
ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

др Зоран Р. ТОМИЋ

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Најаша ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ

доцент Правног факултета Универзитета у Београду

НАРУШАВАЊА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ОСИГУРАЊУ РЕСТРИКТИВНИМ СПОРАЗУМИМА*

Резиме

Зашићена конкуренција као предуслов нормалној функционисању тржишта примењује се и у области осигурања. Међутим, особености ове делатности, као и њен значај за привреду ојравдавају одсујање од одређених правила конкуренције. Тако се катеорија изузећа рестриктивних споразума традиционално примењује у сектору осигурања. Након објашњења саосигурања и реосигурања као техника изравнања ризика иманентних осигурању, аутори се баве појмом рестриктивних споразума како у позитивном праву, тако и у праву ЕУ. Најновија Уредба о колективном изузећу рестриктивних споразума сужава привилегију изузећа на две групе споразума: споразуме о заједничком истраживању и савлањању студија и табела и споразуме о заједничком покрићу ризика. Аутори се фокусирају на ове споразуме, објашњавају услове за њихову примену и при том указују на споразуме који су тренутно ван колективног изузећа. Како су неки од њих – поједини типских услова – раније били обухваћени генералним изузећем, аутори савлањају питање да ли се на њих могло применити појединачно изузеће. Друи део рада посвећен је улози Комисије за зашићену конкуренцију и правној зашићени за случај повреде конкуренције.

* Овај чланак настао је као резултат учешћа на пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација с правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“ Правног факултета Универзитета у Београду (2013).

На крају, аутори се осврћу на праксу Комисије по питању нарушавања конкуренције на тржишту осигурања. Аутори закључују да је заштитна конкуренције у области осигурања деликатан друштвени задатак, за чије извршење су најзначајнији прецизни и јасни критерији.

Кључне речи: друштво осигурања, рестриктивни споразуми, конкуренција, колективно изузеће, заштитна пошрошача.

I Право конкуренције и делатност осигурања

Делатност осигурања разликује се од осталих привредних делатности по многим карактеристикама (почев од оснивања, за све време пословања до основа и начина престанка) које оправдавају засебну законску регулативу ове делатности. Статусноправна издвојеност друштава осигурања од осталих привредних друштава одражава се и на испољавање конкуренције у овој области привреде. Принцип слободне конкуренције на тржишту обавезује и друштва осигурања, с тим да особеност овог сектора долази до изражаја и по питању заштите конкуренције. Стога не треба да чуди што се у праву Европске уније категорија изузећа рестриктивних споразума од примене правила конкуренције односи и на делатност осигурања. Иако нарушавају конкуренцију, неки од ових споразума имају и позитиван ефекат на економску ефикасност, због чега су друштвено пожељни!¹ Сектор осигурања је, дакле, један од оних за који се везује примена изузећа рестриктивних споразумима.²

Поставља се питање која је разумна мера одступања од општих правила конкуренције зарад уважавања специфичности осигуравајућег сектора. Колико је то у интересу друштвеног благостања и напретка? Ако пођемо од претпоставке да је конкуренција на тржишту неопходна јер ствара конкурентски притисак учесницима тржишта терајући их да повећавају економску ефикасност, можемо се запитати који се циљеви постижу одступањем од конкуренције?³ Колико су они значајни ако се зарад њиховог остварења може довести у питање равнотежа на тржиш-

1 M. Dreher, „Das Versicherungskartellrecht nach der Sektoruntersuchung der EG-Kommission zu den Unternehmensversicherungen“, *VersicherungsRecht*, No. 1/2008, 16.

2 Поред осигурања, посебан режим конкуренције примењује се и у области пољопривреде, саобраћаја, поштанских услуга, итд.

3 У праву конкуренције ЕУ прихваћен је концепт *радне конкуренције*, према коме се апсолутна слобода тржишних субјеката, под одређеним условима, може жртвовати или ограничити, у мери у којој је то оправдано позитивним ефектима (економским, социјалним). Вид. И. Спасић „Рестриктивни (ограничавајући) споразуми – стање у ЕУ и националном законодавству и потреба за хармонизацијом“, *Хармонизација*

ту? Одговор на ова питања може се дати, уважавањем карактеристика осигуравајућег сектора као посве различитог од осталих сектора привреде, с једне стране, и уважавањем традиције другачијег третмана споразума осигураваача од стране институција Европске уније, с друге стране.⁴ Не смемо заборавити да се уговор о осигурању разликује од других уговора по томе што извршење обавезе једне стране (осигураваача) зависи од настанка неизвесне околности (осигураног ризика).⁵ Неизвесност око настанка и последица осигураног ризика, посебно у сфери пружања покрића привредних ризика, чини отежаном адекватну процену износа премија и резерви потребних за извршење обавезе од стране осигураваача. Стога је у оваквим врстама осигурања много кориснија сарадња осигураваача од слободне конкуренције. Ефекти који се постижу сарадњом осигураваача користе и осигураницима, будући да је ризик инсолвентности осигураваача утолико мањи уколико се премије одреде на основу размене информација и искустава више осигураваача. Послови осигурања уопште не би могли бити реализовани без сарадње осигураваача. Зато је оправдан већи степен толеранције у погледу облика сарадње осигураваача. Суштина права конкуренције је да се њиме штити тржиште од оних облика нарушавања слободне конкуренције који дугорочно нарушавају друштвени напредак. Циљ политике конкуренције је да допринесе економском напретку и добробити друштва, а нарочито користи потрошача.⁶ Дакле, постоје облици нарушавања конкуренције чији су дугорочни ефекти спојиви са циљевима заштите конкуренције, због чега за њих важи посебан правни режим.

1. Саосигурање и реосигурање

За правилно разумевање заштите конкуренције у осигурању релевантне су два обележја делатности осигурања. Прво, делатност

домаћеј законодавстви са њравом ЕУ, Институт за упоредно право, Београд, 2004, стр. 73.

4 Та дугогодишња традиција може послужити као путоказ Комисији за заштиту конкуренције приликом одлучивања о третману рестриктивних споразума закључених у оквиру сектора осигурања.

5 Осигураник, наиме, улаже своја средства у куповину осигуравајућег покрића, а за узврат од осигураваача добија обећање да ће он извршити исплату накнаде, одн. суме осигурања ако се у будућности деси догађај предвиђен као осигурани случај. Строгом и стриктном регулативом делатности осигурања настојити се у што већој мери пружити гаранција да ће осигураваач заиста бити у стању да испуни дато обећање. Детаљније: J. Birds, *Birds' Modern Insurance Law*, Seventh Edition, Sweet & Maxwell, London, 2007, стр. 22.

6 H.-W. Micklitz, J. Stuyck, E. Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Hart Publishing, Portland, 2010, стр. 3–6.

осигурања чине не само послови осигурања, већ и послови саосигурања и реосигурања.⁷ Хоризонтална и вертикална расподела ризика која се постиже саосигурањем, одн. реосигурањем неопходна је за правилно функционисање техничке организације осигурања.⁸ Наиме, друштва осигурања имају законску обавезу да у покриће примају само оне ризике који не превазилазе њихов максимални самопридржај.⁹ Доследна примена овог правила знатно ограничава капацитет друштава осигурања, чинећи их неспремним за покриће ризика који се у савременом праву осигурања означавају као велики и катастрофални ризици.¹⁰ Тежина неких ризика је таква да један осигуравач није у стању да их прими у покриће, јер не може да покрије последице настанка осигураног случаја, а да тиме не доведе у питање своју ликвидност и одржавање потребних резерви осигурања. Како у пракси постоји евидентна потреба за обезбеђењем осигуравајуће заштите од великих ризика (на пр.: осигурање ваздухоплова, бродова, атомских централа), друштва осигурања прибегавају изравнању ризика путем саосигурања и реосигурања.¹¹ Заправо, сектори привреде за које се везују велики ризици не би могли опстати без осигурања.¹² У том смислу се одступања од правила конкуренције оправдавају остварењем других, са становишта привреде, једнако важних интереса.

Саосигурање се дефинише као покриће ризика од стране два или више осигуравача, који су се споразумели о заједничком покрићу

7 За наше право: Закон о осигурању – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 55/04, 70/04, 61/05, 85/05, 101/07 и 107/09, чл. 2.

8 Саосигурање и реосигурање, односно хоризонтална и вертикална расподела ризика могу се проучавати са статусног и уговорног становишта. Наиме, закључење уговора о осигурању путем саосигурања отвара бројна питања уговорног права. Исто тако, реосигурање вишка ризика утиче на уговорна питања. Ми ћемо се, уважавајући тему рада, ограничити на статусноправне аспекте саосигурања и реосигурања (нап. аут.).

9 ЗОС, чл. 3.

10 Појам великих ризика развио се у току двадесетог века, како би се удовољило потребама за осигуравајућом заштитом транспортних и индустријских ризика. Упореди: Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, 13 édition, Paris, 2011, стр. 20, 45.

11 Заправо, и саосигурање и реосигурање могу послужити као средство повећања капацитета осигурања, али и онда када се не желе у потпуности искористити капацитети осигуравача или реосигуравача. Преносењем дела ризика на друге осигураваче или реосигураваче омогућава се да један осигуравач рационално употреби своје капацитете, тј. да не буде ограничен само на покриће једног ризика. То је врло корисна функција изравнања ризика, јер осигуравачима омогућава да развијају пословање и стичу више клијената.

12 Ваздушни саобраћај, поморски саобраћај, извођење грађевинских радова..., само су неки од сектора чије би функционисање било отежано услед непостојања услуга осигурања.

ризика.¹³ Они се удружују у тзв. пулове осигурања, удружења, конзорцијуме, берзу осигурања, итд.¹⁴ Будући да би закључење уговора са сваким од саосигуравача појединачно било врло компликовано и донело више штете него користи, правило је да се један осигуравач овласти да иступа у име и за рачун осталих чланова пула – тзв. водећи осигуравач (фр. *société apériteurice, l'apériteur*; нем. *führende Gesellschaft*).¹⁵ Његова овлашћења односе се на заступање осталих осигуравача приликом закључења уговора, на наплату премија, издавање заједничке полисе, пријем изјава о штети и исплату мањих штета.¹⁶

Из свега реченог о саосигурању стиче се утисак о његовој корисности за практично функционисање делатности осигурања. Реч је о *модалишетиу сарадње друштва осигурања*, који диктира сама делатност осигурања. Друштва повезана у пул саосигурања заједнички иступају на тржишту осигурања, чинећи могућим пружање покрића и оним ризицима које не би могао прихватити ни један појединачни осигуравач, ма ко-

13 D. Krajcicki, *Droit des assurances*, 2 édition, Montchrestien, Paris, 2008, стр. 58–60.

14 П. Шулејић, *Право осигурања*, Правни факултет, Београд 2005, стр. 74–5.

15 H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, LexisNexis, Paris, 2008, стр. 19.

16 Али, без посебног овлашћења водећи осигуравач не може у име осталих да даје изјаве о одустанку, раскиду уговора, да закључи поравнање; тужба поднесена против водећег осигуравача нема дејство према осталима, итд (J. Bigot, „Les ambiguïtés de la coassurance“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 1/2012, стр. 18–25). Ситуација је потпуно другачија ако постоји клаузула о вођењу поступка (нем. *Führungsklausel, Prozessführungsklausel*), која даје пасивну легитимацију водећем осигуравачу у вези са свим питањима деловања осигуравајућег покрића (Н. Петровић Томић, *Осигурање од одговорности директора и чланова ујравној одбора акционарској друштва*, Правни факултет, Београд, 2011, стр. 182–184). На основу ове клаузуле осигуранику је пружена погодност обраћања тужбом водећем осигуравачу уместо сваком од саосигуравача појединачно. Пресуда донета у спору по тужби против водећег осигуравача има обештећујуће дејство према свим осталим осигуравачима. Према ЗОО, када је уговор о осигурању закључен са више осигуравача који су се споразумели о заједничком сношењу и расподели ризика, сваки осигуравач назначен у полиси осигурања одговара осигуранику за потпуну накнаду (чл. 935). Да ли то значи да у нашем праву оваква клаузула не би имала никакво дејство тј. да се њоме не би могао мењати законски режим саосигурања? Да ли би осигураник имао право да се не обрати водећем осигуравачу и да се, уместо њега, обрати саосигуравачу по свом избору (чије му је седиште, примера ради, ближе)? Одговори на постављена питања морају се дати водећи рачуна о томе да је карактер цитиране норме императиван, с једне стране, и да се од таквих норми може одступати само ако је то у интересу осигураника, с друге стране. Клаузула о вођењу поступка нам се чини прихватљивом из угла нашег права и заштите интереса осигураника. Водећи осигуравач коме осигураник треба да се на основу ове клаузуле обрати је по правилу најпогоднији, јер својом солвентношћу представља гарант да ће накнада из осигурања бити ефикасније остварена у односу на случај обраћања неком од осталих саосигуравача.

