

др *Ивана РАКИЋ*
Комисија за заштиту конкуренције, Београд
спољни сарадник Института за упоредно право *

УЧЕШЋЕ ИНИЦИЈАТОРА РЕСТРИКТИВНОГ СПОРАЗУМА У ПОКАЈНИЧКОМ ПРОГРАМУ – PRO ET CONTRA

Резиме

У раду се анализирају ефекти учешћа иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму у праву конкуренције на настанак и одржање рестриктивних споразума. Аутор указује на то да се због чињенице да учешће иницијатора има велики значај за делотворност покајничког програма поставља питање како треба поступати са иницијатором у покајничком програму. Разматрајући питање да ли иницијатору рестриктивног споразума треба дати право да учествује у покајничком програму, аутор закључује да оба приступа, тј. и учешће иницијатора у покајничком програму и његово искључење из овог програма, могу бити целисходна у одвраћању учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума.

Пружање могућности иницијатору рестриктивног споразума да учествује у покајничком програму уноси неповерење између учесника у дослуху, чиме се отежава закључивање рестриктивних споразума и унапређује покајнички програм. Искључивање иницијатора из покајничког програма такође има снажан ефекат одвраћања и може да дестабилизује дослух између учесника на тржишту, што значи да и ово решење увећава делотворност покајничког програма. Зато је важно анализирати разлоге за учешће иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму и разлоге против његовог учешћа у овом програму.

Кључне речи: *покајнички програм, иницијатор, рестриктивни споразуми, картели, право конкуренције.*

* Ставови изнесени у раду лични су ставови аутора и не одражавају нужно ставове Комисије за заштиту конкуренције Републике Србије.

I Значај покајничког програма у праву конкуренције

У земљама које имају савремене прописе о заштити конкуренције, оптимална политика заштите конкуренције скоро да се не може замислити без правила о покајничком програму (енг. *leniency program*) као једном од најзначајнијих елемената политике према рестриктивним споразумима. Општеприхваћено правило у упоредном праву јесте да политика према рестриктивним споразумима треба све више да се заснива на деловном покајничком програму, јер се применом правила о покајничком програму остварује двострука улога: не само што служе откривању и доказивању рестриктивних споразума, већ се овим правилима отежава, односно умањује вероватноћа закључивања нових рестриктивних споразума. Покајнички програм, односно програм ослобађања од казне и умањења казне учесницима рестриктивних споразума који пријаве споразум у којем учествују сматра се најједноставнијим инструментом за откривање и доказивање рестриктивних споразума, а њиме се истовремено остварује и важна превентивна улога, будући да програм представља значајан механизам генералне превенције, тј. одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума (*deterrent effect*).¹

Увођење покајничког програма у право конкуренције представља отуда својеврсну револуцију, пошто се радикално мења „нормалан” начин спречавања, откривања и доказивања рестриктивних споразума – тела надлежна за заштиту конкуренције замењују традиционалне методе откривања и доказивања рестриктивних споразума (нпр. пријаве купаца, односно потрошача, ревизије, ненајављени увиђаји – енг. *dawn raids*) добро осмишљеним покајничким програмом који омогућава учесницима у рестриктивном споразуму да сами пријаве споразум у којем учествују и, под одређеним условима, избегну казну.²

Покајнички програм се заснива на идеји да се стварањем додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум заправо „подстакне” нестабилност дослуха и унесе неповерење између тржишних учесника који учествују у дослуху (према начелу *divide et*

1 Више о томе вид. Patricia Carmona Botana, „Prevention and Deterrence of Collusive Behavior: The Role of Leniency Programs”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 13, No. 1/2006, 49–52; Giancarlo Spagnolo, „Leniency and Whistleblowers in Antitrust”, *Handbook of Antitrust Economics* (ed. Paolo Buccirossi), Cambridge, Massachusetts, 2008, 262–265; Gregory J. Werden *et al.*, „Deterrence and detection of cartels: Using all the tools and sanctions”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2/2011, 223–225.

