

др Душан В. ПОПОВИЋ
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ПОЈЕДИНАЧНА ИЗУЗЕЋА ОД ЗАБРАНЕ РЕСТРИКТИВНИХ СПОРАЗУМА У ПРАВУ СРБИЈЕ*

Резиме

За разлику од њојиса Евројске уније о зашћићи конкуренције, као и њојиса већине држава чланица ЕУ, у њраву конкуренције Србије је, њоред колећићивних изузећа од забране рестрићићивних сћоразума, задржан и механизам њојединаћних изузећа од забране. Појединаћна изузећа одобравају се њод оћићићим условима за изузеће рестрићићивних сћоразума, коћи су њреузетћи из њрава конкуренције Евројске уније. Сћоразум се може изузетћи ако дојриноси унајрећењу њроизводње и њрометћиа, односно њодсћићцању њтехничкој или економској најрећика, а њојрошачима обезбеђује њравичан део корисћићи њод условом да не намеће учесницима на њржићићу оћраничења која нису неоћходна за њосћићизање циља сћоразума, односно не искључује конкуренцију на релеванћном њржићићу или његовом бићићном делу. У раду се анализира сваки од ових услова њонаособ, уз осврћић на њпраксу Комисије за зашћићићу конкуренције Републице Србије. У друћом делу рада аућор анализира њравила њосћићућика за одобравање њојединаћној изузећа, нарочићићо с обзиром на њресуду Врховној касационој суда Републике Србије у њредметћиу Телеком Србија/

* Овај чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошкћи аспекти)“. Аутор се захваљује др Борису Беговићу, редовном професору Правног факултета Универзитета у Београду, на коментарима и сугестијама.

Центросинерџа и усвајање Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, у октобру 2013. године.

Кључне речи: *право конкуренције, рестриктивни споразуми, изузећа, економска ефикасност.*

I Уводна разматрања

У праву конкуренције, рестриктивни споразуми дефинишу се као споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на релевантном тржишту.¹ Поред уговора, односно појединих одредаба уговора, рестриктивни споразуми могу се јавити у облику изричитих или прећутних договора, усаглашене праксе² или одлука облика удруживања учесника на тржишту.³ По узору на право Европске уније, српски законодавац наводи неколико примера рестриктивних споразума: (1) споразуми којима се непосредно или посредно утврђују куповне или продајне цене или други услови трговине; (2) споразуми којима се ограничава и контролише производња, тржиште, технички развој или инвестиције; (3) споразуми у којима се примењују неједнаки услови

1 Вид. Закон о заштити конкуренције Републике Србије (надаље, ЗЗК РС), чл. 10, ст. 1; Уговор о функционисању Европске уније (надаље, УФЕУ), чл. 101, ст. 1.

2 Српски законодавац је концепт усаглашене (договорне) праксе преузео из права конкуренције Европске уније. Концепт усаглашене праксе (енгл. *concerted practice*) осмишљен је како би се омогућило санкционисање оних облика понашања учесника на тржишту којима се нарушава конкуренција, а који не произилазе из прећутног или изричитог договора. Ипак, усаглашена пракса је више од пуког паралелизма у понашању учесника на тржишту. Тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције мора доказати да усаглашено понашање учесника, тј. *de facto* сарадња на тржишту, не може бити објашњено другим, вероватнијим разлозима. Усаглашена пракса доводи до елиминације сваке неизвесности у погледу будућег поступања учесника на тржишту.

3 Удружења привредника могу послужити прикривању дослуха између учесника на тржишту. Удружења пружају институционални оквир за сусрете представника учесника на тржишту, који се касније могу правдати да су само следили одлуке или препоруке удружења. Управо из ових разлога, у право конкуренције ЕУ и Србије уведена је категорија рестриктивних споразума – одлуке облика удруживања учесника на тржишту (енгл. *decision by association of undertakings*). Појам одлуке требало би тумачити екстензивно, тако да може обухватити и статут удружења. У скромној пракси Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије у области санкционисања рестриктивних споразума, наилазимо на решење којим је утврђено да једна одлука облика удруживања учесника на тржишту представља рестриктивни споразум. Вид. *Ветеринарска комора Србије*, решење бр. 4/0-01-293/08-11, 21. новембар 2008. год.

пословања на исте послове у односу на различите учеснике на тржишту, чиме се учесници на тржишту доводе у неповољнији положај у односу на конкуренте; (4) споразуми чије се закључивање условљава прихватањем додатних обавеза које с обзиром на своју природу и трговачке обичаје и праксу нису у вези са предметом споразума; (5) споразуми којима се деле тржишта или извори набавки.

