
ПРАВО КОНКУРЕНЦИЈЕ И АРБИТРАЖЕ

Дијана МАРКОВИЋ-БАЈАЛОВИЋ*

ПОЈАМ СПОРАЗУМА У ПРАВУ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Резиме

Појам рестриктивног споразума се не дефинише у примарним изворима права ЕУ, нити у праву конкуренције Србије. Тиме је отворен простор за различита тумачења у правној теорији и пракси примене норми о забрани рестриктивних споразума садржаних у члану 101 Уговора о функционисању ЕУ, односно члану 10 Закона о заштити конкуренције РС. Питање када постоји споразум са аспекта права конкуренције је од великог практичног значаја, јер од одговора на њега зависи домашај правила о забрани рестриктивних споразума. Аутор се у овом чланку фокусира на један елемент појма – споразум. Теорија и пракса се слажу да је појам споразума у праву конкуренције шири од појма уговора у грађанском праву. Ипак, теорија права конкуренције не нуди једну опште прихављену дефиницију споразума, а пракса, разумљиво, има казуистички приступ овом питању. Циљ овог чланка је да се кроз анализу праксе Комисије и Суда правде ЕУ издвоје фактори који су одлучујући приликом утврђивања постојања споразума, јер је то прво питање на које се мора одговорити у сваком поступку који се води због повреде забране рестрик-

* Редовни професор Универзитета у Источном Сарајеву

тивних споразума. Ауторка уочава одступања од општих правила уговорног права због којих појам споразума у праву конкуренције има шире значење од појма уговора у грађанском праву. Она констатује, ипак, да основно правило грађанског права о неопходности постојања сагласне воље учесника споразума, изражене недвосмислено речима или понашањем, важи без изузетка и у праву конкуренције. На крају рада аутор анализира праксу Комисије за заштиту конкуренције РС у светлу претходно изнетих ставова.

Кључне речи: рестриктивни споразум, појам споразума, понуда, прихват понуде, ограничења конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције

1. Уводна разматрања

Споразумна ограничења конкуренције су санкционисана у праву конкуренције Европске уније и свим националним правима, јер слободно тржишно привређивање претпоставља самостално доношење пословних одлука од стране свих учесника тржишне утакмице. Њихово међусобно споразумевање о условима под којима се та утакмица одвија онемогућава несметано деловање закона понуде и тражње и последично доводи до лоших економских резултата: високих цена, смањеног обима и недовољне разноврсности понуде, нижег квалитета производа и др.

Споразумна ограничења конкуренције потребно је разграничити, с једне стране, од унилатералних понашања тржишних учесника са надмоћном економском позицијом и, с друге стране, од груписања и повезивања привредних друштава која такође имају свој основ у некој врсти споразума, али воде трајном губитку економске самосталности учесника споразума (концентрације учесника на тржишту). Разграничење је у пракси неопходно како би се определио правни режим под који се подводи одређено тржишно понашање.¹ Са теоријског аспекта поменуто разграничење једнако је значајно. Споразумна ограничења конкуренције концептуално представљају антипод слободној тржишној конкуренцији,

1 Споразумна ограничења конкуренције санкционисана су чланом 101 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ), односно чл. 10 Закона о заштити конкуренције РС („Сл. гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013, даље: ЗЗК). Унилатерална понашања тржишних учесника са доминантном тржишном позицијом санкционисана су чл. 102 УФЕУ, односно чл. 16 ЗЗК. На концентрације учесника на тржишту примењује се правни режим постављен Уредбом 139/2004 о контроли концентрација предузећа (*Council Regulation 139/2004 on the control of concentrations between undertakings*, O.J. L 24, 29.01.2004.), односно чл. 17-20 ЗЗК.

као примарном заштитном објекту права конкуренције, за разлику од индивидуалних тржишних понашања учесника са значајном тржишном снагом и концентрација привредних друштава чији ефекат на конкуренцију није *prima facie* негативан.

Правни прописи којима се штити конкуренција не дају дефиницију рестриктивног споразума,² већ се евентуално у њима наводе појавни облици и типичне врсте споразума. На правном подручју држава чланица Европске уније и држава кандидата за чланство релевантан је појам наведен у члану 101 став 1 УФЕУ: „споразуми међу предузећима, одлуке удружења предузећа и усаглашене праксе... које имају за циљ или за последицу спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције.“ У односу на наведени термин, појам рестриктивног споразума у члану 10 ЗЗК разликује се утолико што се уместо речи „предузеће“³ користи синтагма „учесник на тржишту“ и, друго, што се наглашава да спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције мора бити значајно.

Овај рад има за циљ анализу појма споразума како се он дефинише у теорији и пракси органа Европске уније, као и у пракси Комисије за заштиту конкуренције РС.

2. Појам споразума

Појам споразума у праву конкуренције шири је од појма уговора у грађанском праву.⁴ Заједничко једном и другом појму јесте да означавају сагласност воља два или више лица. Уговор у грађанском праву је сагласност воља којим се постиже неко правно дејство.⁵ Споразум у праву

2 За сврхе овог рада користимо термин прихваћен у позитивном праву Србије. Тај термин се често користи у научној и стручној литератури са енглеског говорног подручја - *restrictive agreement*, заједно са његовим синонимом - *anticompetitive agreement*. У немачком праву користи се одговарајући израз *die Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung*, а у француском израз *l'accord restrictif de la concurrence*. У савременом праву и пракси скоро да се више се не користи израз монополистички споразум, карактеристичан за законодавство и литературу из друге половине 20. века, а који је потекло из америчког права.

3 За појам предузећа у праву конкуренције в. Д. Марковић-Бајаловић, *Право конкуренције ЕУ – општа питања и antitrust*, Сарајево 2016., 63-82.