лико био финансијски моћан, угледан и са дугом традицијом пословања на тржишту осигурања. Међутим, чињеница је да пулови могу да се посматрају и са становишта усаглашености са прописима о заштити конкуренције. Другим речима, удруживање осигуравача може утицати на смањење конкурентног притиска између осигуравача чланова пула. Али, постојање пула осигуравача у исто време ствара додатни конкурентски притисак на осигураваче који нису чланови пула. У том смислу се мора посматрати улога пулова на савременом тржишту осигурања. Иако носи и одређени негативан ефекат (елиминисање конкурентског притиска између чланова) стварање пула осигурања у исто време изазива и позитивне ефекте. Поред неспорног конкурентског притиска на нечланове пула, корисна функција пула огледа се у чињењу доступном осигуравајуће заштите великих ризика, као и заштити корисника услуга осигурања. Поређењем негативних и позитивних ефеката овог модалитета сарадње друштава осигурања може се разумети зашто су пулови „на граници“ права осигурања и права конкуренције.

Реосигурање представља вертикалну расподелу ризика. Познато као осигурање осигурања (фр. *l'assurance de l'assurance*), реосигурање омогућава осигуравачу да на темељу премије коју плаћа реосигуравачу део ризика изнад максималног самопридржаја реосигура код домаћег или иностраног реосигуравача.¹⁷ Улога реосигурања тј. временско и просторно изравнање ризика које се њиме постиже је још значајније од циљева којима служи саосигурање.¹⁸ Посебно се истиче регулаторна улога реосигурања у вези са покрићем катастрофалних ризика.¹⁹ Средства

17 „Стога се друштвима за осигурање препоручује да развијају такве пакете услуга којима ће изаћи у сусрет потребама и захтевима потрошача, идентификованим у претходно поменутиим тржишним истраживањима, и добро се позиционирати у односу на конкуренцију, водећи при том рачуна о способности да своје нове производе и сервисирају (процена ризика пре увођења новог производа). Ти процеси интензивираће се како буду расли свест наших грађана о значају и предностима осигурања, тражња за овим услугама, али и ниво захтева и критеријума по којима ће осигураници бирати осигуравача. У том погледу, посебно је важно да се услови осигурања добро дефинишу, да се одреди адекватан ниво самопридржаја и спроводи одговарајућа политика саосигурања и реосигурања, да се при том поштују препоруке актуара, као и да се уговори о осигурању израде прецизно, како би се друштва за осигурање заштитила од излагања прекомерним ризицима осигурања.“ В.: *Смерница бр. 3 која се односи на контролу тржишног ризика и конкуренцију на тржишту осигурања*, Народна банка Србије, 4.

18 „Реосигурање је изузетно значајна финансијска делатност, која омогућава директном осигуравачу да, расподелом ризика на светком нивоу, повећава капацитет примања у покриће ризика, као и да смањи трошкове тог покрића.“ Директива 2005/68/СЕ од 16. новембра 2005. год.

19 Улога реосигурања је незаменљива у три групе случајева: 1) код природних катастрофа; 2) код осигурања технолошких ризика и 3) код ризика тероризма. Детаљније: Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 48–9.

која су реосигуравачи спремни да издвоје услуге, с једне стране, заштити осигураника и жртва ових ризика, а с друге стране, омогућавају опстанак осигуравача и поред одступања од резултата рачуна вероватноће и закона великих бројева. Њихова финансијска равнотежа остаје очувана, што се одражава на целокупну привредну стабилност и непрекинути привредни раст.²⁰ Зарад могућности реосигурања катастрофалних ризика, реосигуравачи се удружују у пулове реосигурања, специјализоване за тачно одређене активности (на пр.: атомски пулови специјализовани за реосигурање атомских ризика, пулови загађења специјализовани за реосигурање ризика загађења животне средине, итд.).²¹ Изазови пословања на савременом тржишту осигурања чине да су осигуравачи у исто време чланови пулова саосигурања и пулова реосигурања.²² Другим речима, то што је један осигуравач члан пула ризика саосигурања не искључује његову потребу да део ризика обухваћеног саосигурањем реосигура код одређеног пула реосигурања.²³

Из угла нашег позитивног права проблематична је одредба ЗОС о обавезној дисперзији ризика изнад самопридржаја осигуравајућег друштва путем реосигурања.²⁴ Она онемогућава друштва осигурања да самостално и равноправно врше дисперзију ризика путем саосигурања и реосигурања. Саосигурање је вид сарадње између друштава осигурања, којим се на најбољи начин искоришћавају њихови капацитети. У тржишно оријентисаним привредама друштва осигурања самостално и без законског „усмеравања“ одлучују да ли и у којој мери ће ризике делити са другим осигуравачима. Критеријуми који утичу на њихову одлуку су првенствено економски! По позитивном праву, није тако! Друштва осигурања могу прибегавати саосигурању само до износа максималног самопридржаја. Ако преузимају ризик који прелази максимални самопридржај, то не могу чинити путем саосигурања, већ део ризика морају реосигурати. Оваква норма противна је економској логици делатности осигурања, јер друштвима осигурања не оставља могућност да самостално и у складу са економским критеријумима одлуче о сарадњи са другим друштвима.²⁵ Ако је интерес једне државе, нарочито

20 Реосигурање је по својој природи посао међународног карактера, који подразумева огроман капитал и који се односи на различите ризике. Детаљније: F. Turgné, *L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance*, Economica, Paris, 2007, стр. 380.

21 Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *нав. дело*, стр. 49.

22 I. Goldrein, R. Merkin, *Insurance Disputes*, L.L.P., London Hong Kong, 2003, стр. 684.

23 Све што је речено о пуловима саосигурања са становишта њихове усаглашености са правилима конкуренције важи *mutatis mutandis* и за пулове реосигурања.

24 ЗОС, чл. 7.

25 В. С. Јовановић, „Вишеструко осигурање, саосигурање и реосигурање у светлу постојећих законских прописа“, *Привреда и право осигурања у транзицији*,

оне недовољно развијене, да подстиче развој осигурања и веће учешће домаћих друштава у сектору осигурања, ово није начин да се то постигне. Сматрамо да овакве одредбе морају бити што пре уклоњене из законског текста због њиховог негативног учинка на развој саосигурања.

2. Општи услови осигурања

Друга специфичност делатности осигурања односи се на сарадњу осигуравача приликом израде општих услова осигурања. На развијеним тржиштима осигурања постоји пракса доношења типских услова од стране удружења осигуравача.²⁶ Таква пракса пожељна је како са становишта уједначавања пружања услуга осигурања на једном тржишту, тако и са становишта квалитетније заштите права корисника услуга осигурања. Заправо, у интересу корисника услуга осигурања је да општи услови не буду различити у битним одредбама.²⁷ Тиме се доприноси правној сигурности, будући да степен заштите на коју осигураник може рачунати, као и услови под којима прибавља заштиту не зависе од тога код ког осигуравача је покриће прибављено.²⁸ У новије време значај општих услова осигурања мора се посматрати и кроз њихов допринос заштити потрошача услуга осигурања. Они у том смислу имају бар троструку улогу. Прво, информативна улога.²⁹ Објављивањем општих услова осигурања потенцијалним корисницима услуга осигурања омогућава се да се и пре закључења уговора упознају са производом за који су заинтересовани, као и са садржином будућег уговора.³⁰ Друго, функција рационализације. С обзиром на број уговора о осигурању

Удружење за право осигурања, Палић, 2004, стр. 222.

26 M. Wandt, *Versicherungsrecht*, 5. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2010, стр. 72–80.

27 Стога на развијеним тржиштима осигурања постоји пракса да се за сваку нову врсту осигурања доносе модел услови од стране удружења осигуравача.

28 У нашем праву ствари стоје сасвим другачије. Наши осигуравачи самостално доносе услове осигурања, без икакве спољне контроле. Осим тога, усаглашавање услова је на добровољној основи. Ово има за последицу да је наша осигуравајућа стварност врло шаролика и мање или више различита у зависности од тога за које друштво осигурања се одлучимо. Јасно је да таква ситуација не делује подстицајно на кориснике услуга осигурања. Они могу бити врло непријатно изненађени поређем покрића које су прибавили са покрићем које нуди неки други осигуравач. При том се разлике не односе на неке споредне клаузуле, већ на битне елементе уговора о осигурању.

29 R. M. Beckmann, „Allgemeine Versicherungsbedingungen und AGB-Recht“, у: R. M. Beckmann, A. M. Beckmann (Hrsg.), *VersicherungsrechtsHandbuch*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, стр. 511.

30 Оваква функција општих услова осигурања надовезује се на дужност информисања уговарача осигурања од стране осигуравача пре закључења уговора. То што и оп-

који се закључује у савременом друштву, јасно је да се општим условима омогућава да не дође до застоја у одвијању пословних трансакција повезаних са осигурањем.³¹ Исто тако, потрошачи услуга осигурања не морају предуго чекати на задовољење потребе за осигуравајућом заштитом. Најзад, орјентациона функција. Модел услови осигурања служе појединачним осигуравачима, нарочито оним који тек улазе на тржиште, као полазна тачка приликом израде услова осигурања прилагођених сопственим капацитетима.³²

Будући да се типски услови доносе под окриљем удружења осигуравача, јасно је да ово удружење може бити искоришћено и за остваривање циљева некопатибилних са заштитом конкуренције. У упоредном праву је позната пракса размене битних информација између конкурената и омогућавање каснијег закључења картелских споразума.³³ Дакле, доношење типских услова у оквиру удружења осигуравача је вид добре праксе осигурања који вишеструко користи (како друштвима осигурања, тако и корисницима њихових услуга и уопште тржишту осигурања). Али, оно не сме постати параван за антиконкурентске елементе попут одређивања висине премија по којима ће одређени вид осигурања бити пружен. Сарадња осигуравача приликом доношења типских услова осигурања не сме бити супротна правилима заштите конкуренције.

II Рестриктивни споразуми по позитивном праву

Позитивно право познаје три општеприхваћена облика повреде конкуренције:³⁴ 1) рестриктивни споразуми, 2) злоупотреба доминантног положаја и 3) концентрација учесника на тржишту. У области осигурања доминирају рестриктивни споразуми. То су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије.³⁵ Реч је, дакле, о продукту споразумевања привредних субјеката. Законодавац *exempli causa* наводи неке облике рестриктивних споразума: уговори, поједине одредбе уговора, изричити или прећутни

шти услови врше информативну функцију не искључује обавезу осигуравача да и сам о свим релевантним околностима информира уговарача осигурања.

31 R. M. Beckmann, *нав. дело*, стр. 511.

32 R. M. Beckmann, *нав. дело*, стр. 520.

33 Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 52.

34 Закон о заштити конкуренције – ЗЗК, *Службеник гласник РС*, бр. 51/2009.

35 ЗЗК, чл. 10 ст. 1.

