

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

ЕФЕКТИВНА ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ (ПРАВО, ПРИВРЕДА И ДРЖАВА)*

Резиме

Овај рад има за предмет анализу правне ситуације измењеној законодавној амбијенци у домену заштите конкуренције, када је њена повреда несспорно утврђена али санкција није изречена, и давање аргументационе маје којом се стиже до разрешења ове правне зајонетике. Полазне премисе подразумевају: аксиом да се право има применити и јавни интерес у домену заштите конкуренције, као преломне тачке у којој се принцип правној и државној срећно сусрећу – а полазећи од самој унутрашњег смисла правне норме, постулат или начела: да повреди диспозиције нужно консеквентно следи санкција. Постоје само две ситуације у којима утврђеној повреди конкуренције, санкција не би требало да буде изречена. Прва се односи на заспирелост. Друга ситуација полази од теорије блажег пројиса (наспрам теорије друштвеног интереса) и постојала би да одредбе Закона, као објективно једино примењујуће, нису повољније у семенју предвиђених санкција у односу на решења Преходног закона. Закључак је да измена законодавног оквира упућује на примену блажег пројиса за изрицање санкције починиоцу повреде конкуренције, и окончање постулата. Сваки друшачији став сводио би се на прварно заобилажење права, и значио би антицизу права, *per se*.

* Овај рад је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС (бр. 179076).

Кључне речи: *примарна заштитна конкуренција, економистичка теорија, теорија друштвеног интереса, јавна ситуација у шоку, примена добровољне прописе.*

I Постављање проблема, и аргументациона мапа

Обезбедити свим пословним субјектима на одређеном тржишту исте стартне шансе за успех по фер правилима игре, у ефективној конкурентској клими – представља основни правни предуслов тржишног привређивања. Са друге стране стоје схватања да тежња ка увећању пословне моћи, а тиме и тржишној доминацији, представља природно, па чак и пожељно понашање, које се не може забранити све док се остварује допуштеним средствима.

Једна од најзначајнијих новина коју је у домаћи систем правила конкуренције увео важећи Закон о заштити конкуренције¹ (у даљем тексту: Закон) односи се на битно проширење граница надлежности Комисије за заштиту конкуренције у домену изрицања санкција, чиме се омогућава обједињеност и једнообразност поступања у сегменту примарне заштите конкуренције. Изван тога остаје сфера судске заштите, која је двостепена, у процесном смислу, и двојна, у садржинском смислу. Мериторна одлука Комисије за заштиту конкуренције је коначна² и против ње може бити поднета тужба Управном суду, која не одлаже извршење решења. Последњи ниво судске заштите³ односи се на поступак по ванредном правном леку⁴ пред Врховним касационим судом Републике Србије.

| Врста поступка | Укупан број поступака | Окончани поступци | Поступци у току на дан 31.12.2012. године |
|--|-----------------------|-------------------|---|
| Рестриktivни споразуми | 11 | 7 | 4 |
| Појединачна изузећа споразума од забране | 15 | 14 | 1 |

1 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09).

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

3 Законитост поступања Комисије ЕУ у домену примене комунитарног права конкуренције оцењује Суд правде ЕУ, сходно чл. 263 *TFEU*; види: Ariel Ezrachi, *EU Competition Law – An Analytical Guide to the Leading Cases*, Portland, 2010, стр. 408.

4 Закон о управним споровима, чл. 49.

| | | | |
|---|----|----|----|
| Злоупотреба доминантног положаја | 9 | 5 | 4 |
| Иницијативе за покретање поступка и обавештења | 36 | 29 | 7 |
| Остало (представке, међусекторски пројекти и сл.) | 25 | 21 | 0 |
| Укупно | 92 | 76 | 16 |

Прејлед постојуака за утврђивање повреда конкуренције вођених од стране Комисије за заштити конкуренције РС у 2012. години⁵

Осим опције вођења управног спора против решења Комисије, у области судске заштите конкуренције све већи значај добија грађанско-правна заштита. 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 *TFEU*.⁶ 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.

