

др Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ
ванредни професор Факултета политичких наука Универзитета у
Београду
члан Савета Комисије за заштиту конкуренције РС

ИЗРИЦАЊЕ МЕРЕ ЗАШТИТЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ КОНСЕКВЕНТНО (ПРЕТХОДНО) УТВРЂЕНОЈ ПОВРЕДИ

Резиме

Овај рад, у оквиру шире теме „Закони и привреда“, има за предмет анализу мера заштите и ошклањања повреде конкуренције и њихово праћење у флукуиуирајућем леислаивном амбијенту, а за циљ разрешење дилеме о оивраносици, а уиврдиће се – и нужносци, сировођења посциуика изрицања мера заштите конкуренције, консеквентно уиврђеној повреди по иретходно важећим ироисима. Заштитна иравила конкуренције осиварује се у две конценциричне сфере: уиравне, као иримарне, и судске заштите. Када је о санкцијама реч, у оквиру иретходно важеће леислаивнои оквира, јављале су се у виду уиравних и ирекриајних мера. Сходно важећем закону, обједињује се сисцием уиврђивања повреде конкуренције и изрицања уиравних мера које обухвацају мере заштите конкуренције и мере ошклањања, односно иредуиређења насцанка повреде конкуренције, у оквиру којих се даље разликују мере ионашања и сцирукциурне мере; иосебан, новоуведени семенш иредсцављају мере ироцеснои иенала.

С обзиром на објекцивну немоцићносци инсциициуционалне иримене концијна ирекриајне одиговорносци за уиврђене случајеве повреде конкуренције, иреосцају две оиције – не санкционисаици несциорно учићену иовреду и кришење закона или изрећи меру у оквирима важећих ироиса.

Полазећи од две претпоставке: да се на основу закључака до дана постојећег примене Закона примењују прописи о којима су закључани и да изрицање мере представља наставак постојећег у коме је повреда конкуренције правоснажно утврђена, али коришћене претходним ставом који се односи на објективну немогућност изрицања санкција у оквирима прекршајне одговорности – за повреде конкуренције утврђене претходним, примењују се правне мере сходно важећим правилима о заштити конкуренције.

Кључне речи: *мера заштите конкуренције, мера оштравања повреде конкуренције, укључена примена прописа, принцип блажег прописа, примарна заштитна конкуренције.*

I Ефективна конкуренција, и како је заштитити

Конкуренција представља посебно правно уређен динамички систем у коме привредни субјекти наступају на тржишту руковођени сопственом иницијативом у циљу остварења одређених пословних интереса, који када се сусретну са тежњама других учесника, њихове односе квалификују као такмичарске, па се они даље имају одвијати по одређеним прописаним принципима и правилима, а свако одступање од њих третираће се као нарушавање конкуренције.

Зависно од тога у ком облику и којој мери на тржишту долази до повреде слободних конкурентских односа, разликују се случајеви ограничавања, нарушавања и спречавања конкуренције. Подспречавањем слободне тржишне утакмице подразумева се чињенични амбијент у коме су одстрањени сви инструменти конкурентске борбе. Наружавање конкуренције не подразумева фиксирање ниједног конкурентског параметра, већ се тада вештачки мењају сами услови одвијања тржишне утакмице. Под ограничавањем слободне утакмице подразумева се стање на тржишту у коме више конкурентата споразумно фиксира одређени параметар, односно параметре конкурентске активности. Да ли је конкуренција, у ком виду и обиму нарушена, ограничена односно спречена, оцењује се узимањем у обзир специфичности сваког појединачног случаја и критеријума који се односе на: промену у структури релевантног тржишта, могућности новог конкурента за приступ тржишту, разлоге напуштања тржишта, погодности које уживају потрошачи и др. Повреду конкуренције представљају радње и акти тржишних учесника који за циљ или последицу имају, или могу имати – ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.¹

¹ Види чл. 9 Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/09; у даљем тексту: Закон).

Приликом испитивања тржишног понашања као забрањеног нормама права конкуренције, циљни и последични критеријум се по правилу узимају алтернативно, а не кумулативно. Циљна ограничења тржишне утакмице утврђују се испитивањем намера и мотива који су претходили одређеној радњи привредних субјеката. Утврђивање последичног ограничења је знатно једноставније, с обзиром на егзактан карактер резултата, и испољава се кроз рестриктивно споразумевања, злоупотребу доминантног положаја или концентрацију тржишних учесника.

Закон о заштити конкуренције усаглашен је са основним принципима и материјално-правним решењима права конкуренције Европске уније;² значајно висок степен хармонизације, међу првим правним областима, имали су и претходно важећи прописи у сфери права конкуренције. У циљу досезања што вишег степена једнообразности у поступању Комисије за заштиту конкуренције у случајевима исте врсте, као вида остваривања начела правне сигурности, донете су:³ Смернице за примену уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала,⁴ начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера⁵ и Смернице за примену члана 69 Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције.⁶

2 У надлежности је Комисије за заштиту конкуренције да обезбеди имплементацију члана 73 Споразума о стабилизацији и придруживању између Србије и ЕУ држава чланица (члан 38 Прелазног трговинског споразума), што даље подразумева два правца деловања: прво, у поступцима пред Комисијом за заштиту конкуренције поштују се критеријуми проистекли из примене комунитарних правила конкуренције, укључујући примарне и секундарне изворе права ЕУ, праксу институција ЕУ и пресуде Суда правде и суда опште надлежности, и друго, у поступку креирања подзаконских аката врши се усаглашавање са односним правилима комунитарног законодавства и праксе.

3 Сходно овлашћењу Комисије за заштиту конкуренције да доноси акта којима ће ближе уредити своје посотупање, чл. 21 ст. 1 тач. 5 Закона.

