

УДК 346.545/.546(497.11)

**Горана КРШИКАПА, LL.M. (Amsterdam Law School)**  
PhD истраживач на Freie универзитету у Берлину

**Милош АНДРОВИЋ, LL.M. (Amsterdam Law School)**  
Комисија за заштиту конкуренције

## НЕДОСТАЦИ УСВОЈЕНИХ РЕШЕЊА У НОВОМ ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

### *Резиме*

*Текст\** овој чланка садржи оштрије и појединачне примедбе на Закон о заштити конкуренције, у примени од 1. новембра 2009. године. Аутори су иревасходно усмерили пажњу на пропусне учињене у формулисању појединих законских одредби, бијних за правну сигурност и адекватну извршност у ујравном и судском процесу, а које би се могле показати као нецелисходна решења имајући у виду њихову нејасноћу и недореченост. Текст не садржи директна упућива и/или предлоге за исправку утврђених недостатака и не представља исцрпну ниш конклузивну листу свих уочених недостатака, али свакако упућује на најбитније недостатке, по мишљењу аутора, који представљају како прешњу за учеснике на тржишту Републике Србије тако и за Комисију као организацију са повереним јавним овлашћењима за извршење новог Закона.

**Кључне речи:** рестриктивни споразуми, злоупотреба, доминантан, концентрација, независност, Комисија, конкуренција.

---

\* Предметни текст је краћа верзија коментара на текст новог Закона; текст у пуном садржају је доступан на захтев; изражени ставови и мишљења су искључиво ставови аутора за шта носе пуну одговорност.

## I Резултати спровођења претходног Закона о заштити конкуренције

Република Србија је тек 2005. године утврдила нешто јаснију политику у области права конкуренције у оквиру усвојеног Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005; даље: „стари Закон“). Ова се политика, под јаким притиском ЕУ, превасходно односила на успостављање једног законског оквира у којем се одређују основна правила пословања и понашања учесника на тржишту Републике Србије.

Нови Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/2005; даље: „нови Закон“ или „Закон“) је чини се, пре свега, производ одређених обавеза Републике Србије према декларисаном државном путу приступања Србије ЕУ. Треба имати у виду да чл. 73 ст. 1 Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених земаља чланица и Републике Србије (даље: SAA<sup>1</sup>) предвиђа да су одређене радње, у области политике заштите конкуренције, у супротности са његовом правилном применом и функционисањем уколико могу да утичу на трговину између Европске заједнице и Републике Србије.

У складу са обавезама из SAA, тумачење и примена Закона о заштити конкуренције у складу са *acquis communautaire* је обавеза коју је Република Србија преузела у уговорном односу са ЕУ.

## II Уводне одредбе Закона које позивају на тумачење

У чл. 3 Закона, персонална примена је ограничена на правна и физичка лица која непосредно или посредно, стално, повремено или једнократно учествују у промету робе, односно услуга, независно од њиховог правног статуса, облика својине или држављанства, односно државне припадности. Закон затим методом набрајања прецизира о којим је правним и физичким лицима реч. Из језичке формулације недвосмислено произлази да се Закон примењује на сва правна лица јавног и приватног права. Међутим, Закон под тач. 2 чл. 3 наводи „државне органе, органе територијалне аутономије и локалне самоуправе“. Држава, аутономна покрајина и општина имају својство правног лица, али не и њихови органи, стога Закон овде остаје нејасан и противуречан. Даље, Закон под тач. 3 наводи „друга физичка и правна лица и облике удруживања учесника на тржишту“. Ни овде Закон није доследан, јер ако

1 Stabilization and Association Agreement between the European Communities and their member states and the Republic of Serbia as of July 30<sup>th</sup>, 2008, Brussels, доступно на адреси: <http://www.delscg.ec.europa.eu/code/navigate.php?Id=534>.

је персонална примена ограничена само на правна и физичка лица, није јасно због чега закон овде наводи „друге [...] облике удруживања учесника на тржишту“, који не потпадају под појмове правно или физичко лице. Из свега наведеног, стиче се утисак да је законодавац био инспирисан појмом *undertaking* заступљеним у европском праву конкуренције, као и у неким он националних права земаља чланица Европске уније, али да га није и доследно применио у формулисању текста закона.

