
ЧЛАНЦИ

УДК: 339.137.27 ; 346.545

CERIF: S 144

ТИП РАДА: ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23301A

др **Сања ДАНКОВИЋ СТЕПАНОВИЋ***
редовни професор Универзитета у Београду – Факултета
политичких наука, Србија

ЗНАЧАЈ ПРЕВЕНТИВНИХ МЕРА ЗА ОДВРАЋАЊЕ ОД ЗЛОУПОТРЕБЕ ДОМИНАНТНОГ ПОЛОЖАЈА**

Сажетак

Предмет рад је анализа ризика од повреде конкуренције у случајевима доминантног положаја на тржишту у свим развојним фазама. Циљ рада је представљање примарног модела анализе, који осим санкционисања повреде подразумева најпре праћење усклађености пословања са правилима о заштити конкуренције од стране тржишног учесника, а затим и могућности наодбе у ситуацији када је постојао иста повреда конкуренције већ покренути.

Закључак је да у случају преласка доминантног положаја на тржишту у забрањену злоупотребу, с обзиром на неопходност чврстих критеријума оцене, велики значај има ex-ante преглед. Тежиште се помера уназад, са санкционисања понашања на превентивно постојање и значајнију улогу тржишног учесника у домену процене ризика повреде конкуренције.

* Електронска адреса аутора: sanja.dankovic@fpn.bg.ac.rs.

** Рад је подржан средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије на основу Уговора о реализацији и финансирању научно-истраживачког рада НИО у 2023. години, број: 451-03-47/2023-01.

Кључне речи: Злоупотреба доминантног положаја на тржишту.
– Самоевалуација ризика. – Програма усклађености
исловања. – Прекид пословања за искључивање повреда
конкуренције. – Култура конкуренције.

И Доминантан положај као тржишна ситуација између (економске) оправданости и (правне) претње

Доминантан положај на тржишту има сложену двовалентну структуру, с обзиром на то да представља разумљиву тежњу ка пословном расту и ефикасности учесника, са једне, и претњу од његове злоупотребе, са друге стране. Тако, са индивидуалног аспекта пословног субјекта посматрано, оправдано понашање јесте истовремено и потенцијално опасна ситуација на односном тржишту спрам интереса конкурената и потрошача.

Домаће право концепт доминантног положаја заснива на тржишној снази учесника која му омогућава значајну независност у пословању у односу на друге категорије субјеката.¹ Европски суд правде у случају *Hoffmann La Roche v. Commission*² доминантан положај на тржишту везује за учесника који „поседује економску снагу која му омогућава да предупреди делотворну конкуренцију на тржишту тиме што она даје моћ да се у знатној мери понаша независно од конкурената, купаца и потрошача.“³

Значајна регулаторна измена у домаћем праву у погледу утврђивања доминантног положаја учињена је укидањем позитивне претпоставке постојања за учесника чији удео на релевантном тржишту износи најмање 40%, односно најмање 50% у случају колективне доминације. Вредност тржишног удела постаје индикатор поседовања значајне тржишне снаге уз друге факторе, као што су висина удела других тржишних

1 Закон о заштити конкуренције – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 51/09, 95/13, чл. 15 ст. 1. Категорија тржишне снаге учесника је вишеккомпонентна и променљива; препознаје као основне следеће критеријуме: структуру релевантног тржишта, тржишни удео пословног субјекта – с тим да је значајан индикатор постојања доминације вредност већа од 40% на релевантном тржишту, економска и финансијска снага субјекта, степен вертикалне пословне интегрисаности, стварни и потенцијални конкуренти, правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту, технолошке предности, права интелектуалне својине и објективна тржишна снага купца. Вид. Закон, чл. 15 ст. 2.

2 С 85/76 *Hoffmann La Roche v. Commission* (1979), ECR 461.

3 Маја Станивуковић, *Суд правде Европске уније и право конкуренције*, Београд, 2010, 96.

