

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

VREMENSKI SUKOB ZAKONA U PRAVU KONKURENCIJE

U V O D

Stupanjem na snagu novog Zakona o zaštiti konkurencije¹ otvoreno je pitanje vremenskog važenja Zakona o zaštiti konkurencije iz 2005.² Ono nije izgubilo na aktuelnosti ni posle više od tri godine od donošenja novog zakona. Naprotiv, čini se da je dobilo na težini nakon nekoliko odluka Komisije za zaštitu konkurencije RS (u daljem tekstu: Komisija) kojima je učesnicima na tržištu za povrede konkurencije učinjene u vreme važenja Zakona iz 2005. izrečena sankcija – upravna mera obaveze novčanog plaćanja primenom Zakona iz 2009.

Pravni režim za povrede konkurencije prema Zakonu iz 2005. i Zakonu iz 2009.

Najveće razlike između dva zakona postoje u pogledu načina uređivanja postupka za utvrđivanje povrede konkurencije i sankcija i mera koje se mogu izreći počinocima tih povreda. Za našu analizu najvažnija razlika ogleda se u tome što su u Zakonu iz 2005. povrede konkurencije kvalifikovane kao prekršaji. U skla-

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Pravnog fakulteta u Srpskom Sarajevu, Pale.

¹ “Sl. glasnik RS”, br. 51/2009, u daljem tekstu: Zakon iz 2009.

² “Sl. glasnik RS”, br. 79/2005, u daljem tekstu: Zakon iz 2005.

du sa tim, nakon što bi Komisija konačnim rešenjem koje donosi u upravnom postupku utvrdila postojanje povrede konkurencije, pokretala bi postupak pred prekršajnim sudom u svojstvu ovlašćenog podnosioca zahteva.³ Prekršajni sud mogao je izreći sankciju u vidu novčane kazne u rasponu od 1 do 10% od ukupnog godišnjeg prihoda učesnika na tržištu.⁴ Komisija je Zakonom iz 2005. bila ovlašćena da rešenjem kojim utvrdi povredu konkurencije izrekne restitutivne upravne mere, čiji je cilj uspostavljanje konkurencije na tržištu i otklanjanje štetnih posledica učinjene povrede konkurencije.⁵ Ako učesnik na tržištu kome su rešenjem Komisije izrečene mere ne bi postupio po rešenju u utvrđenom roku, Komisija je u skladu sa čl. 68 Zakona iz 2005. bila ovlašćena da donese posebno rešenje o određivanju mere privremene zabrane vršenja prometa određene robe ili usluga. Nadalje, ako učesnik na tržištu ne bi postupio po rešenju o zabrani vršenja prometa, Komisija je imala pravo da donese rešenje o određivanju mere privremene zabrane vršenja delatnosti. Mere iz čl. 68 Zakona iz 2005. bile su po svojoj prirodi represivne i cilj im je bio obezbeđenje sprovođenja mera za uspostavljanje konkurencije i otklanjanje štetnih posledica učinjene povrede.

Zakonom iz 2009. učinjen je radikalni preokret u pravcu postizanja veće efikasnosti postupka koji se vodi radi zaštite konkurencije, time što je Komisiji dato ovlašćenje da samostalno izriče sankcije učenicima na tržištu u okviru postupka kojim se utvrđuje povreda konkurencije. U cilju prevazilaženja ustavnog problema poveravanja ovlašćenja za izricanje sankcija telu koje nije sud, a nije ni klasičan organ uprave,⁶ sankcije su Zakonom iz 2009. odenute u ruho upravne mere. U skladu sa čl. 68 Zakona iz 2009. Komisija može učesniku na tržištu koji učini povredu konkurencije izreći meru zaštite konkurencije. Mera se sastoji u obavezi plaćanja novčanog iznosa koji može iznositi do 10% od ukupnog godišnjeg prihoda učesnika na tržištu. Donji iznos obaveze nije propisan, što znači da Komisija može učesnika na tržištu i osloboditi od obaveze. Naziv "upravna mera" ne može da prikrije njen represivni karakter, niti je ta njena priroda u raspravi vo-

³ Čl. 70 st. 2 Zakona iz 2005. u vezi sa čl. 154 st. 2 i 3 Zakona o prekršajima ("Sl. glasnik RS", br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009).

