

др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ  
професор Правног факултета у Палама, Универзитет  
Источно Сарајево и Факултета за европске правно-политичке  
студије у Новом Саду, Универзитет Сингидунум

## ПРАВНА СИГУРНОСТ И ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ

### Резиме

Право конкуренције пролази кроз процес ушемељења у државама региона, инициран не тако давним преласком ових држава на систем слободне тржишног привређивања и отпочињањем припрема за чланство у ЕУ. Позитивноправно регулисање правила конкуренције, оснивање специјализованих тела за примену закона у тој области, доношење првих одлука о повредама конкуренције и изрицање првих санкција, омогућили су да се уоче слабости система правне заштите слободне тржишне утакмице, који су само једним делом резултат специфичности предмета регулисања, а многа више последица некријичког трансформирања старих правних решења и занемаривања основних институција правне сигурности. Аутор анализира слабости институције система правне заштите конкуренције у Србији и суседним државама региона. Међу њима најзначајније су апстрактности материјалноправних норми и неконзистентности правних стандарда на основу којих се процењује доуштеност одређеног тржишног понашања, а затим и обједињавање квази-законодавних, квази-извршних и квази-судских овлашћења у једном телу надлежном за заштиту конкуренције. Недовољна одређеност законских правила конкуренције ствара правну несигурност, јер субјекти који су дужни да поштују по њима не могу да усагласе своје понашање са законом. Закон тумачи својим акцима тело за заштиту конкуренције, преузимајући тиме улогу законодавца. Оно је истовремено задужено да примењује закон, решавајући спор о постојању повреде конкуренције и

изричући санкције њочиниоцима, чиме остварује квази-судску функцију. Поступак за утврђивање њовреде конкуренције није детаљно уређен, а у већини случајева сироводи се као инквизициони, ња нема законских гаранција да ће се одговорности њочиниоца и санкције утврђивањии објективно и нејристичасно. Поред њоџа, реизборности чланова њела надлежних за доношење одлука оствара моћности њиховој њодлеања њо-лијичким уњицајима. Ауџор даје њрејоруже за оњклањање наведених слабости, које би њребало да дојринесу већој одређености законских решења и објективности и њредвидивости у њримени њрава од сџране њела надлежној за њрмену њравила конкуренције.

**Кључне речи:** њраво конкуренције, њравна сијурности, њримена њрава, њдела власности, њело за зашџињију конкуренције.

Право конкуренције је по многим својим карактеристикама специфична грана права. Специфичан је, најпре, предмет регулисања. Норме права конкуренције регулишу понашање које у начелу не треба да буде регулисано. У систему слободног тржишног привређивања понашање привредних субјеката је нерегулисано, како би законитости тржишта могле у пуној мери да дођу до изражаја. Право конкуренције поставља границе слободном тржишном понашању, спречавајући и санкционишући радње привредних субјеката којима се ограничава слободно деловање тржишних законитости. Специфичан је и начин регулисања. Више него у већини других правних области, закон као формалан извор права има само ограничени значај, док је много већа улога општих аката и праксе органа надлежних за примену права конкуренције. Наведено важи чак и за континенталноевропски правни систем, у коме пракса судова и државних органа није формални извор права. Закони којима се уређује заштита конкуренције прописују врло апстрактна правила, а њихову садржину конкретизује орган надлежан за примену закона, имајући у виду стање конкуренције на одређеном тржишту и ефекте појединог тржишног понашања на то стање. Наведено се једним делом може објаснити особеношћу предмета регулисања, јер се допуштеност тржишног понашања најчешће може процењивати само узимањем у обзир садејства различитих чинилаца присутних у конкретном тржишном контексту. Другим делом је то последица специфичних историјских околности у којима су први прописи у овој области настајали и затим се трансплантирали у друге правне системе. Треће, органи надлежни за спровођење права конкуренције имају специфичан положај у систему органа власти готово сваке државе. Они у себи кумулирају квази-законодавна, квази-извршна и квази-судска овлашћења и стога измичу

сваком покушају сврставања у шаблоне класичне трипартитне поделе државне власти.