Правна једначина у области ефективне заштите ефективне конкуренције која ће у даљем тексту бити разматрана је следећа: повређена је императивна законска норма и утврђено нарушавање, ограничавање или спречавање конкуренције. Потребно је утврдити санкцију, у ситуацији када је дошло до измене законодавног оквира. Да ли ће мера заштите конкуренције у виду новчане казне бити изречена? Уколико је одговор на претходно питање потврдан, да ли је изабрано решење повољније за починиоца повреде? Најзад, да ли су односним поступањем заштитени принципи правичности и јавног интереса? Закон је отворио ово питање 2009. године, и на различитим нивоима правне заштите конкуренције, до данас, давани су различити одговори. Очекиване, током ове године, измене и допуне Закона претпоставља се да ће избећи сличну прав-

5 Извештај о раду Комисије за заштиту конкуренције у 2012. години, вид: www.kzk.gov.rs, 1.4.2013.

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

ну неизвесност у погледу повлачења линије разграничења временског важења, чија цена, показало се, може бити врло висока.

Ситуација укрштене временске примене правила о заштити конкуренције разрешава се кроз сложени пут слагања и повезивања правних аргумената и законских решења, који започиње консултовањем прелазних одредаба Закона. Надаље, јединствен став прекршајне судске праксе који иде у правцу негирања стварне надлежности даље значи – под претпоставком усвајања става да неко уопште мора бити надлежан у домену примарне примене правила у циљу заштите ефективне конкуренције – поступање Комисије за заштиту конкуренције у погледу изрицања мера услед учињене повреде.

Овај пут неће бити једноставан, по броју корака који су направљени до коначног разрешења правне дилеме, и скретања која је требало учинити, али је у квалитативном смислу позитиван, пре свега са аспекта странке у поступку којој се изриче мера заштите конкуренције, али и других тржишних учесника, потрошача, државе па и друштва, и јесте неспоран, у смислу да представља једино могуће решење – под претпоставком да непримена права није ни узимана као озбиљна опција. Дакле, да би се стигло до циља у овом правном лавиритну, који ће имати обележја и легалног и легитимног, постојао је само један пут којим се могло ићи, а он не подразумева ретроактивност ни ретроградност у било ком смислу, већ примену по починиоца блажег и објективно једино могућег прописа. О аргументима којим је поплочан, у тексту који следи.

II Прелазне одредбе Закона

Као полазни принцип за разрешење отвореног питања приоритета примене једног од више прописа истог ранга јавља се решење садржано у прелазним и завршним одредбама⁷ последње донетог акта. Језичким и системским тумачењем одредаба члана 74 Закона, долази се до става да се претходно важећи Закон о заштити конкуренције (2005)⁸ примењује у целини – и у погледу материјалних, и процесних одредаба.⁹ Да је

7 Тек у евентуалном случају да не постоје прелазне и завршне одредбе у касније донетом пропису које уређују питање приоритета примене, као супсидијаран јавља се принцип *Lex posterior derogat legi priori*.

8 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/05; у даљем тексту: Претходни закон).

9 Додатни аргумент за став о целовитој примени процесних и материјалних одредаба једног прописа јесте аналогија са ситуацијом када домаћи закон упућује на примену страног права које се онда има применити у целини: и у материјално-

интенција законодавца била примена само једног сегмента правила, то би изричито било и напоменуто. Предвиђено је да се на све поступке који су отпочети до дана почетка примене Закона (а он не кореспондира дану његовог ступања на снагу) примењују прописи по којима су и започети.

Са друге стране, формулација „примењује се закон“ искључује опцију непримене (закона, важећег или претходног). То даље значи и да сценарио: изабрати Закон који је објективно немогуће применити – није одржив, са становишта базичног језичког тумачења, затим и интенције законодавца, а најзад и саме *naturalis ratio* односне норме да повреди консеквентно следи изрицање мере заштите конкуренције.