Забрана рестриктивних споразума није апсолутна.⁴ Рестриктивни споразуми могу се изузети од забране појединачно или групно. До групног (колективног, блок) изузећа долази на основу одговарајућег општег правног акта – у праву Србије, на основу уредбе коју доноси Влада, у праву ЕУ – на основу уредбе (енгл. *regulation*) коју усваја Европска комисија. Уредбом се утврђују категорије споразума код којих, по правилу, позитивна дејства надилазе евентуална негативна дејства по конкуренцију на релевантном тржишту. Уредбом се прописују и додатни услови који одређени тип споразума мора испунити како би био изузет, као и максимални временски период трајања изузећа. Додатни услови најчешће се односе на тржишни удео који имају учесници у посматраном споразуму (нпр. може се изузети одређени тип споразума уколико тржишни удео учесника не прелази 20%). Уколико испуњава прописане услове, споразум се од забране изузима „аутоматски“ на основу одговарајуће уредбе. Влада Србије усвојила је три уредбе о групном изузећу од забране рестриктивних споразума – две које се односе на хоризонталне споразуме⁵ и једну која се односи на вертикалне споразуме.⁶ Механизам колективног изузећа споразума има две основне предности. Прво, учесници на тржишту могу једноставним упоређивањем свог споразума са спецификацијом изузетих утврдити да ли је споразум законит или не. Друго, систем доводи до ниских административних трошкова тела за заштиту конкуренције, која не морају да процењују законитост сваког споразума понаособ. Механизам групних изузећа подобан је за изузимање само типичних споразума код којих по правилу не претежу дејства нарушавања конкуренције. У свим осталим случајевима, мора се прибећи другачијем, алтернативном механизму, а то је у српском праву конкуренције механизам појединачног изузећа од

4 За разлику од забране злоупотребе доминантног положаја.

5 Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010); Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010).

6 Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране (*Службени гласник РС*, бр. 11/2010).

забране. Овај механизам подразумева да учесници на тржишту подносе захтев за појединачно изузеће Комисији за заштиту конкуренције, при том доказујући да су испуњени законом прописани услови за изузеће.

У праву конкуренције Европске уније механизам појединачних изузећа напуштен је приликом реформе 2003/2004. године, због тога што је, у комбинацији са системом обавезне нотификације споразума Европској комисији, готово довео до блокаде рада Директората за конкуренцију Европске комисије. Основни разлог за увођење тзв. система самовредновања била је потреба да се Европска комисија ослободи разматрања огромног броја нотификација споразума, који најчешће нису били штетни по конкуренцију.⁷ Споразуми којима се у значајној мери нарушавала конкуренција по правилу нису ни били нотификовани. Уместо тога, уведен је систем самовредновања (самопроцењивања) споразума, у коме је задатак самих учесника да оцене да ли споразум који су закључили испуњава услове за изузеће или не. Међутим, систему самовредновања може се приговорити да ствара одређену дозу правне несигурности. Наиме, учесници могу погрешно проценити да је споразум противзаконит и од њега одустати или, чешће, могу погрешно проценити да је споразум законит, па у накнадно покренутом поступку бити санкционисани од стране тела за заштиту конкуренције.⁸ Како би се макар делом отклонили ови недостаци, задржана је могућност да се од Комисије затраже неформалне смернице о законитости појединог споразума.⁹

7 До ступања на снагу Уредбе бр. 1/2003 (*Службени листи ЕУ*, бр. L 1/1 од 4. јануара 2003. год.) у мају 2004. године Европска комисија била је искључиво надлежна за спровођење забране рестриктивних споразума и забране злоупотребе доминантног положаја (чл. 101 и 102 УФЕУ).

8 На пример, учесници могу погрешно проценити свој тржишни удео и веровати да је споразум изузет због тога што је њихов тржишни удео испод „прага“ који је прописан одговарајућом уредбом. У касније покренутом поступку, тело за заштиту конкуренције може другачије проценити тржишни удео на релевантном тржишту или чак може другачије дефинисати релевантно тржиште.

9 Могућност подношења захтева за давање смерница прописана је како би се умањиле могуће негативне последице по правну сигурност настале престанком важења Уредбе бр. 17/62, јер укидањем система претходне нотификације споразума учесници на тржишту морају сами проценити да ли је споразум законит или не. Неформалне смернице се од Европске комисије могу затражити: (1) уколико се покреће ново правно питање; (2) уколико је корисно да се за разјашњење тог новог питања дају смернице, нарочито због његових значајних економских последица; и (3) уколико је смернице могуће дати само на основу расположивих чињеница, тј. ако никакво додатно прикупљање чињеница није потребно. Вид. Саопштење Комисије о неформалним смерницама о новим питањима која се јављају у појединачним случајевима у погледу чланова 81 и 82 УЕЗ (*Службени листи ЕУ*, бр. C-101 од 27. априла 2004. год., стр. 78–80), § 8.

Као што је већ поменуто, у српском праву конкуренције механизам појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума (још увек) није напуштен. У овом раду тај механизам ће бити подробно анализиран. Најпре ће бити анализирани општи услови под којима споразум може бити изузет, прописани Законом о заштити конкуренције. С обзиром на чињеницу да су услови преузети из права Европске уније, као и на оскудну праксу домаћег тела надлежног за примену прописа о заштити конкуренције, приликом анализирања ових услова у значајној мери ослонићемо се на праксу Европске комисије у периоду који је претходио реформи права конкуренције ЕУ.¹⁰ Након тога, осврнућемо се на одређена процесна питања која су се поставила током спровођења поступка одобравања појединачног изузећа пред Комисијом за заштиту конкуренције Републике Србије.

