

Др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ*

НАГОДБА КАО КАУЗА И ПОСЛЕДИЦА РЕСТРИКТИВНОГ СПОРАЗУМА

Резиме

Предмет истраживања рада јесте основаност примене института нагодбе у различитим сегментима управног поступка због повреде конкуренције. У домену рестриктивног споразумевања испитује се однос између ослобађања од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, потпуног или делимичног, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (имунитет-нагодба) са једне, и нагодбе која се закључује у поступку у циљу његовог ефикаснијег окончања (нагодба-поравнање), са друге стране.

Домаће право конкуренције исказује различит однос према појединим категоријама нагодбе на нивоу примарне заштите ефективне конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе постоји од 2013. године и оправдано има узлазну линију примене. Док пракса заштите конкуренције од рестриктивног споразумевања већ садржи значајан број случајева имунитет-нагодби, домаћа легислатива још не препознаје могућност нагодбе у току поступка којом се санкција умањује зарад признања учешћа у недозвољеном договору. Уколико би се овај вид поравнања увео у домаћи законодавни оквир, с тим да штетне последице околности непостојања нису значајне, режим његове примене треба да буде постепен и рестриктиван.

Кључне речи: *рестриктивни споразум, имунитет од санкције, поравање, прекид поступка по основу нагодбе, правило разумне процене*

* Редовни професор Факултета политичких наука Универзитета у Београду; члан Ужег преговарачког тима за приступање Републике Србије Европској унији. Чланак је резултат рада на пројекту бр. 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС

I Правна природа рестриктивног споразума

Сагласност воља је тежишна тачка сваког уговорног односа, па и рестриктивног споразума. Да ли сагласност воља – накнадно, у процесном амбијенту између органа управе и учесника рестриктивног споразума препознаје правни основ и оправдање да се појави у виду нагодбе – предмет је истраживања овога рада. Нагодба као институт грађанског права има своје све значајније место у управном поступку због повреде конкуренције, како због екстензивне примене принципа добре управе, тако и процесне ефикасности којој директно доприноси.

Рестриктивни споразум као договор привредних субјеката о координацији пословања на одређеном тржишту иницијално представља облигациони однос чија је кауза умањење, односно отклањање конкурентског ризика и консеквентно максимизација профита. Рестриктивни споразуми представљају инструмент коме привредни субјекти прибегавају да би кроз заједничко обављање одређене активности искористили предност економије обима и умањили притисак фиксних трошкова.¹ Такво, економски рационално, појединачно понашање пословног субјекта резултира, међутим, у домену општег и јавног интереса негативним ефектима по друштвено благостање. Околност да споразум за циљ или последицу има нарушавање, ограничавање или спречавање ефективне конкуренције, секундарно га квалификује као неприхватљивог са становишта права конкуренције.

Рестриктивно споразумевање односи се на договоре и савезе тржишних учесника, путем којих се искључује или ограничава међусобна конкуренција на одређеном тржишту, са циљем да се путем контроле претежног дела привредне активности осталим субјектима наметну услови пословања и оствари екстрапрофит. Битне одлике рестриктивног споразума су: форма уговора, одлуке, усаглашене праксе или другог вида договора; закључује се између учесника на релевантном тржишту; споразум се односе на услове пословања и усмерен је на нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције; споразумом се постиже или се може постићи повлашћени тржишни положај који произилази из договорених услова пословања², а не из природног или правног монопола;

1 Беговић Б, Павић В, Увод у право конкуренције, Београд, 2012, с.59

2 Russo F, Maarten P.S, Gunster A, Carree M, European Commission Decisions on Competition, New York, 2010, p.318

остварени повлашћени положај на тржишту утиче на интересе других учесника и потрошача.³