Упркос свим наведеним специфичностима право конкуренције већ је усадило дубоке корене у великом броју националних правних система.<sup>1</sup> У Србији током последње две деценије континуирано јача улога и значај права конкуренције. Посебно након доношења важећег Закона о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009; у даљем тексту: ЗЗК) и изрицања првих санкција, домаћа стручна и пословна јавност почиње све више пажње да посвећује овој области, врло често се критички осврћући на домаћа законска решења или на праксу Комисије за заштиту конкуренције и судова надлежних да у другом степену одлучују по њеним актима. Сматрамо да је кључни разлог за критике објективне природе и да лежи у правној несигурности која се генерише начином стварања и примене правних норми у области права конкуренције. Циљ нам је да у овом чланку укажемо на узроке правне несигурности и могуће начине њиховог превазилажења.

## І Формулисање правних норми којима се штити конкуренција

У свету постоје два велика система правних норми којима се штити слободна тржишна утакмица: амерички, који своје извориште има у Шермановом закону из 1890. године и европски, који почиња на одредбама чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ. Оба наведена извора права начелно забрањују сва споразумна и индивидуална понашања тржишних учесника са циљем или са последицом ограничења конкуренције и оба су касније надопуњавана кроз праксу органа надлежних за њихову примену. Временом је генерална забрана понашања којима се ограничава конкуренција релативизиована, тако да данас права конкуренције САД и ЕУ познају врло мали број понашања која су апсолутно (*per se*) забрањена. Много већи број понашања подлеже *rule of reason* стандарду, те се противправност одређеног понашања цени у светлу његових ефеката на стање конкуренције на одређеном тржишту и, последично, остваривања заштитних циљева права конкуренције.

Разлози за такав начин регулисања делом су историјске природе. Шерманов закон усвојен је у америчком Конгресу као одговор на политичку побуну малих привредника и радника против концентрација економске моћи у САД крајем 19. века. Одговор Конгреса био је оштар:

1 Данас преко сто националних правних система има прописе којима се штити тржишна утакмица и органе надлежне за њихову примену. За више информација вид. сајт: [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org), 20.3.2013.

забрана свих монопола и прописивање кривичних санкција за оне који прекрше забрану.<sup>2</sup> Сазнања економске науке и развој политичких догађаја у САД током 20. века утицали су да амерички Врховни суд мења садржину Шермановог закона и прилагођава га актуелним политичким циљевима и преовлађујућим економским схватањима. Иако у америчком праву судска пракса и формално има улогу извора права, у САД се често износе критике на рачун еластичних тумачења Шермановог закона од стране Врховног суда, којима се по мишљењу многих ствара правна несигурност и неповерење јавности у америчку антимонополску политику.<sup>3</sup>

Идеолошки основ европском праву конкуренције дала је немачка школа ордолиберала, која је прва препознала и артикулисала суштински значај слободне тржишне утакмице за успешно функционисање економског система заснованог на приватним одлукама привредних актера о ступању у односе тржишне размене. Улога државе у тим системима састоји се у стварању и одржавању услова у којима слободна тржишна утакмица може да се одвија.<sup>4</sup> Генерална забрана монопола логична је последица таквог става, јер монопол онемогућује слободно одвијање тржишне утакмице. Стога право треба да забрани споразуме којима се ограничава конкуренција и елиминише индивидуалне монополе, осим тамо где то није могуће (нпр. ситуација природног монопола или монопола заснованог на правима интелектуалне својине). За ордолиберале правно регулисање монопола није представљало посебан проблем. У случају споразумног ограничавања конкуренције довољно је прописати генералну забрану картела. У погледу индивидуалних монопола, тамо где није могуће њихово укидање, потребно је регулисати њихово понашање применом „као да“ (немачки *als ob*) правног стандарда. Привредни субјекти треба да се уздрже од понашања које им не би било могуће када не би располагали монополском моћи. Правни стандард „као да“, по мишљењу ордолиберала, елиминише сваку дискрецију државних органа у примени норми којима се штити конкуренција, јер је то објективан стандард који у већини случајева даје надлежном органу јасне упуте за поступање.<sup>5</sup> Утицај ордолиберала у формулисању чл. 85 и 86 Уговора о оснивању ЕЕЗ (садашњи 101 и 102) више је него очигледан.<sup>6</sup> Чланом

2 Вид. Eugene Rostow, „Monopoly under the Sherman Act: Power or Purpose“, *Illinois Law Review*, No. 6/1949, стр. 747; Дијана Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ њреузеха и антимонополско љраво*, Београд, 2000, стр. 23–25.

