

Борис Беговић

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Владимир Павић

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

## ЈАСНА И НЕПОСРЕДНА ОПАСНОСТ: ПРИКАЗ НОВОГ ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ\*

*Рад представља анализу Закона о заштити конкуренције донетог јула 2009. године. Анализа је усредсређена на промене законског текста у односу на претходни закон. Хармонизација домаћег с европским правом била је идеја водиља при изради овог закона, а законодавац је покушао да Законом што верније опонаша модел који функционише на нивоу Заједнице. Размотрена су законска решења у погледу рестриктивних споразума, доминантног положаја и његове злоупотребе, одређивања релевантног тржишта, као и контроле концентрација, временски домаћај закона, казне, као и основна процесна решења, а нарочито она која се односе на правна средства против решења Комисије. Закључак је да овај закон представља корак уназад са становишта пословног окружења, односно регулаторног ризика којем су изложени предузетници, као и да се њиме фактички укида ефикасна правна заштита у области заштите конкуренције. Констатује се да овај разматрани закон представља „јасну и непосредну опасност“ за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет.*

Кључне речи: *Конкуренција. – Концентрације. – Рестриктивни споразуми. – Злоупотреба доминантног положаја. – Релевантно тржиште. – Управни спор.*

Законодавна историја домаћих прописа о заштити конкуренције својим богатством изазива одређену врсту nelaгоде. Наиме, док је у

\* Аутори се захваљују Танасију Маринковићу, Растку Петаковићу, Драгору Хиберу и Вуку Цуцићу на коментарима и сугестијама. Наравно, нико од њих не сноси никакву одговорност за евентуалне преостале грешке и вредносне судове изнете у овом тексту.

природи неких прописа (нарочито подзаконских) да трпе честе измене, у нашој земљи закони којима се покушава заштита конкуренције доносе се практично сваки час. Пред нама је, прегалаштвом тренутног сазива Скупштине, изгласан и трећи законски текст у последњих тринаест година. Који су разлози за овако живу активност на пољу заштите конкуренције? Је ли реч о томе да се на власти смењују поборници различитих теоријских концепција заштите конкуренције или је реч о нешто прозаичнијим покушајима да се исправе пропусти који промакну претходном законописцу? Пре би се рекло да је у питању ово друго. Наиме, тешко је да се у Србији пронађе закон око кога се сви слажу. Ипак, сви су се слагали да претходни Закон о заштити конкуренције<sup>1</sup> (надаље: стари закон) није био добар. Нико њиме није био задовољан: ни они који су га примењивали (Комисија), ни они на које се примењивао (привредна друштва), ни они који су радили на његовој примени (адвокатске канцеларије), ни они који су га објашњавали другима (академска заједница). Због тога су се дежурни оптимисти обрадовали када је Влада најавила нови закон. Јесте да је мало чудно да се нови Закон о заштити конкуренције<sup>2</sup> (надаље: Закон) доноси свега четири године после новог-старог, али бар ће, сматрали су оптимисти, да се исправе велики пропусти старог. Да ли се то заиста догодило, да ли можемо да одахнемо, будући да смо добили задовољавајући закон којим се штити конкуренција, или су оптимисти опет погрешили?

Нови Закон о заштити конкуренције има са претходним много више заједничког но што је претходник имао са (још старијим) савезним законом из 1996. године.<sup>3</sup> Нови закон, као и онај из 2005. године, писани су под мотом хармонизације са европским прописима, а све у циљу припреме Србије за њено ипак крајње неизвесно чланство у ЕУ. Хармонизација домаћих прописа с европским – установљена као пожељан и разуман циљ – имала је и бројне нежељене нусефекте.<sup>4</sup> Прво, сâм прокламовани циљ законодавца ставља у незавидан положај: испратити темпо бриселске фабрике закона је изузетно тешко и могуће је да свеже хармонизовани прописи за пар година већ буду прилично застарели. Друго, за разлику од канона законописања који су уобичајени, хармонизација отвара пут пречицама, које се најчешће свде на преписивање. Истини за

<sup>1</sup> Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС* 79/05.

<sup>2</sup> Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС* 51/09.

<sup>3</sup> Антимонополски закон, *Службени лист СРЈ* 29/96.

<sup>4</sup> У овом осврту се полази од претпоставке о томе да је хармонизација домаћих прописа у области заштите конкуренције с европским пожељна као таква. Другим речима, у тексту се не разматра успешност европских прописа у овом погледу, односно не анализира се у којој мери су европски прописи и њихова примена успелу у заштити и унапређењу конкуренције на подручју Европске заједнице.

вољу, компаративна анализа и подражавање туђих решења која су процењена као добра сасвим је легитимна техника. Међутим, у процесу хармонизације са прописима Европске заједнице то је практично сведено на пуко превођење, без узимања у обзир већ постојећих околности и прописа у Републици Србији.

Резултат ових „напора“ је видљив и у новом закону: по својој концепцији, он је несумњиво кројен по мери Европе, направљен да га спроводи велика и моћна администрација која ће нужно познавати софистициране глосе које је на европско право конкуренције већ дописао Европски суд правде (*ЕСЈ*). По својој изведби и квалитету редакције, Закон тешко да прати европске узоре, барем не оне постављене у законодавствима држава-чланица. Штавише, уместо да своје узоре тражи у законодавствима држава-чланица, Законом се покушало што верније опонашање модела који функционише на нивоу Заједнице. Како је простор за анализу ограничен, размотриће се само оне новине Закона које завређују нарочиту пажњу и које у пракси могу створити највише недоумица.

