

Др Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ*

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У СВЕТЛУ ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЗАШТИТИ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА

Доношењем Закона о заштити конкуренције Републике Србије 2009, систем правне заштите тржишне конкуренције је номинално усклађен са правом конкуренције ЕУ у низу материјалноправних и процесноправних питања. Приликом формулисања ингеренција и овлашћења Комисије за заштиту конкуренције законодавац је пошао од модела који постоји на нивоу Европске уније и преовлађује у њеним држава чланицама. То је модел у коме административно тело води поступке због кршења права конкуренције и доноси одлуке којима се утврђују повреде конкуренције и изричу санкције. Законодавац је при томе занемарио принцип поделе власти постављен Уставом РС и, шта више, пропустио је да у институционални модел заштите конкуренције у Србији угради гаранције независности и непристрасности одлучивања о повредама конкуренције, које постоје у Европској унији и њеним развијеним државама чланицама (Француска и Немачка). Аутор чланка анализира разлоге појаве административног модела заштите конкуренције у Европи и тражи одговор на питање како је постигнуто његово усаглашавање са принципима Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у Европској унији и посматраним државама чланицама. У другом делу рада, аутор анализира постојећи модел заштите конкуренције у Србији, уочавајући у њему елементе који указују на повреду темељних уставних принципа и одредаба Европске конвенције.

Кључне речи: право конкуренције, управноправна заштита конкуренције, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, начело поделе власти

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву

1. Претходне напомене

Материјално право конкуренције обухвата две групе правних правила. Првом групом правила забрањују се тржишна понашања којима се ограничава конкуренција (повреде конкуренције у виду рестриктивних споразума и злоупотребе доминантног положаја, *енг. antitrust*), док се другом групом правила уређују концентрације привредних друштава и других учесника на тржишту (спајања и припајања привредних друштава и трајна повезивања учесника на тржишту путем капитала и/или уговора). За примену прве групе правила карактеристично је постојање спора – орган надлежан за заштиту конкуренције или оштећено лице тврди да постоји повреда конкуренције, док учесник на тржишту коме се ставља на терет та повреда тврди да она не постоји. У области контроле концентрација спорови о допуштености концентрација са аспекта њиховог утицаја на конкуренцију су изузетак. Утврђивање повреде конкуренције води изрицању санкције за учесника на тржишту¹ и мера којима се ограничава његова слобода тржишног понашања или налажу измене у структури привредног друштва (власништва над капиталом или имовином). Поступак контроле концентрација редовно се окончава актом којим се констатује да је концентрација учесника на тржишту у складу са правилима конкуренције. Само изузетно се према учесницима концентрације примењују санкције – на пример, ако спроведу концентрацију за коју нису добили одобрење надлежног органа, или ако не поштују услове под којима је концентрација одобрена.

Према традиционалном схватању система поделе власти, судска власт је надлежна да решава спорове о примени права и да изриче санкције у случају да утврди повреду права, док је извршна власт (односно један њен део - управа) задужена да на ауторитаран начин решава о примени права на неспорно чињенично стање.² Наведена поделау пракси се не поштује доследно. На ову чињеницу указао је још Келзен, подсећајући да административни органи често служе истој функцији као и судови – обезбеђују примену права и изричу санкције како би принудили прекршиоце да се понашају у складу са законом. Ти административни случајеви, примећује он, често имају карактер спорова.³

1 Санкција је новчана, а у неким јурисдикцијама предвиђена је и казна затвора за физичка лица.

2 З. Томић, *Опште управно право*, Београд 2011, с. 53. В. и чл. 5 Закона о управним споровима („Сл. гласник РС“, бр. 111/2009).

3 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 2010, с. 375-376. Он такође сматра да је систем поделе власти имао претежно историјски задатак – да ограничи превелику концен-

Заштита конкуренције у Републици Србији остварује се у посебном управном поступку, прописаном Законом о заштити конкуренције.⁴ Поред тога, изменама и допунама Кривичног законика РС из 2016. године прописано је кривично дело закључења рестриктивног споразума, чиме је постављен темељ за кривичноправну заштиту конкуренције у случајевима нарочито тешких повреда конкуренције (енг. *hardcore* картела).⁵ Управноправни модел заштите конкуренције преовлађује у великом броју држава чланица Европске уније и држава кандидата за чланство. Поједине државе чланице, почетком 2000-тих, увеле су кривичне санкције за најтеже повреде конкуренције, по узору на право САД.⁶

Управноправни модел заштите конкуренције подразумева да право конкуренције примењује орган управе или независна државна организација која води управни поступак ради испитивања да ли се понашањем одређеног учесника на тржишту крши право конкуренције, те доноси одлуку о томе и изриче санкције уколико утврди да постоји повреда (права) конкуренције. Поступак је инквизиторни, јер један исти орган покреће поступак, спроводи истрагу, доноси одлуку о постојању повреде права и изриче санкцију. Тело за заштиту конкуренције обједињује улоге тужиоца и судије, што доводи у питање његову непристрасност у одлучивању. За разлику од тога, у сфери кривичноправне заштите конкуренције учесницима на тржишту неспорно су пружене гаранције правичног суђења, јер о постојању кривичног дела одлучује непристрасан суд, пред којим се тужилац и оптужени појављују као равноправне стране у поступку.