3 Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself*, New York, 1978, стр. 21 и даље.

4 David Gerber, „Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the New Europe“, *American Journal of Comparative Law*, No. 1/1994, стр. 50.

5 D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 52–53.

6 Вид. D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 73 и тамо наведену литературу.

101 генерално се забрањују сви споразуми који за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције, док се чланом 102 забрањује свака злоупотреба доминантног положаја на тржишту. Међутим, приликом формулисања одредбе о забрани злоупотребе доминантног положаја изостао је „као да“ правни стандард, који је уграђен у немачки Закон против ограничавања конкуренције,<sup>7</sup> чиме је европско право конкуренције у том сегменту релативизовано. Стога је у првим деценијама након ступања на снагу Римског уговора, концепт злоупотребе доминантног положаја био потпуно нејасан.<sup>8</sup>

Европско право конкуренције доживело је сличан преображај као и америчко кроз праксу Комисије и Суда правде. Имајући у виду да је Комисија непосредно надлежна да примењује одредбе чл. 101 и 102 на субјекте који послују на јединственом тржишту ЕУ, а да Суд правде одлучује у другом степену по тужбама против одлука Комисије, прецедентне одлуке Суда правде донете у примени одредаба чл. 101 и 102 Уговора о функционисању фактички су попримиле карактер извора права конкуренције ЕУ, јер су учесници на тржишту ЕУ и Комисија своје акте усклађивали са ставовима Суда правде изреченим у прецедентним одлукама. Посебно је значајна пракса Суда правде у примени члана 102, јер је Суд у својим одлукама утврдио садржину појма предузећа, доминантног положаја, релевантног тржишта и конкретније дефинисао поједине облике забрањених понашања, као што су предаторска пракса, одбијање снабдевања, дискриминација ценама, итд. Ипак, појам злоупотребе доминантног положаја остао је и даље недовољно дефинисан.<sup>9</sup>

Државе кандидати имају обавезу да пре него што ступе у пуноправно чланство ЕУ ускладе своје прописе у области заштите конкуренције са правилима конкуренције ЕУ и ефективно их примењују. Усклађивање националних прописа у овој области је *conditio sine qua non* стицања статуса кандидата и почетка преговора за пуноправно чланство.<sup>10</sup> У односима Европске уније и земаља Западног Балкана пракса је Европске уније да се споразумима о стабилизацији и придруживању држава кандидат обавезе да непосредно примењује правила конкуренције ЕУ,<sup>11</sup> а државе кандидати доносе законе којима преузимају одредбе чл. 101 и 102 Уго-

7 Закон против ограничавања конкуренције (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 15.7.2005, BGBl I стр. 2114), чл. 19 ст. 4.

8 Robert O'Donoghue, Atilano Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82*, Oxford, Portland, 2006. стр. 13–14.

9 R. O'Donoghue, A. J. Padilla, *нав. дело*, стр. 17.

10 Вид. Анекс II тач. iv документа усвојеног на састанку Европског савета у Копенхагену одржаног 22–22.6.1993, познатог под називом Копенхагенски критеријуми. Доступно на сајту: [europa.eu/rapid/press-release\\_DOC-93-3\\_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-93-3_en.htm?locale=en), 20.3.2013.

11 Вид. Дијана Марковић-Бајаловић, „Политика конкуренције у споразумима о стабилизацији и придруживању“, *Правни живоић*, бр. 7–8/2002, стр. 29–39.