4 Смернице су донете у циљу уједначавања праксе Комисије за заштиту конкуренције, сходно принципу једнаког поступања у истим или сличним чињеничним околностима према свим тржишним учесницима, странкама у управном поступку пред Комисијом, и ради подизања нивоа транспарентности рада Комисије. Околност да се тржишни субјекти могу унапред упознати са ставом Комисије о примени односних правила Закона о заштити конкуренције и предметне Уредбе, доприноси остваривању опште превенције од радњи и аката који представљају повреду конкуренције.

5 Смернице су донете 19. маја 2011. године.

6 Смернице су донете 30. августа 2010. године.

II Заштита конкуренције – мере предупредјења и санкционисања повреда

Учињена повреда конкуренције, утврђена правоснажном одлуком Комисије за заштиту конкуренције, консеквентно значи и изрицање две категорије управних мера: прво, мере заштите конкуренције, која представља новчану казну у вредности до 10% оствареног укупног годишњег прихода починиоца и друго, опционо, али по правилу – мере отклањања повреде конкуренције, односно предупредјења настанка повреде конкуренције.⁷ У позитивно-правном амбијенту, наведене мере се изричу од стране истог органа, у исто време и истим правним актом у односу на утврђено постојање повреде конкуренције. Дакле, за разлику од раније важећег Закона⁸ када је казнена политика спровођена у оквирима прекршајног поступка, по важећим прописима мере заштите конкуренције могу бити изречене само од стране Комисије за заштиту конкуренције.

Мера заштите конкуренције⁹ односи се на плаћање новчане казне за учињену радњу повреде конкуренције, чија се висина утврђује зависно од намере, тежине, наступелих последица и трајања повреде конкуренције.¹⁰ У случају да је повреда настала као резултат удруженог деловања учесника на тржишту, одговорност за плаћање управне мере је солидарна.

По утврђеној повреди конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције може истим решењем одредити и мере које починилац има спровести у циљу отклањања постојеће, односно умањења вероватноће настанка исте или сличне повреде – мере отклањања повреде конкуренције, које се налазе се у непосредној вези са радњима или актима којима је повреда учињена и изричу се сразмерно њеној тежини.¹¹ Управне мере које се изричу ради отклањања повреде конкуренције, која је наступила или постоји опасност да се то догоди, даље се деле на мере понашања и

7 Ефикасно сузбијање рестриктивног споразумевања и злоупотребе доминантног положаја оствариво је само уз кумулативно изрицање мера којима се повреда конкуренције отклања и мера којима се починилац кажњава.

8 *Службени гласник РС*, бр. 79/05.

9 Терминолошки гледано, израз „мера заштите“ недовољно је прецизан, па и наадекватан. Изриче се новчана казна за починиоца, али се конкуренција непосредно не може заштитити, за то је већ касно, јер је повреда већ наступила. Само индиректно, изречени пенал може утицати да се слична повреда, од стране примарног починиоца или трећег лица, у будућности не понови, односно догоди.

10 Види: Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 32 (2) (a) of Regulation (EC) No. 1/2003.

11 Члан 59, ст. 2 Закона.

структурне мере. Мере понашања јављају се у две поткатегорије – као мере којима се прописује обавезујуће понашање или мере којима се налаже уздржавање од одређеног понашања. Структурне мере изричу се изузетно, када је законску сврху немогуће постићи на приближно делотворан начин¹² изрицањем мере понашања, а са циљем успостављања тржишне структуре која је постојала пре наступања повреде, односно нове тржишне структуре којом ће опасност од наступања повреде бити минимизирана.¹³ Најзначајнија структурна мера јесте статусна промена у виду поделе, односно издвајања дела привредног друштва, а може да се односи и на обавезу продаје имовине неповезаним привредним субјектима.

Структурна мера изриче се сходно принципу пропорционалности, преузетом из комунитарног права, који налаже њену сразмерност (исто важи и за меру понашања) учињеној повреди и да за последицу има ефикасно обустављање повреде. Даље, уводи се принцип сукцесивности, тако да се структурна мера изриче само уколико на располагању не стоји поједнако ефикасна мера понашања, односно уколико би она, уколико постоји, за односно привредно друштво представљала веће оптерећење од структурне мере.¹⁴

Врста поступка	Укупан број поступака	Окончани поступци	Поступци на у току на дан 31.12.2011. године
Рестриктивни споразуми	8	7	1
Појединачно изузеће споразума	14	8	6
Одређивање мере заштите конкуренције	7	5	2

12 У односу на комунитарно право конкуренције, домаће право (види чл. 59, ст. 4 Закона) предвиђа нешто ужи опсег примене структурних мера у односу на мере понашања, с обзиром да је везује за ситуације када је исти циљ немогуће постићи мерама понашања „на приближно делотворан начин“. Уредбом ЕУ бр. 1/2003, у члану 7, предвиђено је да се структурна мера изриче у случају да се исти циљ не може постићи „поједнако ефикасном мером понашања“.

13 Структурна мера изриче се уколико се утврди значајан степен опасности од понављања истоврсне или сличне повреде конкуренције консеквентно односној тржишној структури – броју и снази тржишних учесника. Види чл. 59, ст. 3 Закона.

14 Члан 7 Уредбе ЕЦ бр. 1/2003.

Злоупотреба доминантног положаја	4	1	3
Мишљења	22	21	1
Иницијативе за покретање поступка	24	17	7
Укупно	79	59	20

*Прејлед постојућих за утврђивање повреда конкуренције вођених од стране Комисије за заштити конкуренције РС у 2011. години*¹⁵

У материјално-правном смислу посматрано, иако се изричу у сфери пословних концентрација,¹⁶ сродан систем структурним мерама представљају мере деконцентрације,¹⁷ чији су најважнији појавни облици: подела привредног друштва, продаја акција или удела друштва и раскид уговора о повезивању, односно заједничком деловању привредних субјеката.

