

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

РЕФОРМА КОНЦЕПТА (ЗЛОУПОТРЕБЕ) ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА ТРЖИШНОГ УЧЕСНИКА^{*}

Резиме

Овај рад има за предмет анализу правног односа пословне конценџрације, доминантног тржишног положаја и његове злоупотребе, која означава повреду ефективне конкуренције. Посебна пажња повећана је инстџицији условне конценџрације, када се даје сагласност за њено спровођење након што је прихваћен предлог посебних услова и мера које су учесници трансакције спреми да предузму, а Комисија за заштити конкуренције их сматра адекватним за предувређење оисности нарушавања конкуренције услед спроведене конценџрације.

Конценџрација привредних субјеката на одређеном тржишти није забрањена – најошв, позишвна је претшоставка превалентности позишвних пословних, у односу на нешшвне ефекте у домену нарушавања тржишног баланса. Није недошшшено ни стварање доминантног положаја конценџрацијом, чак и у ситуацији када је њен искључиви циљ била злоупотреба тржишне моћи, односно ошраничавање ефективне конкуренције. Конценџрација ће шти на шперен правног режима забране само уколико се њом објективно изврши злоупотреба доминантног положаја. Дакле, за разлику од ресшриктшвних шпоразума као

* Овај чланак је резултат рада на пројекту број 47026 Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

другог облика повреде конкуренције, који познају субјективно-објективни концепти забране, у смислу да је ништав договор који за циљ или последицу има значајно нарушавање конкуренције – код злоупотребе доминантног положаја на снази је правни модел објективне, односно ефективне, односно последичне забране.

Закључак рада је да постоји суштинцијална и функционална правна веза између условног одобрења концентрације и доминантног положаја на тржиштима, у смислу да се инститорит условне концентрације истовремено јавља и као начин превентивног надзора над пословањем тржишног учесника који има доминантну позицију – консеквентно омогућавајући да се предузреди њена злоупотреба која би значила повреду ефективне конкуренције. Резултат истраживања указује, са друге стране, на велики значај који у смислу превентивног деловања, али и рационалног постојања, има правни модел прекида постојућег истраживања повреде конкуренције услед прихватања предлога обавеза странке ради отклањања могућих повреда конкуренције, уз закључак да постоји значајно шири домен примене у случајевима злоупотребе доминантног положаја у односу на рестриктивне, а посебно хоризонталне споразуме – представљајући, од 2013 године када је уведен у домаћи легислативни амбијент, актуелно најзначајнији инститорит у домену реформе домаће права конкуренције.

Кључне речи: *ефективна конкуренција, условна концентрација, злоупотреба доминантног положаја, нагодба у иститоритом постојућу, правило резона.*

I Доминантан положај пословног субјекта: тржишни сатус између (појединачног) успеха и (системске) претње

1. Утврђивање тржишне доминације

Поседовање доминантног положаја је природна интенција сваког учесника тржишне утакмице и израз његове тежње за рационалним и ефикасним пословањем, са једне, и намере да буде бољи и снажнији у односу на конкуренте, са друге стране. Максимизација профита и јачање тржишне позиције примарни су циљеви сваког пословног подухвата. Зато стицање и одржавање доминантног положаја на тржишту нису по себи недозвољени. Уколико је једно привредно друштво способно да елиминише конкуренцију законитим средствима, нема основа за забрану таквог понашања. Нема смисла, ни основа кажњавати некога само зато што је успешан – а у тржишној утакмици то значи да је доминантан. Оно

што савремена законодавства санкционишу у циљу заштите ефективна конкуренције јесте објективна злоупотреба доминантног положаја, при чему се као релевантно узима фактичко тржишно понашање субјекта, а не његови мотиви и намере.¹ При томе, савремено европско право конкуренције схвата поседовање доминантног положаја као „нарочиту одговорност“ пословног субјекта да води рачуна о томе да он не прерасте у злоупотребу,² дакле као одређену врсту обавезе и додатног напора који је потребно уложити да се не пређе осетљива гранична линија, и да својим понашањем не наруши ефективну конкуренцију на односном тржишту.

Сваком тржишном амбијенту иманентан је сукоб интереса привредних субјеката, који је неминован јер произилази из тежње за остварењем истог циља у одређеном пословном домену и на одређеном географском простору. На тржишту се сусрећу субјекти са истим или сличним предметом пословања и заједничким циљем остварења добити, што нужно рађа сукоб интереса и њихове односе опредељује као ривалске и као односе конкуренције. Сваки учесник покушава да коришћењем различитих средстава и стратегија буде јачи и тржишно успешнији од других. Понашање привредних субјеката у том смислу је усмерено на измену тржишне структуре или на ограничавање, односно извитоперавање тржишне утакмице, а последице су олигополска или чак монополска тржишна ситуација.