вора о функционисању, чиме се обавеза хармонизације законодавства у тој области само формално извршава. За суштинско усклађивање права конкуренције то није довољно, већ је неопходно успоставити нормативни и институционални механизам за уграђивање ставова Суда правде и Европске комисије у домаће право. Таква обавеза проистиче и из садржине споразума о стабилизацији и придруживању. Тим споразумом се обавезује држава кандидат да поступања супротна правилима конкуренције, а која могу да утичу на трговину између ње и ЕУ, цени у светлу критеријума који проистичу из инструмената тумачења усвојених од стране институција Европске уније.<sup>12</sup> Наведена обавеза отвара веома широк простор за слободно тумачење правила конкуренције, јер пракса извршних и судских органа ЕУ задобија снагу формалног извора права у националном правном систему у коме се судска пракса и пракса извршних органа иначе не сврстава у ту категорију извора права! Шта више, субјекти на које се примењује право конкуренције не могу са извесношћу да сазнају каква је садржина њихових обавеза, јер се законске норме конкретизују кроз садржину одлука органа међународне организације које се у држави кандидату званично не објављују нити преводе. Тиме је онемогућено остваривање једног од основних постулата правне државе: упознавање субјеката на које се право примењује са његовом садржином пре него што оно за њих постане обавезујуће.

Једино могуће решење јесте да се садржина законских норми прецизира, тако што би се правила конкуренције формулисана у пракси органа ЕУ преточила у закон или подзаконски акт донет на основу законског овлашћења. Кораци у том смеру су већ учињени када је реч о правилима конкуренције у области споразумних ограничења конкуренције (чл. 101 Уговора о функционисању ЕУ и чл. 10–14 ЗЗК). Законске норме о злоупотреби доминантног положаја (чл. 15 и 16 ЗЗК), неопходно је, међутим, прецизирати тако што би се прецедентни ставови Суда правде апстраховали и превели у законски текст.

## II Положај и улога органа надлежних за примену правила конкуренције

Инертност држава које имају статус нових чланица или статус кандидата за чланство у ЕУ, која се уочава у сфери формулисања правила конкуренције, присутна је и приликом одређивања правног положаја органа надлежног за њихову примену. Иако се у том делу диктат Европске уније своди на обавезу успостављања функционално независног ор-

12 Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране, и Републике Србије, с друге стране (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 83/2008), чл. 73 ст. 1 и 2.

гана, у државама кандидатима примењује се готово истоветан шаблон формирања самосталног тела под различитим називима,<sup>13</sup> на чијем челу се, по правилу, налази колективни орган надлежан за одлучивање.<sup>14</sup> Тела за заштиту конкуренције имају формалноправно загарантован самосталан положај у структури државне власти.<sup>15</sup> Стварни степен самосталности варира, јер је условљен бројним чиниоцима: начином именовања чланова руководног органа, могућности извршне власти да непосредно утиче на одлуке које доноси тело, начина финансирања и политичких механизма контроле рада тела.

Генерално узев, обим формалноправних гаранција самосталности није у директној вези са стварном самосталношћу и ефективношћу рада тела. Тако, на пример, иако је холандско тело за заштиту конкуренције формално све до 2005. године било у саставу министарства надлежног за економију, то тело је сматрано једним од водећих у Европској унији по ефективности деловања.<sup>16</sup> Одговарајући положај и учинак има немачка Савезна канцеларија за борбу против картела. У Великој Британији чланове Канцеларије за фер трговину и Комисије за конкуренцију именује државни секретар за трговину и индустрију, чиме је обезбеђен утицај актуелне политичке власти на персонални састав тих тела. У Немачкој и Великој Британији, ресорни министри имају чак и законом дато право интервенције у сфери одлучивања тела надлежног за конкуренцију. Немачки министар за привреду може одобрити концентрацију привредних субјеката коју је *Bundeskartellamt* прогласио недозвољеном, доношењем тзв. министарског одобрења (нем. *Ministererlaubnis*) у складу са чл. 42 Закона против ограничавања конкуренције. Британски државни секретар може изузети картелни споразум или индивидуално понашање привредног субјекта од забране из разлога јавног интереса. У пракси, у обе земље наведена овлашћења врло ретко се користе. Чини се да институционализација права на интервенцију из политичких разлога повећава одговорност оних којима је дато то право, због чега се оно уздржано користи.

У државама региона тела за заштиту конкуренције располажу формалним гаранцијама самосталности у раду. Она по правилу имају правни субјективитет, што значи и сопствени буџет, а за свој рад одговарају непосредно парламенту. Па ипак, посредан политички утицај на рад

13 Користе се називи комисија, агенција, веће, савет и сл.

14 Johan W. van den Gronden, Sybe A. de Vries, „Independent Competition Authorities in the EU“, *Utrecht Law Review*, No. 1/2006, стр. 32–66.