договори, *усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржиштима*.³⁶ Најпроблематичнији део регулативе рестриктивних споразума је управо одредба о томе да се и усаглашене праксе и одлуке облика удруживања учесника на тржишту сматрају рестриктивним споразумима. Иако је ово трансплант европског права и праксе, настао из потребе да се санкционише сваки облик нарушавања конкуренције, чак и ако се заснива на *de facto* нарушавању конкуренције, очекујемо да ће постати извор проблема у пракси.³⁷ Постојање усаглашене праксе тешко је доказати; учесницима на тржишту увек остаје могућност да своје поступке оправдавају тржишним параметрима. Други облик рестриктивних споразума су одлуке облика удруживања учесника на тржишту. Одлуке донете у оквиру професионалног удружења могу послужити као параван за постизање рестриктивног споразума, који је самим тим теже доказати и који може успешније функционисати.

Будући да је у Србији законодавство које се односи на заштиту конкуренције у повоју, јасно је да позивање на европске узорне праћено дословним преписивањем чланова Уговора, може постати извор великих проблема у пракси. Да не буде забуне: нисмо противници угледања на европске стандарде и право ЕУ уопште. Али, таква законска техника мора бити спроведена са мером, тј. након истраживања могућности примене преузетих норми у нашој друштвено-економској стварности. Када читамо чланове попут овог у коме су дефинисани рестриктивни споразуми, прво што нам пада на памет је питање како ће се Комисија за заштиту конкуренције (даље: Комисија) „снаћи“ у мору нејасних правних стандарда и непрецизних законских одредби? То што су неке од њих дословно преписане из европског законодавства за Комисију не представља олакшавајућу околност. У европском праву – коме толико тежимо да није претерано рећи да смо „већи католици од Папе“ – такве одредбе су допуњене богатом судском праксом, подзаконским актима

36 33К, чл. 10 ст. 2. Споразуми из става 1 овог члана забрањени су и ништави, а нарочито су то споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; ограничава или контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; деле тржишта или извори набавке и сл. Споразуми између конкурената (одлуке удружења) којима се утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине, ограничава или контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције или деле тржишта или извори набавке су споразуми који су према члану 7 сав 1 и 2 Закона нарочито забрањени, јер увек битно ограничавају конкуренцију.

37 У члану 81 ст. 1 Уговора о оснивању стоји да су забрањени сви споразуми предузећа, договори удружења предузећа и споразумна пракса, који могу имати утицај на трговину између држава чланица и који имају за циљ или последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције. Уговор, наравно, не садржи дефиниције ових појмова. У утврђивању њиховог значења најважнију улогу имао је Суд правде!

који садрже смернице, као и богатом традицијом примене колективних изузећа као коректива примене недовољно јасних норми. Како код нас Комисија неће моћи да се ослони ни на један од помоћних механизма приликом примене ових норми, питање је колики ентузијаста треба да буду њени чланови да би својим одлукама допринели правној сигурности у овако значајном сегменту привредне стабилности?! Што је још важније, нормама попут цитиране ствара се неизвесност у погледу теза државних власти.³⁸ Ако позитивно законодавство имплементира непрецизне норме или нејасне правне стандарде настаје регулаторни ризик за привредне субјекте.³⁹ То је ризик од неизвесне примене истих законских норми и правних стандарда од случаја до случаја. Држава треба да прописима осигура привредне субјекте од регулаторног ризика и креира привредни амбијент подстицајан за обављање комерцијалних делатности.

Када се каже рестриктивни споразум обично се помисли на картеле. Картели су хоризонтални споразуми између учесника на тржишту који послују на истом нивоу ланца промета.⁴⁰ Њима се конкуренти договарају, изричито или прећутно, да једни другима више не конкуришу!⁴¹ Како се оваквим споразумима елиминише конкуренција, јасно је зашто се забрана односи првенствено на ову категорију рестриктивних споразума.⁴² Поред картела, значајни су и споразуми о сарадњи између конкурената. Ови споразуми могу имати различит третман, већ према томе да ли имају негативан ефекат на конкуренцију. Наиме, могуће је да конкуренти закључе споразум о сарадњи који није усмерен ка спречавању међусобне конкуренције (примера ради, споразуми о размени резултата засебних истраживања и развоја). Осим тога, чак и да постоји нарушавање конкуренције, оно је ограничено само на одређени сегмент пословања (на пр.: на истраживање и развој), тако да не искључује конкуренцију у осталим сегментима пословања и у односу на остале учеснике на тржишту. Другим речима, споразуми који нису картелски могу унапредити тржишну утакмицу, због чега се једино на њих може односити привилегија изузећа.

38 Исто и: Б. Беговић, В. Павић, „Јасна и непосредна опасност: приказ новог Закона о заштити конкуренције“, *Анали Правној факултету Универзитета у Београду*, бр. 2/2009, 73.

39 *Ibid.*, 74.

40 Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 44.

41 Договор се обично односи на цене производа или услуга, количине које ће бити понуђене на тржишту и географску поделу тржишта.

42 Зато се у неким правима картели третирају као апсолутно забрањени! Дакле, сваки картелски споразум је ништав, без потребе да се утврђује какви су његови ефекти.

Наш законодавац не прави разлику између картела и осталих рестриктивних споразума. Исто важи и у погледу њихове правне судбине. Они су по правилу ништави, осим ако „дојриносе унајређењу производње и промета, односно подстицању техничкој или економској најрејка, а подшошачима обезбеђују јравичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ораничења која нису неоходна за подстицање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом бићном делу“.⁴³ Код нас, дакле, рестриктивни споразуми нису ништави *per se*. Примењује се тзв. „*тесет ефекаиа*“ који пружа могућност да се – бар када је реч о споразумима који нису картели – исти не пониште без узимања у обзир евентуалних позитивних ефеката на конкуренцију и привредни напредак.⁴⁴ Задатак Комисије је да анализира последице које хоризонтални споразум може изазвати и да на темељу њихове процене одлучи да ли споразум може опстати или не.

Ако се процени да рестриктивни споразум није противан циљевима заштите конкуренције, исти се може изузети од забране конкуренције и санкције ништавости. Потребно је разликовати колективно и појединачно изузеће. У нашем праву се колективно изузеће може добити применом Уредбе о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције, а који се изузимају од забране (даље: Уредба).⁴⁵ То што се ради о споразуму који се убраја у листу за колективно изузеће не значи да ће исти заиста бити изузет. Могуће је да је он противзаконит, ако на основу процене свих околности произлази да његови негативни ефекти (нарушавање конкуренције) претежу над позитивним ефектима (привредни напредак). Из Уредбе, дакле, произлази да и хоризон-

43 33К, чл. 11.

44 S. Friese, Z. Grobanski, J. M. Graf von Schulenburg, „Fusionskontrolle bei Unternehmenszusammenschlüssen im europäischen Versicherungssektor“, *VersicherungsRecht*, бр. 31/2005, стр. 1493–1502.

45 *Службени гласник РС*, бр. 11/2010. То су: 1) споразуми о једностраној специјализацији којима се један учесник у споразуму обавезује да обустави производњу релевантних производа или да се уздржава од производње тих производа и да те производе купује од другог учесника у споразуму, а други учесник у споразуму се обавезује да те производе производи и продаје; 2) споразуми о узајамној специјализацији којима се два или више учесника у споразуму обавезују да престану да производе или да се уздрже од производње одређених али различитих производа и да их купују од других учесника у споразуму који се обавезују да их продају; 3) споразуми о заједничкој производњи којима се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе. Изузеће од забране споразума из става 1 овог члана примењује се и на поједине одредбе које су садржане у тим споразумима, а које не представљају примарни циљ таквих споразума, али се непосредно на њих односе и неопходне су за њихово спровођење, као што су одредбе којима се уступају или дају на коришћење права интелектуалне својине.

тални споразуми о специјализацији који спадају међу споразуме на које се колективно изузеће односи неће уживати привилегију изузећа ако на релевантном тржишту постоји више споразума о специјализацији, а њихов кумулативни ефекат доводи до тога да споразум не испуњава опште услове за изузеће из члана 11.⁴⁶ Када се ради о споразумима који се не могу подвести под привилегију колективног изузећа, наш Закон даје могућност учеснику на тржишту да се обрати Комисији за заштиту конкуренције (даље: Комисија) са захтевом да рестриктивни споразум изузме од забране.

III Рестриктивни споразуми у праву осигурања Европске уније

Начелно, у праву Европске уније постоје исти облици повреде слободне конкуренције од стране друштава осигурања као и у нашем праву.⁴⁷ За сектор осигурања најкарактеристичнији су споразуми којима се нарушава слободна конкуренција на тржишту осигурања.⁴⁸

1. Развој регулативе рестриктивних споразума у сектору осигурања

Када је реч о друштвима осигурања, на нивоу ЕУ постоји сукцесија уредби које набрајају споразуме друштава осигурања са картелно прав-

46 Уредба, чл. 5 ст. 3.

47 Питање конкуренције у сектору осигурања је еволуирало у складу са еволуцијом у поимању конкуренције на јединственом тржишту ЕУ. Принцип оптималне алокације ресурса као централна вредност диктирао је да се приликом процене споразума којима прибегавају друштва осигурања много више пажње обраћа на економске, него на правне критеријуме. Стога је на јединственом тржишту ЕУ Комисија овлашћена да одређене споразуме изузме из општег режима, имајући у виду управо особености појединих сектора.

48 Они су дуго били једини познати начин коме друштва осигурања прибегавају, да би се касније у овом специфичном сектору јавиле и концентрације. Концентрације у области осигурања нису никаква новина у последњих неколико деценија. Оне су повезане са феноменом европске групације и банкоосигурања као начина пружања финансијских услуга. У области ЕУ поставило се питање који су то критеријуми на основу којих се концентрација квалификује као европска или национална. Полази се од вредности бруто премија, која подразумева како све примљене износе, тако и износе који ће бити примљени на основу уговора о осигурању закључених од стране друштава осигурања или за њихов рачун, укључујући и премије за осигурања за која је закључено реосигурање. Укључивање премија за реосигурани део ризика је логично, јер се само на основу свих закључених осигурања може проценити позиција друштва осигурања на тржишту. Детаљније: J. L. Bellando, J. Bigot, S. Cabrillac, B. Jadaud, J. Moreau, G. Parleani, *Entreprises et Organismes d'Assurances*, L. G. D. J., 3 édition 2011, 607.

ним дејством изузећа.⁴⁹ Заједнички именитељ поменутих споразума и разлог зашто се изузимају из општег режима је њихов *ипроконкурентни* карактер.⁵⁰ Они се, наиме, закључују у циљу подстицања потражње за услугама осигурања јачањем понуде осигурања, чиме дугорочно доприносе економској ефикасности. То их чини прихватљивим из угла остварења јавног поретка у области конкуренције.

Међутим, након деценије политике заштите конкуренције у осигурању засноване на прилично либералним критеријумима, пракса је показала да и у погледу друштава осигурања треба заузети мало рестриктивнији став.⁵¹ Најновија, најрестриктивнија Уредба 267/2010, из општег режима изузима само две групе споразума: 1) споразуме који се односе на прикупљање и дистрибуцију података, састављање табела и студија и 2) споразуме о заједничком сношењу одређених ризика.⁵² Сви остали споразуми остају изван изузећа, што значи да се на њих примењују општа правила права конкуренције.⁵³

49 Првом уредбом били су изузети следећи споразуми: заједничко утврђивање тарифа премија засновано на заједничким статистика или заједничко утврђивање броја осигураних случајева; доношење типских услова осигурања; заједничко покриће одређених ризика; регулисање осигураних случајева; утврђивање и прихватање сигурносне опреме; регистри који се односе на погоршане ризике и размена информација које се на то односе, под условом да су овакви регистри и подаци поверљиви. В.: Règlement CEE n. 1534-91 du Conseil, du 31 mai 1991, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 143 du 07/06/1991.

50 Доношењем уредби избегава се проверавање појединачних случајева, који би са картелноправног становишта били недопустиви. Уредбе о групним изузећима, при том, важе само за одређени период, након чега се њихова картелноправна компатибилност поново проверава.