II Општи услови под којима рестриктивни споразум може бити изузет од забране

Рестриктивни споразуми могу бити изузети од забране уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу.¹¹

10 Постоји још један разлог због кога је оправдано анализирати праксу Европске комисије у овој области. Наиме, на основу чл. 73 Споразума о стабилизацији и придруживању закљученог са Европском унијом, односно чл. 38 Прелазног споразума, Србија је дужна да тумачи домаћа правила о рестриктивним споразумима, злоупотреби доминантног положаја и контроли државне помоћи у складу са критеријумима који проистичу из примене чл. 101, 102, 106 и 107 УФЕУ и интерпретативних инструмената које су усвојиле институције ЕУ, у оним предметима који могу утицати на трговину између Србије и ЕУ. Не видимо препреку да се критеријуми који проистичу из примене права конкуренције ЕУ користе као својеврсно помоћно средство у правном тумачењу и у предметима који не могу утицати на трговину између Србије и ЕУ, а где постоји правна празнина у домаћем праву конкуренције. Исти став заузео је Уставни суд Хрватске, тумачећи истоветни члан споразума о стабилизацији и придруживању закључен између Хрватске и ЕУ. Вид. Уставни суд Хрватске, предмет бр. У-III-1410/2007 од 13. фебруара 2008. год, *Народне новине*, бр. 25/2008.

11 ЗЗК РС, чл. 11; УФЕУ, чл. 101, ст. 3. Док се у пропису ЕУ помиње унапређење производње или промета, у српском пропису је услов постављен кумулативно (унапређење производње и промета). Сматрамо да је реч о ненамерном пропусту приликом рецепције ове одредбе.

1. Унапређење производње или промета, или подстицање техничког или економског напретка

Наведена унапређења, тј. позитивна дејства споразума морају бити објективног карактера – од њих корист мора имати читаво друштво, а не само учесници споразума. Поједини споразум не мора имати све побројане позитивне ефекте; довољно је да се могу утврдити само неки. На пример, споразум о специјализацији¹² може довести до унапређења производње, пре свега услед деловања економије обима.¹³ Споразуми о истраживању и развоју¹⁴ могу, пак, водити техничком и економском напретку. Споразуми између произвођача и дистрибутера, логично, могу водити унапређењу промета.

Поставља се, међутим, питање да ли би овај услов требало тумачити рестриктивно или екстензивно. Рестриктивним приступом ограничили бисмо његову интерпретацију на контекст економске ефикасности. Наиме, рестриктивни споразум био би забрањен уколико би могао водити алокативној неефикасности, а изузет од забране у-

- 12 Споразум о специјализацији је врста хоризонталног споразума којим се уређују услови под којима се учесници на тржишту специјализују у производњи. Јављају се у три основна облика. Споразум о једностраној специјализацији је споразум којим 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. Споразум о узајамној специјализацији је споразум којим 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. Споразум о заједничкој производњи јесте споразум којим се два или више учесника у споразуму обавезују да заједнички производе одређене производе.
- 13 Ситуација у којој просечни трошкови опадају са повећаним обимом производње назива се економија обима (енгл. *economies of scale*). Са повећањем обима производње долази до повећања производне ефикасности, будући да се обара износ просечних трошкова, па тиме и количина ангажованих ресурса по јединици производа. Уколико постоји економија обима, повећање обима производње је пожељно, како са становишта појединачног произвођача, тако и са становишта друштва у целини. Вид. Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за њравнике*, Београд, 2013, стр. 142–148.
- 14 Споразум о истраживању и развоју је врста хоризонталног споразума који се јавља у три основна облика. Најпре, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и/или развој производа или производног процеса и заједничко коришћење резултата истраживања и развоја. Потом, споразум за предмет може имати заједничко коришћење резултата истраживања и/или развоја производа или производног процеса у складу са претходним споразумом између истих учесника на тржишту. Најзад, споразум за предмет може имати заједничко истраживање и развој производа или производног процеса без обавезе заједничког коришћења резултата истраживања и развоја.

лико се тај „недостатак“ може компензовати повећањем производне ефикасности.¹⁵ Европска комисија је недвосмислено одабрала овај рестриктивни приступ.¹⁶ Тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције требало би да у сваком поједином случају утврди: (1) природу ефикасности која наводно наступа услед закључења одређеног споразума, а нарочито да ли је објективног карактера; (2) везу између споразума и ефикасности, која би пожељно требало да буде непосредна а не посредна; (3) вероватноћу наступања ефикасности, као и њен обим; (4) начин и време постизања наведене ефикасности.¹⁷ Позитивна дејства споразума могу произилазити из развоја нове технологије или новог пословног метода, или пак наступити као резултат економије обима¹⁸ или економије опсега.¹⁹ Такође, позитивно дејство споразума може се огледати у одређеном квалитативном унапређењу, што је чест случај код споразума о истраживању и развоју, споразума о заједничкој производњи новог производа или заједничком пружању нове услуге, као и код уговора о лиценци. Учесници на тржишту који су поднели захтев за појединачно изузеће споразума морају изнети убедљиве аргументе у прилог наступања одређене економске ефикасности. Претпоставке, односно спекулације да ће позитивна дејства наступити тело надлежно за заштиту конкуренције, наравно, не може прихватити. Из малобројних решења Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума, која су у целини доступна јавности,²⁰ издвајамо решење о изузећу доне-

15 Алокативна неефикасност произилази из одступања цене производа од граничних трошкова, а доводи до умањења равнотежног обима понуде и увећања равнотежне цене у односу на равнотежу до које долази при савршеном тржишту. Алокативни губитак благостања који наступа представља онај део благостања потрошача који није прерасподељен произвођачу у облику економског профита. Поред умањења друштвеног благостања, алокативна неефикасност индиректно доводи до прерасподеле благостања од потрошача ка произвођачима. Непостојање конкуренције уклања подстицаје монополисти да увећа краткорочну производну ефикасност, а нема ни подстицаја за улагање у истраживање и развој, због чега се не увећава дугорочна производна активност, која се огледа у обарању трошкова по јединици производа. Вид. Борис Беговић *et al.*, *Антимонополска политика у СР Југославији*, Београд, 2002, стр. 10.