⁴ Čl. 71 Zakona iz 2005.

⁵ Čl. 8 st. 2 i čl. 19 st. 2 Zakona iz 2005.

⁶ Članom 137 st. 3 Ustava RS posebni organi preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija u pojedinim oblastima ili delatnostima svrstani su u državnu upravu. U teoriji se vodi rasprava oko pravnog statusa regulatornih tela, pa se čak iznose mišljenja da se radi o četvrtoj grani vlasti, odnosno u najmanju ruku o organima koje je teško svrstati u postojeću kagetorizaciju državne vlasti. S. Dujić, *Javne službe i nezavisna regulatorna tijela*, Moderna uprava, novembar 2010. s. 15-40; B. Smerdel, *Čudnovati kljunaš ponovo u fokusu: mogu li se neovisni regulatori uklopiti u hrvatski pravni poredak*, International Jean Monnet Chair Conference, "Regulatorne agencije", Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1-2.10.2010.; B. Smerdel, *Neovisni regulatori: o potrebi racionalizacije sustava*, Informator, 51/2012, s. 1-3.

denoj povodom donošenja novog zakona negirana od strane predlagača zakonskog teksta. Podvođenjem sankcija za povrede konkurencije pod režim upravnih mera zakonodavac je (ne)svesno izbegao detaljno uređivanje niza klasičnih instituta kaznenog prava, koji predstavljaju civilizacijsku tekovinu i služe ostvarenju ideala pravičnosti u kaznenom postupku, kao što su subjekti i uslovi kaznene odgovornosti i kažnjivosti, ostvarivanje načela o pravu na odbranu i raspravnog načela, način dokazivanja (istražno ili optužno načelo), dokazna sredstva, položaj oštećenog u postupku, vrste kazni i način odmeravanja kazne, vrste zaštitnih mera, pravne posledice odluke o kažnjavanju i dr.⁷ S druge strane, odmah na početku primene Zakona iz 2009. pokazalo se da pozivanje na institute kaznenog prava nije moguće izbeći, zbog čega se postavlja pitanje da li je uopšte moguće koristiti se tim institutima u oblasti upravnog prava, što se u krajnjoj konsekvenci svodi na pitanje da li je iskorak načinjen regulisanjem sankcija za povrede konkurencije u oblasti upravnog prava bio pravno-politički opravdan?

Postupak pred Komisijom uređen je kao poseban upravni postupak, sa odredbama koje predstavljaju odstupanje od Zakona o opštem upravnom postupku.⁸ U postupku se primenjuju pravila opšteg upravnog postupka, ako zakonom iz oblasti zaštite konkurencije nije drugačije propisano.⁹ Za ovaj rad od značaja je najpre način uređivanja pitanja pokretanja postupka. Zakonom iz 2005. bila je data ravnopravna mogućnost Komisiji, oštećenim učesnicima na tržištu i drugim licima koja za to imaju pravni interes da pokreću postupak za utvrđivanje povrede konkurencije.¹⁰ Zakonom iz 2009. postupak za utvrđivanje povrede konkurencije uređen je u skladu sa načelom oficijelnosti. Komisija pokreće postupak za utvrđivanje povrede konkurencije isključivo po službenoj dužnosti. Opravdanje za uvođenje načela oficijelnosti takođe je nađeno u većoj efikasnosti postupka. Isključenjem prava trećih lica da pokreću postupak Komisija je oslobođena balasta postupaka koji bi se vodili isključivo u cilju zaštite privatnih interesa oštećenih učesnika u postupku, što nije zadatak tela koje prevashodno štiti javni interes. Uprkos dobrim namerama zakonodavca, na taj način je u postupku pred Komisijom eliminisano raspravno načelo, koje je Zakonom iz 2005. makar u naznakama bilo uređeno.

Članom 35 Zakona iz 2009. propisani su uslovi i način pokretanja postupka po službenoj dužnosti. Komisija pokreće postupak ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti, kada na osnovu dostavljenih inicijativa, infor-

⁷ Posebno je pitanje ustavnosti ovakvog zakonskog rešenja, koje još uvek nije otvoreno niti u teoriji, ni u praksi. Davanje ovlašćenja telu sa regulatornom funkcijom da izriče sankcije upitno je pre svega sa stanovišta načela o podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku iz čl. 4 Ustava RS.

