

Competition Law: Current Problems of Criminal and Non-Criminal Enforcement

MIHA ŠOŠIČ

Abstract

Infringements of competition law can be sanctioned as administrative or criminal offences. Such enforcement of competition law is connected with numerous problems, since not only the rationale of competition law has to be taken into account but also the fundamental principles of criminal law which are limiting the state's power against individuals (natural or legal persons). Special emphasis has to be given to the principle of legality and procedural principles of a fair trial. The author comes to the conclusion that numerous problems regarding the substantive and procedural aspect of criminal enforcement of competition law in Slovenia remain unsolved.

Keywords: • illegal restraint of competition • unfair competition • administrative offences • criminal offences • *ne bis in idem* principle

CORRESPONDENCE ADDRESS: Miha Šošič, assistant, University of Maribor, Faculty of Law, Mladinska 9, SI-2000 Maribor, Slovenia, e-mail: miha.sosic@um.si

ISSN 1855-7147 Print / 1855-7155 On-line © 2014 LeXonomica (Maribor)

UDC: 347.77+343

JEL: K14, K21

Available on-line at <http://www.lexonomica.com>

1. Uvod

Prekrškovno in zlasti kazensko sankcioniranje konkurenčnopравnih kršitev je še zmeraj zelo sporno (Haines, Beaton-Wells, 2012: 953), saj se postavlja vprašanje upravičenosti represivnih odzivov na to vrsto protipравnih ravnanj, zlasti kadar so sankcionirana z zapornimi kaznimi (Parker 2012: 974). Zagovorniki kriminalizacije konkurenčnopравnih kršitev to vrsto ravnanj primerjajo s tatvino ali goljufijo, pri čemer so oškodovanci najpogosteje potrošniki (Whelan, 2013: 559 in 560). V Sloveniji so posamezne konkurenčnopравne kršitve sankcionirane tako s prekrškovnim kot s kazenskim pravom, kar je povezano z določenimi specifičnimi problemi.

2. Prekrškovno in kazensko sankcioniranje kršitev konkurenčnopравnih pravil

2.1. Opredelitev konkurenčnega prava

Pojem konkurenčno pravo označuje pravno ureditev dveh pravnih področij, ki sta si v marsičem različni, in sicer pravo zatiranja neloyalne konkurence in pravo preprečevanja omejevanja konkurence (Repas, 2010: 76). Gre za dve vrsti protipравnih ravnanj, ki sta kot taki določeni že na ustavni ravni v tretjem odstavku 74. člena Ustave Republike Slovenije¹ (v nad.: URS). URS dejanja neloyalne konkurence in prepovedanega omejevanja konkurence omenja v istem členu, v katerem zagotavlja svobodno gospodarsko pobudo in svobodno ustanavljanje gospodarskih organizacij.

Načelni svobodi gospodarske dejavnosti so torej že na ustavni ravni postavljene normativne omejitve. Tako je v drugem odstavku 74. člena URS določeno, da se gospodarska dejavnost ne sme izvajati v nasprotju z javno koristjo. Tudi sklicevanje na neloyalno konkurenco in prepovedano omejevanje konkurence iz tretjega odstavka 74. člena URS pomeni omejitev svobode gospodarske dejavnosti, saj od posameznikov zahteva, da se pri opravljanju gospodarske dejavnosti vzdržijo dejanj, ki pomenijo neloyalno konkurenco ali prepovedano omejevanje konkurence. Konkurenčno pravo torej določa, katera ravnanja podjetij so pri težnji po ustvarjanju čim večjega dobička dovoljena in katera so nedovoljena (Repas, 2010: 34).

Opredelitev posameznih protipравnih ravnanj na ustavni ravni je izjema, saj se le-ta praviloma določajo z zakonom. Tudi pri dejanjih neloyalne konkurence in prepovedanega omejevanja konkurence njihova konkretna

¹ Uradni list RS, št. 33I/1991, 42/1997, 66/2000, 24/2003, 69/2004, 68/2006 in 47/2013.

vsebina ni določena z ustavo, temveč je konkretna opredelitev teh dejanj prepuščena zakonski ureditvi. Kljub temu pa ni mogoče spregledati dejstva, da so dejanja nelojalne konkurence in prepovedanega omejevanja konkurence, za razliko od mnogih drugih protipravnih ravnanj, vsaj nominalno določena že na ustavni ravni. Iz tega je mogoče sklepati, da varstvo konkurence na trgu znotraj pravnega reda predstavlja izjemno pomembno ustavno zavarovano dobrino (Keresteš, Repas, 2012: 225). Zakonodajalcu je tako že z ustavo naloženo, da posamezna dejanja, ki so povezana z opravljanjem gospodarske dejavnosti, opredeli kot nelojalno konkurenco ali prepovedano omejevanje konkurence, prepuščena pa mu je odločitev o konkretni vsebini teh dejanj.

Temeljna zakonska vira konkurenčnega prava sta Zakon o varstvu konkurence² (v nad.: ZVK) in Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence³ (v nad.: ZPOMK-1). Nelojalna konkurenca je v prvem odstavku 13. člena ZVK opredeljena kot dejanje podjetja pri nastopanju na trgu, ki je v nasprotju z dobrimi poslovnimi običaji in s katerim se povzroči ali utegne povzročiti škoda drugim udeležencem na trgu. Pri tem so v drugem odstavku istega člena primeroma naštet nekatera ravnanja, ki se štejejo za nelojalno konkurenco (neresnično oglaševanje, neupravičena uporaba firme ali znamke, očrnitev drugega podjetja, premijski posli itd.). ZPOMK-1 določa ravnanja, ki pomenijo prepovedano omejevanje konkurence, pri čemer ta ravnanja deli na različne skupine, in sicer: (i) omejevalna ravnanja, med katera sodijo omejevalni sporazumi (sporazumi med podjetji, sklepi podjetniških združenj in usklajena ravnanja podjetij) in zloraba prevladujočega položaja, (ii) koncentracije podjetij ter (iii) oblastna omejevanja konkurence.

