

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**“Упоредноправна анализа надлежности,
организације и праксе тела за заштиту права
конкуренције у САД, ЕУ и Србији”
(МАСТЕР РАД)**

Ментор
Доц. др Александар Мојашевић

Студент
Петар Пешић
Број индекса: М-021/15-О

Ниш, 2016.

САДРЖАЈ

УВОД	1
I ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ САД	4
1. Настанак Федералне комисије за трговину	4
2. Улога Федералне комисије за трговину.....	7
3. Закон о Федералној Комисији за Трговину.....	8
4. Шерманов закон	12
5. Клејтонов закон	14
6. Смернице за сарадњу између конкурената	16
7. Пракса у примени права конкуренције у САД.....	19
7.1. "Standard Oil" случајеви	19
7.1.1. <i>Standard Oil Co. of New Jersey v. United States</i> 221 U.S. 1 (1911).....	19
7.1.2. "Стандардне станице"	21
7.2. Комисија против „Hutchinson Trading Stamp”	22
7.3. Министарство правде против Вилијема Гејтса	23
II ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ	24
1. Основе права конкуренције у ЕУ	24
2. Улога институција ЕУ у погледу заштите права конкуренције	25
3. Преглед и анализа најважнијих прописа који регулишу право конкуренције у ЕУ ²⁷	
3.1. <i>Забрањене активности у оквиру члана 101 УоФЕУ</i>	30
3.2. <i>Картелски споразуми</i>	32
3.3. <i>Забрањене активности у оквиру члана 102 УоФЕУ</i>	33
3.4. <i>Ефекти Регулative</i>	35
4. Радње које Европска Комисија може предузети у случају повреде права конкуренције	36
5. Истражне радње које Комисија може предузети.....	41
5.1. <i>Увиђај</i>	42
5.2. <i>Казне које Комисија може изрећи</i>	43
5.3. <i>Повлачење у индивидуалним случајевима</i>	47
6. Пракса у примени права конкуренције у праву ЕУ	48
6.1. "Microsoft" случај пред Европским Судом Правде	48
6.2. "Microsoft" II	51
6.3. <i>Авионски летови на релацији Европа – Северна Америка</i>	52
6.4. „Јабука раздора“	55
6.5. <i>Картел произвођача камиона</i>	57
III ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	58

1. Настанак и улога Комисије за заштиту конкуренције у Србији	58
2. Закон о заштити конкуренције.....	60
3. Преглед најважнијих подзаконских прописа које примењује Комисија за заштиту конкуренције.....	65
4. Пракса у примени права конкуренције у праву Републике Србије.....	68
4.1. <i>Случај компанија које се баве производњом дувана</i>	<i>68</i>
4.2. <i>Случајеви млекара</i>	<i>69</i>
4.3. <i>Случај компаније „Фриком“</i>	<i>72</i>
5. Предлози за унапређење положаја Комисије за заштиту конкуренције у Србији ...	76
ЗАКЉУЧАК	78
ЛИТЕРАТУРА.....	80
Сажетак.....	88
БИОГРАФИЈА.....	92

УВОД

Питање заштите права конкуренције се у целом свету поставља већ више од једног века. Пракса у овој области зачета је у Сједињеним Америчким Државама, и многи примери добре праксе из ове државе покушавају се, са мањим или већим успехом, копирати у другим деловима света. Сматра се да је конкуренција „битан атрибут тржишта“.¹ Такође, влада мишљење и да је слобода тржишне конкуренције економски услов за ефикасно деловање тржишта као механизма расподеле, али и логички услов за успостављање структуре модерног предузећа у којем се сви фактори подвргавају јединственој циљној функцији.² За формирање слободног тржишта и омогућавање привредног раста и развоја привреде нужно је било одредити „правила игре“ којих би се учесници на тржишту придржавали. На тај начин би се спречила појава нелојалне конкуренције која би се негативно одразила на поједине учеснике на тржишту, као и мултипликација негативних ефеката и угрожавање нормалног функционисања тржишта у целини. Такође, није редак случај и да учесници на тржишту желе да своје конкуренте истисну како би освојили цело тржиште, односно постали монополисти. Из тих разлога се посвећује пажња заштити права конкуренције и омогућавању несметаног функционисања тржишта. Унутар Европске уније (ЕУ) је врло брзо истакнута потреба да се заштити право конкуренције како би се омогућило остварење једне од основних идеја водила приликом стварања ове наднационалне заједнице, а то је слобода унутрашњег тржишта.

Главни фактор у заштити права конкуренције јесу институције које се тим питањем баве. Занимљиво је то да у САД и ЕУ, као и у Србији, главна институција која се бави заштитом конкуренције носи назив *Комисија*. Ово је само један од бројних показатеља да се примери добре праксе, макар и симболични, врло лако преносе са једног на други крај света.

Овај рад има за циљ да испита на који начин је у ове три јурисдикције (САД, ЕУ и Србија) уређено функционисање главне институције која се бави заштитом права конкуренције (Комисије) кроз преглед прописа и начина примене истих у пракси тих земаља.

Различите институције имају одређена овлашћења у оквиру заштите конкуренције. Главној институцији, која уобичајено носи назив *комисија*, дата су у

¹ Б. Забел, *Нелојална конкуренција*, Правни факултет Нови Сад, 1976, стр. 6

² С. Табороши, Т. Јованић, *Економско право као право тржишта и слобода конкуренције*, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 326

надлежност овлашћења праћења понашања учесника на тржишту, реаговања у случају кршења права конкуренције, и давање сагласности на потврђивање споразума који са собом носе потенцијалну опасност по конкуренцију на тржишту. Поред тога, једино комисија има могућност кажњавања учесника на тржишту који се понашају на начин који има за циљ нарушавање конкуренције или доношење штете конкурентима. Сва ова овлашћења, уз многа друга, говоре у прилог значају који институција има на тржишту.

Анализирајући начин на који су институције које се баве заштитом права конкуренције формиране у САД и ЕУ можемо доћи до „модела“ који би могао, уз одређена прилагођавања нашем систему, функционисати у Србији. Такав „модел“ би допринео даљем развоју тржишта у Србији и приближавању начину функционисања развијених тржишта широм света.

Значај овог рада се може посматрати са теоријског и практичног аспекта. Значај рада у теоријском смислу огледа се у анализи система на основу ког функционишу институције које се баве заштитом права конкуренције у САД, ЕУ и Србији, упоређујући надлежност, организацију и праксу тих институција. То се настоји постићи методичним и систематичним истраживањем постојеће, научне и стручне литературе из ове области. Практични значај рада је у налажењу примера добре праксе како у погледу устројства Комисије за заштиту права конкуренције тако и у погледу њеног деловања. Усвајањем примера добре праксе у Србији, оснажио би се значај Комисије као „контролног механизма“ за понашање учесника на тржишту. Тиме би се један предуслов стварању ефикаснијег тржишта испунио од чега би користи имали учесници на тржишту али и потрошачи.

Методи истраживања који су коришћени у раду су нормативни, упоредноправни, дескриптивни и студија случаја. Приликом истраживања коришћена је постојећа домаћа и страна литература, релевантни домаћи и страни прописи.

Правни, или догматички, или догматичко-нормативистички метод је коришћен у анализи прописа који важе у јурисдикцијама које су предмет испитивања као полазни метод за сагледавање позитивног права на нивоу једне државе, односно организације.

Упоредноправни метод ће се користити за компарацију прописа у овој области. То се односи на позитивноправну регулативу у САД, у којој су институције за заштиту права конкуренције формиране, затим регулативу ЕУ, као важног стратешког партнера Србије имајући у виду опредељеност наше земље ка чланству у тој наднационалној организацији, и на крају, нормативни оквир који је важећи и који се примењује у Републици Србији.

Дескриптивни метод ће се користити за описивање карактеристика различитих овлашћења које институције које се баве заштитом права конкуренције користе приликом утврђивања да ли је дошло до повреде права конкуренције у САД, ЕУ и Србији. Истовремено, овим методом ће бити указано на сличности и разлике које постоје у овлашћењима које институције које се баве заштитом права конкуренције имају у САД, ЕУ и Србији.

Студија случаја (case study) биће коришћена за проучавање случајева у раду институција које се баве заштитом права конкуренције у САД, ЕУ и Србији, анализирајући на који начин институције користе своја овлашћења у пракси и ефекат који се на тај начин постиже.

Први део рада фокусиран је на институцију која се бави заштитом конкуренције у САД. У том делу даће се осврт на регулативу која је од важности за положај релевантне институције. Истовремено, биће сагледана и улога коју та институција има уз приказ неких од значајнијих случајева из њеног рада.

Други део рада је окренут ка Европској унији, тачније њеној институцији која се бави заштитом конкуренције. Овај део рада ће пратити образац анализе успостављен у првом делу, с тим што анализа случајева из праксе чини значајнији део рада услед веће важности коју ЕУ има на потенцијални модел заштите конкуренције у Србији.

У трећем делу рада анализира се систем заштите конкуренције у Србији, кроз регулативу, начин поступања и праксу у раду Комисије за заштиту конкуренције у Србији.

У четвртом делу рада биће изнети одређени предлози за унапређење модела заштите конкуренције који је тренутно на снази у праву Републике Србије.

I ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ САД

1. Настанак Федералне комисије за трговину

Федерална комисија за трговину је орган у САД који се бави заштитом потрошача и промовисањем конкуренције. Настала је 1914. године, када је Председник САД Вудро Вилсон потписао Закон о Федералној Комисији за Трговину. Чињеница да ова институција има историју дужу од једног века чини је једном од најстаријих институција које се старају о поштовању права конкуренције и заштитом потрошача. Само ради кратког поређења, Комисија за заштиту конкуренције је у Србији основана 2006. године и ове године обележава тек своју десету годишњицу. Велика Британија је своју Комисију која се бавила питањима заштите и промовисања конкуренције добила тек 1999. године, док је у Немачкој чувени Bundeskartellamt је основан 1958. године те није ни чудо што се ФТЦ сматра предводником у погледу стандарда заштите конкуренције и потрошача. Ова Комисија има и свог претходника, са називом Биро за корпорације који је основан 1903. године легислативним актом који је потписао тадашњи амерички председник Теодор Рузвелт. По казивању Едит Рамирез³, која је била председавајућа у време када је ФТЦ обележавала своју стогодишњицу, само две недеље пре него што су САД биле преплављене вестима о почетку Првог Светског рата, у малом чланку у Њујорк Тајмсу могло се прочитати да је основано петочлано тело названо Федерална комисија за трговину. Тада је пробој филмова и радија умногоме променио слику привреде САД–а, што се данас може рећи за нове технологије.

Неколико година трајала је дебата око тога на који начин су се одређене компаније развијале. Да ли се успех дугује ефикасности или је успех производ поступака који се подводе под заједнички именитељ нелојалне конкуренције? Расправа о томе који је најбољи начин да се заштите потрошачи и конкуренти од нелојалне конкуренције укључила је и неке од знаменитих правних стручњака тог доба попут судија Врховног суда САД, Луја Брандеја (Louis Brandeis) као и председника Врховног суда САД и 28-ог Председника САД Вилијема Хауарда Тафта (William Howard Taft).

Брандеј (Louis Brandeis) је био предводник струје која је заговарала формирање Комисије као управног органа.⁴ Само доношење закона није прошло без контроверзи.

³ Federal Trade Commission: After 100 years looking ahead our next century, (2014); преузето 09.05.2016. <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2014/09/after-100-years-looking-ahead-our-next-century>

⁴ Winerman Mark, "The origins of the FTC: Concentration, cooperation, control and competition", *Antitrust Law Journal*, Vol. 71

Вудро Вилсон (Woodrow Wilson) је снажно давао подршку спровођењу тзв. Клејтоновог закона који је сам дефинисао бројна питања која се тичу материје о којој говоримо. Међутим, победом на изборима његова реторика се променила када је увидео позитивне ефекте доношења новог закона који би дао овлашћења посебном и новом управном органу да се у потпуности стара о дефинисању нелојалне конкуренције и понашања које она носи са собом. У говору који је дао крајем септембра 1912. године закључио је да Комисија треба бити орган владе која служи интересима народа и која брзо одговара на мишљења људи, без посредника који би интерпретирао интересе привреде, који помаже развој нових индустрија као и иницијатива индивидуалаца.⁵ Због тога је и донет нов закон, горепоменути Закон о Федералној комисији за трговину, који је у свом одељку пет дао овлашћење Комисији да сама изда тзв. административне наредбе којима би дефинисали шта се сматра нелојалном конкуренцијом. Касније је овај термин нелојална конкуренција замењен термином „непоштене методе конкуренције“. На овај начин створен је основни документ за формирање Комисије. Тај закон и даље је на снази што опет говори о стабилности која постоји у САД као друштву, а што омогућава институцијама које носе са собом већином позитивне ефекте друштво да се развијају и достигну пун потенцијал.

Биро за корпорације који је постојао пре установљења Комисије углавном се бавио прикупљањем информација и изградом студија о пословању одређених компанија. На основу тога, Председник САД може те информације објавити или донети нови закон на основу прикупљених информација. Рад Бироа ипак је са собом донео неколико занимљивих резултата за схватање појмова у оквиру права конкуренције. Рецимо, термин „anti-trust“ дефинисан је као стање конкуренције. За законе који регулишу питања везана за „нелојалну конкуренцију“ сматра се да треба да регулиши методе конкуренције на тај начин да са собом носе што је мање могуће неправде по учеснике на тржишту. Неправда се овде користи у смислу ефеката по потрошаче али и компаније на тржишту, са жељом да се не намеће превелики терет доношењем прописа и регулисањем одређеног понашања. Улога Бироа сводила се на саветодавну, без неке значајније моћи којом би постала фактор који би могао утицати на развој тржишта.

Пошто Биро није имао већа овлашћења којима би могао да утиче на спречавање поступака који шкоде конкуренцији, увредило се схватање да се таквом једном телу

⁵ W. M. Neil, *A Crossroads of Freedom: The 1912 Campaign Speeches of Woodrow Wilson* by John Wells Davidson and Charles Seymour in: A. S. Link, *Wilson: The New Freedom*, Indiana Magazine of History, [S.l.], 1957, pp. 284, 286–87

требају дати овлашћења помоћу којих би имао већу улогу у заштити потрошача и конкурената. Управо због тога се и кренуло са дискусијом о новом моделу тела које би се бавило заштитом конкуренције и потрошача што је довело и до стварања ФТЦ-а.

Седиште Комисије налази се у Вашингтону, недалеко од најпознатије Беле Куће. Међутим, зграда у којој се налази седиште Комисије завршена је тек 1938. године. Испред саме зграде налази се статуа која носи назив „Човек контролише трговину“. Званични лого и печат Комисије осмислила је чувена компанија “Tiffany and co.” која је у то време осмислила дизајн бројних агенција Владе САД.



Званични лого ФТЦ

Лого ФТЦ у себи има четири кључна елемента која симболизују вредности за чије се остваривање Комисија залаже у свом раду. Кантар који се углавном везује за правду, овде се истиче управо у том контексту. Симболизује рад Комисије као агенције која се бави спровођењем закона, као и настојања да се правичност и баланс у остваривању права устоличе као једни од основних принципа. Крила која се налазе испод симбола правде, симболизују прогрес тј. намеру Комисије да остане верна својим принципима и вредностима упркос променама које се дешавају у свету. Кантар и крила налазе се унутар оклопа који представља заштиту коју Комисија пружа у заштити интереса потрошача истовремено осигуравајући постојање „здраве“ конкуренције и борећи се против обмањујућих и непоштених пракси учесника на тржишту којима се потрошачи доводе у подређен положај. Око оклопа протеже се биљка која се назива холи или илекс и која представља истину, и на амблему се налази јер Комисија не само да штити потрошаче од обмањујућих и непоштених пракси већ и баца светлост на питања која обузимају пажњу потрошача и утичу на њихово одлучивање.

Поред споменутих вредности постоје и неке које није било потребно посебно истицати јер се у развијеним друштвима са високим степеном политичке културе она сама по себи подразумевају. Тако је независност Комисије у раду један од аксиома који се у САД подразумевају за рад свих агенција основаних од стране Владе. Један од симболички најзначајнијих потеза представља и то што председници САД између 1937. године и 2015. године нису посећивали Комисију, а што је прекинуо Барак Обама својом посетом у јануару 2015. године. Колики значај има тај временски период у коме није било посете председника САД говори и чињеница да је цео један посебан одељак на сајту ФТЦ–а посвећен управо тој чињеници и посети тренутно одлазећег председника. У нашем друштву ова чињеница би била без већег значаја јер се код нас сматра да није потребно одлазити у просторије одређене институције да би се вршио притисак на њу. Ипак, у друштву које се налази на нивоу развитка попут америчког овакве теме обустављају пажњу јер се сваки потез изабраних представника власти пажљиво прати и анализира. Евентуална посета би се сматрала видом суптилног притиска на институцију која је у свом раду често била покретач поступака против компанија које су биле издашни донатори у кампањама бројних америчких сенатора, конгресмена и на врху председника.

2. Улога Федералне комисије за трговину

Када пођете са очекивањима са којима је Комисија кренула свакако се може рећи да је све осим остварења тих очекивања неуспех. Наиме, председник Комитета за трговину у Сенату из редова Демократске партије, Френсис Њуландс (Francis Newlands) тада је славобитно тврдио да ће Федерална комисија за трговину „уништити монопол“⁶. Оваква тврдња сигурно је ставила један терет очекивања од стране америчког друштва на леђа Комисије од само пет чланова. Њуландс је још даље отишао у свом извештају предатом Сенату у коме је нагласио да је монопол „неподношљив, противан науци и ненормалан“⁷. Када овакве речи долазе од људи са високим позицијама у државном апарату, носе са собом одређену тежину. То је допринело стварању климе у којој Комисија може радити без притисака од стране политичара који се боре за своје позиције и донаторе, без опструкција од стране других државних органа на федералном али и на нивоу држава. Таква политичка клима омогућава Комисији да свој посао обавља на професионалан начин, у складу са свим законима и што је важније у складу са њеном основном сврхом а то је заштита потрошача и конкуренције на тлу САД-а.

⁶ 51 Cong. Rec. 11,234-35

⁷ S. Rep. No. 597, 63d Cong., 2d Sess. 27–32 28–29 (1914) 10

Разматрање улоге Комисије не може проћи без анализе законских прописа као и подзаконских аката који су важни за њен рад. Тако да ћемо се на овом месту позабавити основним и најбитнијим прописима који дају одређена овлашћења Комисији. Уз то, сагледаћемо и начин на који она може та овлашћења користити уз истовремену анализу тога шта њену моћ ограничава како се не би дошло у ситуацију да неко има неограничену моћ што је у суштини и основ функционисања свих демократских друштава. Поред већ поменутог Закона о федералној комисији за трговину, два кључна закона за област права конкуренције у САД-у јесу Клејтонов и Шерманов закон. Редом ћемо анализирати најбитније делове ових прописа а потом ћемо се осврнути на одређене подзаконске акте који детаљније уређују начин решавања појединих питања на које Комисија наиђе у току свог рада.

3. Закон о Федералној Комисији за Трговину

Прва одредба која „упада у очи“ јесте она по којој чланови Комисије могу бити чланови политичких партија које функционишу на територији САД-а а то су Републиканска и Демократска партија. Предвиђено је да највише три члана могу бити из једне партије. Све чланове Комисије именује лично Председник САД-а али уз савет и сагласност Сената, горњег дома Конгреса. Ово представља јасну индицију да се независност једне институције може постићи чак и када су њени чланови истовремено и чланови политичких партија. Још једна вредна лекција за многе државе укључујући и нашу. Одговорност индивидуалаца према својој земљи и према професији која се обавља је виши циљ од деловања сходно циљевима одређене партије.

Иако је овим Законом предвиђено да се Комисија састаје уобичајено у Вашингтону, ипак је дата могућност да се она састане било где у границама државе. Такође, Комисија има овлашћење да врши испитивања која су потребна за обављање својих дужности широм држава Америке.

Као и сваки други закон и овај садржи дефиниције одређених појмова. Иако те дефиниције уобичајено не би биле предмет већег интересовања, овде можемо издвојити нека занимљива решења нарочито ако се има у виду дуговечност прописа о коме је реч. Тако су антимонополски закони дефинисани као закони који служе заштити трговине и размене против незаконитих ограничења и монопола. Ова дефиниција датира из 1890. године, што значи да је усвојена и пре самог закона у неком другом документу. Чињеница да се она и даље примењује говори много тога само по себи.

Сада долазимо до занимљивијих делова, а то су овлашћења која се дају Комисији овим Законом и начин њиховог вршења.

Законом је дефинисано да се непоштена трговачка пракса као и обмањујући поступци у трговини или који утичу на трговину сматрају незаконитим. Истовремено, дато је овлашћење Комисији да предузима радње како би спречила да се такво деловање догоди на тржишту.

Генерално гледано, примена овог Закона не односи се на трговинске односе са другим државама. Међутим, ту су предвиђени одређени изузеци помоћу којих се овај Закон може применити. Уколико поступање на тржишту има директан, значајан и предвидљив ефекат на:

- 1) трговину која се не сматра трговином са другим државама, или кад утиче на увоз са другим државама;
- 2) извоз са другим државама лицу које је укључено у такву трговину са другим државама и
- 3) ако такви ефекти изазивају потраживања према одредбама овог пододељка, изузев овог става.

Намера приликом постављања овакве одредбе је била да се омогући примена овог Закона у ситуацијама када се одређене методе пословања поставе као потенцијално или реално бreme за трговину и размену са другим државама. У осталим ситуацијама ова одредба није примењива. С обзиром на то да је и тада као и сада САД велики играч на међународној позорници за трговину, могућност да Комисија делује у ситуацијама у којима постоји опасност по тржиште увек је пожељна. Очигледно је то да су законодавци били свесни све лакших могућности за трговину са другим државама услед тежње да се привреде држава претворе из затворених или полузатворених у полуотворене или потпуно отворене. Овакво постављена одредба управо добија на значају у ситуацијама у којима је трговина између држава олакшана и нема пуно баријера.

У овом одељку се даље прописују овлашћења која су дата Комисији у случају да у току свог рада увиди да неки учесник на тржишту поступа на нелојалан начин или обмањује конкуренте или потрошаче. Комисија у том случају може покренути поступак и заказати саслушање у року од 30 дана од дана уручивања жалбе потенцијалном прекршиоцу. Саслушање је истражног типа на коме потенцијални прекршилац треба да покаже да његово поступање не представља противправно понашање. Ово је супротно од начела да тужилац доказује основаност свог захтева, али у овој фази се друга страна не налази на „оптуженичкој клупи“ већ се више може говорити као о једној врсти

разговора ради прикупљања детаља о поступању и пракси коју примењује онај који је позван на саслушање. Након саслушања, Комисија саставља извештај и шаље другој страни са наредбама да она од одређеног понашања одустане или прекине али то само уколико утврди да заиста такво понашање јесте противправно. Комисија може свој захтев и извештај изменити касније, али не након што протекне 120 дана од дана подношења захтева. У случају жалбе против таквог захтева, Апелациони суд је надлежан да одлучује по тој жалби и он доноси одлуку о прихватању, одбијању или измени захтева приликом одлучивања о жалби. Врховни суд САД такође има овлашћење да изврши ревизију захтева након што се да дозвола за улагање захтева за ревизијом.

Законом су предвиђене и казне за непоступање по наредби Комисије у висини од максимално 10000\$ за сваку повреду. Такође је предвиђена могућност да се одобри од стране Дистриктних судова привремена мера којом ће се одредити надокнада за спровођење наредби Комисије.

Комисија може покренути и парницу за надокнаду штете за противправно поступање. Надокнада је у истој висини као и потенцијална висина казне. Дата је могућност и поравнања како би се избегли трошкови вођења поступка. Оно што је занимљиво је да се у случајевима у којима се противправност понашања огледа у континуираном неспровођењу или одбијању спровођења одлуке Комисије или у поступању противно наредби Комисије, сваки нови дан који протекне у таквом понашању третира као нова повреда и може се изрећи нова казна. На овај начин се повећава износ казне или надокнаде коју прекршилац треба да плати чиме се сигурно доприноси бржем спровођењу одлука Комисије.

Приликом доношења одлуке о томе да ли одређено понашање односно пракса представља акт „нелојалне“ конкуренције или обмањујућег понашања, Комисија узима у обзир потенцијалне користи који се могу јавити за потрошаче и конкуренцију као и могућност избегавања штетних ефеката од стране самих потрошача.

Додатна овлашћења која се дају Комисији и која јој помажу у њеном раду су спровођење истрага, састављање извештаја о лицима и компанијама затим провера да ли се поступа по прописима који регулишу право конкуренције, промене у пословању услед утврђивања повреде права конкуренције, објављивање информација и извештаја до којих се дође током рада, сарадња са органима других држава истих надлежности, истраживање услова за обављање трговине у другим државама као и помагање у кривичним поступцима прикупљањем доказа и предајом истих надлежним органима.

Оно што представља недостатак у раду Комисије упркос њеним овлашћењима јесте недостатак средстава који је онемогућава да запосли већи број људи.⁸

Извештаји о лицима и компанијама се могу састављати на годишњем нивоу или ванредно, или и једно и друго у зависности од одлуке Комисије. Ти извештаји се састављају на основу одговора на питања која Комисија постави одређеном лицу или компанији. Одговори се дају у року који одреди Комисија и морају се дати заједно са заклетвом о тачности података датих у одговорима. То носи са собом потребу да лица и компаније посвете довољно пажње давању одговора на ова питања јер последице могу бити велике уколико се нешто прикрије или ако се, услед немара, нешто испусти што се касније може сматрати као акт несарадње са Комисијом, а што у САД представља озбиљан проблем за свакога.

Комисија у свом раду саставља извештају о поштовању и спровођењу прописа који се тичу права конкуренције. Ту правимо разлику између законских прописа који регулишу ову област и одлука поводом тужби у овим предметима. Када се ради о законским прописима, Председник или било који дом Конгреса могу захтевати од Комисије састављање оваквог извештаја. Проверу спровођења тужби врши Комисија на захтев Државног тужиоца коме се и доставља извештај.