учесника, постојање и природа препрека уласку на односно тржиште од стране потенцијалних конкурената или постојање доминације на страни купца. У процесном смислу, повољнији положај тржишног учесника огледа се у непостојању категоријалне претпоставке поседовања доминантног положаја, који се утврђује у сваком појединачном случају, а терет доказивања је на Комисији за заштиту конкуренције као надлежном органу.⁴ Са аспекта генералне превенције, међутим, ово решење је мање повољно јер у објективном смислу сужава поље квалификације доминантног положаја увођењем додатних, по правилу квалитативних и комплекснијих критеријума и пошто у субјективном смислу усложњава поступање надлежног органа. Разлози регулаторне измене могу бити вишеструки – од тежње ка прецизнијем и правичнијем решењу које ће укључити већи број разнородних критеријума оцене, преко интенције усклађивања са решењима европског права, до процене да су позитивни ефекти примене ранијег легислативног модела⁵ у домаћем тржишном амбијенту (у односу на потоњи из 2009. године) израженији.

Доминантан положај на тржишту, индивидуалан или колективан, настаје као резултат појединачног раста субјекта или као резултат пословне концентрације, када доминација постаје међустаница ка потенцијалној злоупотреби.⁶ Повећан степен опреза се претпоставља, јер концентрација води доминацији.⁷ Уговорни однос такође представља основ за остваривање злоупотребе доминантног положаја, који се оставарује у истом амбијенту као и повреда у случају рестриктивног споразума.⁸ Олигополске ситуације су често оквир поседовања доминантног положаја једног или групе субјеката, који имају правну или фактичку моћ да самостално одређују услове пословања без обзира на интересе других учесника.⁹

Природан и разумљив циљ учествовања у тржишној утакмици јесте тежња, односно остваривање доминантног положаја, и његовог

4 Претходно законско решење, на снази до 2013. године, терет доказивања постојања доминантног положаја установљавало је за Комисију за заштиту конкуренције само у случајевима када је вредност тржишног удела била мања од 40%, односно 50% у случају колективне доминације.

5 Закон о заштити конкуренције (*Службени гласник РС*, бр. 79/05) предвиђао је постојање доминантног положаја на релевантном тржишту у ситуацији када учесник пословне одлуке доноси независно од понашања конкурената, односно добављача, купаца и крајњих корисника робе или услуга.

6 Paul Craig, Grainne de Burca, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford – New York, 2011, 359.

7 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, Београд, 2001, 487.

8 Радован Вукадиновић, Јелена Вукадиновић Марковић, *Увод у индустријску и право Европске уније*, Београд, 2020, 331.

9 Радован Вукадиновић, *Право Европске уније*, Београд, 1995, 236.

даљег јачања, сходно каузи максимизације профита као тежишне тачке сваке пословне активности. Наспрам економски разумљиве тежње ка расту пословне моћи, ефикасности и вредности тржишног удела¹⁰ стоји подједнако оправдана подозривост ка иманентној (дакле могућој, или чак вероватној) злоупотреби доминантног положаја. Право конкуренције стога има сложен задатак утврђивања критеријума за дефинисање границе када тржишно понашање из доминантног положаја прелази у злоупотребу, односно повреду конкуренције. Полазна је претпоставка да стицање и одржавање доминације нису недопуштени, укључујући и способност тржишног учесника да сузбије конкуренцију дозвољеним средствима.

За разлику од случајева повреде конкуренције услед рестриктивних споразума када је противправност иницијално заснована на договору и сарадњи субјеката којима је, напротив, иманентан такмичарски однос базиран на супротстављености пословних интереса услед тежње ка остварењу што повољнијег резултата у тржишној утакмици, препознавање преласка доминантног положаја на тржишту у ситуацију злоупотребе,¹¹ којом се значајно ограничава, нарушава или спречава конкуренција, знатно је, у домену квалификације, сложенији поступак.

Са једне стране, јасно је да снага обавезује и захтева од учесника који поседује доминантан положај на тржишту додатне мере опреза како линија ка злоупотреби не би била пређена. Са друге стране, регулаторни критеријуми за одређивање злоупотребе нису и не могу бити сасвим прецизни, што уноси знатан степен правне несигурности у тржишним односима. Циљ овог рада је да укаже на неадекватност модела чије је тежиште на утврђивању и санкционисању повреда конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја, већ се сугерише шири контекст сагледавања и вишестепеност поступања. Сврха рада је истицање значаја делимичног превентивног, претходног поступања и активне улоге тржишног учесника у случају поседовања доминантног положаја на тржишту индиректно, аналогно контроли пословних концентрација.