⁸ "Sl. glasnik SRJ", br. 33/97 i 31/2001 i "Sl. glasnik RS", br. 30/2010, u daljem tekstu: ZOUNP.

⁹ Čl. 52 t. 1 Zakona iz 2005 i čl. 34 Zakona iz 2009.

¹⁰ Čl. 56 i 57 Zakona iz 2005.

macija i drugih raspoloživih podataka osnovano pretpostavi postojanje povrede konkurencije. Postupak se pokreće zaključkom koji donosi predsednik Komisije. Zaključak o pokretanju postupka naročito sadrži opis radnji ili akata koji mogu predstavljati povredu konkurencije, pravni osnov i razloge za pokretanje postupka.

Druga bitna novina u uređivanju postupka za utvrđivanje povrede konkurencije u Zakonu iz 2009. ogleda se u tome što se u jednom postupku, jednim aktom odlučuje i o postojanju povrede konkurencije i o merama koje se određuju učesniku na tržištu, uključujući i meru zaštite konkurencije, odnosno novčanu kaznu. Time je otklonjena nepotrebna dvojnost postupaka za utvrđivanje povrede konkurencije i određivanje sankcije, koja je postojala prema Zakonu iz 2005. U Zakonu iz 2009. ta novina je izražena šturom, ali ipak potpuno jasnom odredbom: "Sastavni deo rešenja kojim je utvrđena povreda konkurencije je odluka o meri zaštite konkurencije, odnosno druga upravna mera koju određuje Komisija u skladu sa ovim zakonom."¹¹ Navedena norma ne traži tumača. Mera zaštite konkurencije se može izreći samo aktom kojim se utvrđuje postojanje povrede konkurencije, a ne samostalnim rešenjem kojim se okončava zaseban postupak za određivanje upravne mere. Takvo zakonsko rešenje je odstupanje od pravila opšteg upravnog postupka da se tereti stranci mogu nametati i posebnim, naknadnim upravnim aktom,¹² čime je isključena primena pravila opšteg upravnog postupka u tom pogledu.

*Vremensko važenje Zakona iz 2005.
i Zakona iz 2009.*

Imajući u vidu da se Zakonom iz 2009. uvodi potpuno novi pravni režim zaštite konkurencije, neophodno je bilo Zakonom iz 2009. jasno odrediti trenutak u vremenu do koga važi Zakon iz 2005., odnosno od kojeg počinje da se primenjuje Zakon iz 2009. U Zakonu iz 2009. tom pitanju posvećene su tri odredbe: odredba o prestanku važenja Zakona iz 2005., odredba o stupanju Zakona iz 2009. na snagu i o početku njegove primene i odredba o pravnom režimu za neokončane postupke. Zakon iz 2009. stupio je na snagu 22.7.2009, a počeo je da se primenjuje 1.11.2009.¹³ Danom početka njegove primene prestao je da važi Zakon iz 2005.¹⁴ U pogledu postupaka koji su u toku, Zakon iz 2009. sadrži određnje da će se "na postupke koji su započeti do dana primene ovog zakona primeniti

¹¹ Čl. 38 st. 3 Zakona iz 2009.

¹² Z. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Beograd 2011. s. 210

¹³ Čl. 81 Zakona iz 2009.

¹⁴ Čl. 78 Zakona iz 2009.

propisi po kojima su započeti”,¹⁵ to jest Zakon iz 2005. i podzakonska akta done-
ta na osnovu njega.

U kritici Zakona iz 2009. ukazano je na opasnost da se čl. 74 usko tumači, tako što bi se na postupke u toku primenjivale samo procesnepravne odredbe Zakona iz 2005, dok bi se u materijalnompravnom delu postupak okončao po odredbama Zakona iz 2009.¹⁶ Kako tada, tako i danas, smatramo da jezička omaška zakonodavca (umesto reči “u postupcima” upotrebljene su reči “na postupke”) ne daje prostor za tumačenje da Komisija može voditi postupak po Zakonu iz 2005. a primenjivati materijalnompravne odredbe Zakona iz 2009., iz više razloga.