III Примена прописа по коме је поступак започет

Правила Претходног закона примењују се и у материјално-правном и процесно-правном смислу. У домену изрицања санкције, то у материјално-правном смислу значи да су оне квалитативно исте, али квантитативно строже него што ће то бити решење Закона; у процесном смислу, поступајући орган за њихово изрицање је прекршајни суд. И ту се стиже до баријере у виду објективне немогућности институционалне примене концепта прекршајне одговорности за раније за утврђене случајеве повреде конкуренције.

Наиме, јединствен 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 прекршај¹⁰, јер легислативни амбијент креиран отпочињањем дејства важећег Закона¹¹ 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.¹² 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 учи-

правном и процесном сегменту. Разуме се да околност примене сраног права представља ситуацију знатно повишеног ризика за јавни поредак, па и правну сигурност домаће стране учеснице правног посла, у односу на случај када се одлучује о примени одредаба једног од два домаћа закона истог нивоа посебности.

10 Сходно чл. 218 ст. 1 тач. 1 Закона о прекршајима (*Службени тасник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009).

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

12 Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, бр. 15-ПРЖ-7115/10.

ниоца, сходно решењу Закона о прекршајима¹³ као матичног по коме се на учиниоца прекршаја, у случају да је након учиненог дела једном или више пута дошло до измене регулативе – примењује најблажи пропис.

Ово је, дакле, место где се мора учинити скретање на правном путу резоновања, до одрживог и правичног решења. Две су опције – не санкционисати неспорно учинену повреду и кршење закона или изрећи меру у оквирима важећих прописа: и то не зато што имају ретроактивну примену *per se*, јер је немају, већ стога што је то једини начин да правни поступак буде окончан, а начело правичности примењено. Опредeљујемо се за наставак пута скретањем на једино проходну стазу примене права и даљег праћења законских знакова поред ње.

Примена решења важећег Закона у сегменту изрицања санкције за, на основу Претходног закона утврђену повреду конкуренције, као објективно једино расположивог корпуса правила чијом употребом је могуће окончати односни управни поступак упућује даље на два битна постулата. Прво, треба временски одредити период трајања повреде, и применити Претходни 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.¹⁴

Могуће је разликовати три правне ситуације, полазећи од критеријума (не)поступања прекршајних органа по утврђеној повреди конкуренције. У првом сценарију, након што је одлуком Комисије за заштиту конкуренције утврђена повреда, прекршајни поступак за изрицање мере није покренут. Стога, у светлу правила Закона, Комисија за заштиту конкуренције као поступајући орган завршава поступак и изриче меру. У другом случају, поступак пред прекршајним органом је започет и обустављен, са образложењем базираном на тези о стварној ненадлежности и принципу примене блажег прописа. Трећа ситуација подразумева поступање прекршајног органа окончаног ослобађајућом пресудом, али без да је доведено у питање постојање повреде и даље, уз упућивање на примену концепта важећих прописа о заштити конкуренције и следственом изрицању управних мера.¹⁵

13 Види Закон о прекршајима, чл. 6.

14 Види: Конференција Уједињених нација за трговину и развој, *Експертска анализа њолијшике заштитне конкуренције*, Србија, Њујорк и Женева, 2011, стр. 19.

15 Посебно је формално-правно питање зашто прекршајни судови одлуку којом се констатује да се односно дело повреде конкуренције не квалификује као прекршај

IV Примена блажег прописа

Поступајући по прелазној одредби Закона, консултује се Претходни закон који за изрицање санкције за радњу спречавања, ограничавања или нарушавања конкуренције прописује спровођење прекршајног поступка и примену односног закона.¹⁶

Законом о прекршајима (чл. 6, ст. 2) предвиђено је да се на учиниоца прекршаја, у случају да је дошло до измене регулаторног оквира, неће применити пропис који је важио у време извршења прекршаја (Претходни закон), већ се има применити најблажи пропис (Закон). Овакво решење чини беспредметном сваку даљу причу о „забрани ретроактивне примена Закона“, чија се примена, као оног који није био на снази у време учињене повреде која се тада санкционисала као прекршај управо, и то императивном законском одредбом, налаже. Такође, формулација „примењује се пропис који је најблажи за учиниоца“ искључује *per se* опцију да се у случају измене прописа (у једном или више наврата) – ниједан пропис не примени.