Тржишна доминација подразумева реалну правну или фактичку моћ одређеног тржишног учесника да се понаша независно од постојеће или потенцијалне конкуренције и потрошача, односно да утврђује и намеће своје услове пословања. Доминантан положај има пословни субјект који поседује такву тржишну снагу која му омогућава да на релевантном тржишту послује у значајној мери независно у односу на друге, стварне или потенцијалне, учеснике, као и купце, добављаче или потрошаче.³ Категорија тржишне снаге учесника је вишекомпонентна и променљива, утврђује се у односу на релевантне економске, правне и дру-

1 За разлику од рестриктивних споразума као другог облика повреде конкуренције, који познају субјективно-објективни концепт забране, у смислу да је до повреде конкуренције дошло услед споразума који је такав ефекат имао за циљ или последицу – код злоупотребе доминантног положаја на снази је објективни концепт забране.

2 *Michelin v. Commission* (1983) ECR 3461, 322/81.

3 Наведено решење представља повратак на концепт који је познавао Закон о заштити конкуренције из 2005. године, сходно коме је доминантан положај на релевантном тржишту имао учесник који пословне одлуке доноси независно од понашања конкурената, односно добављача, купаца и крајњих корисника робе или услуга; при томе, околност поседовања тржишног удела од најмање 40% није нужно значила и квалификацију доминантног положаја на релевантном тржишту.

ге објективне показатеље, узимајући у обзир као посебно важне следеће критеријуме: структуру релевантног тржишта, тржишни удео пословног субјекта – с тим да је значајан индикатор постојања доминације вредност удела на релевантном тржишту већа од 40%, економска и финансијска снага пословног субјекта, степен вертикалне пословне интегрисаности, стварни и потенцијални конкуренти, правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту, технолошке предности, права интелектуалне својине и објективна тржишна снага купца.⁴ Тржишна моћ представља вид слободе понашања привредних субјеката да утичу на тржишне законитости и услове. Прекомерно кумулирање тржишне моћи је непожељно јер води повећању цена и смањењу понуде на тржишту. Са друге стране, одређени интензитет тржишне моћи је потребан, јер пораст профита омогућава даља улагања у развој. Тржишна доминација је пресудом у случају *United Brands v. Commission*⁵ дефинисана као „позиција такве економске снаге која предузећу омогућава да спречи очување ефикасне конкуренције на тржишту, будући да је због своје снаге у могућности да се понаша „довољно независно“ од конкуренције, клијената и у крајњој линији од потрошача“. Критеријуми за утврђивање доминантног положаја на тржишту прецизирани су у домаћем праву⁶ преваходно у складу са концептом који прихвата пракса Европског суда правде. Доминантан положај на тржишту представља ситуацију у којој један од конкурената поседује знатну тржишну моћ, а то у економском смислу значи способност да цену свог производа може одрживо формирати изнад сопствених граничних трошкова. Постојање доминантног положаја подразумева кумулативно испуњење три услова: знатно тржишно учешће, постојање баријера за улазак на тржиште и умањену снагу купаца. Тржишна доминација може бити индивидуална или колективна. Колективна тржишна доминација постоји у случају да два или више правно независних учесника могу да остваре доминантан положај ако су повезани економским везама тако да заједнички наступају или делују као један учесник на релевантном тржишту.⁷

У домаћем праву више (од 2013. године) не постоји позитивна претпоставка поседовања доминантног положаја на тржишту за учес-

4 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/09 и 95/13; даље у фуснотама: Закон), чл. 15, ст. 2.

5 *United Brands v. Commission* (1976) C 27/76.

6 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 95/13), чл. 1.

7 До ступања на снагу измена и допуна Закона 2013. године, на снази је била позитивна законска претпоставка о постојању колективне тржишне доминације у случају да два или више учесника на тржишту имају збирни тржишни удео од најмање 50%, а да при том између њих не постоји значајна конкуренција.