Појам *undertaking* је по свом садржају шири од садржине појмова правно и физичко лице јер обухвата „сваки *entité* који је укључен у економску активност, независно од правног статуса тог *entité* као и начина на који се финансира“.<sup>2</sup> Стога, основни тест приликом одређивања да ли одређени субјект потпада под појам *undertaking* или не је у ствари економски тест, тј. фокусира се на питање да ли ентитет укључен у понуду робе и услуга на тржишту,<sup>3</sup> а што је интенција оснивања и функционисања привредних друштава са циљем остварења профита.<sup>4</sup> Концепт *undertaking* је релативан концепт у том смислу што ентитет у питању може да буде сматран *undertaking* у једном делу својих активности, али не и у погледу остатка делатности.<sup>5</sup> Стога је у сваком појединачном случају неопходно идентификовати одређену активност у питању.<sup>6</sup> Европски суд правде стога и усваја функционални приступ дефинисању појма *undertaking*. У пракси Суда су као *undertaking* били окарактерисани како привредна друштва, тако и појединци,<sup>7</sup> спортска удружења,<sup>8</sup> трговачке асоцијације<sup>9</sup> и земљорадничке задруге.<sup>10</sup> Чињеница да професионална делатност удружења може бити дефинисана као слободна професија није неспојива са чињеницом да то удружење може бити и окарактерисано као *undertaking* или удружење учесника на

2 Дефиниција Европског суда правде; C-41/90, *Höfner and Elser v. Macrotron GmbH* [1991] ECR I-1979, [1993] 4 CMLR 306, пар. 21.

3 Case C-118/85 *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, пар. 7; Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001 ECR 8089, [2002] 4 CMLR 726, пар. 19.

4 Case C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-5751, [2000] 4 CMLR 446, Jacobs AG, para 311; A. Jones, B. Sufirin, *EC Competition Law – Text, Cases and Materials*, second edition, Oxford, 2004, стр. 107.

5 Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz* [2001] ECR 8089, [2001]. 4 CMLR 726, Jacobs AG, пар. 72.

6 A. Jones, B. Sufirin, *нав. дело*, стр. 107.

7 Оперски певачи у *RAI/UNITEL* [1978] OJ L57/39, 3 CMLR 306.

8 *Distribution of Package Tours During the 1990 World Cup* [1992] OJ L326/31, [1994] 5 CMLR 253, пар. 42-58.

9 Case 96/82, *IAZ International Belgium NV v. Commission* [1983] ECR 3369, [1984] 3 CMLR 276.

10 Case C-250/92, *Gøttrup-Klim Grovwareforening and Others v. Dansk Landbrugs Grovareselskab Amba* [1994] ECR I-6541, [1996] 4 CMLR 191.

тржишту који предузимају економску активност.<sup>11</sup> Оваква дефиниција оставља могућност да и ентитет који нема својство правног лица, али чини део државне администрације<sup>12</sup> и укључен је у економске активности буде сматран учесником на тржишту. Међутим, треба оштро разграничити активности које су по својој природи окарактерисане као економске и активности које представљају акте вршења јавне власти или поверених послова, јер ове последње не спадају у домен примене правила о заштити конкуренције. Тенденција држава да уговорним односом поверавају обављање јавних послова субјектима приватног права је и проузроковала комплексност ове поделе.<sup>13</sup>

### III Рестриктивни споразуми

Закон дефинише по први пут рестриктивне споразуме, за разлику од ранијег језичког термина *забрањени споразуми*, и уводи забрану истих у чл. 10, док у чл. 13 оставља могућност да се подзаконским актом Владе уведе могућност изузећа од забране по категоријама споразума. Наведена могућност практично значи да се сви споразуми који буду испуњавали критеријуме за изузеће на основу услова прописаних очекиваним подзаконским актима не би подносили Комисији на појединачно изузеће. Стога се одредбом чл. 13 уводи могућност тзв. *safe harbor* за оне споразуме који испуњавају опште услове из чл. 11 Закона, као и све појединачне услове који би требали бити уведени подзаконским актима.