Комисија има обавезу да саставља годишње редовне извештаје које предаје Конгресу као и ванредне када се то од ње захтева у којима даје своје препоруке у вези са легислативом. У тим извештајима Комисији је забрањено да износи трговачке тајне до којих је дошла у свом раду.

Комисија може закључивати међународне споразуме уз одобрење и надгледање од стране Државног секретара. Ти међународни споразуми тичу се реципроцитета у пружању помоћи, тачније достављања материјала и информација као и даље сарадње и закључују се са органима других држава који имају слична или иста овлашћења као и Комисија. Са земљама које одреди Државни секретар, Комисија не може сарађивати ни по једном питању. То је један облик уплитања извршне власти али с обзиром на геополитички положај САД ту се убрајају земље са којима генерално САД не тргују или тргују у изузетно малом обиму те ово ограничавање нема већег утицаја на рад Комисије.

Једно значајније ограничење огледа се у томе што Комисија нема овлашћење да контролише финансијске институције осим у изузетним ситуацијама. Овакво ограничење донекле је и логично јер се у већини земаља централне банке баве контролом

⁸ R. A. Posner, *Antitrust Law*, University of Chicago Press, 2009, p. 280

пословања финансијских институција те иако је ово ограничење значајно ипак није преседан у свету.

Сада долазимо до једне јако занимљиве одредбе која овлашћује судове да у случају да се пред њима појави тужба која захтева примену закона који регулишу право конкуренције они ту тужбу морају проследити Комисији да би она сачинила извештај у коме ће предложити одређену одлуку. Комисија овде добија улогу тумача законских прописа и одлучује о томе који закон се треба применити на конкретан проблем чиме је улога Комисије заиста широка и на овај начин делимично задире у овлашћења судова.

У Закону је прописано да се он сматра супсидијарним законом у односу на остале прописе који регулишу право конкуренције и уопште трговину. На тај начин је већи значај придат Клејтоновом и Шермановом закону.

Комисији је дата надлежност да прописује правила тумачења и политику у вези са обмањујућим понашањем, као и правила која до танчина одређују која врста понашања се сматра обмањујућим. У доношењу прописа Комисија мора организовати јавне расправе на којима ће теме везане за пропис који се доноси бити исцрпно анализирани како би се дошло до најбољег решења.

Комисија има овлашћење и да покрене парнице против лица и компанија која у свом раду примењују праксу која се сматра обмањујућом. Надокнада штете која се овим путем тражи има карактер обештећења потрошача. Овим правом се Комисија може користити у року од три године од дана настанка повреде прописа противправним понашањем лица или компанија.

Тајност података је такође једна од битних карактеристика деловања Комисије. Комисија може само у строго предвиђеним случајевима одати тачно одређене податке и то углавном другим државним органима или институцијама.⁹

4. Шерманов закон

Шерманов закон је, временски гледано, први закон који се бави питањима везаним за право конкуренције. Донет је на крају XIX века, тачније 1890. године што га чини једним од најстаријих закона у САД а самим тим и у свету. Од стране Врховног Суда, означен је као „чартер слобода“, намењен слободи обављања пословања.¹⁰ Сматра се да је доношењем овог закона направљена једна врста друштвеног покрета који је заговарао регулисање ове области али се исто тако сматра да је временом тај исти покрет

⁹ За детаљнији преглед изузетака погледати: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/57b%E2%80%9332>

¹⁰ *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. (1933) 344

постао једна врста специјализоване корпорације.¹¹ Разлози за доношење овог закона везују се за стварање монопола у области производње нафтних деривата, вискија и другим. Управо први члан Шермановог закона предвиђа да се сваки уговор или било какво ограничење трговине између више савезних држава Америке има сматрати илегалним. Већ тада је прописана казна за овакво поступање у максималном износу од 100 милиона долара за корпорације и милион долара за лица, што је цифра која је у време доношења Шермановог закона била непојмљива. Дата је могућност судовима да изрекну и казну затвора у трајању од максимално десет година као алтернативну или кумулативну санкцију уз изрицање новчане казне. Истом казном кажњава се и сваки покушај или стварање монопола. Ова дела су забрањена и када утичу на трговину са другим земљама. Овлашћење које може бити значајно за деловање Комисије а прописано је у Шермановом закону, јесте могућност да се заустави кретање било какве робе из једне земље у другу уколико је она предмет уговора који је забрањен овим законом.

Уговори или други споразуми који су намењени ограничавању увоза сматрају се ништавим и противни закону *ex lege*. Овако постављена одредба представља један логичан наставак у ситуацији када се утврди да је дошло до повреде права конкуренције. Како се судови не би бавили и овим питањем, логично је да се оваква одредба нађе у закону.

Једно од малобројних места на којима се помиње Комисија јесте у делу који предвиђа период чекања након обавештавања Комисије о припајању или спајању. Комисији је дато овлашћење да прекине обавезни период чекања који овај закон предвиђа и да допусти да се настави са процедуром припајања. Ово овлашћење Комисија дели заједно са Јавним тужиоцем. Осим овог овлашћења Комисија са Јавним тужиоцем дели и овлашћење прописивања садржине обавештења као и докумената који се требају приложити.

Једна од занимљивијих одредби у Шермановом закону јесте она по којој је предвиђено да се закони који регулишу право конкуренције примењују и на “MLB” (Major League Baseball). Овако постављена одредба зачудила би велики део континенталних правника имајући у виду то да у Европи спортске лиге изузев Енглеске и то у њој тек од 1992. године нису формиране као предузећа. Код нас су пак још увек на нивоу удружења грађана али то говори о неком другом проблему. У САД су све професионалне лиге а таквих је само неколико (фудбал, кошарка, амерички фудбал, хокеј

¹¹ R. Hofstadter, What Happened to the Antitrust Movement?, *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, Vol. 188

на леду и бејзбол) организоване по принципу предузећа са нагласком на комерцијални аспект. Међутим ова одредба се примењује само ако поступање субјеката у лиги наноси штету играчима. Ова одредба представља у суштини једно занимљиво преплитање прописа који се тичу радног права и прописа који се тичу права конкуренције али пошто нису предмет нашег истраживања нећемо даље ширити ову тему.

На крају се наводи да се надлежност судова за поступке који се покрећу поводом кршења закона који штите конкуренцију заснива на два критеријума:

- 1) седиште или пребивалиште прекршиоца;
- 2) место обављања пословних активности.

На овај начин се онемогућава да неко маневрима и манипулацијама помоћу којих се пребацује седиште животних и пословних интереса из једне у другу државу Америке избегне „руку правде“.

Можемо закључити да је Шерманов закон предвидео основе борбе за слободу конкуренције у САД и дао могућност да се ова тема даље обрађује у јавности било на теоретском било на практичном плану. Чињеница да овај закон има историју дужу од једног века показује колико је ова тема значајна у САД а с обзиром на то да је тржишна привреда и у последње време жестоко критикована политика либерализма потекла из ове земље мора се признати да је њихова пракса у овој области од изузетне важности за правилно сагледавање појма слободе конкуренције и начина заштите.

5. Клејтонов закон

Један од основних прописа везаних за право конкуренције у САД јесте и *Клејтонов закон*. Ово име носи по свом аутору Хенрију Де Ламару Клејтону. Закон је донет 1914. године у периоду када се право конкуренције дефинитивно формулисало. Овај закон представља део оквира у коме се налазе поменути Закон о федералној комисији за трговину и Шерманов закон који је донет нешто раније. Сам Клејтонов закон је од свог доношења претрпео одређене измене. Тако је рецимо 1976. године измењен како би се увела обавеза за компаније да обавесте Комисију и Министарство правде у случају припајања¹². Разлози за доношење Клејтоновог закона најчешће се везују за проблеме у примени Шермановог закона. Као пример можемо навести ситуацију коју су имали раднички синдикати након доношења Шермановог закона. Врховни суд САД је протумачио Шерманов закон на тај начин да поступање радничких синдиката подлеже

¹² W. E. Kovacic, *The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement*, 17 *Tulsa L. J.*, Vol. 587, p. 636

правилима о одговорности по праву конкуренције.¹³ Управо је Клејтонов закон изузео радничке синдикате од примене закона који регулише право конкуренције. Тако да је овај закон био намењен да уреди одређене проблеме до којих је дошло услед примене Шермановог закона али и да се регулишу одређена питања која су се јавила као проблематична у међувремену. Сматра се у теорији да је Клејтонов закон донео једну новину која је омогућила Комисији да реагује на тачно одређена понашања што доноси са собом правну сигурност за све субјекте.¹⁴ Да пређемо на конкретне одредбе предвиђене у Клејтоновом закону и њихову анализу.

Клејтоновим законом је забрањена ценовна дискриминација и то она која је намењена стварању или учвршћивању монополског положаја, слабљењу, оштећењу или уништавању конкуренције. Ови прилично јаки изрази нису уобичајени у прописима. И на овај начин се показује одлучност да се стане на пут понашању које штети слободној трговини и конкуренцији. Истовремено у закону постоји одредба којом се забрањује давање материјалних користи изнад вредности роба или услуга. Чак је и накнада за трансакцију продаје или пружање додатних услуга која није доступна свим потрошачима забрањена. Забрањено је и намештање цена и склапање споразума којим се онемогућава коришћење производа конкурената, а у чијој позадини су углавном намере о смањивању или уништењу конкуренције. Такође, било каква дискриминација у вези са нуђењем производа и услуга у виду органичења коришћења попушта, специјалних понуда и слично је забрањена. Изузетак од примене правила везаних за ценовну дискриминацију предвиђен је једино за непрофитне организације као и за школе, универзитете и друге образовне институције, цркве, болнице и јавне библиотеке.

Једно од ограничења у примени Клејтоновог закона налази се у одредби у којој је предвиђено да се противправним поступањем, изазива директан, значајан и разумно предвидљив ефекат на трговину која није трговина са страним државама или када изазива ефекте на извоз. Терет доказивања да није дошло до повреде закона је на ономе ко је оптужен да је учинио повреду. У нашој пракси би оваква одредба још више скинула одговорност доказивања са тужилачке стране услед честе појаве да суде воде активну улогу у кривичном поступку упркос чисто пасивној улози према одредбама ЗКП-а. Ипак, у развијеним државама ниво одговорности је такав да се и не помишља на оптужбу док се не прибаве докази који онемогућавају чак и тзв. „разумну сумњу“. Често се и пре

¹³ *Lowe v. Lawlor*, 208 U.S. 274 (1908)

¹⁴ C. W. Dennis, P. C. Randal, "Antitrust and regulation", *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, no. 312 Vol. 2006, p. 21

покретања поступка, траже одређене информације од стране за коју се сумња да је учинила одређену повреду закона како би се стекао прави утисак о тој ствари. На овај начин се ствара потпуна слика која помаже у доношењу одлуке о томе да ли треба покренути поступак или не. А када се донесе одлука о покретању поступка, докази који су прикупљени морају бити презентовани тако да је тужилац и те како активна страна док су судије у пасивној улози у којој кроз наступе обеју страна покушавају да стекну утисак о чињеницама у поступку и да сходно томе донесу одлуку.

Клејтонов закон предвиђа рок застарелости од четири године за покретање поступка. У данашње време одредба која предвиђа овакав рок апсолутно је легитимна, јер су у информатичком друштву све информације готово увек на „дохват руке“. Међутим, овакав рок за оно у прошлости је захтевао озбиљне истраге како би се откриле често и врло вешто прикривене повреде закона. Закон предвиђа и начин израчунавања одштете у случајевима намештања цена. У самом закону се овај пример наводи као онај у коме је могуће израчунати тачну штету која је нанета те је с тога и издвојен.

Закључак који можемо извести из анализе поменутих закона је да се ради о законима који немају велики број чланова, већ су концентрисани на суштину онога што регулишу препуштајући судовима и надлежним органима, пре свега Комисији, да у оквиру постављених одредби исте тумаче и примењују и на нове ситуације које се појаве у пракси. Сада ћемо анализирати један подзаконски акт који је од значаја за право конкуренције у САД и рад Комисије.

6. Смернице за сарадњу између конкурената

Подзаконски пропис који ћемо анализирати су Смернице за сарадњу између конкурената. Иако је ово званичан назив документа¹⁵, ипак се он не бави тиме како би конкуренти требало да сарађују већ тиме како Комисија треба да анализира сарадњу до које долази између конкурената. Овај документ су заједнички израдили Комисија и Министарство правде САД и намењен је привредним субјектима како би схватили методологију рада Комисије приликом оцене сарадње конкурената.¹⁶ Под конкуренцијом се подразумевају и стварни и потенцијални конкуренти и обухвата све споразуме изузев споразума који за циљ имају спајање.

¹⁵ Пун назив: “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”

¹⁶ Federal Trade Commission and Department of Justice: “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, (2000); преузет 22.05.2016. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

У овом документу се наводе и ставови до којих је дошао Врховни суд САД приликом решавања правних питања у вези са правом конкуренције. Тако је наглашено да је Врховни суд сматрао да споразуми могу бити противни праву конкуренције *per se* или су анализирани применом приступа који се у пракси Суда назива „правилом разума“. Споразуми који се сматрају *per se* нелегалним су једино споразуми помоћу којих се одређује цена или тржиште на коме ће одређено предузеће пословати.¹⁷ Код њих судови уопште не улазе у анализу ефеката споразума већ се они проглашавају незаконитим и поништавају по сили закона. Анализа применом „права разума“ сагледава ефекте споразума како би се утврдило да ли позитивни или негативни ефекти претежу у рачуници. Углавном се анализа базира на околностима на тржишту као и на природу самог споразума. Споразум ће се сматрати ништавим ако наноси конкуренцији више штете него користи. Сагледава се како би изгледало тржиште да није дошло до закључења споразума и онда се прави анализа са циљем да се утврди да ли споразум има позитивне ефекте на кретања на тржишту или не. Уколико се закључи да се ради о картелским споразумима, Министарство правде има надлежност да покрене кривични поступак против потписника споразума. Према овом документу, договори око цена морају бити такве природе да је вероватно да договор са собом доноси одређене користи за учеснике јер се у супротном може говорити о координацији што се сматра недовољним за било какву осуду и покретање поступака. Комисија анализира и да ли је било могуће постићи циљ који се желео постићи споразумом коришћењем мера које у мањем обиму ограничавају право конкуренције. Уколико се закључи да је тако нешто могуће онда ће се сматрати да споразум није „разумно неопходан“.¹⁸ У сваком случају, процењује се да ли је споразум такав да се сматра неопходним. Учесници споразума не могу означавањем споразума као заједничког подухвата избећи контролу.¹⁹

Анализа којом се сагледава споразум са аспекта „правила разума“, иницијална аспект сагледава удео на тржишту и природу самог споразума. Тек уколико се сагледавањем ова два аспекта дође до закључка да је споразум потенцијално такав да је штетан по конкуренцију наставља се даља анализа како би се утврдило да ли је заиста то случај. Приликом детаљније анализе примењују се исти методи као и код процене да ли је споразум „разумно неопходан“. Прво се сагледавају потенцијални негативни ефекти

¹⁷ Видети *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46 (1990) (market allocation); *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U.S. 392 (1927) (price fixing)

¹⁸ Видети *Broadcast Music Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. (1979) at 20-21 (намештање цена „неопходно“ за издавање бланко лиценце)

¹⁹ Видети *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593, 598 (1951)

споразума по конкуренцију, а затим се сагледавају користи које добијају учесници у споразуму. Такође се врши оцена и процента учешћа на тржишту по критеријумима који су наведени у једном другом подзаконском акту који носи назив: „Смернице за хоризонтална спајања“. Детаљнија анализа фокусира се на шест области:

- 1) ексклузивност споразума;
- 2) независна контрола над ресурсима;
- 3) колаборација финансијских интереса учесника споразума;
- 4) контрола доношења одлука које су од значаја за конкурентност учесника;
- 5) вероватноћа дељења информација које наносе штету конкуренцији;
- 6) трајање сарадње учесника споразума.

Укратко ћемо се осврнути на ове области како би начин доношења одлука од стране Комисије постао разумљивији.

Ексклузивност подразумева да ли и након постигнутог споразума учесници могу наставити да се надмећу на тржишту. Независна контрола над ресурсима подразумева да ли споразум захтева од учесника да ресурсе који би им омогућили да се адекватно надмећу на тржишту предају на контролу свим учесницима споразума. Што споразум више предвиђа обавезу да се контрола на ресурсима додели свим учесницима то су мање шансе да ће онај који те ресурсе поседује моћи самостално да настави да се надмеће на тржишту. Затим се сагледава финансијски интерес учесника споразума који их води ка томе да се не надмећу на тржишту самостално већ да сарађују са конкуренцијом. Контрола доношења одлука је још један од битних фактора у спровођењу детаљне анализе и они се баве тиме како је сарадња конкурената организована и да ли постоји независност учесника приликом доношења одлука. Вероватноћа дељења информација подразумева информације које се сматрају „нарочито осетљивим“ и посматра се да ли је вероватно да ће оне бити дељене. То зависи и од тога како је уређено дељење информација између учесника споразума. Уколико ово питање није регулисано или је то учињено на штур начин већа је вероватноћа да ће доћи до одавања информација. Дужина трајања споразума утиче на мотивацију учесника да се понашају противно споразуму. Уколико је предвиђено да споразум има краће трајање, самим тим постоји већа мотивација учесника да се понашају противно споразуму.

Комисија сагледава и колико је тешко ући на тржиште. Уколико не постоје препреке уласку или су оне без већег значаја онда су мање шансе да споразум заиста буде одржив и профитабилан за учеснике јер у сваком тренутку им се могу „супротставити“ нови или постојећи конкуренти.

Приликом анализе споразума постоје одређена ограничења тј. ситуације у којима се споразуми не испитују. Тако се, осим у изузетним околностима, не испитују споразуми између учесника када укупно учешће на тржишту не прелази 40 процената кумулативно за све учеснике. Такође се не испитују споразуми намењени истраживању и развоју у иновативним индустријама.

Након анализе прописа који се у САД примењују на деловање Комисије и њено одлучивање у случају повреде прописа, јавља се потреба за елаборацијом. Сада ћемо се позабавити представљањем неких од најзначајнијих одлука донетих поводом примене наведених прописа а у којим поступцима је Комисија учествовала или који су од круцијалног значаја за материју права конкуренције у САД.

7. Пракса у примени права конкуренције у САД

Пракса у овој области у САД је прилично шаренолика и надам се занимљива. Велики број познатих компанија се нашао на „оптуженичкој клупи“ поводом својих пословних активности. На помен имена “Paramount pictures” или „Kodak” и многих других сви знамо о коме се ради али мало ко зна да су те компаније односно њихово пословање биле предмет истрага и поступака. Многе од њих морале су своју дотадашњу пословну праксу да измене или плате одређену казну, док су неке чак морале и да се расформишу. Случајеви којима ћемо се ми позабавити су имали утицај на тумачење одредби везаних за право конкуренције а у једној ситуацији и на само регулисање одређеног питања кроз пропис који се у том периоду доносио.

7.1. “Standard Oil” случајеви

Ова компанија је једна од најстаријих на свету. Поставила је многе стандарде у области којом се бави а то је производња и продаја нафтних деривата. Успут, не баш вољно учествовала је у формирању одређених правила и њиховом тумачењу. Чак је један поступак имао одлучујући утицај на доношење Клејтоновог закона.

7.1.1. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States 221 U.S. 1 (1911)

Први случај који је поведен против ове компаније датира из 1911. године. То значи да је то период пре доношења ЗФКТ и пре оснивања Комисије. Тај случај решаван је пред Врховним судом САД и став Суда у том случају имао је пресудну улогу на распарчавање ове велике компаније на делове по географским целинама.

Влада САД је покренула случај због тога што је имала основане сумње да “Standard Oil” користи одређене пословне технике како би истиснуо постојећу и спречио стварање нове конкуренције. Компанија је коришћењем метода које су се у обичајном праву сматрале дозвољеним али под Шермановим законом ограничавајућим по конкуренцију припајала друге компаније себи и на тај начин „брисала“ постојећу конкуренцију. Податак да су све рафинерије уља у САД биле под контролом “Standard Oil” довољно показује размере монополистичког положаја.

На почетку пресуде наведено је да Шерманов закон, означен као Антимонополски закон треба да буде тумачен у светлу „правила разума“ и да забрањује сваки уговор и комбинацију која се сматра неразумним или неприкладним ограничењем трговине између савезних држава. У самој пресуди је назначено да је управо у одлучивању о доношењу Шермановог закона било расправе о томе да ли у САД постоји обичајно право које регулише питање ограничавања трговине различитим уговорима или комбинацијама. Тако је наведено да је још Енглеско право сматрало да је сваки споразум дозвољен осим оног који ограничава трговину.²⁰ Сматрало се да је управо то правило и наслеђено у САД, доношењем Шермановог закона. Врховни суд је такође анализирао кључне разлоге за забрану монопола наводећи да монопол изазива:

- 1) стварање моћи појединца који ту моћ користи за намештање цена и изазивање штете на страни јавности;
- 2) ограничавање продуктивности и
- 3) опасност од снижавања квалитета производа који производи монополиста услед чињенице да монополиста контролише и производњу и трговину.

Овакво гледиште је од значаја за правилније схватање зашто је важно борити се против монопола и његових ефеката. Значај ове пресуде огледа се у томе што је протумачила одредбу која забрањује споразуме који ограничавају трговину на тај начин да се овом одредбом жели заштити слобода трговине и закључења уговора. Било је потребно да Суд то утврди да се не би изводили погрешни закључци у погледу циља одредбе попут закључка да је циљ одредбе да ограничи слободу закључивања уговора односно аутономију воље у овом погледу. С обзиром на то да је у самој одредби искоришћен термин „сваки уговор“, Суд је закључио да ова одредба има за циљ да уврсти у свој домашај и будуће уговорне форме који ће тек бити осмишљени и они који су постали део праксе у периоду након доношења Шермановог закона.

²⁰ Mogul Steamship Co. v. McGregor, 1892, A.C. 25

Један од најбитнијих закључака ове пресуде налази се у томе што је други став истог члана протумачен на тај начин да забрањује сваки покушај спровођења било каквих активности које имају за циљ монополизацију или покушај монополизације. На овај начин су повећана овлашћења државних органа да процесуирају пословне активности за које сматрају да имају овај нелегалан циљ. Генерално гледано, ово представља измештање могућности за деловање у припремну или пред-фазу у којој се и даље не може говорити о засигурно организованом плану монополизације. То говори о томе да је закон регулисао борбу против монопола на тај начин да је дао широка овлашћења што говори у прилог тези да је постојала велика политичка воља да се стане на пут понашању које штети конкуренцији, потрошачима и тржишту у целини.

Суд је такође дошао до закључка да се анализа споразума ради оцене да ли се ради о споразумима који ограничавају трговину или подстичу стварање или јачање монопола мора поћи и бити нераскидиво повезана са „правилом разума“. Једино на тај начин се може, сагледавајући све аспекте, споразума доћи до закључка да ли је споразум противан праву конкуренције или не. Овим је Суд само усвојио став чувеног судије Врховног Суда САД Вилијема Тафта из мишљења датог у пресуди у случају “Addyston Pipe and Steel Company” v US, 85 F.271 (6th Cir. 1898). Као закључак пресуде одређена је казна забране понављања истих или сличних поступака у будућности као и расформирање компаније на делове и то по географском принципу. За другом казном посегло се због, како је Суд навео у пресуди, јако тешког кршења Закона које је компанија начинила и које са собом доноси озбиљне опасности по трговину.

7.1.2. “Стандардне станице”²¹

Овај назив је дат случају јер су странке исте као у већ изнетом случају а и због тога што је ово био назив компаније која је пословала у оквиру “Standard Oil”-а о чијем пословању је у овом случају расправљано. Случај се тичао уговора закључиваним са бензинским станицама који је забрањивао трговину са конкуренцијом продавца што је по мишљењу суда водило слабљењу конкуренције односно стварању монопола у овој области. Ова пресуда је од стране појединих теоретичара проглашена највећим благом у погледу сагледавања вертикалних интеграција.²²

Један од закључака Суда било је да значајно слабљење конкуренције које је се може доказати чињеницом да је значајан део трговине погођен или да је активност

²¹ Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949)

²² F. Kessler and R. H. Stern, Competition, Contract, and Vertical Integration, 69 YALE L.J., Vol. 1, p. 24

конкуренције умањена или је вероватно да ће бити умањена. Тако се сматрало да је претходна пракса Суда била без значаја јер се у тим случајевима²³ радило о компанијама које су имале доминантан положај на тржишту што овде није био случај. Слабљење конкуренције мора бити вероватно да би се утврдило да постоји кршење закона који регулише право конкуренције. Треба рећи да су постојала озбиљна неслагања појединих судија Врховног Суда са ставом већине. Тако је цењени судија Даглас сматрао да би забрањивање ових уговора могло довести до пораста броја монопола и да управо став већине судија у овом случају доводи нафтну индустрију у стање морања стварања монопола. Судија Џексон се концентрисао на квалитет процента учешћа на тржишту, сматрајући да проценат учешћа на тржишту не мора само по себи бити негативна одредница по компанију која има значајан удео на тржишту. Ипак, ова пресуда је касније подржана у другим случајевима²⁴, што је значило и дефинитивно усвајање тековина пресуде у пракси САД.

7.2. *Комисија против „Hutchinson Trading Stamp”*²⁵

Одлука Врховног Суда САД из 1972. године у овом случају је успоставила овлашћење ФТЦ-у да може реаговати на „непоштену трговачку праксу“ иако такво пословање није довело до кршења права конкуренције, духа закона који регулишу ову област, обмањујуће праксе. Пресуда је преиначила претходну пресуду суда Петог Дистрикта, успостављајући правило да је ФТЦ надлежно тело да тумачи вредности које потпадају под стандард правичности. На овај начин је ФТЦ добио значајно признање, ступивши на место између управних органа и судске власти истовремено интерпретирајући законске одредбе, креирати њихово тренутно значење у светлу околности успут примењујући их на решавање случајева. Суд је био мишљења да није могуће једном и за сва времена дефинисати све што потпада под стандард „непоштене трговачке праксе“ што је било мишљење нижег суда. Управо та чињеница довела је до тога да се Комисији призна ово овлашћење, а што је према мишљењу Врховног Суда била и намера законодавца.