Следећи аргумент односи се на принцип да се у управном поступку, када се странкама налажу обавезе, имају применити оне мере предвиђене прописима које су за њих повољније, све док се и на тај начин остварује сврха Закона, и предвиђен је Законом о општем управном поступку (чл. 6, ст. 3).

Из оба наведена законска решења која су императивног карактера проистиче да се има применити – не пропис који је био на снази у време повреде конкуренције, већ онај који предвиђа блажу санкцију за починиоца, а то је Закон.

Уставни принцип¹⁷ из члана 197, став 3 допушта наведену могућност за област кривичног права, али не прописује и обавезност избора блажег прописа. Мере заштите конкуренције, без обзира да ли су управно-правне или прекршајно-правне природе, с обзиром да представљају санкцију за учињену и правоснажно утврђену повреду

и да се има применити Закон о заштити конкуренције као повољнији за починиоца за изрицање санкције – доносе и у виду пресуде којом се окривљени ослобађа кривице. Одговор треба тражити у формулацији чл. 218 ст. 1 тач. 1 Закона о прекршајима, 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; види Закон о прекршајима, чл. 216 ст. 1 тач. 1.

16 Закон о заштити конкуренције из 2005. године, чл. 70, ст. 1.

17 Устав РС (Службени гласник РС, бр. 37/06).

конкуренције изједначене су са кривичним санкцијама, а сходно члану 6(1) Европске конвенције за људска права¹⁸ да поступци заштите конкуренције имају кривично-правну природу.¹⁹ Становиште да се одредбе члана 6(1) имају тумачити екстензивно и да се примењују како на кривичне, тако аналогно и на управне поступке (заједнички именилац подразумева да за предмет имају изрицање санкције)²⁰ – заузето је превасходно с обзиром на природу повреде конкуренције и озбиљност предвиђене казне.

Дакле, уколико правила Претходног 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,²¹ у овој правној дилеми уводи се правило примене, по странку, односно починиоца повреде, повољнијег прописа – као корективно. То значи да се на неокончан правни поступак, нерегулисан однос или отворено правно питање примењују позитивне норме као једино расположиве – под условом да су њихова решења повољнија за починиоца.

V Примена Закона о заштити конкуренције

Досадашњи редослед корака, односно аргумената, довео је до примене важећих решења²² у сегменту изрицање санкције за утврђену повреду конкуренције, јер су она повољнија за починиоца у односу на

- 18 Конвенција за заштиту људских права и основних слобода донета је у Риму 1950. године.
- 19 Наведено тумачење члана 6(1) заузето је од стране Европског суда за људска права пресудом у предмету *Menarini Diagnostics S.R.L. v. The Italian Republic*, No. 43509/09, од 27.9.2011. године.
- 20 Аналогија је учињена и у погледу правног положаја Комисије, као самосталног и независног органа, према судовима.
- 21 Закони не могу имати повратно дејство, већ, изузетно само одређене одредбе могу имати повратно дејство ако то налаже општи интерес, види: Устав Републике Србије, чл. 197 ст. 1 и 2.
- 22 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 привредно 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.

правила Претходног закона, у квантитативном и квалитативном смислу. Најпре, за разлику од претходно важећег решења постојања индивидуалне одговорности физичког лица, заступника правног лица које је учинило прекршај, постојећи легислативни амбијент не познаје такав вид санкција за учињене повреде конкуренције,²³ 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 казне²⁴ 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%.²⁵

Дакле у Претходном и важећем Закону на исти начин прописане су радње и акти рестриктивног споразумевања и злоупотребе доминантног положаја, и на исти начин је прописана санкција (раније–казна, сада–мера заштите конкуренције) у виду обавезе плаћања новчаног износа у висини утврђеног процента од укупног годишњег прихода оствареног у години која претходи утврђеној повреди.

Примена одредаба Закона детерминисана је, осим базичним начелом примене блажег прописа за починиоца, и околношћу да је реч о истоврсној, новчаној казни и најзад ограничена је на изрицање мера које је познавао и претходни Закон.²⁶ Неосновано би било применити

23 Види чл. 71 ст. 5, чл. 72 ст. 2 и чл. 73 ст 2 Претходног закона.