## 1. КОНЦЕПЦИЈЕ И ОПСЕЦИЈЕ

Иако законодавац већ у самом називу и првом члану Закона јасно ставља до знања да је циљ Закона заштита конкуренције, поставља се велико питање да ли оваквим законом то може да се постигне. За почетак, савремена економска теорија конкуренцију посматра као ривалитет, односно надметање конкурената, оно које ствара притисак на сваког од конкурената.<sup>5</sup> Управо је тај притисак кључни подстицај сваком играчу, учеснику тржишне утакмице, да буде економски ефикасан, па су управо због тога капиталистичке, тржишне привреде супериорне у односу на све остале, а конкуренција схваћена као динамичко надметање „учесника на тржишту“ представља основни предуслов економске ефикасности. Већ читање првих чланова Закона, нарочито оних којима се дефинише доминантни положај (на пример чл. 15), показује да законодавац, нажалост, конкуренцију посматра као статичку концепцију тржишне структуре, у којој су број конкурената и њихово тржишно учешће почетак и крај сваког разматрања. Стога је потпуно јасно због чега је контроли концентрација дато веома важно место у Закону – концентрацијама се, по правилу, макар на кратак рок, умањује број конкурената и увећава њихово тржишно

---

<sup>5</sup> G. J. Stigler, „Competition“, *The New Palgrave Dictionary of Economics* (eds. J. Eatwell, M. Milgate, P. Newman), Palgrave, London 1987; J. Vickers, „Concepts of Competition“, *Oxford Economic Papers*, 47, 1/1995, 1–3; M. Boeheim, „Competition, Competition Policy and Economic Growth“, *Austrian Economic Quarterly* 4/2004, 154–155

учешће, што за законодавца неминовно представља „ограничавање, нарушавање или спречавање“ конкуренције.

Поред опсесије конкуренцијом као статичком концепцијом тржишне структуре, законодавац је опседнут и правом конкуренције Европске заједнице, односно оним правом који примењује Европска комисија, тако да се као чланови Закона могу пронаћи дословно преписани чланови Уговора о Европској заједници (попут чл. 81)<sup>6</sup> или процесна правила садржана у Уредби 1/2003 Савета.<sup>7</sup> Нико тако нешто од нас није тражио, али понекад домаћи законодавци сматрају да није на одмет бити већи Европљанин од самих Европљана. Све то се може разумети (далеко од тога да се може оправдати), али проблем лежи у томе што се дословно преписивање европског законодавства назива „поштовање европских стандарда“, а то „поштовање“ се користи као одговор на критику конкретних законских решења.<sup>8</sup>

## 2. РЕСТРИКТИВНИ СПОРАЗУМИ

Но, кренимо редом. У чл. 10 Закона којим се дефинишу рестриктивни споразуми, како је већ поменуто, дословце је преписан чл. 81 Уговора који је, сам по себи, веома неселективан. У Европској заједници тај проблем се решава великим бројем колективних изузећа, вишедеценијском праксом тела које спроводи Споразум (закон), богатом и јако добро обрађеном судском праксом, смерницама установљеним подзаконским актима, попут смерница за самовредновање рестриктивних споразума, и томе слично. У Србији, међутим, ништа од тога практично не постоји, тако да нико не зна како ће Комисија реаговати на неки споразум: да ли ће се за њега заинтересовати и да ли ће га прогласити рестриктивним?<sup>9</sup>

Тиме се ствара нешто што је највећа опасност за обављање сваке привредне делатности – неизвесност у погледу потеза државних власти. Наиме, пословни људи, предузетници, односно власници производних фактора, суочавају се при доношењу пословних одлука са неизвесношћу која произлази из саме тржишне утакмице, потеза њихових конкурената или понашања њихових клијената. Та неизвес-

<sup>6</sup> *OJ 321E/1* од 29. 12. 2006.

<sup>7</sup> *OJ L 1/1* од 4. 1. 2003.

<sup>8</sup> Детаљ са јавне расправе о нацрту Закона, одржане 8. децембра 2008. године у Сава центру у Београду.

<sup>9</sup> При томе, регулатива и пракса европских органа примењивала се често селективно: на пример, у једном свом мишљењу Комисија установљава додатна правила која не постоје у нашем праву, али постоје у Уредби 1/2003, док у другом експлицитно искључује примену европских узуса, конкретно Уредбе 139/2004, *OJ L 24* од 29. јануара 2004. године у погледу ћутања управе у случају контроле концентрација.

ност ствара тзв. комерцијални ризик, а тај ризик је веома значајан за опстанак конкурентског притиска, односно подстицаја за економску ефикасност, тако да држава не треба никога да штити (осигурава) од комерцијалног ризика. Држава, међутим, треба да се уздржи од било чега што ствара или увећава регулаторни ризик – онај ризик који је заснован на неизвесности у погледу прописа, неизвесности њихове промене или, најчешће, неизвесности у погледу њихове примене и конкретних одлука државних тела. А управо непрецизне законске одредбе и нејасни правни стандарди пружају широке интерпретативне могућности. На тај се начин ствара, односно увећава, регулаторни ризик. Иако овај члан Закона личи на европску регулативу, изглед вара. Будући да не постоји све оно што постоји у Европи, овај члан закона, у поређењу са европским, генерише потпуно друге подстицаје привредним субјектима – он генерише неизвесност, па тиме и регулаторни ризик. Последица неизвесности, односно регулаторног ризика, јесте да привредни субјекти одустају од пословних пројеката и инвестиција, односно премештају их на неко друго место – у другу јурисдикцију у којој је *ceteris paribus* регулаторни ризик мањи.

Новина у Закону је увођење *de minimis* клаузуле (чл. 14), којом се поједини споразуми дефинишу као дозвољени, осим уколико се ради о најтежим облицима рестриктивних споразума. Свакако да се да расправљати о конкретним износима тржишног удела,<sup>10</sup> али је значајније то што се отвара питање дефинисања релевантног тржишта (будући да се нечији удео исказује искључиво на релевантном тржишту), контроверзно питање, тако да свакако процена релевантног тржишта Комисије може да се разликује од процене самих споразумних страна, што свакако може да доведе до, најблаже речено, неспоразума.

### 3. ДОМИНАНТАН ПОЛОЖАЈ

Закон омогућава да доминантан положај на тржишту може да има готово свако. Довољно је да има „значајно бољи положај у односу на конкуренте“ (чл. 15), с тим што је „претпоставка да учесник на тржишту има доминантан положај, ако је његов тржишни удео на релевантном тржишту 40% или више“. Ово личи на „презумпцију виности“, јер је на страни учесника на тржишту (са учешћем од 40% или више) да докаже да нема доминантан положај. Другим речима, мора да докаже своју невиност.