16 Вид. нпр. Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора (Службени лист ЕУ, бр. С-101 од 27. априла 2004. год., стр. 97–118), § 11, 32, 33, 42, 48–72.

17 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 52–54.

18 Вид. фусноту бр. 14.

19 Економија опсега (енгл. *economies of scope*) означава ситуацију у којој заједничка производња два или више различитих производа доводи до нижих трошкова по јединици него што би довела одвојена производња тих производа.

20 Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије обавезна је да објави изреку својих решења у Службеном гласнику РС. Наравно, истинско упознавање са прак-

то у предмету *Carnex/Direct Brands/Direct Group*, где је Комисија, ценећи испуњеност првог услова за изузеће, закључила да би се применом уговора о заступању са елементима ексклузивности на страни трговинског заступника „(...) *послила боља дистрибуција и продаја производа, што подразумева дослућност одговарајуће асортимана у највећем броју малопродажних објеката чиме би се постепено продаја, смањило број посредника у трговини и створила могућност за смањење маржи, а самим тим и повећала конкурентност*“.²¹

Екстензивно тумачење првог услова за изузеће од забране рестриктивних споразума подразумевало би уважавање не само разлога економске ефикасности, већ и циљева неких других политика, нпр. индустријске политике, политике запошљавања, регионалне политике, културне политике... Уважавање ових циљева ретко када се изричито помиње у одлукама тела надлежних за примену прописа о заштити конкуренције, што не значи да није присутно у пракси. Као пример изричитог уважавања циљева политике запошљавања и регионалног развоја у пракси Европске комисије можемо навести одлуку донету у предмету *Ford/Volkswagen*, где је Комисија „примила к знању изузетне околности“ које се састоје у отварању великог броја радних места у једном од најсиромашнијих региона у ЕУ. Ипак, одмах је појашњено да се такве изузетне околности могу уважити поврх, а не уместо разлога економске ефикасности.²²

2. Правичан део користи припада потрошачима

Рестриктивни споразум може бити изузет од забране уколико потрошачима обезбеђује правичан део користи. Споразумом се, дакле, не може отежати положај потрошача. Положај потрошача треба да буде побољшан, што ипак не значи да целокупна ефикасност постигнута

сом тела надлежног за примену прописа о заштити конкуренције није могуће без увида у интегрални текст решења, пре свега у образложење одлуке. Због тога тела за заштиту конкуренције у цивилизованим државама објављују одлуке у целини на својим сајтовима, притом штитећи податке који имају карактер поверљивих информација о пословању учесника који је предмет поступка. Домаћа Комисија за заштиту конкуренције, нажалост, истрајава у свом нетранспарентном раду, објављујући интегрални текст решења само у појединим (малобројним) предметима, које бира по само себи знаним критеријумима. Овакав нетранспарентан рад Комисије, по мишљењу аутора, угрожава правну сигурност учесника на тржишту, отежава рад адвокатима и правницима у привреди, те онемогућава критичку анализу рада Комисије од стране стручне и научне јавности.

21 Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-242/2013-27, *Carnex/Direct Brands/Direct Group*, 4. јули 2013. год., стр. 8.

22 Европска комисија, предмет бр. IV/33.814, *Ford/Volkswagen*, 23. децембар 1992. год., § 23, 28 и 36.

споразумом треба да буде преточена у побољшање њиховог положаја. Довољно је да потрошачи, опште узев, имају корист од рестриктивног споразума, тј. од укупних економских ефикасности које генерише споразум. Када је реч о економским користима ценовног карактера, сматра се да је вероватније да ће на положај потрошача позитивно утицати смањење варијабилних трошкова него фиксних трошкова учесника у споразуму, пошто је ценовна политика пре свега условљена варијабилним трошковима и условима тражње.²³ Обим користи која ће припасти потрошачима зависиће од пораста тражње за производом чија цена је смањена.²⁴ Када је реч о економским користима квалитативног карактера, сматра се да на положај потрошача у појединим случајевима позитивно може деловати појава новог производа као последица закључења рестриктивног споразума, и поред чињенице да споразум доводи до повећања цена. Несумњиво је да нови или унапређени производи воде благостању потрошача, али треба пажљиво одмерити да ли ово позитивно дејство споразума надилази негативна дејства по положај потрошача која се обично огледају у могућности повећања цене посматраног производа.²⁵

Приликом оцене испуњености овог услова за изузеће од забране рестриктивног споразума, појам потрошача треба ценити екстензивно тако да обухвати не само крајњег потрошача посматраног производа, већ и све посредне и непосредне кориснике производа (произвођачи који користе посматрани производ као сировину, трговци на велико и на мало...).26

Из праксе Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије издвајамо одлуку о појединачном изузећу од забране рестриктивног споразума донету у предмету *Дунав осигурање/Делџа Ђенерали осигурање*. Реч је о конзорцијуму закљученом између два осигуравајућа друштва која послују на територији Србије. Процењујући да ли овај споразум обезбеђује потрошачима правичан део користи, Комисија је закључила да споразум нема рестриктивне ефекте на тржиште, ни на потрошаче, јер се организује за обављање тачно одређеног посла и нема за циљ трајно и заједничко наступање осигуравајућих друштава

23 Варијабилни трошкови су они трошкови који се мењају са обимом производње. Насупрот томе, фиксни трошкови се не мењају са обимом производње. Типични фиксни трошкови су трошкови капацитета.