51 Стога је Комисија следећом (другом) уредбом област заштићених споразума ограничила на: споразуме о утврђивању и заједничком обрачуну премија, табела и студија; доношење модел услова и типских услова осигурања; заједничко покриће одређених ризика и израду правила о сигурносној опреми. В.: Règlement CE n. 358/2003 de la Commission du 27 février 2003, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 53/8 du 28/02/2003.

52 Règlement CE n. 267 de la Commission du 24 mars 2010, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à certaine categorie d'accords, de decisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, JO n. L. 83/1 du 30/03/2010.

53 То што неки облик сарадње друштава осигурања није обухваћен генералним изузећем не значи да је *ispo facto* антиконкурентски. Постоје облици сарадње уобичајени у сектору осигурања, за које се може добити појединачно изузеће.

а) *Споразуми који се односе на прикупљање и дистрибуцију
података, састављање табела и студија*

Реч је о споразумима који имају најширу примену у области права осигурања.⁵⁴ Идеја која се врло рано развила у области осигурања је да треба разликовати закониту сарадњу приликом састављања табела и обрачуна премија од незаконите сарадње, тј. утврђивања висине комерцијалних премија. Реч је, дакле, о облику сарадње друштава осигурања у виду споразума о заједничком истраживању и развоју, који се испољава на специфичан начин у области осигурања. Сарадња између друштава осигурања или у оквиру удружења осигураваача у погледу компилација и размене информација има за циљ да омогући обрачун просечне премије за покриће ризика који се десио у прошлости или када је реч о животном осигурању утврђивање табела смртности, вероватноће настанка болести, инвалидности или несрећног случаја.⁵⁵ Као резултат овакве сарадње боље се упознаје ризик и поједностављује његова процена од стране појединачних друштава осигурања.⁵⁶ Исто важи и за студије о вероватном утицају спољашњих околности на настанак или тежину осигураног случаја, као и на рентабилност одређених улагања. Ови облици сарадње уживају привилегију изузећа само у мери у којој се њима не постиже утврђивање комерцијалних премија.⁵⁷ Привилегија изузећа од заштите конкуренције обухвата компилације и размене информација: а) које се заснивају на подацима који се односе на више година осигурања као период посматрања; б) тичу се истих или упоредивих ризика; в) настају на основу података довољних за реле-

54 Ови споразуми профилишу делатност осигурања у односу на друге привредне гране. Заједничко прикупљање података треба да прошири тзв. *калкулациону базу*. Што је она већа, то ће бити поузданија процена ризика и трошкова потребних за њихово покриће. У: Д. Самарџић, „Картелно-правни изузеци у сектору осигурања по новој уредби о групним изузећима Европске Уније од 2010. године“, *Промене у праву осигурања Србије у оквиру европској (ЕУ) развоја права осигурања (зборник радова)*, Палић, 2011, стр. 76.

55 Уредба 267/2010, чл. 2.

56 За разлику од других привредних друштава, друштва осигурања не могу утврдити цену услуга осигурања само на основу трошкова и марже. Заправо, цена осигурања није у потпуности позната у моменту закључења уговора. Она зависи од вероватноће наступања осигураног случаја, као и од начина његовог испољавања. Ризик се, дакле, процењује на основу анализе ранијих осигураних ризика, због чега је драгоцен увид у статистичке податке о наступању осигураних ризика у прошлости. Из овог разлога је битно признати право друштвима осигурања да сарађују у циљу тачне процене ризика и утврђивања адекватних премија осигурања. В.: Т. Oster, „Droit de la concurrence et assurance: cartographie des risques au lendemain de l'enquête sectorielle de la Commission européenne et de l'adoption du nouveau règlement d'exemption catégorielle“, *Revue Générale du Droit des Assurances*, No. 4/2012, стр. 966.

57 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

вентну статистичку обраду и г) омогућавају да се утврди нарочито: број осигураних случајева у току посматраног периода, број индивидуалних ризика осигураних сваке године осигурања у току периода посматрања, укупан износ накнада исплаћених или дугованих на основу настанка осигураних случајева, износ осигураног капитала за сваку годишну осигурања у току периода посматрања.⁵⁸ Компилације и табеле су обухваћене привилегијом ако: 1) садрже анонимне податке (не означавају ни осигураваче, ни осигуранике); 2) садрже ознаку да нису обавезујући и принудни; 3) не садрже ни назнаку о висини комерцијалних премија; 4) ако су доступне под разумним и недискриминаторним условима сваком друштву осигурања које затражи копију, укључујући и она која не послују на географском или тржишту производа на које се компилације односе и 5) ако су доступне, осим из разлога заштите јавне безбедности, под разумним и недискриминаторним условима потрошачким организацијама које затраже приступ компилацијама.⁵⁹

Дакле, споразуми о заједничким истраживањима и разменама информација, као и заједничко спровођење студија нису рестриктивни у смислу слободне конкуренције све док су засновани на анонимним подацима, нису обавезујући у односу на друштва осигурања и садрже податке који имају само индикативну вредност.⁶⁰ У том смислу је индикативна одлука *Verband der Sachversicherer*, везана за немачко осигурање од ризика пожара.⁶¹ Предмет спора била је одлука немачког удружења осигуравача о повећању премије осигурања за ризик пожара у индустријским делатностима, коју су аутоматски прихватила сва друштва осигурања. Европски суд правде пресудио је да је то вид нарушавања слободне конкуренције на тржишту осигурања ЕУ. Али, у образложењу одлуке изнети су бројни аргументи из којих се види свест суда да се споразуми осигуравача морају посматрати кроз тзв. тест ефеката (они нису ни само црни, ни само бели)! Суд је поредећи аргументе које су немачки осигуравачи истакли у своју одбрану настојао да утврди да ли је већа корист или штета од закључења оваквих споразума. Што се тиче позитивних ефеката споразума осигуравача у области осигурања, посебно су истакнути: успостављање стабилних услова на тржиш-

58 Уредба 267/2010, чл. 3 ст. 1 тач. а.

59 Уредба 267/2010, чл. 3 ст. 2. Детаљније о значају доступности ових података удружењима потрошача: Т. Körber, J. O. Rauh, „Kartellrechtlicher Zugang der Kunden- und Verbraucherverbände zu den gemeinsamen Statistiken der Versicherungswirtschaft“, *VersicherungsRecht*, бр. 16/2012, стр. 670–678.

60 Размене информација које се врши да би се постигли неки други циљеви не потпадају под привилегију изузећа.

61 Judgment of the Court of 27 January 1987, *Verband der Sachversicherer e.V. v. Case 45/85*.

ту осигурања; уклањање несигурности, већа доступност реосигурања, могућност друштава осигурања да користе тарифе прилагођене преузетим ризицима, итд.⁶²

Како се у Уредби 267/2010 истиче заједничке компилације и размене информација друштава осигурања могу имати двоструко проконкурентно дејство.⁶³ Они, најпре, омогућавају и најмањим, као и конкурентно најслабијим друштвима осигурања да се упознају са ризицима. Располажући конкретним подацима о ризицима, овим друштвима је неупоредиво лакше да процене да ли и под којим условима могу примати у покриће сличне ризике.⁶⁴ Друго, они фаворизују улазак нових друштава на тржиште осигурања. Друштвима која тек треба да се позиционирају на тржишту осигурања изузетно користе подаци других друштава која послују на том тржишту. Она ће са већом вероватноћом тачности моћи да процене своје шансе на таквом тржишту осигурања. Исто тако, резултати студија и размене информација могу користити и организацијама потрошача. На основу увида у овакве податке, потрошачи се упознају са условима под којима је доступна осигуравајућа заштита. Да би се остварио овај позитиван ефекат споразума неопходно је да сва друштва осигурања имају приступ резултатима споразума, чак и ако нису чланови асоцијације која је закључила споразум.⁶⁵ Осим тога, потребно је и да информације буду доступне под разумним и недискриминаторним условима и друштвима која не послују на истом тржишту. Одбијање саопштавања ових података је, стога, легитимно само ако то налажу разлози јавне безбедности.

Степен поузданости компилација, табела и студија зависи од количине података који чине статистичку позадину. Осигуравачи који држе већи удео на тржишту могу обезбедити довољно података за сачињавање поуздане компилације, што није случај са осигуравачима чији је удео на тржишту мали или су тек отпочели обављање послова осигурања. Уношење у компилацију података о свим осигуравачима присутним на једном тржишту делује подстицајно на конкуренцију, помажући малим осигуравачима и олакшавајући улазак на тржиште.⁶⁶

62 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

63 Уредба 267/2010, чл. 2.

64 На основу заједнички прикупљених података и резултата студија, појединачни осигуравачи састављају сопствене статистичке процене. Као резултат кооперативног – а не конкурентског понашања – ствара се почетна основа за сопствене процене појединачних осигуравача! Зато је неопходно да сви осигуравачи имају приступ информацијама. У: Д. Самарџић, *нав. чланак*, стр. 77.

65 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 610.

66 Уредба 267/2010, чл. 3.

б) Сјоразуми о заједничком покрићу одређених ризика

Као што је већ речено, значај пулова у области осигурања је неспоран. Прво, стварањем пулова врши се хоризонтална расподела ризика, што омогућава осигуравачима да преузимају и ризике за које би, у одсуству пула, могли понудити само делимично покриће. Тиме се постиже врло користан ефекат: спречава се да недовољно финансијски способна или недовољно искусна друштва осигурања буду искључена са тржишта. Друго, омогућава се да друштва пружају покриће за ризике који превазилазе капацитет пула, будући да се вишак ризика може реосигурати.⁶⁷ Осим тога, пулови омогућавају средњим и малим друштвима директан приступ реосигурању, што је од огромног значаја за њихов максимални самопридржај.⁶⁸ Корисност пулова се у новије време све више посматра кроз призму покрића тзв. „великих и нових ризика“. Они су, стога, неопходни, али су услови њиховог изузећа из општег режима заштите конкуренције редефинисани.

Они се могу поделити у две групе: 1) општи услови и 2) посебни услови; који су, опет, разврстани у две подгрупе, према томе да ли се пулом врши покриће нових или старих ризика.

1) Општи услови

Општи услови за искључење пулова тичу се предмета пула, као и степена унутрашње принуде. Потребно је, најпре, да се ради о пулу саосигурања или реосигурања. Пул саосигурања је група основана директно од стране друштва осигурања или посредством друштва посредника осигурања у циљу преузимања одређених врста ризика у име и за рачун свих чланова или у циљу поверавања преузимања и управљања одређеном врстом ризика једном члану пула, заједничком посреднику или некој структури *ad hoc*.⁶⁹ Пул реосигурања се формира као пул саосигурања, али су у његовом саставу и реосигуравачи, с тим да је део ризика покривен од стране водећег реосигуравача, а остатак од стране осталих саосигуравача, који се међусобно реосигуравају или прихватају једну врсту ризика у име и за рачун свих чланова пула реосигурања.⁷⁰ Уредба задржава критеријум прагова удела у тржишту: удео пула саосигурања не сме бити већи од 20%, а удео пула реосигурања 25% ре-

67 То има за последицу повећање глобалне способности тржишта, што је повезано и са рационализацијом управљања ризицима.

68 Y. Lambert-Faivre, *Risque et assurances des entreprises*, Dalloz, Paris, 1991, стр. 162.

69 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 4).

70 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 5). Чисти пулови реосигурања су ван изузећа од искључења. Они су светских размера, превазилазе оквире ЕУ.