2 G. Spagnolo, 259.

*impera*³), како би се увећала вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања тржишних учесника који не поштују прописе о заштити конкуренције. На тај начин се стварају услови за остваривање важног ефекта генералне превенције, као основног циља покајничког програма: умањење вероватноће закључивања рестриктивних споразума, односно стварање подстицаја свим учесницима на тржишту да не крше прописе о заштити конкуренције. Основу такве политике према рестриктивним споразумима чини стварање веродостојне претње да ће недозвољени дослук између учесника на тржишту бити откривен, чиме се истовремено превентивно делује с циљем отежавања постизања дослуха. Зато се приликом анализе покајничког програма у ствари утврђује како он утиче на стварање подстицаја за дослук, односно на стварање подстицаја за изигравање дослуха.

Учесници у рестриктивном споразуму суочени су са противречним подстицајима, тако да рестриктивне споразуме карактерише инхерентна нестабилност: с једне стране, учесници су мотивисани да се усаглашавају како би избегли конкуренцију и остварили већи профит од профита који би остварили без дослуха, а с друге стране, имају подстицај да изиграју дослук и повећају обим производње како би максимизовали сопствени профит. Због тога сваки учесник има инхерентни подстицај да први изигра дослук и тако избегне ситуацију у којој ће он бити изигран, а дослук урушен, јер је свестан да сви учесници у дослуху тако размишљају и да такво размишљање може урушити дослук између учесника на тржишту.

Овакво понашање учесника у дослуху и постојање противречних подстицаја објашњава се примером који је у теорији игара (енг. *theory of games*) познат као затвореникова дилема (енг. *prisoner's dilemma*). Тај теоријски налаз се користи и код примене правила о покајничком програму, па се покајничким програмом доприноси нестабилности дослуха, стварањем додатних подстицаја учесницима да изиграју дослук.⁴ Зато сваки учесник у дослуху полази од тога да је боље да он први изигра, односно пријави дослук, него да он буде пријављен и кажњен. Тиме не само што се увећава вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања његових учесника, него се отежава закључивање нових рестриктив-

3 *Ibid.*, 262 (фн. 10) и 297.

4 P. Carmona Botana, 56–61; Phillip C. Zane, „Price Fixer’s Dilemma: Applying Game Theory to the Decision of Whether to Plead Guilty to Antitrust Crimes”, *Antitrust Bulletin*, No. 1/2003, 6–17; Christopher R. Leslie, „Antitrust Amnesty, Game Theory, and Cartel Stability”, *Journal of Corporation Law*, No. 2/2006, 455. и даље.

них споразума: учесници на тржишту нису спремни да закључе рестриктивни споразум с другим учесницима уколико сумњају да би они касније могли да их пријаве и уколико постоји мала вероватноћа да ће постигнути дослух бити одржив.

Ипак, делотворност покајничког програма у великој мери зависи од учешћа иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму, будући да решење према којем се и иницијатор може ослободити од казне или којем та казна може бити умањена, неминовно има ефекте на настанак и одржање рестриктивних споразума са супротним смером деловања.⁵ С једне стране, такво решење може увећати делотворност покајничког програма и заштиту конкуренције, будући да могућност ослобађања иницијатора може додатно утицати на нестабилност дослуха између учесника на тржишту, а с друге стране, ослобађање иницијатора може умањити значај покајничког програма и заштиту конкуренције, с обзиром на то да се тиме доприноси стварању и стабилности дослуха на тржишту (*pro-collusive effect*). Механизам уочених ефеката на закључивање и одржање рестриктивних споразума са супротним смером дејства биће касније детаљно објашњен у раду, а њихово постојање допушта могућност да се постави питање да ли би свим учесницима у рестриктивном споразуму требало пружити могућност коришћења покајничког програма, имајући у виду да су иницијатори рестриктивног споразума обично изузети из њега, односно да немају право на ослобађање од казне или на њено умањење. Иако већина земаља прихвата решење према којем иницијатор нема право да учествује у покајничком програму, изражена су бројна мишљења да би могућност учешћа у покајничком програму требало проширити на све учеснике у рестриктивном споразуму.

Да би се одговорило на питање да ли иницијатору рестриктивног споразума треба омогућити право учешћа у покајничком програму, потребно је анализирати које од два могућа решења (учешће иницијатора у

5 Друго ограничење покајничког програма које може да умањи његову делотворност односи се на могућност подношења тужбе за накнаду штете због повреде права конкуренције против учесника који је ослобођен од казне или којем је казна умањена (покајник). Покајник није ослобођен од одговорности за штету која настаје услед закључења рестриктивног споразума, тако да оштећена лица могу против њега да поднесу тужбу за накнаду штете и да штету надокнаде у парничном поступку. На тај начин слабе подстицаји учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве споразум и сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, јер откривањем рестриктивног споразума они излажу себе опасности да плате одштету оштећеним лицима. Вид. Ивана Ракић, „Покајнички програм и одговорност за штету због повреде права конкуренције”, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2014, 244–260.