Konkurenčno pravo s ciljem sankcioniranja kršitev dobrih poslovnih običajev (pravo zatiranja nelojalne konkurence), povečanja ekonomske blaginje potrošnika in zagotavljanja učinkovite alokacije virov (pravo preprečevanja omejevanja konkurence) (Repas, 2010: 73) ustvarja posebno kategorijo protipravnih ravnanj. Vsa protipravna ravnanja konkurenčnega prava so hkrati opredeljena kot prekrški, nekatera med njimi pa celo kot kazniva dejanja. Kršitelje konkurenčnega prava lahko torej poleg specifičnih posledic konkurenčnega prava doletijo tudi sankcije za prekrške ali celo kazenske sankcije.

² Uradni list RS, št. 18/1993, 56/1999 in 110/2002.

³ Uradni list RS, št. 36/2008, 40/2009, 26/2011, 87/2011, 57/2012, 39/2013, 63/2013 in 33/2014.

2.2. Prekrškovno in kazensko sankcioniranje dejanj nelojalne konkurence

Pravo zatiranja nelojalne konkurence in pravo preprečevanja omejevanja konkurence se med seboj med drugim razlikujeta po predpisanih pravnih posledicah. Prvi odstavek 26. člena ZVK določa, da lahko prizadeti udeleženec v prometu blaga ali storitev na trgu s tožbo v pravnem postopku zahteva prepoved nadaljnjih dejanj nelojalne konkurence, uničenje predmetov, s katerimi je bilo storjeno dejanje nelojalne konkurence in vzpostavitev prejšnjega stanja, če je to mogoče. Glede dejanj nelojalne konkurence je torej predvideno predvsem zasebnopravno varstvo prizadetih udeležencev v pravnem postopku, pri čemer lahko Tržni inšpektorat RS v skladu z drugim odstavkom 28. člena ZVK na lastno pobudo ali na predlog tožeče stranke začasno prepove dejanja, za katera je vložena tožba zaradi nelojalne konkurence ali ovadba zaradi tega dejanja. Dejanje nelojalne konkurence je v četrti alineji prvega odstavka 30. člena ZVK opredeljeno kot prekršek. Gre za blanketno normo, saj zakonski znaki prekrška v navedeni določbi niso posebej opredeljeni, temveč se prekrškovna norma sklicuje na 13. člen ZVK. Prekršek nelojalne konkurence se torej popolnoma prekriva s konkurenčnopravno opredelitvijo tega dejanja.

Z vidika načela zakonitosti (28. člen URS, 2. člen Zakona o prekrških⁴ (v nad.: ZP-1)) se pojavlja vprašanje določnosti (*lex certa*) take prekrškovne norme, saj je dejanje nelojalne konkurence v prvem odstavku 13. člena ZVK določeno zelo široko in pomensko odprto. Tudi določba prvega odstavka 13. člena ZVK je blanketna norma, saj se sklicuje na dobre poslovne običaje, pri čemer so posamezna dejanja nelojalne konkurence iz drugega odstavka 13. člena ZVK naštetja samo primeroma in ne taksativno. Kazenski zakonik⁵ (v nad.: KZ-1) za razliko od kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence (225. člen KZ-1) ne opredeljuje kaznivega dejanja nelojalne konkurence, so pa kot kazniva inkriminirana posamezna dejanja, ki lahko pomenijo tudi nelojalno konkurenco v smislu 13. člena ZVK, in sicer kaznivo dejanje preslepitve kupcev (232. člen KZ-1), kaznivo dejanje neupravičene uporabe tuje oznake ali modela (233. člen KZ-1) in kaznivo dejanje neupravičene uporabe tujega izuma ali topografije (234. člen KZ-1).

⁴ Uradni list RS, št. 29/2011(ZP-1-UPB8), 43/2011, 21/2013 in 111/2013.

⁵ Uradni list RS, št. 55/2008, 66/2008, 39/2009, 55/2009, 56/2011, 91/2011, 34/2012, 50/2012 in 63/2013.

2.3. Prekrškovno in kazensko sankcioniranje prepovedanih omejevanj konkurence

ZPOmK-1 opredeljuje različne skupine prepovedanih omejevanj konkurence (omejevalna ravnanja, koncentracije podjetij in oblastna omejevanja konkurence), za katere predvideva različne pravne posledice in različne oblike pravnega varstva. Glede omejevalnih ravnanj je v 6. členu ZPOmK-1 določena prepoved omejevalnih sporazumov, v 9. členu ZPOmK-1 pa prepoved zlorabe prevladujočega položaja. Določba 6. člena ZPOmK-1 se nanaša na sporazume in druge oblike sodelovanja med podjetji, medtem ko se 9. člen ZPOmK-1 nanaša na enostranska ravnanja podjetij s prevladujočim položajem, pri čemer je možno, da lahko isto ravnanje krši obe določbi (Repas, 2010: 299). Obe vrsti prepovedanih omejevalnih ravnanj iz 6. in 9. člena ZPOmK-1 sta v obliki blanketne norme opredeljeni kot prekrška v 73. členu ZPOmK-1. Tako kot pri dejanjih neljalne konkurence, se tudi pri prepovedanih omejevalnih ravnanjih zakonski znaki prekrška popolnoma prekrivajo z zakonskimi znaki konkurenčnopravne opredelitve protipravnega ravnanja.