ника чији удео на релевантном тржишту износи најмање 40%, односно најмање 50% у случају колективне доминације.⁸ Околност поседовања тржишног удела који је већи од 40% представља само индиректни индикатор поседовања значајне тржишне снаге, а не више околност која *per se* значи постојање доминантног положаја. Уколико пословни субјект има удео на релевантном тржишту већи од 40% то може и не мора значити да на њему има и доминантан положај, јер на то утичу и други фактори (као што су вредности удела других тржишних учесника, постојање и природна препрека уласку на односно тржиште или постојање доминације на страни купца). Доминантан је онај тржишни учесник који има значајно бољи положај у односу на конкуренте, пре свега захваљујући економској снази и слободи приступа тржиштима снабдевања и дистрибуције. У сваком појединачном случају постојање доминантног положаја се мора установити, без могућности да се у одређеним категоријалним ситуацијама – претпостави, с тим да терет доказивања лежи на страни Комисије за заштиту конкуренције. Поступак утврђивања постојања тржишне доминације има следеће конститутивне елементе: дефинисање релевантног и географског тржишта; утврђивање односа између послова које предузима односни привредни субјект и укупног обима послова на тржишту; испитивање објективне могућности независног тржишног понашања, без узимања у обзир положаја, услова и интереса конкурента, односно потрошача; значајан индикатор постојања индивидуалне тржишне доминације јесте вредност тржишног удела већег од 40%, односно у распону 20–40% за значајно дисперзована тржишта, односно од 50% у случају колективне доминације; додатни критеријуми за утврђивање тржишне доминације су и: дужина пословања на тржишту, приступ финансијским и технолошким изворима и фактичко понашање привредног субјекта.

а) Концентрација – доминација – злоупотреба

Доминантан положај на тржишту настаје као резултат индивидуалног економског раста или, знатно чешће, услед оствареног пословног повезивања. Тако поседовање доминантног положаја у пракси често представља међустаницу између пословне концентрације и злоупотребе доминантног положаја. Могуће је, међутим, да спровођење злоупотребе

8 Претходним законским решењем – Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/09), била је установљена претпоставка да учесник на тржишту има доминантан положај уколико вредност његовог тржишног удела износи најмање 40% (у случају колективне доминације – 50%), и терет доказивања да то није случај био је на тржишном учеснику; терет доказивања је био на Комисији за заштиту конкуренције у случајевима када је вредност индивидуалног тржишног удела била мања од 40%, односно у случају колективне доминације мања од 50%.

тржишне доминације буде остварено и у форми уговорног односа; један вертикални споразум се може двоструко квалификовати и као облик рестриктивног споразума и као акт којим се испољава злоупотреба доминантног положаја.⁹

Анализа правног односа пословне концентрације, доминантног тржишног положаја и његове злоупотребе, која означава повреду ефективне конкуренције, води ка институту условне концентрације као компромисном решењу између опасности које са собом носи увећање тржишне моћи као последица концентрације, са једне, и разлога пословне оправданости и поља слободе удруживања привредних субјеката који су концентрацији иманентни, са друге стране. Постоји супстанцијална и функционална правна веза између условног одобрења концентрације и доминантног положаја на тржишту, у смислу да се институт условне концентрације истовремено јавља и као начин превентивног надзора над пословањем тржишног учесника који има доминантну позицију – консеквентно омогућавајући да се предупреди њена злоупотреба која би значила повреду ефективне конкуренције.

Злоупотребом доминантног положаја на релевантном тржишту сматрају се радње којима се нарушава, ограничава или спречава конкуренција и омогућавају материјалне користи и друге погодности засноване на неравноправним односима у пословању; може бити ексклузивна – када је усмерена према конкурентима, и експлоативна – када је усмерена према потрошачима. Критеријуми који се узимају у обзир приликом оцене да ли је пређена танка линија између поседовања доминантног положаја и његове злоупотребе односе се, између осталог, на: утврђивање чињенице да ли се одређено искоришћавање тржишног положаја може постићи само при постојању доминантног положаја или и у другим случајевима, наступање неправедне штете за трећа лица – клијенте, конкуренте и потрошаче, и постојање неадекватне користи за привредног субјекта, односно – важно је утврдити да ли доминантни учесник остварује одређене предности које би при пуном дејству конкуренције на тржишту биле недостижне.

II Прекид поступка испитивања повреде конкуренције на предлог странке

1. Кауза и битни елементи

У ситуацији када је поступак испитивања повреде конкуренције у току, могуће је да одлуком Комисије а на предлог странке, односно при-

9 Став Европског суда правде заузет у случају *Hoffmann La Roche v. Commission* (1979) ECR 461.

вредног друштва – тржишног учесника, буде прекинут. 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.

Институт прекида поступка услед нагодбе (*commitment decision*) је релативно нов институт у комунитарном праву, уведен 2004. године.¹⁰ Иако се правила о прекиду поступка услед нагодбе могу потенцијално применити на оба облика повреде конкуренције: рестриктивно споразумевање и злоупотребу доминантног положаја на тржишту, у европској правној пракси у области недопуштених договора овај институт се сусреће само изузетно; разлог за то представља њихова правна природа, која претпоставља постојање различитих вишестраничких интереса, чије је усаглашавање, са једне стране, управо супротно *ratio legis* заштите конкуренције, а са друге стране институт прекида поступка услед нагодбе претпоставља једнострану изјаву воље о добровољном прихватању обавеза тржишних учесника који су странка у поступку по основу претпостављеног нарушавања конкуренције. Институт прекида поступка услед нагодбе се примењује превасходно у случајевима злоупотребе доминантног положаја, ретко за вертикалне споразуме и никада за картеле као најтежи вид повреде конкуренције.