покајничком програму или његово искључење из овог програма) може више увећати делотворност покајничког програма. Пошто и једно и друго решење може бити целисходно у спровођењу политике према рестриктивним споразумима, потребно је утврдити позитивне и негативне ефекте учешћа иницијатора у покајничком програму, односно објаснити механизам њиховог деловања, што би могло да буде својеврсна полазна основа за детаљнија истраживања уочених ефеката којима би се утврђивало који од тих ефеката претеже, поређењем њихове релативне снаге. Тек на основу резултата такве анализе могло би се одговорити на питање да ли учешће иницијатора у покајничком програму може да поспеши или отежа дослух, тј. успостављање и спровођење рестриктивних споразума, а све у циљу проналажења оптималног решења са становишта делотворности покајничког програма и заштите конкуренције на тржишту.

Због тога је овај рад посвећен анализи позитивних ефеката који би настали услед учешћа иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму, а који се огледају у стварању додатних подстицаја учесницима у рестриктивном споразуму да пријаве тај споразум, али и анализи негативних ефеката оваквог решења, будући да се учешћем иницијатора у покајничком програму може значајно увећати вероватноћа закључивања (и последично, одржања) рестриктивних споразума, и тиме умањити делотворност покајничког програма. Оваквом анализом обухватиће се при томе правила Републике Србије о покајничком програму, због чега ће и истраживање бити ограничено на програм ослобађања од *новчане* казне или њеног умањења.⁶

II Услови за ослобађање од новчане казне и смањење новчане казне

Покајнички програм у Републици Србији уређен је Законом о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/05), према којем, учесник рестриктивног споразума, који је *први* Комисији за заштиту конкуренције пријавио постојање споразума или доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о повреди конкуренције услед спровођења рестриктивног споразума, ослобађа се од обавезе плаћања новчаног износа мере за-

6 У праву Републике Србије (као и у праву ЕУ), због повреде прописа о заштити конкуренције изриче се новчана казна, због чега се покајнички програм односи на ослобађање од ове врсте санкције. Ипак, потребно је имати у виду да у упоредном праву, закључивање рестриктивног споразума може бити предвиђено као кривично дело, тако да се покајнички програм у том случају односи и на кривичне санкције (нпр. у праву САД или праву неких европских земаља).

штите конкуренције (чл. 69). Учесник може бити ослобођен од новчане казне под условом да Комисија, у тренутку достављања доказа, није имала сазнање о постојању рестриктивног споразума, или је имала сазнање али није имала довољно доказа да донесе закључак о покретању поступка.

За разлику од Закона о заштити конкуренције из 2005 (*Службени гласник РС*, бр. 79/05), сада се води рачуна о улози коју су учесници у рестриктивном споразуму имали у његовом закључењу, па је примена покајничког програма ограничена тако да у њему не могу да учествују учесници који су иницирали закључење споразума. Право на ослобађање од новчане казне или на њено умањење отуда имају само они учесници који нису иницијатори или организатори споразума, и који нису принудили или подстрекавали друге учеснике на закључење или спровођење споразума.⁷ То значи да иницијатори рестриктивних споразума, према правилима Републике Србије, не могу ни под којим условима учествовати у покајничком програму (енг. *discriminatory leniency program*).⁸

Учеснику рестриктивног споразума који пријави забрањени споразум, а који не испуњава услове за ослобађање од новчане казне, новчана казна 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 конкуренције због закључења рестриктивног споразума. Учесницима који нису први пријавили споразум, казна дакле може бити само умањена, и то под условом да нису иницијатори закљученог рестриктивног споразума.⁹

III Разлози за учешће иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму

Већина мишљења која се износе у прилог учешћу иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму полазе од основног аргумента који се истиче у корист самог покајничког програма и који се

7 Смернице за примену чл. 69 Закона о заштити конкуренције и Уредбе о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције (даље у тексту: Смернице), доступно на адреси: <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Smernice-za-primenu-cl-69-i-uredbe-o-oslobadjanju.pdf>, 15.1.2015, т. 2 и 3.