24 И 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.

25 У домену изрицања управне мере, релевантно је консултовати Смернице за примену Уредбе 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 мере (2011. година) и Смернице Комисије ЕУ бр. 1/2003 ОЈ С 210, стр. 2 (2006. година).

26 Када је о санкцијама реч, у оквиру претходно важећег легислативног оквира јављале су се у виду управних и прекршајних мера. Закон обједињује 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 структурне мере; новоуведени сегмент представљају мере процесног пенала услед непоступања у складу са налогом Комисије.

оне мере које претходно важећи прописи не би препознали, јер би то значило негативно дејство ретроактивности и примену неповољнијих правила за починиоца повреде конкуренције.

VI Концептуална сложеност поступка

Утврђивање повреде конкуренције и консеквентно изрицање санкције упоредно-правно представљају два садржински одвојена и независна, али нужно повезана поступка, како по критеријуму органа који их изриче, тако и са аспекта кодификованих правила по којима се спроводе, уз једно правило са дугом цивилизацијско-правном традицијом: мера до које се резултатно дође мора бити најповољнија могућа за починиоца. Претходно важећи Закон познавао је двосегменти концепт заштите конкуренције: утврђивање повреде, од стране Комисије, и изрицање санкције, у оквиру прекршајног поступка. Ове две целине биле су јасно одвојене и самосталне – у временском, у формално-правном и у институционалном смислу. Дакле, поступак одређивања мере заштите конкуренције јавља се као самосталан, и може бити спроведен по одредбама Закона у случају када је повреда утврђена за време важења претходних прописа. Најзад, позитивни прописи предвиђају да се мера заштите конкуренције може одредити самостално или истовремено са мером отклањања повреде конкуренције.²⁷

Односна правна ситуација представља *Facta pendentia*, односно ситуацију у току, с обзиром да је настала за преме важења Претходног закона (у смислу повреде конкуренције), али се својим континуираним дејством простире и на време садашњег Закона (с обзиром да поступак није окончан, а санкција изречена).²⁸ Разликују се две подкатегије „ситуација у току“: када је о једном питању одлука донета као коначна – тада се примењује раније важећи закон, или када је реч о (не)поступању које се више пута процењује и о коме се, експлицитно или имплицитно, изнова одлучује – у ком случају примену могу имати сада или претходно важећи прописи, зависно од времена наступања односне битне околности, односно чињенице.

Као подкатегија „свршеног факта“, с обзиром да је једна од садржинских целина већ остварена у пољу временског важења претходног

27 Види Уредбу 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. 50/10), чл. 5 ст. 1.

28 Види: Слободан Перовић, *Ретироактивност закона и других ојшћих акаћа – теорија сукоба закона у времену*, Београд, 1987, стр. 161.

закона, а бивајући по својој правној природи вануговорна ситуација, сходно атомистичкој теорији Рубијеа, уз битан утицај теорије друштвеног интереса: оваква атомистичка структура правне ситуације заштите конкуренције подразумева да се на први сегмент повреде конкуренције примењује претходно важећи пропис, за време кога је радња и учињена, а на други део правне приче, који подразумева поступак изрицања санкције, примењује се важећи пропис, као институционално једино могући и као блажи за починиоца.

VII Јединственост поступка

Поступак у коме је утврђена повреда конкуренције може се сматрати окончаним тек тренутком изрицања мере конкуренције, што за поступке отпочете по претходно важећем Закону, услед објективне немогућности изрицања мера у контексту прекршајне одговорности, може бити учињено само по важећим прописима, од стране Комисије за заштиту конкуренције, с тим да је вредносни опсег иначе истоврсних санкција повољнији за починиоца управо по важећим прописима. 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. Стога, позивање на постојање правне празнине свакако није релевантан аргумент, то се и чини применом постојећих и једино дејствујућих правних правила.²⁹

VIII Поштовање правила *Ne bis in idem*

Околност да је по поднетим захтевима за вођење прекршаја по Претходном закону одлучивано, отвара питање оправданости поступања Комисије за заштиту конкуренције и изрицања мера у управном поступку, са аспекта поштовања принципа *Ne bis in idem*. Могуће је у том смислу истаћи неколико аргумента у прилог тези да управни поступак треба окончати.