²³ Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co., 258 U.S. 346 (1923); Fashion Originators' Guild v. FTC, 312 U.S. 457 (1940)

²⁴ United States v. Philadelphia Nat'l Bank, 374 U.S. 321 (1963)

²⁵ Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson Trading Stamp Co., 405 U.S. 233 (1972)

7.3. *Министарство правде против Вилијема Гејтса*²⁶

Ово је поступак који је покренут од стране Комисије а који је касније преузело Министарство правде. Прекршај који је Вилијем Гејтс, иначе познатији целом свету као Бил Гејтс, учинио јесте неблаговремено пријављивање куповине компаније. Овај прекршај се можда не чини битним али Комисија често покреће поступке поводом овог прекршаја. За ову казну изречена је новчана казна у износу од 800.000,00 долара.

Прекршај се састојао у томе што су купљене акције и учињено пријављивање припајања али за олакшице за које нису били испуњени услови притом пријава је начињена месец дана након што је истекао период за обавештавања.

²⁶ United States of America c/o Department of Justice Washington, D.C. 20530, plaintiff, v. William H. Gates III, One Microsoft Way Redmond, WA 98052, defendant (2004)

II ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ

1. Основе права конкуренције у ЕУ

Право конкуренције је од самог настанка Европске заједнице за угаљ и челик јако битна тема. Она се налази уграђена у Римски уговор као један од основних постулата на којима почива идеја уједињења Европе. У том периоду директно су преузимана решења из САД, без измена. ЕУ је основана са циљем стварања заједничког тржишта²⁷ тј. отварања граница између држава за добро познате четири слободе кретања: капитала, људи, робе и услуга. Отварање граница је значило и омогућавање привредним субјектима из других држава улазак на тржиште и надметање са домаћим предузећима. Предузећа могу да своје пословне потезе повлаче тако да тиме чине надметање на тржишту занимљивијим поштујући да кажемо “правила витештва” или се могу, са друге стране трудити да, без имало обзира за фер–плеј, нашкоде конкурентима. Велику улогу у развоју права конкуренције имале су и државе. Оне су се често трудиле да предузећа и производе из својих држава заштите, користећи јако перфидне методе, Тиме је ЕУ била приморана да предузме кораке ка стварању „правила игре“. То је и учињено приликом доношења Споразума о функционисању ЕУ у члановима 101–105 у којим су постављане основе права конкуренције и ти чланови се примењују непосредно у оквиру ЕУ. Ови чланови се сматрају есенцијалним за функционисање ЕУ и остварење циљева због којих је основана.²⁸

Институције ЕУ су и у овој области, као и у многим другим областима, пратиле како је ово питање решено у неким од најразвијенијих држава света. У сфери права конкуренције, нарочито је интересантна пракса САД. У САД су још крајем 19. века препознали потребу за уређењем начина на који ће се привредни субјекти надметати на тржишној утакмици доношењем *Шермановог закона*. Бројни други прописи донети након овог, као и екстензивна судска пракса, само су потврдили јако битну улогу права конкуренције за релевантне факторе на тржишту САД. Међутим, ЕУ и САД немају

²⁷ И. Спасић, Основни концепти права конкуренције у ЕУ и Србији – усаглашености и разлике, *Право и привреда*, бр. 1-4, Vol. 2008, стр. 72; B.V. Korah, *EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland Oregon, 2000, p. 1-2

²⁸ Court of Justice of 1 June 1999 in Case C-126/97 *Eco Swiss v Benetton* [1999] ECR I-3079, paragraph 36, "[Article 101 TFEU] constitutes a fundamental provision which is essential for the accomplishment of the tasks entrusted to the [European Union] and, in particular, for the functioning of the internal market"; видети такође Judgment of 7 January 2004 in Joined Cases C-204/00 P etc. *Aalborg Portland and Others v Commission* [2004] I-123, пар. 53 и 54, и Opinion of Advocate General Geelhoed of 19 January 2006 in Case C-301/04 P *Commission v SGL Carbon* [2006] ECR I-5915, пар. 67

идентичне системе иако постоје сличности. Најбоље се то огледа у случајевима који имају готово исто чињенично стање али различите одлуке у ове две јурисдикције.²⁹

С обзиром на свеопшти утицај ЕУ на земље у транзицији, није ни чудо да су правила ЕУ и у овој области готово без измена уведена у законодавства ових држава махом због проевропског пута који заговарају власти ових држава.

Све наведено представљају основне поставке права конкуренције у ЕУ. Може се закључити да се конкуренција налази јако високо на лествици приоритета. Уграђивањем у готово све битније области којима се Унија бави онемогућено је било какво занемаривање права конкуренције а самим тим је створен правни систем у ком ниједно физичко или правно лице не може покушати да предузме пословне активности које угрожавају конкуренцију правдајући се да то није забрањено у области којом се баве.

2. Улога институција ЕУ у погледу заштите права конкуренције

Један од првих органа који се бавио питањем права конкуренције у ЕУ је Генерални директорат за Политику конкуренције при ЕК. Рад Директората се базирао на искорењивању рестриктивне праксе, нарочито картела.³⁰ Данас је Директорат део Комисије и он се, испред Комисије, стара о примењивању права конкуренције у складу са правом ЕУ.³¹

Европски Суд Правде има битну улогу у спровођењу права конкуренције. Случајеви који су изнети пред Суд допринели су да се у великој мери право конкуренције у оквиру ЕУ формира и да се на тај начин разјасни привредним субјектима шта смеју а шта не смеју да предузимају у оквиру свог пословања. Тачније, све до 90-тих, ЕСП је имао врло значајну улогу јер се право конкуренције у оквиру ЕУ углавном и развијало на основу искустава из праксе чиме се развијао систем прецедентног права на тлу Европе. Комисија тада добија битнију улогу, како би се циљ формирања јединственог тржишта остварио.³² Тачније, постоје мишљења да је Комисија у овој области добила највећу моћ као институција.³³

²⁹ Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft [2004] OJ L32/23; Case IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways [2000] OJ L30/1; Andrew I. Gavil and Harry First, *The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the twenty first century*, MIT Press, 2014

³⁰ Л. Маџар, Политика конкуренције као фактор интеграције Србије у ЕУ, *Школа бизниса* бр. 3/2011

³¹ European Commission, Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU, преузето 31.08.2016. http://ec.europa.eu/competition/index_en.html

³² B. Leucht, Transatlantic Policy Networks and the Creation of a European Antitrust Law, in: *Origins of the European Policy: Transnational and Supranational Integration*, London, 2008, pp. 38

³³ R. Baldwin, C. Wyplosz, *Ekonomija evropskih integracija*, Datastatus, 2010, pp. 441

Начин на који се институције ЕУ боре са повредама права конкуренције представљају посебну тему. Оно што одликује те методе јесте иновативност, које се најбоље огледа у могућности да се учесници картелских споразума ослободе кажњавања ако се први јаве и открију детаље о картелу или да им се умањи казна уколико буду међу каснијим учесницима који открију картел органима Уније. Постоје и бројне друге методе којима се покушавају остварити основни принципи кажњавања познати из материје кривичног права: генерална и специјална превенција. Значајно је и то да један од основних приговора систему ЕУ који обухвата право конкуренције јесте недостатак анализе економских ефеката, односно „правила разума“ те се наводи да модернизација права конкуренције у оквиру ЕУ касни за САД петнаестак година.³⁴ Због тога ћемо се у овом раду осврнути на прописе којима се предвиђају мере које органи ЕУ могу предузети у случају кршења права конкуренције као и на обраду најважнијих и најпознатијих случајева из ове области уз осврт на њихов ефекат на тржиште и право конкуренције.

Комисија је надлежна и за контролу концентрација. Привредни субјекти који закључују споразуме ради укрупњавања предузећа било путем спајања или припајања морају, у случају испуњености одређених услова, обавестити о томе Комисију. Ово питање је детаљније разрађено Уредбом 4064/89, која представља допуну члана 102 УоФЕУ.

Право конкуренције у оквиру Европске уније предвиђа и да одређени споразуми сами по себи неће бити сматрани рестриктивним споразумима. То су тзв. „блок-изузећа“, која се у форми правног акта доносе и у којима се предвиђа какве врсте споразума и под којим условима се неће сматрати рестриктивним споразумима.

Комисија у свом раду одређује приоритете. У оквиру приоритета наводи се на које претње по функционисање заједничког тржишта ће се обраћати пажња у највећој мери.³⁵ То не значи да се неће водити рачуна о повредама права конкуренције ван оквира приоритета, већ да су одређене области препознате као рањиве те да се њима треба посветити највећа пажња како би се остварили циљеви Уније.

Још једна важна надлежност је дата Комисији у вези са заштитом конкуренције, а то је контрола државне помоћи. УоФЕУ у свом чл. 106 забрањује државну помоћ осим у изузетним случајевима. То је једна од специфичних надлежности везаних за ЕУ јер ипак она представља заједницу држава и за стварање јединственог тржишта нарочито је битно

³⁴ М. Прокопијевић, *Европска Унија*, Београд, 2006, стр. 282

³⁵ G. Monti, Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?, *Journal of European Competition Law & Practice*, No. 5, Vol. 1

да се државе чланице не мешају у активности привредних субјеката помажући једнима на штету других. Комисија ту може ићи и против самих држава, када процени да је поступање одређене државе повредило законе ЕУ. Последњи случај америчке компаније „Apple” одличан је пример. У том случају Комисија је казнила компанију и наложила јој плаћање пореза Ирској сматрајући да је држава дала одређене повластице тој компанији које друге компаније нису имале. Сама држава је сматрала да није оштећена и да нема неплаћеног или погрешно срачунатог износа пореза али је Комисија била неумољива и одредила плаћање пореза у износу од 13 милијарди евра. Овако висок износ ће свакако произвести одређене последице по пословање ове компаније али је тешко веровати да ће она посегнути за неким радикалним мерама имајући у виду важност европског тржишта за њихово пословање.

Овим су постављене основе овог рада, те у наставку анализирамо оне чланове који предвиђају које су то активности које представљају повреду права конкуренције у оквиру права ЕУ.

3. Преглед и анализа најважнијих прописа који регулишу право конкуренције у ЕУ

Слободна конкуренција је иманентна слободном тржишту у оквиру ЕУ. Самим тим, она представља основу за остварење једног од примарних циљева за повезивање европских држава. Консолидована верзија Уговора о Европској Унији у чл. 3 ст. 3 наводи да ће Унија формирати јединствено тржиште уз истовремено навођење карактеристика које то тржиште треба да поприми. Једна од експлицитно наведених карактеристика јесте стварање тржишта које ће имати одлике конкурентности и социјалног аспекта. Место ове одредбе у Уговору довољно говори о значају који је дат слободи конкуренције као важној претпоставци увођења функционалног заједничког тржишта које ће донети „пуну запосленост, напредак друштва као и висок ниво заштите и побољшања квалитета животне средине“³⁶.

Уговор о ЕУ помиње конкуренцију много детаљније у једном од својих протокола. Протокол 27 о унутрашњем тржишту и конкуренцији образлаже горенаведени члан који је на један општи начин поставио основе уређења тржишта и конкуренције. Овде се може ставити прва замерка творцима Уговора јер су члан 3, дакле један од примарних чланова, поткрепили тек Протоколом бр. 27 чиме је мало умањена

³⁶ Члан 3, став 3 Уговора о Европској Унији користи наведени цитат као циљ који ће бити постигнут реализацијом пројекта формирања заједничког тржишта.

важност овог питања за ЕУ. Додуше, ово је замерка на први поглед без уласка у суштину одредби али може бити значајна како би се разумела намера која је постојала приликом сачињавања овог документа.

У самом протоколу се дефинитивно потврђује оно што је постављено чланом 3 Уговора, наводећи да заједничко тржиште подразумева систем у коме конкуренција није поремећена. Истовремено се даје овлашћење Унији да доноси мере које морају бити у складу са чланом 352 Уговора у функционисању ЕУ да би се горепоменути циљ остварио.

Члан 352 УоФЕУ даје овлашћење Унији да предузме активности, уколико су неопходне за остварење циљева постављених у споразумима којим је ЕУ основана, али само уколико у самим Споразумима није дата надлежност неком од органа Уније да предузме активности. Уколико се ове претпоставке испуне, онда Савет може једногласном одлуком, на предлог Комисије а уз сагласност Европског парламента усвојити неопходне мере. С обзиром на то да је у овом поступку Комисија предлагач, она о свом предлогу мора обавестити парламенте држава чланица. У овом члану је постављено и једно ограничење. У ставу 3 одређено је да мере које се предузимају на основу овог члана неће уводити поступак хармонизације права у оне ситуације у којима Споразуми сами искључују поступак хармонизације.

Уговор о функционисању ЕУ поред већ поменутих одредби у уводу, помиње конкуренцију у још неким члановима. Пре свега, у самој преамбули се види да потписници Уговора препознају важност уклањања препрека за функционисање заједничког тржишта ради остварења циља „поштене“ конкуренције. Шта је била намера да се сад жељена конкуренција означи стандардом „поштена“ није баш најјасније. Можда су творци Уговора желели да на овај начин уведу фер–плеј у односе између привредних субјеката.

И у овом Споразуму, члан 3 садржи одредбу која је од значаја за право конкуренције. Наиме, поменути чланом се предвиђа искључива надлежност Уније у сфери доношења правила о конкуренцији за потребе успостављања заједничког тржишта.

Поред тога, конкуренција се помиње и у још неким члановима УоФЕУ. У чл. 32, којим се одређују циљеви предузимања активности Комисије, предвиђено је да се Комисија мора старати о побољшању услова конкуренције а што је још занимљивије, предвиђено је да Комисија мора посебну пажњу посветити томе да не угрози конкуренцију приликом остваривања циљева Уније у погледу снабдевања сировинама и

полупроизводима. С обзиром на то да су предвиђена само четири циља којих се Комисија треба придржавати, овакво издвајање врло специфичног циља јасно показује да Унија препознаје опасност које се може јавити уколико се не повери некој од кључних институција задатак да води рачуна да се не угрожава конкуренција активностима Уније у наведеној области.

Уговор такође предвиђа и неке посебне одредбе у одређеним областима попут пољопривреде, транспорта и других којим само наглашава значај постојања и поштовања права конкуренције. Такође, у првом члану који се бави питањима државне помоћи уводи се једна врста забране. Наиме, предвиђено је да било која државна помоћ коју државе чланице одлуче да доделе, наравно уколико се оцени допуштеност такве помоћи, не сме угрожавати или претити да угрози конкуренцију. Чланови којима се успостављају основе економске политике³⁷ предвиђају да се приликом предузимања активности у овој сфери мора водити рачуна да се обезбеди слобода конкуренције и да се она не угрози ниједном мером. Исто је урађено и приликом дефинисања монетарне политике.

Занимљива одредба се налази у члану 346 Уговора у ком је предвиђено да државе чланице чак ни у случају жеље да заштите интересе националне безбедности у области производње оружја и муниције не смеју предузимати мере које би угрозиле конкуренцију имајући у виду производе који немају искључиво војну намену³⁸. Ово представља куриозитет и показује да ни национална безбедност као циљ не сме угрожавати слободу конкуренције, што није случај у САД где поменути циљ може врло лако служити да се дерогирају чак и лична права свих грађана само уз постојање опасности по како се тамо каже „отаџбинску безбедност“³⁹. Такође, Комисија врши контролу примењивања права конкуренције ЕУ на нивоу држава чланица и овлашћена је да им упућује упутства или одлуке уколико државе чланице не поштују своје обавезе. У томе, Комисији је од стране ЕСП-а дата готово потпуна слобода.⁴⁰

Сви могући облици понашања противни праву конкуренције тешко да могу бити обухваћени у једном раду. Велика је разноликост метода којим се привредни субјекти служе приликом покушаја спречавања, ограничавања или умањења конкуренције или пак стварања или јачања доминантног положаја на тржишту. Ово није једини разлог због

³⁷ Ради се о члану 120 УоФЕУ и наредним до чл. 127

³⁸ Члан 346, став 1, тачка б УоФЕУ гласи: “any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the internal market regarding products which are not intended for specifically military purposes.”

³⁹ Превод термина: „homeland security“

⁴⁰ Т. Рајчевић, *Право конкуренције Европске уније-основне поставке*, Београд, 2006, стр. 60

чега не можемо обухватити све начине кршења права конкуренције али је свакако најзначајнији. Због тога ћемо се концентрисати само оним што је покривено Споразумом о функционисању ЕУ. У овом погледу најважнији чланови су 101 и 102.

3.1. Забрањене активности у оквиру члана 101 УоФЕУ

Чланом 101. УоФЕУ генерално су забрањени сви споразуми, одлуке пословних удружења и усаглашене праксе које могу угрозити трговину између држава чланица и имају за циљ спречавање, ограничавање или угрожавање конкуренције на заједничком тржишту. Евидентно је из формулације саме одредбе да су постављени кумулативни услови за забрану ове врсте пословних активности. Под тим условима подразумевамо:

а) да се ради о споразумима, одлукама пословних удружења или усаглашеној пракси;

б) да се тиме угрожава трговина између држава чланица;

в) да постоји један од следећих циљева:

- спречавање конкуренције,
- ограничавање конкуренције,
- угрожавање конкуренције.

Тек испуњењем свих ових услова може доћи до повреде права конкуренције наведеним пословним активностима. Међутим, тиме се не завршава овај члан. Даље се наводе примери на основу којих се може утврдити када се члан 101 примењује. Наведено је:

- 1) директно или индиректно фиксирање куповних или продајних цена или постављање других условљавања трговине,
- 2) лимитирање или контрола производње, тржишта, техничког развоја или инвестиција,
- 3) подела тржишта или извора снабдевања,
- 4) примењивања различитих услова у истим трансакцијама са различитим партнерима, стављајући их у гори положај у односу на конкуренте,
- 5) условљавање закључења уговора прихватањем одређених обавеза које по својој природи или комерцијалној употреби немају везе са сврхом тих уговора.

Наведено јасно показује шта се сматра најчешћим обликом повреде права конкуренције који са собом повлачи и најопасније последице. Истовремено прописано је да да су било какви споразуми или одлуке противни одредбама овог члана ништави *ex*

lege. За постојање усаглашене праксе сматра се да је довољно одржати један састанак између конкурената.⁴¹

Предвиђен је изузетак од примене горенаведених одредби. Тим изузетком се дозвољавају споразуми између привредних субјеката, пословних удружења или усаглашене праксе који доводи до унапређења производње или дистрибуције добара или промоцији техничког или економског напретка истовремено омогућавајући потрошачима „правичан“ део користи. Шта се подразумева под *правичним* свакако ће бити предмет просуђивања у сваком конкретном случају, али уочљиво је да се овде ставља акценат на добробити које потрошачи могу имати од оваквих пословних активности. С обзиром на свеукупан статус права конкуренције можда се овде могло очекивати да ће се сагледавати утицај оваквих активности на конкуренцију. Изостанак оваквог сагледавања навео би на закључак да било какво ограничавање, спречавање или нарушавање конкуренције према овом члану није дозвољено. Тиме је још више „стегнут обруч“ око оних привредних субјеката који покушавају да на прикривен начин предузму ексклузивне⁴² активности. Ипак, да би дошло до примене овог изузетка потребно је да се тим активностима не намеће учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање горенаведених циљева да би се изузетак применио. Поред тога, потребно је и да се пословним активностима на које се жели применити изузетак не пружа могућност привредним субјектима да елиминишу конкуренцију.

Јасно је да је за примену изузетка потребно проћи неколико „капија“ контроле. Тиме се евидентно жели осигурати да учесници на тржишту нису имали непоштене намере приликом договарања споразума, које су покушали да прикрију позивајући се на изузетак. На овај начин би требало обезбедити да они који заиста желе да постигну нешто добро својом активношћу буду изузети од примене правила о ништавости и евентуалног кажњавања.

У погледу постојања намере да се учини повреда права конкуренције, у теорији се сматра да УоФЕУ као и *Шерманов закон* у САД користе тест „конкретне намере да се поступа противно праву конкуренције“.⁴³ Потребно је постојање конкретне намере да се нанесе штета конкурентима да би се утврдила повреда права конкуренције. Међутим,

⁴¹ В. Meyring, T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors Case C-8/08 T Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000, *Journal of European Competition Law & Practice*, No. 1, Vol. 1, p. 1

⁴² За објашњење ексклузивних активности видети: Б. Беговић, В. Павић, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 85 - 87

⁴³ R. Markovits, *Economics and Interpretation and Application of US and EU Antitrust Law*, Springer, 2014; P. Akman, The Tests of Illegality under Art. 101 and 102 TFEU, *Antitrust Bulletin*, Vol. 2016, p. 2

ЕСП сматра да чл. 102 не захтева постојање намере да би се утврдила злоупотреба доминантне позиције.⁴⁴ Исто тако, постоје и случајеви у којима се узимала у обзир намера приликом просуђивања да ли је дошло до повреде права конкуренције.⁴⁵ Постојање намере да се нанесе повреда права конкуренције чини се излишном, јер уколико заиста дође до остваривања циља о коме говори чл. 101 УоФЕУ утврђивање намере није потребно да би се доказало да је било поступања супротног од оног што се захтева правом конкуренције. Ипак, ЕСП је у више наврата нагласио да непостојање намере да се нанесе штета конкуренцији неће аутоматски значити да до повреде права конкуренције није дошло.⁴⁶

3.2. *Картелски споразуми*

Оно што је занимљиво у члану УоФЕУ који регулише питање картелских споразума, јесте да се не помиње експлицитно сам назив картелски споразуми. Картелски споразуми доводе до смањења подстицаја за привредне субјекте да се надмећу на тржишту тиме што некадашњи конкуренти стварањем споразума постају сарадници у настојању да обезбеде што је могуће већи профит. Унутар Уније се сматра да се оваквим споразумима наноси штета потрошачима јер плаћају већу цену за слабији квалитет производа.⁴⁷ Поред тога, Унија има веома оштру политику према картелским споразумима и изриче веома високе казне за учеснике таквих споразума. Осим кажњавања, Унија у овој области примењује једну врло занимљиву политику којом жели да спречи стварање картела и сузбије њихово функционисање.

Сама природа картела је таква да они врло често имају проблем опстанка и без интервенције надлежних органа. У УоФЕУ се истиче да картелски споразум може одређивати колика ће се количина производа произвести од стране појединачног субјекта и по којој цени ће тај производ бити наплаћен. Међутим, то не значи да је цена у складу са принципом алокативне ефикасности којим се гранични приход изједначава са граничним трошковима што би значило да профит није максимизован при картелској цени. Тако да учесници споразума пре или касније могу бити у ситуацији да им излазак из картела, макар и конклюдентним радњама, може донети повећање профита. Ово све важи под условом да се већ раније не открије постојање картела.

⁴⁴ Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG v. EC Commission, ECR 461, [91] (1979)

⁴⁵ Case C-62/86 AKZO Chemie BV v. EC Commission, ECR I-3359, [72] (1991); Case T-111/96 ITT Promedia NV v. EC Commission, ECR II-2937, [60]; [55] (1998)

⁴⁶ Case C-209/07 Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) ECR I-8637, [21] (2008); Case C-549/10 P Tomra Systems ASA v. European Commission ECR I-2000, [22] (2012)

⁴⁷ Види: http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html

Међутим, велике су шансе да до откривања картела неће доћи, јер су картели *de lege* забрањени па учесници теже највећој могућој тајности. Из тих разлога сматра се да картел може постојати и у случају када нема споразума, ни изричитог ни прећутног, већ привредни субјекти на потез конкурента реагују потезом којим желе да ставе до знања конкуренту да не сматрају да су и даље конкуренти. Законодавство ЕУ овакво поступање назива „усаглашена пракса“. Тиме конкуренти почињу *de facto* да сарађују на тржишту.⁴⁸

Да се вратимо на иновативну политику сузбијања картела коју примењује Унија. Сама политика носи назив „*leniency*“⁴⁹, Тиме се може наслутити да Унија примењује мере које су блаже од онога што се уобичајено користи. Овом политиком се у суштини омогућава учесницима картела који први открију детаље о картелу да не буду кажњени. Истовремено се даје могућност умањења казне за оне учеснике који буду други у реду оних који открију постојање картела. Тиме је јавно објављено да ће „цинкароши“ добити одређену корист.

Да би се добио имунитет од кажњавања потребно је доставити податке о картелу који није детектован и то у тој количини и квалитету да је могуће извршити инспекцију просторија компанија које су у картелу. Уколико Комисија већ поседује податке потребне да би се извршила инспекција, онда је потребно доставити податке помоћу којих ће бити могуће доказати кршење права конкуренције преко картела. Ни на који начин се не смеју обавестити остали учесници у картелу о сарадњи са институцијама Уније, односно у овом случају, са Комисијом. Сарадња мора постојати за све време вођења поступка.

Ова политика јасно показује тенденцију Уније да се картели морају спречити због опасности које представљају. Чак је на интернет страници Комисије објављена мејл адреса на којој се може аплицирати за примену ове политике. На основу овога, још је чуднији недостатак одредбе која експлицитно регулише забрану картела.