Наведена могућност може бити практично целисходна само у случају јасно одређених елемената који би учесницима на тржишту морали претходно бити познати у циљу самосталне анализе уговорних одредби, а који би се морали утврдити упутствима и смерницама Комисије. Супротно, четири кумулативно-обавезујућа општа услова за изузеће од забране из чл. 11 практично само уносе правну несигурност за учеснике на тржишту Србије.

Споразуми мањег значаја су уведени као нови институт у праву конкуренције у Републици Србији. Закон разликује четири ситуације у зависности од врсте споразума. Међутим, имајући у виду различите потенцијалне ефекте које хоризонтални и вертикални споразуми по својој природи могу имати на конкуренцију на релевантном тржишту,

11 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 108; *AICIA v. CNSD*, [1993] OJ L203/27, [1995] 5 CMLR 495, пар. 40.

12 *Spanish Courier Services* [1990] OJ L233/19, [1991] 3 CMLR 560; *Aluminum Products* [1985] OJ L92/1, [1987] 3 CMLR 813; *Commission v. Italy* [1987] ECR 2599, пар. 7, 8.

13 A. Jones, B. Sufrin, *нав. дело*, стр. 111.

није јасно због чега Закон прописује релативно сличне граничне вредности тржишног удела учесника споразума за ове две врсте споразума. Економска истраживања су најиме показала да хоризонтални споразуми, тј. споразуми између конкурената, очекивано и редовно нарушавају конкуренцију и смањују благостање и да стога морају бити забрањени, сем у веома специфичним случајевима испуњености посебних прописаних услова. Насупрот томе, вертикални споразуми уобичајено доприносе повећању ефикасности и утичу на ограничење конкуренције само у случајевима ако су закључени између учесника на тржишту који уживају значајну тржишну снагу.<sup>14</sup> Стога није јасно зашто је Закон предвидео за вертикалне уговоре да *кумулативни* тржишни удео учесника на сваком од релевантних тржишта не буде већи од 15%, а у односу на хоризонталне уговоре кумулативни тржишни удео од 10%. Закон у погледу споразума мање вредности преузима тржишне уделе који су прописани као граничне вредности за споразуме мањег значаја и у праву Европске уније, са изузетком управо у погледу вертикалних споразума, где је предвиђено да тржишни удео који поседује *свака од страна* у споразуму не сме бити већи од 15%.<sup>15</sup>

Истовремено, чл. 14 у циљу примене *de minimis* правила разрађује испуњеност услова тржишног учешћа остављајући могућност појединачног дефинисања релевантног тржишта производа/услуга, али јасно одређујући да се то учешће има ценити на релевантном географском тржишту Републике Србије. Оваква одредба свакако оставља могућности за тумачење у примени будући да су у пракси бројне могуће ситуације у којима је неопходно утврдити знатно уже релевантно географско тржиште од целе територије Републике Србије, а у којим случајевима би се имале применити одредбе чл. 14 Закона и када је учешће на тако дефинисаном релевантном тржишту значајно више од утврђених 10%, односно 15%.

Закон такође у чл. 14 ст. 2 наводи тешке повреде конкуренције, који изузетно доводе до примене одредби Закона и на споразуме мањег значаја. Закон је и овде преузео решења заступљена у законодавству Европске уније.<sup>16</sup> Међутим, Закон је овде остао непрецизан и ситуације које се сматрају тешким повредама конкуренције су одређене на доста уопштен начин, што оставља могућност да се тешком повредом конкуренције сматрају и ситуације које то нису и не могу бити. Као

14 M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press 2004, стр. 32; *Guidelines on vertical restraints* COM (2000/C 291/01), пар. 6.

15 *Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis)*, пар 7(b).

16 *Ibid.*, пар. 11.

референтни пример који потврђује истакнуто, Закон као тешку повреду конкуренције наводи одређивање цена. Из текста Закона произлази да свако одређивање цена како у случају хоризонталних споразума, тако и у случају вертикалних споразума представља тешку повреду конкуренције.

