¹⁶ See Alexander Italianer, Director General, Directorate General for Competition, European Commission, Speech at the 5th International Competition Conference, 17 February 2012, Brussels, “Public and private enforcement of competition law”, p. 3.

involvement with public affairs.”¹⁷ Adamantly refusing to reconcile public and the private interests bears a risk of depriving the public competition law enforcement of its very roots. Most critics or skeptics of private enforcement think that they are not necessarily against private actions but downplay their capacity to serve as deterrent, as long as the public enforcement exist and brings benefits of its powerful instruments. They also exaggerate the fact that the public interest may be sacrificed in the face of the efforts of the private parties to secure a profit out of a competition law infringement.

3. Role of Private Enforcement

The European Commission’s proposal is set to remove a number of practical difficulties which victims frequently face when they try to receive a fair compensation for the damages they have suffered. Private actions in antitrust should significantly help claimants seeking redress from cartels and reduce disparities between Member States. The Court of Justice of the European Union has already recognized a right for all victims of antitrust infringements to be compensated for the harm suffered. These victims can obtain compensation by bringing an action for damages before a national court. Since still some years will pass before the proposals might become the basis of private antitrust litigation in the EU, in the meantime private damages actions will continue in front of national courts on the basis of the applicable national law, where the rules are currently developed on a case-by-case basis. However, few claims are brought before national courts as it is still difficult for consumers and businesses to obtain redress. This is due to shortcomings in the applicable legal frameworks in most Member States that makes it excessively costly and difficult to bring actions. The current UK national system continues to move towards greater facilitation of private enforcement, with specific provisions to ease the evidentiary burden in so-called “follow-on actions”. These proposed amendments on the reform of private enforcement of competition law in the UK have been published by the UK government in 2013. With those proposed changes, the UK is trying to position itself as the leading forum for private actions in Europe.

¹⁷ See Albert O. Hirschman, *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, Princeton University Press, p. 7.

The aim of the Commission's proposal is to enable private parties to obtain compensation more effectively than under current rules for harm suffered due to infringements of EU and Member State competition laws while avoiding the excesses and abuses of the US class action regime. Private enforcement in a broader sense can be divided into three types of cases:

- a) Action for damages;
- b) Request for interim measures;
- c) Request for declaration of null and voidness.

This article draws special attention to substantive and procedural questions regarding damages actions, by way of presenting the new legal provisions in Croatian law and comparing those to the Commission's proposals.

II. Adoption of a Special Provision on Antitrust Damages Actions in Croatia

1. Legal Basis: Article 69a of the Croatian Competition Act

The CJEU has confirmed a right to damages, but had not addressed all relevant questions, such as „passing-on defence“ or the extent of liability within corporate groups and between defendants. In addition, there is a variety of procedural rules governing damages actions since neither Articles 101/102 TFEU nor Regulation 1/2003 contain appropriate rules. Therefore, those are governed solely by national law. The Croatian legislator introduced in Article 69a (2) CCA the explicit liability for damages arising from infringements of antitrust laws. All undertakings that violate provisions of the Croatian Competition Act or Articles 101/102 TFEU shall be liable for damages incurred. Since the principal cause of action for damage claim arises from liability in tort, the general provision of the Article 8 of the Act on Obligations¹⁸ according to which “everyone has the duty to refrain from causing harm to others” applies as well. Under Croatian Law, the procedural issues for damage claims have been governed by the general rules of civil procedure to the extent they are not modified or amended by provisions of the

¹⁸ In the Croatian original as Zakon o obveznim odnosima (NN, 35/05 and 41/08).

Competition Act, which is the case only with few elements of the claim. Traditionally, the following elements of a claim shall be addressed in order to succeed:

- a) Infringement of competition law ("povreda zakona");
 - b) Harm ("šteta");
 - c) Causality ("uzročna veza");
 - d) Fault ("krivnja").
- a) Infringement of competition rules: from the Article 69a (2) CCA follows that infringement shall relate to infringement of any substantive provision of the Croatian Competition Act such as Article 8 CCA on cartel agreements between undertakings or Article 13 CCA on the abuse of a dominant position, but also on any other provision, including merger control rules. However, in the latter case chances for a damage claim to succeed are rather limited since it is rather complicated to identify who has suffered and what damage. Therefore, the action for damages is limited to cases of violation of Article 101/102 TFEU or their equivalents in the CCA. However, a decision based on Article 9 Regulation 1/2003 or their equivalent Article 49 CCA does not make a finding of infringement. Most damages actions in Croatia can be expected to be „follow-on actions“ where the claim will be based directly on the infringement decision of the Croatian Competition Authority or the European Commission.
- b) Damage: Croatian law, as most continental laws, traditionally accepts compensation rather than punitive damages. Subject of an action under Article 69a (2) CCA are any and all damages resulting from the unlawful conduct. Pursuant to Article 1046 of the Act on Obligations, both (i) actual damage suffered (*damnum emergens*) and (ii) loss of profit (*lucrum cessans*), including interests, shall be recovered. In addition, Croatian law allows for a fair monetary compensation for non-material damages as third form of damage restitution, but this is not applicable to competition law infringements. Interest is calculated from the date the loss accrued. The obligation for payment of interests is especially significant in relation to „follow-on actions“ where the plaintiff waits until the authority ends the antitrust proceedings and therefore the amount of interest tends to be possibly significantly high. Each plaintiff who claims damages for

violations of antitrust faces considerable difficulties in setting excessive prices or loss of profits, mainly because the analysis of a hypothetical scenario is unreal and complex. It is quite difficult to determine the exact amount of damage suffered by consumers and businesses. An analysis of such requires a comparison of the actual position of claimants with the position they would find themselves in had the infringement not occurred. This will be made up of different elements covering the actual loss, compensation for loss of profit, and entitlement to interest from the time the damage occurred. A new provision has been introduced in the Article 251 of the Croatian Civil Procedure Code¹⁹ allowing parties to propose an expert witness which may bring a fresh attitude with regard to economic evidence and its use in competition cases, especially for purposes of damages calculation. According to the Draft Directive, victims should obtain full compensation for the actual loss suffered but also for lost profits. The Commission has therefore drafted a Communication and Guidelines to serve as a tool with which litigants and judges alike may use to quantify damages. The Guidelines essentially contain economic models and formulas and could offer some level of consistency across the numerous national courts. In any event, the Communication and the Guidelines are useful reference tools for courts, lawyers and litigants, but they are not binding for judges. Any participant to an infringement should be responsible towards the victims for the whole harm caused by the infringement, with the possibility to obtain a contribution from other infringers for their share of responsibility. However, this should not apply to infringers who cooperated with an investigation and obtained immunity from fines before a competition authority. The European Commission placed certain limitations on joint and several liability for cartel members in order to encourage leniency applications and settlement, but the exception to these limitations in the circumstances where plaintiffs cannot obtain full compensation from co-cartelists could potentially swallow the rule and thereby discourage leniency applications and settlement. The German legal system is “more advanced” than its European counterparts in offering a way to quantify harm in damages cases.²⁰ Also the Germany’s Supreme Court has ruled

¹⁹ In the Croatian original as Zakon o parničnom postupku (NN, 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13).

²⁰ Article 287 of the German Civil Procedure Act (ZPO).

that a judge has discretion to estimate a damage based on a full econometric report from the plaintiff.²¹ There is another solution under the Hungarian law which provides for a rebuttable presumption that the cartel raised prices by 10%. The presumption applies to all actions, both „follow-on“ (where the infringement has already been proven by the Hungarian Competition Authority or the European Commission) and „stand-alone“. The amended Competition Act still requires the claimant to prove the causal link between the infringement and the damage suffered but on these grounds, quantification of the damage shall be much easier.

- c) Causality: in order to satisfy the criterion of causality, the proof is needed that defendant's behaviour caused the injury and the infringement of competition rules was a material and substantial cause of the plaintiff's loss. The causality may be a difficult issue to prove if plaintiffs are very remote from an infringement.
- d) Fault: the question which arises here is whether it is necessary to show that the infringer intentionally or negligently violated competition law or, is the infringement of competition law an objective responsibility? Most suggested solution arising also from the case law of the CJEU that it is objective responsibility. Croatian tort law accepts the objective concept in Article 1045 (1) of the Act on Obligations where it presumes fault, requiring from a person who caused damage to compensate it unless he has been proven that the damage has not occurred as result of his fault. That means the infringement of statutory rules from the Croatian Competition Act or TFEU is sufficient to give rise to liability. A more questionable issue is the extent of the range of parties that may be deemed to be liable. Under the Croatian law there has not been a presumption on parental liability, but it is likely that Croatian courts may follow the EU approach under Articles 101/102 TFEU on parental liability. Here should be mentioned that, for example, under the English law damages actions may be addressed not only against addressees of public enforcement decisions, but more widely as we have seen in cases *Provimi Limited v Roche Products*²² Ltd. or *Cooper Tire v Shell*

²¹ BGHZ 91, 243, 256; BGH NJW 87, 909, 910.

²² [2003] EWHC 961 (Comm).

*Chemicals*²³ that allows liability to be extended more widely than the addressees of the Commission's decision.

2. Parties Entitled to Claim

The Croatian legislator has not provided any guidance in the Competition Act on exactly who can sue for damages and who is actually liable. Therefore, general civil law rules applied by the Croatian courts shall give answers to those questions. According to Article 69a CCA, anybody who is injured can claim damages and all those who have caused damage shall be liable. Since The Court of Justice in *Manfredi v. Lloyd* held that “(...) any individual can claim compensation for the harm suffered where there is a causal relationship between that harm and a prohibited agreement or practice”, that would be in line with the EU case law. Legal obstacles which would make it impossible for indirect customers to claim compensation for harm suffered would violate the European Court of Justice's case law in *Courage* and *Manfredi*. The relevant question is who is a “real victim” who has suffered a damage which is different from the US solution where a plaintiff i.e. direct purchaser can bring an action even when he has not suffered a damage.

3. Passing-on Defence

A cartel facing multiple damage claims may argue that direct purchasers were able to “pass on” their damages or parts thereof by selling the products or services to their own customers down the value chain. The Croatian law does not give an answer to whether pass-on defence shall or shall not be allowed. Some other jurisdictions such as Germany expressly provides in Section 33 (3) of the German Competition Act (GWB) that “if a good or service is purchased at an excessive price, a damage should not be excluded on account of resale of the good or service.” Passing-on defence may prevent unjust enrichment of claimants, but may also result in less than full measure of damages being awarded if subsequent purchasers do not bring actions.

The Draft Directive lays down that a defendant should be able to claim as a defence the fact that the private litigant passed on the overcharge caused by the alleged

²³ [2009] EWHC 2609 (Comm).

infringement. The defendant has to prove that this happened. In the case of private litigants who claim to have indirectly purchased the goods or services, the subject of the infringement, the burden of proving that the overcharge was passed is on them, and what it equates to, rests with them. In the case of judging the amount of harm suffered, the Draft Directive introduces a presumption that a cartel causes harm, which would aid private litigants in asserting the amount of damages it claims.