Битни елементи за утврђивање истоврсности поступака, чије присуство је кумулативно постављено, односе се на субјекте, чињенично-правни склоп и исти поступајући орган, што у овој ситуацији није случај. Одлука прекршајног суда није мериторна, с обзиром да се констатује немогућност прекршајне квалификације и потреба примене Закона, а то даље значи и изрицања управне мере.

²⁹ Сходно чл. 68, у вези са чл. 57 Закона.

Управни орган је само у ситуацији када се правоснажном судском пресудом утврђује кривична одговорност³⁰ везан таквом одлуком суда, а у свим другим ситуацијама, сходно *Argumentum a contrario valem in lege*, управни орган може наставити поступак³¹ (у овом случају и изрећи меру заштите конкуренције).

Законом о прекршајима предвиђено је да у прекршајном поступку лице не може бити кажњено више пута за исту прекршајну радњу,³² 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. Поступак који се води пред Комисијом за заштиту конкуренције није прекршајни поступак, тако да не може бити говора о повреди принципа *Ne bis in idem*. У погледу испитивања поштовања принципа *Ne bis in idem*, конститутивни елементи били би два (или више) пута вођени прекршајни поступци, који су окончани изрицањем казне. У односном случају стога не може бити говора о његовој повреди, јер: вођен је само један прекршајни поступак; он није резултирао изрицањем казне; у истој правној ствари сада се води други поступак који, међутим, није прекршајни.

IX Јавни, и интерес државе

Заштита ефективне конкуренције, и то механизмима који би омогућили помак напред, представља општи интерес наведен у Образложењу Закона приликом његовог доношења. Интенција законодавца није била да, тежећи њеној ефикасијој заштити, ослободи починиоце повреде конкуренције санкције само зато што је дошло до измене законских прописа.

Обавеза је Комисије, као поступајућег органа, 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.

30 Види Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01 и *Службени гласник РС*, бр. 30/10), чл. 134 ст. 3.

31 Формално-правно 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 одговорност она била везана таквом одлуком суда.

32 Види: Закон о прекршајима, чл. 8 ст. 1.

У том смислу, заштита конкуренције и конкурентности се јавља као значајни вид поштовања наведених начела, у сегменту добробити за друштво, а нарочито користи потрошача,³³ 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 – и најзначајнији инструмент представљају управо управне мере које се изричу у случају повреде конкуренције.

Комисији је дато у надлежност да поступке заштите конкуренције реализује у целости, укључујући и сегмент одређивања управне мере, као и контролисања спровођења мера, 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 ефективна 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.³⁴

Посебан сегмент штете која бива проузрокована непримењивањем правне норме у целини, односно усвајањем става да се за неспорно утврђену повреду конкуренције услед околности промене закона не изриче санкција, пада директно на терет државе, о чему сведочи, најалост, и актуелна домаћа пословно-правна пракса. У увек сложеној сфери међуодноса права и државе, у овом случају услед измене правног става на дугачкој стази од примарне заштите конкуренције (од стране Комисије за заштиту конкуренције, као за ову област специјализованог независног тела), преко Управног суда као првоступајуће судске инстанце, до деловања по ванредном правном средству и промењеном ставу у односу на онај заузет од претходне две инстанце, последица за државу у смислу претрпљене стварне штете, осим озбиљно попољуљаног принципа правне сигурности – јесте врло значајна.

Х Уместо закључка

У ситуацији када је применом правила Претходног закона утврђена њена повреда, али следствено није изречена мера – у првом случају уко-

33 Види Закон, чл. 1.

34 Види Закон, чл. 38 ст. 3 и Уредбу 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, чл. 5 ст. 1.