4 У немачкој термији влада став да је појам споразума у праву конкуренције близак појму уговора у грађанском праву, али да се ипак мора шире тумачити. R. Bechtold, *GWB – Kartellgesetz*, С.Н. Beck, München 2012, 42; V. Emmerich, *Kartellrecht*, С.Н. Beck, München 2012., 53-54.

5 О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2009., 195; С. Перовић, *Облигационо право*, Београд 1981., 151. У англосаксонском праву појам споразум (енг. *agreement*) се разликује од појма уговора (енг. *contract*) управо по томе што је уговор правно извршив док је споразум, у сми-

конкуренције не мора производити правно дејство. Споразум чије се извршење не може обезбедити правним средствима (грађанскоправном тужбом), јер има недопуштен предмет, може бити санкциониран (управо због тога) у праву конкуренције.⁶

Форма у којој се споразум испољава ирелевантна је за његово постојање али је редовно значајна за његово доказивање. Европска правна теорија и пракса Европског суда сагласни су да је за постојање споразума неопходно установити заједничку вољу сауговорача да постигну одређени циљ.⁷ У одлуци у случају *Bayer* Суд прве инстанце истиче следеће: „Што се тиче форме у којој је заједничка намера изражена, довољно је да споразум представља израз намере странака да се понашају на тржишту у складу са његовим условима...Следи да се појам споразума у смислу члана 85(1) Уговора, како је интерпретиран у судској пракси, центрира око постојања сагласности воља најмање две стране, чија форма није од значаја, све док представља веран израз намере странака.“⁸

Са аспекта форме у којој се споразум испољава релевантна су општа правила уговорног права. Сагласност воља страна у споразуму може бити изражена писмено, усмено или прећутно, када се закључак о постојању сагласне воље изводи из одговарајућег понашања страна у споразуму.⁹

Најмање проблема са аспекта доказивања представљају случајеви када постоје писмени докази о постигнутој сагласности воља. Уговор сачињен у писменом облику, у једној исправи или у више исправа, које садрже сагласне изјаве воље сауговорача, или записник са састанка на коме су стране постигле сагласност у погледу предмета споразума представљају чврсте доказе о постојању споразума. Није потребно да те исправе сведоче о намери страна да се правно обавезу, већ је довољно да сведоче о постигнутој сагласности воља, односно узајамном разумевању

слу постигнуте сагласности воља прва фаза у настанку правно обавезујућег уговора. J. Poole, *Contract Law*, Oxford 2016., 29-30.

6 A. Capobianco, *Collusion, Agreements and Concerted Practices, An Economic and Legal Perspective*, у: *EC Competition Law – A Critical Assessment* (G. Amato, C.D. Ehlerman, gen.ed.), Oxford, Portland 2007., 38; R. Wish, *Competition Law*, Oxford 2005., 90.

7 Capobianco, *op.cit.*; Emmerich, *op.cit.*, 54; J. Faull, A. Nikpay, *The EU Law of Competition*, Oxford 2014., 204; A. Jones, B. Surfin, *EU Competition Law*, Oxford 2014., 50; O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law – The Scope of Article 81*, Oxford 2006., 59.

8 *Bayer AG v. Commission*, T-41/96, ECR II-03383, пар. 68-69.

9 Антић, *op.cit.*, 300.

у погледу њиховог будућег понашања на тржишту. Документи који су означени као џентлменски споразум,¹⁰ писмо о намерама, протокол,¹¹ фактура са одштампаним општим условима пословања,¹² или докази о постигнутом „разумевању“ странака да ће се понашати на одређени начин¹³ представљају споразум у смислу члана 101 УФЕУ. У случају *Anheuser Busch Inc./Scottish & Newcastle*,¹⁴ Европска комисија је нашла да смернице произвођача пива Budweiser упућене дистрибутеру у вези са позиционирањем тог пива на тржишту представљају споразум у смислу члана 101 УФЕУ. Произвођач се бранио да је реч о препоруци која не обавезује дистрибутера, те да је у питању једностранни акт, који самим тим измиче дефиницији споразума. Комисија је ипак сматрала да се ради о споразуму, јер је произвођач потписао смернице и послао их дистрибутеру, који је такође потписао смернице и изјавио да их прихвата.

Проблем настаје када недостају недвосмислени писмени докази о постигнутом споразуму. У великом броју случајева, стране у споразуму, свесне да учествују у нечем забрањеном, прикривају доказе о постигнутој сагласности. У другим случајевима, стране у споразуму, због недостатка времена, међусобног поверења или других пословних разлога, пропуштају да сачине писмену исправу. Тада се докази морају изводити посредно, из понашања страна у претпостављеном споразуму. У складу са општим правилима уговорног права потребно је да утврдити да постоји понуда једне стране и прихват те понуде од друге стране, да би се доказало постојање споразума.

3. Понуда за закључење рестриктивног споразума

У грађанском праву изјава воље која садржи предлог за закључење уговора и све битне елементе уговора, тако да уговор може да буде закључен

10 *ACF Chemiefarma v Commission*, C 41/69, ECR 0661, 1970., пар. 111-112.

11 *NOV SVZ/MCN*, Commission Decision IV 33.941, OJ L 104, 23.04.1994., пар. 46: „Без обзира на употребљени термин, протокол одсликава стварну сагласност воља између страна и због тога представља споразум у смислу члана 85 Уговора.“

12 *Sandoz*, Commission Decision IV 31.741, OJ L 222, 10.08.1987.

13 *Viho/Toshiba*, Commission Decision V 32.879, OJ L 287, 17.10.1991. Комисија наводи у овој одлуци да иако сви уговори између произвођача и дистрибутера нису садржали изричиту клаузулу о забрани извоза, постојали су други докази да је међу њима постојало разумевање у том смислу.

14 *Commission Decision IV 34.237/F3*, OJ L 49, 22.02.2000.