Also in German law the situation is not entirely clear with regard to „pass-on defence“. According to the German Supreme Court’s decision in June 2011 certain claims by indirect purchasers shall be allowed. The court said “it was up to the defendant to bring evidence that overcharges were passed through to customers, but also said there might be extreme cases where the obligation to bring evidence shifts to the claimant.” The US approach is a rather pragmatic approach and decided to exclude indirect purchasers completely. However, this system has been criticized.²⁴

4. Procedural Framework

(a) Competent Courts

According to the Article 69a (1) CCA, the commercial courts have exclusive jurisdiction over damages actions arising from infringements of national competition rules or Articles 101/102 TFEU. This is a largely positive solution. Although civil courts have more expertise in general damages actions, judges at commercial courts specialize in business law and may have more understanding for interpretation of competition law principles. Pursuant Article 69a (5) CCA, the commercial courts have an obligation to inform the Croatian Competition Agency immediately upon the receipt of a damages claim based on an infringement of a Croatian competition law or Article 101/102 TFEU. With the accession to the EU, the Council Regulation 44/2001 (“Brussels I”) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial

²⁴ See e.g. William H. Page, Indirect Purchaser Suits after the Class Action Fairness Act, University of Florida - Fredric G. Levin College of Law, June 10, 2011, p. 3., available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1862218.

matters²⁵ became directly applicable in Croatia as well. Since the damage claims arising from competition law infringements have often an international element, questions of the international private law may often arise.

(b) Binding Effect

The newly introduced provision of the Article 69a (3) CCA provides that the Croatian commercial court is bound by the final decision of the Agency or the final decision of the European Commission in the case where those found a violation of the Articles 101/102 TFEU or the Croatian competition law. The binding effect which arises from the Article 69a (3) CCA applies only to the facts and the legal assessment. As statement of a claim and the question of causality are not binding, the courts will have to consider additional evidence in that regard. The Croatian legislator did not go as far as to include binding effect for final decisions of other NCAs as it is the case e.g. with German law which explicitly extended the binding effect to decisions of all NCAs in Article 33 (4) GWB. This Croatian solution is not in line with the Commission's proposal and if enacted, the provision of the Article 69a (3) CCA will have to be amended. To be specific, according to the Draft Directive, decisions of national competition authorities finding an infringement will automatically constitute proof before national courts of all Member States that the infringement occurred. In accordance with the rule of law, the binding effect shall not apply in cases where obvious errors occurred during the investigation of facts or where the rights of the defendant were not duly respected during the procedure before the competition authority. The fundamental reason for this solution is to facilitate private follow-on actions.

(c) Access to Documents

Access to documents is one of the most important procedural questions, and it affects both a plaintiff and a defendant, obviously in a different way. It is a matter of fact that information asymmetry is typical for damages actions in competition cases because

²⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 012 , 16.01.2001. p. 0001 - 0023.

basic, relevant information, facts and evidence is mostly in the hands of the defendant or third parties. Therefore, if the plaintiff is not granted access to that information, it will not be possible for him to prove neither causal link nor the damage. The General Court in its judgments *CDC hydrogen peroxide and EnBW* decided the exception to Article 4 Paragraph 2 Regulation 1049/2001 ("Regulation on Transparency")²⁶ shall be narrowly interpreted as the same deviates from the principle of the widest possible public access to documents under Article 2 Paragraph 1 of the Regulation 1049/2001. However, since lot of relevant information is contained in the leniency documents or documents supporting the requests for leniency, the question pending both at the European Commission and the national courts has been whether the plaintiffs shall be granted the access to those documents. In *Pfleiderer*²⁷, the CJEU decided that Member States are free to craft such rules, in accordance with principle of effectiveness and equivalence of EU law, and in particular of Article 101 and 102 TFEU. It is not clear if disclosure would deter leniency applications, but right to damages is of utmost importance and this right "strengthens the effectiveness of competition rules". Hence, EU law does not preclude access to leniency application documents by damage seekers. It is for the national organs to "weigh the respective interests in favor of disclosure of the information and in favor of the protection of that information provided voluntarily by the applicant for leniency". In the CJEU's recent judgment *Donau Chemie*²⁸ the Court stated that a provision of national law which places a de facto blanket restriction on access to the file in competition proceedings is incompatible with EU law. The Court also suggests that a national court must perform the balancing exercise between the right to claim damages and the public interest in preserving the integrity of a leniency program for each individual document before deciding whether to order its disclosure. The balancing exercise designed by the CJEU was conducted by the English High Court in *National Grid v ABB*²⁹ damages action after the Commission decision in the gas insulated switch gear

²⁶ Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents OJ L 145, 31.5.2001, p. 43–48.

²⁷ Case C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt* [2011] ECR I-05161, 14 June 2011.

²⁸ Case C-536/11, *Bundeswettbewerbsbehörde v Donau Chemie AG and Others* [2013] ECR I-00000, 6 June 2013.

²⁹ National Grid Electricity Transmission Plc v ABB [2012] EWHC 869 (Ch).

cartel. In April 2012, the High Court ordered publication of selected leniency materials and in particular the limited release of confidential parts of the Commission's infringement decision, as well as parts of the defendant's reply.

In its proposal, the European Commission proposed an absolute bar on disclosure for leniency applications while allowing other materials prepared specifically in response to an investigation to be disclosed only after the investigation has concluded. Documents prepared in the ordinary course of business would be subject to disclosure at any time in the litigation. The Draft Directive provides that national courts should decide whether to order a defendant in private litigation or a third party (such as a competition authority, to include the Commission) to disclose documents to the plaintiff. In terms of the normal disclosure process, this power is, however, subject to several constraints such as, among others, the likelihood that the alleged violation occurred; the cost of disclosure; and whether the sought-after documents contains confidential information, especially that of third parties. The Draft Directive distinguishes between three categories of documents. Namely, national courts cannot at any time order leniency corporate statements and settlement submissions to be disclosed. Furthermore, information that was prepared by a natural or legal person specifically for the proceedings of a competition authority as well as information that was drawn up by a competition authority in the course of its proceedings can only be disclosed after a competition authority has closed its proceedings. Finally, all other documents may in principle be disclosed.

Under the Croatian law it is not clear whether the injured have the right to request the access to the file at the Competition Authority as according to the Article 36 CCA only the parties to the proceedings are entitled to inspect the file. During the access to file, the CCA grants access to the documents from which they remove trade i.e. business secrets pursuant to Article 53 CCA. So far, it is not clear whether the CCA granted access to parts of the file containing the submissions of the whistleblower. Practice of the Croatian courts on that issue does not exist yet. It is an open question what position will the courts take in determining the interests of the complainant and whistleblowers. Concerning the disclosure, under the Articles 233 and 234 of the Civil Procedure Act, the court can order a party to the proceedings or a third party to produce a specific documents requested by the other party. However, documents should be sufficiently

identified, which is in competition proceedings often not possible. There is no wide discovery possibility foreseen under the Croatian law. It has been a controversial issue whether leniency statements should be protected from disclosure. Those who argue in favor of protection forward the argument that those who assist in public law enforcement should not be disadvantaged in relation to private damages actions. The opposite view holds that the leniency system provides sufficient reward for such assistance. It is questionable whether a system of disclosure protection of leniency really makes a difference since the evidence will be disclosed anyway. Another question is whether those being granted leniency should have a limited liability.

(e) Limitation Periods

The Article 69a (6) CAA provides for a limitation period for damages action to be suspended starting with opening of a procedure either at the Croatian Competition Authority or at the European Commission until the end of the procedure. According to the provisions of Article 376 (1) of the Act on Obligations, limitation period for a damages claim is three years starting from a day the injured person learned about the damage and the person who caused the damage (a subjective statute of limitation). In any case, the limitation period expires in five years starting from a day the damage occurred (objective statute of limitation). Unfortunately, because the amendments did not regulate the question of a statute of limitation in more detail, some ambiguities remain under the Croatian law. It is not clear whether the limitation period of three years starts on the day the injured party learned of the infringement decision of the CCA or the European Commission? Otherwise it can happen that the statute of limitation of five years ends long time before the injured person could have found out about the fact that he suffered damage since the investigations both in Croatia and by the European Commission may take longer than five years.

The Draft Directive aims to harmonize the rules on limitation periods in the Member States, which currently are quite diverse, ranging from 1 to 30 years. In the Draft Directive, clear rules on limitation periods are established, so that parties have sufficient time to bring an action. It shall be ensured that victims have a period of at least five years to bring a claim and that victims can effectively claim damages once an infringement has been found by a competition authority. The proposal also clarifies

when time can be said to “run” or when the limitation period should start. This has been set to the date when the maligned person knew of the infringing conduct; knew that it was illegal; knew that it caused him harm; and knew the identity of the infringer. In the case of continuous infringement, time begins to run only once the continuous infringement has been brought to a definite end. Presumably, in „follow-on actions“, this will be the case when a competition authority takes a decision against an antitrust infringement. In „stand-alone actions“, this will be much more difficult to determine. The limitation period is suspended if a competition authority takes action for the purpose of the investigation or proceedings in respect of an infringement to which the action for damages relates. The suspension shall end at the earliest one year after the competition authority’s decision in the investigation proceedings.

III. Collective Actions

In competition cases, some form of collective action is necessary so that relatively small consumer claims can be aggregated. Otherwise, there will not be sufficiently motivated plaintiffs to aggregate low value claims. The entire debate in Europe whether or not to introduce class actions is highly political and turned out to be sensitive issue due to fears of importing the US class actions system. This is unfortunate as some jurisdictions are looking at that topic with less emotion and more from a pragmatic point of view, such as South Korea. The Korean consumers who have suffered relatively small damages have filed class actions seeking relief. Korean courts have responded by organizing special courts, using expert testimony and creating procedural exceptions to deal effectively with class actions.³⁰ In Europe we have not seen successful antitrust class action yet. Some examples such as *Consumers Association v. JJB Sports PLC*³¹, a claim for damages on behalf of consumers who had bought football replica T-shirts of Manchester in the UK, ended up with only few consumers opting-in the class. The case was brought before the Competition Appeal Tribunal but settled out of the court for a relatively small amount which does not make a successful precedent to future opt-in claims. The other example

³⁰ For more information see <http://www.asialaw.com/Article/1970866/Channel/16680/The-Present-State-and-Prospect-of-Class-Actions-in-Korea.html>.

³¹ Case No: 1078/7/9/07.

of *L'UFC-Que Choisir*³², the French consumer organization claimed against three French mobile operators, had a similar fate ending up being rejected.

The Croatian legislator has been more open in that respect and has introduced a general collective claim mechanism in the Civil Procedure Act. The legislator adopted a provision already in 2011, effective July 1, 2013³³, which launched a collective action in the Article 502a for the first time in Croatia. Pursuant Article 502a of the Civil Procedure Act, associations, bodies, institutions and other organizations that have been established in accordance with the law, which as part of their registered activity have the protection of collective interests and rights of citizens, may, when explicitly authorized by a separate law and under the conditions provided by the law, to file a complaint (lawsuit for protection of collective interests and rights) against any natural or legal person which infringes or seriously threatens collective interests and rights. Those interests and rights can include, among others, consumers' interests. However, there are limits as what can be the subject of such a collective action. Namely, there is no possibility for a compensation. Eventually, persons who suffered damage can file a separate damages action based on a judgment which found that collective interests and rights were injured and ask for damages. The court will be bound by finding of a judgment on collective interests and rights and will only have to decide on causality and damages.

The general public is aware of consumer collective redress and even some actions have been filed at the courts, though on other legal grounds. Because civil society and a vigorous consumer movement can play a constructive and valuable role in the development of a culture of competition, this is a welcome development. The most widely discussed case is a collective action filed by the consumer protection organizations "*Potrošač*" ("Consumer") and "*Franak*" ("Franc") against eight banks for deception. The consumer organizations claimed that banks unlawfully used the foreign currency clauses (Swiss franc) and some other provisions on interest rates. They filed

³² See <http://www.quechoisir.org/telecom-multimedia>.