Ефекат који се постиже применом модела прекида поступка услед нагодбе 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 се огледа у остваривању позитивних последица у знатно краћем времену него што би то био случај да је поступак спроведен редовним током (и окончан утврђивањем повреде конкуренције и изрицањем санкције).

Битни елементи института прекида поступка услед нагодбе су: предлог за прекид поступка искључиво подноси странка – тржишни учесник;¹¹ предлог је прецизиран, временски орочен и образложен;

10 Уредба бр. 1/2003 која уређује процесна питања увођењем значајних новина у европско право конкуренције, у домену примене правила чл. 101 (о забрани рестриктивних споразума) и чл. 102 (о забрани злоупотребе доминантног положаја) УФЕУ, чл. 9 (*Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 04.01.2003, pp. 1–25*).

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

предлог може бити прихваћен само уколико је подобан да анулира разумну опасност по ефективну конкуренцију (*competition concern*);¹² подобност предлога мора бити тржишно тестирана.

2. Процесни аспект

Институт прекида поступка услед нагодбе у процесном смислу у домаћем праву подразумева пет фаза поступања.

Најпре, поступак се покреће по пријави странке. 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 стране садржати најмањи степен обавеза привредног друштва, који се објективно морао 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 поднети Комисији предлог да се поступак обустави, на основу једностране изјаве о обавезама које је спреман да преузме ради отклањања потенцијалних повреда конкуренције. У супстанцијалном смислу, предложене обавезе подразумевају мере 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. То су превасходно мере понашања, и(ли) структурне мере (које се примењују и у поступку контроле пословних концентрација). Предлогом се прецизирају услови и рокови сходно којима би обавезе биле реализоване. Најзад, конститутивни део предлога мера чини поступак контроле њиховог спорвођења, укључујући и начин обавештавања Комисије.

12 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.

У другој фази, Комисија прелиминарно разматра предлог за прекид поступка и адекватност наведених мера. Уколико оцени да предлог не садржи битне законске елементе, она га у овој фази може одбацити. Уколико процени да је предлог иницијално подобан, али да га је потребно изменити, односно допунити, Комисија може странку о томе обавестити, и дати смернице у ком правцу би корекција требало да буде учињена. Ово, међутим, може бити случај само уколико је реч о изменама мањег обима (у квантитативном смислу) и степена (у квалитативном смислу), јер би супротно поступање било противно самом *ratio legis*, односно каузи института: прекид поступка иницира и предлог мера даје и образлаже странка.

У трећој фази, након што оцени да је предлог странке прелиминарно прихватљив, Комисија објављује обавештење о подношењу предлога странке за прекидом поступка (које садржи опис битних елемената предмета и предложених мера) и подвргава га тржишној евалуацији, тако што упућује јавни позив заинтересованим лицима,¹³ преваходно тржишним учесницима, да се о његовој подобности изјасне. Резултати тржишне евалуације предлога захтевају накнадну редакцију и извесну резерву приликом примене, јер неретко тржишни учесници своје налазе и мишљење заснивају на личном, а не јавном интересу. Комисија је обавезна да сваки поднети предлог који садржи сажети опис предлога и битних елемената предлога објави и изложи тржишној евалуацији, чак и у ситуацији када већ има профилисан став о његовој неприхватљивости.

У следећем, централном сегменту поступања, који се диференцира у две поткатегорије: евалуације и одлучивања, Комисија, узимајући у обзир дотадашња сазнања о предмету, изнета мишљења, односно достављене податке од стране трећих лица, и на основу анализе релевантног тржишта – заузима став о томе да ли спровођењем предложених обавеза странке, са високим степеном вероватноће, може остварити циљ законом предвиђених мера понашања које би биле примењене уколико би се поступак окончао одлуком да је до нарушавања конкуренције дошло. Мере имају двоструки циљ: отклањање учињене и утврђене повреде конкуренције и спречавање могућности настанка исте или сличне повреде у будућности; могу бити позитивно или негативно профилисне, у смислу налагања одређеног понашања или уздржавања од њега. Даље, мере које Комисија изриче требало би да буду пропорционалне тежини и природи утврђене повреде конкуренције, и додатно – да буду у супстанијалној и директној вези са радњама и актима тржишног субјекта

13 Позив се објављује на интернет страници Комисије, а није искључено ни достављање посебних позива за изјашњење учесницима на релевантном тржишту за које Комисија цени да је њихово мишљење од посебног значаја за доношење одлуке у односном предмету.