3.3. *Забрањене активности у оквиру члана 102 УоФЕУ*

У оквиру овог члана предвиђена је забрана злоупотребе доминантног положаја. Право конкуренције генерално не забрањује постојање доминантног положаја.⁵⁰ Само постојање доминантног положаја значи да ће привредни субјект који има такав положај доћи под надзор надлежних органа како би се обезбедило да конкуренти и остали не трпе

⁴⁸ R. Whish, *Competition Law*, Butterworths, 2001, p. 105

⁴⁹ Термин се може превести као „благост“

⁵⁰ Б. Беговић, В. Павић, *op. cit.* 33

због потеза „јаког“ играча на тржишту. Овде је потребно истаћи да је Европски Суд Правде (ЕСП) у више наврата одлучивао да ли постоји доминантан положај и уколико постоји да ли има злоупотребе. Начин утврђивања доминантног положаја установљен и први пут примењен у случају Хофман – Ла Рош⁵¹. Од тада се сматра да доминантан положај постоји уколико „привредни субјект поседује такву економску снагу која му омогућава да предупреди делотворну конкуренцију на тржишту тиме што му она даје моћ да се у знатној мери понаша независно од конкурената, купаца и, у крајњој линији, потрошача“. Занимљиво је да није само на основу тога процењивано да ли има доминантног положаја. У одлуци Комисије у случају Кока-коле⁵² до утврђивања доминантног положаја дошло се на основу удела на тржишту, нарочито имајући у виду удео осталих конкурената, као и на основу постојања баријера уласку за потенцијалне конкуренте. То је у складу са оним што наводе Беговић и Павић⁵³ који анализу постојања доминантног положаја свде на два поменута критеријума и на трећи, који се тиче снаге купаца као потенцијалног притиска на продавце. Важно је истаћи да је Комисија издала и Приручник за примену чл. 102 УоФЕУ у ком се наводи да ће се Комисија бавити оним случајевима који, на основу јасних и убедљивих доказа, наводе на закључак да ће доћи до

Злоупотреба доминантног положаја може бити учињена на различите начине. Оно што је забрањено чланом 102 УоФЕУ јесте злоупотреба која угрожава трговину између држава. Истовремено се набрајају одређене активности које се сматрају злоупотребом доминантног положаја. Под њима се подразумева:

- а) директно или индиректно наметање неправичне куповне или продајне цене или других условљавања трговине,
- б) ограничавање трговине, тржишта или техничког развоја на штету потрошача,
- в) примена неједнаких услова у истим трансакцијама са осталим трговинским партнерима, стављајући их у неповољан положај,
- г) условљавање закључења уговора наметањем додатних обавеза које, с обзиром на њихову природу или комерцијалну употребу, нису у складу са сврхом споразума.

Ове четири активности се генерално сматрају најјопаснијим по функционисање слободне конкуренције те се због тога сматра да оне требају бити посебно издвојене. Потврда овог схватања може се видети у томе да се исте четири активности могу наћи и

⁵¹ C-85/76 Hoffman-LaRoche v Commission (1979), ECR 461

⁵² Comp/A.39.116/B2 – Coca Cola

⁵³ Б. Беговић, В. Павић, *op. cit.* 33

у члану 101. УоФЕУ. Самим тим, може се исвести закључак да су поменуте пословне активности забрањене без обзира на то да ли их чине учесници на тржишту који имају доминантан положај или их чине они који такав положај немају. Очигледно је да су творци Уговора сматрали да овакве активности наносе највећу штету конкуренцији и функционисању заједничког тржишта. Једини разлог који се може навести због чега и пети пример наведен у члану 101 УоФЕУ није наведен у члану 102 УоФЕУ је тај што се ту ради о подели тржишта или извора снабдевања. Тако нешто није вероватно да ће бити учињено од стране носиоца доминантног положаја, с обзиром на то да такав положај омогућава да се на целокупном тржишту на ком такав привредни субјект послује предузимају пословне активности по његовој жељи, те се не види разлог због чега би неко са доминантним положајем пожелео да подели тржиште. Такав споразум ће пре бити учињен од стране конкурената у неизвесној тржишној утакмици или у случају постојања олигополистичке структуре када на страни понуде постоје два субјекта који предузимањем ових активности желе да престану да се такмиче међусобно и да на тако подељеном тржишту постану монополисти. Међутим, поједини аутори сматрају да је процена доминантног положаја арбитарна.⁵⁴ За овако мишљење могу се врло лако наћи аргументи али то је због тога што Комисија сагледава велики број фактора од којих ће неки у једној ситуацији а други фактори у другој ситуацији бити значајни за утврђивање да ли је било злоупотребе доминантног положаја или не. Тако да овакво мишљење не одражава реално стање, нарочито ако се има у виду да је област права конкуренције у оквиру ЕУ у највећој мери засновано на систему прецендената а не искључиво на законском оквиру.

Оно што не представља повреду чл. 102 УоФЕУ је *покушај злоупотребе доминантне позиције*. На овај начин питање намере се избацује у потпуности из процене да ли је дошло до злоупотребе доминантне позиције или не.⁵⁵ Истовремено, ово представља разлику у односу на САД где је и сам покушај злоупотребе доминантне позиције предвиђен као противправан.

3.4. Ефекти Регулative

Регулатива даје Комисији већа овлашћења и могућност да реагује благовремено у ситуацијама када дође до повреде права конкуренције. Поред тога, оснажила је органе

⁵⁴ М. Прокопијевић, *op. cit.* 27, стр. 269

⁵⁵ Р. Akman, The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance, *European Law Review*, p. 316, 335 et seq.

националних држава да и сами предузму активности када дође до нарушавања права конкуренције. Право конкуренције се примењује сада у много већем обиму. Од 1. маја 2004. године до 31. децембра 2013. године укупно је забележено **780 случајева** процесуираних од стране Комисије и националних органа држава чланица.⁵⁶ Махом су се оријентисале на откривање и кажњавање картела као и на злоупотребе доминантног положаја.

По секторима, можемо запазити да је велики број случајева укључивао енергетски сектор, сектор телекомуникација, медијски сектор и транспорт. Управо је у њима запажен велика тржишна концентрација у рукама одређених привредних субјеката, и која је доводила до добијања положаја доминантног учесника на тржишту.

Што се тиче мера које Комисија може преузети, сматра се да највећи значај имају мере обавеза или понашања. Толико су велики утицај имале да су готово све државе чланице прихватиле и имплементирале ове мере у своје прописе како би дале могућност и националним органима да их изричу. Сматра се да оне омогућавају брзу реакцију и поновно успостављање реда на тржишту.

Проблеми постоје, и то највише у погледу обрачуна казни. Пре свега, проблем је непостојање могућности за изрицање казни које би утицале на учеснике на тржишту да своје понашање промене. Такође, нису у свим државама чланицама уведене могућности за националне органе да изричу казне. То никако није добар приступ и онемогућава да национални органи у државама чланицама предузимају ефективне кораке како би обезбедили поштовање конкуренције на тржишту.

4. Радње које Европска Комисија може предузети у случају повреде права конкуренције

Чланом 105 УоФЕУ предвиђено је да је Комисија та која треба да осигура примену чл. 101 и 102 УоФЕУ. Истим чланом, Комисији је дата надлежност да реагује у случају повреде права конкуренције. Поред Комисије, важну улогу играју и органи држава чланица који се баве заштитом права конкуренције. Сви они чине Европску мрежу за заштиту права конкуренције⁵⁷. Поступак се може покренути и пријавом од стране привредних субјеката, других правних или физичких лица или чак држава чланица.⁵⁸ Покретање поступка се објављује на интернет страници Комисије као и у изјави за

⁵⁶ Види: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf страна 4

⁵⁷ Видети: <http://ec.europa.eu/competition/ecnr/>

⁵⁸ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU OJ C 308, 20.10.2011, p. 6–32

медије, осим када би то могло нанети штету истрази. Пре објављивања, обавештавају се привредни субјекти против којих се покреће поступак како би могли правовремено да реагују, пре свега према својим акционарима и медијима. Процедура у случају кршења права конкуренције може бити сагледана са аспекта члана 101 и чл. 102 УоФЕУ. Такво сагледавање ћемо имати и ми у овом раду. Савет је, на основу овлашћења добијеног чланом 103 УоФЕУ, донео Регулативу⁵⁹ којом је предвидео начине имплементације ова два члана. У поменутој Регулативи важни су чланови преамбуле којима су регулисана бројна питања и појашњена овлашћења.

Рециталом 5. Регулативе предвиђено је да је терет доказивања на ономе ко тврди да је дошло до повреде права конкуренције, а доказивање одбране на ономе који је износи. Али притом је одређено једно ограничење. Наиме, ово правило неће утицати на примену националног права у погледу терета доказивања, као ни на процедуре за прибављање доказа, под условом да су правила националног права у складу с општом политиком Уније.

Рециталом 8. Регулативе дата је могућност државама чланицама да успоставе строжи механизам заштите права конкуренције. Посебно је напоменута могућност санкционисања злостављајућег понашања према економски зависним субјектима, нарочито ако се таквом субјекту постављају одређени услови који се могу окарактерисати као неправични, непропорционални или безобзирни.

Рециталом 11. Регулативе, Комисији се даје могућност да донесе привремене мере уз навођење да је то ЕСП такође препознао. Истовремено се даје могућност да Комисија утврди повреде права конкуренције и без изрицања казне. Рецитал 12 даје могућност за примену мера за престанак нарушавања конкуренције од стране Комисије при чему се мора водити рачуна о начелу пропорционалности. Структурне мере се могу изрећи и сматраће се пропорционалним уколико постоји знатан ризик од дуготрајног нарушавања права конкуренције или поновног кршења због саме структуре привредног субјекта⁶⁰. Истим рециталом, бр. 12, даје се могућност изрицања такозваних одлука обавезивања којима се привредни субјекти приморавају да мере из тих одлука усвоје. Другачије се често називају мерама понашања. Предвиђено је да у случају да Комисија изрекне плаћање новчане казне, не може истовремено прописати и спровођење мера понашања.

⁵⁹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, p. 1-25

⁶⁰ W. P. J. Wills, EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights, *World Competition*, No. 2, Vol. 34

Доношење оваквих мера не значи да се пред националним судовима не могу покренути поступци поводом кршења права конкуренције. Комисији се даје могућност рециталом 14 да донесе одлуке којим ће појаснити да ли одређене нове пословне активности, које се у пракси нису сретале до тада, представљају кршење права конкуренције. Ово је учињено имајући у виду потребу за бржим решавањем питања легалности иновативних пословних активности, јер је свакако одлучивање Комисије брже него одлучивање ЕСП-а.

Преамбулом се успостављају и оквири сарадње Комисије, као органа Уније који се стара о поштовању права конкуренције и органа држава чланица. Предвиђа се консултовање, размена информација, доказа и друго што може помоћи у ефикасној борби са онима који нарушавају право конкуренције. Такође, Комисија може поступање у одређеном случају препустити националним органима држава чланица уколико сматра је то целесходније.⁶¹ Комисији се дају шира овлашћења у поступку прикупљања доказа. Предвиђена је могућност да Комисија запечати просторије као и да пословне податке тражи и у приватним просторијама, под условом добијања судског налога. Дата је могућност изрицања пенала за непоштовање процесних правила. Европском Суду Правде дата је надлежност контроле и ревизије над одлукама Комисије у овој области. Комисији је дата могућност давања неформалних мишљења нарочито у погледу иновативних пословних пракси.

Поменути рецитали Преамбуле врло детаљно прописују разлоге за доношење Регулативе као и промене које она доноси. Све је учињено без компликованих израза, тако да се и лаици могу лако снаћи у овим правилима што свакако подиже ниво правне сигурности.

Процедура може започети на неколико начина:

- а) притужбом,
- б) отварањем истраге по службеној дужности,
- в) пријавом од стране учесника картела – политика „благости“

Члан 7 Регулативе даје Комисији у надлежност доношење одлуке о постојању повреде члана 101 и 102 УоФЕУ. Том одлуком Комисија тражи од починиоца повреде да престане са праксом која доводи до нарушавања права конкуренције. Истовремено, Комисија може одредити структурне мере или мере понашања које морају бити

⁶¹ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU Text with EEA relevance, OJ C 308, 20.10.2011, p. 6–32

пропорционалне степену кршења и неопходне да се штетна активност заустави. Постављено је у поменутом члану једно ограничење којим је одређено да се структурне мере могу одредити у две ситуације. Наиме, могу се одредити уколико нема адекватних мера понашања које би се могле прописати и у случају када мере понашања представљају већи терет него структурне мере. Нејасно је зашто је Комисија ограничена у погледу одређења неких мера понашања на описани начин. Довољно је речено тиме што је дата обавеза Комисији да одреди меру која је пропорционална. Пропорционалност мере је универзално прихваћени стандард на основу кога се процењује да ли је мера адекватна или не.⁶²

Комисији је дато у надлежност да изриче привремене мере на основу тзв. „prima facie“ доказа којим се доказује да постоји хитност и опасност од знатне и ненадокнадиве штете за конкуренцију. Привремене мере су временски ограничене али након истека времена за које су одређене могуће је продужити њихово дејство.

Јако интересантно је да је овом Регулацивом предвиђена могућност да они привредни субјекти против којих се води поступак и којима Комисија стави до знања које понашање сматра проблематичним, дају предлог обавеза које ће предузети како би такво понашање престало. Уколико Комисија то прихвати, донеће одлуку којом ће правно обавезати привредног субјекта на извршење предложених обавеза. Комисија, пре почетка примењивања тих мера, обавештава јавност о тим мерама у сажетој форми и врши проверу како би тржиште реаговало када би се те мере примениле. На основу теста тржишта могу се мере изменити или може доћи до покретања редовног поступка уколико привредни субјект који је предложио меру одустане од измена. Та одлука се доноси за одређени временски период. Међутим, могућности да судови „провере“ ове одлуке су врло мале. Поред тога, многи привредни субјекти не желе ризиковати негативан публицитет и изрицање казне па ће можда и они посегнути за оваквим решењем. То се наводе као главни фактори правне несигурности у овом делу.⁶³ Комисија може поново покренути поступак уколико се догоди нека од следећих ситуација:

- а) када дође до промене неке од чињеница на којој се заснива одлука,
- б) када привредни субјект не извршава обавезе које је преузео,

⁶² Пракса Европског Суда за људска права је у овом погледу јако богата и сматра се институцијом која је стандард пропорционалности разрадила у корист целокупног европског правног простора.

⁶³ U. Scholz, S. Purps, The Application of EC Competition Law in the Energy Sector, *Journal of European Competition Law & Practice*, no. 1, Vol. 1, p. 50-51

в) када је одлука донета на нетачним, непотпуним информацијама или услед постојања заблуде о информацијама датим од стране странака.

Комисија може донети и одлуку да нису испуњени услови за примену члана 101 или 102 УоФЕУ или да су испуњени услови за примену изузетка али је наведено да ће се таква одлука донети када јавни интерес Заједнице то захтева. Да ли ово значи да ће политика утицати на то каква ће се одлука донети од стране Комисије? Чини се да је идеја била да се само у одређеним ситуацијама доноси оваква, да је тако назовемо, „негативна“ одлука. Ипак, у овој одредби Регулative је формулација постављена тако да дозвољава и претходно наведено тумачење.

У случајевима који се тичу картела, Комисија и странке могу закључити поравнање. Ова ситуација би се боље могла схватити ако се примени институт кривично процесног права који је у употреби у Србији а мисли се на споразум о признању кривичног дела. С обзиром да је учешће у картелу противправно а да се овим споразумом о поравнању признаје учешће у картелу и то доводи до изрицања казне чини се логичнијим да се упореди са поменутиим институом пре него са институтом поравнања иако назив на енглеском би у буквалном преводу био поравнање⁶⁴.

Комисија може одлучити и да не покрене поступак или да одустане од поступка који је покренула уколико су надлежни органи државе чланице покренули поступак о истом питању.

Пре покретања поступка, Комисија мора консултовати Комитет саветника који чине представници надлежних органа држава чланица. Мишљење може бити дато и у писаној форми, али уколико барем једна држава чланица то захтева, састанак ће бити заказан и одржан. Мишљење које овај Комитет да, Комисија је дужна да узме у обзир током поступка и да обавести Комитет о томе на који начин је то мишљење узето у обзир. Уколико је дато мишљење у писаној форми, то мишљење ће наћи своје место у нацрту одлуке. Комисија се са овим Комитетом може састати и поводом општих питања о праву конкуренције. Комисија доноси Изјаву о намерама и доставља је странкама онда када сматра да има основа за покретање поступка. У Изјави се наводи на који начин је дошло до повреде права конкуренције и на основу тога противна странка може користити своје право на одбрану.

⁶⁴ Искоришћен је термин: „settlement”

5. Истражне радње које Комисија може предузети

Комисија може покренути испитивање да ли постоји повреда конкуренције уколико на то указују трендови трговине између неких држава чланица, ригидност цена или друге околности. Приликом испитивања може затражити да јој буду достављени одређени документи или споразуми које сматра неопходним за доношење одлуке. О резултатима испитивања Комисија може објавити извештај.

Информације се од привредних субјеката могу затражити захтевом или одлуком. У оба случаја се мора навести:

- а) правни основ,
- б) информације које се траже,
- в) временски оквир у којем се информације требају доставити,
- г) казне за непоступање.

Ове одлуке могу бити предмет провере од стране ЕСП-а. Они од којих се захтевају информације дужни су да те информације и доставе. Уколико се информације не доставе Комисији, или се доставе лажне или обмањујуће информације Комисија може изрећи новчану казну у висини до 1% годишњих прихода привредног субјекта коме се казна изриче. Може се изрећи и дневна казна у висини до 5% дневног обрта како би се приморали привредни субјекти на пружање информација. У прибављању информација се може затражити помоћ држава чланица, односно њихових надлежних органа. Адресат захтева може одбити да пружи информације позивајући се на право да се не инкриминише које је развијено у пракси Европског Суда Правде.⁶⁵ Тим правом адресат одбија да достави информације које сматра да би могле да га инкриминишу. Адресат може нагласити и да су информације поверљиве. Такође, могу се користити подаци који су добијени од стране националних власти других држава чланица. Овакво решење је критиковано у теорији, највише због тога што се сматра да се на овај начин „прави ерозија фундаменталних права“.⁶⁶ Мада, има и другачијих мишљења. Вилс наводи да једина забринутост може бити око статуса тзв. „правника из куће“ односно правног тима запосленог у компанији против које се води поступак и приватности информација која се њима саопштавају.⁶⁷ Међутим, да би заиста Комисија дошла до потребних информација она мора показати са стандардом „разумне прецизности вероватноћу да ће

⁶⁵ Case C-301/04 P Commission v SGL, [2006] ECR I-5915

⁶⁶ M. Araujo, 'The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities', in B.E. Hawk (ed.) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Juris Publishing, 2005, pp. 511-531, 528 and 530.

⁶⁷ W. P.J. Wills, *op. cit.* 40

те информације помоћи да ли је заиста дошло до повреде права конкуренције⁶⁸. У пресуди у случају Оркем је створено правило које предвиђа да Комисија не сме користити своја овлашћења да присили привредне субјекте и појединце да признају да су прекршили чл. 101 или чл. 102 УоФЕУ.⁶⁹

Комисија такође може узимати изјаве од физичких лица и представника правних лица али само уколико се та лица сагласе са тим. Ове изјаве се могу снимати у било којој форми, уз претходно обавештавање лица од кога се исте узимају.

У Регулативи је предвиђено и да Комисија може захтевати од надлежних органа држава чланица да предузимају одређене активности као и да јој помажу у спровођењу истрага. Такође је дата могућност националним властима да сами, или на захтев надлежних органа друге државе чланице, иницирају поступак ради утврђивања да ли је дошло до повреде члана 101 или члана 102 УоФЕУ.

Важно је напоменути да у праву ЕУ егзистирају одређене процедуралне гаранције које се користе у поступцима поводом повреде права конкуренције. Те гаранције садржане су у Повељи о фундаменталним правима и у највећој мери су компатибилне са Европском Конвенцијом о Људским Правима и Основним Слободама. С обзиром да је ЕКЉП у примени у Србији, тим гаранцијама се могу служити и правна и физичка лица у Србији онда када Комисија за заштиту конкуренције покрене поступак против њих.

5.1. Увиђај

Комисија може као истражну технику користити и *увиђај*. Увиђајем се може ући у просторије, земљиште или врсте транспорта које припадају привредни субјекти, могу се прегледати пословне књиге или документа без обзира на каквом се медијуму налазе које могу копирати за потребе истраге, могу запечатити просторије или конфисковати документа потребна за вођење истраге и могу постављати питања ради разјашњења чињеница или докумената.

Увиђај мора добити писану сагласност у којој ће бити наведен разлог, сврха увиђаја и казне за непотпуна документа или за нетачне или податке који доводе у заблуду од стране представника привредног субјекта који је исте давао приликом постављања питања током увиђаја. Законитост одлуке Комисије о спровођењу увиђаја може проверити само ЕСП.

⁶⁸ Opinion of Advocate General Jacobs од 15 December 1993 у Case C-36/92 P SEP v Commission [1994] ECR I-1914 (изричито наведено од стране Европског Суда Правде у пресуди од 19 Мау 1994 у истом случају, [1994] ECR I-1932, пар. 21), пар. 30 и 21.

⁶⁹ Case 374/87 Orkem v Commission [1989] ECR 3343, par. 35- 40

Уколико постоји противљење због вршења увиђаја, органи државе чланице у којој се увиђај спроводи морају пружити помоћ како би се исти спровео.

Током увиђаја могу се постављати усмена питања ради разјашњења чињеница и одговори ће бити забележени у било којој форми. После вршења увиђаја, привредним субјектима се може дати додатно време да допуне или измене свој одговор.

Уколико постоји основана сумња да се одређена пословна документа налазе у другим просторијама, (мисли се на приватне просторије), а верује се да та документа доказују озбиљна кршења права конкуренције, у том случају Комисија може својом одлуком одредити увиђај, уз консултовање органа државе чланице у којој се исти треба спровести. Да би се увиђај спровео потребно је прибавити одобрење од националних судова државе чланице. Национални судови ће проценити да ли је одлука Комисије аутентична и да ли су ове принудне мере арбитрарне или прекомерне. Приликом оцене, национални судови ће узети у обзир озбиљност кршења права конкуренције, важност доказа који се желе прибавити, умешаност привредног субјекта у питању као и степен вероватноће да се заиста ти подаци налазе у тим просторијама. Оцену легалности поступања Комисије врши једино ЕСП, те тај аспект не оцењују национални судови.

5.2. *Казне које Комисија може изрећи*

Комисија може, својом одлуком, изрећи новчану казну привредном субјекту до висине од 1% годишњег прихода уколико тај субјект са намером или из нехата учини следеће;

а) да нетачне информације или информације које доводе у заблуду током испитивања или захтева за добијањем информација,

б) у одговору на захтев за пружање информација даје нетачне, некомплетне или информације које доводе у заблуду или не даје информације у оквиру датог временског оквира,

в) ако су пословне књиге које предаје некомплетне или одбије да се подвргне инспекцији,

г) у одговору на постављена питања даје нетачан одговор или одговор који доводи у заблуду, не разјасни у остављеном року нетачан, некомплетан или одговор који доводи у заблуду, не даје или одбије да да потпун одговор у вези са чињеницама на основу којих је одређен увиђај или које су предмет спора.

Поред изрицања новчаних казни због ових „процесних“ пропуста, могу се такође изрећи новчане казне уколико оне просторије које су запечаћене буду отпечаћене без овлашћења.

Свакако значајније су новчане казне које се могу изрећи због меритума ствари, и то до износа од *10% годишњег прихода*. Казна може бити одређена и удружењима привредних субјеката и не сме прелазити исти процентуални износ али укупног прихода сваког члана удружења погођеног тим поступањима удружења. Уколико удружење није солвентно, оно мора позвати своје чланице да дају доприносе у плаћању казне. У супротном, онда ће казну платити они привредни субјекти који се налазе у органима удружења који су задужени за доношење одлука. Ако ни они то не учине онда ће казну платити они субјекти који су били активни на тржишту у време доношења одлуке удружења која је повредила право конкуренције. Привредни субјекти који нису имплементирали одлуку или из незнања о њеном постојању или због тога што су је сматрали нелегалном биће изузети од плаћања казне. Новчане казне могу бити одређене у следећим ситуацијама:

- а) уколико се прекрши члан 101 или 102 УоФЕУ,
- б) уколико се не поступи по привременим мерама,
- в) привредни субјекат не поступи по одлуци о преузимању обавеза.

У одређивању висине казне Комисија ће водити рачуна о озбиљности и трајању повреде права конкуренције. У контексту одређивања новчане казне, важно је нагласити да је донето Упутство о методу одређивања казни⁷⁰ којим је постављен генерални начин одређивања казни али уз ограду да околности појединачног случаја могу захтевати другачије поступање. Овим упутством је одређена могућност да се одређена казна пре коначне одлуке повиси или умањи.

Предвиђено је да ће годишњи приход бити одређен имајући у виду вредност продатих производа или пружених услуга привредног субјекта у оквиру јединственог тржишта унутар Европске Економске Зоне⁷¹. Узеће се као релевантна само висина прихода у последњој години у којој се учествовало у кршењу права конкуренције. Занимљиво је то да је предвиђено да ће се приликом утврђивања висине прихода узети као релевантан најбољи резултат у продаји конкретног привредног субјекта и то пре

⁷⁰ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 OJ C 210

⁷¹ Овом зоном су обухваћене земље чланице ЕУ али и неке земље које нису чланице попут Швајцарске, Норвешке и Исланда.

примене пореских механизма. На тај начин, потенцијално „низак“⁷² износ од 10% може бити увећан оваквим методом обрачунавања. У Смерницама је поменут и начин одређивања казне у случају када кршење прелази границе ЕЕЗ, имајући у виду картеле на светском тржишту. Тада ће се утврђивати вредност продатих производа и пружених услуга на територији на којој су продаване која је шира од територије ЕЕЗ, уз одређивање удела у продаји сваког од учесника и применом тог удела у утврђивању висине продаје у оквиру ЕЕЗ.

Коначна одлука о висини казне зависи од утицаја бројних фактора попут начина кршења права конкуренције, укупног удела на тржишту свих привредних субјеката који учествују у повреди, територији на којој долази до повреде права конкуренције, као и од тога да ли је било имплементације повреде. Такође, предвиђено је да се одређивање цена на хоризонталном нивоу, дељење тржишта и ограничавање количине која ће се произвести сматрају тешким повредама права конкуренције и починиоци ће бити кажњавани високим казнама. Између осталог, повећаће се вредност продаје која ће се узимати у обзир ради одређивања висине казне и то за опсег од 15-25 % како би се остварио циљ који је идентичан циљу генералне превенције у кривичном праву – демотивисање привредних субјеката од упуштања у закључивање таквих споразума.

Време у ком је било повреде права конкуренције ће бити израчунато коришћењем формуле којом ће се износ добијен од вредности продаје помножити са укупним бројем година у којим је одређени привредни субјект учествовао у нарушавању права конкуренције. Период до шест месеци ће се рачунати као пуних шест месеци, а период од шест месеци до годину дана као пуна година учествовања у нарушавању права конкуренције. На тај начин се додатно отежава положај оних који нарушавају право конкуренције својим поступцима.