простим прихватањем предлога, важи као понуда.¹⁵ Сагласно начелу консенсуализма, понуда не мора бити дата у писменој форми. Закључак о постојању понуде може се извести из понашања стране која даје понуду. У нашем праву излагање робе са означањем цене важи као општа понуда.¹⁶ Извршењем уговора конвалидира се понуда која није дата у одговарајућој форми.¹⁷ За праксу је посебно значајно питање правног третмана једностранних изјава воље датих у форми тарифа, ценовника, општих услова пословања и сл. које једна страна доставља другој страни. У нашој правној теорији прихваћено је становиште да овакве изјаве воље могу представљати понуду уколико то проистиче из њихове садржине, без обзира што не носе тај назив, већ неки други.¹⁸ У појединим европским правима, као што је енглеско, на пример, излагање робе са означањем цене и слање каталога, ценовника и сл. начелно се не сматра понудом, већ позивом да се учини понуда.¹⁹ Под одређеним условима такве изјаве воље ипак се могу сматрати понудом и у тим правним системима.²⁰

Органи Европске уније прихватају становиште да једностранни акт произвођача може представљати општу понуду и, тиме, саставни део споразума који се подводи под члан 101 УФЕУ. У случају *Sandoz*, Европска комисија је оценила да фактуре италијанског произвођача лекова са одштампаним општим условима пословања и клаузулом забране извоза представљају понуду, чијим прихватањем су дистрибутери лекова закључили забрањени споразум у смислу члана 101 УФЕУ.²¹ Комисија је истраживала праксу закључења уговора овог произвођача са дистрибутерима. Уочила је да је *Sandoz*, након захтева дистрибутера да ступи са компанијом у пословни однос, најпре проверавао његов бонитет, да би му након повољног резултата провере слао писмено обавештење о општим условима пословања. Наручбине лекова су се обављале махом усмено, телефонски. Купци би поручивали количине које би службеници *Sandoz-a* уносили у компјутерску базу података. Уз испоручене количине лекова

15 Орлић, *Закључење уговора*, Београд 1993., 224-225, 238-242; Перовић, *op.cit.*, 266; Poole, *op.cit.*, 37.

16 Перовић, *op.cit.*, 267.

17 Антић, *op.cit.*, 209.

18 Орлић, *op.cit.*, 298; Перовић, *op.cit.*, 269.

19 Разлог лежи, према становишту енглеског суда, у томе што је противно логици пословних људи да јавно нуде на продају неодређеним лицима робу чија је количина ограничена, јер се могу наћи у ситуацији да не могу да изврше уговор. Poole, *op.cit.*, 38-39.

20 *Ibid.*

21 *Sandoz*, Commission Decision IV 31.741, OJ L 222, 10.08.1987.

Sandoz је достављао писмене фактуре које су редовно садржале клаузулу „извоз забрањен“. У поступку је утврђено да је ова клаузула постојала на фактурама произвођача и пре него што је Уговор о оснивању ЕЕЗ ступио на снагу. Опстала је и након што је компанија прошла кроз процес реструктурирања – само јој је промењено место где је била одштампана на документу. Sandoz се бранио да је у питању био обичан превид компаније. Према његовој тврдњи, управа компаније је наложила да се одредба о забрани извоза избрише са паковања лекова, на којима је такође раније постојала, као и са фактура. Пропустом запослених, клаузула није избрисана са фактура. Сандоз није у поступку предочио ниједан доказ да је постојала таква инструкција управе. Комисија је оценила да описана дуготрајна комерцијална пракса Sandoz-а и његових клијената представља споразум, упркос томе што није био закључен у писменој форми.²² У описаним околностима фактура са наведеном клаузулом не представља једностранни акт произвођача лекова, већ саставни део постигнутог споразума.

4. Прихват понуде

Другачији је био исход случаја *Volkswagen*. Комисија је казнила немачког произвођача аутомобила и његове дистрибутере због тога што је произвођач слао циркуларе и писма дистрибутерима тражећи од њих да не продају возила по сниженој цени. Комисија је сматрала да писма произвођача упућена дистрибутерима представљају интегрални део уговора о дилерисању. Више судске инстанце потврдиле су став Комисије да једностранни акти могу представљати саставни део споразума, али је Комисија изгубила овај случај јер није, по налазу Суда, доказала да су се дистрибутери сагласили са захтевом произвођача: „Да би настао уговор у значењу члана 81(1) ЕЗ (садашњи члан 101 УФЕУ, прим. аут.), довољно је да акт или понашање, који је привидно једностран, представља израз сагласности воља најмање две стране, при чему форма у којој је сагласност изражена није по себи одлучујућа. Утврдити другачије имало би ефекат пребацивања терета доказивања постојања повреде правила конкуренције и супротстављала би се начелу претпоставке невиности...Позив произвођача аутомобила својима ауторизованим дилерима не представља једностранни акт већ споразум у смислу члана 81(1) ако чини део сета континуираних пословних односа регулисаних генералним уговором сачињеним унапред. Ипак, то не имплицира да било који позив

22 *Ibid.*, пар. 27.