ZPOmK-1 v zvezi s sankcioniranjem omejevalnih ravnanj predpisuje dva formalno ločena postopka, in sicer postopek ugotavljanja konkurenčnopravne kršitve (t. i. nadzorni postopek) ter prekrškovni postopek. Za vodenje obeh postopkov je pristojna Javna agencija Republike Slovenije za varstvo konkurence (v nad.: Agencija). V nadzornem postopku se poleg ZPOmK-1 smiselno uporabljajo določbe Zakona o splošnem upravnem postopku⁶ (v nad.: ZUP), v prekrškovnem postopku pa določbe ZP-1. V nadzornem postopku lahko Agencija v primeru ugotovitve konkurenčnopravne kršitve podjetju z odločbo izreče prepoved nadaljnjih kršitev in mu naloži ukrepe, ki so primerni za odpravo kršitve in njene posledice (npr. odprodaja dejavnosti ali dela dejavnosti, odsvojitve deležev v podjetjih, prenos pravic intelektualne lastnine in drugih pravic, sklenitev licenčnih pogodb, zagotavljanje dostopa do infrastrukture). Gre za posebne konkurenčnopravne sankcije, od katerih se predvsem ukrepi za odpravo kršitve in njenih posledic približujejo kaznovalnim sankcijam, saj v marsičem spominjajo na varnostne ukrepe iz kazenskega prava. Varnostni ukrepi so posebna vrsta kazenskih sankcij, katerih namen je predvsem specialno preventivne narave, saj so usmerjeni v preprečevanje nadaljnjih kršitev (Roxin, 2006: 96). Glede ukrepov za odpravo konkurenčnopravnih kršitev je mogoče ugotoviti, da so ti, kljub svojemu poimenovanju, tako kot varnostni ukrepi kazenskega prava, usmerjeni predvsem v preprečevanje bodočih kršitev in imajo torej specialno preventivno naravo.

⁶ Drugi odstavek 15. člena ZPOmK-1.

Ker se zakonski znaki omejevalnih ravnanj iz 6. in 9. člena ZPOmK-1 v celoti povzeti v blanketni normi prekrškov, določenih s 73. členom ZPOmK-1, bo ob obstoju konkurenčnopravne kršitve vselej izpolnjena tudi bit prekrška. Po veljavni ureditvi Agencija ugotavlja prekrške v zvezi z omejevalnimi ravnanji in izreka sankcije za prekrške v prekrškovnem postopku, ki je sicer formalno ločen od nadzornega postopka, vendar sta oba postopka med seboj dejansko neločljivo prepletena.

Nadzorni postopek in prekrškovni postopek v zvezi z omejevalnimi ravnanji namreč vodi isti organ, nanašata se na ista dejanska stanja, dokazi iz nadzornega postopka pa so podlaga za prekrškovni in celo kazenski postopek.⁷ Zaradi uporabe ZP-1 so dokazni standardi in pogoji za izrek sankcije v prekrškovnem postopku sicer drugačni kot v nadzornem postopku, v katerem se smiselno uporabljajo določbe ZUP. Kljub temu pa se nadzorni postopek zaradi narave sankcij, ki jih je v njem mogoče izreči, ter zaradi dejanske prepletenosti s prekrškovnim postopkom približuje kaznovalnemu postopku.⁸

Druga skupina prepovedanih omejevanj konkurence so koncentracije. V prvem odstavku 11. člena ZPOmK-1 je določeno, da so prepovedane koncentracije, ki bistveno omejujejo učinkovito konkurenco, zlasti kot posledica ustvarjanja ali krepitev prevladujočega položaja. Pri nadzoru koncentracij gre za *ex ante* oz. preventivni nadzor omejevanja konkurence, saj se z njim skuša preprečiti, da bi koncentracije v prihodnje povzročale omejevanje konkurence (Repas, 2010: 78). Podjetja imajo dolžnost koncentracijo priglasiti Agenciji pred začetkom njenega izvrševanja, Agencija pa odloči o skladnosti oz. neskladnosti koncentracije s pravili konkurence. V primeru, da je prišlo do izvedbe ali izvrševanja koncentracije, lahko Agencija udeleženi podjetjem naloži ukrepe, s katerimi se vzpostavi stanje, ki je obstajalo pred izvedbo ali izvrševanjem koncentracije, zlasti delitev podjetja ali odsvojitvev vseh pridobljenih deležev.

Podjetje, ki Agenciji ne priglasí koncentracije oz. je ne priglasí v roku ali pa uresničuje pravice in obveznosti, ki izhajajo iz koncentracij, pred izdajo odločbe o skladnosti koncentracije s pravili konkurence, izvrši prekršek po

⁷ Tč. 37 odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013.

⁸ V tem smislu tudi Keresteš, Repas, 2012: 233. Ustavno sodišče RS je sicer v odločbi U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013 poudarilo, da nadzorni postopek po ZPOmK-1 v svojem temelju v veljavni zakonski ureditvi sam po sebi ni urejen kot kaznovalni postopek, pri zagotavljanju ustreznih standardov za varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin pa je upoštevalo njegove povezave s kaznovalnimi postopki. Glede kaznovalnih značilnosti postopka pred Evropsko komisijo na podlagi Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. 12. 2002 (UL L 1, 04. 1. 2003, str. 1–25) gl. Forrester, 2011: 199–202.

74. členu ZPOmK-1. Tudi v zvezi s koncentracijami Agencija vodi tako postopek presoje koncentracij kot morebitni prekrškovni postopek, zato lahko tudi med tema postopkoma prihaja do prepletanja. Vendar je to prepletanje zaradi preventivne narave postopka presoje koncentracij veliko manjše kot pri omejevalnih ravnanjih.