8 За разлику од права Републике Србије, у праву ЕУ иницијатор има право да учествује у покајничком програму (енг. *non-discriminatory leniency program*), али је то право ограничено само на смањење новчане казне. Вид. Ивана Ракић, „Осврт на „покајнички“ програм у праву конкуренције ЕУ“, *Европско законодавство*, бр. 49-50/2014, 185–195.

9 Смернице, т. 36.

отуда може искористити и за оправдање учешћа иницијатора у овом програму. Као што се применом правила о покајничком програму подстиче нестабилност постигнутог дослуха на тржишту, тако се и давањем могућности иницијатору да и он буде ослобођен од казне или да му казна буде смањена уноси још веће неповерење између учесника у дослуху и стварају додатни подстицаји свим учесницима у споразуму да га пријаве. На тај начин се увећава вероватноћа откривања рестриктивних споразума и кажњавања учесника у забрањеном споразуму, што значи да учешће иницијатора у покајничком програму може допринети делотворности покајничког програма.

Према овим мишљењима, учешће иницијатора додатно би утицало на нестабилност дослуха, јер би, с једне стране, иницијатор (из различитих разлога) имао подстицај да пријави споразум ако зна да може бити ослобођен или да му казна може бити умањена, а с друге стране, остали учесници би морали да воде рачуна о откривању споразума знајући да чак и иницијатор може да буде ослобођен уколико пријави споразум. Неповерење у све учеснике у дослуху (укључујући иницијатора) које се на овај начин ствара доприноси лакшем откривању закључених споразума, али делује и превентивно, будући да нико од учесника неће ступити у дослух уколико зна да је он нестабилан и да не може опстати због тога што и иницијатор има подстицај да га изигра.¹⁰

Уколико, међутим, иницијатор нема право да учествује у програму, он нема никакав подстицај да изигра дослух и пријави споразум (с обзиром на немогућност ослобађања од казне, тј. знајући да ће бити кажњен), па такав подстицај губе и остали учесници у споразуму, јер знају да је дослух стабилан бар због тога што га иницијатор неће изиграти. Искључење из покајничког програма дакле доприноси изградњи поверења између учесника у дослуху, будући да се више верује оном учеснику, тј. иницијатору, за кога се зна да ће пријавом споразума много изгубити. Осим тога, смањење броја учесника који имају право на ослобађање од казне утиче и на смањење вероватноће да ће остали учесници бити кажњени, а смањење очекиване вредности њихове казне истовремено доприноси лакшем усаглашавању учесника на тржишту.¹¹ То значи да би

10 G. Spagnolo, 268; C. R. Leslie, 479.

11 C. R. Leslie, 479; Jesko Herre, Alexander Rasch, The deterrence effect of excluding ringleaders from leniency programs, доступно на адреси: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2009&paper_id=159, 17.1.2015, 5.

искључење иницијатора из покајничког програма допринело стабилности и закључењу рестриктивних споразума.¹²

Друга група разлога којима се оправдава учешће иницијатора у покајничком програму полази од улоге иницијатора коју он има у закључењу и спровођењу рестриктивног споразума и од значаја његовог сведочења у поступцима утврђивања повреде конкуренције услед спровођења рестриктивног споразума.¹³ Иницијатори имају кључну улогу у настанку дослуха и обезбеђивању његове стабилности, јер они почињу преговоре о приступању дослуху, организују састанке учесника у дослуху, прикупљају информације и врше њихову размену, обезбеђују редовну, сигурну и богату размену информација, врше надзор над понашањем осталих учесника у дослуху, имају увид у осетљиве пословне информације и сл. Због овакве улоге иницијатора, у литератури се и наглашава значај њиховог евентуалног сведочења у поступку утврђивања повреде конкуренције и поставља се питање како треба поступати са иницијатором у покајничком програму да би се умањила вероватноћа закључивања рестриктивних споразума.¹⁴ Пошто би се сведочењем иницијатора (као учесника у споразуму) обезбедио најснажнији и можда најкориснији доказ о постојању рестриктивног споразума и учињеној повреди конкуренције, сматра се да је учешће иницијатора у покајничком програму у том смислу неопходно да би се на најједноставнији начин обезбедио овако значајан доказ у поступку заштите конкуренције.