Проблем адекватности административног модела заштите конкуренције, са аспекта гаранција правичног поступка, тиња у Европској унији почев од првих деценија настанка европске интеграције,⁷ а актуелизован је након пресуде Европског суда за људска права у случају Менари-

трацију власти у рукама монарха. *Ibid*, с. 283. За историјски преглед развоја принципа поделе власти видети: Т. Р. Кандић, *Судска власт у уставном и законодавном развоју Републике Србије*, Правни факултет у Београду 2012. с. 11 и даље.

4 „Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013, даље: 33К.

5 Чл. 229 Кривичног законика РС, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 11/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

6 W. Wills, *Is Criminalization of EU Competition Law an Answer?*, *World Competition*, 2/2005, с. 117-159.

7 Види, нпр: F. Graupner, *Commission Decision-Making on Competition Questions*, *Common Market Law Review*, 1973: 10, с. 291-305; S. Wilks, L. McGowan, *Disarming the Commission: The Debate over a European Cartel Office*, *Journal of Common Market Studies*, 1995: 33, с. 259-273.

ни.⁸У најкраћем, критичари управноправне заштите конкуренције тврде да привредним друштвима и другим учесницима на тржишту против којих се води поступак због повреда конкуренције није обезбеђено право на правично суђење у смислу члана 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, јер одлуку о постојању повреде конкуренције, одговорности починиоца и о санкцији за учињену повреду не доноси непристрасан и независан суд. Бранитељи постојећег система заштите конкуренције истичу да гаранције правичног суђења могу бити пружене и у оквирима управног поступка, а пре свега кроз накнадно судско преиспитивање управног акта.

У Србији и у државама региона, наведени проблем још увек није добио пажњу коју заслужује, ни у теорији, ни у пракси. Намера аутора је да подстакне расправу о њему, као и да укаже на могуће начине његовог решавања.

2. Разлози опредељења за административни модел заштите конкуренције

Опредељење за управноправни модел заштите конкуренције у Европи има више узрока. Историјски посматрано, радње ограничавања конкуренције дуго нису имале правни третман друштвено опасних дела. Шта више, у одређеним раздобљима, поједине европске државе су благонаклоно гледале на различите форме ограничавања тржишне конкуренције.⁹ Непосредно пред почетак Другог светског рата, неке европске државе су чак примениле мере обавезне картелизације привреде, како би усмериле индустријску производњу за задовољавање ратних потреба. Начелно пермисиван приступ према картелима и другим облицима ограничења конкуренције постојао је у Европи све допрвих деценија друге половине 20. века.¹⁰

Други узрок треба потражити у теоријском утемељењу садашњег европског модела заштите конкуренције, који је поставила Школа ордолиберала, активна у Немачкој у периоду непосредно пре и након Другог

8 A. Menarini *Diagnostics S.r.l. v. Italy*, 43509/08, 27.09.2011.

9 Тако је немачки суд крајем 19. века донео одлуку којом је прогласи картел произвођача дрвене масе правно допуштеним. Након Другог светског рата у Немачкој је донета Картелна уредба, којом су картели проглашени начелно допуштеним. Лига народа усвојила је 1927. године резолуцију о картелима у којима је у подједнакој мери истицала њихове добре и лоше стране. С. Joshua, J. Harding, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford 2010, с. 76.

10 G. Amato, *The Antitrust and the Boundsof Power*, Oxford, 1997, с. 42

светског рата. Ордолиберали су право конкуренције сматрали значајним делом њиховог економског устава. Због огромног неповерења којег су имали према постојећим гранама власти – законодавној, извршној и судској, предлагали су формирање независног органа који ће имати искључиву надлежност да примењује право конкуренције. Тај орган је требало да примењује императивне норме судским методама и да располаже снажним извршним овлашћењима како би могао да ефикасно обезбеди поштовање закона. Ордолиберали су сматрали да је недопуштене радње ограничавања конкуренције могуће јасно и прецизно прописати законом, те да, последично, будући антимонополски орган не би располагао дискреционим овлашћењима у примени закона. Самим тим, испитивање законитости његових одлуканије требало да буде подвргнуто управним судовима, надлежним да испитују да ли је орган управе поступао у границама овлашћења датих законом, већ редовним судовима.¹¹

Ставови ордолиберала су оставили дубок траг у европском праву конкуренције. Они нису само утицали на обликовање немачког права конкуренције, већ и права конкуренције Европске уније. Тај утицај је неспоран, ако се зна да су следбеници Школе либерала заузимали важне политичке функције у Немачкој непосредно након Другог светског рата, те да су учествовали у преговорима приликом израде Уговора о оснивању ЕЕЗ и касније били на челу Комисије ЕЕЗ и њеног Директората за конкуренцију.¹²

Административни модел заштите конкуренције трансплантиран је у остале европске државе у поступку хармонизације националних права држава чланица и држава кандидата са правом ЕУ. Потребно је нагласити да су државе чланице потпуно слободне да изаберу модел који им одговара, у складу са својом правном традицијом и уставним императивима. У преамбули Уредбе 1/2003 изричито се одређује да државе чланице морају имати слободу да овласте административне или судске власти да извршавају различите функције прописане том уредбом, због различитости које постоје у њиховим правним системима.¹³ Упркос томе, готово све „нове“ државе чланице креирале су своје институције за примену права конкуренције узимајући модел ЕУ као узор. По нашем скромном мишљењу, то је урађено превасходно због инертности или недовољног

11 W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr Siebeck 2004, c. 294.

12 D.L. McLachlan, D. Swan, *Competition Policy in the European Community*, London, 1967, p. 79-80.

13 *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules of competition laid down in Article 81 and 82 of the Treaty*, Official Journal L 1/2003, алинеја 35.