Поред мера заштите конкуренције и мера отклањања, односно предупређења настанка повреде конкуренције, трећи корпус мера које изриче Комисија за заштиту конкуренције, представљајући нов сегмент њеног поступања у оквирима важећег Закона, а са чијом применом је отпочето 2011. године – представља изрицање процесних пенала,¹⁸ као инструмента јачања ефикасности примарне примене правила конкуренције. Учеснику на тржишту који поступа супротно налогу Комисије, односно по истом не поступа, може бити изречена мера плаћања процесног пенала, који се обрачунава за сваки дан таквог понашања, с тим да збирно може износити до 10% укупног годишњег прихода поступајућег привредног субјекта, што је еквивалентна највиша вредност казне која се изриче као мера заштите конкуренције. Мера процесног пенала нема само казни, већ и превентивни карактер, указујући на значај сарадње странке и Комисије за заштиту конкуренције у поступку који се пред њом води, како би се он спровео уз поштовање начела економичности и „пуне истине“ – уз потпуно и правилно утврђивање чињеничног стања и свих околности од значаја за доношење правичне одлуке.

15 Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције у 2011. години, доступан на адреси: www.kzk.gov.rs.

16 Види: F. Fine, *Mergers and Joint Ventures in Europe*, London, 2004, стр. 105.

17 Мере деконцентрације изричу се за неодобрене или условно одобрене концентрације налажући учесницима предузимање мера резултантно којима че бити очувана, односно успостављена ефективна концентрација на релевантном тржишту.

18 У складу са чланом 70, ст. 1 Закона, учеснику на тржишту ће се одредити мера процесног пенала у износу од 500 до 5.000 евра за сваки дан понашања супротно налогу Комисије датом у поступку, односно непоступања по том налогу.

Уводећи двополни систем санкција – мере заштите конкуренције¹⁹ и процесне пенале,²⁰ Закон прати односни концепт комунитарног права; Уредба о спровођењу члана 101 и 102 ТФЕУ предвиђа новчане казне и процесне пенале као облике санкција за повреду конкуренције, чија је сврха примене различита.²¹ Новчана казна се изриче са основним циљем кажњавања учесника на тржишту за већ учињену повреду конкуренције, и са два додатна мотива: како би се спречило њено понављање у будућности од стране починиоца и ради превентивног утицаја на друге субјекте од чињења те врсте недозвољене радње повреде.²² Са друге стране, процесни пенали представљају административну меру којом се налаже обустављање даљег вршења забрањене радње и извршење законских обавеза учесника на тржишту. Обе санкције, дакле, изричу се за исти прекршај, не чинећи тиме повреду принципа *ne bis in idem*. За разлику од комунитарног права, домаћи Закон прави разлику у смислу сфере примене санкција.²³ Док се у европском праву и новчане казне и процесни пенали могу применити и у случају основних, материјалних видова повреде конкуренције и у случају неизвршавања процесних обавеза странке, у домаћем праву се мера заштите конкуренције, у виду изрицања новчане казне, примењује само на случајеве повреде конкуренције, док се процесни пенали одређују само у ситуацијама повреде процедуралних правила.

III Укрштена примена прописа

Претходно важећим Законом о заштити конкуренције поступање Комисије за заштиту конкуренције било је детерминисано доношењем одлуке о (не)постојању повреде конкуренције,²⁴ односно основа за

19 Чл. 68 Закона.

20 Чл. 70 Закона.

21 У сегменту одређивања новчаног износа који се плаћа по основу мере заштите конкуренције или процесног пенала, као и рокова плаћања, односни критеријуми прописани су Уредбом о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (*Службени гласник РС*, бр. 50/2010). За примену одредаба Уредбе опортуно је консултовати Смернице Европске комисије о начину одређивања новчане казне изречене у складу са чланом 32 (2) (а) Уредбе ЕЦ бр. 1/2003.

22 Види пресуду Европског суда правде у случају *Boehringer Mannheim v. Commission*, [1970] ECR769 став 53, и у случају *Pioneer, Music Diffusion Française v. Commission*; [1983] ECR 1825, par. 101–110.

23 Н. Schoreter, *A new competition policy for Serbia*, стр. 43, АСРС, Мimeo, Београд, 2010.

24 Покретање поступка доношењем закључка сходно чл. 58 Закона о заштити конкуренције из 2005. представља решење другачије од општих правила о

спровођење концентрације.²⁵ Поступак који ће резултирати изрицањем мера услед учињеног спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције реализован је у домену прекршајног права, а ингеренција Комисије за заштиту конкуренције завршавала се на подношењу захтева за покретање прекршајног поступка против учесника на тржишту који је учинио радњу повреде конкуренције надлежном органу за прекршаје.²⁶

У ситуацији укрштене временске примене легислативних решења, када је повреда конкуренције правоснажно утврђена по претходно важећем Закону о заштити конкуренције, али мера за починиоца није изречена, нити то објективно може бити учињено у склопу истог легислативног оквира по истом бити с обзиром на непостојање институционалног система прекршајне заштите – полази се од става да поступак мора бити окончан изрицањем управне мере од стране Комисије за заштиту конкуренције, а то може бити учињено само на основу постојећег система одређивања мера у складу са позитивно-правним прописима, уз корективну ограду да такво поступање не може по починиоца бити мање повољно у односу на хипотетичку паралелу одлучивања по основу раније постојећег система изрицања мера у прекршајном поступку. Поступак у наведеним ситуацијама није завршен, с обзиром да окончање подразумева изрицање мера за починиоца: процесних пенала и мера отклањања повреде конкуренције. Дакле, поступање Комисије у овом сегменту представља наставак раније започетог поступка, а не нов или допунски процес. Несумњиво је да поступак мора бити окончан изрицањем санкције по установљеној повреди, јер то налажу принципи правичности и правне сигурности, и то се чини по позитивним прописима, с обзиром на објективну околност непостојања концепта прекршајног кажњавања на који је упућивао претходно важећи Закон. Није, дакле, реч о ретроактивној примени закона, већ о примени јединог могућег скупа односних норми, а услед, од воље Комисије за заштиту конкуренције као поступајућег органа, независно наступиле околности да је концепт утврђивања и имплементације санкција по основу прекршајне одговорности стављен ван правне снаге. Консеквентно томе, а како се правни поступак по утврђивању повреде мора окончати,