Prvi je da je zakonodavac prećutno iskazao svoju volju da se u neokončanim pravnim situacijama primenjuje Zakon iz 2005. time što je odložio primenu Zakona iz 2009. za više od tri meseca. Neuobičajeno dug period odložene primene¹⁷ govori nam o tome da je zakonodavac hteo da učesnicima na tržištu ostavi dovoljno vremena da se pripreme za novi pravni režim zaštite konkurencije. Ukoliko pre se ne može tumačiti da je njegova namera bila da se u neokončanim postupcima primenjuju isključivo procesne odredbe Zakona iz 2005.

Drugo, sistematika Zakona iz 2009. je takva da je teško jasno razgraničiti materijalnompravne od procesnopravnih normi. Ovo stoga što Deo 5. Zakona, koji nosi naziv “Postupak pred Komisijom”, sadrži i odredbe materijalnompravnog karaktera, kao što su odredbe o upravnim merama koje određuje Komisija,¹⁸ o obavezi prijave koncentracije i ispitivanju koncentracije po službenoj dužnosti,¹⁹ meri zaštite konkurencije²⁰ i dr. Štaviše, u nekim članovima Zakona iz 2009. pomešane su norme materijalnompravnog i procesnopravnog karaktera. Primer za to su odredbe o uslovnom odobrenju koncentracije i meri dekoncentracije, u kojima su propisane materijalnompravne pretpostavke za izricanje uslovnog odobrenja ili mere dekoncentracije, ali i sadržina rešenja o uslovnom odobrenju, odnosno određivanju mere dekoncentracije, što spada u oblast procesnog prava.²¹ Ako bi se prihvatio stav da se u postupcima koje se vode po Zakonu iz 2005. primenjuju materijalnompravne norme Zakona iz 2009. to bi značilo da se Komisiji daje zada-

¹⁵ Čl. 74 Zakona iz 2009.

¹⁶ Begović, Pavić, *Jasna i neporedna opasnost: Prikaz novog Zakona o zaštiti konkurencije*. Anali Pravnog fakulteta, br. 2/2009, s. 80–81.

¹⁷ Smatramo da odlaganje primene čitavog zakona na određeno vreme od njegovog stupanja na snagu, kako je učinjeno u slučaju Zakona iz 2009., suštinski ne predstavlja ništa drugo već određivanje dužeg roka njegovog stupanja na snagu. U tom smislu rok za početak primene Zakona iz 2009. predstavljao bi *vacatio legis*, iako se formalnompravno ne radi o tom institutu.

¹⁸ Čl. 56, 57 i 59 Zakona iz 2009.

¹⁹ Čl. 61–63 Zakona iz 2009.

²⁰ Čl. 67.

²¹ Čl. 66 i 67 Zakona iz 2009.

tak (ili, još bolje, ostavlja sloboda) da za svaku pojedinu normu vaga da li je procesnopravnog ili materijalnopravnog karaktera, što bi izazvalo sporove u praksi i stvorilo veliku pravnu nesigurnost.

Treće, primena materijalnopravnih odredaba Zakona iz 2009. u postupcima započetim i koji se vode po odredbama Zakona iz 2005, iako bi se hronološki odvijala nakon početka primene novog zakona, suštinski bi značila njegovu retroaktivnu primenu na radnje učenika na tržištu učinjene u vreme važenja starog zakona, budući da postupci započeti po odredbama Zakona iz 2005. jedino mogu imati za predmet povrede učinjene do donošenja Zakona iz 2009. Primera radi, ako bi Komisija u postupku za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja pokrenutom u vreme važenja Zakona iz 2005, koji nije okončan do 1.11.2009, donosila odluku primenom materijalnopravnih odredaba Zakona iz 2009. ona bi mogla da utvrdi postojanje povrede konkurencije iako nije izvodila dokaze u cilju utvrđivanja da li je nastala štetna posledica – sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije. Time bi se otvorila mogućnost da se učesnik na tržištu sankcioniše za radnju koja nije bilo propisana u vreme kada je izvršena, odnosno da se Zakon iz 2009. primeni retroaktivno. U teoriji o vremenskom sukobu zakona pravne situacije koje su nastale u vreme važenja starog zakona, a još nisu okončane u momentu kada novi zakon počinje da se primenjuje nazivaju se situacijama u toku i jedan broj teoretičara se zalagao za to da se na takve pravne situacije stari zakon produženo primenjuje (teorija produženog dejstva starog zakona ili organska teorija). Po njima, primena starog zakona može biti isključena, ali samo izričitom zakonskom odredbom.²² Naš zakonodavac je postupio upravno obrnuto, propisujući produženu primenu Zakona iz 2005. “na postupke koji u započeti do dana početka primene ovog zakona”, pokazujući time da prihvata organsku teoriju.