<sup>10</sup> Очигледно је да се ради о веома малим уделима, тим пре што је домаће тржиште веома мало, ограничено величином земље (бројем становника) и ограниченом куповном моћи (релативно ниски БДП). А величина предузећа, учесника на тржишту, одређена је неким другим факторима који делују универзално, независно од величине домаћег тржишта, попут структуре трошкова, па тиме и економијом обима, односно карактером приноса.

Но, неко може да скрене пажњу на чињеницу да само постојање доминантног положаја не представља кршење Закона, већ да његово кршење представља искључиво злоупотреба доминантног положаја. Другим речима, постојање доминантног положаја представља потребан, али не и довољан услов његове злоупотребе. Сходно томе, овај Закон, као и други закони који су засновани на европској филозофији закона о заштити конкуренције, који познају категорију доминантног положаја, засновани су на следу: одређивање релевантног тржишта – утврђивање доминантног положаја – утврђивање злоупотребе тог положаја. Нажалост, у пракси, како европској,<sup>11</sup> тако и нашој, дешава се да надлежно тело обично полази од претпоставке да постоји злоупотреба, па онда одреди постојање доминантног положаја, а то се најчешће ради одговарајућом манипулацијом у погледу дефинисања релевантног тржишта. Према томе, след има обрнути смер, па је оправдано говорити о претпоставци виности у нашем новом/старом закону – онај коме је пронађен доминантан положај свакако га злоупотребљава. Сасвим је разборито да нико не истражује да ли неко има доминантан положај тек тако, уколико не постоји никаква сумња да постоји нека злоупотреба тог положаја. Као што, по драматуршким правилима, пушка која се појавила у другом чину мора да опали до краја комада, иначе је писац не би ни стављао у комад.

Спецификација злоупотреба доминантног положаја (чл. 16 Закона) заснована је на преводу чл. 82 Уговора. Вероватно да је највећи напредак у односу на прошли закон то што је придев *fair* преведен као „неправичне“, уместо (као у старом закону) „неправедне“ (цене), будући да је у Србији веома распрострањено веровање да су неправедне све оне цене које неко себи не може да приушти.<sup>12</sup> Наравно, и чл. 82 Уговора је (попут чл. 81) неселективан, па се и у овом случају јављају сви већ наведени проблеми. Тим пре што је листа злоупотреба у њему *exempli causa*.

#### 4. ОДРЕЂИВАЊЕ РЕЛЕВАНТНОГ ТРЖИШТА

Дефинисање релевантног тржишта представља вероватно најслабију тачку домаћег система заштите конкуренције. Ова материја подробније је дефинисана уредбом, а не законом. Најновија уредба<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Више о томе у случају европске праксе може се видети у М. Cini, L. McGowan, *Competition Policy in the European Union*, MacMillan Press, London 1998.

<sup>12</sup> Занимљиво је да Европска комисија у својим документима све више користи израз претерано високе (*excessive*) цене, како би начинила дистинкцију у односу на исувише ниске, предаторне цене, које се такође сврставају у „неправичне“.

<sup>13</sup> Уредба о критеријумима за утврђивање релевантног тржишта, *Службени гласник РС*, бр. 89/09.

ове врсте представља значајан корак назад у односу на претходну, а претходна<sup>14</sup> је и иначе била далеко од савршене. Наиме, претходна уредба је предвиђала да Комисија релевантно тржиште мора да одреди спровођењем теста претпостављеног монополског повећања цене (тест малог, али значајног и трајног повећања цене претпостављеног монополисте) као основног и у свету широко прихваћеног теста за дефинисање релевантног тржишта. Нова уредба не познаје овај тест, па стога не обавезује Комисију да га примени, тако да се овим отварају врата да Комисија релевантно тржиште, уместо овим квантитативним тестом, одреди на основу слободне и ничим спутане импресије о процени могућности супституције тражње и понуде. Заиста, корак уназад, веома битан, како за спровођење одредаба Закона о доминантном положају и његовој злоупотреби, тако и одредаба о контроли концентрације.

И даље се у Уредби задржава контрапродуктивна и бесмислена подела на уже и шире релевантно тржиште, која једино ствара забуну, будући да Закон познаје само појам релевантног тржишта, односно доминантног положаја на релевантном тржишту, па остаје мистерија због чега се подзаконским актом уноси подела на уже и шире тржиште (тржиште производа и географско тржиште) уз прилично неразумљиве дефиниције ових појмова.<sup>15</sup>

## 5. КОНТРОЛА КОНЦЕНТРАЦИЈА

Коначно, трећи сегмент политике заштите конкуренције какву предвиђа Закон је контрола концентрација. Досадашње активности Комисије биле су усмерене пре свега на примену овог дела закона, али је велико питање у којој мери контрола концентрација треба да буде приоритет политике заштите конкуренције у Србији. Сазнања економске науке показују да концентрације, услед деловања економије обима (трошкови по јединици производа опадају са повећањем обима производње) и економије опсега (производе се различити производи чија производња има заједничке трошкове), увећавају производну ефикасност. Друго, услед економије обима, већа предузећа могу да се упусте у истраживање и развој у најширем смислу те речи, па могу да

---

<sup>14</sup> *Службени гласник РС*, бр. 94/05.

<sup>15</sup> Узгред, законодавац упорно употребљава синтагму „роба и услуге“. Овим се наставља традиција погрешне употребе основних економских појмова у српским законским текстовима, будући да роба представља сваки производ који је изнесен на тржиште или произведен у том циљу. Поред тога, производи се деле на добра и услуге, а законодавац и даље погрешно поистовећује добра и робу. Корак напред у односу на претходни Закон је спознаја да је роба збирна именица, па се више не употребљава граматички погрешна множина „робе“.

осмисле и примене иновације које даље увећавају економску ефикасност. Треће, страх од (непријатељског) преузимања представља један од најснажнијих подстицаја менаџерима компанија да боље раде, чиме се значајно утиче на побољшање корпоративног управљања и повећање економске ефикасности.<sup>16</sup> Коначно, концентрације представљају веома значајан механизам реструктурирања привреде, будући да онај који стиче контролу има снажне подстицаје да реструктурира привредно друштво над којим је стекао контролу и на тај начин максимизују приносе сопствене инвестиције.