У том смислу ваља ценити да уколико два конкурента на релевантном тржишту закључе уговор о истраживању и сарадњи, веома је вероватно да ће се у таквом уговору наћи и клаузуле које би регулисале цене производа и услуга које би конкуренти пружали један другом у циљу испуњења предмета уговора. Оно што може представљати проблем и представљати претњу конкуренцији на релевантном тржишту јесте ситуација у којој би конкуренти одредили цену по којој би продавали производ или услугу *и прећим лицима*, те би стога као тешку повреду конкуренције требало сматрати само овај последњи случај.<sup>17</sup> Сличан пример би исто био случај вертикалног споразума у којем је наведена максимална цена по којој дистрибутер може даље продавати релевантан производ или је само наведена препоручена цена за даљу продају. На основу текста Закона овакве клаузуле би довеле до карактеризације споразума као споразума који за последицу има тешку повреду конкуренције. У теорији, као и у правима Европске уније<sup>18</sup> и САД<sup>19</sup> неспорно је да утврђивање максималне продајне цене у даљој продаји, као и навођење препоручене продајне цене у принципу не доводе до повреда конкуренције. Оно што међу теоретичарима ствара одређене спорове јесте утврђивање минималне продајне цене купцу као и одређивање фиксне препродајне цене као обавезујуће. Врховни суд САД је у пресуди у случају *Leegin* одбацио 96 година стару праксу по којој је одређивање цена у вертикалним уговорима била разматрана према строгим *per se* правилима и одлучио да се овакви случајеви убудуће разматрају на основу *rule of reason* стандарда.<sup>20</sup> И у праву Европске уније се може видети да се проблему регулисања даљих продајних цена приступа све рафиниранije, па се у нацрту нових Смерница<sup>21</sup> који прате нацрт нове

17 *Ibid.*, пар 11(1)(a); *Commission Regulation (EC) No 2659/2000 of 29 November 2000 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of research and development agreements*, чл. 5(1)(c).

18 *EC Treaty*, Art. 101(1); Case 161/84, *Pronuptia*, [1986] ECR 353, par. 25; *Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*, Art 4(a); *Guidelines on vertical restraints* COM(2000/C 291/01), чл. 47.

19 *Sherman Act*, Section 1; *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3 (1997).

20 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 127 S.Ct. 2705 (2007).

21 *Draft Commission Notice, Guidelines on Vertical Restraints*, пар. 221, доступно на адреси: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/draft\\_notice\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_en.pdf).

Регулативе о групном изузећу вертикалних споразума<sup>22</sup> налазе одредбе које наводе ситуације у којима и одређивање препродајних цена може бити оправдано: у случају ако произвођач представи нови бренд на тржишту, у случају координиране и краткорочне кампање смањења малопродајних цена као и случају избегавања употребе производа од стране великог дистрибутера као тзв. „*loss-leading*“ производа.

Сви ови примери показују да је одређивање продајне цене генерално као случај тешке повреде конкуренције *per se* сувише штур одредница, која може довести до погрешне примене овог института и наметања непотребних пословних ограничења учесницима на тржишту и да Закону овде недостаје детаљнија разрада и прецизирање случајева који под тај институт потпадају.

#### IV Злоупотреба доминантног положаја

Члан 15 став 1 дефинише услове под којима се сматра да учесник на тржишту има доминантан положај. Дефиниција је, у нешто скраћеној форми, преузета из немачког Закона о заштити конкуренције.<sup>23</sup>

Дефиниција у старом Закону у чл. 16 је била преузета из европског права конкуренције. Дефиниција је била језички непрецизна, тј. у преводу су биле изостављене битне одреднице, тако да је на основу законског текста у доминантном положају био само онај учесник на тржишту који послује потпуно „независно од других учесника на тржишту, односно који доноси пословне одлуке не водећи рачуна о пословним одлукама својих конкурената...“, што је на тржишту веома ретка и крајње екстремна ситуација. Оригинална дефиниција Европског суда правде гласи: „Доминантан положај [...] се односи на економски јак положај који ужива одређени *undertaking*, који му омогућава да спречи постојање ефективне конкуренције на тржишту, и обезбеђује тржишну снагу да се понаша у *знајној мери* независно од својих конкурената, купаца и на крају и потрошача“. Овакав положај не искључује постојање конкуренције у целини, као што је случај код монопола или квази монопола, али омогућава да *undertaking* који од њега остварује корист, ако не да одређује, онда

22 *Draft Commission Regulation (EC) no .../.. of ... on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices*; доступно на: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_vertical\\_agreements/draft\\_regulation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_regulation_en.pdf).