У процењивању висине казне узете се у обзир постојање отежавајућих околности као што су:

- раније учињена повреда права конкуренције утврђена од стране Комисије, што увећава казну за 100%,
- одбијање сарадње са Комисијом или опструкција исте у спровођењу истраге,
- улогу предводника или подстрекивача у предузимању активности принуде према привредном субјекту да учествује у повреди права

⁷² Низак је под наводима јер су често мултинационалне компаније са приходима који се мере у неколико милијарди били предмет испитивања и доношења одлука.

конкуренције или у одмазди против другог привредног субјекта са циљем увођења праксе која представља повреду права конкуренције.

Ова листа је формулисана на тај начин да су ове околности наведене као пример, с обзиром на то да је коришћен термин „као што су“ који јасно указује на то. Издвајање ових околности показује да их Комисија сматра посебно значајним и да ће их процењивати у сваком случају постојања потенцијалне повреде конкуренције. Поред отежавајућих, узимају се у обзир и одређене олакшавајуће околности. У Упутству су набројане неке попут:

- ситуације у којој привредни субјекти пружају доказе да су престали са повредом права конкуренције оног момента кад је Комисија интервенисала,
- када привредни субјект достави доказе да је до повреде дошло услед немара,
- када привредни субјект поднесе доказе да је његова улога у повреди права конкуренције ограничена и тиме показати да је у суштини тај субјект покушавао да избегне примењивање праксе којом се повређује право конкуренције, док се краће учешће у повреди неће сматрати олакшавајућом околности јер ће се то већ узети у обзир приликом одређивања казне,
- када је привредни субјект помагао надлежним органима и ван своје правне обавезе и закљученог споразума „благости“,
- када је понашање привредног субјекта које је противно праву конкуренције било подстицано од стране локалних власти и прописа.

Комисији је дата могућност да ради обесхрабривања понашања противних праву конкуренције повиси износ казне нарочито у оним ситуацијама када се ради о привредним субјектима који имају велики профит од продаје производа и пружања услуга на које се повреда односи. Иста могућност дата је и како би се анулирали добици које је привредни субјект имао повредом права конкуренције. Комисија може и смањити казну уколико би иста казна утицала да привредни субјекти буду доведени у опасност од губљења економске одрживости или губљења вредности ресурса. Ова могућност која је дата Комисији чини је јако моћним органом у погледу превенције и реакције на повреде конкуренције. С друге стране, овако постављена одредба ствара правну несигурност за оне који могу бити кажњени у погледу очекиване висине казне и фактора који ће бити узети у обзир.

Уколико се направи паралела са начином сагледавања прецизности закона у случајевима пред Европским Судом за људска права. Пред тим судом, у сфери у којој

може доћи до изрицања санкција захтева се знатно виши степен прецизности без обзира на то да ли се ради о правном или физичком лицу које се налази под опасношћу од кажњавања. Вероватно да тај тест „довољне прецизности“⁷³ не би прошли ови прописи. Биће занимљиво сагледати шта ће се дешавати уколико ЕУ постане потписница Европске Конвенције о Људским Правима и Основним Слободама.⁷⁴

Комисија може изрећи и такозване казне у периодичном плаћању у максималном износу од 5% просечног дневног профита оствареног у претходној години конкретног привредног субјекта. Комисија то може урадити како би натерала одређене привредне субјекте да учине нешто од следећег:

- а) да престану са кршењем права конкуренције,
- б) да поступе по одлуци којом се изричу привремене мере,
- в) да поступе са обавезама које су преузели у складу са одлуком о обавезама,
- г) да би доставили комплетне и тачне податке који су тражени одлуком о тражењу информација,
- д) да се подвргну инспекцији (увиђају) која је одређена.

Дата је могућност Комисији да одреди мањи износ ове казне уколико привредни субјекти поступе у складу са обавезама због којих је одређена ова казна.

Међутим, да би ове казне биле изречене потребно је да не дође до застаревања гоњења и изрицања санкције. Рок застарелости је одређен на три године за случајеве кршења одредби везаних за захтеве за пружање информација или у вези са понашањем током инспекција, а одређен је рок од пет година за све остале случајеве. Рок почиње да се рачуна од дана извршења повреде права конкуренције. Наравно, свака активност Комисије прекида ток рока застарелости и рачуна се прекид од момента када је привредни субјект обавештен о активности Комисије. Ови рокови важе за изрицање санкција. За извршење изречених санкција рок је постављен на пет година од дана правоснажности одлуке.

5.3. Повлачење у индивидуалним случајевима

Комисија има надлежност у погледу споразума који су изузети од домашаја важења члана 101 УоФЕУ да, на своју иницијативу или на основу притужбе, одлучи да исти споразуми неће више бити изузети. Та одлука се може донети ако се утврди да било који споразум, одлука или усаглашена пракса имају последице које нису у сагласности

⁷³ Rotaru v Romania, App no 28341/95 (ECtHR, 04 May 2005), para 55

⁷⁴ W. P.J. Wills, *op. cit.* 40

са чланом 101 став 1 УоФЕУ. То може учинити и надлежни орган државе чланице уколико је то учињено на њеној територији, чије тржиште се може сматрати релевантним географским тржиштем.

Регулатива се не примењује у одређеним ситуацијама. Наиме, неће се применити на авио транспорт између аеродрома на територији ЕУ и аеродрома у трећим државама. Неће се применити ни на водени транспорт у оквиру једне државе чланице као ни на међународне трговачке бродове дефинисане посебном Регулативом.

6. Пракса у примени права конкуренције у праву ЕУ

У пракси спровођења права конкуренције, Комисија је покретала велики број случајева који је укључивао свима познате компаније и у којима су постављене основе начина на који органи ЕУ делују али и утицао на промене у начину функционисања компанија у бројним областима. Осврнућемо се на неке од значајнијих случајева у овом делу анализе. С обзиром на то да је “Microsoft” био предмет поступака и у САД и у ЕУ, то су случајеви против ове компаније одличан почетак анализе.

6.1. “Microsoft” случај пред Европским Судом Правде

Први поступак против ове компаније покренут је давне 1998. да би био окончан тек 2007. године доношењем пресуде од стране Суда.⁷⁵ Поступак је покренула софтверска компанија која је производила програм који се могао користити у оперативном систему “Microsoft”-а. Разлог покретања је било наводно одбијање „Microsoft”-а да достави податке софтверској компанији који би јој помогли да свој програм модернизује за употребу најновијој верзији оперативног система. У пресуди се на самом почетку налази кореспонденција која је била повод за покретање поступка и из које се види да “Microsoft” није ни експлицитно ни имплицитно одбио да достави податке већ је софтверској компанији указао на могућности да добију информације које су им потребне а наведено је и да је та компанија већ регистрована за добијање потребних података од стране “Microsoft”. У даљем току поступка Комисија је послала, у три наврата, „изјаве приговора“ у којима је, пре свега, тражила од компаније да промени систем по коме је програм “Windows Media Player” аутоматски интегрисан у оперативни систем. На сваку од тих изјава, „Microsoft” је одговарао и Комисија је, пре доношења одлуке, заказала и саслушање. Одлука је донета тек марта 2004. године и у тој одлуци је

⁷⁵ Case T-201/04 Microsoft v Commission 2007 II-03601

наведено да је „Microsoft” повредио право конкуренције ЕУ тиме што је злоупотребио доминантну позицију у две ситуације.

Комисија је утврдила да постоји доминантна позиција на основу процене одређених критеријума. У погледу удела на тржишту, Комисија је проценила да је компанија има удео од преко 90% који има одлике стабилности и континуитета у трајном периоду. Такође, постоје значајне препреке уласку на тржиште захваљујући индиректним ефектима поседовања одређеног оперативног система. Има се у виду да велики број корисника поседује одређени оперативни систем због одређених програма које на њему могу користити као и чињенице да популарност одређеног оперативног система доводи до тога да се у великој мери стварају нови програми управо за тај оперативни систем. Чак је Комисија утврдила да је оперативни систем компаније „*de facto*“ стандард у сфери оперативних система.

Прва злоупотреба доминантне позиције проистиче из одбијања компаније да достави информације о интероперабилности и да да дозволу за коришћење тих информација ради развијања и дистрибуције производа који су конкурентни са производима компаније на њиховом оперативном систему. При томе, такво понашање је постојало од октобра 1998. године па све до доношења одлуке од стране Комисије.

Друга злоупотреба доминантне позиције огледа се у повезаном набављању оперативног система и програма „Windows Media Player“. Наиме, корисницима није омогућено набављање оперативног система без поменутог програма и чиме се ограничава конкуренција.

Казна коју је Комисија изрекла за ова дела износила је преко 497 милиона евра. Поред тога, компанији је наложено да престане са пословањем због којег је кажњена и да се уздржи од понављања истих или сличних дела. За пружање информација дат је рок од 120 дана од пријема одлуке, а дат је и рок од 90 дана компанији да понуди оперативни систем без поменутог програма. Комисија је одредила и рок од 30 дана у коме компанија треба предложити начин на који ће Комисија пратити извршавање пресуде.

У самој пресуди се наводи да је компанија била предмет поступка у САД у којем је такође изгубила и била обавезана да измени своје пословање на сличан начин на који је захтевала и ЕУ. Компанија је и пре коначног окончања поступка у САД успоставила механизам који је од ње тражен. Овај моменат треба забележити ради упоређивања са поступањем компаније по пресудама и одлукама у ЕУ.

Компанија се жалила на одлуку Комисије Суду, траживши да се одлука поништи. Суд је сматрао да је Комисија адекватно применила Директиву 91/250 у погледу теста

интероперабилности упркос приговору компаније да то није био случај. Суд је ради утврђивања да ли је Комисија правилно поступила (оценивши да је било злоупотребе доминантне позиције у вези са пружањем информација) направио паралелу са случајевима у којима је једна компанија, која је имала доминантну позицију на тржишту, одбила да свог клијента који је истовремено и произвођач добра или пружалац услуга захваљујући производима те компаније снабде потребним материјалом или услугом.⁷⁶ Такође, имајући у виду те али и друге случајеве из своје јуриспруденције, Суд закључује, користећи тест из случаја *IMS/Magill* да злоупотреба доминантне позиције може постојати у случају:

- одбијања које се односи на производ или услугу од непроцењиве вредности за одређену активност на тржишту;
- одбијање је такве врсте да се на тај начин искључује конкуренција са тржишта;
- одбијање спречава појављивање нових производа за које постоји потенцијална тражња потрошача.

Уколико се испуне ови услови, може се сматрати да је дошло до злоупотребе доминантне позиције осим ако је ускраћивање информација оправдано са објективног становишта. Суд је сматрао да је до злоупотребе доминантне позиције дошло и да је Комија одлуку правилно донела. При том је истакнуто да ће штета од таквог поступања компаније по конкуренцију бити нарочито евидентна у будућности јер је њено поступање намењено истискивању конкурената са тржишта.⁷⁷ Суд је своју одлуку у великој мери базирао на истраживању тржишта софтвера које је показало велику зависност тржишта од доступности информација о интероперабилности од стране компаније. У овом погледу успостављен је прецедент у томе што је сада потврђено да Комисија може реаговати и када је *само елиминисана потенцијална конкуренција* а не када је заиста сва конкуренција избрисана како је до те пресуде био случај.⁷⁸ Такође, ова пресуда је променила дотадашње схватање теста „новог производа“. Тај тест је посматрао у којој мери је поступање привредног субјекта против ког се води поступак за повреду конкуренције утицао на смањивање могућности за производњу. Новим

⁷⁶ Joined Cases 6/73 and 7/73 *Commercial Solvents v Commission* [1974] ECR 223; Case 311/84 *CBEM* [1985] ECR 3261

⁷⁷ C. Ahlborn, D. S. Evans, *The Microsoft Judgment and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe*, *Antitrust Law Journal*, no. 3, Vol. 75

⁷⁸ D. Lawky, *EU Microsoft Judge fears decision may hurt investments*, Reuters, (2008); преузето 27.08.2016. <http://www.reuters.com/article/reutersEdge/idUSL1254538020080312?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0&sp=true>

схватањем, овај тест посматра и у којој мери долази до ограничавања *технолошког развоја*.

У погледу друге повреде, Суд је и овде сматрао да је Комисија донела правилну одлуку проценивши да је везаном куповином оперативног система и програма „Windows Media Player” злоупотребљена доминантна позиција. Ова пресуда је и у овом погледу променила дотадашња схватања у праву конкуренције у ЕУ. Тако је анализа везане трговине сада укључила и *економске факторе* што није раније био случај. Иако се у САД неко време пре доношења ове пресуде користила анализа економских фактора приликом утврђивања да ли је везана трговина довела до повреде права конкуренције, у ЕУ су се опирали овим променама не желећи да промене своје схватање о *per se* забрани везане трговине. Том приликом је Суд истакао да би потрошачи можда желели да прибаве оперативни систем и програм за репродукцију медија из различитих извора. Приликом анализе везане трговине и њеног утицаја на повреду конкуренције, незнатно су се размимилазили погледи Комисије и Суда. Комисија применила, за то време, иновативан метод „правила разума“ док је Суд сматрао да ће повреда постојати ако се покаже да је везана трговина створила такву предност да конкуренти не могу да испрате и понуде исто. „Правило разума“ се састоји из анализе у три корака. Прво се процењује могућност промоције на тржишту. Друго, процењује се да ли предност која се добија везаном трговином утиче на смањење потражње од стране потрошача за алтернативним производима. И последњи корак у анализи посматра да ли развој на тржишту говори о тренду који иде у корист производу који је укључен у везану трговину. Међутим, Суд је ову анализу одбацио у својој пресуди одлучивши се да задржи традиционалан начин анализе ове праксе.

Суд је, у једном делу, поништио одлуку Комисије. Тачније, део одлуке Комисије који се односио на наредбу компанији да изнесе предлог за механизам помоћу ког ће Комисија пратити спровођење одлуке поништен је одлуком Суда. И поред тога, ова пресуда остаје као пример једне од најзначајнијих у раду Комисије и одлука која јој је омогућила изградњу ауторитета у сфери права конкуренције.

6.2. „Microsoft” II⁷⁹

Овај случај је покренула сама компанија како би покушала да обори одлуку којом је обавезана на плаћање пенала због неизвршења претходне одлуке Суда. Та одлука је у међувремену измењена чиме је повећана висина казне. Комисија је сматрала да

⁷⁹ Case T-167/08 Microsoft v Commission [2012] ECLI:EU:T:2012:323

компанија покушава да оспори иницијалну одлуку из 2004. године. Суд је сматрао другачије. У погледу саме суштине одлуке о одређивању плаћања пенала, Суд је закључио да је Комисија имала овлашћење да пропише такву казну на основу чл. 24. раније споменуте Регулативе чак и без претходне спецификације висине износа рата ренумерације на коју се позивала сама компанија. Суд је приговоре и аргументе које је компаније изнела одбијао у елегантном маниру, истичући како приговори нису у вези са предметом поступка или да је погрешно схваћена одлука Комисије па самим тим упућен лош приговор или чак да нису пружени докази за тврдње које су изречене. Овакво образложење од стране Суда наводи на закључак да је Комисија изградила врло јак случај или да је правни тим компаније покушавао приговорима да скрене пажњу са суштине која је била неповољна. Врло је могуће да су и оба закључка тачна. Оно што остаје као закључак јесте да је Комисија у овим случајевима показала да је некада за стварање доброг случаја потребан рад који може трајати и неколико година као и да ће у будућности компаније морати много више труда да уложе у сарадњу са Комисијом и другим органима Уније како би проактивно стварали систем пословања који би био у складу са правом ЕУ. Казна која је изречена само појачава утисак – 960 милиона евра износи висина пенала због неизвршавања претходне пресуде.

6.3. Авионски летови на релацији Европа – Северна Америка

Овај случај ћемо сагледати кроз призму мера и активности које је Комисија предузела ради утврђивања да ли је дошло до повреде права конкуренције. Случај је покренут 2009. године отварањем формалног поступка против неких од чланица “Star” и „Oneworld” удружења авиокомпанија. Ти поступци су покренути као одвојени, али су се тicali истих, па су као такви вођени заједно. Они су вођени због координације на летовима из Европе за Северну Америку и обрнуто. Комисија је сматрала да је тиме дошло до повреде чл. 101 УоФЕУ. Авиокомпаније које су биле предмет истраге су неке од највећих компанија у свету, попут Луфтхансе, Континентала, Јунајтеда, Бритиш Ервејза и других. Споразуми су подразумевали договор око распореда летова, капацитета, цена и прихода, и дељење заједничког прихода, као и заједничка продаја карата. Комисија је приликом отварања поступка нагласила да даје приоритет овом случају и да ће проценити евентуалне предности за потрошаче која произилази из ових

споразума.⁸⁰ Током поступка, Комисија је у неколико наврата тражила информације од компанија као и од њихових потрошача тј. агенција које су продавале њихове карте, као и од главних конкурената. Врло брзо након упућивања захтева за информацијама, компаније су поднеле прелог мера Комисији које ће предузети како би престале да буду предмет поступка. Након тога су Саветодавни Комитет, Официр за саслушања контактирани од стране Комисије како би проценили да ли су те мере задовољавајуће. Овде је битно нагласити да је већина ових компанија имала имунитет од процесуирања за повреде права конкуренције у САД управо на основу споразума о кооперацији на међународним рутама.⁸¹

Комисију је највише занимало тржиште путника прве и бизнис класе на рути Франкфурт-Њу Јорк коју обухвата око 63 000 путника годишње. Споразум, који је носио назив А++, био је свеобухватан, регулишући и питање контроле квалитета, информационих технологија као и надгледања партнера. Комисија је сматрала да је циљ споразума да се конкуренција ограничи, путем кључних параметара попут цене и капацитета. У свом резонувању, Комисија се послужила и ставовима Европског Суда Правде у бројним случајевима подижући значај овог тела.⁸² Комисија је показала да би учесници споразума били конкуренти на тржишту да није дошло до споразума те да је тиме дошло до ограничавања конкуренције на тржишту. Удео на тржишту је био преко 70% за руту Франкфурт-Њу Јорк, што је само по себи навело Комисију на закључак да може довести до приметних ефеката на тржишту ако не и до повреде права конкуренције. Такође, утврђено је да на поменутом лету постоји ограничење слотова посебно на аеродромима у Њу Јорку и да авиокомпаније које су предмет испитивања поседују близу 80% слотова што им омогућава да између себе мењају слотове по жељи, те управо то представља баријера уласку других конкурената. Већ је раније утврђено, у оквиру ЕУ, да су једне од највећих баријера уласку у сфери авио транспорта управо ограничења слотова.⁸³ Баријеру уласку представљала је и разлика у учесталости летова између компанија које су предмет поступка и конкурената. Разлика у учесталости летова била је

⁸⁰ European Commission, *Antitrust: Commission opens formal proceedings against certain members of Star and oneworld airline alliances*, (2009); преузето 31.08.2016. http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-09-168_en.htm?locale=en

⁸¹ Final Order 2009-7-10 (Docket DOT-OST-2008- 0234)

⁸² European Commission, *Case Comp/AT.39595-Continental/United/Lufthansa/Air Canada C(2013) 2836*, (2012); преузето 31.08.2016. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39595/39595_3012_4.pdf

⁸³ Case T-177/04 *easyJet v Commission* [2006] ECR II-1913, paragraph 166, the General Court stated that: '[...] the main barrier to entry in the air transport sector is the lack of available slots at the large airports'

5:1. Ове баријере је Комисија оценила као значајне и један од битних разлога за ограничавање конкуренције. Закључак је да је дошло до ограничавања конкуренције.

Следећи део анализе тицао се потенцијалних користи које овај споразум може донети потрошачима тј. путницима на поменутом лету. То је подразумевало примену чл. 101 ст. 3 УоФЕУ и процену да ли су испуњени услови да се тај члан примени. Анализа је подразумевала одвојену руте Франкфурт-Њу Јорк и руте Њу Јорк-Франкфурт. Разлика произилази из тога што је Комисија сматрала да путници гледају само одређену руту. Овакво резонување није баш логично. Путници најчешће посматрају и могућности повратка, а повратна карта код исте компаније готово је увек јефтинија него две карте у једном правцу код посебних компанија. Но, анализа предности које је споразум доносио путницима обухватао је чешће летове и самим тим уштеде у времену, уживање салона различитих компанија на аеродромима, уштеде у ценама летова због повећаног обима путника. Комисија је такође утврдила да је споразум непроцењив фактор у стварању поменутих предности за путнике, али највеће предности добијају они којима су ови летови део путовања тј. представљају преседање за други лет. Међутим, позитивни ефекти у виду смањења цена не премашују негативне ефекте оваквог споразума јер се уштеде у трошковима које компаније имају услед споразума не преносе у довољној мери на путнике и што се овим споразумом елиминише конкуренција и спречава улазак нових конкурената.

Обавезе које су авиокомпаније предложиле Комисији да предузму су укључивале обавезе у погледу слотова, тачније ослобађање дела слотова како би их конкуренти преузели у складу са повећањем броја летова од стране конкурената. При томе, слотови се добијају тек када се исцрпи редован пут добијања истих и када су искоришћени сви доступни слотови на одређеном аеродрому. Предложено је и договарање око заједничког пружања услуга повратног путовања између авиокомпанија против којих се води поступак и њихових конкурената. Авиокомпаније су предложиле и договор око специјалних аранжмана са конкурентима у погледу превоза путника од аеродрома у Франкфурту ка осталим деловима Европе и Израелу, и од аеродрома у Њу Јорку ка осталим деловима САД, Канади или Мексику, Карибима или Централној Америци. Последња предложена обавеза тицала се програма званог ФФП (“frequent-flyer program”), односно координације међу компанија у овом погледу. Предложено је трајање обавеза у периоду од десет година са ревизијом након пет година. Ревизију би извршила Комисија.

Конкуренти су се жалили да предложене мере нису довољне и неће имати жељени ефекат на конкуренцију. Ипак, Комисија је анализирала предложене обавезе и дошла до закључка да су предложене обавезе адекватне и пропорционалне почињеној повреди и донела одлуку⁸⁴ да се исте прихвате уз мање процедуралне и техничке измене појединих обавеза које не мењају битно њихову суштину.

6.4. „Јабука раздора“

Као што се може претпоставити из самог наслова, случај који ћемо анализирати је случај недозвољене државне помоћи Ирске америчкој компанији „Apple“ због које је Комисија наложила компанији повраћај повластица на име пореза у износу од тринаест милијарди евра. Одлука, донета 30. 8. 2016. године, већ је у првим данима изазвала оштре реакције званичника компаније, Ирске и бројних других актера међу којима су свакако вредни помена и званичници Беле Куће.⁸⁵ У овом случају, Комисија је утврдила да је Ирска дала специјалне пореске повластице искључиво споменутој компанији, а које нису биле доступне другим компанијама. Износ пореза који је на тај начин наплаћиван је ишао до 0,005 процената у 2014. години.⁸⁶ Сама истрага је покренута јуна 2014. године, и открила је да су ирске власти највећи део профита те компаније класификовали као профит централе која нема седиште. Разлог због чега та централа нема седиште јесу разлике између појма седишта у праву Ирске и праву САД.⁸⁷ Такав третман компаније је довео до тога да је компанија сав свој профит добијен на читавом тржишту ЕУ приказивала као профит остварен у Ирској. То је учињено на тај начин што се, папиролошки гледано, куповина производа ове компаније на простору ЕУ вршила на тај начин да је производ увек продавала подружница у Ирској а не сама продавница у којој је физички продаја обављена. Тиме је избегнута примена различитих пореских система у оквиру ЕУ. Оно што је значајно у случају јесте да се тражи повраћај неплаћеног пореза за период од десет година пре покретања истраге, јер је то максимум на који се може тражити повраћај. Међутим, овај аспект је ван оквира испитивања у области контроле државне помоћи. Које би последице сносила компанија да органи ЕУ имају овлашћења

⁸⁴ Summary of Commission Decision of 23 May 2013 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Case AT.39595 — Continental/United/Lufthansa/Air Canada) (notified under document C(2013) 2836 final) OJ C 201, 13.7.2013, p. 8–10

⁸⁵ The Guardian, *Apple-EU tax bill Silicon valley response*, (2016); преузето 31.08.2016. <https://www.theguardian.com/technology/2016/aug/30/apple-eu-tax-bill-silicon-valley-response>

⁸⁶ European Commission – Press release, *State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to 13 billion euros*, (2016); преузето 30. 08. 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm

⁸⁷ FT, *Apple’s EU tax dispute explained*, (2016); преузето 30. 08. 2016. <http://www.ft.com/cms/s/2/3e0172a0-6e1b-11e6-9ac1-1055824ca907.html#axzz4JJIOF485>

у овом погледу тешко је претпоставити али би то свакако био још већи ударац за ову компанију.

Овај аранжман је омогућен захваљујући двома одлукама ирских власти које су тиме износ пореза које је компанија плаћала свела просечно на 4% по години. Одлуке су из 1991. године када је компанија још увек била мала и на тај начин јој се желело помоћи и 2007. године када је компанија већ била једна од најбрже растућих. Том одлуком је дозвољено пребацивање профита који се слије у подружнице основане у Ирској, у „централну“ која се организационо налазила унутар “Apple Sales International”, компаније регистроване у Ирској, али која није имала сопствено седиште ни запослене а ни просторије. Само делић профита се слио у званичну компанију, и од тог дела профита је плаћан порез у Ирској. Тако је у 2011. години, профит износио око 16 милијарди евра, а опорезиви део је износио 50 милиона евра. Али то није једино. “Apple” има регистровану још једну компанију у Ирској, која се бавила претежно производњом одређених врсти компјутера и која је на исти начин успевала да умањи износ пореза које је требала да плати.

Комисија је утврдила да овакав начин расподеле профита нема никакво економско ни чињенично оправдање. Нарочито, јер та „централа“ није имала капацитет да врши било какве оперативне активности.