За Србију је све ово од велике важности из најмање два разлога. Прво, још увек је велики део домаће привреде, пре свега њеног реалног сектора, наслеђен из периода социјализма,<sup>17</sup> тако да су концентрације (спајања, припајања и преузимања), не само у процесу приватизације, од кључне важности за њено реструктурирање и последично подизање економске ефикасности. Друго, баријере уласку нових предузећа у Србији су још увек значајне, почев од питања статуса градског грађевинског земљишта, који се још увек решава,<sup>18</sup> преко баријера услед различитих грађевинских и урбанистичких дозвола, па све до ватрогасних и санитарних инспектора.<sup>19</sup> Отуда су инвеститори, у многим случајевима, нарочито индустријских погона, упућени, уместо улагања у нове погоне (*greenfield*), на преузимање постојећих.

Нико не спори да концентрације могу да доведу до умањења конкуренције – због тога сва модерна законодавства у домену заштите конкуренције познају контролу концентрација. Међутим, решење према којем нису дозвољене концентрације за које Комисија процени да „ограничавају, нарушавају или спречавају конкуренцију“ (чл. 19), а да при томе стицање или јачање доминантног положаја није потребан услов за забрану концентрације, драстично увећава вероватноћу да ће

<sup>16</sup> Више о детаљима механизма којима концентрације утичу на економску ефикасност видети у D. W. Carlton, J. M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison-Wesley, New York 2000.

<sup>17</sup> Нешто више се о домаћем реалном сектору и његовом реструктурирању вид. Б. Беговић, М. Пауновић, „Реструктурирање реалног сектора“, *Четири године транзиције у Србији*, (ур. Б. Беговић, Б. Мијатовић), Центар за либерално-демократске студије, Београд 2005.

<sup>18</sup> Нови Закон о планирању и изградњи (*Службени гласник РС*, бр. 72/09) и његова основна решења представљају основ за решавање наведених проблема статуса градског грађевинског земљишта. Ипак, Законом предвиђена решења не могу да се примене преко ноћи. Потребно је неко време да се делотворном применом Закона приватизује градско земљиште.

<sup>19</sup> Према рангирању Светске банке, Србија се налази на веома ниском 88. месту у погледу трошкова обављања пословних делатности, а велики сегмент тих трошкова чине различити трошкови везани за започињање посла, односно за реализацију нове инвестиције. Више о томе видети на [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org).

одређена концентрација бити забрањена. На то треба додати да пракса Комисије у последњих неколико година јасно говори о томе да су за Комисију контроле концентрација приоритет и да је Комисија стриктна у примени ових одредаба Закона, тако да заинтересовани привредни субјекти стичу прилично веродостојну слику шта их чека. Сваки закон, уколико се примењује, има одређено превентивно дејство. У овом случају ради се о генералној превенцији: привредни субјекти, они који доносе пословне одлуке одвраћају се од одређеног понашања. Наведене формулације закона, уз вишегодишњу праксу Комисије, једноставно одвраћају привредне субјекте од концентрација, чак и оних које су сасвим легитимне и које би увећале економску ефикасност. Дакле, Закон одвраћа привредне субјекте од понашања које је друштвено пожељно, а то је нешто над чим свако друштво треба да се замисли.<sup>20</sup>

Истини за вољу, треба истаћи да су концентрације постале приоритет Комисије вољом (или омашком) законодавца. Наиме, стари закон поставио је не само ниске, већ и алтернативне прагове за нотификацију.<sup>21</sup> Резултат је била права лавина пријава. И иначе оскудни административни капацитети Комисије са таквом гомилом пријава нису могли да се изборе, тим пре што Комисија није имала никакво искуство на том плану, будући да претходни закон није познавао контролу концентрација. Једину корист из овога извукао је буџет, јер су се за сваку пријаву уплаћивале значајне суме. На тај начин контрола концентрација постала је не само административна баријера уласку, већ и својеврсни скривени порез на аквизиције.<sup>22</sup>

Оптимисти су очекивали да ће се, ако ништа друго, барем прагови нотификације у новом Закону одредити како ваља и тиме

<sup>20</sup> У овом случају се показује да је законодавац далеко више усредсређен да избегне ситуацију лажног негативног налаза (нечињење у случају нарушавања конкуренције), а да га претерано не интересује ситуација лажног позитивног налаза (чињење у случају у коме нема нарушавања конкуренције). Овај налаз се односи и на друга два сегмента политике заштите конкуренције – рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја.

<sup>21</sup> Члан 23. старог закона предвиђао је обавезу нотификације у два алтернативна случаја. Први, да учесници имају заједнички годишњи укупан приход на територији Србије од свега 10 милиона евра. Ово је било изузетно лако испунити, па је обавеза нотификације постојала када год би неко веће предузеће које послује у Србији кренуло „у шопинг“, макар и незнатних размера. Друга ситуација коју је закон покривао јесте она у којој укупан годишњи приход учесника на светском тржишту прелази 50 милиона евра, при чему је један од учесника регистрован на територији Србије. И ово је било изузетно лако испунити, па је практично свака прекогранична аквизиција (без обзира на то колико мали били приходи предузећа у Србији које је куповано) потпадала под контролу Комисије.

<sup>22</sup> Практично се за скраћени поступак испитивања концентрације наплаћује два милиона динара, а за продужено испитивање четири. Видети Тарифник о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 58/2006.

Комисија поштедети великог административног терета, а учесници на тржишту прикривене глобе. Та су се очекивања изјаловила: од два понуђена прага, други обесмишљава први. У првој ситуацији концентрација сада мора да се (претходно) пријави и да се *ex ante* тражи њено одобрење уколико је укупан годишњи приход најмање два учесника у концентрацији на домаћем тржишту већи од 20 милиона евра, с тиме што најмање два учесника имају у Србији приход већи од по милион евра.<sup>23</sup> Ово је побољшање у односу на претходни Закон који је ту границу поставио на 10 милиона, мада остаје неизвесно да ли је законодавац направио тест колико би могућих концентрација потпадало под овако дефинисане услове. У сваком случају, исправно је уочено да увођењем услова од „по милион евра“ прихода у Србији за барем два учесника избегава ситуација у којој огроман учесник сам доводи концентрацију на ниво преко 20 милиона, али – без обзира на то што купује компанију која прихода готово да и нема – концентрацију мора да пријави.