23 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, чл. 19, став 2, реченица 1. Немачки закон поред већ наведених, наводи и следеће критеријуме: везе са другим „*Unternehmen*“ (*undertaking*); фактичка или потенцијална конкуренција кроз „*Unternehmen*“ са седиштима како у оквиру, тако и изван територије примене закона; могућност да своју понуду и тражњу преусмере на другу робу и услуге, као и могућност супротне стране на тржишту да се пословно окрене другим „*Unternehmen*“.

у *знајној мери* утиче на услове под којима ће се таква конкуренција одвијати, и да у сваком случају доноси одлуке у *знајној мери* не водећи рачуна о конкурентима, све док му таква пракса не штети.<sup>24</sup> Постојање доминантног положаја се одређује на основу бројних квантитативних и квалитативних фактора, који се односе на природу и структуру тржишта: (а) тржишна снага (тржишни удели, еластичност тражње, прорачун профитабилности), (б) препреке за улазак на тржиште и тржишни раст, (в) структурални фактори, тј. карактеристике својствене релевантном тржишту (правне и административне препреке уласку на тржиште, *sunk costs*, динамичност тржишта), као и карактеристике својствене наводно доминантном учеснику на тржишту, (г) фактори који упућују на одређено пословно понашање.<sup>25</sup>

Нова дефиниција коју Закон предвиђа је непрецизна и штура. Непрецизна је стога што је захтев којим Закон дефинише доминантан положај, тј. да конкурент на тржишту има *значајно бољи положај у односу на конкуренције* сувише уопштен и да би се применио захтева обимно тумачење што свакако не доприноси правној сигурности. Штура је зато што критеријуми наведени методом набрајања, а који треба да послуже у тумачењу усвојене дефиниције нису довољни да обухвате разноврсне ситуације које се у конкретним случајевима могу јавити. Из језичке формулације се закључује да је наведена листа конклузивна и не дозвољава примену додатних критеријума. Чак су и неки од критеријума присутних у немачком законском тексту, који је служио као узор, изостављени.<sup>26</sup>

Имајући у виду, да у складу са SAA уговором, постојећи Закон треба тумачити и примењивати у складу са *acquis communautaire*, није јасна одлука законодавца да одступи од дефиниције преузете из европског права конкуренције, којој је недостајало прецизирање и да уведе нову, опет нејасну и штуру дефиницију, базирану на немачком праву конкуренције. Ово може довести до проблема у примени Закона у конкретним случајевима, као и његовом колизијом са применом SAA.

Закон у чл. 15 ст. 3 дефинише претпоставку колективне доминације ако између два или више учесника на тржишту не постоји значајна конкуренција и ако је њихов укупан тржишни удео 50% или више. Законодавац је и овде био инспирисан решењем немачког закона о заштити конкуренције, међутим, за разлику од свог узора и овде је остао непрецизан и изоставио две битне одреднице:<sup>27</sup>

24 Case 85/76 *Hoffmann-La Roche (Vitamins)* [1979] ECR 461, стр. 38–39.

25 Faull & Nikpay, *The EC Law of Competition*, Second Edition, Oxford 2007, стр. 323–335.

26 Види фусноту 24.

27 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, чл. 19, ст. 2.



- 1) да би се за два или више учесника на тржишту могао утврдити колективан доминантног положај потребно је да између њих не постоји значајна конкуренција у *војледу једне одређене робе или одређене услуге*, који је параметар за релевантно тржиште у конкретном случају, а не да између њих уопште не постоји значајна конкуренција; као и да
- 2) учесници на релевантном тржишту као целина морају испуњавати све услове предвиђене дефинисаним одредбама за утврђивање постојања доминантног положаја, у форми предвиђеној за тзв. појединачно доминантан положај.