левантног тржишта.⁷¹ Да би се изузеће од општих правила конкуренције примењивало, потребно је да пул саосигурања или реосигурања није принудан у односу на чланове. Чланови морају имати право да у сваком тренутку иступе из пула, без икакве санкције или казnenих последица. Пул, такође, не сме бити ексклузиван. Чланови задржавају право да пружају осигурање или да се реосигуравају ван пула. Правила пула не морају бити ограничена на једно географско подручје ЕУ. Чланови пула не смеју бити подвргнути квантитативним ограничењима везаним за преузимање ризика и комецијалне премије.⁷²

2) Посебни услови који се односе на покриће нових ризика

Нови ризик се дефинише као ризик који није постојао раније и чије покриће изискује стварање новог производа осигурања. Ризик је, дакле, нов ако се не може покрити изменом, побољшањем или проширењем постојећег производа осигурања.⁷³ Изузетно, новим се сматра и стари ризик, који се толико променио да је постало немогуће унапред утврдити капацитете осигурања неопходне за његово покриће.⁷⁴ Чак и онима који нису упознати са појмом нових ризика, јасно је да тржиште осигурања мора да се припреми и прилагоди за њихово покриће. У том смислу пулови осигурања играју значајну улогу. Примена изузећа је временски ограничена и односи се на период у току кога се ризик може сматрати новим. Нови ризик брзо постаје стар, а тржиште постаје спремно да му пружи покриће под нормалним условима. Стога је правилником тај рок ограничен на три године. Истеком тог рока, пул који

71 Ова одредба је била на мети критичара најновије уредбе, који сматрају да се њоме изиграва смисао изузећа пулова осигурања и реосигурања од општих правила конкуренције. Задржавањем прагова удела на тржишту практично се из пулова искључују осигуравачи који држе значајан удео на тржишту. На тај начин се пуловима умањује како способност примања ризика у покриће (нарочито тзв. великих ризика, чије покриће и оправдава другачији третман пулова (ре)осигурања), тако и стручност и ефикасност. Осим тога, нова уредба тера друштва осигурања да пажљиво преиспитају законитост учешћа у пулу (ре)осигурања. Она претходно треба да дефинишу тржиште на коме ће пул деловати (тзв. релевантно тржиште). Сматрамо да ће оваква регулатива деловати демотивишуће на оснивање и даљи рад пулова у области осигурања, што у крајњој линији најмање користи потрошачима услуга осигурања. Они ће често бити у ситуацији да на одређеном тржишту не могу да задовоље потребе за осигуравајућом заштитом! В.: Т. Oster, *нав. чланак*, стр. 963–964.

72 Јасно је да не може бити говора о примени изузећа ако су се чланови споразумели о стварању картела, односно ако су поделили тржиште или се споразумели о висини премија осигурања. В. J. L. Bellando *et al.*, *нав. дело*, стр. 612.

73 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 6 а.

74 Уредба 267/2010, чл. 1 тач. 6 б.

се бавио покрићем доскора новог ризика, подвргава се општим правилима осигурања и конкуренције.

3) Посебни услови који се односе на покриће старих ризика

Може се радити како о традиционалним, тако и о ризицима који више нису нови јер је истекао рок од три године. Дакле, ако се на пул више не може применити изузеће од заштите конкуренције због протекла рока од три године, он се може подвести под оквире другог изузећа. Пул, дакле, може бити изузет од заштите конкуренције у неограниченом року ако његови чланови, заједно са зависним друштвима, не држе значајан удео тржишта осигурања. Значајан удео тржишта капитала везује се за мање од 20% ако је реч о пулу саосигурања, односно мање од 25% ако је реч о пулу реосигурања.⁷⁵

в) Споразуми на које се не односи привилегија изузећа

Доношење Уредбе 267/2010 означава повратак општем праву конкуренције и његовој примени у области осигурања. Споразуми који су раније били изузети више то нису. Реч је о следећим споразумима: 1) типски услови осигурања; 2) споразуми који се односе на безбедносну опрему; 3) споразуми који се односе на регулисање штета; 4) споразуми који се односе на регистре погоршаних ризика; 5) хоризонтални споразуми између реосигуравача; 6) споразуми који се односе на посреднике осигурања; 7) споразуми о узајамном осигурању; 8) споразуми у оквиру Лојда.

Типски услови осигурања – као врста општих услова пословања – нису својствени само сектору осигурања. Сви привредни субјекти, нарочито они у оквиру финансијског сектора, доносе типске услове којима унапред одређују услове под којима пружају услуге.⁷⁶ Доступност типских услова сваком заинтересованом лицу, нарочито уговарачима осигурања, представља основну погодност. Транспарентност

75 Поставља се питање зашто је направљена разлика у погледу процента значајног учешћа на тржишту између пулова осигурања и пулова реосигурања. Овакво разликовање свакако није стимулативно за стварање пулова саосигурања и уопште хоризонталну поделу ризика. Осим тога, проблем може настати и у погледу аутоевалуације тј. права чланова пула да сами процењују колики је њихов удео на тржишту осигурања или реосигурања!

76 До доношења најновије уредбе једино је за сектор осигурања важила привилегија изузећа типских услова од примене општих правила конкуренције. Стога је Комисија Европске уније заузела став да задржавање ове привилегије представља дискриминацију и да није оправдано даље фаворизовање сектора осигурања у односу на остале секторе који једнако користе типске услове. В.: Т. Oster, *нав. чланак*, стр. 967.

тржишта и смањење информационе асиметрије претпоставља да потрошачи унапред имају јасну представу о покрићу који им се нуди, као и да имају могућност да упореде различите понуде. Осим тога, типски услови не морају нужно довести до унификације услуга осигурања, нити до нарушавања уговорне равнотеже права и обавеза. Ако они нису обавезујући у односу на друштва осигурања и ако друштва имају могућност да усвоје и другачије услове осигурања, нема разлога да се сматрају противним конкуренцији у осигурању. Напротив. Они су проконкурентни. Међутим, постоје одређене индиције које типске услове чине антиконкурентно настројеним: систематско искључење извесних ризика из типских услова, без могућности да се покриће обезбеди на основу уговора; уношење клаузуле о продужетку уговорног односа са осигураником и након престанка уговора, одн. и на предмете који нису предвиђени уговором; ако садрже макар назнаку комерцијалне премије; ако указују на износ осигуране суме или франшизе; ако намећу генерално покриће, које се односи и на ризике којима највећи број осигураника заиста није изложен; ако обавезују осигураника да код истог осигуравача прибави осигурање за различите ризике; ако садрже клаузуле којима се нарушава равнотежа уговорних обавеза (на пр.: омогућавају повећање премије иако ризик или обим покрића нису промењени; мењају уговорне услове без сагласности осигураника, итд).⁷⁷

Споразуми о безбедносној опреми искључени су из примене изузећа од доношења правилника 267/2010. Код набавке безбедносне опреме увек постоји ризик од искључења одређених произвођача, било због дискриминаторног или искључујућег карактера одређених стандарда, било због дискреционарности њихове примене.⁷⁸ Осигуравачи, наиме, увек могу одређеног произвођача поменуте опреме елиминисати на основу теста процене применљивости опреме.⁷⁹

Споразуми који се односе на регулисање штета, према ставу Европског суда правде израженом у одлуци *Van Ameyde*, треба да допринесу поједностављењу и убрзању регулисања штета. Стога су они допуштени било да обавезују само друштва осигурања или се односе на националне бирое. Ако је споразум закључен на нивоу национал-

77 В. J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 614.

78 Осим тога, мере безбедности уобичајене су и у другим привредним гранама, тако да њихово специјално везивање за сектор осигурања није оправдано. Тако и: Д. Самарџић, 75.

79 Критеријуми из претходних правилника могу бити од помоћи приликом процене да ли је споразум о безбедносној опреми противан слободној конкуренцији. То су: транспарантност, јавност, неопходност за покриће одређених ризика, итд. Ови споразуми су значајни у мери у којој олакшавају (ре)осигуравачима процену ризика, посебно ако је његово покриће повезано са коришћењем и одржавањем одређене безбедносне опреме. В.: J. L. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 615.

ног бироа за регулисање штета, биро може регулисати штету или њену ликвидацију поверити неком од чланова. У вези са оваквим дејством споразума о регулисању штета јавља се опасност од тзв. ексклузивитета. Наиме, може се десити да на основу примене оваквог споразума нека друштва осигурања буду фактички искључена из процедуре регулисања штета. Такво затварање тржишта за поједине осигураваче није у интересу ни уговарача осигурања, ни потенцијално оштећених лица.⁸⁰

Осигуравачи свакако имају интерес да буду упознати са ризицима који показују тенденцију погоршавања током времена. За техничку организацију осигурања и заштиту ликвидности осигуравача врло је корисно разменити сазнања са другим осигуравачима о ризицима који могу постати извор измене уговорних одредаба. У том смислу се посматрају споразуми који се односе на регистре погоршаних ризика. Закључење оваквих споразума и размена информација о ризицима који повлаче другачији третман од тзв. уобичајених ризика је и у интересу корисника услуга осигурања. Ако осигуравач на самом почетку препозна такав ризик за њега ће тражити већу премију. Што је још битније за носиоце нормалних ризика, они неће бити сврстани у исту заједницу ризика са носиоцима тежих ризика, чиме ће избећи плаћање непримерено високих премија.⁸¹

Хоризонтални споразуми између реосигуравача цене се на основу општих правила заштите конкуренције.⁸² Пракса показује да се најчешће закључују зарад остварења циљева несагласних правилима тржишне утакмице.

Споразуми који се односе на посреднике осигурања утичу на дистрибутивни систем услуга осигурања. Њих закључују друштва осигурања и друштва за посредовање у осигурању, чиме се најдиректније дира у независност посредника осигурања. Заправо, проблеми потичу отуда што се посредник осигурања налази у амбивалентној позицији: он је и саветник осигураника и део система дистрибуције услуга осигурања. Познато је да посредницима провизију плаћа осигуравач, а не осигураник – иако раде у *интересу* осигураника! То их доводи у отворени сукоб интереса: како очекивати да посредници раде свој посао *lege artis* када их за то плаћа осигуравач, за кога могу бити везани и уговором о управљању уговорима о осигурању, по основу кога добијају посебну

80 В. Ј. Л. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 615–16.

81 С друге стране, постоји потреба и за заштитом интереса лица која носе теже ризике. Поверљивост информација – често личних – садржаних у овим регистрима мора бити очувана. Ради се заправо о поштовању права на заштиту приватности. У: В. Ј. Л. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 616.

82 То су заправо картелски споразуми реосигуравача!

накнаду!⁸³ Постоје два спорна питања у вези са овим споразумима. Прво, постојање клаузуле о највишем могућем износу провизије посредника према друштвима осигурања која су закључила споразум. Јасно је да оваква одредба споразума није у складу са принципом тржишног одређења износа провизије за одређену привредну услугу.⁸⁴ Друго, износ провизије за посредовање мора бити предмет споразума између конкретног осигураваача и конкретног посредника. Одређивањем износа провизије за посредовање у осигурању споразумом осигураваача – чак и ако није унета клаузула о највишем могућем износу – одступа се од принципа аутономије воље уговорних страна.

Споразуми о узајамном осигурању представљају споразуме које закључују друштва за узајамно осигурање.⁸⁵ Њихова правна судбина зависи од тога колико су рестриктивни у односу на чланове.⁸⁶

Када је реч о споразумима закљученим под окриљем Лојда, није искључено да они једног дана – због специфичности интерног функционисања ове асоцијације – буду обухваћени привилегијом изузећа од општих правила права конкуренције. Међутим, у овом тренутку се сматра да у области поморског осигурања ово тржиште има апсолутни примат. Стога је сваки споразум закључен између синдиката осигураваача којим се премије осигурања или рабати одређују на јединствен начин противан правилима заштите конкуренције.⁸⁷

IV Акти и мере Комисије према друштвима осигурања

Заштитна конкуренције, посебно сујројстйављање ресйрикйивним (зобрањеним) споразумима и злоуйојребама монојолоској јоложаја на йржишйу, важан је и деликтан друштвени задатак. Комисија, као самостална и независна организација која врши јавна овлашћења, покреће поступак испитивања повреде конкуренције по службеној дужности када на основу достављених иницијатива, информација и

83 У таквој ситуацији посредник је мотивисан да клијенту препоручи закључење уговора о осигурању не са друштвом осигурања које нуди најбољу понуду, већ са оним које нуди најповољнији износ провизије и накнаде за услугу управљања уговорима! Детаљније: F. Stancke, „Maklerdeckungskonzepte-katrell-, laiterkeits- und versicherungsrechtliche Implikationen“, *VersicherungsRecht*, No. 31/2012, 1346–1356.