Међутим, све што је добро донео горе изложени праг поништено је другом калкулацијом коју је законодавац сматрао смисленом.<sup>24</sup> Наиме, ако је укупан годишњи промет свих учесника на светском тржишту преко 100 милиона евра, довољно је да само један од њих има на територији Србије приход већи од 10 милиона, па да концентрација опет мора да буде пријављена.<sup>25</sup> Већ се, по угледу на претходни закон, називу два сценарија убирања прихода од нотификације за концентрације које засигурно не би требало испитивати. Прво, овако постављен праг значи да под обавезу пријаве потпада преузимање домаћег учесника на тржишту од стране компаније која не послује на домаћем тржишту. У том случају се чак ни структура тржишта (којом је законодавац без сумње опседнут) не мења. Тако је прва последица овако постављеног прага да створи непотребне препреке страним директним инвестицијама. Таква преузимања, начелно посматрано, само јачају, а не слабе конкуренцију на домаћем тржишту. Друга последица оваквог прага је да моћно домаће предузеће (које остварује приход преко 100 милиона евра) мора да пријави сваку од својих аквизиција, с обзиром на то да се може очекивати да на српском тржишту оно остварује барем једну десетину својих укупних прихода. Дакле, осим страних директних инвестиција, стварају се препреке и за домаће инвестиције мањег обима.

Може се закључити да је у односу на претходни овај Закон садржи само мале измене у супстанцијалном делу, а оне измене коју

<sup>23</sup> Чл. 61, ст. 1, тач. 2.

<sup>24</sup> Између две тачке не постоји везник „или“, но ипак је из формулација и структуре јасно да се ради о алтернативно постављеним праговима.

<sup>25</sup> Чл. 61, ст. 1, тач. 1.

су начињене не могу се оценити као повољне, нарочито оне уређене пратећим подзаконским актима. Стога је вероватно да је основни мотив за доношење новог закона био у његовом процесном делу.<sup>26</sup>

## 6. ВРЕМЕНСКИ ДОМАШАЈ ЗАКОНА

Понекад се неке од најважнијих одредаба закона налазе на самом његовом крају: међу прелазним и завршним одредбама. Нови закон донет је 8. јула 2009. године, „ступио је на снагу“ осам дана од објављивања у Службеном гласнику, али је његова „примена одложена“ до 1. новембра 2009. Само по себи, ово није необична техника – законодавац често оставља примерено време поступајућим органима и судовима за упознавање са новом легислативом. Необично је, међутим, то што су раздвојени моменат „ступања на снагу“ и моменат „почетка примене“, а истовремено предвиђено да стари закон престаје да важи тек када нови почне да се примењује. Одређен је, заправо, прелазни период у коме су „на снази“ истовремено два закона, али се „примењује“ само један (стари). Након 1. новембра могу се „примењивати“ само одредбе новог закона, чак и ако је у међупериоду дошло до повреде неких од одредаба старог закона (који је још увек био „на снази“).

На ово се надовезују контроверзе у погледу домашаја процесних и материјалних норми закона. Тако чл. 74 новог закона (слично чл. 76 старог), предвиђа да се „на поступке који су започети до дана почетка примене закона“ примењују „прописи по којима су започети“. На први поглед, могло би се помислити како се одредба бави само временским домашајем процесних одредби, тј. прописима који се примењују „на поступке“, а не „у поступцима“. Међутим, тумачити ову норму уско и прихватити да се за временски домашај материјалних норми (*a contrario* тумачењем) примењује управо супротно од онога што је предвиђено за процесне норме, значило би (супротно чл. 197 Устава) увођење ретроактивности на мала врата.

Ипак, излаз није у томе да се дејство чл. 74 тумачењем аутоматски прошири на све норме – како процесне тако и материјалне, јер би то створило нове проблеме: везивање и материјалних и процесних норми које треба применити за моменат отпочињања поступка носи у себи додатне опасности. На пример, ако донето решење буде поништено у управном спору, те тако – након 1. новембра – отпочне нови

---

<sup>26</sup> Треба напоменути да се у последње време примењује својеврсна законодавна „мода“ која се састоји у доношењу нових закона, уместо некадашњих „измена и допуна“. Овај осврт није место за анализу политичких мотива који су довели до овакве „моде“. Више о томе се може наћи у Б. Мијатовић, „Преглед Месеца“, *Фокус*, 1, 3/2009.

поступак, широко тумачење чл. 74 довело би до тога да се на нови поступак примене и нове процесне, али и нове материјалне норме. Како нове норме могу бити и строже, али и блаже, једино је логично да се на нови поступак који након поништаја буде отпочет након 1. новембра примене нове процесне норме, а да се старе материјалне норме примене, осим ако су нове повољније за учесника у поступку. Иако се формално ради о новом поступку пред Комисијом, суштински је то заправо наставак старог поступка за чију је неделотворност био одговоран поступајући орган.

Узети заједно, чл. 74 и 81 новог закона представљају још једну пропуштену прилику да се временско поље примене прописа о заштити конкуренције одреди на начин који у пракси неће стварати проблеме. Остаје да се надамо како у наредном периоду неће доћи до ситуација које би оголиле техничке мањкавости прелазних и завршних одредаба Закона.

## 7. КАЗНЕ

Прописи о заштити конкуренције су хибридног карактера и имају разноврсне ефекте: у основи су утемељени у управном праву, имају снажну казненоправну компоненту (високе новчане казне, а понегде и затворске), а прописују и грађанскоправну последицу – (ништавост) појединих споразума. Помирити административни карактер поступка, чињеницу да поступа управни орган и потенцијално астрономске казне, представља озбиљан концептуални проблем.