Рестриktivним споразумевањем⁴ спречава се слободна размена роба и услуга на тржишту, консеквентно чему се тржишним субјектима који не учествују у договору ускраћује могућност фер такмичења под равноправним условима, или се она значајно сужава. Учесници споразума обезбеђују себи повлашћени тржишни положај, на основу кога су у могућности да једнострано диктирају услове робног, и промета услуга. Тиме поред конкурената бивају оштећени и потрошачи и други корисници, као и друштвена заједница у целини.⁵ Стога они представљају најтежу повреду ефективне тржишне конкуренције и за правну последицу имају ништавост. Постојање намере рестриktivног договарања се претпоставља, а забрана је уставновљена *per se*. Међутим, стварни домети оваквог правног режима су ужи него што би се очекивало, не само с обзиром да су учесници свесни немогућности примене редовних инструмената за случај неизвршења, него и услед могућности накнадног изузимања рестриktivног договора од режима забране. Најзад, у случају да је у основном уговору садржана недозвољена рестриktivна клаузула, њена правна природа и даља судбина сматра се независном у односу на уговор; ништавост рестриktivне, односно монополске клаузуле не значи и ништавост уговора. Када је реч о правној судбини деривативних правних послова, они задржавају правно дејство у пуном капацитету, осим одредаба које имају карактер рестриktivних клаузула.⁶

Услед амбивалентности и сложености правне природе рестриktivних споразума, одговор на питање о њиховој допуштености се мора

3 Васиљевић М, Трговинско право, Београд, 1995, с.282

4 Именоване категорије рестриktivних споразума односе се на случајеве: непосредног или посредног утврђивања куповне или продајне цене, односно других услова трговања; ограничавања и контроле производње, тржишта, техничког развоја или инвестиција; примене неједнаких услова пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; условљавање закључивање уговора или споразума прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; поделе тржишта или извори набавки. Вид. чл. 10 Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС бр. 51/09 и 95/13) даље: Закон и чл. 101, ст.1 Уговора о функционисању Европске уније

5 Биро З, Коментар Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, Београд, 1976, с.14

6 Чл. 105. Закона о облигационим односима (Службени лист СФРЈ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УС и 57/89, Службени лист СРЈ бр 31/93 и Службени лист СЦГ бр. 1/03-УП)

тражити и шире од регулаторног оквиру права конкуренције, у духу теорије о слободи и правној моћи привредних субјеката да дају и примају обавезујућа обећања, заједно са свим последицама коришћења те снаге.⁷ У облигационом односу стране су дужне да преузету обавезу изврше и одговарају за њено испуњење, а обавеза се може угастити или на основу закона, или сагласношћу воља страна уговорница⁸; домет принципа “*Pacta sunt servanda*” досеже и изван граница допуштених споразума.

Са друге стране, правила разумне примене (*Rule of reason*)⁹ и малог значаја (*De minimis*)¹⁰ воде секундарној допуштености рестриктивних споразума у случајевима изузимања, односно ослобађања од режима забране. Полазећи од квантитативног критеријума, договор који нема за циљ или последицу значајно нарушавање конкуренције се и не квалификује као рестриктиван. Примена правила разумне процене се заснива на квалитативној оцени споразума који, иако неспорно рестриктиван, садржи потенцијал позитивних ефеката који се могу јавити као превалентни. Рестриктивни споразуми бивају изузети од забране у случају кумулативног испуњења два услова: да доприносе подстицању техничког или економског напретка или унапређењу производње и промета робе и услуга и да истовремено не резултирају искључењем конкуренције са релевантног тржишта (већ њеним нарушавањем или ограничавањем), при чему другим учесницима нису наметнута ограничења осим оних нужних за остваривање циља споразума, а потрошачима је омогућено уживање правичног дела користи позитивних ефеката споразума.¹¹ Одговор на питање о допуштености споразума стога се мора тражити при осетљивој граничној линији између слободе пословног повезивања (укључујући заједничко наступање на тржишту) и забране договарања конкурената - од којих право захтева да природни однос супарништва не замене сарадњом, уз поштовање начела јавног поретка и добрих пословних обичаја.

7 Burton S, Principles of Contract Law, St. Paul, 2001, p.11

8 Чл. 17. Закона о облигационим односима

9 Правило резона претпоставља процену развојног доприноса и антикомпетитивног дејства једног пословног понашања, односно договора, и њихово поређење (након свођења на заједнички именилац) у смислу позитивних дејстава и штетних последица.

10 Whish R, Bailey D, Competition Law, New York, 2012, p.140

11 Чл. 11 Закона о заштити конкуренције

II Нагодба по основу имунитета

С обзиром на унутрашњу противуречност економско-правне природе рестриктивног уговора и околност да поштовање испуњења договора не може бити заштићено редовним правним средствима, његову битну одлику представља латентно преиспитивање поверења међу учесницима посла. Истовремено, с обзиром да је реч о тајним споразумима који представљају најтежи вид повреде ефективне конкуренције, сложеност и значај доказивање њиховог постојања стоје у директној сразмери.