који су резултирали повредом. Структурна мера се изриче само изузетно, уколико не постоји мера понашања којом би се постигао исти или приближан ефекат за заштиту конкуренције, или ако је то повољније за странку него изрицање мере понашања, или уколико раније изречена мера понашања није у целини реализована;¹⁴ нужан претходни услов за њено изрицање јесте висок степен вероватноће понављања исте или сличне повреде услед објективне тржишне структуре.

Поставља се, међутим, питање како се процењују ефекти предложених мера у односу према циљу које би законске мере имале уколико би се поступак окончао утврђивањем повреде, када је то ситуација прерано постављеног питања. Најпре, поступак је прекинут па није познато да ли је повреда постојала или не, а уколико јесте – да ли је у питању нарушавање, ограничавање или чак искључивање конкуренције. И даље: не може се перципирати која би мера, односно која комбинација мера, била изречена да је чињенично стање сагледано у целини, односно поступак доведен до краја. Најзад, предвиђено је изрицање мера установљених за отклањања повреде конкуренције, а ово је ситуација када повреда није утврђена. Постоји дакле двоструко ограничење у погледу утврђивања пропорционалног односа: најпре, не зна се које би мере биле изречене јер није окончан поступак, а оне су нужан чинилац једначине – да би се довеле у релацију са предложеним обавезама, а затим је потребно још утврдити и висок степен вероватноће да би ефекат био аналоган; наведени параметри указују на значајно широк домен „слободне оцене“ у поступању Комисије. У овом сегменту поступка Комисија и странка не могу усаглашавати предлог мера који би био подобан да резултира прекидом поступка. Наиме, предлог, који је могао бити измењен и допуњен у другој фази, прошао је тест тржишне процене и новелирано усаглашавање налагало би да тај тест буде поновљен, што би значило повреду начела ефикасности и економичности вођења управног поступка.¹⁵ Такође, одлука коју Комисија доноси о прихвату предлога не може бити условна, као што је то случај код условног одобрења концентрације,¹⁶ с обзиром да је читав институт прихвата предлога мера странке по својој природи – условног карактера, јер се поступак прекида и може бити настављен уколико странка не буде испунила предложене, и договорене обавезе.

Ова фаза поступања се окончава одлуком Комисије, која може бити прихватајућа или одбијајућа. Афирмативан став поводом предло-

14 Закон, чл. 59, ст. 3.

15 Закон о општем управном поступку (*Службени лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/01, *Службени гласник РС*, бр. 30/10; даље у фуснотама: Закон о општем управном поступку), чл. 7 и 14.

16 Закон, чл. 66, ст. 3.

га се заузима на основу два кумулативно испуњена, позитивно профилисана показатеља: предлога странке, у материјално-правном смислу, и резултата спроведеног тржишног теста. У случају када оцени да је вероватно да ће применом предложене мере (понашања, ређе структурне) бити остварен циљ отклањања учињене повреде, односно сперчавања могућности настанка исте или сличне повреде конкуренције, Савет Комисије доноси закључак о прекиду поступка, који као битне елементе садржи рок за испуњење обавеза и обавезу обавештавања о реализацији договорених мера. *Argumentum a contrario*, одбијајућа одлука Комисије требало би да буде донета само у случају оцене да предложене мере неће резултирати остварењем циља у погледу заштите ефективне конкуренције. Међутим, сама квалификација синтагме „оцени вероватним“ оставља Комисији широк дискрециони простор да предлог не прихвати чак и када објективни показатељи указују другачије.

Уколико Комисија предлог не прихвати, не постоји директна законска обавеза да о томе обавести странку, мада је то неспорно потребно учинити. Надаље, одлука о одбијању предлога не мора бити образложена. У прилог томе говори и околност да само закључак против кога се може изјавити посебна жалба мора бити образложен,¹⁷ што овде није случај. Са друге стране, тржишни учесник задржава право да предлог у истој правној ствари поново поднесе. Као проблем у процесном смислу тада би се могла јавити околност да евентуални нови предлог странка може (и надаље) поднети најкасније до пријема Обавештења о битним чињеницама, а у ситуацији када није примила одговор о првобитном, односно претходно поднетом предлогу за прекид поступка, она нема сазнање да је то, евентуално, целисходно и могуће учинити. С обзиром да је реч о питању у вези са управљањем поступком, одлука Комисије би могла била донета у форми закључка.¹⁸ Међутим, у овој правној ствари коначна одлука о прихвату предлога странке о прекиду поступка доноси се у форми закључка. Одлука да се предлог не прихвата, иницијално исте правне природе, само опозитног правца у односу на одлуку о прихвату предлога – консеквентно значи да се поступак који је у току наставља, па се чини излишним доношење управног акта, у форми закључка, којим би се управо то констатовало. Следеће отворено питање се односи на стварну надлежност поступања. Са једне стране, доношење закључка од стране Савета у домену примене института прекида поступка услед нагодбе легислативно је предвиђено само у случајевима позитивне одлуке о прекиду поступка по основу прихвата предлога стране, или у ситуацији када се прекинут поступак наставља услед неиспуњења оба-