³³ In the Croatian original as Zakon o parničnom postupku (pročišćeni tekst, clean version, NN 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11, 25/13).

the action under the Consumer Protection Act³⁴ and the Regulation on standing in consumer protection cases initiated by way of collective actions³⁵ in April 2012. The Commercial Court in Zagreb held several hearings and the judgment was delivered on July 4, 2013. The Commercial Court decided positively for consumers. However, this is a first instance decision and the banks announced an appeal to the High Commercial Court. The fast decision is surprising, as the Croatian courts, especially in Zagreb, are overloaded and most litigation takes well over year.

In that respect it is important to note that the Commission's proposals contain a non-binding Recommendation concerning collective redress. The proposed Recommendation is jointly issued by the Justice, Consumer Affairs and Competition Directorates of the Commission. It is important to note that the Recommendation does not aim to harmonize national laws and does not oblige Member States to introduce collective redress actions. The Commission recommends that Member States should have a system of collective redress that allows natural and legal persons to seek court orders ceasing infringements of their rights granted under EU law ("injunctive relief") and to claim damages for harm caused by such infringements ("compensatory relief").

The Commission recommends a number of procedural safeguards to avoid abusive litigation such as those entities which are representing claimants have to be of non-profit making character. In addition, or as an alternative, Member States shall empower public authorities to bring representative actions. According to the "loser pays principle", Member States shall ensure that the party that loses a collective redress action reimburses necessary legal costs borne by the winning party. The Commission recommends "opt-in" system of collective redress, meaning that plaintiffs should in principle include only those natural or legal persons who actively decided to join the represented group for purposes of the specific case. Arguably, the greatest obstacle to collecting similar claims arising from a single mass tort is the need for claimants to "opt-in" to an action.

³⁴ In Croatian original as Zakon o zaštiti potrošača (NN 79/07, 125/07, 75/09, 79/09, 89/09, 133/09).

³⁵ In Croatian original as Uredba o određivanju osoba ovlaštenih za pokretanje postupka radi zaštite kolektivnih interesa potrošača (NN, 124/09).

With respect to the lawyers' remuneration and the method by which it is calculated the Commission recommends that Member States do not permit contingency fees. Lawyers' fees shall not be calculated as a percentage of the compensation awarded. In order to avoid excessive compensation for damages the Commission proposed two mechanisms: (i) punitive damages shall be avoided, and (ii) compensation awarded to natural or legal persons harmed in mass harm situations shall not exceed the compensation that would have been awarded, if the claim had been pursued by means of individual action.

The Commission emphasizes that collective redress actions should not jeopardize public enforcement. Thus, Member States are encouraged to ensure that collective redress actions start only after the public authority has found an infringement. In case the public proceedings start only after a collective redress action has already been brought, national courts shall avoid rendering a judgment that would be in conflict with the planned decision of the public authority. To ensure the consistency, courts may consider staying their proceedings. Member States are asked to put in place appropriate measures within two years at the latest.

IV. Costs of Damages Actions

As a rule, under the Croatian law the losing party shall pay the costs to the winning party and its interveners in the proceedings.³⁶ Regardless of the outcome of proceedings, each party has a duty to reimburse the costs which were caused to the other party due to its own fault or risk. Only the costs which were necessary for the party to initiate the proceeding may be recovered. However, under Croatian law it is legal for a client and attorney to agree contingency fees. The contingency arrangements are regulated both, by the Article 18 of Act on Legal Profession³⁷ and by the Croatian Bar Association's Schedule of Attorney's Fees and Cost Compensation.³⁸ Contingency fee arrangement must be made in written. The maximum contingency fee is set by the Croatian Bar Association at the level of 30%. Those arrangements are not taken into account by the courts when deciding on the award of proceedings costs.³⁹ This is a system which has

³⁶ Article 154 (1) of the Croatian Civil Procedure Code.

³⁷ Act on Legal Profession (NN, 9/94, 117/08, 50/09, 75/09 and 18/11).

³⁸ See Babic, Boris, Babic, Davor, Andrejas, Boris, *op. cit.* (f. 10), p. 62.

³⁹ Article 39 of the Tariffs on Attorney's Fees and Compensation Costs (NN, 142/12).

certain advantages since system that does not motivate attorneys to litigate on behalf of plaintiffs cannot be effective. Contingency fees are a standard practice under US law. Attorneys representing a successful plaintiff will advance on their clients' behalf their costs for prosecuting the litigation and, if successful, will receive a percentage (typically 1/3) of the common damages fund awarded to the plaintiff. Section 5 of the Clayton Act contains a statutory exception and specifically mandates that a losing defendant must pay the attorneys' fees of a successful plaintiff.

Conclusions and Outlook

With the introduction of the provision in the Article 69a CCA there is a chance for an increase of the importance of private antitrust enforcement in Croatia. There is no doubt that the existing Croatian legal framework makes it possible for damages claims to be brought. However, the civil proceedings in Croatia take very long and the uncertainty as to damages award is far too high for taking the risk of a long and costly litigation. In addition, public awareness regarding possibilities and advantages of antitrust damages actions is still relatively low.

The current Croatian legal framework for damage claims could be improved in several ways, taking into account the proposals suggested by the European Commission which would facilitate submitting evidence, proving the damage and extend the limitation periods. At the end, this is in the interest of the public policy since private enforcement can undoubtedly contribute to the maintaining of a competitive market structure in an efficient way.

Vlatka Butorac Malnar*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

Novine u nadzoru koncentracija poduzetnika nakon pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji – podjela nadležnosti između Europske komisije i Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja

1. Uvod

U Republici Hrvatskoj došlo je do značajnih novina u području provedbe pravila tržišnog natjecanja danom pristupanja Europskoj uniji (dalje u tekstu: EU). Kao najznačajnija promjena javlja se obveza primjenjivanja europskih, uz već postojeća nacionalna pravila o zaštiti tržišnog natjecanja. Republika Hrvatska (dalje u tekstu: RH) dočekala je novine spremno, donoseći između ostalog i Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja¹ koje odražavaju obveze nastale za RH u njezinoj novoj ulozi punopravne članice EU. Iako je većina novonastalih obveza vezana za pitanja primjene pravila EU iz područja zabranjenih sporazuma i zlouporabe vladajućeg položaja, jedan značajan segment odnosi se i na pravila o nadzoru koncentracija. Radi se o pravilima kojima se *ex ante* procjenjuju te, okvirno govoreći, dopuštaju ili zabranjuju razni oblici planiranih i prijavljenih korporativnih aktivnosti kojima dva ili više poduzetnika, do tog trenutka pravno i ekonomski samostalnih, dolaze pod zajedničku kontrolu. Ovim radom obrađuju se samo oni aspekti nadzora koncentracija koji predstavljaju novost u odnosu na pravila koja su se primjenjivala u RH do pristupanja EU.

Prije pristupanja EU i donošenja izmjena Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja, hrvatska zakonodavna rješenja vjerno su odražavala materijalnopravna pravila EU po pitanju nadzora koncentracija. Ono što tadašnja političko-pravna situacija nije zahtijevala, pa stoga nije niti bilo predmetom zakonodavnog normiranja, jest definiranje i koordiniranje odnosa između Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: Agencija) i Komisije te odnosa između naših nacionalnih i pravila EU o zaštiti tržišnog natjecanja. Danas, kada je RH u punopravnom članstvu, neophodno je ustanoviti i poštivati sva ona procesna pravila koja su usmjerena k uvažavanju obveza preuzetih Ugovorom o funkcioniranju Europske unije (dalje u tekstu: UFEU) i popratnim propisima kojima se u

* Dr. sc. Vlatka Butorac Malnar je docentica na Katedri za međunarodno i europsko privatno pravo na Pravnom fakultetu Sveučilišta u Rijeci. Rad predan 3. kolovoza 2013.

¹ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine*, 80/2013).

predefinirani pravni okvir EU uvodi nacionalni pravni sustav. To prepostavlja uvođenje niza specifičnih procesnopravnih instrumenata i pravila koje na jednak način obvezuju sve države članice EU, a kojima se osigurava ispravna primjena pravne stečevine EU u državama članicama.

U kontekstu nadzora koncentracija, novina nema toliko mnogo kao u području zabranjenih sporazuma i zlouporabe vladajućeg položaja, budući da je ovo jedino područje prava tržišnog natjecanja EU kojim se ne predviđa paralelna nadležnost nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja i Komisije, kao niti paralelna primjena nacionalnih i europskih pravila. Imajući na umu navedeno, ono što postaje od iznimne važnosti je podjela nadležnosti između Komisije i naše Agencije. Pravila o nadležnosti proizlaze iz Uredbe 139/2004 o kontroli koncentracija² koja je danom pristupanja EU postala izravno primjenjiva u pravnom sustavu RH. Uz nadležnost, navedenom Uredbom utvrđuje se i obveza suradnje Agencije sa Komisijom kao i drugim državama članicama u okviru Europske mreže tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje u tekstu: Europska mreža) u koju sada ulazi i naša Agencija.³ Iz toga proizlazi niz obveza, poput obveze pomaganja u provođenju inspekcijskih pretraga koje na teritoriju RH vrši Komisija, ishođenje potrebnih dokumenata u tu svrhu i sl.

Ne umanjujući značaj procesnopravnih novina kojima se pobliže definira način i oblik suradnje sa drugim nadležnim tijelima za zaštitu tržišnog natjecanja i Komisijom, ipak se kao najznačajnija novina javlja pitanje podjele nadležnosti između Komisije i Agencije, stoga će ovaj rad biti posvećen prvenstveno tom pitanju.

2. Nadležnost Agencije

Sukladno članku 17. ZZTN, radi ocjene dopuštenosti koncentracije, njeni sudionici obvezni su Agenciji prijaviti svaku namjeru njene provedbe ako su kumulativno ostvareni sljedeći uvjeti:

1. ukupan godišnji konsolidirani prihod svih poduzetnika sudionika koncentracije ostvaren prodajom robe i/ili usluga na svjetskom tržištu, iznosi najmanje jednu

² Uredba Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama, dalje u tekstu: Uredba 139/2004), OJ L 24, 29.1.2004.

³ Čl. 30. toč. 12. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja (*Narodne novine*, 79/09 i 80/13, dalje u tekstu: ZZTN).

milijardu kuna sukladno financijskim izvješćima za finansijsku godinu koja je prethodila koncentraciji, ako najmanje jedan sudionik koncentracije ima sjedište i/ili podružnicu u Republici Hrvatskoj, i

2. ukupan prihod svakog od najmanje dva sudionika koncentracije, u Republici Hrvatskoj, sukladno financijskim izvještajima iznosi najmanje 100.000.000 kuna, u finansijskoj godini koja je prethodila koncentraciji.

Navedene koncentracije spadaju u nadležnost Agencije koja je po njihovoj prijavi dužna provesti postupak ocjene te donijeti konačnu odluku o njihovoj dopuštenosti.