Посебна група мишљења указује на то да се због различитог поступања са иницијатором у покајничком програму од осталих учесника у споразуму јавља опасност да остали учесници изгубе подстицај да пријаве споразум уколико постоји ризик да ће у поступку одобравања учешћа у покајничком програму неко од њих бити означен као иницијатор пријављеног споразума и на тај начин кажњен.¹⁵ Неуједначено тумачење пој-

12 C. R. Leslie, 478–479; Maria Bigoni *et al.*, „Fines, Leniency and Rewards in Antitrust: An Experiment“, *IFN Working Paper*, No. 738/2008, 27–28; Michael Hesch, „The Effects of Ringleader Discrimination on Cartel Stability and Deterrence – Experimental Insights“, *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Vol. 3, No. 1(5)/2012, 26–27 и 37; Clemens Georg *et al.*, *Do Leniency Policies facilitate Collusion? Experimental Evidence*, Discussion Paper, No. 130/2014, 2014, 20–21.

13 C. R. Leslie, 480; Daniel D. Sokol, „Cartels, Corporate Compliance, and What Practitioners Really Think About Enforcement“, *Antitrust Law Journal*, Vol. 78, No. 1/2012, 215; J. Herre, A. Rasch, 2–3.

14 J. Herre, A. Rasch, 2–3.

15 C. R. Leslie, 480; G. Spagnolo, 268; Klawiter Donald C., *U.S. Corporate Leniency after the Blockbuster Cartels: Are We Entering a New Era?*, European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2006 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 3–4; Bos Iwan *et al.*, „Cartel Rin-

ма иницијатор, односно дилеме око тога ко се сматра иницијатором могу дакле одвратити учеснике у споразуму да га пријаве, што умањује делотворност покајничког програма. Неизвесност у погледу примене правила о покајничком програму може деловати дестимулативно за учеснике у споразуму, будући да је за њих најважније да са сигурношћу знају да ли имају право на ослобађање од новчане казне, односно да ли је јасно ко ће бити означен као иницијатор споразума. Да би се избегле недоумице у вези са тумачењем и применом правила о иницијатору, према овим мишљењима, чини се да је боље да сви учесници имају иста права у покајничком програму, тј. да и иницијатор има право на ослобађање од новчане казне или на њено умањење.

На основу наведених мишљења може се закључити да учешће иницијатора у покајничком програму може ојачати покајнички програм и да се на тај начин може обезбедити веома важно сведочење иницијатора у поступку утврђивања повреде конкуренције. Давањем могућности свим учесницима у споразуму да остваре право на ослобађање од новчане казне или на њено умањење доприноси се слабљењу поверења између учесника у споразуму, тако да се учешће иницијатора у покајничком програму може делимично оправдати.

IV Разлози против учешћа иницијатора рестриктивног споразума у покајничком програму

У настојању да се сагледају сви ефекти учешћа иницијатора у покајничком програму на делотворност овог програма, морају се анализирати и негативни ефекти таквог решења на заштиту конкуренције. Учешћем иницијатора у покајничком програму умањују се ефекти генералне превенције, тј. одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума, јер се пружањем могућности ослобађања од евентуалне казне стварају подстицаји иницијатору и другим учесницима да приступе стварању дослуха. То значи да се учешћем иницијатора у покајничком програму увећава вероватноћа закључивања (и последично, одржања) рестриктивних споразума, и тиме умањује делотворност покајничког програма. Зато су веома снажни и аргументи који се наводе у прилог преовлађујућем решењу у упоредном праву, према којем иницијатор нема право на ослобађање од новчане казне ни на њено умањење. Због тога чак и они аутори који се залажу за другачије решење признају

gleaders and the Corporate Leniency Program“, *CCP Working Paper 11-13*, Economic and Social Research Council, University of East Anglia and Centre for Competition Policy, 2011, 3.