17 Закон о општем управном поступку, чл. 212, ст. 1.

18 Закон, чл. 38, ст. 5.

веза странке. *Argumentum a contrario*, надлежност Савета није конституисана за доношење закључка о одбијању предлога о прекиду поступка, а то даље имплицира два става: да такав акт Комисија и не доноси, или да је реч о аспекту управљања поступком о коме закључак доноси службено лице које води поступак.¹⁹ Опште је правило о вођењу управног поступка да закључак доноси службено лице које врши ону радњу поступка при којој се појавило питање које је предмет закључка.²⁰ Даљим системским, и тумачењем заснованим на аналогiji, долази се до става да је надлежни орган за доношење одбијајуће одлуке Савет Комисије, из два разлога: прво, његова надлежност је директно установљена у случају позитивне одлуке, односно доношења закључка о прекиду поступка и друго – с обзиром да је нужан претходни услов за доношење одлуке, била она у исходу позитивно или негативно профилисана – оцена степена усклађености предложених и, са аспекта оптималне заштите ефективне конкуренције, потребних мера, односно услова, јесте у надлежности Савета.²¹ Стога, одлуку о неприхватању предлога странке доноси Савет – у форми обавештења. Одлука се доставља странци, сходно њеном процесном праву обавештавања о поступку,²² али се (нужно) не образлаже, и против ње се не може изјавити посебна жалба.

Пета фаза, која се јавља само у случају позитивне одлуке, односно доношења закључка о прекиду поступка, претпоставља спровођење континуираног надзора над испуњењем преузетих обавеза и мера странке, односно тржишног понашања привредног субјекта. У закључку о прекиду поступка утврђује се начин информисања Комисије о спровођењу договорених мера (структурних или понашања), односно обавеза странке о достављању обавештења о извршењу договорених обавеза.

У року од три године од дана прекида поступка испитивања повреде конкуренције, може бити донет закључак о наставку поступка уколико наступе следеће околности: битно се измене претпоставке на којима је био заснован закључак о прекиду поступка; не буду испуњене обавезе из договорене мере у року који је одређен, или о томе не буду достављени одговарајући докази; накнадно се установи, од стране Комисије, да је закључак о прекиду поступка донет на основу нетачних, непотпуних или преварних података које је странка доставила. У овом случају, поступак који је био прекинут на предлог странке се окончава, а уколико буде утврђена повреда конкуренције биће изречене санкције, са великим степеном вероватноће да ће као отежавајућа околност бити узета у

19 Аналогно решењу чл. 38, ст. 7 Закона.

20 Закон о општем управном поступку, чл. 211.

21 Закон, чл. 58, ст. 9.

22 Закон, чл. 43, ст. 3.

обзир чињеница да се странци изашло у сусрет и да је на њен предлог поступак прекинут, након чега она није испунила обећање и реализовала мере које је сама предложила. Додатно, може бити установљено да је институт прекида поступка услед нагодбе био искоришћен без стварне намере да се предложене мере заштите конкуренције реализују, већ са циљем процесног пролонгирања, што је ситуација која се квалификује као *fraus legis*, односно злоупотреба права.

III Уместо закључка

Новине уведене у домаћи легислативни простор права конкуренције 2013. године доминантно су заступљене у области доминантног положаја, у двоструком смислу. У домену правне статике, измењена је методологија утврђивања постојања доминантног положаја привредног субјекта на тржишту. У сфери правне динамике, уведен је значајан институт поравнања, односно нагодбе на предлог странке да се поступак испитивања повреде конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја прекине.