Činjenica da neka koncentracija, ispunjavajući gore navedene uvjete, spada u nadležnost naše Agencije, ne isključuje mogućnost da ta ista koncentracija podliježe i obvezi prijavljivanja nadležnom tijelu neke druge države članice EU, sukladno odredbama njihovog nacionalnog zakona. Takva eventualna obveza, međutim, ne dovodi u pitanje obvezu prijavljivanja koncentracije našoj Agenciji, niti dovodi u pitanje njenu nadležnost nad tako prijavljenom koncentracijom. U slučaju da je više tijela nadležno za ocjenu koncentracije, aktiviraju se obveze koje nastaju u okviru Europske mreže. Provodeći postupak povodom iste koncentracije, nadležna tijela država članica moraju međusobno surađivati kako bi se polučili što bolji i ujednačeni rezultati istrage i konačne ocjene dopuštenosti koncentracije. U tu svrhu, 2010. godine u okviru Europske mreže formirana je i posebna radna skupina zadužena za koordiniranje nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja u postupcima ocjene dopuštenosti koncentracija koje podliježu nadležnosti više država članica. Navedena radna skupina donijela je niz *soft law* dokumenata kojima se nastoji optimizirati međusobna suradnja. Među donesenim dokumentima posebno se ističu Najbolje prakse u suradnji između nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja Europske unije u ocjeni koncentracija iz 2011. godine.⁴

Ovdje je potrebno naglasiti da opisane koncentracije ne spadaju u nadležnost Komisije, stoga niti nisu predmetom njena ocjenjivanja. Da bi neka koncentracija bila u nadležnosti Komisije neophodno je da su ispunjeni kriteriji utvrđeni Uredbom 139/2004, u kojem slučaju, nadležnost Komisije postaje isključiva, uz mogućnost izuzetaka o kojima će biti više riječi *infra*. Za početak, slijedi utvrđivanje pragova

⁴ Dostupno na <http://ec.europa.eu/competition/ecn/mergers.html>, [30.06.2013.].

prihoda utvrđenih Uredbom 139/2004 kao kriteriju aktiviranja isključive nadležnosti Komisije.

3. Nadležnost Komisije

3.1. Dimenzija Zajednice: polje primjene Uredbe 139/2004 rationae jurisdictionis

Samo koncentracije koje imaju dimenziju Zajednice ocjenjuju se na razini Zajednice od strane Komisije kao jedinog tijela ovlaštenog za provedbu Uredbe 139/2004. Time se primjenjuje sistem "pružanja usluga na jednom mjestu"⁵ a u skladu s načelom supsidijarnosti.⁶ Uvođenje sustava isključive nadležnosti Komisije temelji se na shvaćanju kako se tako poboljšava administrativna efikasnost, smanjuju se troškovi i osigurava se pravna sigurnost poduzetnicima koji u slučaju koncentracije s dimenzijom Zajednice, ne moraju voditi računa o svim nacionalnim propisima država članica u sferi kontrole koncentracija niti moraju svoje postupke provoditi u svim zainteresiranim državama članicama.⁷ "Dimenzija Zajednice" stoga predstavlja ključ aktiviranja isključive nadležnosti Komisije, naravno uz pravo Europskog suda (dalje u tekstu: Sud) da preispituje njene odluke.

Značaj za cijelu Zajednicu određuje se putem definiranih pragova ukupnog prihoda poduzetnika obuhvaćenih koncentracijom. Prema članku 1. Uredbe 139/2004, smatra se da koncentracija ima dimenziju Zajednice kada takvi prihodi prelaze na sljedeći način definirane pragove:

1. ukupan prihod svih predmetnih poduzetnika u cijelom svijetu premašuje 5.000 milijuna €; i
2. ukupan prihod unutar Zajednice svakog od najmanje dvaju predmetnih poduzetnika

⁵ § 8. preambule Uredbe 139/2004.

⁶ §§ 6. i 11. Preamble Uredbe 139/2004. Radi se o općem načelu europskog prava propisanog čl. 5. UFEU sukladno kojemu Unija, u područjima koja nisu u njenoj isključivoj nadležnosti, dakle u kojima postoji konkurenčna i paralelna nadležnost Unije i država članica, ipak ima ovlaštenje za poduzimanje mjera i donošenja pravnih akata, ali samo iznimno ako su za to ispunjene pretpostavke neophodnosti i efikasnosti. Više vidi Josipović, T., *Načela Europskog prava u presudama Suda Europske zajednice*, Zagreb, 2005., str. 16.- 24.

⁷ Pravilo isključive nadležnosti Komisije reflektira se i u ZZTN-u, koji člankom 17. stavkom 7. utvrđuje kako iznimno, sudionici koncentracije nisu obvezni podnijeti prijavu namjere provedbe koncentracije Agenciji, iako su ispunjeni kumulativni uvjeti iz ZZTN-a, pod uvjetom da ista podliježe obvezi prijave Europskoj komisiji u smislu Uredbe 139/2004.

premašuje 250 milijuna €.

Izuzetak kod postizanja navedenih pragova postoji kada svaki od predmetnih poduzetnika više od dvije trećine svojega prihoda u Zajednici ostvare u istoj državi članici. U tom slučaju smatrati će se da koncentracija nema dimenziju Zajednice.

Nadalje, koncentracija koja ne zadovoljava navedene pragove biti će svejedno od značaja za cijelu Zajednicu ako:

1. ukupan prihod svih predmetnih poduzetnika u cijelom svijetu premašuje 2.500 milijuna €;
2. ukupan prihod svih predmetnih poduzetnika u svakoj od najmanje tri države članice premašuje 100 milijuna €;
3. ukupan prihod svakog od najmanje dvaju predmetnih poduzetnika u svakoj od najmanje tri države članice iz prethodne točke premašuje 25 milijuna €; i
4. ukupan prihod unutar Zajednice svakog od najmanje dvaju predmetnih poduzetnika premašuje 100 milijuna €.

Izuzetak kod postizanja navedenih pragova postoji kada svaki od predmetnih poduzetnika više od dvije trećine svojega prihoda u Zajednici ostvari u istoj državi članici.

Koncentracije koje nemaju dimenziju Zajednice ne moraju se prijaviti Komisiji, a posljedično nisu niti predmetom ocjene od strane Komisije. To međutim, ne znači da se takve koncentracije mogu automatski provesti. U načelu, one su u nadležnosti država članica. To se odnosi na one koncentracije koje, iako nemaju dimenziju Zajednice, mogu utjecati na nacionalno tržište pojedine države članice. Sposobnost negativnog utjecaja na konkretno nacionalno tržište izvodi se iz dosezanja pragova prihoda ustanovljenih nacionalnim propisima država članica, koji su u pravilu niži od onih ustanovljenih Uredbom 139/2004 i ostvaruju se barem jednim dijelom na nacionalnom tržištu. Takve koncentracije moraju biti prijavljene nadležnom nacionalnom tijelu, koje na njih primjenjuje svoja nacionalna pravila o zaštiti tržišnog natjecanja.

Dakle, kod koncentracija razlučujemo dva odvojena pravna pitanja. Prvo pitanje odnosi se na razgraničenje nadležnosti između Komisije i država članica koje se određuje prema

kriteriju dimenzije Zajednice, dok se drugo pitanje odnosi na izbor propisa koje će jednom utvrđeno nadležno tijelo primijeniti na konkretnu koncentraciju. Dok razgraničenje nadležnosti poznae iznimke, o kojima će više biti riječi naknadno, ne postoji izuzetak od pravila isključive ovlasti Komisije na primjenu Uredbe 139/2004. Razgraničenje primjene propisa o koncentracijama je jasno - samo Komisija može primjenjivati Uredbu, dok nadležna tijela država članica primjenjuju isključivo svoje nacionalne propise o nadzoru koncentracija.⁸

3.2. Izuzeci od općeg pravila o nadležnosti

Ne zadirući u pravilo isključive ovlasti Komisije na primjenu Uredbe, postoje izuzeci od pravila razgraničenja nadležnosti. Vidjeli smo da samo koncentracije koje imaju dimenziju Zajednice spadaju u nadležnost Komisije. Uredba međutim poznae sljedeće izuzetke od navedenog pravila:

- upućivanje predmeta iz nadležnosti Komisije u nadležnost država članica i obrnuto, upućivanje predmeta iz nadležnosti država članica u nadležnost Komisije;
- pravila kojima se ovlašćuju države članice na poduzimanje odgovarajućih mjera za zaštitu svojih "legitimnih interesa" koji nisu pokriveni Uredbom.

3.2.1. Upućivanje koncentracija

S jedne strane, postojanje izuzetaka od općeg pravila nadležnosti Komisije opravdane su pojavom koncentracija koje, iako nisu od značaja za cijelu Zajednicu, imaju štetan utjecaj na trgovinu između država članica i mogu bitno ugrožavati tržišno natjecanje na teritoriju više država članica. To su u pravilu manje koncentracije koje imaju prekogranični učinak.

Kod takvih slučajeva kao značajan problem javlja se obveza sudionika koncentracije da istu prijavljuju u više država, što podrazumijeva primjenu različitih postupovnih i materijalopravnih odredbi, povećanje troškova te pravnu nesigurnost uslijed mogućnosti da istovjetni postupci u različitim državama članicama rezultiraju

⁸ Čl. 3. st. 3 Uredbe Vijeća (EZ) br. 1/2003. od 16. veljače 2002 o provedbi pravila tržišnog natjecanja iz članaka 81. i 82. Ugovora, OJ L 1, 4.1.2003.

proturječnim odlukama.⁹ U takvim situacijama Komisija može biti prikladnije tijelo za odlučivanje.

S druge strane, mogu postojati koncentracije koje, iako imaju dimenziju Zajednice, istovremeno mogu bitno ugrožavati tržišno natjecanje u pojedinoj državi članici čije tržište ima sve značajke posebnog tržišta. U pravilu to obuhvaća velike koncentracije s lokaliziranim učinkom. U takvim slučajevima bi nacionalno regulatorno tijelo te države članice bilo prikladnije za odlučivanje.

Ne bi li se riješio ovaj problem, Uredbom 139/2004 predviđen je poseban korektivni mehanizam – tzv. sustav upućivanja koncentracija. Prema Uredbi 139/2004, Komisija ima mogućnost koncentraciju koja je od značaja za cijelu Zajednicu, dakle onu koja spada u njenu nadležnost, u cijelosti ili djelomično uputiti jednoj ili više država članica na ocjenjivanje prema njihovom nacionalnom zakonodavstvu. Isto tako moguće je u cijelosti ili djelomično uputiti koncentraciju koja nema dimenziju Zajednice, dakle onu koja spada u izvornu nadležnost jedne ili više država članica, Komisiji na ocjenjivanje prema propisima EU.

Navedeni izuzeci ne dovode u pitanje isključivu ovlast Komisije u primjeni Uredbe 139/2004. Naime, jednom kada Komisija uputi nekoj državi članici koncentraciju koja bi prema pravovima utvrđenim Uredbom izvorno spadala u njenu nadležnost, ta koncentracija biti će predmetom ocjene sukladnosti prema nacionalnim propisima te države članice. Isto tako koncentracija upućena Komisiji od strane neke države članice biti će ocjenjivana temeljem Uredbe 139/2004. Dakle, izuzeci se odnose isključivo na opća pravila o nadležnosti, ali ne i na pravilo isključive ovlasti Komisije u primjeni Uredbe.