ZPOmK-1 tako za prekrške v zvezi z omejevalnimi ravnanji kot za prekrške v zvezi s koncentracijami predvideva globo v višini do 10 % letnega prometa podjetja v predhodnem poslovnem letu. Gre za izjemo od splošnega maksimuma, predpisanega v drugem odstavku 15. člena ZP-1 (do 5.000 EUR za posameznika, do 150.000 EUR za samostojnega podjetnika posameznika, do 250.000 EUR za pravno osebo), ki je predvidena v četrtem odstavku istega člena. Ker je globa za prekrške v zvezi z omejevalnimi ravnanji in koncentracijami določena v odstotku, se lahko z vidika načela zakonitosti pojavlja problem določnosti (*lex certa*) take sankcije (tako tudi Achenbach, 2007: 804).

Omejevalna ravnanja in koncentracije so kazenskoppravno sankcionirana v skupnem kaznivem dejanju protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1, za katero je predpisana kazen zapora od 6 mesecev do 5 let. Gre za blanketno kaznivo dejanje, saj se sklicuje na kršitev predpisov, ki urejajo varstvo konkurence, pri čemer so inkriminirani omejevalnimi sporazumi, zloraba prevladujočega položaja in ustvarjanje prepovedanih koncentracij, s katerimi se:

- prepreči ali pomembno ovira ali izkrivlja konkurenco v Republiki Sloveniji ali na trgu Evropske unije (v nad.: EU) ali njenem pomembnem delu, ali pomembno vpliva na trgovino med državami članicami,
- kar ima za posledico veliko premoženjsko korist za to podjetje ali za ta podjetja ali veliko premoženjsko škodo za drugo podjetje.

Tretja skupina prepovedanih omejevanj konkurence so omejevanja konkurence z oblastnimi akti in dejanji, vendar ta niso sankcionirana s prekrški ali kaznivimi dejanji, saj Republika Slovenija in samoupravne lokalne skupnosti ne odgovarjajo za prekrške (13.a člen ZP-1) in kazniva dejanja (2. člen Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja⁹ (v nad.: ZOPOKD)).

⁹ Uradni list RS, št. 59/1999, 12/2000, 50/2004, 98/2004, 65/2008 in 57/2012.

3. Razmerje med prekrški in kaznivimi dejanji na področju omejevalnih ravnanj

V prejšnjem poglavju je bilo predstavljeno prekrškovno in kazenskopravno sankcioniranje vseh konkurenčnopravnih pravil, v nadaljevanju pa bodo obravnavani samo kaznovalnopravni odzivi na področju omejevalnih ravnanj. Prav na področju omejevalnih ravnanj so problemi materialnopravnega prepletanja konkurenčnih pravil z normami prekrškovnega prava in kazenskega prava najbolj izraziti. Čeprav je blanketno normiranje značilno za celotno področje gospodarskega kazenskega prava (Achenbach, 2007: 789), zaradi česar je to področje, ne glede na urejenost v kazenskem zakoniku, mogoče uvrstiti med stransko kazensko zakonodajo, ima materialnopravna prepletenost konkurenčnopravnih, prekrškovnih in kazenskih pravil na področju omejevalnih ravnanj v slovenski ureditvi specifične procesnopravne posledice. Tudi nedavno odločbo Ustavnega sodišča RS,¹⁰ s katero je bilo ugotovljeno neskladje prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1 z URS, je mogoče razumeti kot odraz specifičnih problemov na področju prekrškovnega in kazenskopravnega sankcioniranja prepovedanih omejevalnih ravnanj.

3.1. Materialnopravno razmerje med prekrški in kaznivimi dejanji v zvezi s prepovedanimi omejevalnimi ravnanji

Kot je bilo že izpostavljeno, gre tako pri prekršku v zvezi s prepovedanimi omejevalnimi ravnanji iz 73. člena ZPOmK-1 kot pri kaznivem dejanju protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1 za blanketni normi, ki svoj zakonski dejanski stan črpata iz matične opredelitve prepovedanih omejevalnih ravnanj, kot so določena v 6. in 9. členu ZPOmK-1. Medtem ko gre pri prekršku za popolno prekrivanje njegovih zakonskih znakov s konkurenčnopravno opredelitvijo, vsebuje kaznivo dejanje protipravnega omejevanja konkurence določene dodatne razlikovalne elemente, kar je bistveno z vidika načela pravne države (2. člen Ustave RS) ter načela zakonitosti v prekrškovnem in kazenskem postopku.

Ustavno sodišče RS¹¹ je poudarilo, da je eno od načel pravne države načelo določnosti pravnih pravil, iz katerega med drugim izhaja zahteva, da je dispozicija nekega kaznivega ravnanja določena s svojo jasno vsebino ter da

¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013.

¹¹ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-88/07 z dne 8. 1. 2009.

se loči od vseh drugih dispozicij, ki določajo kazniva ravnanja.¹² Kadar se zakonski znaki prekrška in kaznivega dejanja popolnoma prekrivajo, načelu določnosti ni zadoščeno. Zakonodajalec kot razločevalni element med prekrški in kaznivimi dejanji nemalokrat uporablja objektivne pogoje kaznivosti (Šošić, 2012: 227). Kot je izpostavilo Ustavno sodišče RS v svoji nedavni odločbi,¹³ lahko kot razlikovalni element med prekrški in kaznivimi dejanji služi tudi nastanek prepovedane posledice, pri čemer prekrški inkriminirajo zgolj prepovedana ravnanja, pri katerih ni prišlo do prepovedane posledice, kazniva dejanja pa ravnanja, pri katerih pride do posledice za pravno zavarovano dobrino, bodisi v obliki konkretne ogrožitve ali njene poškodbe.