Ослобађање од санкционисања, потпуно или делимично, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (*Leniency*) представља институт проистекао из примене принципа прагматичности и ефикасности у домену истраживања повреда ефективне тржишне конкуренције. Како би се поступак успешно окончао, полазећи од специфичних видова рестриктивног споразумевања које је неретко (посебно у случајевима прећутних договора и усаглашене праксе) тешко утврдити и сагледати, јавни интерес је стављен испред целисходности кажњавања једног учесника, коме се даје имунитет или умањује казна, у замену за добијање релевантних информација и доказа, пре или током поступка. Ослобађање или умањење новчане казне по основу сарадње у управном поступку не штити привредног субјекта од грађанско-правних последица и поступака који се поводом њих покрену услед повреде правила о забрани рестриктивног споразумевања¹².

Договор о ослобађању од обавеза из мере заштите конкуренције представља вид нагодбе у управном поступку, која омогућава његово покретање или успешно окончање – санкција се умањује или анулира зарад добијања доказа о противправном рестриктивном договору које ће водити санкционисању других учесника и умањењу, односно елиминацији анти-конкуренијског ризика, односно његових штетних последица. Нагодба се јавља у два појавна облика. Учесник споразума у домаћем праву који пледира на уживање пуног имунитета од изрицања санкције у виду обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, која може да износи највише 10% од оствареног укупног годишњег прихода у години која претходи учињеној повреди¹³, стиже до нагодбе на два начина: уколико Комисији за заштиту конкуренције први пријави да је односни спора-

12 Чл. 39 Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

13 Види чл. 68, ст.1 Закона

зум закључен (о чему она није имала сазнања) или уколико достави доказе подобне за доношење закључка о покретању поступка услед рестриктивног споразумевања (о чијем постојању је Комисија имала сазнање, али не и адекватне доказе)¹⁴. Са друге стране, у ситуацији да током поступка испитивања повреде конкуренције учесник споразума достави доказе који Комисији до тог тренутка нису били доступни, а омогућавају окончање поступка и доношење одлуке о повреди конкуренције - може бити умањена вредност новчаног износа мере заштите конкуренције.

Да би привредни субјект који је закључио рестриктивни споразум у домаћем праву остварио нагодбу и био ослобођен обавезе плаћања (дела) новчаног износа мере заштите конкуренције, кумулативно морају бити испуњена четири услова: да је први пријавио споразум о коме Комисија није имала сазнања, односно није имала довољно доказа да би поступак био покренут; да доказе и достави, односно укаже на њихов извор или место налажења; да се не јавља у својству иницијатора или организатора рестриктивног споразума и да није принудио или подстрекао друге тржишне учеснике на рестриктивно споразумевање. Подносилац пријаве, или доказа, о постојању рестриктивног споразума је обавезан да без одлагања обустави учешће у истом, осим изузетно, ако другачије налаже интерес спровођења поступка, и да се уздржи од давања информација трећој страни о сарадњи са Комисијом за заштиту конкуренције.¹⁵

III Нагодба по основу поравнања

Домаће право познаје, а домаћа пракса заштите конкуренције у значајном броју случајева је и применила могућност учесника рестриктивног споразума да се нагоди са Комисијом за заштиту конкуренције о потпуном или делимичном имунитету, превасходно у замену за давање информација или доказа о постојању недопуштеног посла. Други могући облик нагодбе у домену процесуирања рестриктивних споразума којом се постиже поравнање у смислу признања дела у замену за умањење санкције наше право још увек не познаје, али треба очекивати његово увођење у домену усаглашавања са прописима и стандардима права конкуренције Европске уније, у коме је такође примена модела имунитета претходила поравнању у овом сегменту заштите ефективне конкуренције.