Закон је у чл. 16 утврдио забрану злоупотребе доминантног положаја у форми генералне клаузуле, а затим је инспирисан решењима чл. 82 Уговора о оснивању Европске заједнице,<sup>28</sup> навео који се случајеви нарочито сматрају злоупотребом. Оно што је законодавац неоправдано изоставио је могућност појединачног изузећа од забране које је предвиђено у европском законодавству, а чији услови су слични условима за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума.<sup>29</sup> На овај начин је евентуална одбрана учесника на тржишту која би била заснована на повећању ефикасности и доказу да потрошачи у конкретном случају не трпе штету онемогућена, а самим тим и тест који је прописан Законом доводи до санкционисања као радњи злоупотребе случајеве који то не би требало да буду.

## V Концентрације учесника на тржишту

Закон у чл. 17 дефинише појам концентрације, док је појам контроле дефинисан већ чл. 5 Закона. Истовремено, услове за оцену обавезе подношења захтева за одобрење концентрације законодавац је уврстио у чл. 61 Закона, па је учесницима на тржишту за оцену постојања обавезе неопходна логичко-правна радња увезивања садржаја текста чл. 5, 17, 61 и 63 Закона, односно за учеснике на тржишту хартија од вредности и члана 64 Закона.<sup>30</sup>

28 Чл. 102 у новој нумерацији чланова, Анекс Уговора о функционисању ЕУ из Лисабона, доступно на: <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:0202:022 9:EN:PDF>.

29 *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, пар. 30; *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, пар. 84.

30 Поред бројних других неадекватних употреба термина, а превасходно простим погрешним преводом бројних института у предметном Закону исти је наведен као пример будући да *ноификација* може имати само значење *најаве, обавести* и сл., а никако и захтева.

Услови из члана 61 Закона су апсолутно нови у односу на раније законско решење, којим је законодавац очигледно желео да изађе у сусрет свим упућеним примедбама и утврди значајно више прагове за обавезу пријаве концентрације, а како би се избегле ситуације у којима је само један од учесника у концентрацији испуњавао обавезне услове пријаве из чл. 23 старог Закона.

Међутим, законодавац након прописивања виших прагова за пријаву концентрација уноси нову формулацију, управо супротно циљу спречавања административног оптерећивања Комисије и учесника на тржишту контролом тржишно безначајних концентрација, увођењем ст. 3 наведеног чл. 61. Наиме, овом одредбом уведена је обавеза пријаве концентрације за сваку промену контроле која се спроводи по основу *йройиса којим се уређује йреузимање акционарских друштва*, независно од испуњености услова из чл. 61 ст. 1 Закона. Поред основног неразумевања циља контроле концентрација, законодавац је поново пропустио да усклади обавезе учесника на тржишту хартија од вредности, у складу са прописима којима се уређује пословање ових привредних друштава, и одредби о обавези пријаве и контроле концентрација. Наиме, Закон у чл. 63 ст. 1 тач. 2 предвиђа обавезу пријаве концентрације у року од 15 дана од извршења прве од наведених радњи, између осталих и *објављивања јавној йозива, односно йонуде или зайварања йонуде*. Крајње је нејасно стога када се то може затворити јавна понуда, а да претходно иста није ни објављена. Уместо очекиваног решења да се Законом обезбеди могућност пријаве концентрације по затварању понуде и утврђивању да ли је контролно учешће уопште обезбеђено тј. да ли је уопште спроведена концентрација, Закон у чл. 64 обезбеђује могућност да се концентрација одмах *нойификује* и закључком председника Комисије обезбеди прекид спровођења концентрације. Сада би несрећно изабрани термин *нойификације* у конкретном случају и могао наћи своју адекватну улогу јер би обезбедио само обавест о намераваном преузимању, које би преузимање било пријављено Комисији само након што је контролно учешће и обезбеђено.