15 На потреби изузимања органа надлежног за примену правила конкуренције из сфере извршне власти, а тиме и политичких утицаја инсистирали су још ордолиберали. D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 55.

16 J. W. van den Gronden, S. A. Vries, *нав. чланак*, стр. 57.

тела је евидентан и остварује се првенствено коришћењем института ограниченог мандата чланова руководног органа и реизбора. Реизборност начелно треба да послужи легитимном циљу каналисања рада тела у складу са владајућим политичким стремљењима. У пракси се тај институт лако може злоупотребити за остваривање утицаја на доношење одлука саобразних партикуларним политичким интересима.

Како је већ напред указано, тела за заштиту конкуренције располажу комбинованим овлашћењима извршног, судског и законодавног карактера. Иако су формалноправно надлежна да извршавају прописе којима се штити слободна конкуренција, због чега се сврставају у посебне организације које врше јавна овлашћења,<sup>17</sup> њихова овлашћења да утврђују повреде тих прописа и изричу санкције у виду новчаних казни указују да је реч о органу који врши класичне судске функције.<sup>18</sup> Квази-судска функција тела за заштиту конкуренције јача последњих година у региону, јер се умножава број тела која имају овлашћења да самостално изричу санкције за утврђену повреду конкуренције.<sup>19</sup> Поред тога, тела за заштиту конкуренције врше и квази-законодавна овлашћења, јер доносе подзаконске прописе обавезујућег или необавезујућег карактера чиме се претварају у искључивог тумача закона.<sup>20</sup> Обједињавањем функције извршне, судске и законодавне власти под капу једног државног органа доводи се у питање његов легалитет и, последично, легитимитет.<sup>21</sup>

17 Зоран Томић, *Ојшће уйравно йраво*, Београд, 2011, стр. 149–150.

18 Ратко Марковић, *Усйавно йраво*, Београд 2010, стр. 506–507.

19 Овлашћења за изрицање казни добила су тела за заштиту конкуренције у свим бившим републикама СФРЈ, осим Црне Горе. Вид. чл. 60–63 хрватског Закона о заштити тржишног натјецања (*Народне новине*, бр. 79/2009), чл. 12 ст. 2 словеначког Закона о спречавању ограничавања конкуренције (*Службени лист РС*, бр. 36/2008 и 40/2009), чл. 49–51 Закона о конкуренцији БиХ (*Службене новине БиХ*, бр. 48/2005, 75/2007 и 80/2009), чл. 30 македонског Закона о заштити конкуренције (*Службени лист РМ*, бр. 145/2010 и 136/2011).

20 Тако, нпр. хрватска Агенција за заштиту тржишног натјецања надлежна је да утврђује правила и мере за заштиту тржишне утакмице и даје мишљења и стручне ставове о решењима и развоју компаративне праксе из подручја права и политике тржишне утакмице (чл. 30 тач. 8 и 9 хрватског Закона о заштити тржишног натјецања); македонска Комисија за заштиту конкуренције овлашћена је да утврђује правила и мере за заштиту конкуренције (Закон о заштити конкуренције, чл. 28 ст. 3); Конкурентски савјет БиХ доноси подзаконска акта за спровођење Закона о конкуренцији БиХ и прописује и даје тумачење општих и посебних конкурентских појмова, као и обрачунске методе за кључне конкурентске појмове (Закон о конкуренцији, чл. 25 ст. 1 тач. а и ц); Комисија за заштиту конкуренције РС доноси упутства и смернице за спровођење ЗЗК и даје мишљења у вези са применом прописа у области заштите конкуренције (ЗЗК, чл. 21 ст. 1 тач. 5 и 8).