произвођача аутомобила дилерима представља споразум у значењу члана 81(1) и не ослобађа Комисију обавезе да докаже да је постојала сагласност воља између страна у уговору о дилерисању у сваком појединачном случају.²³

Из прегледа наведених случајева произлази да се једнострани акти учесника споразума тумаче као понуда уколико постоје докази да је друга страна прихватила позив и уколико постоје други докази који сведоче о успостављеном пословном односу трајније природе. Органи ЕУ не баве се садржином једностраног акта на начин како се то чини у уговорном праву. Њихов фокус није на томе да ли је једнострана изјава воље довољно одређена и да ли садржи конкретан предлог за закључење уговора.²⁴ Са становишта доказивања постојања споразума у смислу права конкуренције ово није ни потребно јер се питање садржине поставља у моменту када је споразум већ настао или, чак, извршен.²⁵ Стога није толико битно да ли су сви елементи уговора били дефинисани већ у акту који се сматра понудом. Оно што се, међутим, мора утврдити јесте постојање сагласности воља две или више страна у погледу предмета који је супротан правилима конкуренције. Уколико та сагласност није изражена у једном акту, морају постојати докази да је свака од страна у споразуму изразила сагласност да учествује у њему. О наведеном се изјашњава Суд прве инстанце у случају *Bayer*: “Судска пракса показује да се мора повући разлика између случајева где је предузеће усвојило стварно једнострани акт, и стога без изричитог или прећутног учешћа другог предузећа, и оних где је једнострани карактер мере само привидан. Док први не потпада под члан 85(1) Уговора, други се мора сматрати да открива споразум међу предузећима и може стога потпасти под тај члан. То је случај, посебно, са праксама и мерама ограничења конкуренције које привидно усвојене једнострано од произвођача у контексту уговорних односа са својим дилерима, ипак добијају барем прећутно прихватање тих дилера.”²⁶

У случају *Bayer* Комисија је извела закључак о постојању понуде произвођача лекова да се подели тржиште из његовог понашања. Произвођач *Bayer* је пратио дешавања на европском тржишту лекова и настојао

23 *Commission v. Volkswagen AD*, C-74/04 P, ECR I-06585.

24 За критику тог становишта види *Odudu*, *op.cit.*, 65.

25 За разлику од тога у уговорном праву садржина понуде је релевантна, јер се питање постојања понуде може поставити и пре него што је уговор настао (т.ј. управо због тога што уговор није настао).

26 *Bayer AG v Commission*, *op.cit.*

је да спречи извоз свог лека Adalat из држава где је цена тог лека била нижа у државе где је цена била виша. Комисија је извела закључак о постојању споразума из две чињенице: примене од стране Bayer-а система детекције велетрговаца који су извозили лек и последичног смањења испорука тог лека његовим зависним друштвима у Француској и Шпанији, где је установљено да велетрговци извозе све или одређене количине лека. Ограничењем количина испорука, произвођач је ефикасно спречавао извоз у земље где је лек био скупљи, јер су велетрговци имали законску обавезу да примарно снабдевају домаће тржиште лекова.²⁷ Комисија је сматрала да је извозна забрана била инкорпорисана у дуготрајни пословни однос произвођача лекова и његових зависних друштава, с једне стране, и велетрговаца, с друге стране, на линији правног схватања израженог у случају *Sandoz*.

Више судске инстанце нису потврдиле овакав став Комисије. Суд прве инстанце је приговорио Комисији да није доказала да је Bayer усвојио систематску политику надзора крајње дестинације паковања лека Adalat, нити да је примењивао политику претњи и казни према велетрговцима који извозе лек, као ни да је испоруку лека условљавао поштовањем забране извоза. Није било никаквих доказа да су зависна друштва у Француској и Шпанији захтевала од велетрговаца било какво понашање или поступање приликом наручивања лека. Bayer-ове компаније су једнострано ограничавале испоруке на основу података о уобичајеним набавкама лека. Није такође било доказа да је Bayer на било који начин покушао да постигне споразум или пристанак велетрговаца на примену његове политике.²⁸ Суд правде је потврдио став Комисије да понуда не мора бити изричита, већ да се њено постојање може извести из понашања произвођача.²⁹ Суд је, ипак, подвукао разлику између овог случаја и случаја *Sandoz*, истакавши да је у том ранијем случају клаузула забране извоза била изричито наведена на свим фактурама произвођача, те да су постојали докази да су велетрговци прећутно прихватили клаузулу забране извоза, јер су константно понављали наруџбе и плаћали цену испостављену на фактури.³⁰ У случају *Bayer* не само да нису постојали докази о прећутном пристајању велетрговаца на забрану извоза, већ су,

27 *Adalat*, Commission Decision IV 34.279/F3, OJ L 201, 09.08.1996., пар. 156.

28 T 41/96, пар. 119-121.

29 Joined Cases C-2/01 P C 3/01 P, ECR I-64, 2001., пар. 99-100.

30 *Ibid.*, пар. 23.

напротив, постојали докази о константном настојању велетрговаца да обезбеде веће количине лека.

Пристанак друге стране може бити изнуђен или подстакнут мерама понуђача. У случају *AEG/Telefunken*³¹ Комисија је утврдила да је немачки произвођач кућних апарата обезбеђивао пристанак дистрибутера на спровођење његове политике високих цена, алтернативно, одбијањем пријема у систем селективне дистрибуције дистрибутера који се не придржавају установљене политике и применом система бонуса за оне који следе политику. АЕГ је претходно добио одобрење Комисије за своје опште услове система селективне дистрибуције. Пријем дистрибутера у систем заснивао се, у складу са одобреним општим условима, на објективним квалитативним условима. Комисија је установила да је систем у стварности годинама функционисао на другим принципима, јер је АЕГ дискриминисао дистрибутере, одбијајући пријем у систем оних који нису били спремни да следе његову политику цена. Комисија је располагала доказима да су искључени дистрибутери били поново примани у систем тек након што су прихватили да поштују политику цена и да не продају производе дисконтним продавницама. Постојали су докази да су дистрибутери у систему учествовали у доношењу одлука о пријему новог дистрибутера у систем, те да су поједини уживали *de facto* ексклузиван статус јединог продавца Telefunken апарата у одређеном региону. У случају једног немачког дисконтног ланца, и поред изричитих писмених изјава његових заступника о спремности да испуне све квалитативне захтеве произвођача, АЕГ није прихватио да га прими у систем, не одговарајући на његов захтев. За Комисију је то био доказ одбијања прихватања у систем продаваца са дисконтним ценама. У Француској, произвођач је захтевао од дистрибутера који су већ били у систему да не испоручују производе дисконтним трговинским ланцима.