84 Осим тога, она може деловати дестимулативно на обављање делатности посредовања у осигурању.

85 Пример таквог споразума је споразум закључен између „P. and I. Clubs“, водећих друштава за узајамно осигурања интереса угрожених поморском пловидбом.

86 В. Ј. Л. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 617.

87 В. Ј. Л. Bellando *et al*, *нав. дело*, стр. 618.

других расположивих података основано претпостави постојање повреде конкуренције.

1. Одлуке Комисије

Две су врсте одлука Комисије: решење и закључак.⁸⁸ Комисија доноси *решење* о повреди конкуренције, о појединачном изузећу и одобрењу или забрани концентрације. Оно је мериторни управноправни акт, у режиму управног права. Саставни део решења којим је утврђена повреда конкуренције је одлука о мери заштите конкуренције, односно друга управна мера коју одређује Комисија у складу са ЗЗК (о чему нешто доцније). Решење Комисије је коначно, а против њега се може покренути управни спор, тражити судска заштита пред Управним судом. Друга врста правних аката Комисије је *закључак*, као процесни акт. Он се доноси у питањима у вези са управљањем поступком, привременим мерама и извођењем доказа. Закључак о извођењу доказа доноси службено лице које води поступак, ако ЗЗК није другачије прописано. Правило је да је против закључка допуштена посебна жалба; ЗЗК је може у одређеним случајевима изричито искључити. По жалби против закључка који доноси службено лице, одлучује председник Комисије, а по жалби против закључка који доноси председник Комисије, одлучује Савет. Жалба против закључка не одлаже његово извршење.

2. Одлуке у поступку испитивања концентрације

Комисија је дужна да донесе решење по пријави концентрације у року од месец дана од дана подношења пријаве, односно закључак о спровођењу испитног поступка.⁸⁹ Ако Комисија не донесе решење по пријави у том року, односно не донесе решење у поступку испитивања концентрације по службеној дужности у року од три месеца од покретања поступка сматра се да је концентрација одобрена.⁹⁰ Подносилац иницијативе за испитивање повреде конкуренције не може да напада ћутање Комисије са законским значењем одобравања концентрације, јер по слову ЗЗК није странка у дотичном поступку.⁹¹ Такво ћутање са значењем позитивном решења – коначно је у управном поступку.

Ипак, може се поставити питање уставности цитираног законског правила о апсолутном и априорном одрицању својства странке подно-

88 ЗЗК, чл. 38.

89 ЗЗК, чл. 65.

90 ЗЗК, чл 62 ст. 4.

91 ЗЗК, чл. 33 ст. 2.

сиоцу иницијативе за испитивање повреде конкуренције. Зашто га законодавац отворено ниподаштава? И то спрам начела *Права на њравично суђење* и *Права на једнаку заштитиу њрава и на њравно средство* Устава Србије.⁹² Иста законска норма је противна и признатим европским стандардима: *Праву на њравично суђење* (из члана 6) и *Праву на деловорни њравни лек* (члан 13) из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Она може да створи огромне недоумице и штете у пракси. Да буде отворени канал за бројне и разноврсне манипулације, па и корупцију, за правну несигурност учесника у поступку пред Комисијом и посебно на самом тржишту, што је још опасније. Недоречене и сумњиве законске регуле су и алиби за могућу дискреционарност и арбитрерност у раду Комисије. С друге стране, логично је и разумно да је странка у управном поступку пред Комисијом: прво – лице о чијим се правима и интересима непосредно одлучује, по службеној дужности или по његовом захтеву; друго – сваки онај њравни субјект којей се и њравно и фактички њиче одлучивање ѡред Комисијом у дајтом случају; свако „ѡреће лице“ чија ѡрава и ѡравни ѡнтереси њейосредно или ѡосредно зависе од резултата ѡосиујка заштитије конкуренције. Комисија мора да врло опрезно и пажљиво цени који конкретно правни субјекти имају својство странке у одређеном поступку заштите конкуренције, узимајући у обзир све чињенице и околности. Испољена иницијатива за испитивање повреде конкуренције не даје самим тим неком лицу својство странке. Али, садржинска веза његових права и интереса и онога о чему се конкретно одлучује од стране Комисије – због чега је и посегао за описаном иницијативом! – пружа му пуноправну процесну страначку легитимацију. Шта значи да може пуноважно да штити своја права и правне интересе пред Комисијом а и после тога, пред судом? Да буде званично саслушано, да у поступку износи сопствене тврдње, да брани своје ставове, да улаже приговоре, изрази неслагање са исказима других учесника у поступку; да побија дато обавештење или пак „ћутање“ Комисије поводом неприхватања њене иницијативе за испитивање повреде конкуренције. Најзад, да поднесе тужбу Управном суду против решења Комисије којим је концентрација учесника на тржишту одобрена, указујући на кршење закона чиме се повређују његови интереси, итд. Речју, не сме да буде било какве дискриминације појединих учесника на тржишту – ни у меродавним законским тестовима, ни у раду надлежних јавних тела, нарочито у делању државних органа управе, независних јавних агенција и судова.

Из свих представљених разлога, сугеришемо законодавцу да недоречену одредбу промени у смеру успостављања једнокоправности – у рангу странке у поступку – подносиоца пријаве концентрације и

92 Устав Републике Србије, чл. 32 и 36.

иницијатора испитивања повреде конкуренције чија су права у истом контексту редовно такође „у игри“.

У међувремену, сваки иницијатор испитивања повреде конкуренције могао би да заподене управни спор о законитости решења или „ћутања“ Комисије неповољног по њега, наводећи у тужби да му је понашањем Комисије у појединачном случају повређено право или законом заснован интерес. Тада би Управни суд најпре ценио активну правну легитимацију подносиоца те и такве тужбе. Утврђивао би да ли уопште има правне копче између његових права и на закону заснованих интереса и предметне концентрације, односно евентуалне повреде конкуренције. При негативном одговору, тужбу одбацује. При потврдном, Управни суд започиње да испитује оспорени акт или Комисијино „ћутање“ у границама тужбеног захтева, и на крају изриче пресуду о његовој законитости. Штавише, када се пред Управним судом постави питање сагласности једног закона са Уставом, Управни суд има овлашћење да застане са својим поступком и да сам покрене спор о уставности те регуле пред Уставним судом. Та правна могућност назива се приговор неуставности.⁹³

Комисија ће решењем одобрити концентрацију која испуњава услове дозвољености;⁹⁴ у супротном ће је, такође решењем, забранити. Ако се утврди да пријава концентрације не испуњава неопходне услове⁹⁵ – пријава се одбацује закључком који доноси председник Комисије.

*Условно одобрење концентрације.*⁹⁶ Ако Комисија утврди да нема услова за одобрење концентрације, обавестиће подносиоца пријаве о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати га да се изјасни у остављеном року. Подносилац пријаве може у изјашњењу предложити посебне услове које је спреман да прихвати са циљем да спровођење концентрације испуњава услове за одобрење. Комисија ће имајући у виду предложене посебне услове, ако процени да су подобни за остваривање законских услова, донети решење којим одобрава концентрацију и одређује посебне услове и рокове за њихово извршавање, као и начин контроле извршавања услова. То је решење о условном одобрењу концентрације.

3. Мера деконцентрације

Ако Комисија утврди да је спроведена концентрација за коју није издато одобрење или нису извршени услови и обавезе у случају

93 Службени гласник РС, бр. 109/07, 99/11, чл. 63.

94 ЗЗК, чл. 19.

95 ЗЗК, чл. 61.

96 ЗЗК, чл. 66.

да је концентрација условно одобрена, може донети решење којим ће учесницима у концентрацији изрећи мере потребне за успостављање или очување конкуренције на релевантном тржишту.⁹⁷ То су мере деконцентрације. Уједно, она ће наложити учесницима да изврше поделу привредног друштва, отуђе акције или уделе, раскину уговор или изврше друге радње у циљу успостављања стања пре спровођења концентрације. То решење нарочито садржи рок и посебне услове испуњења датог налога.

4. Прекид поступка

Комисија може донети закључак о прекиду поступка који је покренут по службеној дужности ако је конкуренција повређена у незнатној мери, а странка се обавезе да неће наставити или поновити радњу или акт којим се битно ограничава, нарушава или спречава, конкуренција, односно да ће надокнадити или отклонити проузроковану штету.⁹⁸ Односни прекид поступка може трајати најдуже шест месеци.⁹⁹

5. Уопште о управним мерама које одређује Комисија

Теоријски гледано, управна ствар заштите конкуренције је по природи сложена и дељива. Она, садржински узев, има два главна повезана одељка. Уопштено и упрошћено казано, први је најпре у утврђивању противправности једног споразума – у утврђивању повреде конкуренције. Ова деоница обухвата и корективне мере „које имају за циљ отклањање учињене повреде конкуренције, односно спречавања могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања“.¹⁰⁰ То су *ујравне мере отклањања повреде конкуренције*. Други део исте управне ствари (под претпоставком да је дошло до повреде конкуренције) је *изрицање мера заштите конкуренције и процесног пенала*.¹⁰¹ Дакле, ако Комисија утврди повреду конкуренције, или другу повреду овог закона, одредиће меру заштите конкуренције, меру отклањања повреде

97 33К, чл. 67.

98 33К, чл. 58.

99 Ако странка против које се води поступак не испуни или прекрши преузете обавезе пре истека рока од шест месеци или у међувремену учини нову повреду конкуренције, Комисија ће наставити поступак. Закључак о прекиду поступка, односно наставку поступка, доноси председник Комисије.

100 33К, чл. 59.

101 В. З. Р. Томић, „Заштита конкуренције и (не)ретроактивност закона“, *Правни информатор*, бр. 10/2012, стр. 21.

конкуренције, односно другу управну меру прописану овим законом.¹⁰² Приликом одређивања висине износа који се плаћа на основу мерезаштите конкуренције, односно процесног пенала, узимају се у обзир намера, тежина, последице и трајање утврђене повреде конкуренције. Наплата новчаног износа одређене управне мере врши се у корист буџета Републике Србије. Ако странка не плати новчани износ одређене мере у остављеном року из решења, принудну наплату спроводи пореска управа по правилима принудне наплате пореза.

6. Посебно о мерама отклањања повреде конкуренције

Има их две врсте: мере понашања и структурне мере.¹⁰³ Решењем којим се утврђује повреда конкуренције, Комисија може да одреди мере које имају за циљ отклањање утврђене повреде конкуренције, односно спречавање могућности настанка исте или сличне повреде, давањем налога за предузимање одређеног понашања или забране одређеног понашања. То су тзв. *мере понашања*. Оне морају бити сразмерне тежини утврђене повреде конкуренције и у непосредној вези за актима или радњама које су изазвале повреду. Ако се утврди значајна опасност од понављања исте или сличне повреде као непосредне последице саме структуре учесника на тржишту, Комисија може да одреди меру која би имала за циљ промену у тој структури ради отклањања такве опасности, односно успостављање структуре која је постојала пре наступања утврђене повреде. То су тзв. *структурне мере*. Структурна мера се одређује само ако нема могућности за одређивање једнако или приближно делотворне мере понашања или ако би одређивање мере понашања представљало већи терет за учесника на тржишту него конкретна структурна мера, односно ако раније изречена мера понашања поводом исте повреде конкуренције није спроведена у целини. Структурна мера може да предвиђа обавезу развргавања настале структуре учесника на тржишту, нарочито путем продаје појединих његових делова или имовине другим лицима која нису повезана са учесником на тржишту.

7. Посебно о мерама заштите конкуренције и процесног пенала

Учеснику на тржишту одредиће се мера заштите конкуренције, у облику обавезе плаћања новчаног износа у висини највише 10% од

102 ЗЗК, чл. 57.

103 ЗЗК, чл. 59.