21 Тако су судије Врховног суда САД и америчка правничка јавност критиковали законско решење према коме је Савезна трговинска комисија овлашћена да утврђује



Када је реч о овлашћењу органа за заштиту конкуренције да изриче санкције, потребно је нагласити да се поступак за утврђивање повреде конкуренције по правилу води *ex officio*,<sup>22</sup> што значи да се тело за заштиту конкуренције појављује истовремено у улози јединог овлашћеног тужиоца и улози органа који доноси коначну одлуку о постојању повреде и, евентуално, о казни. Поверавање овлашћења за изрицање санкција у пракси примене прописа о заштити конкуренције показало се нужним, у циљу ефикаснијег остваривања улоге тела за заштиту конкуренције, јер утврђивање постојања повреде конкуренције губи смисао ако орган који утврђује повреду не располаже овлашћењима да онога ко је повреду починио примора да усагласи своје понашање са законом. Ова чињеница, међутим, потврђује да је функција тела за заштиту конкуренције примарно судска. Задатак тела за заштиту конкуренције не своди се на просто супсумирање конкретних тржишних понашања под општа законска правила (управна функција), већ решавање спора око тога да ли постоји повреда прописа којима се штити конкуренција или не (судска функција). Проблем је у томе што спор постоји између субјекта у односу на кога је покренут поступак за утврђивање повреде конкуренције и тела које је надлежно да донесе коначну одлуку у спору. На делу је класични инквизициони поступак, што се супротставља праву на правично суђење из чл. 6 ст. 1 Европске конвенције о људским правима.

Наведено се оспорава аргументом да разлози ефикасности заштите конкуренције захтевају да поступак за утврђивање повреда конкуренције и изрицање санкција и мера буде брз и да тело за заштиту конкуренције располаже потребним овлашћењима да обезбеди спровођење прописа. Јак ауторитет тела надлежног за заштиту конкуренције, који почива на неопходним извршним овлашћењима, јесте концепт који су осмислили ордолиберали. Занимљиво је да они у томе нису видели опасност за правну државу. Они су сматрали да тело за заштиту конкуренције неће располагати дискрецијом, јер ће се одлуке доносити на основу објективних економских стандарда. Због тога су чак предвидели надлежност редовног суда да у другом степену суди о законитости одлука тела за заштиту конкуренције, а не надлежност управног суда, који би био овлашћен да цени да ли је орган управе користио дискрециона овлашћења у складу са законом одређеним

недопуштене методе конкуренције, са аргументом да је то искључиви задатак судства. Након тих критика, Савезној трговинској комисији су одузета поједина овлашћења Законом о управном поступку из 1946. Наведено према Ивана Бајакић, „Развој и учинци регулаторних агенција у САД-у: Успјешан модел за Европу?“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, бр. 2/2010, стр. 517

22 У складу са чл. 35 ЗЗК поступак за утврђивање повреде конкуренције се искључиво покреће по службеној дужности.

циљем.<sup>23</sup> Развој права конкуренције у међувремену оповргао је полазни став ордолиберала. У теорији и пракси још увек се не може нити наслутити сагласност стручњака око објективних економских стандарда на основу којих би се процењивала (не)допуштеност одређеног тржишног понашања, па су тела за заштиту конкуренције принуђена да одлуке о повредама конкуренције доносе на подлози бројних, често противречних, економских анализа и на основу сопствене процене о сагласности одређеног понашања са законским циљевима.<sup>24</sup> Волунтаризам у примени права конкуренције је неминован, а то рађа могућност за злоупотребу законских овлашћења или, барем, ненамерне грешке приликом доношења одлука.

Оправдање за спајање истражних и судских функција у једном органу налази се и у томе што се санкције за повреде конкуренције квалификују као блаже повреде закона – прекршаји у континенталноевропском правном поретку.<sup>25</sup> У великом броју јурисдикција прекршајне казне у првом степену могу изрицати и управни органи. То оправдање не стоји, јер формална квалификација санкције као прекршајне казне не може да ублажи њену стварну тежину. Новчане казне за повреде конкуренције у европским јурисдикцијама могу износити до 10% укупног годишњег прихода привредног субјекта,<sup>26</sup> што је квалификује као врло тешку санкцију. Отуда именовање санкције за повреду права конкуренције, као прекршај,<sup>27</sup> управно-казнена мера<sup>28</sup> или мера заштите конкуренције<sup>29</sup> представља законодавну мимикрију. Она, случајно или намерно, омогућује да се избегне примена правила класичног казненог поступка, гаранције објективности и непристрасности органа

23 D. Gerber, *нав. чланак*, стр. 55–56. У Немачкој у споровима о одлукама *Bundeskartellamt*-а суди редовни виши суд (*Oberlandesgericht*), надлежан према седишту *Bundeskartellamt*-а (чл. 63 ст. 4 немачког Закона против ограничавања конкуренције).