## VI Независност и самосталност рада органа Комисије

Веома важно питање у поступку имплементације закона и политике конкуренције на тржишту Србије представља и питање на који начин су регулисани положај и самосталност Комисије за заштиту конкуренције. У том смислу није довољно одређење понуђено у чл. 20 Закона да је Комисија *самосјална и независна организација која врши јавна овлашћења*. Оваквом одредбом је законодавац морао имати у виду

не само декларативно одређење већ и заиста циљ да се тумачење и примена Закона заснива искључиво на економским и правним основама, а никако под политичким притиском или пак финансијско-буџетским ограничењима.

У поступку одлучивања и доношења одлука Комисије очигледно је да је новим законским решењима учињен крупан корак уназад. Наиме, Законом се превиђа установљавање два органа Комисије<sup>31</sup> – Савет Комисије и председник Комисије. Савет је предвиђен као колегијални орган који доноси све одлуке и акте о питањима из надлежности Комисије, а чине га председник Комисије и четири члана. Дакле, овде је утврђен један специфичан систем који предвиђа, опет само декларативно, колегијални орган – Савет док заправо о свим битнијим питањима одлучује *скривени инокосни орган* Комисије тј. председник Комисије који је и сам део колегијалног органа. Предвиђени систем одлучивања је стога пре свега инокосни имајући у виду сва Законом прописана овлашћења за одлучивање председника Комисије, независно од става па и мишљења Савета Комисије. Председник Комисије стога ужива најшира овлашћења која се пре свега огледају<sup>32</sup> у следећем: (а) доноси закључак о покретању поступка; (б) одлучује о спровођењу скраћеног поступка и доноси решење у скраћеном поступку; (в) доноси закључак о спровођењу увиђаја и вештачења; (г) доноси закључак и о спровођењу ненајављеног увиђаја; (д) доноси закључак о привременој мери; (ђ) доноси закључак о прекиду поступка, односно о наставку поступка; (е) овлашћује појединачна службена лица за спровођење поступка у сваком појединачном случају; (ж) једини је овлашћен да преиспита садржај комуникације у случају могуће злоупотребе привилеговане комуникације из чл. 51 Закона.

Све наведено практично значи да је председник Комисије и једини надлежан да одлучи да ли ће, када и по ком основу бити покренут поступак против одређеног учесника на тржишту, да ли ће се и које истражне радње предузети у покренутом поступку, да ли ће овлашћена лица Стручне службе спровести ненајављени увиђај, да ли ће се прекинути поступак ако је по мишљењу искључиво председника Комисије конкуренције нарушена само незнатно, односно да ли ће се прекинути једном започети поступак, као и да ли ће се учеснику на тржишту изрећи привремена мера или не. Истовремено, председник Комисије је једини надлежан да одлучи да ли ће одређена концентрација бити решавана у скраћеном поступку<sup>33</sup> и истовремено је аутономан у издавању решења за одобрење спровођења концентрације у скраћеном поступку.

31 Чл. 22 Закона.

32 Председник Комисије ужива и бројна друга овлашћења мањег значаја независно од Савета.

33 Дакле, без разматрања и одлучивања у оквиру другог органа, тј. Савета Комисије.

Законодавцу је морало бити познато да се инокосни орган нигде није показао као целисходно и адекватно решење, а с обзиром на изузетно тешку позицију са којом је свако тело за заштиту конкуренције суочено у поступку одлучивања. Тако је у Немачкој разрађен систем колегијалних органа<sup>34</sup> надлежних искључиво за доношење одлука. Истовремено, ни председник Немачког тела за заштиту конкуренције<sup>35</sup> не може имати директног ни индиректног утицаја на доношење одлуке. У УК је 2002. године измењен инокосни систем одлучивања оснивањем *Office of Fair Trading* као и другог тела за заштиту конкуренције *Competition Commission*. Циљ оснивања оба тела као колегијалних органа је управо било ограничавање овлашћења која је до тада уживао Министар. Са истим циљем је спроведена и реформа у Холандији 2005. године од када је утврђен трочлани одбор у НМа<sup>36</sup> као колегијално тело за доношење одлука.