разумевања обавеза које проистичу из споразума о придруживању и стабилизацији.

3. Административни модел заштите конкуренције у Европској унији

Надлежност за примену правила конкуренције Европске уније има Комисија. Садашњи модел примене правила конкуренције утемељен је почетком 60-тих година прошлог века, на основу Уредбе Савета 17/62.¹⁴ Том уредбом Комисији су поверена овлашћења да води истрагу и доноси одлуке у примени чл. 85 и 86 Уговора о оснивању ЕЕЗ (садашњи чл. 101 и 102 Уговора о функционисању ЕУ). У погледу вођења истраге, Комисији су дата овлашћења аналогна овлашћењима истражних органа у кривичном поступку. Службеници Комисије су овлашћени да врше ненајављени претрес пословних просторија, земљишта и средстава превоза учесника на тржишту, да прегледају пословне књиге и да узимају изјаве од запослених. У сфери доношења одлука о постојању повреда конкуренције, Комисија је овлашћена да изриче новчане казне у висини до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту и процесне пенале. Уредбом 1/2003,¹⁵ овлашћења Комисије су додатно проширена. Комисија је овлашћена да врши ненајављени претрес приватних просторија директора и запослених у привредним друштвима, без претходног обраћања националним судовима држава чланица за дозволу. Уведена је могућност да Комисија изрекне привремене мере и да постигне поравнање са учесником на тржишту против кога води поступак. Упоредо са тим, прописана су процедурална правила са циљем обезбеђења права саслушања странке, права на одбрану и права на заштиту пословне тајне. Одговарајућа правила у сфери контроле концентрација прописана су Уредбом 1/2004.¹⁶

Истражна овлашћења и овлашћења у погледу доношења одлука подељена су између Директората за конкуренцију и Комисије. Директорат за конкуренцију је један од директората Комисије. На челу Директората је директор за конкуренцију, који је административно и функционално подређен члану Комисије надлежном за конкуренцију (комесар за конкуренцију). Комесар за конкуренцију је надлежан за доношење акта којим се

14 Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, OJ 13, 21.02.1962.

15 Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules of competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ L 1, 4.01.2003.

16 Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 24, 29.1.2004

странке обавештавају о утврђеном чињеничном стању и правним ставовима Комисије у конкретном случају пре доношења коначне одлуке (*Statement of Objections*). Након усвајања Уредбе 1/2003, уведене су измене у поступку истраге и доношења одлука са циљем обезбеђења унутрашњих провера у фази која претходи доношењу коначне одлуке и тиме веће објективности.¹⁷ Тако је уведена нова функција службеника надлежног да држи расправу након што су странке добиле обавештење Комисије о резултатима истраге (*Hearing Officer*). Службеник за расправу административно не припада Директорату за конкуренцију, али је подређен комесару за конкуренцију. Он извештава комесара првенствено о спорним процедуралним питањима, а само изузетно се бави материјалноправним аспектима случаја. Службеници Директората којиводеистрагу по правилу и припремају нацрт одлуке. Пре него што се одлука стави на дневни ред Комисије, о њој се изјашњавају панел службеника Директората који нису били укључени у истрагу, као и Саветодавни комитет, састављен од представника тела за конкуренцију држава чланица. О законитости одлуке води рачуна и правна служба Комисије, која је непосредно њој подређена.

Упркос видним напорима да се у поступак пред Комисијом уведу елементи расправног начела и пружи гаранције непристрасности у одлучивању, у административном моделу ЕУ и даље постоје елементи који доводе у питање објективност целокупног процеса. Иако формалноправно постоји одвојеност фазе истраге од фазе доношења одлуке, фактички се одлука припрема од стране службеника који су водили истрагу. Они су склони да нагињу исходу који потврђује почетну претпоставку о постојању повреди конкуренције, занемарујући чињенице које је оповргавају, како би оправдали напоре уложене у вођење истраге.¹⁸ Члановима Комисије који формално доносе коначну одлуку, по правилу недостају стручна знања из области заштите конкуренције, тако да се они не могу упуштати у дубље испитивање исправности оцена чињеничног стања и правних ставова изнетих у нацрту одлуке. Чланови Комисије не присуствују усменој расправи, па нису у прилици да стекну непосредан увид у изведене доказе.

Одлуке Комисије подлежу преиспитивању пред Судом правде ЕУ. Према одредбама Уредбе 1/2003 и Уредбе 139/2004, Суд правде има пуну јурисдикцију у случајевима када је Комисија изрекла новчану казну или процесни пенал.¹⁹ Суд ЕУ је у прошлости био доста уздржан када је тре-

17 Види: W. Wills, *Principles of European Antitrust Enforcement*, Oxford 2004.

18 Wills, *op.cit.*, p. 164-168.

19 Чл. 31 Уредбе 1/2003 и чл. 16 Уредбе 139/2004.