покретању поступка утврђених Законом о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени лист РС*, бр. 30/10), чл. 113–115 – којима се покретање поступка везује за ма коју рађу коју учини поступајући орган, а закључак о одбацивању захтева странке доноси се ако се утврди да нису испуњени услови за покретању поступка – и ужива примат примене сходно чл. 52, ст. 1 Закона о заштити конкуренције из 2005. године и начелу *lex specialis derogat legi generali*.

25 Види чл. 66 Закона о заштити конкуренције из 2005. године.

26 Види чл. 70 Закона о заштити конкуренције из 2005. године.

а позивање на постојање правне празнине свакако није релевантан аргумент, то се и чини применом постојећих и једино дејствујућих правних правила.²⁷

Јасно је да у ситуацији постојања повреде закона, а незавршеног поступка изрицања санкције за исту, у констелацији када прекршајни суд као поступајући, у складу са прописима важежим у време када је односни правни поступак започет, констатује да не може да поступа и упућује на примену позитивних прописа који прекршајну одговорност не познају, али чија су решења за починиоца повољнија – ток правне ствари мора бити доведен до краја, применом једино могућег система правила важећег Закона. Аргумент о постојању правне празнине услед које је поступак немогуће окончати није основан, јер у овом случају нема места примени тог института, а и уколико би имало, постоје правне технике којима би се она премостила, у циљу поштовања принципа правичности, једнакости и правне сигурности

Питање ретроактивности примене важећег Закона у сегменту изрицања санкција за, на основу претходно важећег прописа, утврђену повреду конкуренције, као објективно једино расположивог корпуса правила чијом употребом је могуће окончати односни управни поступак упућује у првом кораку на консултовање два битна правна принципа. Прво, треба временски одредити период трајања повреде, и применити раније важећи закон у случају поступака који су по њему започети, у мери у којој је то објективно и институционално могуће. Друго, у случају правне сумње о првенству примене прописа, што у домену заштите конкуренције и није случај јер се не бира између два прописа већ се примењује – оперативно и институционално у сегменту изрицања мера – једино могући, као корективни принцип узима се правило повољнијег за учесника, односно починиоца.²⁸

Када је реч о тежини предвиђених санкција, као повољнији за починиоца повреде конкуренције јавља се режим предвиђен важећим Законом о заштити конкуренције,²⁹ у квантитативном и квалитативном

27 Сходно члану 68, у вези са чланом 57 Закона о заштити конкуренције.

28 Види: Конференција Уједињених нација за трговину и развој, Експертска анализа политике заштите конкуренције – Србија, Њујорк и Женева, 2011, стр. 19.

29 По раније важећем Закону о заштити конкуренције, изрицање санкције за утврђено понашање квалификовано као спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, двојно је остваривано – у управном и судском поступку. Први, али мање важан, сегмент се односи на изрицање мера од стране Комисије за заштиту конкуренције, које се тичу забране вршења промета, односно забране обављања делатности (сходно члану 68). Други сегмент се односи на прекршајни поступак, који је покретан по основу поднетог захтева од стране Комисије за заштиту конкуренције, у коме су изрицане новчане казне и заштитне мере, како за при-

смислу. Најпре, за разлику од претходно важећег решења постојања индивидуалне одговорности физичког лица, заступника правног лица које је учинило прекршај из чланова 71, ст. 1 и 72, ст. 2 Закона о заштити конкуренције из 2005. године, постојећи легислативни амбијент не познаје такав вид санкција за учињене повреде конкуренције, већ одговорност ограничава на правна лица – тржишне учеснике, као починиоце. Даље, важећим Законом није прописана раније постојећа обавеза изрицања заштитне мере у виду одузимања предмета и забране вршења делатности тржишном учеснику, прекршајном починиоцу. Треће, у централном сегменту који се односи на вредносни аспект новчане казне која се у процентуалном износу оствареног укупног годишњег прихода у претходној обрачунској години одговорног правног лица изриче услед утврђене повреде конкуренције – решење важећег Закона је опет повољније за учиниоца, с обзиром да предвиђа износ до 10%, за разлику од претходно примењиваног закона у коме је горња граница била иста, али је доњи вредносни ниво био 1%. Најзад, рок за наплату управне мере у важећем законодавном амбијенту не може бити краћи од три месеца, док је по ранијим прописима био везан за општи рок од осам дана од дана када прекршајно решење постане извршно.

Рок за изрицање мере заштите конкуренције важећим Законом утврђен је у трајању од три године од дана учињене повреде и представља решење подложно преиспитивању,³⁰ полазећи од специфичности које ова врста управног поступка може да има када подразумева и вођење сложеног испитног поступка. Трогодишњи рок предвиђен је за четири одвојене фазе поступања: откривање повреде конкуренције, утврђивање повреде решењем Комисије, судску контролу првостепене одлуке и наплату мере заштите конкуренције, могуће и уз спровођење поступка принудне наплате. Са друге стране, у домаћем праву дужи рокови, по правилу петогодишњи, предвиђени су за кажњиве радње чији је степен друштвене опасности нижи, или евентуално еквивалентан повредама конкуренције (царински и порески прекршаји, на пример). Овај рок, на предмете који се у домену изрицања мере завршавају применом одредаба важећег Закона,³¹ примењује се од дана почетка његове

вредно друштво, тако и за одговорно лице у њему. По важећем закону, целокупан систем примарног изрицања мера за учињену повреду конкуренције остварује се у оквирима управног поступка, од стране Комисије за заштиту конкуренције.