Правни модел који би подразумевао самоевалуацију, нагодбу, санкционисање повреде и евентуално увођење у домаће право шире могућности примене правила разума – да су позитивни ефекти понашања превалентни у односу на негативне, био би адекватан одговор на сложено питање када летитимна доминација на тржишту прераста у злоупотребу и повреду конкуренције.

10 Gunnar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011, 179.

11 Закон, чл. 16 ст. 2 наводи ситуације које се нарочито имају сматрати злоупотребом доминантног положаја на тржишту, дакле не све.

II Самоевалуација – анализа и минимизирање ризика

Први корак у поступку који би превенирао поседовање доминантног тржишног положаја од његове злоупотребе јесте самоевалуација, као додатна мера опреза учесника, у циљу оцене и минимизирања ризика од повреде конкуренције. Претходни услов представља дефинисана граница када тржишни положај прераста у злоупотребу, која остаје да буде регулаторно јасно повучена.

Квалификација злоупотребе доминантног положаја везана је преваходно за критеријуме који потврђују да тржишни учесник остварује предности које не би биле могуће при пуном дејству конкуренције на односном тржишту.¹² Са аспекта европског права конкуренције прихваћен је концепт објективне злоупотребе доминантног положаја, при чему се као релевантно узима фактичко тржишно понашање, а не мотиви или намера учесника (који, међутим, касније могу бити релевантни приликом утврђивања санкције). Истоветни поступци „недоминантних“ субјеката, супротно принципу једнаког поступања, не подлежу забрани, заправо разумљиви су са аспекта тежње ка побољшању тржишне позиције. У том смислу, упитна је адекватност термина „објективни концепт“, јер се иницијално полази од категоризације тржишних учесника на доминантне и остале, и даље правно правило за исто понашање примењује „различно према различитима“. Поседовање доминантног положаја тако представља посебну одговорност и додатну обавезу његовог носиоца да оно не би прерасло у злоупотребу.¹³

Околност да учесник који има доминантан положај није изложен пуном дејству конкуренције на тржишту претпостављено не укључују његову одговорност за такав пословни амбијент. Међутим, она постоји у погледу повећаног степена опреза приликом доношења пословних одлука, са аспекта њиховог могућег утицаја на интересе конкурената, потрошача и целокупног тржишног амбијента.

У праву конкуренције Европске уније, забрањена је злоупотреба доминантног положаја који се нарочито састоји у: „посредном или непосредном наметању куповних или продајних цена или других услова трговине; ограничавању производње, испоруке или техничког развоја на штету потрошача: примењивању неједнаких услова на истоветне трансакције са различитим трговинским партнерима стављајући их у

12 У том смислу се као релевантне јављају и околности наступања неправедне штете за конкуренте и потрошаче и постојање неадекватне користи за тржишног учесника – у светлу процене да ли би искоришћавање одређених ефеката било могуће само у случају доминантног положаја или и у другим случајевима.

13 C-322/81 *Michelin v. Commission* (1983), ECR 3461.

неравноправни положај; условљавању уговарања посла прихватањем додатних обавеза од стране партнера, које по својом природи или трговачким обичајима нису везане за предмет уговора.¹⁴

Иницијатива да се тежиште анализе злоупотребе доминантног положаја са претпостављене повреде конкуренције помери уназад и укључи и фазу процене ризика од нарушавања конкуренције и усклађености пословања са регулаторним оквиром од стране самог тржишног учесника, значајно доприноси превенцији негативних ефеката. Израда програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције, као интерног акта пословног субјекта, у складу са Смерницама Комисије за заштиту конкуренције РС,¹⁵ је још један облик додатне одговорности учесника са доминантним положајем. Истовремено, превентивно деловање које доношење и примена овог акта омогућава значајно минимизира ризик од повреде конкуренције и санкционисање таквог понашања, штитећи тиме директно и интересе односног тржишног учесника.