Суд је потврдио становиште Комисије, истичући да одбијање произвођача да прими у систем селективне дистрибуције дистрибутере који испуњавају квалитативне услове не представља једностранни акт произвођача. По мишљењу Суда, реч је о споразуму, јер је пријем у систем дистрибутера заснован на прихватању, изричитом или прећутном, политике коју спроводи произвођач, а која подразумева, између осталог, искључење из мреже дистрибутера који су квалификовани за пријем али нису спремни да следе политику произвођача.³² У овом случају нису

31 *AEG/Telefunken*, Commission Decision IV/28.748, O.J. L 117, 30.04.1982.

32 *AEG-Telefunken AG v. Commission*, C 107/82, ECR 03151, 1983., пар. 38.

постојали непосредни докази о пристајању дистрибутера на политику високих цена произвођача, али су постојали докази да је произвођач имплементирао ту политику, а према ставу органа ЕУ, њено спровођење није било могуће без сарадње дистрибутера.

Закључак о престанку друге стране може се извести из чињенице присуства на састанку који има за предмет постизање рестриктивног споразума. Према ставу Европског суда, присуство састанцима који укључују активности супротне правилима конкуренције стварају претпоставку о учешћу у таквим активностима, у недостатку доказа о супротном.³³ Овакав став, на први поглед, у изразитој је супротности са опште прихваћеним правилом уговорног права да ћутање не значи прихватање.³⁴ Реч је заправо о томе да органи ЕУ присуство састанку тумаче као активно понашање којим се изражава прихватање. Редвно није у питању једнократно присуство састанку. У случају *Thyssen Stahl*, утврђено је да је та компанија присуствовала великом броју састанака који су имали за предмет договор око цена и производних квота.³⁵ Суд прве инстанце је одбио приговор оптуженог предузећа у случају *Tréfileurope*³⁶ да је присуствовало састанку због тога што је било принуђено да то учини. У таквој ситуацији, истакао је Суд, предузеће је требало да се жали Комисији и да је обавести о притисцима којима је изложено. Ни у овом случају, међутим, закључак о прихватању понуде није изведен само из чињенице ћутања понуђеног. Суд је оценио да је самим својим присуством на састанку оптужено предузеће оставило друге учеснике састанка у уверењу да прихвата да учествује у рестриктивном споразуму и да ће поступати у складу с њим: „У сваком случају, чак и под претпоставком да се апелант уздржао од активног учешћа на састанцима, Суд сматра, имајући у виду очигледно антикомпетитивну природу састанака, што је доказано бројним телек-сима..... наведеним у Одлуци, апелант је, учествовањем на њима без јавног дистанцирања од онога што се дешавало на њима, оставио утисак на друге учеснике да се придружује циљевима састанка и да ће поступати у складу са њима.“³⁷

33 *Thyssen Stahl AG v. Commission*, C-194/99 P, ECR II-00347, 1999., пар. 177.

34 Орлић, *op.cit.*, 350-351; Poole, *op.cit.*, 60-62. У нашем праву, изузеци од општег правила предвиђени су Законом о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003, даље: ЗОО), чл. 42 ст. 1.

35 Постојали су докази о присуству компаније на више од 20 састанака током две године.

36 *Tréfileurope Sales SARL v. Commission*, T-141/89, ECR II-791, 1995.

37 *Ibid.*, пар. 85.

Одговарајући став изражен је и у случају *Anic*. Суд је истакао да постоји правна претпоставка да предузеће које учествује у споразумним аранжманима и остаје активно на тржишту узима у обзир размењене информације када одлучује о свом понашању на тржишту, посебно када се предузећа споразумевају на редовној бази током дужег периода. Претпоставка је оборива, што значи да је на предузећима која тврде супротно да изнесу доказе у прилог томе.³⁸ Она то могу учинити тако што ће изнети доказе да размењене информације нису ни на који начин утицале на њихово понашање на тржишту, што је у пракси врло тешко.³⁹ Други начин је да се јавно и експлицитно дистанцирају од дискусије на састанку.⁴⁰ Просто напуштање састанка на ком се расправља о рестриктивним праксама није довољно да се покаже јавно дистанцирање од њих.⁴¹

5. Мане воље

Приликом утврђивања постојања рестриктивног споразума првенствено се узима у обзир изјављена, а не стварна воља сауговорача.⁴² Стога, ако неки од учесника споразума привидно да пристанак, иако стварно не намерава да учествује у рестриктивном споразуму, ипак ће постојати његова одговорност. У случају *Roofing Felt*⁴³ поједини учесници споразума бранили су се тиме да никада нису имали намеру да учествују у картелу. Комисија је одбила овај аргумент уз кратко образложење да стање воље није од утицаја на чињеницу да је споразум био закључен.⁴⁴ Суд правде је потврдио овај став Комисије, истакавши да незнање преду-

38 *Commission v. Anic Partecipazioni SpA*, C-48/92 P, ECR I-01425, 1999., пар. 96.

39 Fall, Nickpay, *op.cit.*, 205.

40 *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft and Others v. Commission (Pre-insulated Pipe Cartel)*, T-9/99, ECR II-01487, 2002., пар. 223; *Tréfileurope*, *op.cit.*, пар. 85.

41 *Archer Daniels Midland Co v. Commission*, C-510/06, ECR I-01843, 2009., пар. 119-120.

42 У грађанском праву такође преовлађује становиште да је релевантна изјављена, а не стварна воља сауговорача. Ипак, поједини старији грађански законици, као нпр. француски *Code Civil*, стоје на становишту да треба узети у обзир стварну вољу. Наш ЗОО прихвата становиште које је негде на средини, опредељујући се за теорију изјављене воље као правило, али предвиђајући уступке теорији стварне воље. Тако, у складу са чл. 63 ЗОО, када стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора, или о основу, или о предмету обавезе, уговор не настаје. У складу са чл. 99 ст. 2 ЗОО, при тумачењу спорних одредаба уговора не треба се држати дословног значења употребљених израза, већ треба истраживати заједничку намеру уговорача и одредбу разумети тако како то одговара начелима утврђеним ЗОО. Вид. Антић, *op.cit.*, 297-299; Перовић, *op.cit.*, 254-256; Poole, *op.cit.* 30.