30 Последица прописаног кратког рока застарелости могла би да буде немогућност наплате новчане казне у оквиру мере заштите конкуренције или процесног пенала, који су одређени правоснажном одлуком, услед истека рока застарелости.

31 Законом о општем управном поступку (*Службени листи СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10), чл. 6, ст. 3, предвиђена је примена повољнијег закона за странку.

примене.³² Када је реч о повредама учињеним у време важења претходног закона, рок застарелости за прекршаје износио је пет година (три године за блажу категорију³³) од дана учињеног прекршаја.³⁴ Како се ове радње, сходно заузетом ставу прекршајне судске праксе, више не квалификују као прекршаји, у погледу рокова застарелости изрицања управне мере примењује се рок од три године предвиђен Законом.

Комисија за заштиту конкуренције заузела је став о обавезности окончања поступака изрицања мере услед учињене повреде конкуренције у складу са чл. 68, у вези са чл. 57, ст. 1 Закона, као једини могући, с обзиром на наступање објективне околности укидања прекршајне одговорности предвиђене претходним прописом, с тим да систем управних мера познају оба законска текста.

Комисији је дато у надлежност да поступке заштите конкуренције реализује у целости, укључујући и сегмент одређивања управне мере, као и контролисања спровођења мера којима се обезбеђује заштита конкуренције, у складу са чл. 21, ст. 1, тач. 2 и 13 Закона и она ове активности обавља као поверене послове. У супротном, одлука Комисије о постојању повреде конкуренције имала би само декларативан карактер, без да се изрекне мера и произведе правни ефекат у пословној стварности сходно сврси и циљу Закона, а то је заштита конкуренције. Без изречене мере, констатовање повреде конкуренције нема правни смисао, сходно чему важећи Закон предвиђа да саставни део решења којим се утврђује повреда представља одлука о заштити конкуренције, односно другој управној мери коју утврђује Комисија.³⁵ Комисија може меру заштите конкуренције одредити самостално или истовремено са мером откањања повреде конкуренције.³⁶

Обавеза је Комисије, као органа који води управни поступак, у складу са чл. 6 Закона о општем управном поступку да се стара и својим радом штити јавни интерес, односно да поштује начело заштите права грађана. У том смислу, заштита конкуренције и конкурентности се јавља као значајни вид поштовања наведених начела, у сегменту добробити за

32 Када је реч о року изрицања управне мере по важећем Закону, на основу повреде утврђене по претходном пропису, обавезност окончања поступка је примарна, а рок у коме ће мера бити утврђена је у њеној функцији, и као такав изведена и секундарна компонента.

33 Види чл. 72, ст. 1 Закона о конкуренцији из 2005. године.

34 Види чл. 74 Закона о конкуренцији из 2005. године.

35 Члан 38, ст. 3 Закона.

36 Види чл. 5, ст. 1 Уредбе о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа по основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера (*Службени гласник РС*, бр. 50/2010).

друштво, а нарочито користи потрошача,³⁷ као и начела законитости које обавезује Комисију да употреби сва законска средства како би се испунила сврха постојања прописа о конкуренцији, а то је њена заштита – а најзначајнији инструмент представљају управо управне мере које се изричу у случају повреде конкуренције.

Позитивно-правно решење по коме се на ниво управног поступка, односно у надлежност Комисије за заштиту конкуренције, ставља и утврђивање повреде конкуренције и изрицање мера заштите, односно отклањања повреде конкуренције говори у прилог повећања степена ефикасности и правне сигурности, кроз обједињавање обе фазе поступања у једном конкретном поступку, односно правној ствари.

IV Аспект судског поступања, некад и сад

Једна од најзначајнијих новина коју у домаћи систем правила конкуренције доноси важећи Закон односи се на битно проширење граница надлежности Комисије за заштиту конкуренције у домену изрицања правних мера – мере заштите и мере отклањања повреде конкуренције, пошто се утврди њена повреда. Значајна предност новог решења односи се на обједињеност и једнообразност поступања у појединачном процесу заштите конкуренције, од стране истог органа. Изван тога остаје сфера судске заштите учесника.³⁸ Судска контрола је двостепена, у процесном смислу, и двојна, у садржинском смислу. Мериторна одлука Комисије за заштиту конкуренције је коначна³⁹ и против ње може бити поднета тужба Управном суду, која не одлаже извршење решења⁴⁰ у односном предмету, и то услед неправилно утврђеног чињеничног стања, односно погрешне примене правних правила. Судски поступак ради испитивања законитости решења Комисије, у виду управног спора, води се пред Управним судом.⁴¹ Следећи и последњи ниво судске заштите односи се

37 Види чл. 1 Закона.

38 Решење Комисије за заштиту конкуренције у управном поступку је коначно и против њега се може поднети тужба Управном суду, у року од 30 дана од дана достављања.

39 Члан 38, ст. 4 Закона о заштити конкуренције и чл. 3 Закона о управним споровима (*Службени гласник РС*, бр. 111/09).

40 Савет Комисије за заштиту конкуренције може одлучити о одлагању извршења решења до правоснажности судске одлуке, по поднетом захтеву подносиоца тужбе.

41 У 2011. години у домену заштите права конкуренције у нашој земљи вођена су 24 управна спора, од чега их је 20 окончано и то: шеснаест одбијањем тужбе, један одбачајем тужбе, а за три је тужбени захтев уважен и решење Комисије за заштиту конкуренције поништено.