У домаће право је на овај начин уведен значајан вид подршке тржишним субјектима са доминантним положајем у погледу тога како пратити сложена, често недовољно прецизна правила конкуренције и кретати се по танкој линији између економског оснаживања и злоупотребе у комплексном, флуидном тржишном амбијенту.

Средишњу тачку модела представља управљање ризицима, како до повреде конкуренције не би дошло, а усклађено са остваривањем пословних циљева субјекта. Анализа процене ризика заснована је и на следећим битним критеријумима: величина и правна форма учесника, ресурси који се користе, обим пословних активности, специфичности сектора и одлике односног тржишта, природа конкурентског окружења, баријере за улазак на тржиште, државна регулатива, чланство у пословном удружењу.¹⁶

Учесник на тржишту који поседује доминантан положај налази се у сложеној ситуацији јер носи највиши степен ризичног понашања. Он је искључив у погледу радњи затварања тржишта и оних којима се експлоатишу купци, а заједнички је са осталим категоријама учесника у погледу договора о ценама, подели тржишта и рестриктивним споразумима. Злоупотребе које проистичу из поседовања доминантног

14 Уговор о функционисању Европске уније, чл. 102 ст. 2.

15 Смернице за израду програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције (*Compliance*) – Смернице, Комисија за заштиту конкуренције РС, 2021, доступно на адреси: <https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2021/12/Smernice-za-izradu-programa-uskladjenosti-poslovanja-sa-propisima-o-za%C5%A1titi-konkurencije.pdf>, 15. 3. 2023, 3.

16 *Ibid.*, 6.

положаја могу бити у ценовном домену или везане за неки други вид понашања тржишног учесника – на пример, одбијање пословне сарадње са одређеним субјектом,¹⁷ која претпостављено јесте израз слободног избора. Поседовање доминантног положаја неспорно носи додатну одговорност у погледу опреза приликом доношења пословних одлука, али истовремено не би требало да буде нарушена слобода уговарања и избора пословног модела сарадње уколико то не резултира ризиком од повреде конкуренције.

Тржишна доминација омогућава креирање сопствених услова пословања, а то се првенствено испољава кроз утицај у домену ценовне политике. Доминантан положај се може злоупотребити, односно произвести негативне ефекте¹⁸ у односу на потрошаче или конкуренте. Експлоатативна злоупотреба доминантног положаја, усмерена према купцима, односи се на наметање прекомерних цена. Ексклузивна злоупотреба, усмерена према конкурентима, у ценовном домену најчешће подразумева предаторно формирање цена.¹⁹ У категоризацији према тежини облика повреде конкуренције услед злоупотребе доминантног положаја, случајеви који имају за циљ или последицу, непосредно или посредно, наметање неправичне куповне или продајне цене спадају у прву групу веома тешких повреда конкуренције.²⁰

Утврђивање нереално ниских цена, наспрам очекиване тенденције наметања што виших, па и неутемељено високих цена ради максимизације профита, води индиректно истом недопуштеном исходу повреде конкуренције. Вредност цена која је нижа од трошкова производње указује на интенцију учесника који има доминантан положај да га ојача истискивањем конкурентата из тржишног такмичења.²¹ Реч је о стратегији која укључује свесно прављење губитка у пословању, како би се са тржишта искључили конкуренти који, мање снажни, у таквом ценовном амбијенту не могу да послују или да се онемогући улазак новима. Концепт предаторних цена²² остварује се у три фазе:

17 Осетљива је граница између пословне и уговорне слободе да се одређена сарадња реализује или не и потенцијалне радње ексклузивне злоупотребе. Вид. Смернице, 9.

18 Mark A. Lemley, Christopher Leslie, *Antitrust*, Chicago, 2004, 138.

19 Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005, 753.

20 Louis Kaplow, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013, 231. Вид. Смернице, 12.

21 Francesko Russo, Maarten Pieter Schinkel, Andrea Gunster, Martin Carree, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010, 17.