укупног годишњег прихода (обрачунатог у складу са чланом 7 ЗЗК), ако:¹⁰⁴ (1) злоупотреби доминантан положај на релевантном тржишту; (2) закључи или изврши забрањени тј. рестриктивни споразум, односно рестриктивни споразум; (3) не изврши, односно не спроведе мере отклањања повреде конкуренције, односно меру деконцентрације; (4) спроведе концентрацију супротно обавези прекида, односно за коју није издато одобрење за спровођење концентрације. Рок за плаћање износа мере заштите конкуренције одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од три месеца, нити дужи од годину дана од дана пријема решења. Мера заштите конкуренције не може се одредити нити наплатити протеком три године од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње о којој је реч. Тада наступа застарелост.

8. Ослобађање од обавезе из мере заштите конкуренције¹⁰⁵

Учесник споразума који је први Комисији пријавио постојање споразума или доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о повреди, ослобађа се од обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције. Ослобађање од обавезе плаћања новчаног износа примениће се под условом да Комисија, у тренутку достављања доказа, није имала сазнање о постојању забрањеног споразума, или је пак имала сазнање али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка. Учеснику односног споразума који не испуњава услове за ослобађање од обавезе плаћања новчаног износа, висина плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције може бити смањена под условом да у току поступка Комисији достави доказе који у том тренутку нису били доступни, а који омогућавају окончање поступка и доношење решења о повреди. Приказана правила не важе за учесника забрањеног споразума који је иницирао његово закључење. Влада ближе уређује услове за ослобађање од обавезе плаћања о којој је реч.

9. Мера процесног пенала¹⁰⁶

Учеснику на тржишту одређује се мера плаћања процесног пенала у предвиђено износу (од 500 евра до 5.000 евра) за сваки дан понашања супротно налогу Комисије датом у поступку, односно непоступања по

104 ЗЗК, чл. 68.

105 ЗЗК, чл. 69.

106 ЗЗК, чл. 70.

том налогу, ако: (1) не поступи по захтеву Комисије да јој достави или саопшти тражене податке или јој достави или саопшти нетачне, непотуне или лажне податке; (2) не поступи по привременој мери (из члана 56); (3) не поднесе пријаву концентрације у прописаном року. Процесни пенал не може да износи више од 10% укупног годишњег прихода обрачунатог у складу са ЗЗК. Рок за плаћање процесног пенала одређује се истим решењем којим је одређена та мера и не може бити краћи од једног нити дужи од три месеца од дана пријема решења. Мера плаћања процесног пенала не може се одредити нити наплатити протеком једне године од дана пропуштања радње која представља основ кажњавања; тада наступа застарелост.

У Судска контрола у области заштите конкуренције

1. Судска заштита против решења Комисије

У области заштите конкуренције, обезбеђена је управно-судска контрола, у управном спору. Против коначног решења Комисије може се поднети тужба у року од 30 дана од дана достављања решења странци. О тужби одлучује Управни суд.¹⁰⁷

Овде се поставља начелно питање да ли, и у којој мери, посебни прописи – па и ЗЗК – у погледу појединих управних материја могу дерогирати одредбе ЗУС-а, а да за тако нешто сâм ЗУС не даје правни основ?¹⁰⁸ Конкретно, у ЗЗК пише: „У поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако овим законом није другачије прописано.“¹⁰⁹ Тај закон, донет пре ступања на снагу новог ЗУС-а, у погледу „судске контроле“ предвиђа нарочито: 1) да се одлагање извршења може тражити од саме Комисије за заштиту конкуренције – а ЗУС одлагање извршења ставља у надлежност суда; 2) да суд може „преиначити оспорено решење“ и само у погледу висине новчаног износа одређене управне мере, и то „под условом прописаним законом којим се уређују управни спорови“ */sic!*¹¹⁰ – а ЗУС ни у једној својој одредби не говори о преиначењу тужбом оспореног акта, па ни дела акта; 3) „суд ће

107 ЗЗК, чл. 71.

108 У одређеним питањима такав правни основ постоји, рецимо, према слову ЗУС-а, „изузетно, у појединим материјама спор пуне јурисдикције може да буде изричито искључен посебним законом“ (члан 43 став 3. ЗУС-а) – што је, на пример, предвиђено ставом 5 члана 9 Закона о банкама.

109 ЗЗК, чл. 72.

110 ЗЗК, чл. 72 ст. 3.

донети одлуку најкасније у року од два месеца од пријема тужбе¹¹¹ – а ЗУС такав рок не познаје, итд.

Остављамо овде по страни околност да ли је ЗУС донет пре неког специјалног закона који садржи поједина другачија правила судске заштите од оних из ЗУС-а, или није; то за ову дискусију није од пресудне важности. По нашем виђењу, кључно је нешто друго: *да ли један специјалан закон – иако и ЗЗК – умањује степен судске заштите предвиђен ЗУС-ом (прва хипотеза), или је ипак надограђује, односно унапређује (друга хипотеза)?*

При *првој хипотези* – умањење нивоа судске заштите у управном спору од стране појединих одредби једног специјалног закона – налазим да Управни суд не сме да примени те и такве одредбе специјалног закона при прижању судске заштите у тој посебној управној материји. Ово због *неојходности јединствености судске заштите у свакој ујавној области, а посебно због одржавања доследног нивоа јавне заштите из ЗУС-а*, у смислу примене принципа права на правично суђење (члан 32 Устава и члан 6 ЕКЉП-а), права на једнаку заштиту и права на правно средство при управном суђењу (члан 36 Устава и члан 13 ЕКЉП-а). А достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати.¹¹² Тако, суд поступа по одредби члана 23 става 2–4 ЗУС-а код захтева за одлагање извршења који је њему, а не органу чије се решење оспорава, поднесен – а не по норми неког посебног закона; јер, не сме се посебним законом круто прописивати да тужба против овог решења не може спречити или одложити његово извршење (став 4 члана 9 Закона о банкама).¹¹³ Али, с друге стране, може се поступати код правне могућности одлагања извршења оспореног решења и по посебном закону, овде ЗЗК – не дерогирајући при томе одредбе ЗУС-а – тако што ће странка одлагање извршења оспореног решења тражити (и) од Комисије (по члану 71 став 3–5 ЗЗК).¹¹⁴ Значи, посредни су кумулативна овлашћења на страни странке.

При *другој хипотези* – да се посебним законом судска заштита у управном спору унапређује, односно надограђује – сматрам да суд треба да поступи по тој и таквој специјалној одредби када регулише судску заштиту у одговарајућој управној области. Тако, суд би у управном спору, у материји заштите конкуренције, био дужан да донесе одлуку

111 ЗЗК, чл 72 ст. 4–5

112 Устав, чл. 20 ст. 3 – Ограничења људских и мањинских права.

113 Службени гласник РС, бр. 107/05.

114 Љ. Пљакић пак закључује да о одлагању извршења одлучује (само) Управни суд. Љ. Пљакић, „Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције“, *Право и привреда*, бр. 5–7/2010, стр. 304–305. В.: Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 139.

по тужби најкасније у року од два месеца од пријема тужбе;¹¹⁵ овим се судска заштита чини делотворнијом, али то не сме да иде на уштрб начела правичности управног суђења: „У управном спору суд одлучује на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој јавној расправи.“¹¹⁶

Што се тиче наведеног примера под 2) из ЗЗК (да суд може „преиначити оспорено решење“ и само у погледу висине новчаног износа одређене управне мере, и то „под условом прописаним законом којим се уређују управни спорови“) – одредбе специјалног закона ваља тумачити у смислу ЗУС-а: тзв. судско преиначење оспореног акта у одређеном делу значи у ствари – језиком ЗУС-а – правну могућност његовог само делимичног поништавања и судско мериторно решавање у том делу управне ствари, уместо надлежног органа (у конкретном случају, у погледу висине новчаног износа изречене управне мере), и то применом члана 43 став 1 ЗУС-а. Овим се, држимо, нити умањује нити увећава судска заштита у управном спору прописана ЗУС-ом, већ се она само чини еластичнијом. Речју, то би била некаква потенцијална *специфична њуна јурисдикција (мериторно ујравно одлучивање од стирани суда) у делу ујравне ствари, која не дира у суштинину њој инстинктивна*.¹¹⁷

Конкретно, по ЗЗК, „подношење тужбе не одлаже извршење решења“. Комисија може по захтеву подносиоца тужбе да одложи извршење решења до правоснажности судске одлуке, 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. Уз захтев за одлагање подноси се доказ о поднетој тужби. По захтеву за одлагање извршења одлучује Савет, најкасније до истека рока за плаћање одређеног у решењу.

Дакле, проблематична је одредба ЗЗК по којој, „у поступку пред судом ради испитивања законитости решења Комисије, примењују се одредбе закона којим се уређују управни спорови, ако овим законом није другачије прописано“. Ту вреде ставови које смо малочас саопштили. Надаље, „законитост решења Комисије, у делу одлуке о висини новчаног износа одређене управне мере, испитује се у односу на услове за ту одлуку прописане овим законом и подзаконским актима“. Рок за доставу тужбе са прилозима Комисији на одговор је осам дана од дана пријема у суду, а рок за давање одговора је 15 дана од дана пријема туж-

115 ЗЗК, чл. 72 ст. 5.

116 ЗУС, чл. 2.

117 В.: З. Р. Томић, *Коментар Закона о ујравним споровима са судском ѡраксом*, 2. издање, Београд, 2012, стр. 128–129.

бе на изјашњење. Да поновимо, *ex lege*: суд ће донети одлуку по тужби најкасније у року од два месеца од пријема тужбе. По правилу, пред Судом се одржава јавна расправа ради утврђивања чињеничног стања (чл. 33–34 у вези са чланом 2 ЗУС-а – *Правичности суђења у управном суду*), и када је у питању једностраначка управна став у материји заштите конкуренције (члан 33 ЗЗК).¹¹⁸

Против правноснажне пресуде Управног суда незадовољна странка има свакад правну могућност да се обрати *Врховном касационом суду*, захтевом за преиспитивање те одлуке, ванредним правним леком. И онда када Управни суд није решавао у пуној јурисдикцији. Јер, посреди је правна ствар у којој је у управном поступку жалба била законски искључена (у смислу члана 49 став 2 тачка 3 ЗУС-а). А на следећу одлуку Врховног касационог суда, која представља крај судског пута заштите, постоји *право на уставну жалбу, Уставном суду Србије*. Најзад, будућа одлука Уставног суда, подобна је да се од овлашћеног лица нападне пред *Европским судом за људска права*, рецимо због наводне повреде права на правично суђење (члан 6 ЕКЉП) у националним оквирима.

2. Накнада штете

Накнада штете која је проузрокована актима и радњама које представљају повреду конкуренције у смислу ЗЗК, а која је утврђена решењем Комисије, остварује се у парничном поступку пред надлежним судом. Ипак, околност да је штета наступила мора се доказати у грађанском судском поступку.

VI Поглед на праксу комисије у погледу осигурања

1. Законске одредбе у супротности са слободном конкуренцијом

Доношењем Закона о обавезном осигурању¹¹⁹ престале су да важе одредбе о обавезном осигурању Закона о осигурању имовине и лица,¹²⁰ осим одредаба члана 86 тог закона које престају да важе по истеку три године од дана ступања на снагу овог закона. Према одредбама које су престале да важе, Удружење осигуравајућих друштава је

118 Упореди са Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 139; Љ. Пљакић, *нав. чланак*, стр. 305.

119 *Службени гласник РС*, бр. 51/09 – даље: ЗООС.

120 *Службени лист СРЈ*, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99 и *Службени гласник РС*, бр. 55/0, чл. 73 до 108, 111–112, 143–146.

ради заштите трећих оштећених лица могло да изради *тарифу премоја са јединственим премојским стојама техничке премоје за орјанизације за осигурање*, а Народна банка Србије је давала претходну сагласност на наведену тарифу премоје, као и на њене измене и допуне. Наведени прописи су предвиђали да свако осигуравајуће друштво утврди износ премоје осигурања од аутоодговорности тако што ће на јединствену стопу техничке премоје самостално укалкулисати допринос за превентиву и режијске трошкове, у границама датим Уредбом,¹²¹ што је у значајној мери омогућавало конкуренцију на тржишту пружања услуга осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима у погледу износа премоје осигурања.