лико поступак пред прекршајним судом није ни покренут, а у другом случају када је он резултирао ставом да се имају применити правила о заштити конкуренције као блажег прописа – отвара се питање правног модела по коме ће то бити учињено. При томе, ни једног тренутка се не могу довести у сумњу два темељна принципа на којима почива оваква ситуација: аксиом да се право има применити и јавни интерес у домену заштите конкуренције, као преломне тачке у којој се принципи правног и државног срећно сусрећу – а полазећи од самог структурног, и унутрашњег смисла правне норме, поступка или начела: да повреди диспозиције нужно консеквентно следи санкција.

У аргументационом низу зашто се у ситуацији утврђене повреде изриче мера заштите конкуренције, и у ситуацији измене законодавног оквира, и зашто је само тако морало бити, два става се даље издвајају као кључна. Први се односи на схватање прекршајних органа о поступању у материји заштите конкуренције. Други се тиче априорне примене императивне законске норме.

Упућујућа прелазна одредба Закона³⁵ води до концепта прекршајног поступања у домену изрицања санкција³⁶ предвиђеног Претходним законом, сходно коме се примењују одредбе закона којим се уређују прекршаји. Упућујућа одредба (из члана 70, став 1) Претходног закона тако води до решења Закона о прекршајима и судске прекршајне праксе која су у домену изрицања санкције за, од стране Комисије за заштиту конкуренције, утврђене повреде – двојака: дело повреде конкуренције не представља прекршај (члан 218, став 1), сходно чему не постоји стварна надлежност прекршајних органа, већ је квалификовано Законом о заштити конкуренције, што даље значи да надлежност за утврђивање мере има онај орган који односни пропис и предвиђа (а то значи Комисија за заштиту конкуренције); и у ситуацији када би изрицање мере заштите конкуренције било паралелно уређено и прописом у области конкуренције и прописом у области прекршаја, примењивале би се одредбе Закона о заштити конкуренције, као блажег за починиоца (сходно члану 6, став 2).

Са друге стране, полазећи од базичног постулата о јединствености правне норме и каузалног низа диспозиција-санкција, у ситуацији утврђене повреде конкуренције мора се изрећи мера заштите конкуренције, и то двоструко гледано. Прво, норма садржана у Закону о прекршајима (члан 6, став 2), до које се поменутом правном стазом поплочаном упућујућим одредбама стиже, полазећи од прелазног решења (из члана 74) Закона, предвиђа, у случају да је после учињеног прекршаја

35 Закон, чл. 74.

36 Претходни закон, чл. 72.

дошло до измене прописа у једном или више наврата – обавезну примену неког од прописа, и то оног који је најблажи за учиниоца. Језичким тумачењем долази се до јасног става да не применити ни један од односних прописа није опција. Друго, изрицање санкције консеквентно учињеној повреди конкуренције априорно је, с обзиром да је у питању императивна права норма. Дакле, ниједна правна околност, и свакако не измена законодавног оквира, не може бити разлог за непримењивање односне норме у целини, и окончање започетог поступка заштите конкуренције. Свака другачија аргументација сводила би се на преварно заобилажење права, а њено прихватање значило антитезу права, *per se*.

Свака правна норма, па и ова о изрицању мере заштите конкуренције уколико неспорно буде утврђена њена повреда, садржи санкцију као гаранцију саме своје примене. Истовремено, анализом њеног порекла, открива се *naturalis ratio* који стоји у њеној основи.³⁷ У овом случају, то је неспорно каузални карактер између повреде и мере заштите конкуренције.

Постављање питања ретроактивне примене једног закона подразумева увек различите углове посматрања, али се теорија друштвеног интереса до данас задржала као најважнија у анализи. То даље значи да, полазећи од основне функције права, као надградње над одређеном друштвеном (и чињеничном) стварношћу, у чији је интегритет је уграђено и начело економско-социјалне сигурности, и уставности, и законитости – теорија друштвеног интереса у материји ретроактивности мора поштовати у пуном капацитету карактер тих начела. Пренесено на ниво заштите конкуренције, околност промене прописа не може бити разлог за неокончање правног поступка у коме је повреда конкуренције неспорно констатована. Теорија друштвеног интереса, која конкурентност и њену заштиту сматра једним од носећих стубова економске стабилности и сигурности, налаже да свака утврђена повреда конкуренције буде нужно санкционисана. Консеквентно томе, бивају остварени вишеструки правни ефекти: превенција сличног понашања у будућности, казнена мера за починиоца који је таквим понашањем убрао додатни незаконити профит, средства од мере заштите конкуренције постају буџетска и пласирају се у друштвено корисне сврхе, правна сигурност за друге учеснике на односном тржишту. Све наведено изостало би уколико се неодрживи аргумент о наводно забрањеном ретроактивном дејству повољнијег прописа у овој правној ситуацији насилно примени. Били би оштећени интереси потрошача, других конкурената који нису на исти начил остварили противправну корист, сама сврха санкције