U svrhu razumijevanja sustava upućivanja koncentracija, neophodno je pogledati u povijest donošenja Uredbe 139/2004. Jedan od najbitnijih razloga dugogodišnjeg donošenja posebnih pravila o koncentracijama na razini EU bilo je goruća rasprava o isključivoj nadležnosti Komisije nad koncentracijama koje su imale dimenziju Zajednice. Države poput Njemačke, koje su imale vrlo elaborirana i detaljna pravila o zaštiti tržišnog natjecanja, nisu htjele prenijeti na Komisiju dio svog suvereniteta u vidu nadležnosti nad koncentracijama koje su mogle utjecati i na natjecanje njihovog

⁹ Vidi § 12. preambule Uredbe 139/2004.

nacionalnog tržišta. S druge strane, male države poput Nizozemske koje nisu imale učinkovita pravila o zaštiti tržišnog natjecanja bile su zabrinute da će biti preopterećene prijavama koje neće biti u stanju uspješno rješavati. Ovi interesi rezultirali su tzv. njemačkom i nizozemskom klauzulom iz članka 9. i 22. izvorne Uredbe o nadzoru koncentracija iz 1989. godine.¹⁰

Njemačka klauzula omogućavala je državama članicama da zatraže od Komisije rješavanje onih koncentracija koje imaju dimenziju Zajednice, ali koje mogu znatno narušiti tržišno natjecanje na njihovom teritoriju i tako zadrže pravo zabranjivanja provedbe takvih koncentracija.¹¹ Nizozemska klauzula je pak, omogućavala malim državama članicama da prijavljene koncentracije upute na rješavanje Komisiji kao kompetentnijeg tijela sa znatno većim resursima.¹²

Do prvih izmjena navedenih odredbi došlo je 1997. godine Uredbom 1310/97¹³ kojom je izmijenjena tadašnja Uredba 4064/89. Uslijed razvoja nacionalnih zakonodavstava država članica u području tržišnog natjecanja, članak 22. dobio je novu funkciju: mogućnost da dvije ili više država članica zajednički zatraže upućivanje koncentracija Komisiji kada smatraju da je ona pogodnije tijelo za odlučivanje.¹⁴ Time se nastojalo ojačati načelo pružanja usluga na jednom mjestu, smanjiti problem višestrukih prijava i ojačati primjenu prava EU u predmetima sa prekograničnim učinkom.¹⁵ Izmjene, međutim, nisu polučile očekivane rezultate te su odredbe bile predmetom ponovnih izmjena tijekom opće reforme pravila o nadzoru koncentracija iz 2004. godine.

Svrha novih izmjena bila je optimiziranje razgraničenja nadležnosti između Komisije i

¹⁰ Uredba Vijeća (EEZ) br. 4064/89 od 21 prosinca 1989 o kontroli koncentracija među poduzetnicima, OJ L 395, 30.12.1989. (dalje u tekstu: Uredba 4064/89)

¹¹ Čl. 9. st. 7. Uredbe 4064/1989., vidi i Schwartz, E., Politics as Usual: History of European Community Merger Control, *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993, str. 608. i dalje.

¹² Izvorna, nizozemska klauzula uvedena je u Uredbu jer su postojale države članice koje u to doba uopće nisu imale nacionalna pravila o nadzoru koncentracija i koje su uslijed te činjenice tijekom pregovora o donošenju uredbe tražile da prag prihoda koji aktivira isključivo nadležnost Komisije bude niži. Vidi Rowley, J. W.; Baker, D. I., *International Mergers - the Antitrust Process*, London, 2013, § 7.032. Zadnja država koja je uvela pravila o nadzoru koncentracija u svoje nacionalno zakonodavstvo bio je Luksemburg, tako da danas nema više niti jedne DČ koja ne posjeduje navedena pravila u nacionalnim zakonodavstvima.

¹³ Uredba Vijeća (EZ) br. 1310/97 od 30. lipnja 1997. kojom se mijenja Uredba (EEZ) br. 4064/89 o nadzoru koncentracija između poduzetnika, OJ L 180, 9.7.1997.

¹⁴ § 86. Zelene knjige o preispitivanju Uredbe Vijeća (EEZ) br. 4064/89. COM (2001) 745 final (dalje u tekstu: Zelena knjiga o Uredbi 4064/89).

¹⁵ *Ibid.*

država članica omogućavajući da vodeći princip korektivnog mehanizma bude uspostavljanje nadležnosti najprikladnijeg tijela. U tom smislu, Uredbom 139/2004 postavljaju se različita pravila o upućivanju, dozvoljavajući da ono bude zatraženo kako od samih sudionika koncentracija tako i od Komisije i zainteresiranih država članica. Prava sudionika koncentracije da zatraže upućivanje njihovog predmeta najprikladnijem tijelu najveća je novina sustava upućivanja koncentracija.

Sukladno Uredbi 139/2004 pravila o upućivanju koncentracija razlikuju se ovisno o tome jesu li pokrenuta prije ili nakon prijave koncentracije te ovisno o tomu zahtijeva li se upućivanje od Komisije prema nacionalnim tijelima za tržišno natjecanje država članica ili obrnuto. Pravna osnova postupanja i osobe ovlaštene za pokretanje postupka upućivanja postavljena su na sljedeći način:

ZAHTJEV ZA UPUĆIVANJE	KOMISIJA → DČ Koncentracija ima dimenziju Zajednice-izvorna nadležnost Komisije	DČ → KOMISIJA Koncentracija NEMA dimenziju Zajednice-izvorna nadležnost DČ
PRIJE PRIJAVE	Čl. 4. st. 4. - sudionici koncentracije	Čl. 4. st. 5. - sudionici koncentracije
NAKON PRIJAVE	Čl. 9. (njemačka klauzula) DČ na vlastitu inicijativu ili po pozivu Komisije	Čl. 22. (nizozemska klauzula) DČ na vlastitu inicijativu ili po pozivu Komisije

Dakle, dok su prije same prijave koncentracije samo njihovi sudionici ovlašteni predlagati upućivanje, nakon prijave koncentracije ta mogućnost otvorena je samo za države članice i posredno Komisiju. Ta činjenica od iznimne je važnosti za stranke u postupku. Stranke bi trebale prije prijave koncentracije dobro proučiti sve kriterije upućivanja kako bi navedeni postupak, ukoliko je to predmetno, samoinicijativno pokrenule pred najprikladnijim tijelom prije utrošenog vremena i nastalih troškova na prijavljivanje koncentracije pred tijelom koje u konačnici možda neće odlučivati o njihovom predmetu. Na taj način otvorena im je mogućnost da unaprijed znaju pred kojim tijelom i primjenom kojih pravila će se ocjenjivati njihova koncentracija.

Za sve vrste upućivanja vrijedi par jednostavnih pravila detaljnije obrazloženih u Obavijesti Komisije o upućivanju predmeta u odnosu na koncentracije:¹⁶

- 1) Predmet se upućuje nekom od izvorno nenađežnih tijela samo kada je to tijelo prikladnije za ocjenjivanje konkretne koncentracije imajući u vidu posebne karakteristike predmeta te dostupnost instrumenata i stručnosti tog tijela.¹⁷
- 2) Budući da sustav upućivanja omogućuje da se predmet uputi u cijelosti ili samo djelomično, prilikom odlučivanja o tomu važno je imati na umu da je vodeći princip Uredbe 139/2004 „pružanje usluga na jednom mjestu.“ Sukladno tomu, djelomično upućivanje trebalo bi biti izuzetak.¹⁸
- 3) Najzad, neophodno je imati na umu pravnu sigurnost u pogledu nadležnosti, pa bi stoga do upućivanja trebalo doći smo kada postoje izuzetni razlozi za odstupanje od izvorne nadležnosti.¹⁹

Osim ovih vodećih načela, bitno je istaknuti da svi zahtjevi za upućivanje, bez obzira tko traži upućivanje i je li ono usmjereno prema Komisiji ili državama članicama, moraju biti podneseni Komisiji koja o tome odlučuje temeljem točno definiranih pravnih prepostavki različitih za svaki od mogućih scenarija upućivanja. Također, sve zainteresirane države članice imaju mogućnost suodlučivanja, na način da izraze svoju suglasnost ili neslaganje sa zahtjevom za upućivanje. Interesantno je za napomenuti da Komisija u konačnom odlučivanju ima određeni stupanj diskrecije samo kada se traži upućivanje predmeta iz izvorne nadležnosti Komisije prema državi članici temeljem članka 4. stavka 5. Uredbe 139/2004, ali nema diskrecijskih ovlasti kada se zahtjevom sudionika koncentracije traži da se predmet iz nadležnosti države članice uputi Komisiji na odlučivanje. Ukoliko su ispunjene sve zakonske prepostavke Komisija mora prihvati nadležnost.

3.2.1.1. Upućivanje prije prijave koncentracije

¹⁶ Obavijesti Komisije o upućivanju predmeta u odnosu na koncentracije, OJ C 56, 5.3.2005 (dalje u tekstu: Obavijest o upućivanju)

¹⁷ *Ibid.*, § 9.

¹⁸ *Ibid.*, § 12. Ovo pravilo reflektira se u praksi pa tako primjerice od ukupno 74 predmeta upućenih temeljem čl. 4 st. 4. iz izvorne nadležnosti Komisije prema državama članicama samo tri su bila djelomično upućena državama članicama.

¹⁹ *Ibid.*, § 13.

Kao što smo vidjeli, prije same prijave koncentracije samo njezini sudionici imaju ovlaštenje zatražiti upućivanje predmeta u nadležnost jedne ili više država članica. Kako bi se izbjeglo pokretanje postupaka sa malom vjerojatnošću uspjeha čime bi strankama nastali nepotrebni troškovi, one imaju mogućnost neformalnih sastanaka sa Komisijom i predmetnim državama članicama tijekom kojih mogu dobiti vrijedne smjernice o upućivanju njihovog predmeta.²⁰

Važno je također istaknuti kako stranke mogu zatražiti upućivanje predmeta u cijelosti li samo djelomično te da su države članice i Komisija dužni odlučivati isključivo u okvirima postavljenog zahtjeva stranaka. Drugim riječima, nije moguće, primjerice, odlučiti da predmet bude samo djelomično upućen kada su stranke zatražile upućivanje cijelog predmeta ili obrnuto.²¹

**A) Upućivanje od Komisije prema državama članicama temeljem čl. 4. st. 4.
Uredbe 139/2004**

Članak 4. stavak 4. Uredbe 139/2004 uređuje pitanje upućivanja koncentracija iz izvorne nadležnosti Komisije nekoj državi članici na odlučivanje. Radi se stoga o koncentracijama koje imaju dimenziju Zajednice, ali koje istovremeno mogu imati lokalizirani učinak na tržištu jedne ili više država članica. Uredba 139/2004 propisuje da prije prijave koncentracije, pravo na pokretanje postupka upućivanja imaju isključivo sudionici koncentracije.

Sudionici koncentracije navedeni zahtjev upućuju u obliku obrazloženog podneska sadržanog u tzv. Obrascu RS koji stranke mogu naći u aneksu Obavijesti o upućivanju. Radi se o detaljnem formularu koji sadrži sve bitne elemente koncentracije neophodne za donošenje odluke o upućivanju. U praksi se često upućuje kritika ovoj formi podneska argumentom da je detaljan gotovo kao i sama prijava koncentracije što otežava postupak za stranke ukoliko je zahtjev odobren i prijava se onda obavlja u država članicama koja imaju svoja nacionalna pravila o prijavi koja se mogu bitno razlikovati od onih ustanovljenih Uredbom 139/2004.

Da bi došlo do upućivanja predmeta iz nadležnosti Komisije jednoj ili više država članica, neophodno je da stranke u postupku dokažu da njihova koncentracija koja ima

²⁰Ibid., § 64.

²¹Ibid., § 49.

dimenziju Zajednice može značajno utjecati na konkureniju na tržištu unutar jedne ili više država članica koje imaju sva obilježja posebnog tržišta, te da bi je stoga dotična/e država/e članica/e trebala/e u cijelosti ili djelomično ispitati. U pravilu stranke moraju dokazati postojanje nacionalnog ili užeg mjerodavnog tržišta na kojemu se mogu osjetiti učinci koncentracije.²² Pri tomu stranke ne moraju dokazivati da će taj utjecaj na tržište biti negativan,²³ što je i logično jer se ne može nametnuti strankama obveza argumentiranja sebi na štetu.