бало да преиспитује утврђено чињенично стање, због недостатка економских знања. Ситуација се променила последњих година и Суд правде сада истиче обавезу првостепене судске инстанце да испитује чињенице економске природе и тачност закључака изведених из тих чињеница.²⁰ Упркос томе, странке у поступку пред судом ЕУ имају врло ограничене могућности да предложе нове доказе, што је битна одлика спора пуне јурисдикције.²¹ Друго, суд самостално не испитује утврђено чињенично стање, већ се бави правним аргументима странака а чињенице се испитују у контексту изнетих аргумената. Коначно, Суд правде не може донети одлуку која ће заменити одлуку Комисије. Његова овлашћења су ограничена на укидање, смањење или повећање изречене казне.²² Због тога то није спор пуне јурисдикције.

Могућност поравнања Комисије са странком против које се води поступак, уведена Уредбом 1/2003, довела је у пракси до наглог пада броја предмета о којима решава Суд правде, јер Комисији није потребна сагласност суда на постигнуто поравнање. То умањује снагу аргумента да је судска заштита у административном моделу ЕУ обезбеђена у поступку преиспитивања акта органа који је одлучивао у првом степену.

Европска унија се позабавила питањем устројства органа за заштиту конкуренције тек недавно, усвајањем Директиве 2019/1.²³ Хармонизација модела примене права конкуренције у државама чланицама и даље није императив, због ограничења која су у погледу остварења тог циља постављена Уредбом 1/2003 и неспремности држава чланица да одступе од првобитно изабраних модела. Државе чланице тако и даље остају слободне да се одреде за управни или судски модел заштите конкуренције.²⁴ Директивом се, ипак, наглашава да тела за конкуренцију морају вршити своја овлашћења уз поштовање гаранција постављених општим правним принципима ЕУ и Повељом ЕУ о основним правима, а посебно у контексту поступака који могу имати за исход новчане казне.²⁵ У Директиви се експлицитно наводи да државе чланице морају обезбеди-

20 *Commission of the European Communities v TetraLaval BV*, C-12/03 P, ECR 2005 I-00987, пар. 3

21 М. Asimow, *Five Models of Administrative Adjudication*, American Journal of Comparative Law, бр. 1/2015, с. 3-31.

22 Члан 31 Уредбе 1/2003.

23 *Directive (EU) 2019/1 of the European Parliament and of the Council of 11 December 2018 to empower the competition authorities of the Member States to be more effective enforcers and to ensure the proper functioning of the internal market*, ОЈ 2019 L 11

24 Директива 1/2019, алинеја 13 Преамбуле.

25 Алинеја 14 Преамбуле.

ти поштовање права на одбрану учесника на тржишту, што укључује принцип саслушања странке и право на ефективну судску заштиту.²⁶

4. Немачки административни модел

Немачки модел примене права конкуренције готово у потпуности следи замишљени моделордолиберала. Савезна служба за картеле (*Bundeskartellamt* – даље: ССК) је управни орган надлежан да примењује Закон против ограничавања конкуренције. ССК има ранг највишег органа управе (*Bundesoberbehörde*) који припада ресору савезног министарства надлежног за економске послове. Овај орган поседује велики степен независности у раду и доношењу одлука. ССК није дужна да поступа по налозима ресорног министарства, већ искључиво решава по закону. Важан чинилац независности је сталност положаја државних службеника у Немачкој, што важи и за службенике ССК. Одлуке у ССК не доноси челни функционер – председник ССК, већ већа састављена од тројице службеника, који морају бити правни или економски стручњаци са квалификацијама да обављају судијску функцију или да буду именовани на највише државне функције. По свом унутрашњем устројству, ССК подсећа на суд.

Упркос квази-судској организацији, поступак пред ССК има све елементе инквизиторног административног поступка, што на први поглед доводи у питање усклађеност немачког модела са чланом 6 Европске конвенције. Овај недостатак отклоњен је обезбеђењем пуне судске заштите у другом степену. У немачком праву повреде конкуренције су квалификоване као административни прекршаји. Органи управе у Немачкој могу у првом степену изрицати санкције за административне прекршаје, који имају статус блажих повреда закона. Овакво решење потврђено је одлуком Савезног уставног суда.²⁷

У другом степену, поступак се води пред судом *ab novo*. У судском поступку изнова се утврђују све релевантне чињенице и изводе докази. Суд може *ex officio* или по предлогу странке да наложи извођење нових доказа. У поступку пред судом, ССК не иступа самостално, већ га заступа државни тужилац. Одлука суда у свему замењује управни акт којим је изречена казна за административни прекршај. Поступак пред судом заснива се на начелима јавне расправе и непосредности. Посебан квалитет судске заштите обезбеђен је одређивањем једног стварно и месно над-

²⁶Члан 3 Директиве 1/2019.

²⁷L. Senge, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München 2006, c. 21-22.

лежног суда за спорове поводом одлука ССК – Вишегпокрајинског суда у Франкфурту (*Oberlandesgericht*). У суду је формирано специјално Картелно веће са судијама стручним за област конкуренције.