Kar zadeva prepovedana omejevalna ravnanja je mogoče ugotoviti, da kaznivo dejanje protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1 glede na prekršek iz 73. člena ZPOmK-1 vsebuje dva razlikovalna elementa, in sicer so kot kazniva inkriminirana samo tista prepovedana omejevalna ravnanja, s katerimi se:

- prepreči ali pomembno ovira ali izkrivlja konkurenco v Republiki Sloveniji ali na trgu EU ali njenem pomembnem delu, ali pomembno vpliva na trgovino med državami članicami,
- kar ima za posledico veliko premoženjsko korist za to podjetje ali za ta podjetja ali veliko premoženjsko škodo za drugo podjetje.

Z vidika načela pravne države in načela zakonitosti je torej potrebno preveriti, ali so dodatni zakonski znaki kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1 zadostni, da jasno ločujejo kazniva dejanja od prekrškov s področja prepovedanih omejevalnih ravnanj (73. člen ZPOmK-1).

Zakonski znak kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence, da se mora z omejevalnimi ravnanji preprečiti ali pomembno ovirati ali izkrivljati konkurenco v Republiki Sloveniji ali na trgu EU, ni zadosten razločevalni element za ločitev kaznivega dejanja od prekrškov s področja omejevanja konkurence, saj mora identičen znak biti izpolnjen tudi pri prekrških po 73. členu ZPOmK-1. Pri prepovedanih omejevalnih ravnanjih je ta zakonski znak tudi izrecno naveden v prvem odstavku 6. člena ZPOmK-1. Razlika, da za prekršek zadostuje že sklenitev sporazuma s ciljem preprečevanja, omejevanja ali izkrivljanja konkurence (torej brez nastanka konkretne posledice), je samo navidezna, saj je zaradi višine predpisanega kaznovalnega okvirja v skladu s

¹² Izraz kazniva ravnanja se uporablja kot nadpomenka za disciplinske prestopke, prekrške in kazniva dejanja (Bavcon et al., 2013: 32).

¹³ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-134/11 z dne 11. 7. 2013.

34. členom KZ-1 kazniv tudi poskus kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence po 225. členu KZ-1.¹⁴ Pri prepovedanih zlorabah prevladujočega položaja preprečevanje, omejevanje in izkrivljanje konkurence sicer ni izrecno navedeno, vendar v teoriji ni nobenega dvoma o tem, da gre za zlorabo prevladujočega položaja samo, če se z njim omejuje konkurenco (Grilc et al., 2009: 150; Repas, 2010: 258). Tako pri zahtevi iz prvega odstavka 225. člena KZ-1, da se mora z omejevalnimi ravnanj prepričati ali pomembno ovirati ali izkrivljati konkurenco, pravzaprav ne gre za poseben razlikovalni element, temveč samo za podvajanje znakov iz konkurenčnopravne norme, na katero se 225. člen KZ-1 že tako blanketno sklicuje.

Tudi alternativni zakonski znak, da mora omejevalno ravnanje pomembno vplivati na trgovino med državami članicami, ni razlikovalni element med prekrški in kaznivimi dejanji, temveč razlikovalni element za uporabo konkurenčnega prava EU po členih 101 in 102 Pogodbe o delovanju Evropske unije.¹⁵

Tako je edini resnični razlikovalni kriterij med kaznivimi dejanji in prekrški s področja omejevalnih ravnanj nastanek velike premoženjske škode oz. koristi.¹⁶ Vprašljivo pa ostaja, ali gre z vidika načela določnosti za zadosten in dovolj jasen razlikovalni element. Zaradi pravila *de minimis* iz 7. člena ZPOmK-1 bo (sicer ne po kriteriju višine premoženjske škode oz. koristi, temveč po kriteriju tržnega deleža in nekaterih resnih omejitev konkurence) veliko t. i. bagatelnih omejevalnih sporazumov (Repas (2010): 181) ne bo predstavljajo niti prekrška. Tudi pri presoji zlorabe prevladujočega položaja je za določitev prevladujočega položaja odločilna tržna moč podjetja. Vprašljivo zato ostaja, v koliko primerih bo pri omejevanju konkurence z omejevalnimi sporazumi in zlorabo prevladujočega položaja sploh prišlo do premoženjske škode ali koristi, ki bi bila manjša od 50.000 EUR. Glede na tržni delež oz. tržno moč, ki jo mora imeti podjetje, da bi lahko na prepovedan način omejevalo konkurenco, je mogoče utemeljeno pričakovati, da bo premoženjska škoda oz. korist praviloma velika v smislu 99. člena KZ-1. Kriterij velike premoženjske škode, kot je uporabljen v 225. členu KZ-1, je torej vse prej kot nedvoumna in jasna ločnica med prekrški in kaznivimi dejanji s področja omejevalnih ravnanj.

¹⁴ V zadevi, o kateri je odločilo Ustavno sodišče RS za odločbo U-I-134/11 z dne 11. 7. 2013, je bil položaj drugačen, saj poskus kaznivega dejanja nezakonitega lova po 342. členu KZ-1 ni kazniv, zato bi razlikovanje med prekrški in kaznivimi dejanji glede na nastanek prepovedane posledice lahko bilo smiselno.

¹⁵ UL C 326, 26. 10. 2012, str. 47–390.

¹⁶ V skladu s tretjo točko devetega odstavka 99. člena KZ-1 gre za veliko premoženjsko škodo oz. korist takrat, kadar vrednost presega 50.000 EUR.