Komisija je dužna neodložno proslijediti obrazloženi podnesak svim državama članicama. One države članice prema kojima se traži upućivanje imaju 15 radnih dana od primitka navedenog podneska izjasniti slažu li se ili ne sa upućivanjem predmeta u njihovu nadležnost. Kako će dalje teći postupak ovisi o stavovima predmetnih država članica:

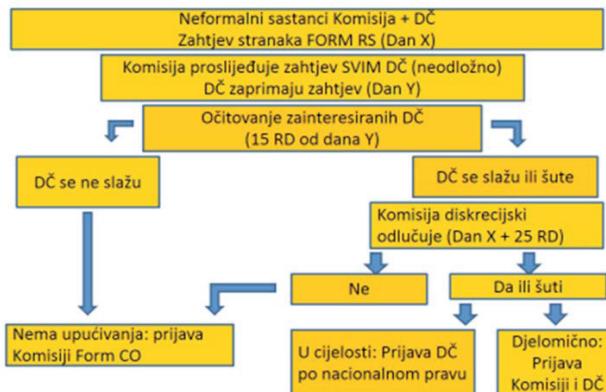
- 1) Ukoliko navedene države članice prihvaćaju upućivanje ili šute, tada Komisija diskrecijski donosi konačnu odluku o upućivanju i to u roku od 25 radnih dana od dana izvornog primitka obrazloženog podneska stranaka kojim je pokrenut postupak upućivanja. Ukoliko Komisija odluči predmet uputiti u cijelosti državama članicama, tada su sudionici koncentracije dužni prijaviti svoju koncentraciju u tim državama članicama prema nacionalnim pravilima po kojima će se ocjenjivati koncentracija i u materijalnopravnom smislu. Ukoliko, pak, Komisija odluči odbiti zahtjev za upućivanje, tada se koncentracija prijavljuje Komisiji koja zadržava svoju nadležnost i na koncentraciju u cijelosti primjenjuje Uredbu 139/2004.
- 2) Situacija je drugačija ukoliko se države članice ne slože sa upućivanjem. U tom slučaju Komisija nema diskrecijskih ovlasti u odlučivanju, već mora prihvatiti stajalište zainteresiranih država članica i zadržati predmet u svojoj nadležnosti. Za stranke to znači da moraju svoju koncentracije prijaviti Komisiji i da će se na njih primjenjivati Uredba 139/2004.²⁴

²² *Ibid.*, § 18.

²³ *Ibid.*, § 17.

²⁴ Čl. 4. st. 4. Uredbe 139/2004.

Tijek postupka čl. 4. st. 4.



Prilikom odlučivanja uzimaju se u obzir specifične okolnosti konkretne koncentracije što u pojedinim slučajevima može dovesti do odstupanja od ovih općih utvrđenja vjerojatnosti upućivanja.

Obavijest o upućivanju ističe kako će ono biti uspješno najčešće u slučajevima u kojima koncentracija utječe na nacionalno ili lokalno tržište samo jedne države članice,²⁵ ili u slučaju da se radi o više nacionalnih tržišta, ukoliko se utjecaji na tim tržištima znatno razlikuju.²⁶ U pravilu, ukoliko se traži upućivanje prema više od dvije države članice, tada upućivanje nije vjerojatno.

Najmanju vjerojatnost uspjeha za upućivanje imaju, pak, one koncentracije koje mogu ugroziti tržišno natjecanje u više država članica i stoga ukoliko bi svim tim državama bila upućena na ocjenjivanje bila bi neophodna koordinacija istrage i usklađivanje mjera za neutraliziranje protutržišnih učinaka kako bi se izbjeglo donošenje proturječnih odluka.²⁷

U bazi podataka Europske komisije od 2004. godine do travnja 2013. zabilježeno je ukupno 84 zahtjeva za upućivanje temeljem čl. 4. st. 4. od kojih niti jedan nije odbijen, a

²⁵Op. cit. u bilj. 16, § 20.

²⁶Ibid., § 22.

²⁷Ibid.

samo tri odluke odnosile su se na djelomično upućivanje.²⁸

B) Upućivanje od država članica prema Komisiji temeljem čl. 4. st. 5. Uredbe 139/2004

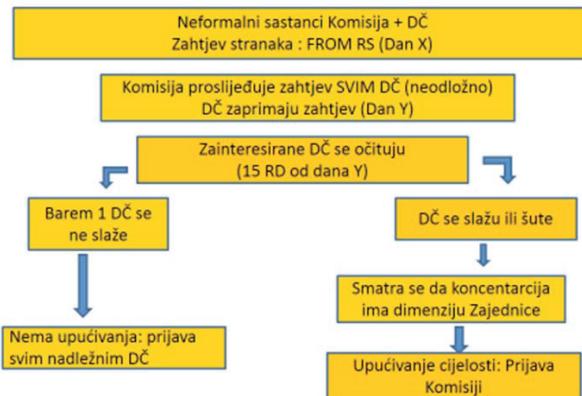
Prije prijavljivanja nadležnim tijelima, sudionici koncentracije mogu također obavijestiti Komisiju putem obrazloženog podneska, da bi koncentraciju trebala ispitati Komisija. Ova mogućnost otvorena je za one koncentracije koje nemaju dimenziju Zajednice, ali koje su ocjenjive prema nacionalnom pravu tržišnog natjecanja najmanje triju država članica. Kao i u prethodnom slučaju, obrazloženi podnesak sastavlja se u obliku Obrasca RS koji se upućuje Komisiji.

Komisija je dužna neodložno proslijediti podnesak svim državama članicama. Svaka država članica nadležna za ispitivanje koncentracije prema vlastitom pravu tržišnog natjecanja može, u roku od 15 radnih dana od primitka obrazloženog podneska, izraziti svoje protivljenje zahtjevu za upućivanje slučaja.

Da bi do upućivanja došlo, neophodno je da se sve zainteresirane države članice slože sa upućivanjem koncentracije Komisiji. Ako najmanje jedna država članica u navedenom roku izrazi protivljenje, dotični se slučaj ne upućuje. Ukoliko pak nijedna država članica nije izrazila protivljenje, smatra se da je ta koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu i prijavljuje se Komisiji.

Kod ovog smjera upućivanja Komisija nema diskrečijskih ovlasti i ako se nadležne države članice slože sa upućivanjem, upućuje se predmet samo u cijelosti. Ovo je jedini slučaj koji ne poznaje djelomično upućivanje predmeta.

²⁸Statistički podaci Komisije dostupni na <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf> [03. 06.2013].



Prilikom odlučivanja u obzir se uzimaju razni faktori konkretne koncentracije, s time da su najpogodnije za upućivanje od država članica prema Komisiji one koncentracije koje prijete tržišnom natjecanju jednog ili više tržišta koja su zemljopisno šira od nacionalnog tržišta i koje stoga zahtjevaju provođenje istrage u više država članica. U takvim okolnostima, smatra se da bi Komisija mogla biti prikladnije tijelo za odlučivanje uzimajući u obzir opseg istražnih ovlasti koje su joj dodijeljene.²⁹ Isto se smatra i kada koncentracija može utjecati na lokalna ili nacionalna tržišta više država članica, u kojem slučaju se zahtjeva koordinirana akcija više nadležnih nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. U tim slučajevima Komisija je prikladnije tijelo jer se na taj način izbjegava mogućnost donošenja proturječnih odluka.³⁰

Čak i kada kod koncentracije izostaje očiti negativan učinak na tržišno natjecanje, stranke mogu ipak zahtjevati upućivanje prema Komisiji na temelju specifičnih okolnosti konkretnog slučaja uzimajući u obzir troškove te vrijeme neophodno za prijavljivanje koncentracije u više država članica.³¹

3.2.1.2. Upućivanje nakon prijave koncentracije

²⁹ *Op. cit.* u bilj. 16, § 28.

³⁰ *Ibid.*, § 29.

³¹ *Ibid.*, § 32.

A) Upućivanje od Komisije prema državama članicama temeljem čl. 9. Uredbe 139/2004

Jednom kada je koncentracija prijavljena, a radi se o koncentraciji sa dimenzijom Zajednice, Komisija može na zahtjev države članice po vlastitoj inicijativi ili po pozivu Komisije uputiti slučaj na odlučivanje dotičnoj državi članici (njemačka klauzula). Navedeno je moguće u dva slučaja:

- 1) Sukladno čl. 9. st. 2. toč. (a), ako koncentracija prijeti da će značajno utjecati na tržišno natjecanje na nekom od tržišta u toj državi i to tržište ima sva obilježja zasebnog tržišta ili
- 2) Sukladno čl. 9. st. 2. toč. (b), ako koncentracija utječe na tržišno natjecanje na nekom od tržišta u toj državi koje ima sva obilježja zasebnog tržišta a koje tržište ne predstavlja značajni dio zajedničkog tržišta.

U prvom slučaju, propisanom čl. 9. st. 2. toč. (a) Uredbe 139/2004, države članice moraju dokazati stvarnu prijetnju koncentracije da značajno naruši tržišno natjecanje, s time da podneseni dokazi ni na koji način ne prejudiciraju ishod postupka, već samo služe svrsi određivanja nadležnosti. Pri donošenju odluke temeljene na članku 9. st. 2. toč. (a), Komisija ima određeni stupanj diskrecijskih ovlasti, pa sukladno tomu može odlučiti zadržati nadležnost nad koncentracijom ili pak u cijelosti ili djelomično predmet uputiti relevantnoj državi članici.³²

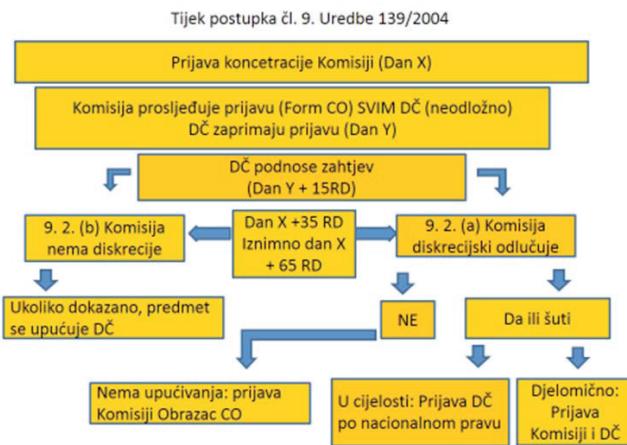
Upotrebom članka 9. st. 2. toč. (b) Komisija nema diskrecijskih ovlasti, već, ako su ispunjeni pravni uvjeti, mora koncentraciju uputiti nacionalnom tijelu za zaštitu tržišnog natjecanja. Dostatno je da države članice *prima facie* dokažu da koncentracija utječe na njihovo tržište. Komisija nema diskrecije jer prema Uredbi 139/2004 Komisija niti ne bi mogla donijeti odluku o zabrani provedbe koncentracije koja ne može utjecati na natjecanje zajedničkog tržišta ili njegovog značajnog dijela, a što je jedan od preduvjeta upućivanja na ovom pravnom temelju.³³

Budući da se radi o upućivanju predmeta iz nadležnosti Komisije u nadležnost država članica nakon prijave koncentracije, postupak upućivanja započinje zaprimanjem prijave

³² *Ibid.*, § 50. Vidi također Bellamy i Child, *European Community Law of Competition*, Oxford, 2008., § 8.092.