22 У случају *Tetra Pak International SA v. Commission* (Case C-62/86, Court of Justice, (1996) ECR I-5951, (1997) 4 CMLR 662) Европска комисија је утврдила постојање

утврђивање и примена цена које су ниже од трошкова, затим јачање доминантног положаја у циљу истискивања конкурената са тржишта, и најзад наметање политике прекомерних цена или другог модела експлоатативног понашања према потрошачима (као што је дискриминација). Сличан аналитички амбијент као база даље квалификације тржишног поступања постоји и у случају ексклузивне злоупотребе, где штетне последице злоупотребе трпе конкуренти.²³

Опречна ситуација експлоатационе злоупотребе доминантног положаја претпостављено је најлакше установљива у случају прекомерних цена, које нису засноване на реалном трошковном принципу и усмерена је ка купцима. Реч је о повреди која је претпостављено лакше уочљива и доказива, с обзиром на иницијалну допуштеност, па и пожељност са аспекта потрошача ситуације (нереално) ниских цена. Економска анализа као основа за оцену постојања повреде конкуренције има чврсто утемељен и широко постављен основ за извођење закључка да уставновљене цене нису засноване на трошковном принципу.²⁴

У случају *United Brands v. Commission* као прекомерне су оцењене цене које немају разумне везе са економском вредношћу коју производ генерише, односно корисности коју има за потрошаче. Ценовна анализа у оваквим случајевима врши се кроз двостепени тест којим се најпре упоређују трошкови производње, односно пружања услуге и цене, а затим ако је разлика значајна, приступа се даљем истраживању евентуалне неправичности цене *per se* и у односу на цене производа конкурената.²⁵

III Могућност прекида испитног поступка на основу примене мера отклањања повреде конкуренције

Снага значи одговорност, па је основано увести обавезу учесника са доминантним положајем на тржишту да прати своје пословање спрам потенцијалних нарушавања правила конкуренције и процењује ризик

радњи ексклузивне злоупотребе које се односе на предаторске цене, а Суд правде је потврдио решење. Два битна елемента су анализирана у овом предмету. Прво је везано за континуитет предаторног утврђивања цена (у овом случају у периоду од пет година) које су биле значајно ниже од просечних трошкова. Утврђено је и да критеријум намере није конститутиван за постојање злоупотребе у случају предаторских цена, резултатно чему је терет доказивања негативно профилисан и на страни је доминантног тржишног учесника у погледу истискивања конкурената са релевантног тржишта.

23 Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Portland, 2010, 171.

24 Damien Geradin, Anne Layne-Farrar, Nicolas Petit, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012, 220.

25 *United Brands v. Commission*, 27/76, ECR 207 (1978 1 CMLR 429).

од њене повреде. Друга могућност се односи на нагодбу током поступка испитивања повреде конкуренције који се прекида услед прихвата мера²⁶ које је учесник спреман да предузме ради отклањања, односно спречавање потенцијалних повреда конкуренције. Трећи сегмент остаје санкционисање злоупотребе доминантног положаја, када су штетне последице већ наступиле.

Полазећи од противречне економско-правне природе доминантног положаја на тржишту и његове злоупотребе, као и нејасне границе допуштеног пословног и недопуштеног антиконкурентног понашања у овим случајевима, могућност договора да се поступак испитивања конкуренције прекине има велики значај. Превентивни значај примене мера наглашен је у домену отклањања повреда конкуренције које су потенцијалне и процесно нису утврђене (јер се поступак прекида) – чиме се штетни ефекти предупређују.

Уведен у домаће право 2013. године,²⁷ институт прекида поступка услед нагодбе најшири домен примене има управо у области претпостављене злоупотребе доминантног положаја. На предлог странке која исказује спремност да преузме мере (понашања или структурне) у циљу заштите и подизања нивоа ефективне конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције оцењује њихову подобност. Неопходно је за позитивну одлуку о прекиду поступка да предложене активности буду адекватне да би претпостављена опасност била анулирана и да након њихове примене не би постојао основ оправдане сумње у повреду конкуренције.

Применом овог модела постиже се двоструко позитиван ефекат: ниво ефективне конкуренције је виши у односу на претпостављену ситуацију да односне мере на тржишту нису примењене и позитивне последице по конкуренцију наступају у краћем року, у односу на случај да се чекало на окончање поступка.

Са друге стране, у случају прекида поступка, надзор над тржишним понашањем учесника се наставља и може бити донет закључак о наставку поступка у случају непоштовања договореног или битно измењених околности.²⁸

Потенцијални негативни утицај могућности прекида поступка на генералну превенцију је у значајној мери минимизиран са три аспекта.