Сам циљ законодавца при утврђивања инокосног органа са најширим овлашћењима стога остаје непознаница<sup>37</sup> за ауторе овог текста утолико више што исти представља корак у супротном правцу од онога које су друге државе предузимале на основу ранијих лоших искустава, а који је био утемељен у ранијем Закону о заштити конкуренције.

Закон такође уводи и спецификује систем рада Савета у сваком поједином случају предвиђајући да председник Комисије одређује извештиоца који у сарадњи са службеним лицем припрема предлог одлуке и извештава Савет о свим битним чињеницама и околностима случаја.<sup>38</sup> Овакво одређење је свакако на штету свих странака у поступку будући да исти *извештилац* ужива и право гласа на седници Савета. Истовремено, оваквим системом, у којем председник Комисије фактички надгледа, предлаже и одобрава сваку радњу у поступку и други глас при одлучивању Савета може бити обезбеђен и пре него *извештилац* припреми одлуку и обавести Савет о резултатима спроведеног поступка.

На независност и самосталност рада Комисије свакако утицај може имати и предвиђени начин финансирања Комисије. Иако је сасвим јасно и оправдано да Комисија не може и не сме остваривати приход из изречених мера<sup>39</sup> у потпуности је нејасан циљ одредбе чл. 57

34 Beschlussabteilungen.

35 Bundeskartellamt.

36 Nederlandse Mededingingsautoriteit.

37 Осим уколико циљ није утврђивање мањеї броја *карика у ланцу* преко којих се може остварити утицај на независност и самосталност рада организације.

38 Чл. 25 Закона.

39 У неким државама ЕУ је ипак установљени и систем процентуалног одбитка од изречене мере за финансирање тела за заштиту конкуренције.

ст. 4 Закона којим се предвиђа да се *камате и остали трошкови* у поступку судске контроле решења Комисије исплаћују на терет Комисије. Оваквом одредбом се свакако угрожава независност и самосталност рада Комисије будући да је иста изложена, у складу са изразито високо прописаним управним мерама,<sup>40</sup> и могућим изразито високим трошковима у поступку судске контроле пред Управним судом. Истовремено, није јасно ни како је законодавац предвидео да Комисија у предлогу финансијског плана који доставља Министарству финансија и Влади на одобрење за сваку наредну годину предвиди евентуални исход окончања будућих управних поступака и судске контроле истих, као и висину мера, камата и трошкова који могу чинити расход Комисије. Овакво решење свакако може довести до тога да средства за рад па стога и обављање поверених послова Комисије буде блокирано за све време трајања судског поступка остваривања права учесника на тржишту на повраћај исплаћене мере, камата и свих припадајућих трошкова.

**Gorana KRŠIKAPA, LL.M. (Amsterdam Law School)**  
PhD Researcher at the Freie University, Berlin

**Miloš ANDROVIĆ, LL.M. (Amsterdam Law School)**  
Senior Expert Associate in the Commission for the Protection of Competition

## DEFAULT SOLUTIONS ADOPTED IN THE NEW LAW ON PROTECTION OF COMPETITION

### Summary

*This article\* contains general and individual objections on deficient solutions introduced in the new Law on Protection of Competition, in force as of November 1, 2009. The authors of the text have been primarily concerned with the lack of clarity in defining particular legal provisions that could prove to be important in regards of the legal safety and adequate enforcement in the administrative procedure and judicial review. These are expected to prove purposeless taking into account its ambiguity and likely doubtful interpretations. The article*

---

40 До 10% укупног годишњег прихода.

\* This article is a summary version of the comment on the new Law; full text is available upon request submitted to the authors; the expressed opinions and positions are solely of the authors assuming full responsibility for it.

*does not contain direct guidance and/or proposals for modifications of the identified defaults and does not represent conclusive and final list of all recognized deficiencies. However, it stresses out the most important ones, in the opinion of the authors, which represent threat for both market participants on the territory of the Republic of Serbia and alike for the Commission for Protection of Competition, acting as a regulatory body enforcing the new Law.*

**Key words:** *agreements, restrictive, abuse, dominant, concentration, independent, Commission, competition.*