14 Чл. 69, ст. 2 Закона

15 Види чл. 2 и 3. Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (Службени гласник РС бр. 50/10)

Директна нагодба путем поравнања (*Direct Settlement*) се постиже након покренутог поступка због повреде конкуренције по основу рестриктивног споразума, за разлику од нагодбе путем имунитета која се по правилу закључује ради добијања информације о постојању рестриктивног споразума, односно доказа који управо треба да омогуће правне претпоставке за отпочињање поступка; ређе, у току поступка делимично ослобађање од обавезе из мере заштите конкуренције се омогућава странци у замену за достављање доказа који ће омогућити окончање поступка доношењем решења о повреди конкуренције. Учесник споразума дакле може остварити нагодбу и уколико нема статус странке у поступку. Са друге стране, нагодба путем поравнања подразумева тежиште активности на страни органа који води поступак (Европска комисија и изгледно Комисија за заштиту конкуренције у домаћем праву), за разлику од нагодбе путем имунитета где иницијалну улогу има учесник рестриктивног споразума. Оно што је заједничко за оба облика нагодбе јесте да могу резултирати или ослобађењем од казне или њеним умањењем за учесника рестриктивног споразума, као награде за сарадњу у поступку. Поље материјално-правног преклапања између два института односи се на ситуацију постигнуте нагодбе током поступка која подразумева достављање доказа који омогућавају доношење одлуке о постојању повреде конкуренције, с тим да се у случају модела имунитета новчана казна умањује, а у случају поравнања може бити чак и укинута.

Поравнање као процесни споразум претпоставља сагласност обе стране о заједничком пољу подударности интереса од којих се као основни јављају окончање поступка установљавањем повреде конкуренције и смањење, односно чак анулирање санкције, за учесника рестриктивног споразума. Примена института поравнања дискреционо је овлашћење Комисије, разуме се под претпоставком да је странка заинтересована за такав договор.

Иницијатива за закључење поравнања може бити исказана од стране Комисије или странке, након што је покренут поступак за утврђивање повреде члана 101. Уговора о функционисању Европске уније. С обзиром да нужан услов закључења поравнања представља признање странке о учешћу у рестриктивном споразуму и прихватање одговорности за такво понашање, логична процесна претпоставка за формулисање њеног интереса јесте сазнање о информацијама којима Комисија већ располаже. Комисија има могућност да странку која учествује у преговорима о условима нагодбе обавести о примедбама на понашање које квалификује као нару-

шавање, ограничавање или спречавање конкуренције на релевантном тржишту, природи доказа на основу којих је такав правни став утемељен и висини могуће казне.¹⁶ Посебну важност приликом омогућавања страници да оствари увид у списе има заштита пословних тајни и других поверљивих информација.¹⁷ Следећи процесни корак подразумева да се странка у свом одговору изјашњава о исказаним примедбама и потенцијалној одговорности. Изјава странке о спремности да приступи преговорима о нагодби у првој фази поступка, када се заправо проверава њена заинтересованост за оваквим процесним модалитетом, свакако не значи нити имплицитно признање одговорности за повреду конкуренције.

Комисија је обавезна да у поступку поравнања обавести странку о свим битним чињеницама и околностима и пружи јој могућност да се у разумном року о њима изјасни. Када обавештење о прелиминарно утврђеним чињеницама садржи битне елементе понуде за нагодбу, писаним одговором на односно обавештење, у року који је Комисија утврдила, странка може потврдити да оно одражава садржај њене понуде за нагодбу. У том случају, Комисија има могућност да поступак оконча доношењем одлуке по основу поравнања којом се утврђује повреда чл. 81. УФЕУ, налаже отклањање повреде конкуренције и изриче новчана казна за привредног субјекта чија вредност није већа од 10% укупног прихода у претходној пословној години.¹⁸ Околност да је учесник рестриктивног споразума сарађивао са Комисијом у току управног поступка наводи се у коначној одлуци као разлог за умањење износа казне, све до анулирања.

У случају када Комисија оцени да нагодба доприноси ефикасности поступка, након што је постигнут договор о обиму потенцијалних повреда конкуренције и процени могућих санкција, странку обавештава о року у коме треба да поднесе коначни поднесак у виду захтева за нагодбу. Уколико странка то не учини, Комисија наставља са редовним поступком, а странка губи могућност да он буде окончан поравнањем. Захтев за нагодбу у виду предлога за поравнање садржи следеће битне елементе: недвосмислено признање да је учињена повреда конкуренције, потврду странке да је у адекватној мери била информисана о становишту

16 Чл. 10(а), ст. 2 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 622/2008 о измени Уредбе (ЕЗ) бр. 773/2004 о спровођењу поступка нагодбе у картелним предметима