Podsetimo na ovom mestu da Ustav RS zabranjuje povratno dejstvo zakona i drugih opštih akata. Izuzetno je dozvoljeno povratno dejstvo samo pojedinih odredaba zakona, ako to nalaže opšti interes utvrđen pri donošenju zakona.²³ U skladu sa tim, materijalnopravne odredbe zakona se ne mogu u svojoj ukupnosti retroaktivno primenjivati, već bi se zakonom moralo propisati koje se njegove odredbe mogu retroaktivno primenjivati, a u postupku donošenja zakona morao bi se utvrditi opšti interes koji opravdava njihovu retroaktivnu primenu.

Zakon iz 2009. ne sadrži posebne odredbe kojima bi se uredila mogućnost njegove retroaktivne primene, niti je to pitanje bilo predmet rasprave u procesu njegovog donošenja. Naprotiv, u članu 74 Zakona iz 2009. primenjen je koncept produžene primene starog zakona na neokončane pravne situacije.²⁴ Prema tome,

²² S. Perović, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, Beograd 1987. s. 132–135.

²³ Čl. 197 Ustava RS.

²⁴ *Ibidem*, s. 132–135.

materijalnopravne odredbe novog zakona ne smeju se primenjivati na pravne odnose nastale u vreme važenja Zakona iz 2005. u postupcima koji su pokrenuti na osnovu Zakona iz 2005. a nisu okončani do početka primene Zakona iz 2009, jer bi takvo postupanje bilo suprotno Ustavu RS. Ovome treba dodati da su i predstavnici Komisije javno izneli mišljenje da se na postupke koji su započeti po Zakonu iz 2005. primenjuju procesnopravne i materijalnopravne odredbe tog zakona.²⁵ Ispravnost tog mišljenja potvrdio je i Upravni sud svojom odlukom u slučaju Kartel farmaceuta.²⁶

Praksa Komisije u primeni Zakona iz 2009.

Čak ni preterano maštovit i zlonameran kritičar Zakona iz 2009. u vreme kada je taj zakon donet nije mogao zamisliti mogućnost njegove primene na pravnosnažno okončane postupke za utvrđivanje povrede konkurencije. Ovo stoga što se pravnosnažno okončani postupci kvalifikuju kao svršene činjenice, u pogledu kojih u pravnoj teoriji o retroaktivnosti zakona ne postoji dilema da bez izuzetka ostaju izvan domašaja primene novog zakona.²⁷

Upravo tako postupila je Komisija u slučajevima Imlek i Kartel farmaceuta. Oba slučaja, iako su sa aspekta sadržine povrede konkurencije veoma različita, počivaju na istim pravnim činjenicama relevantnim za raspravu o vremenskom sukobu Zakona iz 2005. i Zakona iz 2009: 1) Komisija je konačno rešenje u upravnom postupku donela u vreme važenja Zakona iz 2005; 2) Upravni sud, postupajući po tužbama stranaka protiv kojih se vodio postupak u upravnom sporu, doneo je odluku kojom potvrđuje rešenje Komisije nakon početka primene Zakona iz 2009, čime je to rešenje postalo pravnosnažno; 3) Komisija pokreće novi upravni postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije na osnovu Zakona iz 2009. učesnicima na tržištu nakon pravnosnažnosti rešenja kojim je utvrđena povreda konkurencije i u tom postupku izriče sankciju koja je veća od donjeg minimuma prekršajne kazne prema Zakonu iz 2005, iako Zakon iz 2009. daje mogućnost oslobođanja od sankcije; 4) Komisija obrazlaže primenu Zakona iz 2009. argumentom blažeg zakona, koji je generalno prihvaćen u krivičnom zakonodavstvu, ali ne nalazi da je reč o retroaktivnoj primeni Zakona iz 2009, već da je u pitanju "primena jedinog skupa raspoloživih pravnih normi".