³³ *Ibid.*, § 8.094.

sudionika koncentracije Komisiji u obliku Obrasca CO. Komisija je dužna navedenu prijavu neodložno poslati svim državama članicama koje imaju rok od 15 radnih dana za podnesu Komisiji zahtjev za upućivanje predmeta u njihovu nadležnost. Odluku o upućivanju Komisija je dužna donijeti u roku od 35 radnih dana od izvornog primitka prijave, odnosno u roku od 65 radnih dana od dana prijave koncentracije ako je već pokrenula postupak, a nije obavila pripreme za usvajanja mjera i uvjeta za neutraliziranje protutržišnih učinaka prijavljene koncentracije.³⁴ I u ovom slučaju predmet se može uputiti u cijelosti ili samo djelomično.



Ukoliko dođe do upućivanja predmeta temeljem članka 9. Uredbe 139/2004, odgovarajuća država članica može poduzeti samo one mjere koje su nužne za očuvanje ili ponovno uspostavljanje učinkovitog tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu.³⁵ Iako se Uredbom 139/2004 ne postavljaju rokovi unutar kojih tijelo države članice kojoj je predmet upućen mora donijeti konačnu odluku, postavljen je rok od 45 radnih dana od dana zaprimanja obavijesti o upućivanju unutar kojeg navedeno tijelo mora obavijestiti predmetne poduzetnike o preliminarnoj ocjeni s eventualnim prijedlogom dalnjih radnji.³⁶ Najzad, svaka država članica može pokrenuti postupak pred Sudom temeljem članka 279. UFEU sa zahtjevom određivanja privremene mjere u svrhu

³⁴Čl. 9. st. 4. Uredbe 139/2004.

³⁵Čl. 9. st. 8. Uredbe 139/2004.

³⁶Čl. 9. st. 6. Uredbe 139/2004.

primjene svojeg nacionalnog prava tržišnog natjecanja.³⁷

B) Upućivanje od DČ prema Komisiji temeljem čl. 22. Uredbe 139/2004

Najzad, i države članice imaju mogućnost uputiti Komisiji koncentraciju koja nije od značaja za cijelu Zajednicu, ali štetno utječe na trgovinu između država članica i predstavlja ozbiljnu prijetnju tržišnom natjecanju na području države članice ili država članica koje podnose takav zahtjev (nizozemska klauzula).

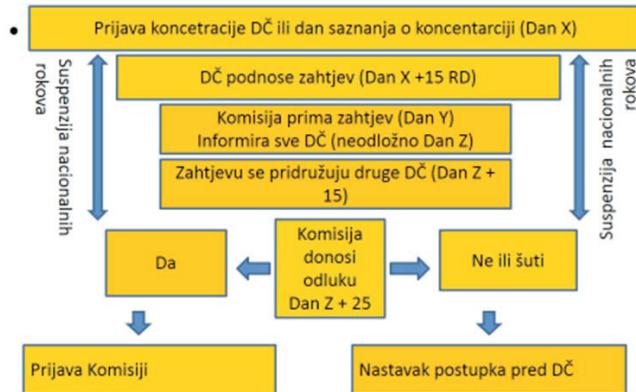
Države članice koje podnose zahtjev dužne su pokazati kako koncentracija može utjecati na trgovinu između država članica, pri čemu je dostatno utvrditi potencijalni negativan učinak na trgovinu između država članica. Također, važno je temeljem preliminarnih indicija pokazati da postoji stvarni rizik negativnog učinka na tržišno natjecanje. Razlog tomu je što zahtjevi za upućivanje do kojih dolazi nakon što je koncentracija već prijavljena znatno odugovlače postupak i iziskuju dodatne troškove, pa se onda smatra da bi do istih trebalo doći samo u onim predmetima koje pokazuju stvarni negativan učinak na tržišno natjecanje i učinak na trgovinu između država članica.³⁸

Države članice moraju podnijeti navedeni zahtjev u roku od 15 radnih dana od dana kada je nadležno tijelo zaprimilo prijavu koncentracije ili ukoliko prijava nije obvezatna, od kada je dobilo saznanje o namjeri njenog provođenja. Komisija bez odgode obavještava nadležna tijela država članica i predmetne poduzetnike o svim zaprimljenim zahtjevima. Po primitku takve obavijesti, u dodatnom roku od 15 radnih dana svaka druga zainteresirana država članica može se pridružiti inicijalnom zahtjevu. Također, Komisija može pozvati određene države članice da se pridruže zahtjevu kada smatra da predmetna koncentracija ispunjava uvjete čl. 22. Do odluke o tome gdje će se koncentracija ispitivati, obustavljuje svi rokovi pojedinih država članica koji se odnose na koncentraciju. Komisija mora donijeti odluku o upućivanju najkasnije u roku od 10 radnih dana od isteka roka za pridruživanje inicijalnom zahtjevu. Ako u navedenom roku Komisija ne doneše odluku, smatra se da je donijela odluku kojom udovoljava zahtjevu država članica. Ukoliko preuzme nadležnost nad koncentracijom, Komisija može zahtjevati od stranaka podnošenje prijave temeljem obrasca CO.

³⁷ Čl. 9. st. 9. Uredbe 139/2004.

³⁸ Bellamy i Child, *op.cit.* u bilj. 32, § 8.097.

Tijek postupka čl. 22.



3.2.1.3. Zaštita legitimnih interesa

Zaštita legitimnih interesa predstavlja posljednji izuzetak od općeg pravila o razgraničenju nadležnosti između Komisije i država članica. On je predviđen čl. 21(4) Uredbe 139/2004, sukladno kojemu države članice mogu poduzimati odgovarajuće mjere za zaštitu svojih legitimnih interesa koji nisu pokriveni Uredbom 139/2004, pod uvjetom da su takve mjere u skladu sa općim načelima i odredbama prava EU.³⁹

Izvorno je ovaj članak uvršten u Uredbu 139/2004 stoga što je većina država članica izrazila stajalište kako postoje određena pitanja nad kojima žele zadržati svoju nadležnost.⁴⁰ Problem se nije sastojao u tomu je li uputno prihvati izuzetak legitimnih interesa, već koji bi trebao biti njegov doseg. Konačan ishod pregovora bio je prilično restriktivan jer se smatralo da bi prihvaćanje izuzetka koji bi pokriva sve javne interese država članica značajno narušio provedbu i svrhu cjelokupne Uredbe o koncentracijama. Iz tog razloga Uredba nudi kratku listu pitanja koji se imaju smatrati legitimnim interesima u smislu članka 21(4) a to su:

- javna sigurnost,
 - pluralitet medija i
 - bonitetni propisi.

³⁹ Čl. 21. st. 4. Uredbe 139/2004.

⁴⁰ Vidi Cook, C. J.; Kerse C. S., *EC Merger Control*, London, 2000, str. 238.

Svaki drugi javni interes država članica treba priopćiti Komisiji, a Komisija ga priznaje tek nakon ocjene njegove usklađenosti s općim načelima i drugim odredbama prava EU-a prije donošenja takvih mjera.⁴¹ Temeljem navedenog izuzetka, država članica može zabraniti provedbu koncentracije koju je Komisija u svom postupku dopustila ili primijeniti druge odgovarajuće mjere, ali joj nije omogućeno dozvoliti provedbu koncentracije koju je Komisija prethodno zabranila.⁴² Mjere država članica temeljene na legitimnim interesima moraju objektivno biti što manje restriktivne kako bi se postigao željeni cilj zaštite predmetnog interesa.⁴³ Nadalje, u predmetu *Newspaper Publishing*⁴⁴, Komisija je utvrdila da može zahtijevati od nadležnog nacionalnog tijela da ju informira o svim mjerama koje smatra primjerima za konkretni predmet.⁴⁵ Čak i ukoliko država članica primjeni mјere koje smatra odgovarajućima za zaštitu svojih legitimnih interesova, Komisija može zaustaviti njihovo izvršenje ukoliko je ono suprotno Uredbi 139/2004 i to putem mišljenja potvrđenog od strane Suda.

4. Zaključak

Iako Uredba 139/2004 dodjeljuje isključivu ovlast Komisiji nad koncentracijama koje imaju dimenziju Zajednice, takva nadležnost poznaje iznimke. Stvoreni sustav upućivanja čini podjelu nadležnosti bitno kompleksnijom što donosi značajne novine za RH kao punopravnu članicu EU. Ovo pitanje postalo je podjednako važno kako za stranke u postupku, tako i za samu Agenciju, koja mora uložiti nove napore za potrebe suradnje u okviru Europske mreže i iskoristiti sustav upućivanja na način da u svojoj nadležnosti zadrži ili preuzme u nadležnost samo one koncentracije u odnosu na koje se pojavljuje kao optimalno tijelo za odlučivanje. Stranke, pak, imaju priliku iniciranja postupka upućivanja njihovog predmeta pred tijelo koje smatraju najpogodnijim za odlučivanje. Stoga je iznimno bitno da prije prijave koncentracije dobro prouče sve kriterije upućivanja kako bi navedeni postupak, ako je to predmetno, samoinicijativno

⁴¹ Čl. 21. st. 4. toč. 2. i 3. Uredbe 139/2004.

⁴² Hawk, B. E.; Huser, H. L. *European Community Merger Control: A Practitioner's Guide*, Haag, London, Boston, 1996, str. 113; Vidi i Jones, C.; González-Díaz, E., *The EEC Merger Regulation*, London, 1992, str. 49.

⁴³ Hawk, B. E.; Huser, H. L. *op.cit.*, u bilj. 42, str. 113.; vidi također Cook, C. J.; Kerse C. S., *op.cit.* u bilj. 40, str. 243.

⁴⁴ Odluka Komisije *Newspaper Publishing* (IV/M. 423) od 14. ožujka 1994.

⁴⁵ Cook C. J.; Kerse C. S., *op.cit.* u bilj. 40., str. 243.

pokrenule prije utrošenog vremena i nastalih troškova prijavljivanja koncentracije pred tijelom koje u konačnici ne mora zadržati nadležnost.

Konačno, u iznimnim situacijama, kada to smatra potrebnim radi zaštite javne sigurnosti, pluraliteta medija i bonitetnih propisa, države članice mogu poduzimati odgovarajuće mjere radi zaštite navedenih interesa, pod uvjetom da su takve mjere u skladu sa općim načelima i odredbama prava EU. Iako se ova osnova nadležnosti iznimno rijetko primjenjuje od strane država članica, važno je da ju Agencija u svakom trenutku ima u vidu te, ako se pokaže stvarna potreba za zaštitom navedenih legitimnih interesa, da poduzme sve potrebne korake kako bi iskoristila ovo pravo koje sada pripada RH kao punopravnoj članici EU.