Овом одлуком наложен је повраћај неплаћеног пореза уз камате и у самој одлуци се наводи да овим није изречена никаква казна јер такво овлашћење не познаје право ЕУ. Износ који треба исплатити Ирској може бити смањен уколико друге државе затраже повраћај пореза од компаније. Комисија је Ирској наложила да затражи од компаније повраћај неплаћеног пореза за период од 2003. године до 2014. године јер је у 2015. години компанија променила своју организациону структуру а и одлука из 2007. године није више у примени. Такође, износ може бити умањен уколико би власти САД захтевале од компаније да повећа износ новца које им њихова ћерка компанија у Ирској уплаћује на име истраживања и развоја. Власти Ирске и сама компанија су већ најавиле да ће изнети предмет пред ЕСП, тако да ћемо за коначну одлуку морати да сачекамо још неко време. Ипак, узимајући у обзир изнете чињенице, као и немушти одговор саме компаније (у којој наводе да су они плаћали увек онолико колико им је тражено), показују да се компанија покушава извући на блаженост незнања које ће тешко проћи пред Судом. Али да не прејудуцирамо, треба сачекати одлуку Суда, након чега могу уследити коначне анализе овог случаја.

6.5. Картел произвођача камиона

Да бисмо комплетирали начин одлучивања Комисије у свим надлежностима, потребно је проћи кроз начин одлучивања у области откривања картела. Овај случај такође је један од недавних и тиче се најреномиранијих произвођача камиона. Радило се о картелу у области производње камиона средње и тешке тежине, тежих од шест тона. Казна која је изречена је рекордна у раду Комисије – 2,93 милијарде евра, дупло већа од претходне највеће изречене казне. Произвођачи који су учествовали у картелу су „MAN”, “Daimler”, “DAF”, “Iveco” и „Volvo/Renault”. Сама имена довољно говоре. Они производе девет од десет камиона продатих у Европи. Картел је почео 1997. године и трајао је до почетка истраге од стране Комисије у 2011. години.

Картел је почео састанком и наставио се на исти начин. У почетку, састанцима су присуствовали виши менаџери из централа компанија који су се сретали често. То је трајало првих седам година трајања картела. Од 2004. године, картел је организован на нижем нивоу од стране филијала произвођача које су стациониране у Немачкој. Контакти су постали формализованији и размењивале су се информације путем електронске поште.

Оно о чему су расправљали јесу цене тачније вредност производа пре урачунавања било каквих попушта. Назив за те цене на енглеском језику је “gross list”. Дискутовали су о томе на који начин би требало реаговати на све строже стандарде емисије гасова у ЕУ. То су чинили на тај начин што су трошкове за усклађивање пребацивали на потрошаче и одлагали увођење нових технологија усмерених ка повећаној заштити животне средине.

Картел је откривен захваљујући томе што је компанија “MAN“ обавестила Комисију добивши пун имунитет за сарадњу. Они су на тај начин избегли казну у висини од 1,2 милијарди евра. Након тога, “Volvo/Renault”, “Daimler” и „Iveco“ су се пријавили за програм благости и пружили доказе који су помогли Комисији да докаже постојање картела.⁸⁸ Свима су казне смањене за 10% у складу са договором о нагодби јер су све компаније признале учешће у картелу. Ипак, треба напоменути да једна компанија није признала учешће нити је обухваћена одлуком јер се против ње и даље води истрага. У питању је компанија „Scania”.

⁸⁸ У изјави за медије, Комисија користи прилику да покаже да се не исплати бити део картела. European Commission, *Statement by Commissioner Vestager on decision to fine truck producers 2,93 billion for participating in a cartel*, (2016); преузето 19.07.2016. [http://europa.eu/rapid/press-release STATEMENT-16-2585_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-2585_en.htm)

III ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. Настанак и улога Комисије за заштиту конкуренције у Србији

Праву конкуренције као засебној области и грани права није поклањана већа пажња све до распада Југославије. Фактор који је онемогућавао развијање ове области био је важећи друштвено-политички систем. С обзиром на то да није постојала тржишна привреда, самим тим није било ни потребе за заштитом конкуренције. Приватни сектор у том периоду готово да није функционисао јер је највећи део привреде био, у својинском статусу друштвене својине. Ипак, прописи којима је регулисана област конкуренције доношени су и у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца па и у СФРЈ.⁸⁹ Узимање у обзир начина на који је привреда у том периоду функционисала важно је ради потпунијег разумевања друштвених прилика у којима је одједном, малтене преко ноћи, требало увести тржишни облик привређивања и подстицати стварање конкуренције.

Након рата на простору бивше СФРЈ, као и санкција које је Југославији наметнула међународна заједница, кренуло се са стварањем правног оквира који би одговорио изазовима тог времена. Први закон у овој области донет је 1996. године, под називом Антимонополски закон (скр. АЗ).⁹⁰ Иако донет скоро цео век након првог закона у САД у сфери права конкуренције, он није помогао успостављању тржишта што би се могло очекивати од прописа у тој области. Закон је ступио на снагу тек 1999. године, са почетком функционисања Антимонополске комисије.⁹¹ Циљ антимонополске политике је да тржиште буде отворено за све како би се могућност постизања договора између учесника на тржишту свела на најмању могућу меру.⁹² Самим тим, правом конкуренције жели се постићи економска ефикасност и остваривање економског благостања друштва кроз заштиту потрошача.⁹³ Антимонополска комисија је функционисала само четири године, до доношења Уставне повеље државне заједнице Србије и Црне Горе када су њене надлежности преузете од стране Министарства трговине, туризма и услуга Републике Србије. Чињеница да је овај заштита конкуренције вршена од стране извршне власти а не од стране независне институције довољно говори о недостатку схватања о

⁸⁹ М. Матић Бошковић, Заштита конкуренције у Србији-функционисање механизма заштите; у: Драган Добрашиновић... et al., *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*, Београд, 2014, стр. 15

⁹⁰ Антимонополски закон, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96

⁹¹ М. Петковић, Др С. Станковић, Protection of Competition Policy in Serbia, *Економика*, бр. 60/1, 171

⁹² В. Митровић, И. Митровић, Ефективна политика заштите конкуренције у функцији сузбијања корупције у привреди, *Socioeconomica – The Scientific Journal for Theory and Practice of Socio-Economic Development*, по. 3(6), Vol. 2014, стр. 329

⁹³ Љ. Пљакић, Концентрација учесника на тржишту као облик повреде конкуренције, *Право и привреда*, бр. 5/8, Vol. 2008, стр. 656

важности постојања овакве институције. Имајући у виду да су у том периоду на власти биле снаге демократских промена које су требале да донесу добре примере из иностранства нарочито у области привреде и економије, још је теже пронаћи разлоге оваквог поступања. Но, и поред тога закон је био на снази пуних девет година, што је за законодавну праксу на овим просторима јако респектабилно време. Чак пет година након демократских промена, овај пропис није мењан. То може говорити о неувиђању потребе да се основни извор права у овој области модернизује и постави на здраве основе ради оздрављења целокупне привреде, или пак, о простом занемаривању значаја које право конкуренције има за функционисање и развој привреде. Због тога можемо рећи да су органи који се боре за заштиту конкуренције у Републици Србији тек у последњих пар година почели да задобијају поштовање и ауторитет који свакако заслужују. Постоје мишљења да није постојала јасно дефинисана визија развоја тржишта и примене права конкуренције што би требало бити усвојено од стране извршне власти те се због тога право конкуренције још увек налази у фази развоја.⁹⁴

Проблем са којим се Комисија суочава у Србији јесте мали број запослених за јако широк спектар овлашћења датих. У односу на земље у региону, Хрватска се сматра добрим примером и тело за заштиту конкуренције у тој држави има готово дупло више запослених лица.⁹⁵ Такође, велики проблем се налази у томе што је привреда у Србији није тржишно развијена као у развијеним земљама ЕУ. Држава често својим интервенцијама показује неуспех стварања поштене тржишне утакмице, као у случају доношења Уредбе о специјалним условима промета одређених добара у 2011. години. Том Уредбом, у суштини је институционализовано постојање картела јер је већина мањих привредних субјеката отерано у банкрот услед ограничавања марже на 10%. Комисија се није огласила док је у истом случају у Мађарској, тамошња Комисија експресно реаговала и покренула званичну истрагу.⁹⁶

Промена АЗ није уследила, већ је донет нов Закон о заштити конкуренције⁹⁷ 2005. године којим је по први пут успостављена агенција која ће се бавити заштитом конкуренције. Агенција носи исти назив као и пандани ове институције у САД и ЕУ – Комисија. Комисија је почела са радом наредне, 2006. године. Закон којим је основана

⁹⁴ М. Андравић, Г. Кршикапа, Шта је циљ? – Нови Закон о заштити конкуренције Републике Србије, *Ревуја за европско право*, бр. 2-3, Vol. XII, стр. 103

⁹⁵ Б. Стојановић, В. Радивојевић, Т. Станишић, Institutional assumptions of competition policy efficiency, *Economic Horizons*, No. 2, Vol. 14, p. 132

⁹⁶ *Ibid* 133

⁹⁷ Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013

донет је ради хармонизације са правом ЕУ услед политичког опредељења да Србија постане чланица ове Заједнице. Тај закон је доживео критике од стране адвоката и научника⁹⁸ и веома брзо, за само четири године, дошло је до стављања ван снаге овог и доношења новог закона. Задатак хармонизације прописа, који се у оквиру ЕУ мењају и захваљујући раду Европског Суда Правде, може довести до мењања и постојећег закона у жељи да се испрате стандарди који владају на подручју Уније. Комисија је устројена на начин који прати шаблон који постоји у свим државама кандидатима за чланство у ЕУ.⁹⁹ У таквом окружењу налази се право конкуренције у Србији.

2. Закон о заштити конкуренције

Закон из 2009. године је донет, пре свега, ради отклањања процедуралних недостатака који су највише погађали рад Комисије.¹⁰⁰ Ти процедурални недостаци тичу се, првенствено, могућности изрицања санкција за повреде права конкуренције. По старом закону, из 2005. године, такву моћ имали су само судови, док је новим законом то овлашћење пренето на Комисију.

Нови закон је допринео оснаживању положаја Комисије за заштиту конкуренције, те је она сада добила положај посебне организације која врши јавна овлашћења.¹⁰¹ Да ли постоје одређени недостаци у постојећим законским решењима и која то решења из правног система ЕУ и САД се могу усвојити видећемо након анализе прописа који су тренутно на снази у Србији у области заштите конкуренције.

У чл. 1 Закона, наводи се да је циљ доношења закона *економски напредак и добробит друштва, а нарочито користи потрошача, као и устројење Комисије за заштиту конкуренције*. Овако постављен циљ доношења Закона је у складу са схватањима у погледу утицаја права конкуренције како у САД тако и у ЕУ. У првим члановима се успостављају основе примене Закона, у којима се наводи територијална и персонална примена као и одредба у којој се наводи да се овај Закон не примењује на сферу радних односа. Такође се дефинише и појам релевантног тржишта као и начин на који се врши обрачун годишњег прихода.

⁹⁸ Б. Беговић, В. Павић, Јасна и непосредна опасност: Приказ новог закона о заштити конкуренције, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, стр. 71

⁹⁹ J. W. van den Gronden, S. A. De Vries, „Independent Competition Authorities in the EU“, *Utrecht Law Review*, No. 1/2006, p. 32-36

¹⁰⁰ A. Svetlicinii, The New Serbian Law on the Protection of Competition – A Critical Assessment, *Правни живот*, бр. 12/2009, стр. 567

¹⁰¹ З. Томић, *Опште управно право*, Београд, 2011, стр. 149-150; Д. Марковић-Бајаловић, *Правна сигурност и право конкуренције, Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 73

У погледу тога шта се сматра повредом конкуренције, у чл. 9 наводи се да се под повредама „сматрају акти или радње које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције.“¹⁰² У погледу конкретних дела којима се чине повреде конкуренције, Закон наводи *рестриктивне споразуме и злоупотребу доминантног положаја*.

Рестриктивни споразуми могу бити уговори, поједине одредбе уговора, изричито или прећутни договори, усаглашене праксе па чак и одлуке облика удруживања учесника на тржишту. Они се по сили закона сматрају ништавим и забрањеним осим у случаје изузећа. Иако није изричито наведено у одредби која дефинише какви су споразуми подобни за изузеће, Влада је та која одлучује о томе који споразуми се имају сматрати изузетим. У ту сврху, Комисија предлаже а Влада усваја уредбе којима се дефинишу који споразуми су изузети од ове забране. Тако су изузети споразуми о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције¹⁰³ тј. хоризонтални споразуми, споразуми о истраживању и развоју на хоризонталном нивоу¹⁰⁴, и споразуми између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције¹⁰⁵ тј. вертикални споразуми. Оно што је карактеристично за ове одредбе је да су оне мање-више идентичне са одредбама које важе у ЕУ.¹⁰⁶ „Заслуга“ за то се сваљивала на потребу „поштовања европских стандарда“¹⁰⁷, а преписивање у овој области сигурно није нужно нити је пракса у државама чланицама ЕУ а још мање у државама које су кандидати за чланство у тој организацији. Такође, преписивање чланова присутних у актима ЕУ, без постојања осталих института који постоје у ЕУ, ствара правну несигурност и могућност широких интерпретација одредби Закона.¹⁰⁸

Одредбама којима се дефинише злоупотреба доминантног положаја, отежан је положај привредних субјеката који се сумњиче за поменуте активности. Уколико Комисија утврди постојање удела на тржишту изнад 40%, привредни субјекти треба да докажу да немају доминантан положај. Оваква поставка представља негацију

¹⁰² Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013

¹⁰³ 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

¹⁰⁴ 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

¹⁰⁵ 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

¹⁰⁶ И. Спасић, Основни концепти права конкуренције у ЕУ и Србији – усаглашености и разлике, *Право и привреда*, бр. 1-4, стр. 88

¹⁰⁷ Детаљ са јавне расправе о нацрту Закона, одржане 8. децембра 2008. године у Сава центру у Београду

¹⁰⁸ Б. Беговић Б, В. Павић. *op. cit.* 63

претпоставке невиности, јер се у другим јурисдикцијама поменути у раду не пребацује олако терет доказивања на привредне субјекте. На овај начин, нови Закон олакшава Комисији доказивање постојања доминантне позиције.¹⁰⁹

У погледу одредби којима се регулише положај Комисије¹¹⁰, наводи се да је Комисија самостална и независна организација са статусом правног лица која врши јавна овлашћења. За свој рад одговара Народној скупштини, што је и пракса за све независне институције. Комисији је поред надлежности које се сматрају стандардним у овој области (попут доношења упутстава и смерница за спровођење Закона, решавања о правима и обавезама учесника на тржишту и сл.), дата и надлежност на развијању свести о потреби заштите конкуренције. Ову одредбу треба похвалити, јер узимајући у обзир историју заштите конкуренције у Србији и, пре свега, историју постојања исте, свакако је неопходно створити повољну друштвену климу како би се одредбе права конкуренције поштовале.

Комисија има као своје органе Савет и Председника. Савет чине председник и четири члана. Њих бира и разрешава Народна скупштина након спроведеног јавног конкурса а на основу предлога Одбора надлежног за питања трговине. Бирају се из редова угледних стручњака из области права и економије са радним искуством од најмање десет година у овој области. Савет доноси све акте и одлуке док Председник представља и заступа Комисију али има надлежност и да доноси одређене одлуке. Мандат је у трајању од пет година са могућношћу поновног избора. Комисија има и своју Стручну службу која има овлашћење да обавља стручне послове. Стручном службом руководи Секретар кога поставља Савет. И за обављање функције Секретара стручне службе потребне су исте квалификације као за члана Савета. Такође, наведено је да су функције председника Комисије и чланова Савета неспојиве са другим јавним функцијама или професионалном делатношћу као и са чланством у политичким странкама. Предвиђена је и једна одредба којом се председнику Комисије и члановима Савета онемогућава да буду заступници у поступку пред Комисијом најмање две године по престанку чланства, односно радног односа. Комисија такође има свој *етички кодекс* као и *статут* којим се ближе уређује начин поступања и стандарди понашања. Оно што је недостатак Закона јесте то што није дефинисано ко доноси одлуке у име Комисије. Наиме, у Закону се у више наврата наводи да ће Комисија донети одређену одлуку при

¹⁰⁹ А. Svetlicinii *op. cit.* 64

¹¹⁰ Чл. 21-32 Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013

чему се не наводи који орган то доноси нити је дефинисано у надлежностима самих органа за доношење којих одлука су они овлашћени.¹¹¹

У погледу финансија, предвиђено је да се средства за рад Комисије добијају из такси, донација, прихода од продаје публикација и других извора. Тарифник доноси Комисија уз сагласност Владе. Финансијски план за сваку годину Комисија подноси Влади од које мора добити сагласност. Ова одредбе је проблематична. Ако је Народна скупштина надлежна за контролисање рада Комисије, зашто Влада онда даје сагласност за финансијски план и усваја Тарифник? Потпуно је нејасно због чега је дозвољено органу извршне власти овакав вид контроле над радом једне независне институције, као што је Комисија.

Комисија покреће поступак или по службеној дужности или по захтеву странке. Такође, могуће је покренути и скраћени поступак у предметима давања дозволе за концентрацију у којима се на основу поднетих доказа и других чињеница познатих Комисији, може основано претпоставити да концентрација испуњава услове дозвољености. Комисија решењем одлучује да ли је дошло до повреде конкуренције, да ли има места одобравању појединачног изузећа или о забрани концентрације. Истиче се да се приликом утврђивања повреде конкуренције треба изрећи и мера заштите конкуренције.¹¹² Против тог решења може се покренути управни спор. Испитни поступак спроводи овлашћено лице из редова Стручне службе. У току испитивања могу се узимати изјаве странака, сведока, прибављање података, исправа и ствари, може се обавити вештачење, вршити увиђај и привремено одузети нека ствар. Комисија такође може спровести *секторску анализу*, како би утврдила да ли је дошло до повреде права конкуренције услед дешавања на тржишту. Сва лица, државни органи и правна лица дужни су доставити информације које Комисија тражи у свом захтеву. Као и у праву ЕУ, дозвољено је вршење ненајављеног увиђаја као и улазак у приватне просторије. Оно што је важно јесте да се врши процена у сваком конкретном случају, и утврђује да ли је тиме дошло до ограничавања конкуренције које утиче на размену на тржишту.¹¹³

Мере које одређује Комисија су оне мере које она сматра неопходним за заштиту конкуренције. У погледу плаћања износа одређеног мером заштите конкуренције и

¹¹¹ Љ. Пљакић, Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 302

¹¹² С. Данковић Степановић, Ефективна заштита конкуренције (право, привреда и држава), *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 91-94

¹¹³ М.Д. Томић, Х. Хорак, В. Шољан, П.Ј. Кауфман, *Еуропско тржишно право*, Загреб, 2006, стр. 61-64; Д. Вујисић, С. Миљковић, *Право конкуренције и уговор о франшизингу у праву Европске уније*, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 364

процесног пенала ради заштите конкуренције, предвиђено је да тај износ мора бити уплаћен у корист буџета Републике Србије. У Закону је наведено да је саставни део решења којим се утврђује повреда конкуренције, одлука о заштити конкуренције, односно одлука о другој управној мери коју утврђује Комисија.¹¹⁴ И овде је било могуће оснажити положај Комисије тиме што би се процесни пенал уплатио на рачун Комисије. На тај начин би Комисија била у много мањој мери зависна од неких додатних прихода, па и од извршне власти јер уколико Комисија заврши годину у минусу, то ће бити покривено из буџета. Плаћање процесног пенала у корист Комисије омогућило би да у наредној години финансијски план буде амбициознији, чиме би се могло више радити и на подизању свести и превентиви повреда конкуренције. И у овом погледу Влади се дају надлежности које су потпуно неспојиве са основном функцијом и положајем Комисије. Влада ближе прописује критеријуме за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала као и начин и рокове плаћања. Овакве одредбе утичу на слабење положаја Комисије.

Комисија може наложити и *структурне мере* уколико утврди значајну опасност од понављања исте или сличне повреде услед саме структуре учесника на тржишту и уколико нема могућности за одређивање једнако или приближно делотворне мере.¹¹⁵ Казне односно обавезе плаћања новчаног износа се изричу у висини од највише 10% од укупног годишњег прихода оствареног на територији Републике Србије у року од најмање три месеца а највише годину дана. Рок застарелости за одређивање мера заштите конкуренције је пет година од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавеза, односно од последњег дана временског периода извршења радње. Дата је могућност да учесник рестриктивног споразума који је први пријавио постојање споразума или доставио доказе на основу којих је Комисија донела решење о повреди, буде ослобођен обавезе плаћања новчаног износа. Ово би могло бити пандан институту „благости“ у оквиру ЕУ. Међутим, постоји једно ограничење које се огледа у томе да привредни субјекти који искористе погодности овог програма, могу бити одговорни за накнаду штете јер примена програма ни на који начин не утиче на права оштећених лица да поднесу тужбу за накнаду штете.¹¹⁶ Тиме се стварају подстицаји за одржавање

¹¹⁴ Члан 38, ст. 3 Закона о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, 51/2009 и 95/2013

¹¹⁵ С. Данковић Степановић, Изрицање мере заштите конкуренције консеквентно (претходно) утврђеној повреди, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 580

¹¹⁶ И. Ракић, Покајнички програм и одговорност за штету због повреде права конкуренције, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Vol. LXII, стр. 2

рестриктивних споразума.¹¹⁷ Мере процесног пенала се изричу за сваки дан понашања супротно налогу Комисије и могу се изрећи у износу од 500 до 5.000 евра по дану с тим да је горњи лимит 10% од укупног годишњег прихода.

У погледу судске контроле решења Комисије, наводи се да се тужба подноси Управном суду у року од 30 дана од дана достављања решења. Подношење тужбе не одлаже извршење решења. Ова одредба би могла бити модификована на тај начин да се одређене мере, као на пример плаћање новчаног износа и процесног пенала, изузму од примене ове одредбе. Иако је Комисији дата могућност да по захтеву подносиоца тужбе одложи извршење решења, ипак овако постављен систем умногоне усложњава поступак. При том и предвиђен рок, у ком Комисија треба по том захтеву да одлучи се чини предугачак.¹¹⁸ Предвиђено је да суд мора донети одлуку најкасније у року од три месеца од пријема одговора на тужбу односно од протекла рока за давање одговора на тужбу што је, уз најбољу намеру законодавца, мало преамбициозно имајући у виду рокове предвиђене у погледу осталих процесних радњи у поступку. Значајна одредба је и та да се у парничном поступку може тражити накнада штете настале услед повреде конкуренције коју утврди Комисија својим решењем. То је такође новина донета из ЕУ.¹¹⁹

3. Преглед најважнијих подзаконских прописа које примењује Комисија за заштиту конкуренције

Комисија је донела велики број подзаконских аката ради ближег појашњења одређених овлашћења датих њој у Закону. Овде ћемо се кратко осврнути на неке од њих. Тако је у *Уредби о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције*¹²⁰ предвиђено да ће се учесник у рестриктивном споразуму ослободити обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције ако се испуне следећи услови:

- 1) ако први пријави споразум о којем Комисија није имала ранија сазнања или није имала довољно доказа да покрене поступак;

¹¹⁷ C. Cauffman, *The Interaction of Leniency Programs and Actions for Damages*, *Competition Law Review*, no. 2, Vol. 2011, p. 183; C. Canenbley, T. Steinvorth, *Effectife Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict Between Leniency Programs and Private Damages Actions?*, *Journal of European Competition Law and Practice*, no. 2, Vol. 2011, 2. 320-322; F. Silbye, *A note on antitrust damages and leniency programs*, *European Journal of Law and Economics*, no. 3, Vol. 2012, p. 692

¹¹⁸ Дат је рок „до истека рока за плаћање“

¹¹⁹ Б. Гецић, Нови Закон о заштити конкуренције, *Правни информатор*, бр. 9, Vol. XII

¹²⁰ Уредба о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 50/2010

2) ако достави расположиве доказе о рестриктивном споразуму и/или укаже Комисији на место или лице код кога се ти докази налазе;

3) ако није принудио или подстрекао друге учеснике на тржишту на закључење или спровођење рестриктивног споразума;

4) ако није иницијатор ни организатор рестриктивног споразума.

Тек кумулативним испуњењем свих наведених услова стиче се право на ослобађање од обавезе плаћања мера заштите конкуренције. Ослободиће се и учесник у рестриктивном споразуму ако потпише изјаву да ће сарађивати са Комисијом, ако достави све информације које поседује или су му доступне и ако без одлагања обустави даље учешће у рестриктивном споразуму с тим да је могуће да настави учешће ако Комисија то буде тражила ради прикупљања доказа и даљег вођења поступка. На овај начин се уводи могућност постојања „прикривеног иследника“ у оквиру одређеног споразума.

У Уредби о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала¹²¹ предвиђено је неколико критеријума за одређивање висине износа:

1) намера учесника на тржишту да изврши повреду конкуренције, с тим што је чињење из нехата предвиђена као олакшавајућа околност;

2) тежина, последица и трајање повреде конкуренције, а као олакшавајућа околност наводи се краткотрајност повреде или изостанак штетних последица;

3) поврат учесника на тржишту;

4) подстрекавање других учесника на тржишту;

5) време обустављања радњи које представљају повреду конкуренције, с тим што је олакшавајућа околност обустављање радњи истог момента када је учесник сазнао да се таквим поступањем чини повреда конкуренције;

6) предузимање мера за отклањање насталих последица учињене повреде конкуренције, а као олакшавајућа околност наводи се отклањање последица повреде конкуренције у битној мери и то пре предузимања процесних радњи;

¹²¹ Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, *Службени гласник РС*, бр. 50/2010

7) сарадња учесника на тржишту у поступку утврђивања повреде конкуренције или спречавање, односно ометање спровођења процесних радњи.

Такође се наводи и један додатни критеријум, а то је значај наложеног поступања за исход поступка повреде конкуренције који се води и понављање истог или сличног понашања од стране учесника на тржишту у истом или неком другом поступку. Рок који је Уредбом одређен није другачији од оног у Закону, те је овај одељак Уредбе потпуно сувишан. Додато је да ће рок бити одређен имајући у виду финансијску снагу учесника на тржишту, али је распон унутар тог рока исувише кратак да би имао већег утицаја на оне „сиромашније“ учеснике те се и ова одредба чини сувишним.

*Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта*¹²² предвиђа да релевантно тржиште обухвата релевантно тржиште производа на релевантном географском тржишту. Превише коришћења истих речи које збуњују. Под *релевантним тржиштем производа* подразумева се скуп роба, односно услуга које потрошачи сматрају заменљивим у погледу њиховог својства, уобичајене намене и цене. Заменљивост се процењује као могућност одређења купаца за куповину других роба или услуга. При том, узимају се у обзир особине роба или услуга и њихова намена, висина трошкова односно цене, резултати испитивања купаца, итд. За одређивање *релевантног географског тржишта* важна је могућност супституције тражње и понуде одласком у другу географску област. Узимају се у обзир трошкови куповине роба или услуга у другим географским областима, као и трошкови одласка и допремања робе. Ова Уредба поставља јасне критеријуме и оквир за деловање Комисије те је једна од најбоље осмишљених у оквиру подзаконских аката. Чињеница је и да је донета раније у односу на претходно поменуте уредбе, а које су донете истог дана. Недостатак ове уредбе је у уклањању обавезе спровођења теста претпостављеног монополског повећања цена који је постојао у претходној Уредби.¹²³ Постојање овог теста би умногоме допринело заокруживању целине у погледу одређивања релевантног тржишта и тиме помогло у постизању задовољавајућег степена правне сигурности.

Савет Комисије је донео и неколико упутстава од којих се издваја *Упутство о примени правила о заштити конкуренције на удружења учесника на тржишту*.¹²⁴ У самом Упутству наводе се активности које се сматрају забрањеним попут непосредног

¹²² Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта, *Службени гласник РС*, бр. 89/2009

¹²³ Б. Беговић Б, В. Павић. *ор. cit.* 63

¹²⁴ Организација за економску сарадњу и развој (ОЕЦД), *Потенцијални прокомпетитивни и антикомпетитивни аспект трговинских/пословних удружења*, (2008); преузето 25.06.2016. <http://www.oecd.org/competition>

или посредног утврђивања цена, смерница о висини хонорара, подела тржишта и/или потрошача, итд. Најбитнији део овог Упутства за предмет анализе, јесте део везан за правила која се односе на чланство у удружењу и ограничење учлањења. У том делу, предвиђено је да чланство у удружењима треба да буде на добровољној основи како би сваки учесник на тржишту имао право избора. С обзиром на то да ће од наредне године бити уведено обавезно чланство у Привредној комори Србије¹²⁵, чини се да је таква одредба у супротности са ставом Комисије за заштиту конкуренције па је врло могуће да ће се коначни епилог добити пред надлежним органима. Још једна значајна одредба у Упутству, подразумева да ће се приликом одређивања укупног годишњег прихода у случају повреде конкуренције а ради изрицања мере заштите конкуренције или процесног пенала, узети у обзир збир укупних годишњих прихода удружених учесника.

Комисија је донела и *Упутство за откривање намештених понуда у поступцима јавних набавки*¹²⁶. У Упутству се врло детаљно објашњавају потенцијални начини злоупотребе поступака јавних набавки. Оно што представља искорак јесте што је Комисији дата надлежност контроле над поступцима јавних набавки¹²⁷, што се може сматрати добрим решењем, будући да ови поступци могу утицати на односе на тржишту и конкуренцију.

4. Пракса у примени права конкуренције у праву Републике Србије

Комисија је у свом досадашњем раду имала највише случајева везаних за *контролу концентрација*.¹²⁸ Врло мали број случајева је укључивао питања заштите конкуренције. Пренатрпаност пријавама одобрења концентрације, с једне стране, и мањак људства, с друге стране, значајно је умањио потенцијал Комисије за решавање случајева повреде конкуренције. Ипак, и у таквим околностима могу се издвојити одређени случајеви вредни помена.

4.1. Случај компанија које се баве производњом дувана

Овај случај је покренут 2015. године и још није окончан али је значајан јер се води против произвођача дуванских производа.¹²⁹ Поступак је покренут због сумње да су сва

¹²⁵ Закон о привредним коморама, *Службени гласник РС*, бр. 112/2015

¹²⁶ Доступно на сајту Комисије за заштиту конкуренције: www.kzk.gov.rs

¹²⁷ Д. Поповић, Право конкуренције – хроника, *Право и привреда*, бр. 10-12, Vol. 2011, стр. 149-152

¹²⁸ Д. Лончар, С. Милошевић, Карактеристике антимонополске политике и ефекти њене примене у Србији, *Економика предузећа*, бр. 1-2, Vol. 61

¹²⁹ Случај је доступан на следећој страници: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2015/12/ZOPP-Philip-Morris-JT-International-British-American-Tobacco-Imperial-Tobacco-SCG-TDR-Monus.pdf> (преузето 31.08.2016.

предузећа која имају производне погоне на територији Републике Србије закључила рестриктивни споразум у облику усаглашене праксе. Комисија је извела закључак да је дошло до усаглашавања праксе на основу пријаве промена малопродајних цена. Након што је једна компанија пријавила промену цена, исто то би учиниле и остале компаније и промениле цену у истом износу. На тај начин се усклађивала и цена и временски моменат промене цена. Комисија правилно закључује да се на овај начин умањује или чак елиминише неизвесност коју са собом носи тржишна утакмица услед оваквог поступања. Самим тим, компаније послују без ризика које са собом носи конкуренција. Комисија је послала позив свим заинтересованим лицима како би прикупила доказе који би јој помогли да донесе одлуку о томе да ли је овим поступањем дошло до повреде конкуренције. Биће занимљиво видети како ће Комисија реаговати јер ове компаније заузимају готово цело тржиште производње дуванских производа, а уз то се ради и о мултинационалним корпорацијама. Сви ови фактори указују на то да Комисија у овом случају може направити одлучујући искорак у јачању свог положаја као регулатора понашања противног праву конкуренције. Такође, Комисија може направити отклон од начина решавања случајева какав је био присутан у првом случају који је анализиран.

4.2. Случајеви млекара

Млекаре које су најчешће биле предмет поступака пред Комисијом за заштиту конкуренције јесу „Млекара“ Суботица и „Имлек“ Београд. Прва одлука донета је 25.1.2008. године по старом Закону и њоме је утврђено да се обе млекаре налазе у већинском власништву „DANUBE FOODS GROUP B.V.“ те их Комисија посматра као једног учесника. Истовремено, утврђено је да оне имају доминантан положај на релевантном тржишту откупа сировог млека од стране млекара на територији Републике Србије. Утврђено је да су исте злоупотребиле доминантан положај тиме што су у типском уговору о производњи, предвиделе да ће лабораторија млекаре утврђивати квалитет млека, те да их произвођачи морају обавештавати о свим контактима са другим млекарама и откупљивачима. У тим типским уговорима, предвиђено је да млекара има право једностраног раскида уговора а произвођачи обавезу накнаде штете уколико буде било ког пропуста произвођача, при чему се такво право за произвођаче не предвиђа. Такође, у типским уговорима наведено је да се откупна цена млека одређује на основу ценовника и то без детаља о начину промене ценовника, и без права произвођача на једнострану раскид уговора уколико је незадовољан откупном ценом.

Комисија је наложила одређене мере понашања како би се изменили типски уговори чиме би произвођачи дошли у равноправан положај са млекарама. Дат је рок за извршење мера од тридесет дана, с тим да је рок за обавештавање о промени ценовника три дана.

Начин на који је утврђен доминантан положај показао је флексибилност критеријума, будући да је узета у обзир количина откупљеног млека на основу чега је закључено да су поменуте млекарне откупили преко 47% млека у 2006. години. Тако је и закључено да остале млекарне не могу представљати озбиљну конкуренцију, а наведено је и да су остале млекарне активне на тржиштима у регионима у којима се налазе док су млекарне које су предмет поступка активне на националном тржишту. Утврђене су и баријере уласку које се огледају у томе што су млекарне откупљивале млеко на читавој територији Србије, гарантујући сигуран и континуиран откуп млека. То је утврђено узимањем изјава од великих и малих добављача. Комисија је на основу приложене документације и преузетих изјава утврдила да произвођачи ни на који начин не учествују у изради уговора, већ им се дају уговори под паролом „ако хоћеш-хоћеш“.¹³⁰ Карактеристика ових типских уговора јесте да млекарне једнострано одређују ценовник откупне цене млека, док саговорачи не могу утицати на измену ценовника, нити предвидети како ће се цене кретати чиме су, такође, стављени у неповољан положај. Такође, различите цене су исплаћиване за исти квалитет млека, а разлику је чинила количина испорученог млека. Тако су они који су испоручивали највише добијали и највише цене. Уговором је предвиђено да лабораторије млекара дају коначну оцену о исправности млека, а при том је та оцена најважнији фактор у одређивању цене. Овим су произвођачи стављени у потпуно неравноправан положај. При том, произвођачи имају законску обавезу да изврше анализу млека у независној институцији, а анализа коју обавља лабораторија млекаре се не узима у обзир. Тиме су стављени у још тежи положај, плаћајући анализе о свом трошку. Обавеза обавештавања која је предвиђена заједно са могућом санкцијом, онемогућава произвођача да на тржишту трага за повољнијом понудом. Млекара такође има право да не преузме уговорено млеко у три узастопна дана, без надокнађивања штете произвођачу док произвођач у случају неиспуњавања уговорних обавеза макар и за један дан ризикује раскид уговора и обавезу накнаде штете.

Оно што је најкарактеристичније у овом случају је да није наложено плаћање новчаног износа за повреду конкуренције. За спуштање произвођача млека, једне од

¹³⁰ Термин преузет из самог Решења Комисије. Видети на: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/03/Resenje-Imlek-25.01.2008.pdf>

основних животних намирница, на нивоу коме су без икаквог утицаја на цену и друге параметре не изрећи новчану казну је у најмању руку помиловање компанија које заузимају доминантан положај на тржишту. Разлог због чега казна није изречена налази се у недостацима самог Закона. Наиме, сам Закон је предвиђао могућност прекршајне одговорности, док је Комисија та која треба да поднесе прекршајну пријаву. Разлог због чега то није учињено у овом случају остао је непознат. Чини се да је Комисија овде направила грешку, пропуштајући прилику да покрене поступак како би се изречла казна за грубо кршење права конкуренције. Одлучујући у поновном поступку по истом предмету, Комисија је дошла до истих закључака и тиме у суштини потврдила раније донету одлуку.¹³¹

Исте млекаре биле су предмет још једног поступка.¹³² Дана 24.1.2011. године у предмету бр. 5/0-02-43/2011 Комисија за заштиту конкуренције је донела решење којим је истим млекарима одредила меру заштите конкуренције у виду плаћања 1,92% од укупног годишњег прихода у 2006. години или збирно преко 306 милиона динара. Предмет поступка поново је била злоупотреба доминантног положаја. Рок плаћања је четири месеца од дана пријема решења. Овај поступак је покренут по службеној дужности након што компаније нису успеле у управном спору да укину решење Комисије из претходног поступка. То Решење је потврђено, а Комисија је покренула поступак ради изрицања управне мере. Млекарима је дата могућност да се изјасне, те испоштовања њихова процедурална права у складу са Законом о заштити конкуренције али и Законом о управном поступку. Основно питање овог поступка била је могућност изрицања казне, с обзиром на то да је у међувремену нови Закон ступио на снагу. Комисија је утврдила да је имала могућност да изрекне такву казну, будући да је нови Закон повољнији по учиниоца јер не предвиђа доњи лимит нити обавезно изрицање мера одузимања предмета и забране вршења одређених послова. То је у складу са праксом и прекршајних судова, који су такође утврђивали да је нови Закон повољнији по учиниоца. У самом Решењу се наводи да утврђивање повреде без изрицања мере заштите конкуренције представља обесмишљавање Закона. Можемо се сложити са тим, чиме се још више баца сенка сумње на одлуку из претходно донетог Решења да се не изрекне таква мера. Приликом одређивања висине износа, утврђено је да је повреда трајала најмање три године. Узимајући у обзир да је Решење донето 2011. године, да је као

¹³¹ Одлука је доступна на: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/odluka47.pdf>

¹³² Одлука је доступна на: <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2014/12/Resenje-Imlek-24.01.2011.pdf>

релевантна година за утврђивање висине прихода узета 2006. година, те да је повреда трајала три године уз све већ описане начине повреде конкуренције, одређивање висине од само 1,92% годишњег прихода је изузетно низак износ. Комисија у ЕУ на оваквим случајевима прави пример како и други не би покушали на исти начин да учине повреду конкуренције. Управо тај недостатак сагледавања ефеката изрицања мере представља највећу замерку овом Решењу Комисије.

4.3. *Случај компаније „Фриком“*

Овај случај представља, слободно можемо рећи, најзначајнији случај у раду Комисије. Начин на који је поступак спроведен, чињеница да се ради о великој компанији која је у саставу мултинационалне корпорације, и то што је одлука Комисија опстала након судске провере говори у прилог тези да је овим случајем Комисија направила позитиван искорак у свом раду. Значајан део анализе овог случаја чини и виђење Чедомира Радојчића, у то време руководиоца сектора за утврђивање повреда конкуренције унутар саме Комисије.¹³³

Сам поступак покренут је по службеној дужности, доношењем Закључка, 06.08.2010. године ради утврђивања постојања злоупотребе доминантног положаја. Оно што је побудило пажњу Комисије јесте објава на сајту компаније „Агрокор“ која је у то време направила аквизицију компаније „Фриком“. Наиме, на сајту је писало следеће:

„Потпуни учинак промјена које је Агрокор снажно покренуо уласком у Фриком 2003. године очитовао се тјеклом 2004. године када је само у првих седам мјесеци забиљежен раст тржишног удјела од 12,9%, чиме је Фриком дефинитивно преузео лидерску позицију на тржишту сладоледа Србије са 40,2% укупног тржишта. Надаље, уведене су битне промјене у продајној политици, те је врло брзо у потпуности покривено тржиште Србије и постављене стратешке баријере за сваки могући додатни улазак било које конкуренције. Паралелно са активностима у сладоледу, Фриком је успио обновити и знатно повећати властиту производњу замрзнутог поврћа те је и на том тржишту задржао позицију водећег брэнда са снажним потенцијалом и за извоз.“

Читајући ову објаву, наставља се оправдано питање зашто би се једна компанија хвалила постизањем доминантне позиције наводећи, при том и проценат учешћа на тржишту, као и постављањем стратешких баријера уласку конкурената. Ово је вероватно

¹³³ Ч. Радојчић, *Злоупотреба доминантног положаја (предмет „Фриком“ – анатомија једне повреде конкуренције), Заштита конкуренције и сузбијање монопола* / [Драган Добрашиновић ... et al.], Београд, 2014, стр. 47 – до краја

била последица несмотреног поступања компаније „Агрокор“ која је довела до покретања истраге од стране Комисије. Предмет истраживања Комисије била је само производња и дистрибуција сладоледа. Замрзнута храна је изостављена јер је Комисија након прикупљања података утврдила да се компанија „Фриком“ у највећој мери јавља не као произвођач смрзнутог поврћа већ као дистрибутер за друге произвођаче. Разлог због чега се Комисија сконцентрисала на производњу и дистрибуцију сладоледа налази се у томе што је „Фриком“ имао око 90% активних купаца који спадају у категорију малих и средњих предузећа. Укупно, око 60% промета на тржишту сладоледа је припадало поменутој компанији. Подређен положај у коме се налазе мала и средња предузећа је и разлог за поступање Комисије у овом предмету.

Приликом утврђивања релевантног тржишта производа као и релевантног географског тржишта, Комисија је утврдила да географско тржиште обухвата Републику Србију а да тржиште производа обухвата две категорије сладоледа: занатски и индустријски. Занатски се производи у мањим количинама највише у мањим радњама (посластичарницама), док се индустријски производи у већим количинама и продаје на другим местима у односу на другу врсту сладоледа. С обзиром на то да је „Фриком“ присутан на тржишту индустријских производа, то је био фокус испитивања од стране Комисије. Затим је Комисија утврдила да постоје три врсте индустријског сладоледа, *импулсни* који се продаје на улици или у малопродајним објектима, затим *породични* који садржи већа паковања као и *угоститељски* који се продаје у хипер и супермаркетима или директно угоститељским објектима. Утврђено је да сладолед због својих специфичних својстава и уобичајене намене нема супститут у другом производу, те не постоји могућност испитивања заменљивости у погледу цене, због чега се и није спроводио тест претпостављеног монополског повећања цене. Компанија је покушала да оспори овакво резонавање Комисије, сматрајући да производи попут палачинки или суфлеа представљају супститут за импулсни сладолед и наводећи друге примере за остале врсте индустријског сладоледа. Међутим, Комисија је оценила да ови производи не могу бити супститути због различитих својстава који поседују, поред других разлога. Компанија је покушала да оспори и закључивање Комисије у погледу релевантног тржишта производа наводећи да се морају узети у обзир и споразуми са ЕУ као и ЦЕФТА споразум којим су омогућене, према мишљењу компаније, повластице у виду бесцаринског увоза. Комисија је и овде добро поступила јер је приликом процењивања значаја увоза сладоледа прибавила неопходне податке од Управе царина на основу којих је закључила да бесцарински увоз чини око 20% укупног увоза, а да се преко 70% увоза

обавља уз примену царинске стопе од чак 30%. Анализирана је и неопходност имања адекватног возног парка, непрекинутог ланца хладног складиштења, трошкова свих ових инвестиција и закључено је да постоје и друге баријере и одвраћајући фактори уласку нових конкурената. Тако је и овај приговор компаније аргументовано одбијен. Приликом процене постојања доминантног положаја, Компанија је у процени сопственог удела изнела процену да има удео у све три категорије индустријских сладоледа изнад 60% у 2008. години, док је минимум удела за 2010. годину чак 70%. У погледу конкурената, компанија је навела да први следећи конкурент има удео од максимално 30% у 2008. години. Сличну процену имале су и конкурентске компаније. Комисија је анализом обима продаје дошла до сличних закључака и утврдила постојање доминантног положаја компаније „Фриком“.

Приликом утврђивања да ли је дошло до злоупотребе доминантног положаја, Комисија је разматрала уговорну документацију компаније са великим тзв. „кључним“ купцима, удружењима трговачких предузећа и уговоре за купцима са списка „првих 1000“ купаца. У сваком од тих уговора, нађена је клаузула ексклузивне куповине од компаније чиме је долазило до слабљења па и истискивања конкуренције са тржишта. Уговори који су закључивани су типског карактера, а као карактеристике издвајају се:

- обавеза примене ценовника компаније;
- обавеза ексклузивне куповине производа компаније „Фриком“ и забрана продаје конкурентских производа;
- високи основни рабати, који се разликују од купца до купца без образложења, затим постојање годишњих и супер рабата;
- високи износи надокнаде штете уколико сауговарач прекрши своје обавезе;
- право компаније да у веома кратким роковима једнострано раскине уговор;
- различити услови плаћања у погледу рокова, ретки случајеви прихватања повраћаја робе због лоших резултата продаје, истека рока, остатка залиха по завршетку сезоне и слично.

Обавезе примене ценовника или како је то формулисано у уговорима закљученим након 2010. године, „препорученог“ ценовника, у пракси ЕУ дефинисано је као тешко

ограничење („hardcore”)¹³⁴. Само постојање овакве одредбе у уговору представља повреду конкуренције. Чак и формулација у виду „препоручених“ цена не мења на ствари, јер се за поштовање тог ценовника добијају одређене стимулације те је на тај начин подстакнут сваки продавац да усвоји тај ценовник без уношења било каквих измена. Тиме је учињена повреда конкуренције.

У погледу обавезе куповине производа од „Фриком“-а као и забране продаје производа конкурената, Комисија је закључила да су у свим уговорима унете клаузуле по којима су расхладни уређаји или витрине у којима се продају „Фриком“ сладоледи власништво те компаније, да их она може преузети у року од три дана без образложења чиме су на страни купца утврђене сложеније обавезе. Комисија је утврдила да је циљ оваквих и других уговорних одредби постизање ексклузивитета у расхладним уређајима и робе у самом малопродајном објекту. Чак је наметана обавеза достављања средства обезбеђења од стране купца у виду менице која се може активирати у случају непоштовања одредби уговора. Износ „казне“ која је претила била је двоструко већа од износа који је „Фриком“ одобравао или давао купцу. Самим тим, уговарање одредбе које води ексклузивној куповини производа компаније сматра се злоупотребом доминантног положаја. При доношењу оваквог закључка, Комисија је консултовала и праксу у праву ЕУ и навела случај Van den Bergh Foods Ltd, Langnese-Iglo GmbH у ком се дошло до истог закључка.

Према виђењу Комисије, проблематичан је и систем стимулација у роби, новцу или у виду робно-новчаних стимулација уз услов поштовања уговорних одредби у које се убрајају и неке претходно утврђене као повреде конкуренције. Тај систем је обухватао и високе казне за непоштовање одредби. Комисија је закључила да је применом овог система компанија повећала свој промет и додатно ојачала доминантан положај док се положај јединог значајнијег конкурента временом константно и значајно смањивао. Оваква комбинација представља повреду конкуренције нарочито с обзиром на доминантан положај који компанија поседује.

Комисија је у овом случају, за разлику од претходног, изрекла и меру заштите конкуренције. Приликом утврђивања износа, пошло се од критеријума наведених у Закону и Уредби. С обзиром на утврђен степен свести једнак умишљају, циљ који је

¹³⁴ Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices OJ L 102, p. 1–7, Guidelines on Vertical Restraints OJ C 130, p. 1-46

противан праву конкуренције, тежини повреде конкуренције која се сматра тешком, трајања повреде у периоду од најмање четири године, последица које су довеле до значајног нарушавања и ограничавања конкуренције, недостатак поврата и подстрекавања, да није дошло до обустављања противправног понашања као и да је сарадња са Комисијом била и остала само на законском нивоу, Комисија је утврдила да је адекватна мера заштите конкуренције изрицање новчаног износа у висини 4% од укупног годишњег прихода оствареног у 2009. години и тај износ је одређен на 301.950.520, 00 динара. Одређене су и мере понашања како не би дошло до понављања истих или сличних повреда. Рок за плаћање овог новчаног износа је одређен на шест месеци од дана пријема решења.

Анализирајући овакву одлуку Комисије, која је „прошла“ и проверу на Управном суду као и проверу од стране Врховног касационог суда, можемо закључити да систем заштите конкуренције у Србији има перспективу. Начин рада Комисије у овом предмету је охрабрујућ и показује прави заокрет у позитивном правцу у односу на начин решавања у претходном предмету који је анализиран. Ако се може наћи једна замерка, она се огледа у висини казне. Иако се она на први поглед чини високом, ипак је реч о само 4% за овако тешке повреде које су учињене од стране компаније. Поставља се логично питање, шта треба нека компанија да уради да би била кажњена износом који је ближи максимуму одређеног Законом?

5. Предлози за унапређење положаја Комисије за заштиту конкуренције у Србији

На основу свега наведеног и анализе три система заштите конкуренције можемо закључити да Комисија за заштиту конкуренције у Србији има добру полазну основу али да је потребно ојачати њен положај. Нарочите препоруке које се издвајају везују се за измену одредби Закона који дају одређену улогу извршној власти у раду Комисије. Тиме би Комисија заиста стекла потпуну независност, а Народна скупштина би била та која би вршила контролу рада ове институције.

Финансирање Комисије је такође проблематичан аспект у правном систему Србије. Свакако би боље решење од постојећег представљао систем у коме би Комисија добијала новац од износа уплаћених на име мера заштите конкуренције. Тиме би и Комисија била подстакнута да већу пажњу обрати на евентуалне повреде конкуренције. Тренутно, највећи проценат средстава Комисије долази од пријава концентрације, које су несразмерно више у односу на земље региона и које се испитују у знатно већој мери

него што је то случај у окружењу. Тако је због решења у Закону који предвиђа уплату новчаног износа одређеног у виду мере заштите конкуренције у корист буџета Републике Србије. При том, не предвиђа се евентуално преусмеравање тог новца у корист Комисије. Такво решење умногоме смањује подстицаје Комисије да се бави испитивањима евентуалних повреда конкуренције.

Потребно је омогућити Комисији и запошљавање већег броја људи, нарочито у сектору економске анализе како би се она довела на ниво упоредних тржишта у окружењу и тиме имала веће могућности да се посвети раду на утврђивању постојања повреда конкуренције.

С обзиром на праксу која постоји у ЕУ, није згорег поменути и да Комисија нема надлежност у погледу испитивања повреда конкуренције на основу државне помоћи. Комисија у ЕУ има ту надлежност, те би целисходно било унети овакво решење и у право Србије. На тај начин би се надлежност за заштиту конкуренције концентрисала у рукама Комисије што би свакако омогућило и бољи рад.

Један од мање присутних фактора који би свакако допринео ојачању положаја Комисије јесте и постојање политичке воље. На основу примера из САД, јасно се може закључити да у тој земљи постоји јака политичка воља која не дозвољава деловање противно праву конкуренције. Имајући у виду број компанија на тржишту САД као и њихову величину, чини се да не постоји изговор да се исто не уради и на знатно мањем тржишту какво је српско.

ЗАКЉУЧАК

У раду је анализирана надлежност, организација и рад тела за заштиту конкуренције са нарочитим аспектом на рад тела задужених за заштиту конкуренције у три јурисдикције – САД, ЕУ и Србији. У анализи је дат осврт на нормативу, устројење Комисија као и на праксу у њиховом раду са освртом и на случајеве који су доживели и судски епилог. С обзиром на све већу глобализацију и не чуди што је у овој области присутно често преписивање решења из једне у другу јурисдикцију. Тако законодавци у ЕУ преписују решења из САД, а законодавци из Србије преписују решења из ЕУ. То доприноси хармонизацији решења на глобалном нивоу, али иде на уштрб разлика које несумњиво постоје у функционисању компанија, тржишта, па и у погледу улоге државе односно регулатора у оквиру ЕУ. Приметно је да Комисије у САД и ЕУ немају страха да покрену поступке против највећих светских компанија. То је важно због слања јасног сигнала свима на тржишту да нема привилегованих. Тиме се постиже генерална превенција која доводи до тога да компаније поштују правила не желећи да оне буду следеће које ће бити предмет истраге. Иако такво деловање, нарочито на подручју ЕУ, често изазива спољнополитичке трзавице, овим телима се не умањује моћ нити се на било који начин ограничавају што говори у прилог значају који имају институције које се баве заштитом права конкуренције ужива у најразвијенијим подручјима света.