26 Реч је о мерама понашања (налога за предузимање или забране) и структурним мерама (уколико је повреда последица тржишне структуре). Вид. Закон, чл. 59 ст. 1–3.

27 Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 95/13.

28 Закон, чл. 58 ст. 4: „утврди да је вероватно...“.

Прво, Комисија за заштиту конкуренције има широко дискреционо поље да предлог странке не прихвати (и у ситуацији када објективни показатељи указују другачије) и такву одлуку не мора образложити – дакле, са аспекта тржишног учесника остаје неизвесност (и консеквентан ризик) да ли ће поступак бити прекинут. Друго, прекинут поступак испитивања повреде конкуренције може бити настављен у року од три године од дана доношења закључка о прекиду.²⁹ Најзад, изрицањем мера поље превенције се шири и на потенцијалне – могуће повреде конкуренције, а не само оне које су у поступку испитивања и утврђене.

Услед сложености квалификације и доказивања повреде конкуренције у случајевима злоупотребе доминантног положаја, институт прекида поступка на основу нагодбе представља значајан други круг у коме процена ризика од нарушавања конкуренције може бити изнова сагледана, и одлука коригована у правцу правичног поступања. Радње које могу представљати злоупотребу доминантног положаја квалификују се у сваком појединачном случају с обзиром на његове специфичне околности, имајући у виду да значајан сегмент пословних активности у тој категорији истовремено представља и легитимну стратегију за повећање конкурентности односног учесника на тржишту путем подизања нивоа економске ефикасности.³⁰

IV Уместо закључка

Злоупотреба доминантног положаја као облик повреде конкуренције базирана је на три тежишне тачке: доминантан положај на тржишту–злоупотреба–санкција.

Прва премиса од које се у анализи пошло односи се на унутрашњу противречност економски оправдане тежње тржишног учесника за остваривањем и јачањем доминантног положаја и правне претње коју она може имати по интересе конкурената, потрошача и друштва у целини. Када легитимна тежња постаје нелегално понашање је сложено питање на које одговор не може бити једнообразан.

Друга премиса се односи на околност да утврђивање линије када доминантан положај злоупотребом прераста у повреду конкуренције представља једно од најсложенијих питања у праву конкуренције, с обзиром на непостојање јасних критеријума за утврђивање злоупотребе. Овој врсти квалификације и поступка иманентна је опасност од

29 Закон, чл. 58 ст. 4 и 7.

30 Борис Беговић, Владимир Павић, Душан Б. Поповић, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019, 91.

погрешног исхода у оба правца – екстензивног или преуског тумачења злоупотребе, што резултира повишеним ризиком у домену правичног поступања. Процена злоупотребе изводи се на основу различитих критеријума, који се између осталог односе на: оцену да ли се ефекти могу остварити само на основу поседовања доминантног тржишног положаја, наступање неправедне штете за трећа лица и постојање неадекватне користи за односног тржишног учесника. Међутим, сложеност, па донекле и флуидност, института проистиче из немогућности претходног давања чврсте и заокружене дефиниције злоупотребе,³¹ при чему стандарди свакако постоје, уз околност да истоветне радње субјекта који нема доминантан положај и не би представљале противправно понашање. Стога је и у домену квалификације и санкционисања оправдано оставити одређени простор за примену правила резона.

Аналогно постојању могућности изузимања од забране рестриктивних споразума, који су *per se* забрањени и ништави,³² и у домену забране рестриктивног споразумевања може се оставити могућност процене прокомпетитивног и антикомпетитивног дејства тржишне активности и њиховог поређења пре заузимања правног става.

Као трећа премиса стога се јавља недовољна правна сигурност тржишних учесника који имају доминантан положај, у погледу латентне опасности да њихово поступање буде квалификовано као злоупотреба и недозвољено, али и свих других категорија субјеката чији интереси могу бити оштећени. У ситуацији немогућности стипулисана до краја прецизних нормативних критеријума, за тржишне учеснике са доминантним положајем, осим праћења правних стандарда и праксе у овој области, значај превентивног поступања добија на значају, а тиме и израда Програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције како би се евентуално приближавање демаркационој линији преласка доминације у злоупотребу благовремено уочило и избегло.