5. Француски административни модел

Француски Уставни суд се бавио питањем уставности овлашћења управних органа да изричу санкције 80-тих година прошлог века, заузевши став да је то овлашћење у складу са уставним принципом поделе власти, под условом да су обезбеђене гаранције за лица против којих се води поступак адекватне оним у кривичном поступку, те поштовања начела легалитета, сразмерности казне и забране ретроактивне примене закона.²⁸ Француски касациони суд и Административни савет, сваки у свом делу надлежности за контролу управних аката, потврдили су током 90-тих година прошлог века да се Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода примењује и у случајевима када управни органи изричу санкције.²⁹ Одлуком Касационог суда утврђено је да присуство службеника који је руководио истрагом (*rapporteur*) седницама Савета за конкуренцију, што је иначе била редовна пракса, представља повреду члана 6(1) Европске конвенције, чак и ако он није учествовао у гласању приликом доношења одлуке.³⁰ Наведене одлуке подстакле су француског законодавца да приступи изменама устројства Савета за конкуренцију.³¹

У новом моделу, установљеном 2008. године, јасно су одвојене истражна функција и функција доношења одлука, што се види из правила о надлежности и начину именовања чланова надлежних органа. Истрагом руководи генерални извештач (*General Rapporteur*) кога именује министар економије, уз претходно прибављено мишљење Савета за конкуренцију. Одлуке доноси Савет за конкуренцију, који се састоји од председника, четири потпредседника и 12 чланова. Чланови Савета долазе из различитих привредних и друштвених сфера – из реда судија, економских стручњака, стручњака за право конкуренције и заштиту потрошача и привредника. Бројност чланова Савета омогућава формирање тела у различитом саставу за доношење појединих врста одлука и тиме

28 Council Constitutionnel, 17.1.1989.

29 D. Custos, *Independent administrative authorities in France: structural and procedural change at the intersection of Americanization, Europeanization and Galicization*, in: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, c. 286-287

30 *Ibid.*

31 Закон бр. 2008-776, 4.08.2008.

доследно спровођење принципа раздвајања истражне од функције одлучивања, што је захтев француских судова. Тако је француски Касациони суд нашао да лице које је учествовало у одлучивању о изрицању привремене мере, не може учествовати у доношењу коначне одлуке.³²

Француски законодавац је у сфери права конкуренције одступио од правила да судску контролу управних аката врше управни судови, налазећи да су грађански судови боље оспособљени да се баве сложеним економским питањима. Надлежност за одлучивање у споровима против одлука Савета за конкуренцију поверена је Апелационом суду Париза, јер је тај суд већ у свом саставу имао судије специјализоване за област конкуренције и регулисаних сектора.³³ Париски апелациони суд има много шира овлашћења у поређењу са административним судовима, који одлучују искључиво о законитости управног акта.³⁴ Апелациони суд је дужан да испита сва чињенична и правна питања на којима је заснована одлука Савета за конкуренцију. Суд доноси одлуку којом замењује управни акт Савета или га мења. Законитост одлуке Апелационог суда може се преиспитивати пред Касационим судом. Стручност судија Париског апелационог суда надлежност за мериторно решавање допринели су да одлуке овог суда буду хваљене због њихове чињеничне и правне утемељености и постављања строгих стандарда у примени права конкуренције.³⁵

6. Европски суд за људска права о административном моделу заштите конкуренције

Суд у Стразбуру огласио се поводом европског административног модела заштите конкуренције у случају Менарини. Компанија Менарини кажњена је високом новчаном казном на основу одлуке италијанског тела за заштиту конкуренције. Одлука је потврђена у управном спору. У последњој инстанци о одлуци се изјашњавао Државни савет Италије.³⁶

32 *StéBéton travaux et al.*, Cassation Court, 9.10.2001.

33 N. Petit, L. Raboux, *Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post-Commission v. Tetra Laval Assessment*, у: O. Essen, A. Gerbrandy, S. Lavrijsen, „National courts and the standard of review in competition law and economic regulation“, Groningen 2009, c.103-126, на 106.

34 J. Massot, *The powers and duties of the French administrative judge*, у: S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, „Comparative Administrative Law“, Edward Elgar Publishing, 2010. c. 415-425, на 417.

35 *Ibid.*, c. 118.

36 Италијански модел заштите конкуренције обликован је по угледу на европски. У првој инстанци, одлуку о повреди конкуренције доноси административни орган. Одлука *Autorità garantita della concorrenza e del mercato* се може оспорити пред управним судом, који је

Европски суд за људска права, примењујући критеријуме одређене у случају Енгел,³⁷ сматрао је да због тежине запређене казне, случајеве из области заштите конкуренције треба квалификовати као кривичне случајеве, што подразумева обавезу држава потписница Европске конвенције да пружи све гаранције правичног суђења у кривичном поступку предвиђене Конвенцијом. Међутим, Европски суд је учинио отклон када је реч о случајевима из области права конкуренције, устврдивши да они спадају у лакшу категорију кривичних случајева,³⁸ у односу на које се правила Европске конвенције не морају примењивати са пуном строгошћу. У случају Менарини, првостепени суд је имао могућност да цени да ли се административни орган кретао у границама законских овлашћења, да ли је његова одлука била аргументована, па чак и да провери тачност стручних налаза. Суд је располагао пуном јурисдикцијом у погледу висине изречене казне – могао је да смањи, повећа или укине одлуку о казни. Европски суд је нашао да су у конкретном случају италијански судови детаљно испитали адекватност изречене казне, анализирајући све релевантне чиниоце, укључујући и сразмерност.³⁹ Пошто је италијански суд одлучивао у пуној јурисдикцији, Европски суд је закључио да нема повреде члана 6 Европске конвенције.⁴⁰