У претходној „итерацији“ закона постављена је класична спрега: под насловом *Казнене одредбе* побројани су прекршаји и запрећене казне.<sup>27</sup> Након што коначним решењем утврди повреду конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције је могла да против учиниоца поднесе прекршајну пријаву. Казну би, дакле, изрицао прекршајни суд. У пракси до тога није долазило зато што су судови застајали са кажњавањем док се не окончају управни спорови против решења Комисије, а ти су се спорови у апсолутно свим случајевима завршавали поништењем решења. Поред обимног набрајања прекршаја и казни, један члан казних одредаба бавио се „заштитним мерама“ не одвећ сувислог карактера: одузимањем предмета и забраном вршења делатности за оне који повреду конкуренцију. Како је стари закон већ прошлост, нема смисла бавити се упитном уставношћу и неупитном бесмисленошћу мере којом би се правном лицу забранило да врши одређену делатност.

---

<sup>27</sup> Чл. 70–73. старог закона.

Нови закон доноси нове концепције и нове идеје. Прва од њих је да се казнене одредбе више не зову тако: иако једнако оштре (до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту), оне су сада преименоване у „мере заштите конкуренције“. Зашто се законописац одлучио на ову промену? Није ли јасно да се ради о казнама и да *falsa nominatio non nocet*?

Одговор лежи у другој новини – промени начина кажњавања. Уместо старог механизма по коме Комисија подноси прекршајну пријаву, а казну изриче прекршајни суд, решење новог Закона је да кажњава сама Комисија. Прецизније, Комисија не кажњава, већ изриче „меру заштите конкуренције“ у астрономском износу. Очигледно је да нови назив за глобу има везе са новим органом који ту глобу може да изрекне. Но, ако је овакво решење компатибилно са основним постулатима нашег правног система, онда није било потребно маскирати казне у „мере“. Сумња да су одређена решења неуставна и/или незаконита преименовањем неће бити отклоњена.

На ове замерке може се одговорити нечим што личи на емпирију: сигурно да механизам кажњавања који је усвојен ваља, с обзиром на то да и Европска комисија – а она није суд – изриче казне. То јесте истина. Сама концепција по коме управни орган изриче казну није споран, но између одлуке Европске комисије и њене примене стоји могућност да се она озбиљно претресе пред судом.<sup>28</sup> Према новом закону (о чему ће касније бити још речи), таква могућност постоји заправо само на папиру. Стога је разумно претпоставити да су казне постале „мере заштите“ управо да би се измештање из делотворне контроле судства учинило мање очигледним.

Осим „мера“ које служе за кажњавање, нови закон уводи и „мере процесног пенала“ које имају за сврху побољшање процесне дисциплине лица против којих се поступак води.<sup>29</sup> Тако онај ко не поступи по налогу да достави одређене податке или саопшти непотпуне или нетачне податке, може бити „пенализован мером“ (српски: кажњен) у износу од 500 до 5.000 евра дневно. Интересантно је и да Закон предвиђа процесни пенал као средство против „понашања супротно налогу Комисије датом у поступку“, а истовремено прописује да се пенал може изрећи против онога ко не поднесе пријаву концентрације у законом предвиђеном року. Будући да поменута обавеза пријаве проистиче из самог Закона, а не из налога Комисије, као и да Закон не предвиђа да Комисија издаје „налог за пријаву концентрације“, већ само да испитује концентрације (како

<sup>28</sup> Од 1989. године решења Комисије разматра Првостепени суд (CFI), а на ту се одлуку може уложити жалба по правном питању Европском суду правде (ECJ).

<sup>29</sup> Чл. 70 новог Закона. Укупан износ ових пенала ограничава се на 10% укупних годишњих прихода.

пријављене, тако и оне које нису пријављене), очигледно је да законодавац није до краја осмислио механизме којима покушава да повећа степен пријављених концентрација.

Коначно, ту су и праве „мере“, у смислу у коме смо навикли да их срећемо у домаћем законодавству. У односу на прошли закон њихова је листа проширена, а следе концепцију коју је Драгор Хибер назвао „закон као самопослуга“:<sup>30</sup> на „рафовима“ овог закона нашло се буквално све што је законописцу могло пасти на памет. Најпре, ту је „мера деконцентрације“: ако је спроведена концентрација која није одобрена или је спроведена без поштовања услова под којима је одобрена, Комисија може наложити „поделу привредног друштва“, „отуђење акција или удела“ или друге мере „у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације“.<sup>31</sup> Наравно, све уз прописивање рокова и посебних услова. (Не)практични аспекти спровођења ове амбициозне мере нису завредели више пажње: на пример, шта се дешава ако нико не жели да купи понуђени удео или акције? Како се тачно врши „подела“ и има ли Комисија потпуну дискрецију у одлучивању по којим се то „шавовима“ ради? Мера деконцентрације се, наравно, не може принудно спровести, већ се њена примена осигурава запрeћеном „мером заштите конкуренције“ (тј. глобом). Остаје нејасно зашто је као основно средство контроле предвиђена деконцентрација – непрактична и компаративно непопуларна – уместо да се остало на „мерама“ глобе.

На суседном „рафу“ ове законске самопослуге су и „мере отклањања повреде“ конкуренције (чл. 59). Наиме, када Комисија решењем утврди повреду конкуренције, истим решењем може да наложи субјектима одређено понашање (мере понашања) како би отклонила утврђену повреду и спречила њено понављање. Међутим, у истом члану предвиђају се и „структурне мере“. Изгледа да је реч о својеврсном транспланту Ломбровозовог учења<sup>32</sup> у право конкуренције: ако су нека предузећа одвећ велика, сама таква структура чини вероватним да ће та предузећа у будућности кршити закон. Онда ће се тако великом предузећу наложити развргавање „настале структуре“, „нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине другим лицима која нису повезана“. Другим речима, на одређеном ступњу квантитета непобитно настаје негативни квалитет: ко прекрши закон (а велик је), кршиће га и у будућности. Стога је боље распарчати га одмах и тиме спречити да се у буџет слије превише новца од глобе, тј. од онога што Закон назива „мерама заштите“.

<sup>30</sup> Приватна комуникација са ауторима.

<sup>31</sup> Чл. 67. новог Закона.