24 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 98–99.

25 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 102–104.

26 Ипак, уколико се купац налази далеко од потрошача, питање је да ли ће се погодности прелити до њега. Аргумент удаљености од потрошача Европска комисија користила је, на пример, приликом оцене концентрације учесника на тржишту у предмету *Inco/Falconbridge* (предмет бр. COMP/M.4000, 4. јули 2006. год.).

на тржишту. Лимитираност дејстава уговора о конзорцијуму наглашена је, по мишљењу Комисије, временском ограниченошћу његовог трајања, док сам корисник услуге осигурања ужива већу сигурност у случају осигурања од стране конзорцијума.²⁷

3. Ограничења која се намећу учесницима на тржишту неопходна су за постизање циља споразума

Трећи услов за изузеће од забране рестриктивних споразума могао би се означити као специфичан облик начела сразмерности (пропорционалности): учесницима на тржишту не смеју се наметати ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума. Трећи услов заправо је требало да буде постављен као други услов за изузеће споразума, јер правичан део користи не може припасти потрошачима уколико се учесницима на тржишту намећу ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума.²⁸ У праву конкуренције Европске уније се испуњеност овог услова процењује у два корака. Најпре је потребно утврдити да ли је споразум заиста неопходан како би се постигла одређена економска корист, а потом да ли је ограничење конкуренције које произилази из споразума неопходно за постизање одређене економске користи.

Према томе, тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције најпре би требало да утврди да ли је одређена економска ефикасност специфична за посматрани рестриктивни споразум. Другим речима, надлежни орган заправо треба да утврди да ли постоји неки други, мање рестриктивни начин да се постигне иста економска ефикасност. Након тога, потребно је утврдити да ли је интензитет ограничавања конкуренције, до ког долази услед закључења рестриктивног споразума, заиста неопходан да би се постигла одређена економска ефикасност. Ограничење конкуренције биће неопходно само уколико би у његовом одсуству посматрана економска ефикасност била значајно умањена или у потпуности елиминисана.²⁹ Наравно, она ограничења која су у уред-

27 Комисија за заштиту конкуренције РС, *Дунав осигурање/Делџа Генерали осигурање*, 8. новембар 2012. год., стр. 4. За подробнију анализу праксе Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије у односу на учеснике на тржишту који обављају делатност осигурања вид. Зоран Р. Томић, Наташа Петровић Томић, „Нарушавања конкуренције у осигурању рестриктивним споразумима“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2013, стр. 13–51.

28 На овакво тумачење наводи и чињеница да се у Смерницама Европске комисије о примени чл. 81, ст. 3 УЕЗ најпре анализира трећи, па други услов за изузеће од забране рестриктивних споразума. Тако и: Richard Whish, *Competition Law*, Oxford, 2009, стр. 157.

29 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 75–82.

бама о групном изузећу од забране рестриктивних споразума наведе-на у облику тзв. црних клаузула (нпр. подела тржишта или утврђивање цена), по правилу неће моћи да буду сматрана неопходним ни приликом процењивања испуњености услова за појединачно изузеће. Из малобројних одлука Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума које су у целини доступне јавности није могуће закључити на који начин српско тело за заштиту конкуренције утврђује испуњеност овог услова, пошто се у образложењу одлука, по правилу, једино наводи да је у конкретном случају утврђено да је овај услов испуњен.³⁰

4. Конкуренција на релевантном тржишту или његовом битном делу није у потпуности искључена

Рестриктивни споразум не може бити изузет од забране уколико доводи до искључења конкуренције на релевантном тржишту или његовом битном делу. Што је конкуренција слабија на релевантном тржишту пре закључења рестриктивног споразума, и што више сâм споразум слаби конкуренцију, то је извесније да ће тело надлежно за примену прописа о заштити конкуренције утврдити да се посматраним споразумом искључује конкуренција на релевантном тржишту. Приликом утврђивања испуњености овог услова за изузеће требало би узети у обзир како постојећу, тако и потенцијалну конкуренцију. Подсетимо, под потенцијалном конкуренцијом подразумевамо конкурентски притисак који врше учесници изван релевантног тржишта, који у релативно кратком року могу усмерити инвестиције неопходне ради уласка на релевантно тржиште, чиме ће постати конкуренти посматраном учеснику на тржишту. Приликом идентификовања постојеће конкуренције на релевантном тржишту не треба се ослонити само на критеријум тржишних удела, већ на ширу квантитативну и квалитативну анализу. У праву Европске уније, анализа препрека за улазак на тржиште ослања се, између осталог, на оцену трошкова уласка на тржиште (укључујући иреверзибилне трошкове),³¹ снаге потенцијалних конкурената, регула-