Чини се да суд у Стразбуру није имао храбрости да уздрма темеље европског система заштите конкуренције, већ је поступио опортуну, потврђујући усклађеност постојећег административног модела ЕУ са Европском конвенцијом.. Европски суд се задовољио тиме што је суд који је преиспитивао одлуку административног органа располагао пуном јурисдикцијом у погледу изреке о казни и што је подробно испитао

овлашћен да испитује законитост одлуке и да измени одлуку у само у погледу висине изречене казне. У другостепеном судском поступку о законитости одлуке решава Државни савет.

37 *Engel and others v. The Netherlands*, 5100/71, 8.06.1976.

38 Европски суд за људска права разврстао је кривичне случајеве на теже и лакше у предмету *Jusilla v Finland*, 73053/01, 23.11.2006. Међутим, већ у том случају се нису све судије сложиле да Европска конвенција пружа основ за такву категоризацију.

39 *Menarini*, пар. 65-66.

40 Потребно је истаћи да одлука није донета једногласно. Судија Pintode Albuquerque је издвојио своје мишљење, сматрајући да италијански суд није свеобухватно проверавао исправност одлуке административног органа са становишта утврђеног чињеничног стања и примењеног права, нити је могао да донесе мериторну одлуку која би заменила одлуку административног органа. Судија Sajose сложио са њим, истичући да су и италијански органи признали да су судови вршили само „слабу“ контролу законитости одлуке административног органа. Он се ипак придружио већини приликом гласања, јер је у конкретном случају Државни савет спровео темељну анализу одлуке италијанског тела за конкуренцију.

исправност утврђених чињеница и правних ставова административног тела.

7. Административни модел заштите конкуренције у Србији

Административни модел заштите конкуренције у Србији је установљен Законом о заштити конкуренције из 2009. Претходни закон из 2005.⁴¹ установио је Комисију за заштиту конкуренције као самосталну и независну организацију која врши јавна овлашћења. Комисија је тим законом није била овлаштена да самостално изриче казне, већ су повреде конкуренције биле одређене као прекршаји. Када би Комисија утврдила својим решењем да је учињена повреда конкуренције, покретала је прекршајни поступак, који се водио пред надлежним судом. Упркос усклађености таквог решења са начелом поделе власти, оно је показало своје лоше стране у пракси. Судови за прекршаје нису били оспособљени да суде у случајевима повреда конкуренције, тако да су санкције према Закону из 2005. године у пракси изостајале.

Законом из 2009. године учињен је радикалан помак с циљем увећања ефикасности правне заштите конкуренције. Законом је Комисији за заштиту конкуренције поверена надлежност да утврђује повреде конкуренције и да изриче санкције за учињене повреде. Недостатак позитивно-правног решења је што се циљ ефикасне политике конкуренције остварује занемаривањем основних принципа правног поретка Републике Србије.

Устав РС прокламује у уводним одредбама начела владавине права и поделе власти, Владавина права се остварује, између осталог, поделом власти на законодавну, извршну и судску. Однос три гране власти заснива се на равнотежи и међусобној контроли.⁴² Уставом се не одређује експлицитно које функције државне власти припадају судовима а које извршној власти. Принципи разграничења судске и управне функције се могу извести тумачењем одредби Устава о људским правима и организацији судске, тужилачке и управне функције. Одредбом члана 32 став 1 Устава РС дефинисано је право на правично суђење: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.“ На основу члана 143 став 1 Устава, судска власт

41 „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005

42 Чл. 3 и чл. 4 ст. 2 и 3 Устава.

припада судовима опште и посебне надлежности. Одредбом члана 156 став 1 Устава одређено је да јавно тужилаштво гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела. У складу са чланом 137, ст. 2, поједина јавна овлашћења се законом могу поверити и предузећима, установама, организацијама и појединцима. Јавна овлашћења се могу поверити и посебним органима преко којих се остварује регулаторна функција у појединим областима и делатностима.⁴³

Законом из 2009. године Комисији за заштиту конкуренције су поверене надлежности које према Уставу улазе у делокруг судске власти. Повреде конкуренције јесу кажњива дела, упркос томе што се за њих номинално не изриче казна, већ управна мера заштите конкуренције.⁴⁴ Мера заштита конкуренције састоји се у обавези плаћања новчаног износа у висини до 10% укупног годишњег прихода учесника на тржишту оствареног на територији Републике Србије. Према критеријумима из одлуке Европског суда за људска права у случају Енгел, правна класификација кажњивог дела у националном законодавству релевантна је утолико што дефинисање одређеног дела као кривичног аутоматски повлачи примену члана 6 Европске конвенције. Уколико је национално законодавство нејасно у том погледу, морају се узети у обзир други и трећи критеријум, а то су природа дела и природа и тежина запрећене санкције, при чему други и трећи критеријум не морају бити кумулативно испуњени.⁴⁵ Напред је истакнуто да је Европски суд у случају Менарини узео у обзир трећи фактор као одлучујући када је класификовао кршења права конкуренције као кривична дела у смислу члана 6 Европске конвенције.