на поступак по захтеву за преиспитивање судске одлуке, као ванредном правном леку⁴² пред Специјализованим већем за управну материју⁴³ Врховног касационог суда Републике Србије.

Осим опције вођења управног спора против решења Комисије, у области судске заштите конкуренције све већи значај добија грађанскоправна заштита.⁴⁴ О захтеву за накнаду штете се одлучује у парничном поступку, уз утврђивање околности њеног настанка; овакво решење кореспондира пракси Суда правде ЕУ, у вези са повредом члана 101 и 102 ТФЕУ.⁴⁵ Међутим, одредба по којој се за спровођење поступка за накнаду штете као претходан битни услов јавља утврђивање околности повреде конкуренције решењем Комисије за заштиту конкуренције – не кореспондира са праксом Суда правде ЕУ, са једне стране, а отвара и питање колизије са члановима 10 и 16 Закона о заштити конкуренције и, даље, његовог системског тумачења. Уколико се прихвати становиште о постојању решења о утврђеној повреди конкуренције као битног претходног услова за подношење захтева за накнаду штете проузроковане рестриктивном праксом, то би консеквентно значило и значајно мањи број поступака, а тиме и битно сужен обим примене прописа конкуренције у поступцима по приватним тужбама. Спровођење истражног поступка од стране Комисије, са или без достављених информација о потенцијалној повреди конкуренције од стране трећег лица, ствар је њене слободне процене, која би онда опредељивала и могућност вођења поступка по приватној тужби са захтевом за накнаду штете. Са друге стране, у случају да је Комисија донела решење о постојању повреде, не може се претпоставити да је њиме констатован и настанак штете, веч се она мора доказивати у судском поступку по приватној тужби. У контексту наведених решења, правни простор за

42 Члан 49 Закона о управним споровима.

43 У 2011. години, пред Врховним касационим судом РС по захтевима за преиспитивање судских одлука из области права конкуренције вођено је седам поступака, од чега шест по захтеву странке у управном поступку као тужиоца у управном спору и један по захтеву Комисије за заштиту конкуренције као тужене у управном спору, против пресуде Управног суда којом је поништено њено решење.

44 Домаће право познаје и кривичне санкције у области заштите конкуренције; чл. 232 Кривичног законика предвиђа кажњавање одговорног лица у субјекту привредног пословања које закључивањем рестриктивног споразума или злоупотребом доминантног положаја проузрокује поремећај тржишне равнотеже, или односни привредни субјекат доведе у повлашћен положај у односу на друге учеснике – у смислу да прибави имовински корист за себе или повезано лице, или да нанесе штету другом привредном субјекту, потрошачима или корисницима услуга. Јавни тужилац може покренути кривични поступак против тржишног учесника на основу одлуке Управног суда, који врши контролу одлука Комисије за заштиту конкуренције.

45 Види став Суда правде ЕУ у случајевима *Courage v. Crehan*, [2001] ECR I- 6297, par. 26–31 и *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni*, [2006] ECR I-6619, par. 56–59.

спровођење парничних поступака са захтевом за накнаду штете услед радњи повреда конкуренције значајно је сужен у односу на европску праксу.

Поступак у коме је утврђена повреда конкуренције може се сматрати окончаним тек тренутком изрицања, односно извршења мере конкуренције, што за поступке отпочете по претходно важећем Закону, услед објективне немогућности изрицања санкција у контексту прекршајне одговорности, може бити учињено само по важећим прописима, од стране Комисије за заштиту конкуренције, у виду управних мера, с тим да је вредносни опсег санкција повољнији за починиоца управо по важећим прописима.

И поред неспорног става да се претходно важећи закон у целисти има применити на поступке који су по њему започети, за изрицање санкције за утврђену повреду не постоје објективни и институционални предуслови. Наиме, став прекршајне судске праксе заузет по питању изрицања санкција у сфери заштите конкуренције базиран је на два основна постулата: прво, да у садашњем тренутку учињено дело повреде конкуренције није могуће квалификовати као прекршај,⁴⁶ јер легислативни амбијент креиран отпочињањем дејства важећег Закона⁴⁷ искључује кажњивост за прекршај у судском поступку. Друго, Закон представља за починиоца повреде блажи пропис у односу на претходни, па га стога и треба применити.⁴⁸ Дакле, став прекршајне судске праксе је да – иако чл. 74 Закона налаже примену прописа по којима су започети на поступке отпочете до дана почетка његовог важења, у односној правној ситуацији примењује се важећи Закон, јер је повољнији за учиниоца, сходно решењу⁴⁹ Закона о прекршајима⁵⁰ као матичног по коме се на учиниоца прекршаја, у случају да је након учињеног дела једном или више пута дошло до измене регулативе – примењује најблажи пропис.

Посебно је питање зашто прекршајни судови одлуку којом се констатује да се односно дело повреде конкуренције не квалификује као прекршај и да се има применити Закон о заштити конкуренције као повољнији за починиоца за изрицање санкције – доносе понекад и у виду пресуде којом се окривљени ослобађа кривице. Одговор треба тражити у формулацији чл. 218, ст. 1, тач. 1 Закона о прекршајима,

46 Сходно чл. 218, ст. 1, тач. 1 Закона о прекршајима.

47 Радње и акти повреде конкуренције утврђени су Законом о повреди конкуренције.

48 Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду бр. 15–ПРЖ–7115/10.

49 Види чл. 6 Закона о прекршајима.