Полазећи од три наведена става, закључак иде у правцу потребе ширег домена сагледавања овог института и тростепеног модела поступања. Фокус је могуће померити са радње злоупотребе уназад и не акцентовати само моменат повреде конкуренције, нити злоупотребу доминантног положаја „*per se*“. Полазиште је став да снага обавезује, и да тржишни учесник који поседује доминантан положај има значајну улогу у самоконтроли тржишног понашања. Могуће је, дакле, применити и други правац анализе и квалификације доминантног положаја, како би

31 Закон наводи ситуације које се нарочито имају сматрати злоупотребом доминантног положаја (чл. 16 ст. 2).

32 Закон, чл. 10 ст. 3.

се превентивним контролним механизмима минимизирала вероватноћа злоупотребе као последице.

Израда програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције као унутрашњи акт представља стога значајан регулаторни искорак домаћег права, који омогућава праћење и процену ризика од нарушавања конкуренције од самог почетка, и од стране тржишног учесника.

Друга процесна могућност се односи на прекид већ покренутог поступка испитивања повреде конкуренције на предлог странке, који надлежни орган оцени подобним да анулира разумну опасност по нарушавање конкуренције. Реч је о нагодби, над чијим ефектима се на даље спроводи надзор.

Трећи сегмент остаје резервисан за класичан поступак утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја и његово санкционисање.

Анализа ове категорије потенцијалне повреде конкуренције заснива се на два конститутивна елемента, субјективном и објективном. Први се тиче квалификације доминантног положаја одређеног субјекта. Као објективни показатељ јавља се утврђивање преласка границе ка злоупотреби. Да би било реч о повреди конкуренције, оба услова морају бити кумулативно испуњена. Понашања која се квалификују као повреда конкуренције од стране субјекта са доминантним положајем, за друге учеснике могу бити допуштен облик настојања да се тржишна позиција унапреди.³³ Снага обавезује на опрез и обзир.

Домаћи регулаторни оквир имао је реверзибилну динамику, полазећи примарно од последњег, класичног облика поступања, да би 2013. године, кроз измене и допуне Закона, била уведена опција нагодбе, а 2021. и *ex ante* приступ, кроз могућност самопроцене ризика и превентивног поступања, сходно Смерницама. Док је у поступку због повреде конкуренције носећа улога надлежног органа, у ситуацији нагодбе реч је о споразуму две стране, а код израде и примене програма усклађености пословања са прописима о заштити конкуренције носилац активности је сам тржишни учесник.

У домаћем праву, доношењем Смерница је иницијално рестриктивни регулаторни оквир сагледан у ширем контексту и индиректно ублажен, а законска решења прецизирана и појашњена. Увођењем још једног степеника процене омогућено је стабилније усмеравање пословања субјеката који имају доминантан положај, како не би била пређена често замагљена демаркациона линија која води у злоупотребу. Тржишним учесницима је олакшано да ситуацију поседовања, односно јачања доминантног положаја квалификују и адекватно прате.

33 Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 87.

Јаснији су критеријуми када она прелази у повреду императивне норме. Омогућено им је да превентивно поступају, а прецизирани су критеријуми када доминантан положај на тржишту прераста у повреду конкуренције. Смернице дају значајну подршку тржишним учесницима у домену усклађивања пословања (превасходно изразом односног програма) са правилима о заштити конкуренције и на тај начин доприносе превенцији.

Тростепени механизам контроле – пре и после ситуације потенцијалне злоупотребе доминантног положаја на релевантном тржишту, доприноси вишем степену правичности у домену заштите конкуренције у овој области. Омогућено је како превентивно деловање, тако и могућност нагодбе уколико до покретања поступка дође, а зависно од карактеристика сваког појединачног случаја.