37 Слободан Перовић, *Природно право и суд*, Београд, 1996, стр. 25.

прописана предметним прописом о прекршајима – да се поштује правни систем и да се убудуће прекршај не учини,³⁸ и најзад држава. Даље, то би значило свесно непримењивање мере заштите конкуренције као другог конститутивног сегмента правног правила, који је каузално везан са првим, а неспорно је наступила повреда диспозиције – креирајући тако случај наизглед „изгубљен у правном преводу“, а суштински неправа, који не може, односно не би смео, бити резултат ниједне, па ни ове правне дилеме.

Постоје само две ситуације у којима упркос утврђеној повреди конкуренције, санкција, односно мера заштите конкуренције, не би требало да буде изречена. Прва се односи на застарелост.³⁹ Друга ситуација полази од теорије блажег прописа (наспрам поменутој теорији друштвеног интереса) и постојала би да одредбе Закона, као објективно једино примењујућег, нису повољније у сегменту предвиђених санкција у односу на решења Претходног закона.⁴⁰ Тада не би било правног, ни правичног, основа за изрицање санкције, упркос неспорно учињеној повреди императивне законске норме, и конкуренције.

Како то у постојећој констелацији није случај, изнето правно разрешење једначине са две непознате јавља као неспорно у смислу заштите јавног интереса, посматрано са аспекта државе, и заштите начела правичности и правне сигурности, посматрано кроз призму највиших вредности права, и у трансцендентном смислу.

38 Закон о прекршајима, чл. 5 ст. 2.

39 Чл. 68 ст. 3 Закона предвиђа рок застарелости од три године, чијим протеком се мера заштите конкуренције не може ни одредити, нити наплатити, полазећи од дана извршења радње или пропиштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње. Предлогом Закона о изменама и допунама Закона о конкуренцији овај рок продужен је на пет година, што је рационално решење чије усвајање треба очекивати.

40 Када је реч о природи и категоризацији санкција, биће мера остало је исто, с тим да је распон предвиђен важећим Законом по учиниоца повољнији у односу на претходно важеће прописе.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Associate Professor at the Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade
Council Member of the Commission for Protection of Competition

EFFECTIVE PROTECTION OF THE COMPETITION (LAW, ECONOMY AND STATE)

Summary

Subject of this paper is analysis of a legal situation of an altered legislative ambience in domain of protection of competition, when its violation is established beyond controversy but no sanction was imposed upon it nor an argumentation map by which this legal puzzle is resolved was given. Starting premises imply: an axiom that the law is to be applied and a public interest in the field of competition protection, as a breaking point at which principles of legal and state matters are luckily met, and starting from the very internal sense of a legal norm, procedure or rationale: that violation of rule is followed by a sanction. There are only two situations in which in spite to a determined violation of competition sanction should not be imposed. The first one is related to prescription. Another starts from the theory of more beneficial/more gentle law/ (opposing a theory of social interest) and it would exist should the rules of Law as objectively only applying ones are not more beneficial in segment of prescribed sanctions compared to solutions of Previous law. The conclusion is that amendment of legal frame directs to application of a more gentle law for imposing sanctions to perpetrator of violation of competition and completion of proceedings. Every different position would lead to fraudulent getting around of law and would mean antithesis to law, per se/by itself.

Key words: *primary protection of competition, atom theory, social interest theory, legal situation in the course, application of more beneficial law.*