Določba 225. člena KZ-1 je zaradi svoje blanketne narave ter pomenske odprtosti in fleksibilnosti konkurenčnih pravil sporna tudi z vidika načela zakonitosti v kazenskem pravu. Pri uporabi konkurenčnih pravil se v okviru teleološke razlage morajo upoštevati tudi cilji, ki se na državni ravni in ravni EU zasledujejo s konkurenčno politiko. To se najbolj izrazito odraža pri zahtevi, da je treba pri omejevalnih ravnanjih, ki so prepovedana zaradi negativnega učinka na konkurenco, posebej dokazovati tudi negativne učinke na položaj oz. koristi potrošnikov (Grilc et al., 2009: 102). Tudi sicer se v okviru konkurenčnega prava uporabljajo številni nedoločni pojmi, kot sta npr. upoštevni trg ali tržna moč, za razlago katerih je velikokrat potrebno uporabiti različne ekonomske modele, pri čemer ni izključeno, da lahko uporaba različnih ekonomskih modelov pripelje do različnih rezultatov. Takšna raztegljivost pojmov je lahko sprejemljiva za konkurenčno pravo, z vidika načela zakonitosti v kazenskem pravu pa je izrazito sporna.

Ugotoviti je mogoče, da je slovenski zakonodajalec kaznivo dejanje protipravnega omejevanja konkurence definiral preširoko in z nejasno razmejitvijo od prekrškov s tega področja. Zaradi izrazite blanketne narave tega kaznivega dejanja in pomenske odprtosti konkurenčnih pravil, na katera se sklicuje, tudi ni v zadostni meri zadoščeno načelu zakonitosti. Glede na takšne probleme je mogoče razumeti zadržanost nekaterih drugih pravnih ureditev pri kazenskopravnem sankcioniranju protipravnega omejevanja konkurence.¹⁷ Ni sicer izključeno, da je treba določene oblike prepovedanega omejevanja konkurence opredeliti kot kaznivo dejanje, vendar bi se kazenskopravno sankcioniranje moralo omejiti na najbolj nevarne oblike omejevanja konkurence. Smiselna opredelitev najbolj nevarnih oblik omejevanja konkurence je tudi predpogoj za določno opredelitev morebitnega kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence, ki mora že v opisu zakonskih znakov jasno ločiti tiste oblike omejevanja konkurence, ki so kaznive, od drugih, ki pomenijo zgolj kršitev konkurenčnopravnih pravil in prekršek.

3.2. Procesnopravno razmerje med prekrški in kaznivimi dejanjih v zvezi s prepovedanimi omejevalnimi ravnanji

Zaradi prekrivanja večine zakonskih znakov prekrškov s področja omejevalnih ravnanj s kaznivim dejanjem protipravnega omejevanja konkurence bo med njimi vselej podan idealni stek, kar ima določene specifične procesne posledice. Za vodenje prekrškovnih postopkov v zvezi s

¹⁷ V zvezi s t. i. »historično zadržanostjo« nemškega zakonodajalca glede kazenskopravne inkriminacije takšnih dejanj gl. Immenga, Mestmäcker, 2007: § 87.

prepovedanimi omejevalnimi ravnanji je namreč pristojna Agencija, za pregon kaznivih dejanj pa državno tožilstvo.

Razmerje med prekrškovnim in kazenskim postopkom je urejeno v 11. členu ZP-1. V skladu s to določbo ima kazenski postopek prednost pred prekrškovnim, saj se prekrškovni postopek ne sme začeti oz. se mora prekiniti, dokler kazenski postopek ni pravnomočno končan. Če je kazenski postopek končan z obsodilno sodbo, se prekrškovni postopek ne vodi in se storilcu ne izrekajo sankcije za prekršek. V kolikor se kazenski postopek konča z oprostilno sodbo ali z zavrnitvijo oz. zavrženjem obtožnega akta, se postopek za prekršek vodi le, če ga razlogi za odločitev v kazenskem postopku ne izključujejo (npr. v kazenskem postopku storilcu ni bilo mogoče dokazati nekaterih znakov kaznivega dejanja, ki pa niso znaki prekrška).

V zvezi s prekrški, ki se nanašajo na prepovedana omejevalna ravnanja, to pomeni, da Agencija ne bi smela začeti postopka o prekršku oz. bi ga morala prekiniti in podati ovadbo državnemu tožilstvu, in sicer vselej kadar bi bili izpolnjeni zakonski znaki kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence po 225. členu KZ-1 (torej vselej, kadar bi bila podana velika premoženjska škoda oz. korist). V praksi se to ne dogaja, saj Agencija daje prednost prekrškovnim postopkom.¹⁸

Pravnomočno končan postopek o prekršku sicer nujno ne izključuje kasnejše izvedbe kazenskega postopka. Tretji odstavek 56. člena KZ-1 za takšne primere določa, da se globa, ki jo je storilec plačal za prekršek, všteje v denarno kazen, izrečeno za kaznivo dejanje, ki ima hkrati znake prekrška. Vendar je pri tem potrebno upoštevati prepoved ponovnega sojenja o isti stvari (načelo *ne bis in idem*), kot jo določa 31. člen URS, 4. člen Protokola št. 7 k Evropski konvenciji o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter 10. člen ZKP. Načelo *ne bis in idem* namreč ne prepoveduje samo ponovnega sojenja za kazniva dejanja, temveč se nanaša tudi na primere, kadar so z istim historičnim dogodkom izpolnjeni tako znaki prekrška kot kaznivega dejanja. Iz prakse Evropskega sodišča za človekove pravice¹⁹ (v nad.: ESČP) in Ustavnega sodišča RS²⁰ namreč izhaja, da pravnomočno

¹⁸ To izhaja tudi iz dejstva, da v zvezi s kaznivim dejanjem protipravnega omejevanja konkurence še ni bila objavljena nobena sodna odločba.

¹⁹ Vodilna odločba je sodba v zadevi Zolotukhin proti Rusiji (sodba št. 14939/03 z dne 10. 2. 2009), na katero se je ESČP sklicevalo tudi v številnih kasnejših zadevah, kot so Ruotsalainen proti Finski (sodba št. 13079/03 z dne 16. 6. 2009), Maresti proti Hrvaški (sodba št. 55759/07 z dne 25. 6. 2009), Tsonyo Tsonov proti Bulgariji (sodba št. 2376/03 z dne 14. 6. 2010), Tomasović proti Hrvaški (sodba št. 53785/09 z dne 18. 10. 2011), Khmel proti Rusiji (sodba št. 20383/04 z dne 12. 12. 2013).

²⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-24/10 z dne 19. 4. 2012.

končan postopek o prekršku izključuje kazenski pregon, kadar tako prekršek kot kaznivo dejanje temeljita na identičnih ali bistveno enakih dejstvih.

Glede na opisano tesno materialnopravno povezavo med prekrški s področja omejevalnih ravnanj in kaznivim dejanjem protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1, bodo tako prekrški kot kazniva dejanja praviloma temeljili na identičnih dejstvih, saj višina povzročene premoženjske škode oz. koristi ni dejstvo, ki bi utemeljevalo drug historični dogodek oz. življenjski primer. Iz tega sledi, da bo v primerih, kadar Agencija pravnomočno sankcionira storilce prekrškov s področja omejevalnih ravnanj, ki hkrati izpolnjujejo zakonske znake kaznivega dejanja protipravnega omejevanja konkurence, zaradi načela *ne bis in idem* kazenski pregon praviloma onemogočen.

4. Problem prepletanja nadzornega in prekrškovnega postopka

Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013 odločilo, da je bil prvi stavek prvega odstavka 28. člena ZPOmK-1, ki je omogočal, da je Agencija v podjetjih opravljala preiskavo brez predhodne odredbe sodišča, v neskladju z URS. Ustavno sodišče RS je v navedeni odločbi upoštevalo dejstvo, da postopek nadzora in prekrškovni postopek po ZPOmK-1, ki sta sicer formalnopravno ločena postopka, vodi isti organ, da se nanašata na ista dejanska stanja, dokazi iz nadzornega postopka pa so podlaga za prekrškovni in celo kazenski postopek. Zaradi navedenega, po presoji Ustavnega sodišča RS, ni pomembno, ali gre že pri nadzornem postopku za kaznovalni postopek, temveč je bistveno, da je ta postopek podlaga morebitnih nadaljnjih kaznovalnih postopkov, zaradi česar je pooblastila Agencije v nadzornem postopku potrebno presojati kot pooblastila državnega organa, ki so mu dana za izvedbo kaznovalnega postopka.²¹ Ker se s preiskavo podjetij posega v najožje polje prostorske zasebnosti in v komunikacijsko zasebnost, ki sta ustavno zagotovljeni tudi pravnim osebam,²² je za njuno omejevanje potrebna vnaprejšnja sodna odločba.²³ Ustavno sodišče RS je sicer poudarilo, da sta pravici do prostorske in komunikacijske zasebnosti pravnih oseb z URS varovani manj intenzivno kot pri fizičnih osebah, kar bi se lahko odražalo predvsem v blažjih pogojih za odreditev posega (glede stopnje suma, razlogov za poseg itd.) tako na abstraktni ravni kot v konkretnih postopkih, v možnosti odreditve bolj invazivnih in dolgotrajnih posegov itd.²⁴

²¹ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013, tč. 37.

²² Prav tam, tč. 24., 26. in 29.

²³ Prav tam, tč. 38.

²⁴ Prav tam.

Tej ideji je očitno želel slediti tudi zakonodajalec, saj je sprva kot pogoj oz. standard suma za izdajo sodne odredbe za preiskavo želel določiti razloge za sum, da je prišlo do konkurenčnopravne kršitve,²⁵ kar v kazenskem pravu predstavlja najnižjo stopnjo suma oz. verjetnosti. ZKP v prvem odstavku 214. člena kot pogoj za preiskavo stanovanja in drugih prostorov obdolženca določa utemeljene razloge za sum. Gre za stopnjo verjetnosti, ki je višja od razlogov za sum ter se že približuje utemeljenemu sumu, ki je pogoj za začetek kazenskega postopka. V kolikor bi zakonodajalec v zvezi s preiskavo podjetij na podlagi ZPOmK-1 sprejel ureditev, po kateri bi bilo mogoče sodno odredbo za preiskavo izdati že na podlagi razlogov za sum, bi zvezi s preiskavami prostorov v pravni red vnesel dva različna pravna standarda. Glede na to, da gre pri razlogih za sum za izrazito nizko stopnjo verjetnosti, bi izdajanje sodnih odredb na podlagi 28. člena ZPOmK-1 postal goli avtomatizem, saj so razlogi za sum podani zelo hitro, zato sodišča ne bi imela pravne podlage za vsebinsko presojo potrebe po posegu v ustavno varovani pravici do prostorske in komunikacijske zasebnosti. Opozoriti je treba tudi, da se pojem podjetje v skladu s prvo točko prvega odstavka 3. člena ZPOmK-1 nanaša na vsak subjekt, ki opravlja gospodarsko dejavnost, ne glede na njegovo pravnoorganizacijsko obliko, torej tudi na fizične osebe. Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-40/12 nižje standarde za poseg v komunikacijsko in prostorsko zasebnost omenjalo izključno v povezavi s pravnimi osebami, zato bi bila ureditev, ki bi omogočala preiskavo prostorov fizičnih oseb zgolj na podlagi razlogov za sum, ustavno izrazito sporna. Zakonodajalec je torej sprejel pravilno odločitev, ko je odstopil od prvotnega predloga ter kot standard verjetnosti za sodno odreditev preiskave podjetij določil utemeljene razloge za sum, da je prišlo do konkurenčnopravne kršitve.²⁶ Gre torej za tak standard verjetnosti, ki se v skladu s 214. členom ZKP zahteva za izdajo sodne odredbe za hišno preiskavo v predkazenskem in kazenskem postopku.