Постоји могућност да је односно понашање било механизам одбране легитимних пословних интереса, или неопходан услов за подизање ефикасности, тако да позитивни ефекти премашују оне негативне по конкуренцију.³⁴ Примена правила резона у овом домену, које домаће право не препознаје, резултирала би искључењем одговорности уколико тржишни учесник докаже да је понашање било неопходно, да су његови позитивни ефекти већи од негативних у погледу нарушавања конкуренције и да такво понашање за последицу нема елиминисање ефективне конкуренције.³⁵

Сегментарни приступ који узима у обзир ужу ситуацију процене и санкционисања повреде конкуренције која је проистекла из доминантног положаја, при чему не постоје директни економски критеријуми као подлога за квалификацију да је осетљива линија ка злоупотреби пређена, чини се недовољним и неретко доводи у питање принципе правичности и правне сигурности. У амбивалентним случајевима непостојање јасних критеријума када пословно разумљива доминација прераста у правно неприхватљиву злоупотребу, потребно је применити шири приступ сагледавања и вишестепеност поступања.

Увођење превентивних мера поступања у област потенцијалне злоупотребе доминантног положаја резултира смањењем степена вероватноће повреде конкуренције. На овај начин подигнут је степен културе конкуренције у домаћем праву, па и етичности пословне конкуренције. Даје се могућност избора учеснику који има доминантан

34 *Ibid.*, 91.

35 Смернице о приоритетима Комисије за спровођење закона у примени члана 82 Уговора ЕЗ о злоупотреби ексклузивног понашања доминантних субјеката (*Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 of the EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings*, OJ C 45, 24. 2. 2009).

положај на тржишту и истовремено пружа додатна заштита конкурената, потрошача и јавног интереса.

Коришћена литература

- Беговић Борис, Павић Владимир, Поповић В. Душан, *Увод у право конкуренције*, Београд, 2019. (Begović Boris, Pavić Vladimir, Popović V. Dušan, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd, 2019)
- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, Београд, 2001. (Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo*, Beograd, 2001)
- Вукадиновић Радован, Вукадиновић Марковић Јелена, *Увод у институције и право Европске уније*, Београд, 2020. (Vukadinović Radovan, Vukadinović Marković Jelena, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Beograd, 2020)
- Geradin Damien, Layne-Farrar Anne, Petit Nicolas, *EU Competition Law and Economics*, Oxford, 2012.
- Ezrachi Ariel, *EU Competition Law*, Portland, 2010.
- Kaplow Louis, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, 2013.
- Lemley Mark A., Leslie Christopher, *Antitrust*, Chicago, 2004.
- Niels Gunnar, Jenkins Helen, Kavanagh James, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford, 2011.
- Russo Francesco, Chinkel Maarten Pieter, Gunster Andrea, Carree Martin, *European Commission Decisions on Competition*, New York, 2010.
- Станивуковић Маја, *Суд правде Европске уније и право конкуренције*, Београд, 2010. (Stanivuković Маја, *Sud pravde Evropske unije i pravo konkurencije*, Beograd, 2010)
- Hovenkamp Herbert, *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Cambridge – Massachusetts, 2005.
- Craig Paul, De Burca Grainne, *The Foundations of European Union Competition Law – The Objective and Principles of Article 102*, Oxford, 2011.

Sanja DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, PhD
Full Professor at the University of Belgrade Faculty of Political Sciences,
Serbia

SIGNIFICANCE OF PREVIOUS PREVENTIVE MEASURES FOR INHIBITION OF ABUSE OF A DOMINANT MARKET POSITION

Summary

Subject of this paper is an analysis of the risks of a competition infringement in the case of a dominant position on the market at all development stages. The aim of the paper is to present a tripartite model of analysis, which, apart from the sanctioning of the infringement, assumes firstly synchronisation of carrying out business activities with the rules of protection of competition on the part of the market participant, as well as the possibility of a compromise on the situation when the research procedure has already been started.

It is concluded that in the case of crossing the permitted dominant position at a market into prohibited abuse, having in mind a situation where there are no stable rules for assessment, ex ante approach is of great significance. The market is moving backwards, from sanctioning behaviour to preventive behaviour and a more significant position of the market participant in a role of estimation of the level of risk of the competition infringement.

Key words: *Abuse of a Dominant Market Position. – Risk Self-Assessment. – Compliance Program. – Commitment Decision. – A Competition Culture.*

Датум пријема рада: 30. 3. 2023

Датум исправке рада: 25. 7. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 8. 2023.