24 Imelda Maher, *The Rule of Law and the Agency: The Case of Competition Policy*, London School of Economics International Economics Programme, Chatham House, IEP WP 06/01, стр. 10.

25 Тако су дефинисане санкције за повреде конкуренције у словеначком и македонском закону. У хрватском Закону о заштити тржишног натјечања санкције су назване „управно-казнене мјере“ и према тумачењу хрватске Агенције за заштиту тржишног натјечања, то нису прекршајне санкције, већ санкције *sui generis*. Вид. објашњење законских новина на сајту Агенције: [www.aztn.hr](http://www.aztn.hr), 20.3.2013.

26 При том треба имати у виду да се укупан годишњи приход који представља полазну основу за израчунавање казне рачуна у односу на групу друштава, или удружење привредних субјеката, без обзира што је непосредни починилац повреде конкуренције правно самостално привредно друштво.

27 Македонски Закон о заштити конкуренције, чл. 59–62.

28 Хрватски Закон о заштити тржишног натјечања, чл. 60–63.

29 ЗЗК, чл. 68.

надлежног за доношење одлуке о казни. Најлошији пример у том погледу представља ЗЗК, који, за разлику од других закона о конкуренцији земаља у региону, уопште не садржи одредбу о супсидијарној примени правила прекршајног поступка. Но, ни закони који такву одредбу имају нису довољно прецизни у погледу њеног домашаја. Тако, на пример, хрватским Законом о заштити тржишног натјецања прописано је да се у поступцима које води Агенција супсидијарно примењују Закон о општем управном поступку и Прекршајни закон, па је нејасно како ће се то оба закона паралелно примењивати?<sup>30</sup> Комисија за заштиту конкуренције Републике Македоније генерално поступа по правилима управног поступка, али поступак против починиоца повреде конкуренције води прекршајни орган Комисије по правилима Закона, закона о прекршајима и супсидијарно, закона о општем управном поступку.<sup>31</sup> Наведено решење такође води правној несигурности, јер се постојање кажњивог дела, одговорност починиоца и санкција утврђују по правилима хибридног поступка.

Поступак за примену правила конкуренције на нивоу Европске уније уобличен је у основи као инквизициони. Истражни поступак за утврђивање повреде правила конкуренције и одлуку о повреди и санкцији у првом степену доноси Европска комисија. Ипак, процес утврђивања повреде конкуренције и доношења одлуке о повреди и санкцији у Европској унији су формално раздвојени, јер истрагу води Директорат за конкуренцију предвођен комесаром за конкуренцију, док коначну одлуку доноси Европска комисија као колективан орган. Европска унија је по многим својим особинама *sui generis* међународна организација, па је на особен начин уредила и систем заштите конкуренције на јединственом европском тржишту. Унутар ЕУ постојали су предлози да се формира посебан орган који би се искључиво бавио заштитом конкуренције, али реализација тих предлога је изостала, пре свега због ограничења постављених оснивачким уговорима.<sup>32</sup> Наведено указује да је и европска јавност спознала аномалију која се састоји у томе да извршни орган – европска влада доноси одлуке о казнама за прекршиоце правила конкуренције на јединственом европском тржишту. Теоретичари изван ЕУ примењују да су одлуке које Комисија доноси у сфери права конкуренције управо збога тога врло често резултат политичких утицаја и лобирања.<sup>33</sup> Коначно, чак и ако се занемаре наведене примедбе, јасно је да организација система правне заштите конкуренције на нивоу ЕУ

30 Закон о заштити тржишног натјецања, чл. 35 ст. 1.

31 Закон о заштити конкуренције Македоније, чл. 28 ст. 1 и чл. 31.

32 J. W. van den Gronden, S. A. Vries, *нав. чланак*, стр. 66.

33 Eleanor Fox, *US and EU Competition Law: A Comparison*, Institute for International Economics, доступно на сајту: [www.iie.com](http://www.iie.com), 20.3.2013.

не може сама по себи бити аргумент за њено клонирање на нивоу националних правних поредака држава чланица и држава кандидата.