Чланом 108 ЗООС прописано је да су *друштва за осигурање која обављају послове осигурања од аутоодговорности дужна да примењују заједничке услове осигурања, премојски систем са јединственим основама премоје осигурања за те послове и минималну тарифу*, који садрже и бонус-малус систем из члана 43 овог Закона. Према истој одредби, Народна банка Србије даје претходну сагласност на заједничке услове, премојски систем и тарифу из става 1 овог члана које доноси Удружење, као и на њихове измене и допуне. Према мишљењу Комисије, предвиђеном обавезом друштава за осигурање да примењују минималну тарифу коју доноси Удружење *елиминисана је ценовна конкуренција између осигуравајућих друштва*. Иако члан 108 ЗООС теоретски предвиђа могућност да износ премоја осигурања буде и изнад минималних премоја предвиђених минималном тарифом, досадашње понашање осигуравајућих друштва потврђује да ће осигуравајућа друштва задржати истоветну политику цена премоја осигурања од аутоодговорности која подразумева исте цене премоја осигурања код свих друштава. Како се истиче у допису Комисије, примена исте продајне цене од стране свих конкурената на релевантном тржишту искључује конкуренцију, што наноси штету потрошачима корисницима услуга осигурања с обзиром на то да им није омогућено да дођу до бољег квалитета и јефтинијих производа или услуга. На овај начин скоро два милиона осигураника је остало без могућности да врши избор услуге осигурања од аутоодговорности у погледу цене.

Са становишта Комисије неоправдано је да се на основу закона омогући осигуравајућим друштвима елиминација ценовне конкуренције, јер се тиме само доприноси повећању профита осигуравајућих друштава, а на штету потрошача. Сигуран начин обештећења трећих лица, односно испуњавање уговорних обавеза осигуравача и солидан однос премоја и штета, који је можда био циљ наведене одредбе, постигао

121 Уредба о премојским стопама у осигурању од аутоодговорности, *Службени лист СРЈ*, бр. 20/97 и *Службени гласник РС*, бр. 36/2005.

се са успехом и досадашњом регулацијом која је опште прихваћена у упоредном законодавству. Одређивање минималне техничке премије једнаке за сва осигуравајућа друштва јесте један од начина који може да обезбеди сигуран начин исплате штета, посебно имајући у виду да надзорни орган прати примену минималне техничке премије. Самостално одређивање износа режијских трошкова које свако друштво зарачунава на техничку премију би довело до такмичења у погледу износа премије осигурања коју осигураник плаћа. На тај начин би осигуравајућа друштва била подстакнута да у циљу придобијања клијената рационализују трошкове, што би довело и до нижих цена премија осигурања. Природно је да учесници на једном тржишту – конкуренти, теже ограничавању па и потпуном укидању конкуренције, јер онда само они имају користи од тога, али је у условима слободне тржишне привреде неоправдано озаконити истоветно понашање свих учесника на једном тржишту, ако то није неопходно.¹²²

2. Одлука Удружења осигуравача Србије

Комисија је издала саопштење, а касније донела и решење¹²³ о томе да су Удружење осигуравача Србије доношењем одлуке о јединственом износу премија осигурања од аутоодговорности и чланице Удружења применом те одлуке битно спречили и ограничили конкуренцију на тржишту пружања услуга осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима. У поступку покренутом по службеној дужности, Савет Комисије је утврдио да је Удружење осигуравача Србије, супротно овлашћењима из тада важећих прописа о осигурању, донело Одлуку о минималним премијама осигурања власника, односно корисника моторних и прикључних возила од одговорности за штету причињену трећим лицима и доставило је осигуравајућим друштвима која се баве пружањем услуге овог осигурања како би исту примениле.¹²⁴

122 Такође треба напоменути да је у члану 118 ЗООС прописано да одредба члана 108 ЗООС престаје да важи деведесетог дана од дана приступања Републике Србије Европској унији, чиме законодавац даје до знања да је законско укидање конкуренције у овој области противно правилима у Европској унији. У свим другим областима Република Србија хармонизује прописе са прописима Европске уније, а са становишта конкуренције нема ниједног оправданог разлога зашто се то не чини и у области осигурања.

123 Комисија за заштиту конкуренције, Решење, бр. 4/0-02-224/09-83 од 21. децембра 2009. год.

124 Анализом ценовника услуге осигурања од аутоодговорности наведених осигуравајућих друштава утврђено је да су до 11.8.2008. године сва осигуравајућа друштва применила Одлуку Удружења о минималним премијама осигурања са Тарифом

Према Уредби о премијским стопама у осигурању од аутоодговорности *Удружење може да изради тарифу премија са јединственим премијским стопама техничке премије*. Према Уредби и другим прописима о осигурању осигуравајућа друштва су била дужна да примене техничку премију коју одреди Удружење, те да премију осигурања одреде самостално тако што ће на техничку премију додати допринос за превентиву и режијске трошкове у границама прописаним Уредбом. Супротно од тога, Удружење је одредило минимални износ премије тако што је на техничку премију укалкулисало максимално предвиђен износ за превентиву и режијски додатак (одређујући у ствари максимални износ премије), те Одлуку доставило чланицама Удружења да исту примене.

Прихватањем минималних премија осигурања Удружења осигуравајућа друштва – чланице Удружења закључиле су и извршавале споразум из члана 7 ЗЗК, којим се битно спречава и ограничава конкуренција на релевантном тржишту. Наведеном активношћу, чланице Удружења су директно елиминисале конкуренцију на релевантном тржишту с обзиром на то да потрошач који је обавезан да закључи уговор о осигурању од аутоодговорности, нема избора у погледу цене. Чињеница да ниједан од преко милиона осигураника по овом основу нема могућност избора осигурања у погледу цене потврђује да се ради о битном ограничавању конкуренције.

3. Уговор о конзорцијуму друштава осигурања

Комисија за заштиту конкуренције донела је закључак о покретању поступка против осигуравајућих кућа: *Delta Generali, Wiener Stadische* и Дунав осигурање због постојања Уговора о конзорцијуму закљученог између ових друштава. Тим уговором ова друштва су се споразумела о подношењу заједничке понуде у поступку јавне набавке услуга осигурања и реосигурања ваздухопловне флоте авио компаније „Јат Airways“. Према мишљењу Комисије: „предметни уговор се сматра заједничким улагањем, а конкретно представља облик хоризонталног споразума који има за циљ координацију тржишних активност три учесника на тржишту, који су међусобно конкурентни...“¹²⁵

премија Х-АО Удружења, преносећи табелу премија у своје ценовнике са почетком примене од 11.8.2008. године.

125 Комисија за заштиту конкуренције, Закључак о покретању поступка испитивања повреде конкуренције по службеној дужности, бр. 4/0-02-164/2011-1, стр. 2.

VII Закључак

Нико више не сумња да је делатност осигурања специфична у односу на друге привредне делатности. Такође, нико не доводи у питање огроман привредни потенцијал осигурања. Али, то не имплицира да се на друштва осигурања не примењује правила заштите конкуренције. Напротив. Осигурање је врло интересно за конкуренцију; будући да су се у овом сектору развиле (и још увек се развијају!) бројне праксе за које је спорно да ли доводе до нарушавања слободне конкуренције на тржишту осигурања. Почев од споразума о премијама, расподели тржишта, бојкоту, за које нема спора да су противни слободној конкуренцији до споразума о размени информација о истраживању и развоју, за које је неспорно да су проконкурентни. Између ове две крајности су споразуми и праксе који су најпроблематичнији, попут: доношења типских услова, заједничког покрића тзв. старих ризика. Ови споразуми могу бити извор нарушавања конкуренције на тржишту осигурања и квалификовати се као рестриктивни. Међутим, није искључено и да ови споразуми доприносе јачању конкуренције – бар између друштава обухваћених споразумом и осталих друштава осигурања – као и побољшању понуде осигурања и заштити корисника услуга осигурања. Дакле, сваки контакт између конкурената не мора бити рестриктивни споразум, већ се његов домаћај мора ценити на основу тзв. теста ефеката. Уколико су позитивни ефекти таквог споразума (у виду подстицања конкуренције, стварања користи за потрошаче осигурања, итд.) већи од негативних ефеката (стварање рестрикција на тржишту осигурања) утолико је оправдано изузимање таквог споразума од примене општих правила конкуренције.

Сматрамо да су наши прописи о заштити конкуренције – иако инспирисани регулативом ЕУ – прилично нејасни и непрецизни. Предвиђамо да могу постати извор проблемских ситуација, што у крајњој линији највише штети интересима потрошача услуга осигурања. Стога сматрамо да се приликом примене таквих прописа Комисија мора добро упознати са ставом европских узора по питању испољавања заштите конкуренције у области осигурања. Довољно је узети у обзир податак да у ЕУ постоји традиција другачијег третмана споразума осигуравача и да је тренутно на снази трећа уредба о колективном изузећу одређених споразума са картелноправним дејством. У ЕУ, дакле, постоји свест о томе да природа делатности осигурања налаже да осигуравачи закључују и споразуме који се не толеришу другим привредним друштвима. Ти споразуми су оправдани и друштвено пожељни управо зато што без њих не би било могуће пружање покрића тзв. великим ризици-

ма или новим ризицима, одн. зато што омогућавају стварање калкулационе базе за што адекватнију процену премија осигурања.

Управне мере Комисије у случају нарушавања конкуренције рестриктивним споразумима су углавном двојаке: 1) мере отклањања повреде конкуренције; 2) мере заштите конкуренције и процесног пена-ла. А сам поступак заштите конкуренције је једноступен што се тиче решења Комисије; она су – као главне управне одлуке – одмах и коначна, жалба на њих је законски искључена. Насупрот, на закључке службеног лица Комисије је по правилу допуштена посебна жалба председнику Комисије, односно Савету Комисије (на закључке њеног председника). Решења Комисије се могу непосредно побијати тужбом пред Управним судом, у управном спору, чиме је осигурана судска заштита у области заштите конкуренције. Одступања ЗЗК на плану судске контроле у односу на правила ЗУС-а треба применити под условом да не умањују ниво правне заштите странака; речју, релевантна су само она која, као специјална, тај ниво подижу. У управном спору, све одлуке Управног суда – пресуде и решења – су правноснажне; оне се могу нападати ванредним правним леком, захтевом за преиспитивање пред Врховним касационим судом.

Zoran R. TOMIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

Nataša PETROVIĆ TOMIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

RESTRICTIVE AGREEMENTS AS A FORM OF COMPETITION INFRINGEMENT IN INSURANCE

Summary

Protection of competition as a precondition of normal market functioning is also applied in the field of insurance. However, the originality of the sector as well as its importance to the economy justify deviation from certain rules of free competition. Thus, the category of exemption of restrictive agreements is traditionally applied in sector of insurance. After an explanation of coinsurance and reinsurance as a risk equalization techniques immanent to insurance, the authors deal with the notion of restrictive agreements in the Serbian and in the EU law. New Regulation on collective exemption of restrictive agreements no-

rows the exemption privilege to two groups of agreements: agreements on joint research and compilation of tables and studies and agreements of joint coverage of risk. The authors focus on these agreements, explaining the conditions for their use and thereby indicate which agreements are currently outside of the collective exemption. As some of them – like the general conditions of insurance – were previously covered by the general exemption, the question is whether it could be now covered by individual exemption. The second part of the work is devoted to the role of Commission for the protection of Competition and the legal protection in the event of infringement. Finally, the authors refer to the practice of the Commission for the Protection of Competition in the terms of violation of competition on the insurance market. The authors conclude that the protection of competition in the insurance is delicate social task whose execution requires precise and clear rules.

Key words: *insurance company, restrictive agreement, competition, collective exemption, protection of consumers.*