50 *Службени гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

која предвиђа да се за дело које није предвиђено као прекршај, за које се окривљени терети, изриче ослобађајућа пресуда, иако се у следећи сегмент испитивања кривице није ни улазило. Адекватну форму одлуке прекршајног суда, с обзиром на њено материјално-правно језгро, представља решење којим се обуставља прекршајни поступак, услед стварне ненадлежности за вођење прекршајног поступка.⁵¹ Формално-право посматрано, ни постојање пресуде којом се окривљени ослобађа кривице не представља сметњу за вођење поступка за изрицање управне мере за утврђену повреду конкуренције од стране Комисије за заштиту конкуренције, с обзиром да би само у ситуацији када се правоснажном судском пресудом утврђује кривична одговорност⁵² она била везана таквом одлуком суда. У прекршајном поступку лице не може бити кажњено више пута за исту прекршајну радњу,⁵³ а вођење поступка за изрицање управне мере заштите конкуренције претпоставља други орган поступања, други законодавни оквир за изрицање санкције и њихову различиту категоријалну припадност, па је у околностима када прекршајни орган није утврдио одговорност јасно да нема повреде правила о забрани двоструког, односно паралелног поступања у домену изрицања санкције за правоснажно утврђену повреду конкуренције.

V Уместо закључка

У сфери полихроног сагледавања односа привреде и закона, јавља се питање кохерентног и целовитог спорвођења поступка изрицања мера заштите конкуренције, консеквентно утврђеној повреди по претходно важећим прописима. Видови повреде конкуренције су разнородни, испољени као радње или акти тржишних учесника, и могу да имају, или имају, за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.

Заштита правила конкуренције остварује се у две концентричне сфере: управне, као примарне, и судске заштите. Када је о санкцијама реч, у оквиру претходно важећег легислативног оквира јављале су се у виду управних и прекршајних мера. Сходно важећем закону, обједињује се систем утврђивања повреде конкуренције и изрицања санкција, у склопу управног поступка који води Комисија за заштиту конкуренције, уз изрицање управних мера које обухватају мере заштите конкуренције и мере отклањања, односно предупређења настанка повреде конкуренције, у оквиру којих се даље разликују мере понашања и

51 Види: чл. 216, ст. 1, тач. 1 Закона о прекршајима.

52 Види чл. 134, ст. 3 Закона о општем управном поступку.

53 Види чл. 8, ст. 1 Закона и прекршајима.

структурне мере; посебан, новоуведени сегмент представљају мере процесног пенала услед непоступања у складу са налогом Комисије.

Уколико се повреда конкуренције правоснажно утврди у оквиру, у односу на важеће прописе – претходних законских правила, а окончање правног поступања подразумева још изрицање санкције за учињену повреду, поставља се питање лоцирања правне ствари у две различите законске сфере. Ако на једној страни имамо правно питање, правни однос или правни поступак, а на другој систем правила кодификованих кроз законски текст, поставља се питање: како се њихова корелативна спона прилагођава промени околности која се догоди на страни закона? Да ли се застаје са правном анализом и поступањем, а ако се наставља, по којим правилима? У овој правној дилеми, могућа су два решења, зависно од тога која је од две појавно могуће ситуације наступила. У случају ширег, флексибилнијег тумачења као трећа опција може се разматрати и принцип примене прописа који је повољнији за странку. У првом случају, полазећи од принципа неретроактивности као аксиома, поступак се завршава у оквирима правних правила у којима је и започет, и у смислу правног резоновања и поступања – окончава се као да до промене на законодавној страни није ни дошло. У другом случају, уколико правила претходно важећег закона објективно није могуће применити у постојећем тренутку и околностима, а поступак није окончан, остаје могућност примене постојећих прописа. Међутим, како је ретроактивност закона изузетак, а не правило,⁵⁴ у овој правној дилеми уводи се правило примене, по странку, односно починиоца повреде закона, повољнијег прописа – као корективно. То значи да се на неокончан правни поступак, нерегулисан однос или отворено правно питање примењују постојеће регуле као једино расположиве, али под условом да су њихова решења повољнија за учесника, односно починиоца. Истовремено, уставно је решење, са којим се аналогија у сфери изрицања мера за учињену повреду конкуренције намеће, да се казна одређује према пропису који је важио у време када је дело учињено, изузев када је каснији пропис повољнији за учиниоца.⁵⁵

У управно-правном поступку, уколико се учесницима налажу обавезе, а то је случај приликом изрицања санкције за утврђену повреду конкуренције, имају се применити прописима предвиђене мере које су за њих повољније, све док се и на тај начин постиже циљ Закона.⁵⁶ Посебну ситуацију представља могућност да се правна повреда утврди

54 Закони не могу имати повратно дејство, већ, изузетно само одређене одредбе могу имати повратно дејство ако то налаже општи интерес, вид: чл. 197, ст. 1 и 2 Устава Републике Србије.

55 Члан 34, ст. 2 Устава Републике Србије.

56 Члан 6, ст. 3 Закона о општем управном поступку.

у амбијенту прописа које је из објективних, институционалних разлога у садашњем тренутку немогуће применити, а да, са друге стране, позитивни прописи ту врсту повреде не познају. Резултанта овако укрштених легислативних режима била би – немогућност санкционисања правноснажно утврђене повреде, и то је једина ситуација када се овакав правни став – не само може, него мора заузети.

Када се наведени ставови примене у сфери заштите конкуренције, за изрицање мере консеквентно утврђеној повреди у оквиру претходно важећих прописа, правна анализа одвија се на неколико нивоа и резултира ставом да право мора бити заокружено остварено и у констелацији измењених законских правила.

Поступак који за предмет има утврђивање повреде конкуренције, а започет је до дана примене важећег Закона о заштити конкуренције,⁵⁷ биће окончан у складу са одредбама претходног Закона о заштити конкуренције,⁵⁸ и то како материјално-правних, тако и процесно-правних правила. Након утврђивања повреде, правоснажним решењем Комисије за заштиту конкуренције улази се у другу сферу поступка у односној правној ствари, а то је изрицање санкције. Претходно важећи Закон о заштити конкуренције предвиђао је да Комисија за заштиту конкуренције након утврђене повреде конкуренције, учињене радњом спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције, подноси надлежном суду захтев за покретање прекршајног поступка.