да учешће иницијатора у покајничком програму може допринети стварању и стабилности дослуха на тржишту и тиме умањити значај овог програма и ослабити заштиту конкуренције на тржишту.¹⁶

Уколико иницијатор нема право на ослобађање од казне, већа је вероватноћа да рестриктивни споразум неће бити закључен, јер иницијатор нема подстицај да организује стварање дослуха ако зна да на њега не могу да се примене критеријуми блажег поступања, односно да не може да избегне казну због повреде конкуренције. Иницијатор дакле неће ни улазити у дослук, пошто зна да ће бити кажњен, односно да неће бити ослобођен. Уколико зна да нема право на „покајање”, иницијатор није спреман да се упусти у незаконито деловање, јер се увећава вероватноћа његовог кажњавања, што у великој мери слаби подстицаје за настанак и одржање рестриктивних споразума. У таквим околностима, сваки потенцијални иницијатор, односно потенцијални учесник у дослуху овако размишља и на тај начин може да „одложи” ступање у дослук (или у потпуности да одустане од дослуха) све док неки други учесник на тржишту не преузме иницијативу за закључење рестриктивног споразума, односно стварање дослуха.¹⁷ Ефекат одвраћања од закључивања рестриктивних споразума у овом случају огледа се у томе што сваки учесник на тржишту чека да неки други учесник на тржишту постане иницијатор, јер жели да сачува своје право да учествује у покајничком програму и на тај начин умањи очекивану вредност казне, односно вероватноћу кажњавања.¹⁸

Дакле, као најснажнији аргумент против учешћа иницијатора у покајничком програму може да се истакне снажан ефекат одвраћања од закључивања рестриктивних споразума који се испољава услед могућности кажњавања иницијатора, тј. његовог искључења из покајничког програма. Искључењем иницијатора из покајничког програма увећава се вероватноћа кажњавања иницијатора и откривања рестриктивног споразума, што значајно јача ефекат одвраћања и унапређује заштиту конкуренције на тржишту, услед веће делотворности покајничког програма. Што је ова вероватноћа већа, мања је вероватноћа да ће иницијатор организо-

16 M. Bigoni *et al.*, 27; J. Herre, A. Rasch, 3–6.

17 M. Bigoni *et al.*, 27; D. D. Sokol, 216; B. Iwan *et al.*, 3.

18 Наведено понашање учесника на тржишту може се објаснити стратегијом слепог путника коју они примењују. Њихово понашање пример је ситуације која настаје приликом приватног пружања јавног добра, са нултом понудом као исходом, тако да уколико сви учесници примењују стратегију слепог путника (а сви они имају подстицај да је примењују, јер желе да учествују у покајничком програму), рестриктивни споразум неће ни бити закључен.

вати спровођење дослуха на тржишту, због чега је генерална превенција снажнија, односно снажније је одвраћање потенцијалног иницијатора од незаконитог поступања.¹⁹

Најважнији чинилац који утиче на одлуку неког учесника на тржишту да буде иницијатор дослуха или да приступи већ створеном дослуху јесте очекивана вредност казне, а управо та вредност одређује снагу ефеката генералне превенције, односно механизма одвраћања од закључивања рестриктивних споразума.²⁰ Иницијатор рестриктивног споразума, као потенцијални учесник у покајничком програму, рационално разматра своје незаконито поступање, па тако *ex ante* процењује не само висину и врсту запређене казне, него и вероватноћу откривања рестриктивног споразума и изрицања и извршења казне.²¹ Уколико је ова вероватноћа велика, иницијатор нема подстицај да ствара дослух, па ће се и уздржати од његовог организовања.

На тај начин искључење иницијатора из покајничког програма, тј. немогућност ослобађања иницијатора од новчане казне, делује као ефикасно средство којим се превентивно делује (умањује се могућност закључивања нових рестриктивних споразума), јер се управо у том случају увећава очекивана вредност казне, односно вероватноћа кажњавања иницијатора.²² Иницијатор је тада свестан да се очекивани трошкови његовог неконкурентног понашања увећавају, а да дослух неће бити стабилан због могућности да га остали учесници изиграју јер имају право на ослобађање од новчане казне или на њено умањење. Ако дакле постоји мала вероватноћа одржања дослуха, а велика вероватноћа његовог изигравања, тј. откривања и кажњавања иницијатора, иницијатор неће ни да ствара дослух. Уколико би се, међутим, иницијатору дозволило да учествује у покајничком програму, вероватноћа његовог кажњавања, односно очекивана вредност казне би се умањила, па би иницијатор имао подстицај да ствара дослух.

19 Борис Беговић, „Економска теорија генералне превенције: основна питања”, *Crimen*, бр. 1/2010, 51–52.