У складу са наведеном уставном одредбом, гоњење учиниоца „других кажњивих дела“ поверена је у надлежност јавном тужилаштву. Уставом је искључена могућност да се ова државна функција повери организацији која врши јавна овлашћења, како је Комисија за заштиту конкуренције дефинисана у ЗЗК.⁴⁶ Упркос јасној уставној одредби, Комисија су законом дата овлашћења типична за истражну фазу кривичног поступка. Службеници Комисије имају право да улазе и прегледају пословне просторије и објекте учесника на тржишту против кога се води поступак, проверавају, одузимају и копирају пословну документацију,

43 Чл. 137 ст. 3 Устава.

44 Чл. 57 ЗЗК

45 D. Vitkauskas, G. Dikov, *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2012, c. 17-21.

46 Члан 20 став 1 ЗЗК.

печате пословне просторије, узимају изјаве од законских заступника странке, запослених и др.⁴⁷ Комисија по службеној дужности покреће поступак против учесника на тржишту ради испитивања повреде конкуренције, када на основу достављених иницијатива, информација и других расположивих података основано претпостави постојање повреде конкуренције.⁴⁸ Покретање поступка ради испитивања повреде конкуренције управним актом, без могућности странке да захтева преиспитивање тог акта пред независним и непристрасним судом је у супротности са одредбама Устава које одређују да је јавно тужилаштво искључиво надлежно да гони учиниоце кажњивих дела и праву сваког лица да о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка одлучи независан и непристрасан суд.

Коначну одлуку о постојању повреде конкуренције и изрицању управних мера доноси Савет Комисије за заштиту конкуренције. Савет је колегијално тело кога чине председник и четири члана. Председника Комисије и чланове Савета бира Народна скупштина РС на мандат од пет година, са могућношћу поновног избора.⁴⁹ Поставља се питање да ли се Савет Комисије може сматрати независним и непристрасним судом у смислу Европске конвенције и Устава РС? Европски суд за људска права је става да се административна тела која су установљена законом могу сматрати судом у смислу Европске конвенције, упркос томе што нису названа „трибунал“ или „суд“, под условом да испуњавају друге суштинске захтеве постављене чл. 6 Конвенције.⁵⁰ Сматрамо да законско уређење положаја Комисије и начин избора председника и чланова Савета говоре у прилог томе да је ово тело формално независно. Комисија је самостална и независна организација која врши јавна овлашћења. За свој рад одговара Скупштини РС, којој подноси годишњи извештај о свом раду.⁵¹ Услови за избор и превремени престанак мандата председника и чланова Савета, као и поступакњиховог избора дефинисани су у 33К. Наведеним одредбама Комисија је формално заштићена од утицаја извршне власти. Постоје два чиниоца која доводе у питање суштинску самосталност Комисије и њеног тела надлежног за доношење одлука. Први се тиче састава Народне скупштине, у којој (би требало да) седе демократски

47 Чл. 52-55 33К.

48 Чл. 35 33К.

49 Чл. 23 33К.

50 *H. v. Belgium*, 8950/80, пар. 50-55.

51 Чл. 20 33К.

изабрани представници народа, који гласају по својој слободној вољи. У стварности, посланици су представници политичких странака, што *de facto* води симбиози извршне и законодавне власти у једну власт – власт политичких странака (партократију).⁵² Други се тиче ограничења мандата и могућности реизбора председника и чланова Савета.⁵³ Ова два чиниоца кумулативно омогућују фактички утицај владајућих политичких странака и извршне власти на рад Комисије и њених органа, што доводи у питање првобитни закључак о њиховој формалној независности.

Захтев непристрасности евидентно није испуњен, јер нема чак ни формалне одвојености органа који води испитни поступак (тј, истрагу повреда конкуренције) и органа који доноси одлуку о постојању повреде конкуренције. Председник Комисије управља испитним поступком, почев од доношења акта којим се започиње тај поступак, преко именовања службених лица која воде поступак и доношења закључака о спровођењу увиђаја и вештачењу, па до одређивања известиоца из реда чланова Савета који у сарадњи са службеним лицем припрема предлог одлука и извештава Савет о свим битним чињеницама и околностима случаја.⁵⁴ Председник Комисије председава Саветом и учествује у доношењу свих одлука из надлежности Савета.⁵⁵ Европски суд за људска права недвосмислен је у ставу да кумулација истражне, односно тужилачке и функције пресуђивања представља повреду захтева непристрасности из члана 6 Европске конвенције.⁵⁶

Према Уставу РС, судска власт поверена је судовима, Уставне одредбе не остављају никакву могућност да о питањима која спадају у судску надлежност решава управна организација која врши јавна овлашћења.

52 Б. Милосављевић, *Начело поделе власти у Уставу и уставној пракси Републике Србије*, Правни записи, бр. 1/2012, с. 5-21, на 12-13.

53 Потребно је подсетити да је функција судије стална. Сталност судијске функције је гарантована Уставом (чл. 146). Сталност судијске функције је један од веома важних чинилаца независности судова. Друго, избор судија на сталну функцију поверен је Високом савету судства, а не Народној скупштини. Само је приликом првог избора на судијску функцију мандат судије ограничен на три године. Тај избор врши Народна скупштина, на предлог Високог савета судства (чл. 147 Устава РС)..