Доминантан положај не искључује могућност постојања конкуренције, али допушта тржишном учеснику да значајно утиче на начин на који ће се она испољавати. Концентрација привредних друштава на одређеном тржишту није забрањена; ни стварање доминантног положаја није по себи недопуштено. Пословна концентрација се неће сматрати недозвољеном чак иако је искључиви циљ било повећање тржишне моћи и њена злоупотреба, већ потпада под правни режим забране само уколико се и објективно учини злоупотреба доминантног положаја. Посебан значај има примена *rule of reason* правила, које као путоказ указује којим правцем треба кренути у дилеми да ли спровођење односне концентрације, које доприноси стварању или јачању тржишне доминације, истовремено означава и релевантну, односно разумну опасност у смислу нарушавања, ограничавања или чак спречавања ефективне конкуренције на односном тржишту.

Кауза обављања пословне делатности је максимизација профита. Инструмент за остваривање тог циља је рационализација пословања, превасходно коришћењем предности економије обима. Остваривање и јачање економске моћи правно дозвољеним средствима је разумљив пут развоја сваког пословног субјекта. Са друге стране, он је са системског аспекта пожељан, јер доприноси друштвеном благостању. Када се таква индивидуални концепт раста и резултат природне тежње да се буде успешан и бољи од других стави у контекст тржишних односа, стиже се до инстиута тржишне моћи, а укључивањем фактора других учесника

на релевантном тржишту и – доминантног положаја. На нивоу индивидуалне анализе економског раста и правног понашања – доминација је допуштена, чак разумљива. Међутим, када се та слика стави у мозаик једног релевантног тржишта и функционално повеже са другим пословним субјектима који на њему учествују – правила постају строжа и резултат може бити забрана злоупотребе доминантног положаја.

У случају постојања основане претпоставке о постојању повреде конкуренције на релевантном тржишту услед злоупотребе доминантног положаја, Комисија за заштиту конкуренције покреће испитни поступак. Закључак рада је да велики значај у смислу превентивног деловања, али и рационалног поступања, има увођење правног модела прекида поступка испитивања повреде конкуренције услед прихватања предлога обавеза странке ради отклањања (могућих) повреда конкуренције. Терминолошки посматрано, израз „прекид поступка“ није довољно прецизан јер супстанцијално не обухвата елемент договора по основу прихвата понуде тржишног учесника који је постигнут. Са друге стране, коришћење термина „поравнање“ не би било адекватно из два разлога: прво, у праву конкуренције постоји засебан концепт поравнања (*settlement proposal*), који се примењује у области картелних споразума, и друго, у случају прекида поступка, иако је до нагодбе дошло – још увек је активно актуелна опција наставка поступка у случају непоштовања добровољно преузетих обавеза странке. Стога, као „средње решење“, узет је у обзир термин „прекид (поступка) услед нагодбе“. Нагодба претпоставља договор, али без његове трајне компоненту коју имплицира поравнање; у случају нагодбе поступак се прекида, а поравнањем окончава. Предност овог терминолошког решења је и у обухватности, односно биполарности: садржи и процесни (прекид поступка) и материјално-правни аспект (нагодба као прихват понуде).

Постоји значајно шири домен примене института прекида поступка услед нагодбе у случајевима злоупотребе доминантног положаја у односу на рестриктивне, а посебно хоризонталне споразуме. У случају картела, као најозбиљнијих облика повреде конкуренције, код којих се природан и претпостављени однос такмичења и супарништва конкурентна на тржишту замењује договором, модел нагодбе се не примењује. За ове случајеве, предвиђени су институти (делимичног) ослобађања од санкција учесника рестриктивног споразума који га (први) пријави, односно достави адекватне доказе (*Leniency*) – за откривање, и директног поравнања – за оптимизацију нивоа ефикасности поступка. У области повреда конкуренције злоупотребом доминантног положаја, у комунитарној пракси се већина поступака окончава применом модела прекида услед нагодбе, а у националним правима конкуренције чак и квалификована већина. Стога, са великим степеном вероватноће треба

очекивати значајну, па и превасходну примену овог института у поступцима по основу (претпостављене) злоупотребе доминантног положаја у домаћем праву конкуренције у годинама које следе.