43 *Commission Decision IV/31.381*, O.J. L 232, 19.08.1986.

44 *Ibid.*, пар. 86.

зећа да учествује у незаконитом споразуму не ослобађа одговорности, ако је предузеће морало знати да одређено понашање има за циљ ограничење конкуренције.⁴⁵

Принуда понудиоца на закључење споразума није од утицаја на његово постојање. Принуда на учествовање у рестриктивном споразуму врло често је присутна у пракси. Економски моћнија страна намеће слабијој страни (или странама) обавезу учествовања у праксама споразумног ограничења конкуренције, под претњом истискивања са тржишта или примене других облика санкција. У наведеном случају *AEF Telefunken* претња елиминацијом из система селективне дистрибуције није била експлицитна, али су учесници система знали за праксу произвођача кућних апарата да не прима у систем дистрибутере који не примењују политику високих цена. У случају *Musique Difusion française*,⁴⁶ Суд кратко констатује да апликант није доказао да је његовој егзистенцији пређено или да су његове финансијске потешкоће биле проузроковане паралаленим увозом робе, чему је морао да се супротстави уговарањем забране извоза.⁴⁷ Наведена констатација оставља простора за тумачење да се учесници споразума могу позивати на принуду као основ за ослобођење од одговорности од учешћа у рестриктивном споразуму. Међутим, у једној каснијој одлуци, Суд изричито каже да учесници споразума не могу оправдати учешће у рестриктивном споразуму тврдњом да су били приморани на то због понашања других трговаца.⁴⁸

Постојање доказа да је учешће у споразуму било изнуђено може допринети ублажавању или, чак, ослобађању од казне. У случају споразума о ексклузивној дистрибуцији трактора са клаузулом забране извоза, Комисија је казнила само произвођача, док је дистрибутере ослободила казне, јер је у поступку доказано да су дистрибутери прсистајали на такав аранжман под принудом и противно својим економским интересима.⁴⁹ У одлуци поводом случаја извозног картела произвођа дрвета *Wood Pulp*⁵⁰ Комисија истиче да схвата колико је тешко предузећу у слабијој економској позицији, које није традиционални снабдевач, да се одупре притиску које

45 *S.C. Belasco and Others v Commission*, 246/86, ECR 02117, 1989., s. 2157.

46 *Musique Diffusion française v. Commission*, Joined cases 100-103/80, ECR-01825, 1983.

47 *Ibid.*, пар. 90.

48 *Cimenteries CBR v. Commission*, T-25/95, ECR-II491, 2000., пар. 2557.

49 *Burns Tractors Ltd. V. Sperry Nwe Holland*, Commission Decision IV/30.839, O.J. L 376, 31.12.1985., пар. 62.

50 Commission Decision IV/29.725, O.J. L 85, 26.03.1985.

врше моћнија предузећа и да не учествује у договору. Пошто је учешће резултат самосталне воље предузећа у питању они ипак сnose одговорност, али се околности под којима су учествовали у рестриктивном споразуму узимају у обзир приликом одмеравања казне.⁵¹

Прекорачење овлашћења заступника предузећа приликом закључења споразума не ослобађа одговорности заступано предузеће.⁵² Став Суда је да би предузећа лако могла да избегну одговорност за учешће у рестриктивним споразумима ако би се позивала на непостојање овлашћења за заступање. У случају прекорачења овлашћења предузеће се може регресирати за штету од лица која су га заступала.⁵³ Наведени став је у складу са правилом компанијског права, према коме радње заступника предузете у прекорачењу овлашћења обавезују заступано привредно друштво.⁵⁴

6. Пракса Комисије за заштиту конкуренције РС

Комисија за заштиту конкуренције РС (даље: Комисија) је крајем 2017. године окончала више поступака који су имали за предмет рестриктивне споразуме. Са аспекта предмета овог рада, два поступка привлаче пажњу: рестриктивни споразум произвођача јестивог уља *Vital/Victoriaoil*⁵⁵ и рестриктивни споразум дистрибутера спортске опреме *N Sport и др.*⁵⁶

Случај *Vital/Victoriaoil* имао је за предмет споразум о производњи јестивог уља од стране друштва *Victoriaoil* за купца *Vital* из Врбаса, под његовом робном марком, сходно потребама и налогу купца, као и купопродају уља на начин и под условима дефинисаним уговором. Предметни уговор није садржао ниједну рестриктивну одредбу, што је експлицитно констатовала и Комисија. Анализом уговорних одредби утврђено је да „оне не садрже изричита и најтежа ограничења по циљу.“⁵⁷ Комисија је

51 *Ibid.*, пар. 131.

52 *BPB Plc. v. Commission*, T-53/03, ECR II-01333, 2008.

53 *Ibid.*, пар. 360.

54 Чл. 9 ст. 1 Директиве Европског парламента и Савета 2017/1132 од 14. јуна 2017. која се односи на одређене аспекте компанијског права (*Directive 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law*, O.J. L 169, 30.06.2017.). За наше право в. чл. 33 ст. 2 Закона о привредним друштвима („Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015).

55 Решење Комисије од 13.03.2017., објављено на сајту: www.kzk.gov.rs/odluke/tipovi/sporazumi.

56 Решење Комисије од 1.12.2017.

57 Решење од 13.03.2017., с. 23.