<sup>32</sup> Чезаре Ломброзо (*Cesare Lombroso*), зачетник италијанске школе позитивистичке криминологије, формулисао је теорију антрополошке криминологије: криминалци се „рађају“ и могу се препознати по својим физичким карактеристикама

## 8. ПРАВНА СРЕДСТВА ПРОТИВ РЕШЕЊА КОМИСИЈЕ

Претходни закон предвидео је да су решења Комисије коначна и да се против њих може водити управни спор (надлежан је био Врховни суд Србије). Исход тих управних спорова био је у сваком појединачном случају исти: решења су без разлике поништавана. Како је само кажњавање било поверено прекршајним судовима, до наплаћивања новчаних казни није долазило. Потхрањивано опаскама лаичке јавности, ово је створило одређену врсту фрустрације. Уместо да се размотри зашто решења Комисије стално бивају поништена пред Врховним судом, размишљало се у правцу што брже наплате казни.

Премештање кажњавања са прекршајних судија на саму Комисију концептуално има својих предности, јер је заштита конкуренције далеко од типичних предмета којима се прекршајни судови баве. Ипак, при том померању требало је имати у виду да Комисија може да казни драстично, да је казнена функција по правилу везана за судове, као и да мора да постоји ефикасна заштита од евентуално незаконитог поступања управе.

Природа Комисије и њен специфичан положај искључују жалбу другом управном органу. Управни спор стога остаје једино средство. Но, код управних спорова који се воде против решења којима се не одобрава одређена концентрација, много би се бољи ефекат могао постићи прописивањем да поступајући суд у управном спору по правилу поступа у спору пуне јурисдикције, уместо да се претпостави уобичајена касациона улога. За сваки пословни подухват постоји ограничен период повољне конјунктуре. Спровођење спајања и припајања изискује велике трошкове и не трпи пролонгирање неизвесности. Ако решење буде само поништено, па се предмет врати Комисији на поновно одлучивање, брижљиво припремана концентрација може постати обесмишљена, будући да се пословно окружење непрестано мења – повољни моменат за концентрацију отишао је у неповрат. Чак и да се покаже да учесници концентрације били у праву, тј. да је њихова концентрација била у складу са Законом, та њихова победа се на крају може испоставити као Пирова.

Ови проблеми нису специфични само за наше правно окружење. Уплив казног права у управно већ одавно представља тему којом се бави и Европски суд за људска права у Стразбуру.<sup>33</sup> Слична питања

<sup>33</sup> Пресуде у случајевима *Öztürk v. Germany* (1984) 6 E.H.R.R. 409; *Lutz v. Germany* (1988) 10 E.H.R.R. 182; [1987] E.C.H.R.9912/82; *Bendenoun v. France* (1994) 18 E.H.R.R. 54, као и најновија у случају *Dubus S.A. v. France* од 11. јуна 2009. У случају *Dubus*, Суд је такође приметио да су потенцијално високе казне које администрација може да изрекне пеналног карактера.

су отворена и у жалби која је пред Првостепеним судом уложена у случају *Saint Gobain Glass France and Others v. Commission*.<sup>34</sup>

## 9. ПРЕКИ СУД ЗА УЧЕСНИКЕ НА ТРЖИШТУ

Све напред побројане мане (како оне у концепцији, тако и у изведби), стичу се у ономе што је, чини се, представљало главну преокупацију законодавца: кажњавање се претворило у преки суд без права на ефикасну правну заштиту. Наиме, првостепена решења против којих жалба није дозвољена, одмах постају извршна.<sup>35</sup> Имајући у виду све посебности поступка, сложеност материје и висину запрећених казни, разумно је било очекивати да законодавац извршност одгоди до окончања управног спора у случају да он буде покренут. Разумно је било очекивати и да се опште одредбе о року за подношење тужбе суду дерогирају и продуже, будући да је због сложености материје 30 дана ретко када довољно. Ништа од тих разумних очекивања није испуњено.

Против коначног решења Комисије се у року од 30 дана може поднети тужба Управном суду, а подношење тужбе не одлаже извршење.<sup>36</sup> Дакле, милионска казна („мера заштите конкуренције“) извршиће се и пре него што је о законитости њеног изрицања имао прилике да се изјасни суд. Законодавац покушава да маскира овај својеврсни преки суд на следећи начин: прво, када се изрекне „мера-казна“, странки ће се оставити парижони рок од најмање три месеца, а највише годину дана да „меру“ плати.<sup>37</sup> Дакле, ако до истека парижонског рока буде одлучено у управном спору, неће бити преког суда, а да Управни суд брзо одлучи побринуо се законодавац ни мање ни више него инструктивним роковима. Наиме, након рока од месец дана за подношење тужбе, Комисији тужба има да се достави на одговор у року од осам дана, а затим Комисија има да одговори на тужбу у року од 15 дана. Поврх свега, Управном суду се налаже да одлуку о тужби донесе у року не дужем од два месеца,<sup>38</sup> дакле нешто више од месец дана од момента када ће приспети одговор на тужбу. О вредности инструктивних рокова не треба трошити речи,<sup>39</sup>

<sup>34</sup> Т. 56/09.

<sup>35</sup> Чл. 261 Закона о општем управном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 33/97, 31/01.

<sup>36</sup> Чл. 71 новог Закона.

<sup>37</sup> Чл. 68, ст. 2 новог Закона.

<sup>38</sup> Чл. 72. новог Закона.