17 Чл. 15, ст. 2 и 4 и чл. 16, ст. 1 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 773/2004 о поступцима које Комисија води на основу чланова 81 и 82 Уговора о ЕЗ

18 Чл. 7, ст. 1 и чл. 23, ст. 2 и 3 Уредбе (ЕЗ) бр. 1/2003 о спровођењу правила о тржишном такмичењу која су прописана члановима 81 и 82 Уговора о ЕЗ

Комисије у вези са односном повредом (путем Обавештења о битним чињеницама), опредељење горње границе распона санкције за коју се сматра да ће бити изречена и сагласност странке да прихвати одлуку Комисије.¹⁹ Уколико се не пружи изјашњење о свим битним наводима Комисије, захтев за нагодбу се одбија. Странка прекида активности везане за рестриктивно споразумевање одмах по подношењу захтева за поравнањем, осим у случају процене Комисије да их је потребо наставити зарад очувања интегритета надзора над послом.²⁰

Комисија има право да одлучи са којом странком ће ући у поступак нагодбе. Уколико преговоре о нагодби одлучи да води са више странака, све учеснице морају бити обавештене о тој околности, када се именује њихов заједнички представник за даље учешће у поступку. Комисија има овлашћење да у било ком тренутку прекине преговоре о нагодби са једном или више странака учесница, уколико сматра да позитиван процесни исход није вероватан.²¹ Дискреционо је право Комисије да захтев за нагодбу не прихвати. Признања странке учињена приликом подношења захтева у том случајум се сматрају отказаним и не могу бити употребљена, као ни пратећи докази, у било ком облику и против било које странке у поступку.

Закључено поравнање за странку значи умањење или анулирање обавезе плаћања новчане казне по основу учињене повреде конкуренције. Ослобађање од казне се по правилу сусреће у случајевима нагодбенимунитета у замену за откривање постојања рестриктивног споразума и омогућавање покретања истражног поступка, док је код поравнања изузетно могуће у ситуацији да сарадња странке одлучујуће доприноси утврђивању повреде и ефикасном окончању поступка, до кога је немогуће доћи на други начин. Право на закључење поравнања које подразумева ослобађање од казне нема учесник који је друге саговораче присилио да приступе рестриктивном споразуму или да из њега не иступе. Међутим, њему се још увек признаје могућност да поравнање оствари у домену умањења казне. Смањење новчане казне као елемент поравнања пропорционално је стварном доприносу странке утврђивању повреде конку-

19 Чл. 2.3 (20) Обавештења Комисије о вођењу поступака нагодбе са циљем доношења одлука у складу са чланом 7 и чланом 23 Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 1/2003 у предметима картела (2008/Ц 167/1)

20 Чл. 12 (б) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

21 Чл. 10(а), ст. 4 Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 622/2008 о измени Уредбе (ЕЗ) бр. 773/2004 о спровођењу поступка нагодбе у картелним предметима

ренције и могуће је само у случају да се Комисији доставља доказ са знатном додатном вредношћу у односу на оне којима већ располаже.²²

IV Нагодба по основу прекида поступка

У ситуацији када је поступак испитивања повреде конкуренције у току, могуће је да одлуком надлежног органа, а на предлог странке, он буде прекинут. Уместо редовног тока који води доношењу решења којим се утврђује повреда и одређују сруктурне мере, мере понашања и новчана казна, чини се процесно скретање ка нагодби која ће резултирати прекидом поступка - у ситуацији постојања претпоставке о опасности по ефективну конкуренцију коју предложене мере на чије се спровођење привредни субјект обавезује могу отклонити.

Иако се правила о прекиду поступка услед нагодбе (*Commitments procedure*) потенцијално примењују на оба облика повреде конкуренције, у области рестриктивних споразума се овај институт сусреће само изузетно. С једне стране, реч је о најозбиљнијем облику повреде конкуренције, са друге стране институт прекида поступка услед нагодбе претпоставља изјаву воље (односно усаглашених воља) о добровољном прихватању обавеза по основу претпостављеног нарушавања конкуренције, а са треће стране аналогне ефекте омогућава модел поравнања. Стога се нагодба по основу прекида поступка примењује превасходно у случајевима злоупотребе доминантног положаја, ретко за вертикалне споразуме и никада за картеле.