54 Чл. 38 ст. 2 и чл. 41 ЗЗК и чл. 20 ст. 2 Статута Комисије за заштиту конкуренције („Сл. гласник РС“, бр. 49/2010).

55 Чл. 21 тач. 8 Статута Комисије.

56 *Piersack v. Belgium*, 8692/79, *De Cubber v. Belgium*, 9186/80

Одлуке Комисије су коначне и против њих се може водити управни спор. Законом о управним споровима из 2009, уведена је обавеза суда да у управном спору држи јавну расправу у сложеним предметима, као и кад суд утврђује чињенично стање ради решавања у пуној јурисдикцији.⁵⁷ Суд је овлашћен да сам реши управну ствар ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то (спор пуне јурисдикције). Спор пуне јурисдикције је искључен ако је предмет управног спора управни акт донет по слободној оцени.⁵⁸ Отворено је питање да ли Комисија за заштиту конкуренције решава на основу дискреционог овлашћења, па тиме и може ли суд донети акт који ће заменили коначан управни акт Комисије? У складу са 33К, када утврди повреду конкуренције, Комисија је дужна да изрекне меру заштите конкуренције,⁵⁹ али у погледу мера отклањања повреда конкуренције Комисија има дискреционо право да одлучи хоће ли их изрећи или не.⁶⁰ Одатле следи да суд не би био овлашћен да решава у спору пуне јурисдикције поводом одлуке Комисије којом је изречена мера отклањања повреде конкуренције. Одредбама 33К изричито се овлашћује суд да својом одлуком преиначи одлуку Комисије само у делу који се односи на висину новчаног износа одређене управне мере.⁶¹ Номинално је том одредбом право конкуренције Србије доведено у склад са решењима уредби ЕУ 1/2003 и 139/2004. Питање усклађености српског модела са захтевима Европске конвенције, нарочито у светлу одлуке у случају Менарини, захтевало би подробну анализу праксе Управног суда у предметима заштите конкуренције, што превазилази задате оквире овог рада.

Закључак

Административни модел примене права конкуренције уведен Законом о заштити конкуренције из 2009. представља преседан са аспекта уставног начела поделе власти. Устав РС експлицитан је у томе да судска власт припада судовима, а да се гоњење за кажњива дела поверава јавним тужилаштвима. Решење према коме Комисија за заштиту конкуренције

57 Чл. 34 ЗУС.

58 Чл. 43 ст. 1 и 2 ЗУС.

59 Чл. 68 ст. 1 33К.

60 Чл. 59 ст. 1. 33К: „Решењем којим се утврђује повреда конкуренција, Комисија може да одреди мере које имају за циљ отклањање повреде конкуренције, односно спречавање настанка исте или сличне повреде...”

61 Чл. 72 ст. 3.

води поступке за утврђивање повреда конкуренције и изриче казне, номинално одређене као „управне мере“ је супротно важећем уставу.

Ако се тај модел посматра у светлу Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и релевантних одлука Европског суда за људска права, коначан суд о његовој усклађености са фундаменталним правним принципима могао би се донети тек на основу подробне анализе праксе Управног суда у споровима поводом одлука Комисије за заштиту конкуренције. Законодавац Србије оставио је простора да суд мериторно решава у погледу дела одлуке Комисије о висини новчаног износа одређене управне мере. Простор за решавање у пуној јурисдикцији постоји и када суд испитује одлуку Комисије у делу који се односи на утврђивање постојања повреде конкуренције. Анализа праксе Управног суда показала би колико се законска овлашћења у пракси користе, те да ли се може рећи да је учесницима на тржишту обезбеђена ефективна судска заштита.

Упоредна анализа административних модела заштите конкуренције у Европској унији и њеним државама чланицама показала је да се административни модел може ускладити са темељним правним принципима, уколико се у административни модел уграде гаранције независности и непристрасности тела који води истраге и доноси првостепену одлуку, те ако се ојача капацитет судова да мериторно решавају у предметима из области права конкуренције, поверавањем надлежности за решавање ових предмета специјализованим судовима, односно судским већима редовних судова.

Dijana MARKOVIĆ BAJALOVIĆ

**PROTECTION OF COMPETITION IN THE LIGHT
OF THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS**

Abstract

The Law on Protection of Competition of the Republic of Serbia is generally in line with EU competition law regarding numerous substantive and procedural issues. The legislator followed the administrative model of competition law enforcement existing in the EU and majority of its member states when formulating the status and authorities of the Commission for Protection of Competition. In this model, an administrative body conducts investigations regarding alleged infringements of competition law, decides about existence of these infringements and impose sanctions to perpetrators. However, the Serbian legislator neglected the basic principle of separation of powers laid down in the Serbian Constitution. Even more, he failed to lay down guarantees of independence and impartiality in investigation and decision-making that are existing in the EU model and in models of the most developed EU member states (France and Germany). At the onset, the author explains reasons for giving administrative bodies the authority to enforce competition law and methods and tools used in the EU and its member states to make this model compatible with ECHR principles. In the second part of the article the author analyses the existing model of competition law enforcement in Serbia, pointing out elements which are conflicting with basic constitutional and ECHR principles.

Key words: competition law, administrative model of competition law enforcement, European Convention on Protection of Human Rights, separation of powers.