С обзиром на објективну немогућност институционалне примене концепта прекршајне одговорности раније за утврђене случајеве повреде конкуренције, преостају две опције – не санкционисати неспорно учињену повреду и кршење закона или изрећи меру у оквирима важећих прописа: и то не зато што имају ретроактивну примену *per se*, јер је немају, нити зато што је њима предвиђено решење повољније за починиоца од претходно важећег – а јесте, већ стога што је то једини начин да правни поступак буде окончан, а начело правичности примењено. Полазећи од две премисе: да се на поступке започете до дана почетка примене Закона о заштити конкуренције примењују прописи по којима су започети и да изрицање мере представља наставак поступка у коме је повреда конкуренције правоснажно утврђена, али кориговане трећим ставом који се односи на објективну немогућност изрицања санкција у оквирима прекршајне одговорности коју је предвиђао претходно важећи закон – услед усаглашеног става и поступања прекршајних инстанци које прво, искључују квалификацију прекршаја за дела повреде конкуренције, и, друго, констатују да за изрицање мере услед повреде

57 1. новембар 2009. године.

58 Службени гласник РС, бр. 79/05.

конкуренције треба применити важеће прописе као повољније за учиниоца – за повреду конкуренције утврђене претходним, примењују се мере заштите сходно важећим прописима. Као алтернатива преостало би сценарио по коме се поступање прекида, а правна прича оставља недореченом, што је са становишта основних правних принципа, а пре свега правичности, једнаког поступања и правне сигурности – решење које се не може озбиљно разматрати, нити прихватити.

Ипак, чињеница да је по поднетим захтевима за вођење прекршаја по раније важећем закону одлучивано, отвара питање оправданости поступања Комисије за заштиту конкуренције и изрицања мера заштите конкуренције у управном поступку, са аспекта поштовања принципа *ne bis in idem*. Могуће је у том смислу истаћи два аргумента, оба у прилог тези да управни поступак треба окончати изрицањем мера заштите за утврђену повреду конкуренције. Прво, одлука прекршајног суда није мериторна, с обзиром да се констатује немогућност прекршајне квалификације и потреба примене важећег закона, а то даље значи и изрицања управне мере. Друго, управни орган је само у ситуацији када се правоснажном судском пресудом утврђује кривична одговорност⁵⁹ везан таквом одлуком суда, а у свим другим ситуацијама управни орган може наставити поступак (у овом случају и изрећи меру заштите конкуренције).

Повреда конкуренције и изрицања мере заштите конкуренције (која је бивалентна: казнена, за починиоца, и превентивна, зарад умањења вероватноће сличног поступања у будућности), као и мера отклањања повреду конкуренције – чине каузални правни низ и јединствен правни однос, и поступак. Узрочно-последична веза међу њима је од превалентног значаја, а то даље упућује на нужност јединственог спровођења целовитог правног поступка, не само због поштовања начела законитости (да повреда права мора бити испраћена одговарајућом санкцијом), једнаког поступања у истим ситуацијама и правичности, већ се у виду мора имати и шири значај за друге учеснике на тржишту, па и друштво у целини, сходно начелу заштите јавног интереса.

Сврха је правног тока да стигне до свог исходишта и приближи се, у сваком појединачном случају, врховном принципу правичног. Констатовати повреду конкуренције, а не изрећи меру услед околности да је донет нов закон, иначе повољнији по починиоца, правна је антитеза *per se*. У сложеном међуодносу и коегзистенцији сфера права, привредних односа и закона, укрштено временско дејство законских правила не може имати за интенцију, нити последицу, да правни однос, поступак, па ни ток резоновања заустави и обесмисли. Напротив, њихова

59 Види чл. 134, ст. 3 Закона о општем управном поступку.

синергија увек резултира применом скупа правила на одређену животну околност, тако да се у сваком појединачном случају на што краћи корак приближи идеалу правичног.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Political Sciences, University of Belgrade

Member of the Council of the Commission for Protection of Competition of Republic of Serbia

INFLICTION OF COMPETITION PROTECTION MEASURES AND CONSEQUENTLY DETERMINED VIOLATION

Summary

This Paper within scope of a broader topic "Laws and Economy" has for its subject analysis of competition protection measures as well as removal of violation of competition measures and their supervision in fluctuating legislative milieu and for its goal resolution of dilemma of justifiability, and it will be established necessity of carrying out of proceedings for infliction of competition protection measures and consequently to determined violation according to previous regulations then in force. Protection of rules of competition is realized in two concentric spheres: administrative protection sphere as a primary one and a judicial protection one. When one speaks about sanctions within scope of legislative frame previously in force, they appear in two forms, i.e. as administrative measures and petty offence ones. In accordance with the law in force now system of determination of violation of competition and system of infliction of administrative measures, which comprise competition protection measures and measures of removal and/or system of prevention of appearance of violation of protection are unified, in the scope of which further differentiation is made between measures of behaviour and structural ones, one separate, newly introduced segment, of mentioned measures are so called process penalty.

Having on mind an objective impossibility of institutional application of concept of petty offence responsibility for established cases of violation of competition, two options appear as remaining, the first one being as not to apply sanction for undoubtedly done violation and of competition and breach of law or inflict a measure within the scope of existing regulations. Starting from two

premises: that on proceedings instituted until a day of Law coming into legal force apply regulation according to which they were instituted and that infliction of a measure represents a resumption of proceedings within scope of which the violation of competition was finally established/determined, but correction by the third paragraph which relates to objective impossibility of infliction of sanctions in the scopes of petty offences responsibility for violation of competition established by previous one legal measures are applied, in accordance with valid competition protection rules.

Key words: *competition protection measure, competition violation removal measure, cross-bred application of law, principle of softer regulation, primary protection of competition.*