У материјално-правном смислу, то је случај нагодбе који значајно доприноси ефикасности поступања, а у перспективи и максимизацији степена заштите ефективне конкуренције на односном тржишту. Иницијално, реч је о једностраној, обавезујућој изјави воље коју друга страна прихвата - креирајући споразум, у смислу размене обавезујућих и међусобно условљених обећања. Правни резултат је условна нагодба, али ипак не поравнање, јер је могуће да поступак буде настављен. Битни елементи института у домаћем праву су: предлог за прекид поступка искључиво подноси странка - тржишни учесник²³; предлог је прецизиран, временски орочен и образложен; може бити прихваћен само уколико је

22 Чл. I (4) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

23 Рок за подношење предлога није прецизиран у комунитарном праву, па су могућа два решења: предлог се подноси до пријема Обавештења о битним чињеницама (које усваја и домаће право), или до доношења решења.

подобан да анулира разумну опасност по ефективну конкуренцију²⁴; подобност предлога мора бити тржишно тестирана.

Тржишни учесник, на основу података садржаних у закључку Комисије о покретању поступка или чињеница које су утврђене током њега, свестан својих поступака и квалификујући их са становишта правила о заштити конкуренције и претходне праксе поступања Комисије у сличним случајевима, а затим процењујући са становишта *pro et contra* ефекте добровољног претходног прихватања одређених мера, извесно ограничавајућих са становишта сопственог пословног интереса, и стављањем тог сценарија у шири концепт чију другу колону чини могући исход поступка који је започет од стране Комисије - доноси одлуку о давању понуде за нагодбом. На следећем нивоу, пошто је таква стратешка одлука донета, налази се креирање оптималног модела предлога - који ће са једне стране испуњавати (очекиване) услове Комисије за прихватање, а са друге садржати најмањи степен обавеза привредног субјекта, који се објективно морају прихватити (односно понудити). Тржишни учесник поводом чијег понашања је покренут поступак испитивања повреде конкуренције може најкасније до пријема обавештења о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на коме ће бити засновано решење Комисије да поднесе предлог о обустави поступка, на основу једностране изјаве о обавезама које је спреман да преузме ради отклањања потенцијалних повреда конкуренције. У супстанцијалном смислу, предложене обавезе подразумевају мере понашања, и(ли) структурне мере (које се примењују и у поступку контроле пословних концентрација)²⁵ које ће странка добровољно предузети како би се отклониле евентуално учињене повреде конкуренције, са једне стране, и предупредиле оне потенцијалне у будућности, са друге стране. Предлогом се прецизирају услови и рокови сходно којима би обавезе биле реализоване. Најзад, конститутивни део предлога мера чини поступак контроле њиховог спорвођења.

Одлука Комисије може бити прихватајућа или одбијајућа. Дискрециона овлашћења у погледу оцене дате понуде странке су широко постављена, уз могућност одбацивања предлога не само у случају његове објек-

24 Предлог мера странке је подобан да буде прихваћен у случају да Комисија оцени да су оне адекватне и довољне да буде анулирана претпостављена опасност по нарушавање конкуренције на односном тржишту услед понашања тржишног учесника - предлагача мера, и да након њихове примене не би више постојали елементи оправдане, разумне сумње у повреду конкуренције.

25 Ezrachi A, EU Competition Law, Portland, 2010, p.316

тивне материјално-правне неадекватности (било да је реч о нарочито озбиљној повреди или некомпатибилним мерама са природом повреде), него и субјективне процене да је реч о неодговарајућем предлогу, којим није учињено верованим да ће примена предложених мера довести до отклањања учињене повреде, односно спречити могућност настанка исте или сличне повреде конкуренције.

У случају да одлуком предлог буде прихваћен, поступак се у домаћем праву прекида с тим да може бити настављен²⁶, односно у праву конкуренције Европске уније поново покренут - по службеној дужности или поступајући по захтеву²⁷, у случају да: дође до битне измене околности на којима је била заснована одлука о прекиду; не буду испуњене договорене обавезе у предвиђеном року или се накнадно установи да је одлука утемељена на нетачним, непотпуним или преварним подацима које је странка доставила.