30 Вид. нпр. Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-560/2013-7, *Телеком Србија/DTM Investments*, 13. септембар 2013. год., стр. 10-11: „Након свеобухватне анализе предметног захтева и уговорне документације, Комисија је оценила да предметни уговор не намеће учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума (...).“

31 Иреверзибилни трошкови (енгл. *sunk costs*) су они трошкови који су настали у прошлости, пре одређене пословне одлуке, па та одлука не може да промени њихов износ. Иреверзибилни трошкови се називају трошковима изласка из гране, иако они заправо настају приликом уласка у грану. Уколико су иреверзибилни трошкови високи, потенцијални конкуренти ће теже одлучити да уђу у посматрану

торног оквира, евентуалних улазака на релевантно тржиште у ранијем периоду.³²

Овај услов за изузеће од забране рестриктивних споразума не би требало посматрати издвојено од критеријума за утврђивање доминантног положаја. Наиме, забрана потпуног искључења конкуренције на релевантном тржишту, садржана у овом услову, изражава став законодавца да је основни циљ норме којом се забрањују рестриктивни споразуми – заштита конкурентског надметања. Када се конкуренција елиминише долази до, између осталог, повећања цена и смањеног улагања у истраживање и развој. Норма којом се забрањују рестриктивни споразуми и норма којом се забрањује злоупотреба доминантног положаја имају исти циљ који се огледа у одржању делотворне конкуренције, па четврти услов за изузеће од забране рестриктивних споразума по правилу не може бити испуњен у случају да рестриктивни споразум, тј. понашање предузето на основу њега, представља радњу злоупотребе доминантног положаја. То ипак не значи да сви рестриктивни споразуми које закључи учесник на тржишту који има доминантан положај представљају радњу злоупотребе таквог положаја. На пример, неће постојати злоупотреба доминантног положаја уколико доминантан учесник на тржишту закључи споразум о кооперативном заједничком улагању³³ којим се ограничава конкуренција, али који истовремено доводи до суштинског интегрисања активне.³⁴

У пракси Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије наилазимо на одлуку о појединачном изузећу од забране донету у предмету *Телеком Србија/Центросинерџија*, у којој је Комисија подробније анализирао испуњеност четвртог услова за изузеће. У овом предмету испитивана је могућност изузећа споразума о дистрибуцији који има или може имати елементе ексклузивности. Комисија је закључила да услед споразума неће доћи до искључења конкуренције на релевантним тржиштима, пошто су предвиђени јасни и транспарентни услови за

делатност. Оног тренутка када су иреверзибилни трошкови начињени, они више немају значај за доношење пословних одлука, чак ни одлуке о изласку из гране.

32 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 108–115.

33 Кооперативна заједничка улагања су последица уговора о сарадњи уколико за циљ или последицу имају координацију надметања између учесника на тржишту који настављају да послују као независна правна лица. Уколико, пак, заједничко улагање мења структуру гране, односно уколико правно лице које је настало заједничким улагањем трајно обавља функције које обављају или су обављали учесници на тржишту који су његови оснивачи, ради се о концентративном заједничком улагању. Концентративна заједничка улагања се у праву конкуренције сматрају обликом концентрације учесника на тржишту. Вид. Борис Беговић, Владимир Павић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2012, стр. 63–64.

34 Смернице о примени чл. 81, ст. 3 Уговора, § 105–106.

улазак на тржиште генералне дистрибуције, међусобна контрола учесника, као и систем подстицаја за актере на низводним тржиштима да напредују како би се квалификовали за улазак на вертикално повезано тржиште. На тржишту поддистрибуције, услови пословања указивали су да ће дистрибутер примењивати објективне, једнаке и економски засноване услове према свим учесницима на том тржишту, услед чега не може доћи до значајнијег нарушавања конкуренције.³⁵

III Поступак одобравања појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума

Захтев за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума подноси се Комисији за заштиту конкуренције. Покретање поступка по захтеву странке представља изузетак од општег правила по коме се испитни поступак покреће по службеној дужности.³⁶ Терет доказивања да постоје законом прописани услови за изузеће је на подносиоцу захтева. О појединачном изузећу Комисија доноси решење. У решењу се посебно наводи период на који је изузеће одобрено, као и услови изузећа. Изузеће не може бити дато на период дужи од осам година. Тумачењем ове одредбе закључујемо да осам година није максимални рок за изузимање одређеног рестриктивног споразума, већ је то максимални рок на који се може дати појединачно изузеће.³⁷ Странка може захтевати продужење периода трајања појединачног изузећа посебним захтевом који се подноси најкасније два месеца пре истека тог периода. Уколико одлучи да трајање изузећа продужи, Комисија може одредити исте или различите услове и период трајања појединачног изузећа.³⁸

Решење по захтеву за појединачно изузеће рестриктивног споразума доноси се у року од шездесет дана од дана подношења захтева.³⁹ За издавање решења по поднетом захтеву подносилац плаћа накнаду у висини од 1.200 евра у динарској противвредности, по средњем курсу Народне банке Србије важећем на дан уплате.⁴⁰ Решење Комисије је ко-

35 Комисија за заштиту конкуренције РС, предмет бр. 4/0-03-147/2012-18, *Телеком Србија/Центросинерџија*, 17. јули 2012. год., стр. 36–37.