Kazalo pojmova

Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (Agencija)	Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja (ECN)
iskustva u radu ECN v. Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja	cilj/misija 94
nadležnost 211-3	<i>ECN Brief</i> 169
Aktivna legitimacija za podnošenje pritužbe Komisiji v. Legitimni interes	<i>ECN Leniency Model</i> 164-5
Amicus curiae 48	izvješće ECN radne grupe o suradnji i postupcima 165
Authorized Disclosure Officer/ADO 162	<i>Investigative powers report</i> 165
Bonitetni propisi v. zaštita legitimnih interesa	kriteriji podjele posla 164
business friendly pristup 83	pojam 158
Convergence rule v. konvergencijsko pravilo, pravilo o usklađenom pravnom tretmanu	suradnja 159-165
Dawn raids 119	struktura 159
Decentralizacija primjene europskih pravila o zaštiti tržišnog natjecanja 86, 119	zakonski okvir 158
Deliktni statut v. Mjerodavno pravo	Europsko pravo tržišnog natjecanja
Dimenzija Zajednice 213	izuzeci od primjene europskog prava 92
Dokazi, dokazivanje	Pomoćno sredstvo za tumačenje 96-97, 99
pisana isprava kao dokaz teret dokaza 114 vjerodostojnost dokaza 114	<i>Follow on tužbe</i> 194, 196, 198
Europeanizacija 34	Herfindahl - Hirschmannov indeks (HHI) 70
Europska komisija	Interes
razgraničenje nadležnosti u odnosu na nacionalne vlasti 214	„individualni i neposredni interes“ 16
izuzeci od isključive nadležnosti 215-29	interes Zajednice
	prema praksi Europske komisije 149-150
	prema sudskoj praksi 149-150
	javni interes Unije

pojam 134-5	Kartel 132, 166-7
„legitimni interes“	Klauzula
države članice 147	nizozemska 217, 218, 227
konkurentskih poduzetnika 147-8	njemačka 217, 218, 225
prema sudskoj praksi 147- 8	<i>standstill</i> 77
sudionika zabranjenog sporazuma 147	
trećih osoba 147	Kolektivna tužba
zaštita legitimnih interesa 228-9	za zaštitu potrošača na razini EU
Istražni postupak	kompenzacijnska 207-8
inicijativa za pokretanje 108-9	<i>opt in</i> mehanizam 207
po pritužbi zainteresirane osobe 108-9	za prestanak povrede prava 207- 8
po službenoj dužnosti 109, 115	načini izbjegavanja zlouporabe 208
Istražne ovlasti v. Tijek postupka	troškovi postupka
Izuzeće	načelo „gubitnik plaća sve“ 207
pojedinačno 138	naknada po uspjehu u sporu 208
skupno 108, 134, 151	u Republici Hrvatskoj 208
sistav obvezatne prijave 138	
Javna sigurnost v. zaštita legitimnih interesa	Koncentracije
Javni poziv	pojednostavljenje nadzora 65-69
za dostavu primjedbi na odluku o neprimjenjivosti čl. 101. i 102. UFEU-a 134-135	postupak nadzora, redovni 67, 130-1
Jedinstveno tržište Republike Hrvatske 179	postupak nadzora, skraćeni 69- 72
Jednostavni zahtjev v. Zahtjev za dostavom obavijesti	reforma nadzora koncentracija 66-7
Jednostavno pismo 125	

Konvergencija v. Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, suradnja	načelo proporcionalnosti 110
Leniency	načelo zakonitosti upravnih mjera 110
<i>ECN Leniency Model Programme</i>	načelo zaštite legitimnih očekivanja 110-1
58	načelo zaštite poslovne tajne 110
Lex fori 182	
Lex mercati 182	
Locus standi 17	
Mandatorni sustav prijave v. sustav obvezne prijave strukturnih veza	
Mjere	
praćenja poslovanja 127	
strukturne 127	
Mjerodavno pravo	
pravo mjerodavno za izvanugovornu obvezu proizašlu iz radnje nepoštenog tržišnog natjecanja 182	
Monopolički sporazum 179	
Načelo izravne primjene prava Unije	
86, 173	
Načelo jedinstvene primjene europskog prava tržišnog natjecanja	
101-2	
Načelo nezavisnosti regulatornih tijela 50	
Načela postupka pred Komisijom	
načelo dovršetka upravnog postupka u razumnom roku 110-1	
načelo javnosti postupka 110-1	
načelo poštivanja prava na pravični postupak 110	
načelo pouzdane uprave 110	
Načelo paralelne primjene nacionalnog prava i europskog prava tržišnog natjecanja	
Uvjjeti 92-3	
Načelo primata prava Unije 86	
Načelo supremacije europskog prava	
89-90	
Načelo supsidijarnosti 213	
Načelo uvjetovanosti 38	
Nadležnost	
Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja 211-3	
Europske komisije 143-6	
međunarodna, sudova država članica 177-8	
nadležnost hrvatskih sudova 177-81	
opće pravilo o nadležnosti v. isključiva nadležnost Komisije	
personalni kriterij 180	
razgraničenje nadležnosti	
između Komisije i Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja 85-106	
redovnih, upravnih i trgovачkih sudova 178 - 81	
sustav paralelnih nadležnosti 136, 141-3	

**Nadređenost prava Zajednice, v.
načelo primata prava Unije**

Nagodba

- kod kartela 128-133
- konačni prijedlog 130
- rokov za izjašnjavanje o dogovoru oko nagodbe 130-1

Naknada štete

- elementi tužbe 196-9
- izračun štete nastale povredom tržišnog natjecanja 196-8
- izvanugovorna odgovornost za štetu 181-2, 192
- odgovornost države za štetu zbog povrede prava EU 176
- praktični vodič 191
- prepostavke odgovornosti 196
- ovlaštenici 199
- odgovornost društva majke 198
- vrste odgovornosti 195
- zastara
 - objektivni zastarni rok 204-5
 - subjektivni zastarni rok 204-5

Nalog za pretragu privatnih prostorija 120

Nelojalna tržišna utakmica 179-80

Nepošteno trgovanje poduzetnika

- pojam 91

Ništelnost ugovora 176-7

Novčana kazna 132

Novi pristup politici proširenja 39

Obrasci

- obrazac CO 73
- obrazac RS 220

Odgovornost tijela za zaštitu tržišnog natjecanja

sudski nadzor 108

Odluka Komisije o utvrđenju povrede

deklaratorni karakter 125, 134-5

Odluka udruženja poduzetnika 90, 134

One-stop-shop načelo 79, 81, 101

Otvaranje postupka v. Tijek postupka

Passing on obrana 199

Pisani odgovor

na Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku 123

rok za podnošenje 123

Pismo o činjenicama v. Jednostavno pismo

Pluralitet medija v. zaštita legitimnih interesa

Podaci

dostava podataka 118

„netočni ili zavaravajući podaci“ 74-128

Pokajnici v. leniency

Položaj „gospodarske ovisnosti“ 90

Post-accession compliance 40

Postupci pred Komisijom

<i>commitments procedure</i>	126	kao nadnacionalna politika	43-4
<i>declarations of inapplicability procedure</i>	134	model ponašanja	
<i>interim measures procedure</i>	133-4	postpristupni (unutarnji)	
<i>prohibition procedure</i>	121-6	35	
<i>settlements procedure</i>	128-133	pretpristupni (vanjski)	35
Potrošači	206-7	odnos nacionalnog i prava EU	
Povezanost poduzetnika		transnacionalni okvir	
horizontalna	69	ponašanja	43
vertikalna	69	privatnopravna provedba	
Prag		prava tržišnog natjecanja	
prihoda	213	190-1	
tržišnog udjela	69-70	„vanjsko“	41
Pravo na uvid u spis		Prejudicijelno pitanje v. Prethodno pitanje	
Komisije		Preliminarna ocjena	
u postupku određivanja		adresati	116
privremenih mjera	122	pojam	116
u redovnom postupku	122	Presumpcija nevinosti	110
u postupcima naknade štete		Prethodno pitanje	
po hrvatskom pravu	201-4	granice pravomoćnosti rješenja	
tri kategorije dokumenata		Komisije i Agencije	184
podložnih uvidu	203	u hrvatskom pravu	188
Pravo tržišnog natjecanja		Pretraga prostorija	
europsko pravo tržišnog		najavljeni	119
natjecanja kao „pomoćno		nenajavljeni	119, 163-4
sredstvo za tumačenje“	96	neposlovnih	119
dvokraki sustav provedbe prava		obična	119
56-7, 62		poslovnih	119
javnopravna provedba prava		priljubljena	119
tržišnog natjecanja	188-9, 192-4	„Prihvatljiva tržišta“	
javnopravni karakter	192	pojam	74
kao glavni stup integracijskog		Prijava	
procesa	34-5		

namjere provedbe koncentracija 77	Savjetodavni odbor 112, 161
oglas o prijavi 71	Savjetodavno mišljenje 126, 128
Prikupljanje dokaza 163-4	Sektorska istraživanja v. Europska mreža tijela za tržišno natjecanje, suradnja
Pritužbe	Settlement submission v. Nagodba
postupanje Komisije u tri razine 152-3	SIEC-test 78
procesna prava podnositelja pritužbe 154	Službenik za saslušanje (hearing officer) 111
sadržaj 151-2	Spis postupka 122
uvjeti za podnošenje 146	Sporazum 174
„Pružanje usluga na jednom mjestu“ v. <i>One-stop-shop</i> načelo	Stadij inicijalne ocjene v. Tijek postupka
Radne skupine v. Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, struktura	Stand alone tužbe 198, 205
Rapporteur 161	State of Play sastanak v. Tijek postupka
Raspodjela predmeta unutar ECN v. Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, suradnja	nakon provedbe ispitivanja tržišta 128
Razgraničenje nadležnosti između Agencije i Komisije 100	nakon usmene rasprave 124
Razmjena informacija v. Europska mreža tijela za zaštitu tržišnog natjecanja, suradnja	prije usmene rasprave 117
Reforma prava tržišnog natjecanja 65-9	Statement of Objections v. Obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku
Rokovi u postupku	dopunska 124-5
određivanje 113	osnovna 131-2
produljenje 113	
računanje	
za odgovor na zahtjev za upućivanje predmeta 226	Stjecanje manjinskih udjela u društvu v. Strukturne veze
za podnošenje prijedloga mjera i uvjeta za otklanjanje povrede tržišnog natjecanja	Struktura tijela za zaštitu tržišnog natjecanja
128	neunitarna 49
	unitarna 49
	Strukturne veze (structural links)
	nadležnost za ocjenu dopuštenosti 75-9

pojam 75	izravne tužbe 15-19
prijava 75-6	neizravne tužbe 15-19
sustav diskrecijskog izbora predmeta 75-6	tužbe nepovlaštenih stranaka 15
sustav obvezne prijave strukturnih veza 75-6	tužbe povlaštenih stranaka 15
sustav samoprocjene 75-6	
sustav transparentnosti 76	
učinci strukturnih veza	
horizontalni koordinirani 76	djelomično upućivanje 216, 219-20
horizontalni unilateralni 76	nakon prijave koncentracije 224-8
vertikalni 76	od država članica prema Komisiji 223-4, 227-8
Sudovi	od Komisije prema državama članicama 220-23, 225-6
Opći sud EU-a 17-21	pojedinačni ustupi (<i>lone referrals</i>) 81
Službenički sud 17	potpuno upućivanje 216-9
trgovački sudovi	prepostavke 219
nadležnost 179-81	prije prijave koncentracije 219-24
Test ispitivanja tržišta 127	prikladno tijelo za odlučivanje 79
Tijek postupka 114-20	upućivanje „nagore“ (<i>upwards referrals</i>) 80
Transmitting authority 162	
Troškovi	
prijave namjere provedbe koncentracije 68	u postupku određivanja privremenih mjera 133
troškovne prednosti reformiranog sustava nadzora koncentracija 68	u redovnom postupku 123-4
Tržišno natjecanje	
„tržišno natjecanje utemeljeno na zaslugama“ 31	Utjecaj na trgovinu 93, 95
Tužbe	Uzimanje izjava u postupku
	forma 118-9
	Zahtjev za dostavom obavijesti
	forma 118

zajednički pothvat 69

Zaštita tržišnog natjecanja

centralizirani sustav 138

decentralizirani sustav 138

privatnopravna zaštita pojedinaca zbog kršenja pravila tržišnog natjecanja 192-4

sustav paralelnih nadležnosti tijela za provedbu zaštite 158, 160-4

uloga nacionalnih sudova u zaštiti prava tržišnog natjecanja Zajednice 171-2

Zlouporaba vladajućeg položaja 107

ISBN 978-953-6025-86-2



9 789536 025862