Остаје отворено питање обавезе Комисије да о својој негативној одлуци по предлогу за прекид поступка обавести странку. Закључак је овог рада да у правној дилеми управно-правне природе треба поступити сходно принципу Добре управе, као сервиса грађана (*Good administration*), и поступити у корист странке као слабије стране у односу који је јавно-приватног карактера. Услед отворене могућности да странка у истом предмету поново поднесе предлог за прекид поступка, са јединственим роком – до пријема Обавештења о битним чињеницама, неопходно је да Комисија о свом ставу обавести странку. Поступајући орган био би Савет, с обзиром да је претходно питање заузимање става о корелативној вези предложених мера и остваривања очекиваних ефеката заштите ефективне конкуренције у његовој законској надлежности. Са друге стране, не постоји законска обавеза да таква одлука буде и образложена, нити на њу странка може изјавити посебну жалбу. Излаз из овог правног лавиринта, везано за имплементацију новог института прекида поступка о претпостављеној повреди конкуренције, треба, дакле, тражити у решењу које претпоставља доношење одлуке Савета о неприхватању предлога, у форми обавештења. На тај начин би интерес странке да предлог за прекид поступка евентуално изнова поднесе у истој правној ствари био заштићен, а са друге стране не би се доносио правни акт у ситуацији када је поступак у току – који би за предмет имао да управо то и констатује, што је супстанцијално случај са одлуком о одбијању предлога за прекид поступка, и, са друге стране, не би се образлагала одлука о одбијању предлога која је иначе у склопу широког дискреционог права Комисије.²³ У процесном смислу, Комисија би након што је предлог добила могла тројно да поступи: да предлог одбаци, да предложи његове измене, односно допуне или да га одмах објави и изложи тржишној евалуацији. Одлука о одбијању (или о прихвату) предлога доноси се у четвртој фази поступка по предлогу странке, као својеврсног „(пост)поступка унутар (главног) поступка“ испитивања повреде конкуренције.

Комисија у случају неусвајања предлога свој став не мора образложити, али интерес странке тиме није супстанцијално повређен, јер је поступак иначе покренут и наставља да тече истим током као и пре скретања које је учињено у покушају остваривања поравнања, које није реализовано, с тим да је одређено време, са аспекта странке, поступак суштински мировао, и била јој је дата прилика да предложи сценарио нагодбе, а реч је о могућности која до 2013. године у домаћем

23 Закон, чл. 58, ст. 5.

легислативном окружењу није постојала. Са друге стране, овлашћење за решавање по слободној оцени претпоставља поступање које уважава законом утврђене границе овлашћења, са једне, и циљ са којим је овлашћење дато, са друге стране,²⁴ што консеквентно значи да Комисија у овој правној ствари доноси одлуку за коју сматра да је најцелисходнија, водећи посебно рачуна о пуној заштити, и екстензивном тумачењу у погледу процесних права странке.

Институт прекида поступка услед нагодбе у случајевима злоупотребе доминантног положаја, представљајући актуелно најзначајнији институт у домену реформе домаћег права конкуренције – значајно доприноси, уз уважавање чињеничних специфичности, баласнирање између једнообразности поступања и јавног интереса у области заштите конкуренције и екстензивну примену правила резона – досезању принципа правичности као правде сваког појединачног случаја.

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

REFORM OF THE NOTION OF THE ABUSE OF DOMINANT MARKET POSITION BY MARKET PARTICIPANT

Summary

The subject of this paper is the analysis of the legal relationship of business concentration, dominant market position and its abuse, which indicates a violation of effective competition. Special attention is dedicated to the institute of conditional concentration, especially when giving permission for its implementation after the acceptance of the proposal of special conditions and measures that participants in the transaction are willing to undertake, and when Commission for Protection of Competition considers them as appropriate for the prevention of the risk of distortion of competition caused by the implemented concentration.

The concentration of economic entities in a particular market is not prohibited – on the contrary, the assumption of the prevalence of positive business,

24 Закон о општем управном поступку, чл. 5, ст. 2.

compared to negative business effects is positive, in the field of distortion of market balance. Furthermore, the creation of a dominant position via concentration is not inadmissible, even in the case when its sole objective is the abuse of the market power that is the restriction of effective competition. Concentration will enter into the field of the legal regime of prohibition only if the abuse of a dominant position is committed by it. Therefore, unlike the restrictive agreement, as another form of violation of competition, which is familiar with the subjective-objective concept of prohibition, in the sense that the agreement is null and void if it, as a purpose or effect, has a significant distortion of competition – in the case of the abuse of a dominant position, the legal model of objective or effective or consequential prohibition is in force.

The conclusion of this paper implies that there is a substantial and functional legal connection between the conditional approval of the concentration and the dominant position in the market, in the sense that the institution of conditional concentration also represents a matter of preventive supervision over business activities of market participant who has a dominant position – consequently making it possible to prevent its abuse, which would indicate a violation of effective competition. On the other hand, research results indicate the great importance, in terms of preventive and rational action, of the legal model which interrupts the examination of infringement procedure due to the acceptance of the proposal of obligation on the side of parties in order to eliminate possible violations of competition, with the conclusion that there is a significantly broader scope of application in cases of abuse of a dominant position in relation to restrictive, and especially horizontal agreements – representing, since 2013 when it was introduced in the domestic legislative environment, the current most important institute in the area of domestic competition law reform.

Key words: *effective competition, conditional concentration, abuse of a dominant position, the alignment in the examination procedure, rule of the reason.*