ипак покренула поступак против учесника споразума, јер је посумњала да је тај уговор „створио услове да уговорне стране размењују поверљиве пословне податке и информације.“⁵⁸ Комисија је оценила да је реч о хоризонталном споразуму о сарадњи, јер се обе стране баве производњом уља,⁵⁹ занемарујући чињеницу да је предмет споразума продаја, односно куповина јестивог уља, те да се **за сврхе споразума** стране налазе у вертикалном односу.⁶⁰ Дефинишући споразум као хоризонтални, Комисија га даље тако и оцењује у контексту потенцијалних ограничења конкуренције. Комисија је констатовала да је уговором створен оквир за усклађивање заједничких трошкова производње уговорних страна, што може довести до усклађивања понашања учесника на тржишту, те да предметни споразум омогућава размену осетљивих информација између уговорних страна, што смањује конкурентски притисак између њих.

Пада у очи да Комисија своје претпоставке о размени осетљивих информација и усклађивању заједничких трошкова учесника споразума није поткрепила никаквим доказима да су осетљиве информације заиста у пракси размењиване и да су трошкови усклађивани. Комисија ЕУ у својим Смерницама за хоризонталне споразуме децидно каже: „Размена информација може бити адресирана чланом 101 **уколико се њоме установљава или је она део споразума**, усаглашене праксе или одлуке удружења предузећа.“⁶¹ На линији претходно описане праксе органа ЕУ, а имајући у виду да споразум Victoriaoil-а и Vital-а уопште није имао за предмет размену било каквих информација или усклађивање трошкова производње, Комисија је морала у поступку да докаже да је постојала комуникација између страна у споразуму путем које су оне једна другој прослеђивале осетљиве информације. Одговарајуће важи и за усклађивање трошкова производње.

58 Решење од 13.03.2017., с. 3.

59 У време примене спорног споразума Vital је обуставио производњу уља, због недостатка сировине и ремонта производних постројења. Због тога констатација Комисије да су учесници споразума конкуренти није исправна, бар када је реч о периоду примене споразума.

60 Уредбом Комисије ЕУ 330/2010 о примени члана 101(3) УФЕУ на категорије вертикалних споразума и усаглашених пракси (*Commission Regulation No 330/2010 on the application of Article 101(3) to categories of vertical agreements and concerted practices*), О.Ј. L 102, 23.04.2010., у чл. 1.1(а) дефинише се вертикални споразум као споразум или усаглашена пракса склопљен између страна које послују, **за сврхе споразума** или усаглашене праксе, на различитим нивоима производног или прометног ланца. Одговарајуће одређење садржи и члан 1 Уредбе о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу ланца производње или дистрибуције који се изузимају од забране.

61 *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, О.Ј. C 11, 14.01.2011., пар. 60.

Образложење Комисије у погледу тих чињеница је изостало, због чега је читава конструкција рестриктивног споразума без темеља. Случај није изашао из сфере претпоставки и сумњи Комисије, што никако не би смело бити довољно да се утврди одговорност учесника споразума и изрекне новчана казна. Овај случај није имао судски епилог, јер су странке одустале од подношења тужбе у управном спору. Због тога ће заинтересовани остати ускраћени за став судске инстанце у погледу оцене Комисије о постојању рестриктивног споразума.

Случај *N Sport* је много више поткрепљен доказима. Комисија је располагала писменим уговорима између дистрибутера и велетрговаца који су садржали обавезу купца да се придржава малопродајних цена које одређује продавац. Наведена клаузула у праву ЕУ и нашем праву има третман тешког ограничења конкуренције,⁶² па је Комисија имала релативно лак посао. Она није морала да доказује штетне ефекте предметних уговора на конкуренцију. Међу великим бројем типских уговора које је *N Sport* закључио са велетрговцима на тржишту Србије, који сви садрже рестриктивну клаузулу, издваја се уговор закључен са *Planeta Sport*. Овај уговор својом садржином одступа од осталих. *Planeta Sport* је у поступку изнела чињеницу да је одбила да потпише понуђени типски уговор управо из разлога што је садржао уговорну одредбу којом се ограничава слобода купца да самостално формира цене у даљој продаји. У прилог томе компанија је доставила доказе – преписку са *N Sport*, у којој је захтевала изbacивање спорне клаузуле из уговора. У уговору који је потписан остала је клаузула да „минималне продајне цене представљају саставни део ценовника продавца“. Уговор је садржао и другу спорну одредбу, којом се купцу забрањују акцијске и друге продаје без одобрења продавца. Комисија је прву одредбу протумачила тако да се њоме „дефинишу малопродајне цене“, док је *Planeta Sport* истакла као аргумент да ценовник продавца никада није био достављен, па према томе малопродајне цене нису биле дефинисане, те да није постојала заједничка намера обе уго-

62 Чланом 4(а) Уредбе 330/2010 и чланом 5 став 1 тач. 1) Уредбе о вертикалним споразумима прописано је да не потпадају под групно изузеће вертикални споразуми који ограничавају слободу купца да одређује цене производа у даљој продаји. Ипак, стране у споразуму могу доказивати да су испуњени општи улови за изузеће споразума од забране прописани чланом 101 став 3 УФЕУ, чак и кад се споразумом утврђују цене или друга тешка ограничења. Према режиму прописаном чл. 11 ЗЗК. Учесници у рестриктивним споразумима морају поднети захтев за појединачно изузеће споразума пре него што Комисија покрене поступак на основу члана 10. У противном не могу се позивати на испуњеност услова за изузеће из члана 11 ЗЗК.

ворне стране да се продајне цене образују према ценовнику продавца, што је доказивала преписком између продавца и купца и малопродајним ценовницима који у били у примени у време важења спорног споразума. Комисија је остала при ставу да је реч о клаузули којом се ограничава слобода купца да самостално формира цене у даљој продаји, образлажући свој став следећим аргументима: 1) Planeta Sport није навела ниједно пословно оправдано образложење зашто је наведена клаузула остала у уговору и 2) N Sport је са другим купцима у одговарајућем периоду закључивао уговоре са сличном клаузулом.