<sup>39</sup> За илустрацију колико они вреде у праву конкуренције може да послужи податак да је у случају *Cement Cartel* одлука Првостепеног суда донета након

но индикативно је да је укупни рок од три месеца (месец дана за улагање тужбе, и још два за одлучивање) једнак најкраћем паричионом року. Ово готово извесно није случајност, већ се чини да се пуком инструкцијом покушало прикрити укидање права на ефикасну правну заштиту.<sup>40</sup>

Тога је вероватно свестан био и законодавац, али се од концепције преког суда није одустало, већ је привидно ублажен још једним дискреционим овлашћењем Комисије. Оглобљени субјект који је поднео тужбу може да од Комисије захтева одлагање извршења решења до правоснажности судске одлуке. Милост неће бити ускраћена „ако би извршење тог решења нанело ненадокнадиву штету за тужиоца, а нарочито ако би вероватно довело до стечаја или престанка обављања пословне делатности тужиоца, под условом да одлагање није противно јавном интересу“.<sup>41</sup> Овим је, заправо, дорађено – уместо да барем за ову ситуацију буде дерогирано – опште решење садржано у Закону о управним споровима.<sup>42</sup> Комисија тако постаје експертска институција не само за питања права конкуренције, већ и за стечај. Комбиновањем ножа и погаче у рукама Комисије се постављају нови стандарди у извршењу санкција казненоправног карактера, а одмеравањем испуњености критеријума за одлагање извршења несумњиво ће се бавити и шира јавност која у експедитивној ликвидацији учесника на тржишту уме да препозна „јавни интерес“. Слика се комплетира тиме што се одлука о одлагању решења донети „најкасније до истека рока за плаћање“, дакле и у последњи час, чак и онда када је захтев промислно поднесен.<sup>43</sup> Укупни резултат оваквих решења је привидна двостепеност у казним стварима. Иако постоји управно-судска заштита, она није адекватна. Логични изостанак жалбе није праћен одговарајућом адаптацијом механизма управног спора, тако да једино правно средство које кажњенику стоји на располагању нема суспензивно дејство.<sup>44</sup>

шест, а Европског суда правде тек након десет година од одлуке Комисије; C 204/00, *Aalborg Portland, Irish Cement Ltd, Ciments français SA, Italcementi – Fabbriche Riunite Cemento SpA, Buzzi Unicem SpA and Cementir – Cementerie del Tirreno SpA*.

<sup>40</sup> Можда искрено убеђен у то да ће Комисија брзо истраживати, да ће суд поштовати наложене рокове, а да решења неће бити поништавана, законодавац храбро прописује и да се „мера заштите“ не може наплатити протеком три године од дана извршења радње или пропуштања обавезе, чл. 68, ст. 3 новог Закона.

<sup>41</sup> Чл. 71, ст. 3 новог Закона.

<sup>42</sup> Чл. 16 Закона о управним споровима, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96.

<sup>43</sup> Интересантно је приметити да је према чл. 16, ст. 2 Закона о управним споровима тај рок потенцијално краћи и износи три дана од дана подношења захтева за одлагање.

<sup>44</sup> Сценарио у коме кажњени субјект одлази у стечај и пре извојеване победе пред судом није једини проблематичан: замислимо је да услед наплате улагачи на тржишту изгубе поверење и да дође до нпр. пада вредности акција кажњеног

Није јасно ни да ли Комисија о ништавости споразума којима је повређена конкуренција треба да одлучује као о главном или као о претходном питању. Ако одлучује као о главном, то значи да би се нарушио принцип по коме само суд може да одлучује о субјективним правима. Ако би се, пак, дозволило да се о томе одлучује као о претходном питању, отвара се могућност да у неком каснијем поступку суд о томе реши другачије (било као о главном, било као о претходном питању).

Када се подвуче црта, Комисија тужи, Комисија (*de facto*) суди, Комисија кажњава и Комисија може (ако је баш убеде) да одложи извршење. Судови морају да одлуче експресно (а подразумева се и веома квалитетно) и једино им је наложено да о жалби на висину „мере“ одлуче у пуној јурисдикцији.<sup>45</sup> Концентрације могу да сачекају и да буду враћене на поновно разматрање, али прилив новца у буџет не може да чека. То је, отприлике, дух процесних норми новог закона.

## 10. ЗАКЉУЧАК

Доношењем новог Закона и његовим спровођењем повећава се државна интервенција на тржишту и то она арбитрарна, па се стога повећава неизвесност са којом се суочавају привредни субјекти – „учесници на тржишту“. Исходи у погледу политике заштите конкуренције ће веома зависити од персоналног састава Комисије, односно њеног Савета. Само по себи то показује колико нас овај закон удаљава од владавине права. Нико не тврди да смо пре њега били близу том идеалу, али смо сада свакако даље.

Оливер Вендел Холмс (*Oliver Wendel Holmes*), судија Врховног суда САД, износећи своје мишљење у случају *Schenck v. United States* у погледу тога што је влада САД створила правну основу за ограничавање слободног говора против регрутације у току Првог светског рата, указао је на то да тај потез власти представља „јасну и непосредну опасност“ (*clear and present danger*). Будући да аутори овог текста немају илузију да могу да буду језгровитији и концизнији од судије Холмса, остаје им само да позајме његове речи. Закон о заштити конкуренције представља „јасну и непосредну опасност“ за обављање привредних делатности у Србији, за њен привредни раст и просперитет.

предузећа. Све и да се испостави да је казна противзаконито одмерена, тешко ће се касније ствари вратити на стање пре доношења решења: у међувремену ће неки добити, а други изгубити услед промене цена акција.

<sup>45</sup> Чл. 72, ст. 3 новог Закона.

Boris Begović, PhD

Full Professor

University of Belgrade Faculty of Law

Vladimir Pavić, PhD

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## CLEAR AND PRESENT DANGER: REVIEW OF THE NEW LAW ON PROTECTION OF COMPETITION

### *Summary*

The main objective of this article is to analyze the Law on Protection of Competition enacted by the Serbian legislator in July 2009; and especially to scrutinize the changes introduced into Serbian law by this new piece of legislation. Harmonization of domestic provisions with those of the European Community has been a guiding principle in the drafting process and the legislator has attempted to mimic the legislative model of the Community as closely as possible. Among the provisions analyzed are those dealing with restrictive practices, dominant position and abuse of dominance, determination of the relevant market, merger control, temporal scope of the law, penalties, as well as the basic procedural mechanisms, particularly those dealing with legal recourse against decisions of the Competition Commission. The authors conclude that the new law represents a step back when it comes to business environment, i.e. regulatory risk to which the entrepreneurs are exposed, and that it *de facto* abolishes effective legal recourse against the rulings of the Commission. Therefore, this law represents a 'clear and present danger' for doing business in Serbia, for its economic growth and prosperity.

Key words: *Competition.– Concentrations.– Restrictive agreements.– Abuse of the dominant position.– Relevant market.– Judicial review.*