²⁵ S. Danković-Stepanović, *Izricanje mere zaštite konkurencije (konsekventno) prethodno utvrđenoj povredi*, *Pravo i privreda*, 7-9/2012, s. 592.

²⁶ U 2553/12 od 10.05.2012.

²⁷ To je princip postavljen još teorijom statuta u srednjem veku, a prihvataju ga sve kasnije teorije o retroaktivnosti zakona. Vidi Perović, *op. cit.*, s. 89–90, 127–132; D. Čorić, *Princip stečenih prava i retroaktivno dejstvo zakona*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Niš, 2011, s. 59–60.

Ovde je (naizgled) sporno nekoliko pravnih pitanja: 1) Da li je Komisija mogla da pokrene poseban upravni postupak za određivanje upravne mere za pravnosnažno utvrđenu povredu konkurencije? 2) Da li je Komisija bila ovlašćena da vodi postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije na osnovu Zakona iz 2009. za povredu konkurencije učinjenu u vreme važenja Zakona iz 2005? 3) Da li se Komisija mogla koristiti argumentom blažeg zakona prilikom određivanja mere zaštite konkurencije?

Napred je istaknuto da je Zakonom iz 2009. posebno uređen način pokretanja postupka pred Komisijom, tako što su propisane dve situacije kada Komisija može pokrenuti postupak po službenoj dužnosti: radi utvrđivanja povrede konkurencije i radi ispitivanja koncentracije koja nije prijavljena Komisiji. Postavlja se pitanje da li Komisija može pokrenuti postupak po službenoj dužnosti nezavisno od odredaba Zakona iz 2009, pozivajući se na pravila opšteg upravnog postupka, što je ona učinila pokrećući postupke za određivanje upravne mere zaštite konkurencije? Članom 114 st. 1 ZOUP propisano je da nadležni organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kad to određuje zakon ili drugi propis i kad utvrdi ili sazna da, s obzirom na postojeće činjenično stanje, treba pokrenuti postupak radi zaštite javnog interesa. Navedena odredba može se dvojako tumačiti: tako da oba uslova moraju kumulativno biti ispunjena, ili tako da su uslovi alternativno postavljeni, odnosno da je postupak po službenoj dužnosti moguće pokrenuti i kada je ispunjen samo jedan od uslova. Jezičko značenje norme govori u prilog prvom tumačenju. Pravna teorija se ne izjašnjava eksplicitno po ovom pitanju, ali se nama čini da stoji na istom stanovištu.²⁸ Nadležni organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kada je na vođenje postupka ovlašćen zakonom ili drugim propisom i kada činjenično stanje o kome je stekao saznanje ukazuje da je opravdano voditi postupak u konkretnom slučaju radi zaštite javnog interesa. Takvo tumačenje u skladu je sa načelima zakonitosti, efikasnosti i ekonomičnosti upravnog postupka.²⁹ Sadržina javnog interesa, način i sredstva njegovog ostvarenja u pojedinim oblastima rada uprave definisani su posebnim zakonima. U tom smislu i Zakonom iz 2009. definisan je javni interes koji ostvaruje Komisija kao zaštita konkurencije na tržištu u cilju ekonomskog napretka i dobrobiti društva, a naročito koristi potrošača. Slučajevi kada Komisija pokreće postupak po službenoj dužnosti radi ostvarivanja javnog interesa predviđeni su u čl. 35 Zakona iz 2009. Prema tome, Komisija ne može tražiti, niti joj je potreban, drugi zakonski osnov za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, osim onog određenog u čl. 35 Zakona iz 2009.

Čak i ako bi se prihvatila sporna teza da je moguće vođenje postupka po službenoj dužnosti samo na osnovu razloga zaštite javnog interesa, mimo zakon-

²⁸ Tomić, *op.cit.* s. 285.