36 Осим у случају појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума, поступак се води по захтеву странке само још у случају пријаве концентрације. Вид. ЗЗК РС, чл. 36.

37 ЗЗК РС, чл. 12, ст. 3. Тако и: Б. Беговић, В. Павић, *нав. дело*, стр. 66.

38 ЗЗК РС, чл. 60, ст. 3–5.

39 ЗЗК РС, чл. 60, ст. 1.

40 Тарифник о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 49/2011, чл. 2, ст. 2.

начно, а против њега се може покренути управни спор. Законом о заштити конкуренције није прописано ко има право на подношење тужбе против решења Комисије о појединачном изузећу, па ће се у том случају применити општа правила о управним споровима. Законом о управним споровима прописано је да тужилац може бити било које лице коме је управним актом повређено неко право или на закону заснован интерес.⁴¹ Дилему о томе ко све има активну легитимацију за покретање управног спора против решења Комисије за заштиту конкуренције о одобравању појединачног изузећа разрешио је Врховни касациони суд у пресуди донетој у већ помињаном предмету *Телеком Србија/Центросинергија*.⁴²

Наиме, Комисија за заштиту конкуренције изузела је уговор о дистрибуцији закључен између Телекома и привредног друштва Центросинергија. Тим уговором, Центросинергија постала је генерални дистрибутер Телекомових електронских допуна за мобилне телефоне. Центросинергија даље дистрибуира допуне преко своје мало-продајне мреже, као и преко својих поддистрибутера. Уговорено је да Центросинергија буде једини дистрибутер најмање током почетног периода важења уговора, а уговорне стране су у захтеву за појединачно изузеће навеле и да је могуће да ово друштво буде једини дистрибутер и током читавог периода важења уговора. Након закључења овог уговора, Телеком је раскинуо уговоре са осталим дистрибутерима. Управо ти некадашњи дистрибутери поднели су тужбу Управном суду захтевајући поништај решења Комисије којим се уговор о дистрибуцији закључен између Телекома и Центросинергије изузима од забране рестриктивних споразума. Управни суд је, међутим, одбио тужбе дистрибутера, наводећи да тужиоци немају активну легитимацију с обзиром на чињеницу да се нападнутим решењем не дира у њихова права или на закону засноване интересе, већ се решење односи само на права и обавезе учесника изузетог споразума.⁴³ Три од некадашња четири дистрибутера поднела су Врховном касационом суду захтев за преиспитивање судске одлуке. У захтеву су навели да имају активну легитимацију за покретање управног спора против решења Комисије пошто су им решењем повређена права и на закону засновани интереси тиме што је Телеком Србија са њима раскинуо уговоре о дистрибуцији, што је последица закључења изузетог уговора закљученог са Центросинергијом. На тај начин им је онемогућено да обављају своју пословну делатност. Тужиоци су навели и да њихов правни интерес да покрену управни

41 Закон о управним споровима, *Службени гласник РС*, бр. 111/2009, чл. 11. За коментар вид. Зоран Р. Томић, *Управно право*, Београд, 2010, стр. 261–262.

42 Вид. четврто поглавље другог дела овог рада.

43 Управни суд Републике Србије, решење бр. 11 У 11283/12, 25. октобар 2012. год.

спор произилази из чињенице да су у поступку за испитивање повреде конкуренције пред Комисијом за заштиту конкуренције имали право да поднесу иницијативу.⁴⁴ Врховни касациони суд пресудио је, међутим, да тужиоци немају активну легитимацију, јер се оспорени акт односи искључиво на права и обавезе учесника изузетог споразума.⁴⁵ Управни спор против решења Комисије о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума могу, дакле, покренути једино странке које су учествовале у поступку пред Комисијом, односно учесници у изузетом споразуму.

Поређења ради, у праву Европске уније лица која нису учесници у споразуму који је појединачно изузет могу имати активну легитимацију за подношење тужбе за поништај одлуке Европске комисије о одобравању изузећа. Такво тумачење дао је Првостепени суд (данас, Општи суд ЕУ) у предмету *Metropole television et al. v. Commission*.⁴⁶ Тужбу за поништај одлуке Европске комисије⁴⁷ могу, поред тзв. привилегованих тужилаца (институције ЕУ и државе чланице), поднети и физичка и правна лица којих се спорни акт непосредно и појединачно тиче.⁴⁸ У поманутом предмету, Првостепени суд је закључио да су тужиоци имали

44 Поступак за испитивање повреде конкуренције покреће се по службеној дужности (осим поступка одобравања појединачног изузећа од забране рестриктивних споразума), а свако лице може поднети Комисији за заштиту конкуренције иницијативу за покретање поступка. Комисија ни на који начин није везана таквом иницијативом и самостално одлучује да ли ће поступак покренути или не.

45 Врховни касациони суд, предмет бр. 547/2012, 14. фебруар 2013. год. Пресуда је доступна на сајту Врховног касационог суда: <http://www.vk.sud.rs> (10. фебруар 2014. год.).