Ne glede na to ostaja formalnopravno ločevanje nadzornega in prekrškovnega postopka še vedno sporno.²⁷ Vpeljevanje drugačnih pravnih standardov v nadzorni postopek, ki poteka po določbah ZPOmK-1, kot veljajo po ZP-1,²⁸ ne prispeva k utrjevanju pravne varnosti. Dokaze, pridobljene v nadzornem postopku, Agencija uporablja tudi v prekrškovnem postopku. Zato bi bilo smiselno razmisliti tudi o formalni združitvi

²⁵ Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah ZPOmK-1, št. 007-98/2013-17 z dne 25. 2. 2014 (EVA 2013-2130-0015).

²⁶ Uradni list RS, št. 33/2014 (ZPOmK-1E).

²⁷ Gl. tudi tč. 8–11 delno odklonilno ločenega mnenja ustavnega sodnika mag. Mozetiča k odločbi Ustavnega sodišča U-I-40/12.

²⁸ Prim. predvsem 28. člen ZPOmK-1 in 67. člen ZP-1.

nadzornega in prekrškovnega postopka, saj so konkurenčnopravni ukrepi in sankcije po svoji naravi zelo blizu kaznovalnim ukrepom in sankcijam. Poleg tega zakonodajalec že v okviru trenutno veljavne ureditve pri nadzornem postopku, ki je formalno upravni postopek, uporablja pojme kaznovalnega prava (»utemeljeni razlogi za sum« iz določbe tretjega odstavka 28. člena ZPOmK-1). Nadzorni postopek bi bilo možno tudi formalno urediti kot posebno vrsto prekrškovnega postopka, pri čemer bi bilo potrebno ustrezno urediti situacije, kadar so s konkurenčnopravno kršitvijo izpolnjeni zakonski znaki kaznivega dejanja. V tem primeru bi bilo treba nadzorni postopek, ki se nanaša na izrek globe, ustaviti in ga nadaljevati samo v delu, ki se nanaša na konkurenčnopravne ukrepe.

5. Zaključek

Iz predstavljenih problemov je razvidno, da je ureditev prekrškovnega in kazenskega sankcioniranja konkurenčnopravnih kršitev relativno zahtevna naloga. Zakonodajalec mora poleg konkurenčnopravnih izhodišč upoštevati tudi posebnosti kaznovalnega prava, zlasti garancije, ki so potrebne za varstvo fizičnih in pravnih oseb pred zlorabo državne oblasti. Osrednjo vlogo pri tem imajo načelo zakonitosti in procesna jamstva, katerih namen je zagotavljanje poštenega prekrškovnega in kazenskega postopka. Z vidika načela zakonitosti je sporna popolna blanketna ureditev prekrškov v zvezi s konkurenčnopravnimi kršitvami, saj konkurenčno pravo mnogokrat namenoma uporablja nedoločne izraze, kar za kaznovalno pravo ne more biti vselej sprejemljivo. Prav tako je po trenutno veljavni ureditvi kaznivo dejanje protipravnega omejevanja konkurence iz 225. člena KZ-1 opredeljeno preširoko in ni jasno razmejeno od prekrškov s tega področja. Zaradi izrazite blanketne narave tega kaznivega dejanja in pomenske odprtosti konkurenčnih pravil, na katera se sklicuje, tudi ni v zadostni meri zadoščeno načelu zakonitosti. Kar zadeva postopkovne garancije, je odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-40/12 in novelo ZPOmK-1E mogoče pozdraviti kot korak v pravo smer, zaradi večje pravne varnosti pa bi bilo smiselno razmisliti o formalni združitvi nadzornega in prekrškovnega postopka.

Literatura / References

Achenbach, H. (2007) Das Strafrecht als Mittel der Wirtschaftslenkung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119(4), str. 789–815.

Bavcon, L., Šelih, A., Ambrož, M., Korošec, D., Filipčič, K. (2013) *Kazensko pravo: splošni del* (Ljubljana: Uradni list RS).

Forrester, I. S. (2011) A Challenge for Europe's Judges: The Review of Fines in Competition Cases, *European Law Review*, 36(2), str. 185–207.

Grilc, P. (ur.), Bratina, T., Galič, A., Kerševan, E., Kocmut, M., Podobnik, K., Vlahek, A., Zabel, B. (2009) *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjem* (Ljubljana: GV Založba).

Haines, F., Beaton-Wells, C. (2012) Ambiguities in Criminalizing Cartels, *A Political Economy British Journal of Criminology*, 52(5), str. 953–973.

Immenga, U., Mestmäcker, E.-J. (2007) *Wettbewerbsrecht* (München: Verlag C. H. Beck).

Keresteš, T., Repas, M. (2012) Nekateri ustavnopravni vidiki pooblastil Urada za varstvo konkurence, *LeXonomica*, IV(2), str. 217–239.

Parker, C. (2012) Economic Rationalities of Governance and Ambiguity in the Criminalization of Cartels, *British Journal of Criminology*, 52(5), str. 974–996.

Repas, M. (2010) *Konkurenčno pravo v teoriji in praksi: Omejevalna ravnanja in nadzor koncentracij* (Ljubljana: GV Založba).

Roxin, C. (2006) *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (München: Verlag C. H. Beck).

Šošić, M. (2012) *Varstvo pravic iz delovnih razmerij z vidika kazenskega prava in prava o prekrških, Dvajseto posvetovanje Gospodarski subjekti na trgu* (Maribor: Pravna fakulteta Univerze v Mariboru in Inštitut za gospodarsko pravo Maribor), str. 218–228.

Whelan, P. (2013) Cartel Criminalization and the Challenge of »Moral Wrongfulness«, *Oxford Journal of Legal Studies*, 33(3), str. 535–561.