Други аргумент Комисије је ирелевантан, јер је садржина уговора које је N Sport закључивао са другим својима купцима за Planeta Sport *res inter alios acta*.⁶³ Што се тиче првог аргумента, постоји неслагање између Комисије и Planeta Sport око стварног значења спорне одредбе. Planeta Sport је разумела одредбу тако да продавац може доставити свој ценовник купцу као информацију о ценама продавца, што се у пракси никада није догодило. Комисија, напротив, спорну одредбу разуме тако да њоме Planeta Sport преузима обавезу да се придржава ценовника продавца. Комисије не образлаже како је N Sport разумео исту одредбу. Све и да је разумео на начин како је тумачи Комисија, евидентно је постојао непоразум између уговорних страна о предмету обавезе, па споразум није ни настао. Друго, језичко тумачење спорне одредбе не даје основа за закључак да је једино тумачење Комисије исправно. Оно би то било само ако би било потврђено одговарајућим понашањем уговорних страна – да је продавац заиста достављао продајне ценовнике и да их се купац придржавао. Комисија није прибавила доказе који би то потврђивали. Располагања је искључиво са доказима који су потврђивали супротно – да се купац опирао притиску продавца да се придржава његових малопродајних цена током преговора и да је водио самосталну ценовну политику. Видели смо да се у пракси органа ЕУ предност даје изјављеној вољи у односу на ставрну вољу, али садржина изјављене воље треба несумњиво да произлази из написаних или изговорених речи или понашања учесника споразума. У конкретном случају, постоји спор око језичког значења садржине уговорене клаузуле. У таквим околностима, Комисија је морала

63 У случају *Nintendo (CD Contact Data v Commission, T-18/03, ECR II-1021, 2009.)*, Суд прве инстанце ЕУ стао је на становиште да учесници споразума могу оспоравати постојање споразума чак и ако један од учесника призна његово постојање. Утолико пре се правна оцена Комисије о уговорима N Sport са другим купцима не може проширивати тако да обухвати и уговор са Planeta Sport.

да прикупи доказе о понашању уговорних страна који би поткрепили њено умачење спорне клаузуле, што она није учинила. По нашем мишљењу, уношењем клаузуле у да су малопродајне цене саставни део ценовника продавца учињен је први корак у уговарању обавезе придржавања цена које утврђује продавац. Понуда није перфектуриана, јер продавац никада није доставио ценовник. Слично важи и када је реч о другој спорној клаузули, обавези прибављања одобрења продавца за акцијске продаје, која иначе не представља тешко ограничење конкуренције. У одсуству доказа у прилог њеном тумачењу спорних клаузула, Комисија је морала решити ствар примењујући начело *in dubio pro reo*, т.ј. ослобођајући Planet Sport одговорности.

7. Закључак

Примарни извори права ЕУ и наше законодавство не дају дефиницију појма рестриктивног споразума, што ствара тешкоће приликом његове интерпретације и, самим тим, правну несигурност. Приликом дефинисања појма споразума у праву конкуренције општа правила уговорног права нужно представљају полазну тачку. Споразум постоји ако су стране у споразуму постигле сагласност око предмета споразума и ако су своју вољу недвосмислено изразиле изричито или прећутно. Пракса органа ЕУ стоји чврсто на становишту да се мора утврдити постојање сагласне воље учесника споразума да постигну забрањени циљ. Изјаве воље могу бити садржане у писменим или усменим изјавама, или исказане кроз понашање уговорних страна, али морају бити сагласне. Када се постојање споразума утврђује путем доказа о понашању учесника, број и квалитет доказа пресудан је за доношење коначног закључка.

Одступање од општих правила уговорног права огледа се првенствено у томе што фактори који одричу правно дејство споразуму у грађанском праву, као нпр. недопуштен предмет или мане воље, нису релевантни за утврђивање постојања одговорности учесника споразума. Узимање у обзир тих фактора осујетило би циљ санкционисања рестриктивних споразума – заштиту слободне тржишне конкуренције.

Наши органи за заштиту конкуренције треба тек да изграде став о појму рестриктивног споразума. У својој пракси они се морају ослањати на изворе права конкуренције ЕУ, посебно на одлуке Комисије и Суда правде, али се притом не смеју занемаривати правила нашег уговорног права, утемељена у одредбама ЗОО.

Dijana MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, PhD
Full professor, University of East Sarajevo

THE NOTION OF AGREEMENT IN COMPETITION LAW

Abstract

The notion of restrictive agreement is not defined either in the primary sources of the EU law or in the Law on Protection of Competition of the Republic of Serbia. By that fact, a space for different legal interpretations has been created. The issue is of a great practical importance, since the scope of the rule prohibiting restrictive agreements laid down in Art. 101 TFEU and Art. 10 of the Serbian Competition Law depends on the proper understanding of the term. The author focuses on the first element of the term – the notion of agreement. Both the theory and the EU organs are consent that the notion of agreement in competition law is wider than the notion of contract in civil law. However, the competition law theory lacks an unambiguous definition of the agreement, and the EU Commission and the Court of Justice treat the issue in casuistic way.

The aim of this article is to distinguish elements decisive for determining the existence of an agreement. This is done by analysis of the EU Commission`s and the EU Court of Justice`s decisions. The author detects several competition law derogations from the general rules of civil law. These derogations confer the term ‘agreement’ in competition law a wider meaning, compared to the meaning of the term ‘contract’ in civil law. The author however concludes that the basic rules of civil law - the necessity of consensus between parties as to the subject-matter of their agreement and the evident expression of the agreement by words or parties’ behavior - are valid without exception in competition law. At the end the author analyses cases solved by the Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia in the light of aforesaid views.

Keywords: *restrictive agreement, competition restrictions, offer, acceptance, Commission for Protection of Competition of the Republic of Serbia.*