46 Првостепени суд, спојени предмети бр. Т-528/93, Т-542/93, Т-543/93 и Т-546/93, *Metropole television et al. v. Commission*, 11. јули 1996. год. Одлука о појединачном изузећу, која је предмет овог спора, односила се на споразум о сарадњи закључен између неколико европских произвођача емисије, у циљу унапређивања размене програма између чланова. Сарадња је подразумевала и заједничко стицање и вршење тзв. телевизијских права на пренос спортских догађаја. Произвођачи емисије који су били учесници овог споразума одбили су да уступе овлашћење на реемитовање преноса одређеног спортског догађаја једном емитеру који није био учесник споразума. Након што је Европска комисија донела одлуку о појединачном изузећу од забране споразума, тај емитер је, уз још неколико других произвођача емисије, поднео тужбу за поништај одлуке Комисије о одобравању појединачног изузећа споразума.

47 У овом периоду још увек је важила Уредба бр. 17/62 (*Службени лист ЕЗ*, бр. 13 од 21. фебруара 1962. год.), којом је успостављен систем обавезне нотификације рестриктивних споразума. Европска комисија је тада била искључиво надлежна за одобравање појединачних изузећа од забране споразума. Систем обавезне нотификације важио је до ступања на снагу Уредбе бр. 1/2003 у мају 2004. године.

48 Више о тужби за поништај: Александра Чавошки, Ана Кнежевић Бојовић, Душан Поповић, *Европски суд њравде*, Београд, 2006, стр. 71-82.

појединачни и непосредни интерес за подношење тужбе за поништај одлуке о појединачном изузећу од забране рестриктивних споразума, пошто их је изузети споразум онемогућио да уживају одређене погодности које учешће у њему (споразуму) са собом носи.⁴⁹

Најзад, усвајањем Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, у октобру 2013. године, проширена су овлашћења Комисије за заштиту конкуренције у вези са одобравањем појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума. Комисија је сада овлашћена да укине решење о одобравању појединачног изузећа од забране рестриктивног споразума ако се битно измене услови под којима је изузеће одобрено, односно да решење поништи ако се изузеће заснива на нетачним или неистинито приказаним чињеницама, или ако се изузеће злоупотребљава.⁵⁰

IV Завршне напомене

Механизам групних изузећа од забране рестриктивних споразума примењује се само у односу на типичне рестриктивне споразуме чији учесници имају тржишни удео који не прелази „праг“ прописан одговарајућом уредбом о групном изузећу. Остали рестриктивни споразуми могу се изузети од забране једино на основу појединачног изузећа које одобрава Комисија за заштиту конкуренције Републике Србије. Услови за одобравање изузећа од забране рестриктивних споразума преузети су из права конкуренције Европске уније. Из оних одлука Комисије за заштиту конкуренције које су у целини доступне јавности, може се закључити да домаће тело за заштиту конкуренције неуједначено приступа оцени испуњености појединих услова за изузеће. Наиме, док се испуњеност једних услова подробно образлаже, испуњеност других услова се само констатује. Законом о заштити конкуренције и подзаконским актима нису дате подробније смернице за оцену испуњености услова за појединачно изузеће од забране рестриктивних споразума. Због тога сматрамо да би Комисија за заштиту конкуренције могла да приликом оцене испуњености услова за изузеће као помоћно средство тумачења користи критеријуме који произилазе из праксе Европске комисије и критеријуме који произилазе из Смерница о примени чл. 81, ст. 3 УЕЗ. Наравно, услове за изузеће од забране требало би тумачити и с обзиром на критеријуме установљене домаћим уредбама о

49 Првостепени суд, *Metropole television et al. v. Commission*, § 59–78.

50 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 95/2013, чл. 16, ст. 1. За коментар овог закона вид. Dusan Popovic, „Amendments to the Serbian Competition Act – A Much Needed ‘Fine Tuning’“, *European Competition Law Review*, бр. 3/2014, стр. 124–129.

групном изузећу од забране, уз уважавање специфичности механизма појединачног изузећа. Најзад, с обзиром на опредељење законодавца да, за разлику од права ЕУ, у праву конкуренције Србије задржи механизам појединачних изузећа од забране рестриктивних споразума, проширење овлашћења Комисије за заштиту конкуренције у погледу укидања, односно поништења решења о одобравању изузећа сматрамо неопходним и пожељним. На тај начин, Комисији се омогућава делотворан надзор над поштовањем услова под којима је изузеће одобрено.

Dušan V. POPOVIĆ, PhD

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

INDIVIDUAL EXEMPTIONS FROM PROHIBITION OF ANTI-COMPETITIVE AGREEMENTS IN SERBIAN LAW

Summary

Contrary to EU competition rules and competition rules in most EU Member States, which abolished the system of mandatory notification of anti-competitive agreements as well as the mechanism of individual exemptions from prohibition of such agreements, Serbian legislator opted to maintain the possibility of individual exemptions. Individual exemptions are being granted under general conditions which were modeled upon EU competition law. An agreement may be exempted if it contributes to improving the production and distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and does not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives, and does not afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question. The author analyzes each of these four exemption conditions, while commenting the case law of the Serbian Competition Authority. The author proceeds to the analysis of the rules of procedure, especially with respect to the decision of the Supreme Court of Cassation of the Republic of Serbia adopted in the case Telekom Srbija/Centrosinergija, and the Amendments to the Serbian Competition Act adopted in October 2013.

Key words: *competition law, anti-competitive agreements, exemption, economic efficiency.*