Ефекат који се постиже применом модела нагодбе уз прекид поступка је значајан и двострук: подиже се ниво ефективне конкуренције у односу на претпостављену тржишну ситуацију без спровођења договорених мера понашања, а са друге стране ефикасност у остваривању позитивних последица се постиже у знатно краћем времену него што би то био случај да је поступак спроведен редовним током (и окончан утврђивањем повреде конкуренције и изрицањем санкције).

V Уместо закључка

Битни елементи рестриктивног споразума су: независни тржишни субјекти као учесници, форма правног акта или усаглашене праксе и значајно нарушавање конкуренције, као циљ или последица. Иманентна им је одлика тајности, па је не само откривање, већ и успешно даље процесуирање оваквог дела неретко тешко оствариво без неког облика сарадње са непосредним учесником. Отуда проистиче друштвени интерес допуштања давања награде не само привредном субјекту који је спреман да прекине противправно понашање и достави доказе који ће водити откривању дела и (ефикасном) спровођењу поступка, већ и странци у поступку због повреде конкуренције који је већ отпочет, која је спремна да призна учешће у рестриктивном споразуму и своју одговорност по

26 Чл. 58, ст. 7 Закона о заштити конкуренције

27 Чл. 9 Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 1/2003

том основу, и да допринесе убрзању спровођења поступка који ће резултирати адекватном одлуком у смислу повреде ефективне конкуренције.

Положај оваквог субјекта, и у случају нагодбе путем имунитета и нагодбе путем поравнања, је независтан у односу на остале учеснике рестриктивног споразума. Са друге стране, остаје отворено питање да ли је правично субјекте истог правног посла различито санкционисати за (*per se*) забрањено понашање, с обзиром да један од учесника рестриктивног споразума може бити чак ослобођен обавезе из мере заштите конкуренције (мада не и одговорности), док остали учествују у поступку све до његовог окончања изрицањем санкције. При томе, сарадња зарад нагодбе у смислу објављивања инсајдерских информација о забрањеном понашању и достављања доказа, није учињена као чин покајања, већ из сасвим утилитарних разлога.

Евалуација позитивних ефеката поравнања које омогућава санкционисање целокупног рестриктивног споразума у односу на негативне аспекте давања повластица за неспорно скривљено понашање појединачном субјекту резултира ставом о оправданости примене института, али као и код сваке нагодбе - уз пажњиво одржавање равнотеже престација.

У домену рестриктивног споразумевања постоји могућност двоструке примене процесне нагодбе и стога се као сложен јавља однос између ослобађања од обавезе плаћања новчаног износа из мере заштите конкуренције, потпуног или делимичног, учесника рестриктивног споразума који омогући његово откривање или даље процесуирање (имунитет-нагодба) са једне, и нагодбе која се закључује током поступка у циљу његовог ефикаснијег окончања (нагодба-поравнање), са друге стране. Нагодба до које долази на предлог странке о прекиду поступка испитивања повреде конкуренције услед предузимања радњи отклањања (могућих) повреда конкуренције (нагодба о прекиду поступка), практично поље примене препознаје превасходно у домену злоупотребе доминантног положаја.

Домаће право конкуренције исказује различит однос према појединим категоријама нагодбе на нивоу примарне заштите ефективне конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе у домаћем праву постоји од 2013. године и оправдано има узлазну линију примене. Док пракса заштите конкуренције од рестриктивног споразумевања већ садржи значајан број случајева имунитет-нагодби, домаћа легислатива још не препознаје могућност нагодбе у току поступка којом се санкција умањује зарад признања учешћа у недозвољеном договору. Када се институт поравнања буде уводио у домаћи законодавни простор, с тим да штетне

последнице околности непостојања нису значајне, режим његове примене треба да буде постепен и рестриктиван. Критеријуми коришћења треба да буду прецизно стипулисани, а посебну пажњу заслужује квалификација додатне вредности доприноса учесника у односу на доказе у поступку којима надлежни орган већ располаже.

Поравнање по правилу подразумева умањење санкције по основу сарадње једног или више учесника рестриктивног споразума која је допринела, у квалитативном и смилу времена трајања, ефикасности поступка. Поравнање изузетно може подразумевати и ослобађање од новчане казне уколико је допринос странке утврђивању повреде био одлучујући²⁸, али се превасходно овакав уступак везује за омогућавање покретања истраге и институт нагодбе путем имунитета.