20 Очекивана вредност казне јесте производ запређене казне и вероватноће да ће та казна бити извршена, односно вероватноћа да ће учинилац незаконите радње бити откривен, правноснажно осуђен, а казна извршена. Вид. *Ibid.*, 51.

21 Приликом овакве анализе претпоставља се да моралне скрупуле иницијатора немају никакву улогу у доношењу одлуке о стварању дослуха, јер би се у супротном вероватноћа стварања дослуха свакако умањила.

22 В. Iwan *et al.*, 3.

Може се отуда закључити да учешће иницијатора у покајничком програму може утицати на настанак и одржање дослуха између учесника на тржишту, односно да може допринети њиховом стварању. То би могло да значи да иницијатору не би требало дати право на ослобађање од новчане казне или на њено умањење, јер би се у супротном умањили ефекти генералне превенције, тј. одвраћања од закључивања рестриктивних споразума. Политика према рестриктивним споразумима треба да се заснива на отежавању закључивања рестриктивних споразума, а спровођење такве политике омогућава управо покајнички програм у којем иницијатор нема право учешћа.

V Закључна разматрања

На основу досадашњег излагања може се закључити да је питање учешћа иницијатора у покајничком програму веома важно, али и контроверзно, будући да, с једне стране, могућност ослобађања иницијатора од казне може подстаћи нестабилност дослуха на тржишту и тиме увећати делотворност покајничког програма, а да, с друге стране, и искључење иницијатора из покајничког програма може увећати делотворност покајничког програма јачањем ефеката генералне превенције. Зато се чини да се могућност ослобађања иницијатора од казне или умањења казне не може у потпуности оправдати, јер се учешћем иницијатора у покајничком програму истовремено умањују ефекти одвраћања учесника на тржишту од закључивања рестриктивних споразума и увећавају подстицаји за изигравање дослуха и пријаву споразума телу надлежном за заштиту конкуренције.

Да би се одговорило на питање да ли је учешће иницијатора у покајничком програму целисходно, потребно је извршити додатна истраживања како би се утврдило колика је релативна снага ефеката које учешће иницијатора у покајничком програму има на умањење вероватноће настанка и одржања рестриктивних споразума у односу на ефекте које на умањење ове вероватноће има другачије решење, тј. искључење иницијатора из покајничког програма. На основу оваквих истраживања могло би се одговорити и на питање да ли би у праву Републике Србије *de lege ferenda* требало изменити постојеће решење, према којем иницијатор рестриктивног споразума нема право да учествује у покајничком програму, и да ли би требало прихватити решење које постоји у праву ЕУ (према којем иницијатор има право на умањење новчане казне), будући да би се током наставка поступка обавезног усклађивања националног права са

правом ЕУ такво решење можда могло „наметнути”. За сада није могуће са сигурношћу тврдити које се од ова два решења може сматрати оптималним, као ни то да ли би применом правила о покајничком програму требало обухватити и иницијаторе рестриктивног споразума, будући да није у потпуности јасно у којој мери би такво решење увећало подстицаје учесницима у рестриктивном споразуму да га пријаве и да сарађују са телом надлежним за заштиту конкуренције, и тиме увећало делотворност покајничког програма, односно заштиту конкуренције на тржишту.

Ivana RAKIĆ, PhD
Commission for Protection of Competition, Belgrade

CARTEL RINGLEADER'S PARTICIPATION IN THE LENIENCY PROGRAM – PRO ET CONTRA

Summary

The article analyses the effects of cartel ringleader's participation in the leniency program on the sustainability of collusion. The author points out that the fact that ringleaders' participation plays an important role for effective leniency program raises the question how antitrust authorities should deal with ringleaders. Therefore, the article focuses on whether cartel ringleader should be given the chance to apply for leniency.

The author finds that both approaches, i.e., allowing the ringleader to apply for leniency and excluding it from doing so, may be a useful means to restrain cartel activity. Giving ringleaders the opportunity to participate in the leniency program may seed distrust among cartel members which may finally deter cartelization and therefore enhance leniency program. Excluding ringleaders from leniency program at the same time has a strong deterrence effect and may destabilize collusion, which means that denying leniency to cartel ringleaders may also enhance leniency program. That is why it is important to analyse the pros and cons of cartel ringleader's participation in the leniency program.

Key words: *leniency program, ringleader, restrictive agreements, cartels, competition law.*