Аргумент ефикасности заштите конкуренције је једини довољно снажан да подржи одступање од класичних правила казненог поступка. Поставља се, међутим, питање да ли је инквизициони поступак за утврђивање повреда конкуренције и изрицање санкција прави одговор на императив ефикасног деловања тела за заштиту конкуренције? У свету су познати национални системи у којима постоје двојни органи за заштиту конкуренције – један који води поступак и један који изриче санкцију,<sup>34</sup> а најстарији и један од најнапреднијих антимонополских система у свету – амерички, почива на класичном судском моделу. Такође, последњих година у појединим јурисдикцијама постављени су законски основи за кривично гоњење за тешке повреде правила конкуренције, док се стручна јавност све више залаже за криминализацију права конкуренције,<sup>35</sup> што заправо значи примену општих правила кривичног поступка и надлежност редовног кривичног суда.

Решење које би помирило потребу ефикасног деловања и примене специјалистичких знања, с једне стране, и захтеве *due process*-а, с друге стране, састојало би се у томе да се формира специјализован суд који би судио у споровима о постојању повреда конкуренције и изрицао санкције. Том суду би се могло поверити и решавање спорова из других сродних области, као нпр. заштита потрошача и регулација либерализованих сектора привреде (енергетика, електронске комуникације, саобраћај и сл.). Судије тог суда биле би специјалисти за право конкуренције, а у рад судских већа би се могли укључити и стручњаци из других области. Устројство и рад суда били би уређени у складу са принципима који важе за класичне судове (нпр. начин избора судија, сталност судијске функције, колегијално одлучивање, јавност рада). Постојеће тело за заштиту конкуренције задржало би надлежност да води истрагу за утврђивање повреде конкуренције и да износи случај пред суд, ради доношење одлуке о постојању повреде и санкцији. Санкције би се квалификовале као казнене, што би аутоматски повлачило примену правила одговарајућег поступка.

34 Вид. *International Competition Network*, „Setting of Fines for Cartels in ICN Jurisdictions“, *Report to the 7th Annual Conference*, Kyoto April 2008, доступно на сајту: [www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org), 20.3.2013.

35 Mary Elizabeth Curtis, John McNelly, „The Classic Cartel – Hatchback Sentence“, *Competition Law Review*, Vol. 4, No. 1/2007, стр. 41–50.

**Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD**  
**Professor at the Faculty of Law, Pale, University of East Sarajevo and**  
**Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad,**  
**University of Singidunum**

## COMPETITION LAW AND THE RULE OF LAW

### Summary

*Competition law is passing through the process of establishment in the states of West-Balkan region. It has started at the time when those countries have liberalized their economy and initiated the process of preparation for the EU membership. The first steps, such as adoption of laws to protect competition, foundation of specialized bodies authorised for their implementation, issuance of the first decisions and imposition of the first fines, made it possible for legal analysts to perceive weak spots of legal protection of free competition in Serbia and other countries of the region. Those weaknesses are only partly caused by the specificity of the subject-matter of competition regulation and much more are the consequence of unsound transplantation of foreign legal solutions and abandonment of the basic principle of the rule of law. The author analyses weaknesses of the existing legal protection of free competition in Serbia and neighbouring countries in the region. The most significant among them are extremely abstract legal regulation and absence of defined legal standards for assessing the legality of certain market behavior, as well as consolidation of quasi-legislative, quasi-administrative and quasi-judicial functions in one body which enforce competition rules. Insufficient specificity in legal regulation of behaviour restricting free competition causes legal insecurity, since persons who are obliged to follow the rules on competition do not fully understand what their obligations are. Legal rules are interpreted by the authority competent for the enforcement of competition rules, which takes away the role of legislator. That body is at the same time responsible for solving legal disputes concerning infringements of competition rules and imposing sanctions, which makes it quasi-judicial body. Legal process for imposing sanctions is underregulated and legal guarantees for impartial and objective trial do not exist. Limited mandate of members of the body and their repeated election opens door to illegitimate political influence of the government. The author gives recommendations to eliminate those weaknesses, which should help improvement of legal certainty in the area of competition law.*

**Key words:** competition law, rule of law, enforcement of law, power sharing, bodies for protection of competition.