С обзиром да је реч о увођењу новог процесног института, домен његове примене, бар у првом периоду, разумно је супстанцијално ограничити на поравнање уз умањење санкције. Томе у прилог даље говори околност да је могућност ослобађања од новчане обавезе већ предвиђена за учесника рестриктивног споразума у оквиру модела нагодбе уз имунитет. Следећи аргумент проистиче из поређења са применом нагодбе уз прекид поступка у случајевима злоупотребе доминантног положаја, који претпостављају ужу штетну последицу, с обзиром да је реч о понашању једног субјекта, а не споразуму више тржишно значајно снажних учесника. И док се код рестриктивних споразума намера претпоставља, између допуштеног уживања доминантне тржишне позиције и њене злоупотребе - линија је танка и кривудава, па је противправност понашања тешко доказати и није нужно резултат намере. Док се рестриктивни споразуми релативно тешко откривају (зато је значајан моменат пријаве, а тиме и примена нагодбе уз имунитет) а затим нешто лакше процесуирају, злоупотреба доминантног положаја се лакше уочава него што се противправност понашања доказује. С обзиром да се у случају нагодбе уз прекид поступка понашање одлуком надлежног органа и не квалификује као недозвољено, а при том се привредни субјекат обавезује на спровођење конкретних мера ради отклањања могућих повреда конкуренције - тешко је бранити основаност ослобађања од сваке обавезе учесника рестриктивног споразума чије је понашање оцењено као противправно. Иако су мотиви „трговине“ у овом правном случају неспорни – информације и докази за ефективно процесуирање рестриктивног споразумевања, чије

28 Чл. I(4) Обавештења Комисије о ослобађању од казни и смањењу казни у случајевима картела (2006/Ц 298/11)

је постојање већ утврђено, најнижа цена мора бити дефинисана, а то значи и плаћена, што онда искључује могућност ослобађања од санкције.

С обзиром на степен штетности рестриктивног споразумевања и претпостављено постојање намере - реч је о договору привредних субјеката којима су такмичење и супарништво примаран и природан однос, а уз пуно уважавање отежаних околности за њихово откривање и доказивање и у том смислу оправданости примене процесних инструмената који то омогућавају, ипак је тешко одбранити опцију ослобађања од новчане казне у склопу нагодбе путем поравнања. Начело правичног поступања у овој правној ситуацији чини се да детерминише линију нагодбе у домену умањења казне за учесника споразума.

Позитивни ефекти примене института нагодбе путем поравнања у поступцима повреде конкуренције услед рестриктивног споразумевања су: умањена вредност санкције за странку и за надлежни орган – ефикасније вођење поступка у смислу скраћења времена трајања и решавања већег броја предмета са истим ресурсима, а онда и увећање броја успешно окончаних случајева који резултирају санкционисањем рестриктивног споразумевања, а тиме и ширењем културе конкуренције, што све препоручује опрезно увођење модела нагодбе путем поравнања у домаћи правни систем.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Political Science

**THE CONSENT AS A CAUSE AND CONSEQUENT
OF THE RESTRICTIVE AGREEMENT**

Summary

The subject of analysis of this paper is validity of application of legal institute of compromise in various stages of administrative proceedings stemming out from infringement of competition. In domain of restrictive settlement it is analysed rate between relieving of obligation of payment of monetary amount for competition protection, partial or full, restrictive settlement participants, which make possible its finding out or its further trial (immunity-compromise) in one hand and compromise, which is concluded with the aim of its more successful final conclusion (compromise- settlement) in the other hand.

It is known that domestic competition expresses different relationship regarding separate categories of compromise on the level of primary protection of effective competition. The law institute of breakage of proceedings due to compromise exists from the year 2013 and justifiably it has its upside path of the application. While competition protection stemming from restrictive understanding, already comprises a significant number of cases of immunity-compromises, legislature still does not recognize a possibility of a compromise in the course of administrative proceedings, by which sanction is decreased in order to achieve admission of taking part in unallowed agreement. If this form of settlement would be implemented in a domestic lawful frame, having in mind that harmful consequences of circumstances of its nonexistence are not significant, the order of its application needs to be gradual and restrictive.

Keywords: *Restrictive agreement, Immunity from sanction, Settlement, Breakage of proceedings based on the consent, Rule of reason*