Право конкуренције у Србији и даље представља једну област која је у развоју. Кораци који су прављени у претходном периоду су охрабрујући, али и даље има несхватљивих пропуста како у погледу нормативних решења тако и у погледу самог деловања Комисије. Тржишна привреда у Србији и даље је идеал. Присутност субвенција које се дају под нејасним условима и углавном страним компанијама, државни монополи који се на директне или индиректне начине штите, отежавају уплив нових конкурената на територији Републике Србије. То говори да је још много рада потребно да би се тржиште развило и омогућило остваривање користи за потрошаче какве можемо гледати у државама у окружењу, најчешће чланицама ЕУ. Свакако би ојачање положаја Комисије могло убрзати тај процес јер би Комисија могла утицати на промену пракси компанија као и на измену услова на тржишту. Тиме би се сигурно постигли резултати који су у тренутној поставци немогући. Јача Комисија омогућила би успостављање тржишне привреде, чиме би и конкуренција била присутнија на „природној“ основи а не на основу субвенција и других штетних решења. Тако би и потрошачи имали веће користи јер би

се конкуренти надметали за њих. Такође, потрошачи би имали заиста могућност избора, а не привид какав тренутно имају.

Комисије у ЕУ и Србији у суштини спроводе инквизициони поступак приликом утврђивања повреде конкуренције.¹³⁵ То је различито од САД, јер се тамо спроводи посебан поступак за утврђивање повреде а посебан за изрицање казне. Аргумент Европљана за ову разлику је постизање ефикасности у заштити конкуренције. Ипак, ЕУ је организација која окупља велики број држава, и самим тим требало би опрезно приступати преузимању њених решења. Стога, комбинација успешних пракси у САД и ЕУ уз уважавање националних особености везаних за Србију, представљао би пут изградње институције која се баве заштитом конкуренције.

¹³⁵ Дијана Марковић-Бајаловић, Правна сигурност и право конкуренције, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 77

ЛИТЕРАТУРА

Литература на српском језику

1. Svetlicinii Aleksandar, The New Serbian Law on the Protection of Competition – A Critical Assessment, *Правни живот*, бр. 12/2009, стр. 567
2. Адровић Милош, Кршикапа Горан, Шта је циљ? – Нови Закон о заштити конкуренције Републике Србије, *Ревизија за европско право*, бр. 2-3, Vol. XII, стр. 103
3. Беговић Борис, Павић Владимир, Јасна и непосредна опасност: Приказ новог Закона о заштити конкуренције, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2009, стр. 71
4. Беговић Борис, Павић Владимир, *Увод у право конкуренције*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 85-87
5. Вујисић Драган, Миљковић Страхиња, Право конкуренције и уговор о франшизингу у праву Европске уније, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 364
6. Гецић Богдан, Нови Закон о заштити конкуренције, *Правни информатор*, бр. 9, Vol. XII
7. Данковић Степановић Сања, Ефективна заштита конкуренције (право, привреда и држава), *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 91-94
8. Данковић Степановић Сања, Изрицање мера заштите конкуренције консеквентно (претходно) утврђеној повреди, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 580
9. Забел Бојан, *Нелојална конкуренција*, Правни факултет Нови Сад, 1976, стр. 6
10. Лончар Драган, Милошевић Синиша, Карактеристике антимонополске политике и ефекти њене примене у Србији, *Економика предузећа*, бр. 1-2, Vol. 61
11. Марковић-Бајаловић Дијана, Правна сигурност и право конкуренције, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 73, 77
12. Матић Бошковић Марина, Заштита конкуренције у Србији-функционисање механизма заштите; у; Драган Добрашиновић... et al., *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*, Београд, 2014, Удружење тужилаца Србије, стр. 15
13. Мацар Лидија, Политика конкуренције као фактор интеграције Србије у ЕУ, *Школа бизниса*, бр. 3/2011
14. Митровић Владимир, Митровић Ивана, Ефективна политика заштите конкуренције у функцији сузбијања корупције у привреди, *Socioeconomica – The*

Scientific Journal for Theory and Practice of Socio-Economic Development, no. 3(6), Vol. 2014, стр. 329

15. Петковић Милан, Станковић Светислав, Protection of Competition Policy in Serbia, *Економика*, бр. 60/1, стр. 171
16. Пљакић Љубодраг, Концентрација учесника на тржишту као облик повреде конкуренције, *Право и привреда*, бр. 5/8, Vol. 2008, стр. 656
17. Пљакић Љубодраг, Нека процесна питања Закона о заштити конкуренције, *Право и привреда*, бр. 7-9, стр. 302
18. Поповић Душан, Право конкуренције – хроника, *Право и привреда*, бр. 10-12, Vol. 2011, стр. 149-152
19. Прокопијевић Мирослав, *Европска Унија*, Београд, 2006, стр. 282
20. Радојчић Чедомир, Злоупотреба доминантног положаја (предмет „Фриком“ – анатомија једне повреде конкуренције), *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*; ; у; Драган Добрашиновић... et al., *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*, Београд, 2014, Удружење тужилаца Србије, стр. 47 – до краја
21. Рајчевић Тома, *Право конкуренције Европске уније-основне поставке*, Београд, 2006, стр. 60
22. Ракић Ивана, Покајнички програм и одговорност за штету због повреде права конкуренције, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, Vol. LXII, стр. 2
23. Спасић Иванка, Основни концепти права конкуренције у ЕУ и Србији – усаглашености и разлике, *Право и привреда*, бр. 1-4, Vol. 2008, стр. 72
24. Стојановић Бобан, Радивојевић Владимир, Станишић Тања, Institutional assumptions of competition policy efficiency, *Economic Horizons*, No. 2, Vol. 14, p. 132
25. Табороши Светислав, Јованић Татјана, Економско право као право тржишта и слобода конкуренције, *Право и привреда*, бр. 7-9, Vol. 2010, стр. 326
26. Томић Зоран, *Опште управно право*, Београд, 2011, стр. 149-150

Литература на страном језику

1. Ahlborn Christian, Evans S. David, The Microsoft Judgement and its Implications for Competition Policy towards Dominant Firms in Europe, *Antitrust Law Journal*, no. 3, Vol. 75
2. Akman Pinar, The Role of Intent in the EU Case Law on Abuse of Dominance, *European Law Review*, p. 316, 335 et seq.

3. Akman Pinar, The Tests of Illegality under Art. 101 and 102 TFEU, *Antitrust Bulletin*, no. 2, Vol. 2016
4. Araujo M., “The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities”, in B.E. Hawk (ed.) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Juris Publishing, 2005, pp. 511-531, 528 and 530
5. B.V. Korah, *EC Competition Law and Practice*, Oxford-Portland Oregon, 2000
6. Baldwin Richard, Wyplosz Charles, *Ekonomija evropskih integracija*, Datastatus, 2010, pp. 441
7. Canenbley C., Steinvorth, Effective Enforcement of Competition Law: Is There a Solution to the Conflict between Leniency Programs and Private Damages Actions?, *Journal of European Competition Law and Practice*, no. 2, Vol. 2011, p. 320-322
8. Carlton W. Dennis, Picker C. Randal, “Antitrust and regulation”, *John M. Olin Law and Economics Working Paper* no. 312, Vol. 2006, p. 21
9. Cauffman C., The Interaction of Leniency Programs and Actions for Damages, *Competition Law Review*, no. 2, Vol. 2011, p. 183
10. Gavil I. Andrew, First Harry, *The Microsoft Antitrust Cases: Competition Policy for the twenty first century*, MIT Press, 2014
11. Hofstadter Richard, What Happened to the Antitrust Movement?, *The Paranoid Style in American Politics and other Essays*, no. 188, Vol. 1965
12. Kessler Friedrich, Stern H. Richard, Competition, Contract, and Vertical Integration, *69 Yale Law Journal*, no. 1, Vol. 1959
13. Kovacic E. William, The Federal Trade Commission and Congressional Oversight of Antitrust Enforcement, *17 Tulsa Law Journal*, no. 587, Vol. 1981, p. 636
14. Leucht B., Transatlantic Policy Networks and the Creation of a European Antitrust Law, in: *Origins of the European Policy: Transnational and Supranational Integration*, London, 2008, pp. 38
15. Markovits Richard, *Economics and Interpretation and Application of US and EU Antitrust Law*, Springer, 2014
16. Meyring Bernd, T-Mobile: Further confusion on information exchanges between competitors Case C-8/08 T Mobile Netherlands and others [2009] ECR 0000, *Journal of European Competition Law & Practice*, no. 1, Vol. 1, p. 1
17. Monti Giorgio, Article 82 EC: What Future for the Effects-Based Approach?, *Journal of European Competition Law & Practice*, no. 5, Vol. 1

18. Neil M. A. William, Crossroads of Freedom: The 1912 Campaign Speeches of Woodrow Wilson by John Wells Davidson and Charles Seymour in; *Wilson: The New Freedom* by Arthur S. Link, Indiana Magazine of History, [S.1.], (1957), p. 284, 286-287
19. Sholz U., Purps S., The Application of EC Competition Law in the Energy Sector, *Journal of European Competition Law & Practice*, no. 1, Vol. 1, p. 50-51
20. Silbye F., A note on antitrust damages and leniency programs, *European Journal of Law and Economics*, no. 3, Vol. 2012, p. 692
21. Whish Richard, *Competition Law*, Butterworths, 2001, p. 105
22. Wills P. J. Wouter, EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights, *World Competition*, no. 2, Vol. 34
23. Winerman Mark, “The origins of the FTC: Concentration, cooperation, control and competition”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 71

Правни прописи

1. Clayton Act, 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53
2. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU OJ C 308, 20.10.2011, p. 6–32
3. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU Text with EEA relevance, OJ C 308, 20.10.2011, p. 6–32
4. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices OJ L 102, p. 1-7
5. Consolidated version of the Treaty on European Union *OJ C 326, p 13–390*
6. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union *OJ C 326, p 47–390*
7. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (Text with EEA relevance) OJ L 1, 1-25
8. Federal Trade Commission Act, 15 U.S.C. §§ 41-58
9. Federal Trade Commission and Department of Justice: “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, 2000, (приступљено 22.05.2016.)

- https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf
10. Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003 *OJ C 210*
 11. Guidelines on Vertical Restraints *OJ C 130*, p. 1-46
 12. Sherman Act, 15 U.S.C. §§ 1-7
 13. Антимонополски закон, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96
 14. Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013
 15. Закон о заштити конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005
 16. Закон о привредним коморама, *Сл. гласник РС*, бр. 112/2015
 17. Уредба о критеријумима за одређивање висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције и процесног пенала, начину и роковима њиховог плаћања и условима за одређивање тих мера, *Службени гласник РС*, бр. 50/2010
 18. Уредба о критеријумима за одређивање релевантног тржишта, *Службени гласник РС*, бр. 89/2009
 19. 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
 20. 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
 21. 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
 22. Уредба о условима за ослобађање обавезе плаћања новчаног износа мере заштите конкуренције, *Службени гласник РС*, бр. 50/2010

Пракса

1. *Appalachian Coals, Inc. v. United States*, 288 U.S. (1933) 344
2. *Broadcast Music Inc. v. CBS, Inc.*, 441 U.S. (1979)
3. *C-85/76 Hoffman-LaRoche v Commission* (1979), ECR 461
4. *Case 374/87 Orkem v Commission* [1989] ECR 3343
5. *Case 85/76 Hoffman-La Roche & Co AG v. EC Commission*, ECR 461, [91] (1979)

6. Case C-209/07 Competition Authority v. Beef Industry Development Society Ltd (BIDS) ECR I-8637, [21] (2008)
7. Case C-301/04 P Commission v SGL Carbon [2006] ECR I-5915
8. Case C-301/04 P Commission v SGL, [2006] ECR I-5915
9. Case C-36/92 P SEP v Commission [1994] ECR I-1914
10. Case C-549/10 P Tomra Systems ASA v. European Commission ECR I-2000, [22] (2012)
11. Case C-62/86 AKZO Chemie BV v. EC Commission, ECR I-3359, [72] (1991)
12. Case Comp/AT.39595-Continental/United/Lufthansa/Air Canada C(2013) 2836
13. Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft [2004] OJ L32/23; Case IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways [2000] OJ L30/1
14. Case T-111/96 ITT Promedia NV v. EC Commission, ECR II-2937, [60]; [55] (1998)
15. Case T-167/08 Microsoft v Commission [2012] ECLI:EU:T:2012:323
16. Case T-177/04 easyJet v Commission [2006] ECR II-1913
17. Case T-201/04 Microsoft v Commission 2007 II-03601
18. Cases C-204/00 P etc. Aalborg Portland and Others v Commission [2004] I-123
19. Comp/A.39.116/B2 – Coca Cola
20. Court of Justice of 1 June 1999 in Case C-126/97 Eco Swiss v Benetton [1999] ECR I-3079
21. Fashion Originators' Guild v. FTC, 312 U.S. 457 (1940)
22. Federal Trade Commission v. Sperry & Hutchinson Trading Stamp Co., 405 U.S. 233 (1972)
23. Final Order 2009-7-10 (Docket DOT-OST-2008- 0234)
24. Joined Cases 6/73 and 7/73 Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223; Case 311/84 CBEM [1985] ECR 3261
25. Lowe v. Lawlor, 208 U.S. 274 (1908)
26. Mogul Steamship Co. v. McGregor, 1892, A.C. 25
27. Palmer v. BRG of Georgia, Inc., 498 U.S. 46 (1990)
28. Rotaru v Romania, App no 28341/95 (ECtHR, 04 May 2005)
29. S. Rep. No. 597, 63d Cong., 2d Sess. 27–32 28–29 (1914) 10
30. Standard Fashion Co. v. Magrane-Houston Co., 258 U.S. 346 (1923);
31. Standard Oil Co. v. United States, 337 U.S. 293 (1949)
32. Summary of Commission Decision of 23 May 2013 relating to a proceeding under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Case AT.39595

— Continental/United/Lufthansa/Air Canada) (notified under document C(2013) 2836 final) OJ C 201, 13.7.2013, p. 8–10

33. Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593, 598 (1951)
34. United States of America c/o Department of Justice Washington, D.C. 20530, plaintiff, v. William H. Gates III, One Microsoft Way Redmond, WA 98052, defendant (2004)
35. United States v. Philadelphia Nat'l Bank, 374 U.S. 321 (1963)
36. United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927)

Остали извори

1. 51 Cong. Rec. 11,234-35
2. Antitrust: Commission opens formal proceedings against certain members of Star and oneworld airline alliances (2009); преузето 31.08.2016. [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-09-168_en.htm?locale=en](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-09-168_en.htm?locale=en)
3. David Lawky, EU Microsoft Judge fears decision may hurt investments, Reuters, преузето 27.08.2016. <http://www.reuters.com/article/reutersEdge/idUSL1254538020080312?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0&sp=true>
4. European Commission – Press release, State aid: Ireland gave illegal tax benefits to Apple worth up to 13 billion euros, преузето 30. 08. 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_en.htm
5. European Commission, Proceedings for the application of Articles 101 and 102 TFEU, преузето 31.08.2016. http://ec.europa.eu/competition/index_en.html
6. European Commission, Statement by Commissioner Vestager on decision to fine truck producers 2,93 billion for participating in a cartel, преузето 19.07.2016. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-16-2585_en.htm
7. Federal Trade Commission: After 100 years looking ahead our next century, (2014), (приступљено 09.05.2016. год.), <https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2014/09/after-100-years-looking-ahead-our-next-century>
8. FT: Apple's EU tax dispute explained, преузето 30. 08. 2016. <http://www.ft.com/cms/s/2/3e0172a0-6e1b-11e6-9ac1-1055824ca907.html#axzz4JJIOF485>
9. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf
10. http://ec.europa.eu/competition/cartels/overview/index_en.html

11. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>
12. <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/odluka47.pdf>
13. <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/03/Resenje-Imlek-25.01.2008.pdf>
14. <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2014/12/Resenje-Imlek-24.01.20111.pdf>
15. <http://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2015/12/ZOPP-Philip-Morris-JT-International-British-American-Tobacco-Imperial-Tobacco-SCG-TDR-Monus.pdf>
16. The Guardian: Apple-EU tax bill Silicon valley response, преузето 31.08.2016.
<https://www.theguardian.com/technology/2016/aug/30/apple-eu-tax-bill-silicon-valley-response>
17. www.kzk.gov.rs
18. Организација за економску сарадњу и развој (ОЕЦД), *Потенцијални прокомпетитивни и антикомпетитивни аспект трговинских/пословних удружења*, преузето 4.11.2008. године <http://www.oecd.org/competition>

Сажетак

Упоредноправна анализа надлежности, организације и праксе тела за заштиту права конкуренције у САД, ЕУ и Србији

Стварање услова за постојање здраве конкуренције на тржишту јесте један од предуслова за успешно функционисање тржишта. Само порекло речи конкуренције говори у прилог томе. Реч је латинског порекла, изведена из речи *concurrentia*, што се преводи као супарништво, такмичење, надметање, утакмица. Постоје бројни начини помоћу којих може доћи до повреде конкуренције. Да би се такве повреде спречиле и да би се створили предуслови за постојање здраве конкуренције, неопходно је постојање институција које ће се бавити остваривањем овог задатка. Више од једног века трају дискусије о томе како те институције треба да изгледају, каква овлашћења треба да имају, да ли требају бити независне или, пак, део извршне власти. Карактеристично је то да јурисдикције широм света врло често преписују одређена решења из ове области, у нади да ће то донети бољитак. Ове институције делују као судије на тржишту, старајући се да учесници на тржишту не прекораче изван дозвољених правила. Такође, оне поседују одговарајуће механизме кажњавања оних учесника на тржишту који својим радњама чине оно што није дозвољено прописима. Најзначајнија институција у сфери заштите конкуренције су у САД и ЕУ и носе назив Комисија. Својом законодавном праксом, односом према главној институцији која се бави заштитом конкуренције као и случајевима из њеног рада, САД и ЕУ су пионири у овој области. Систем заштите конкуренције у САД и ЕУ представља модел којим друге државе иду. Међу државама које прате те моделе налази се и Србија. Наше истраживање бавило се управо системом заштите конкуренције у споменутим јурисдикцијама. Циљеви истраживања су испитивање начина заштите конкуренције у три јурисдикције (САД, ЕУ и Србији) кроз преглед прописа и начина примене истих у пракси тих земаља односно заједнице. Такође, циљ је и установљавање и утврђивање недостатака постојећег система заштите конкуренције у Србији и дефинисање корака који се требају предузети како би се ти недостаци отклонили. Ради остварења поменутих циљева употребљени су упоредноправни, нормативни, догматички метод и метод студије случаја.

Најзначајнији закон у области права конкуренције донет је у САД и носи назив *Шерманов закон*. У њему су постављене основе права конкуренције које су касније уношене у законодавства многих држава широм света. Многи институти који су данас у примени управо су тим законом први пут формулисани. Поред њега, од значаја су и

Клејтонов закон као и *Закон о Федералној комисији за трговину*, у коме су постављене основе функционисања прве институције за заштиту конкуренције у свету. Ови закони су предмет истраживања првенствено због значаја који носе за област права конкуренције. Из права САД начини заштите конкуренције преносили су се даље, нарочито у право Европске уније. У праву ЕУ, заштита конкуренције представља једну од основних вредности неопходних за остваривање циља због ког је Унија и основана. Европска Комисија је добила најшира овлашћења управо у споменутој области. Она је задужена за спровођење прописа, али је истовремено и задужена за спровођење поступака у случају повреде конкуренције као и контролу концентрација и државне помоћи.

Опредељење Србије ка чланству у ЕУ са собом носи и потребу хармонизације прописа у области права конкуренције и нарочито у погледу система заштите конкуренције са регулативом која важи у праву ЕУ. Досадашњи законодавни пут права конкуренције у Србији управо показује такву тежњу, али су током истраживања уочени и одређени недостаци. Недостаци показују слабости система хармонизације који се примењује код нас, а који се ослања на преношење одредби и института из права ЕУ у право Републике Србије без критичког сагледавања њихових потенцијалних ефеката. Због тога, поједине одредбе домаћег Закона отежавају могућност ефективне заштите конкуренције на тржишту и спречавање повреда исте. Из тог разлога је у последњем, четвртом делу, рада дат предлог измена које би ојачале систем заштите конкуренције кроз јачање положаја саме Комисије за заштиту конкуренције.

Кључне речи: конкуренција, Комисија за заштиту конкуренције, Федерална комисија за трговину, Европска комисија.

Abstract

Comparative analysis of jurisdiction, organization and jurisprudence of institutions for protection of competition in USA, EU and Serbia

Creating conditions for existence of healthy competition in the market is one of preconditions for successful functioning of the market. Very existence of the word competition speaks in favor of such conclusion. Word is of latin origin, and comes from the word *concurrentia*, which is translated as competition, rivalry, etc. There are numerous ways through which violation of competition can occur. In order for such violations to be prevented and to create an environment for existence of healthy competition, it is vital to have an institution which will perform such task. For more than a century, the discussion is on about the setup of such institutions, its jurisdiction or whether they should be a part of the executive authority or an independent body. One characteristic in this area of law is that most of the countries in the world are copying the regulation in hope that that would bring fruits. These institutions are performing a role of a judge or a referee on a market, making sure that all participants are playing the game within its rules. Also, they too have a mechanism of penalties for those who do not obey to the rules and act contrary to them. The most important institutions in the area of protection of the competition are in USA and EU and in both jurisdictions they have the name Commission. Their regulations, status of such institutions and their case law makes them pioneers in this area. That is why they are a model for other countries. Among other countries who follow those models is Serbia. That is why the research focused on the system of protection of competition in the said jurisdictions. Goals of the research were to analyze the methods for protection of competition in three separate jurisdictions (USA, EU and Serbia) through regulations and their enforcement in the case law. Also, goal is to establish and determine the weaknesses of the system of protection of competition in Serbia and defining the steps needed to be taken in order to overcome those weaknesses. During the research, methods that were used were normative, comparative, dogmatic and case study.

Most significant law in the area of competition law was enacted in the USA and is called *Sherman Act*. In this act, the foundation of the competition law, or antitrust as it's called in the USA, were set which later found their way in the laws of many countries around the world. Many institutes that are still being used were first mentioned in this law. Worthy of mention are *Clayton Act* and *FTC Act*, the latter being the one in which the foundation for functioning of the very first institution for protection of competition in the world was set. These acts are a

subject of the research for their significance for the area competition (antitrust) law. From the USA law, methods for protection of competition were passed on, especially to the European Union. In the EU law, protection of competition is one of the fundamental values needed for successful fulfillment of the goals for which the Union was founded. European Commission got the widest authority in this area. She is authorized to enforce the regulations, as well as to initiate and conduct proceedings in case of violation of the competition and merger control or state aid.

Commitment of Serbia to become a member of the EU carries with itself a need to harmonize regulations in the competition law, especially in the part regarding protection of competition with the rules set in the EU. Path of legislation in the competition law in Serbia has shown such aspirations, but certain shortfalls have been found during the research. These shortfalls shows the weaknesses of the system of harmonization in force in Serbia, which is set on transposing the regulation from the EU law to the Serbian law without measuring the potential effects. That is why certain articles of the Serbian law for protection of the competition, are making it hard to effectively protect competition on the market and prevent potential violations. For this reason, in the fourth and last part, a number of proposals for strengthening the system of protection of competition in Serbia.

Key words: Competition, Antitrust Law, Commission for protection of competition, European Commission, Federal Trade Commission.

БИОГРАФИЈА

Петар Пешић је рођен 28.12.1991. године у Нишу. Завршио је основну школу „Душан Радовић“ и средњу Угоститељско-туристичку школу у Нишу, смер Угоститељски техничар. Правни факултет Универзитета у Нишу уписао је 2010. године, а основне студије завршио је 22. јуна 2015. године са просечном оценом 9,39. Школске 2015/2016. године је уписао мастер студије на Правном факултету Универзитета у Нишу, општи смер, ужа Правно-економска научна област. Кандидат се тренутно налази на приправничном стажу у адвокатској канцеларији Бојана Бончића, почев од јула 2015. године. Кандидат течно говори енглески, а на основном нивоу знања је из немачког и италијанског језика.

Током основних и мастер студија био је део неколико екипа Факултета које су се такмичиле у симулацији суђења (Moot Court) у различитим областима везаним за људска права. Издвајају се такмичења пред Европским Судом за људска права у организацији “Civil Rights Defenders”, на ком је екипа Правног факултета Универзитета у Нишу остварила историјски успех освојивши прво место на Регионалном такмичењу и Транс-европском финалу које се одржало у судници Суда у Стразбуру. Такође, учествовао је и у такмичењу у симулацији суђења из области медијског права под називом „Price E. Monroe Media Law Moot Court Competition“ на ком је освојена награда за најбољи поднесак и квалификовала се за Светску рунду такмичења која се одржала у Оксфорду, као једна од само три из региона Југоисточне Европе. Такође, учествовао је и у бројним семинарима и школама од којих се издвајају летња школа „Отворено тржшите ЕУ“ у организацији СЕЕЛС мреже и Еуропа Института из Немачке као и Школа бранитеља људских права.

Поред ангажовања у својој професији, Петар је ангажован и у невладином сектору кроз рад у Ротаракт клубу Ниш. У том клубу обављао је функцију председника и секретара и учествовао у бројним професионалним и хуманитарним активностима. Због свог рада, предложен је и изабран за председавајућег Ротаракт Дистрикта 2483 који обухвата Србију и Црну Гору.

Резултати који су забележени на студијама и ван њих нису остали незапажени те је добитник и бројних стипендија и признања међу којима су најзначајнији: стипендија Конрад Аденауер фондације, стипендија компаније Филип Морис, стипендија Фонда за младе таленте – Доситеја, као и Специјалног признања додељеног од стране Града Ниша и компаније Филип Морис.