²⁹ Čl. 5, 7. i 14. ZOUP.

skih osnova propisanih Zakonom iz 2009, taj javni interes morao bi biti posebno obrazložen u aktu kojim se pokreće postupak. Komisija u rešenju o određivanju upravne mere³⁰ samo kratko obrazlaže da je upravni postupak pokrenut shodno čl. 114 st. 1 ZOUP. Na drugom mestu u rešenju Komisija se poziva na svoju obavezu da štiti javni interes, koji se u konkretnom slučaju sastoji u “zadovoljavanju vitalne potrebe društva, da se propisi dosledno sprovedu i da nadležni državni organi, odnosno organizacije kakva je i Komisija, primene sva na zakonu zasnovana pravna sredstva, kako bi se ispunio cilj Zakona o zaštiti konkurencije, odnosno obezbedila zaštita konkurencije.”³¹ Navedenim se ne obrazlaže zašto Komisija nije pokrenula postupak na osnovu odredaba Zakona iz 2009. već je morala da pribegne ekstenzivnom tumačenju čl. 114 st. 1 ZOUP.³² Obaveza doslednog sprovođenja propisa i ispunjavanje cilja zakona je obaveza svakog organa državne vlasti ustanovljena ustavom i zakonom. To nije neki poseban javni interes koji je definisan Zakonom iz 2009. a za koji, propustom zakonodavca, nisu predviđeni postupci za njegovo ostvarivanje, pa je Komisija primorana da pribegne članu 114 st. 1 ZOUP.

Problem nedostatka pravnog osnova za pokretanje posebnog postupka za određivanje upravne mere Komisija je prevazišla tako što je akt kojim pokreće postupak naslovila “Obaveštenje s pozivom na izjašnjenje”, oslanjajući se na čl. 115 st. 1 ZOUP, koji kaže da je postupak pokrenut čim organ izvrši ma koju radnju vođenja postupka. Ne ulazeći ovde u pitanje osnovanosti primene navedene odredbe ZOUP na situacije kada Komisija pokreće postupak po službenoj dužnosti,³³ stiče se utisak da je Komisija htela da izbegne sporno pitanje postojanja osnova za pokretanje postupka, te je dostavljanjem strankama obaveštenja o svojoj nameri da izrekne meru zaštite konkurencije pokušala da stvori privid da postupak koji je vođen radi utvrđivanja povrede konkurencije i postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije čine jednu celinu, jedan jedinstven postupak. Argument da se radi o nastavku ranije započetog postupka iznosi se u javnosti od strane članova Komisije.³⁴

Kalemljenje postupka za izricanje upravne mere na ranije vođen postupak za utvrđivanje povrede konkurencije nije moguće iz dva razloga. Prvi je da bi se

³⁰ Rešenje o određivanju mere zaštite konkurencije Akcionarskom društvu “Mlekara” Subotica i Akcionarskom društvu “IMLEK” Beograd od 5/0-02-43/2011 od 24.01.2011.

³¹ *Ibidem*, s. 6.

³² I članovi Komisije priznaju da odredbe zakona o zaštiti konkurencije o pokretanju postupka imaju primat nad odgovorajućim odredbama ZOUP shodno načelu *lex specialis derogat legi generali*. S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 583.

³³ Naše je mišljenje da se ta odredba može primeniti samo u situacijama kada stranka podnese zahtev za pokretanje postupka, pa organ učini neku od radnju vođenja postupka, čime se postupak smatra pokrenutim, ili organ odbacuje zahtev u skladu sa čl. 115 st. 2 ZOUP.

³⁴ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 583.

u takvom slučaju rešenje o određivanju upravne mere moralo doneti u vidu dopunskog rešenja u smislu čl. 206 ZOUP. Međutim, dopunsko rešenje moglo bi se doneti jedino na osnovu Zakona iz 2005, u kom slučaju Komisija ne bi bila ovlašćena da izrekne meru zaštite konkurencije.³⁵ Drugo, rešenje u vezi sa kojim bi Komisija donosila dopunsko rešenje je postalo pravnosnažno njegovim potvrđivanjem od strane Upravnog suda. Pravnosnažni upravni akti ne mogu se menjati a donošenje dopunskog rešenja se može podvesti pod menjanje, jer bi se dopunskim rešenjem u konkretnom slučaju stranci nametale obaveze koje nisu utvrđene pravosnažnim rešenjem. Rešenjima Komisije kojima se utvrđuje povreda konkurencije u slučajevima Imlek i Kartel farmaceuta stranke su stekle obaveze, u prvom slučaju da izvrše radnje koje u ima naložene u cilju sprečavanja dalje povrede konkurencije, a u drugom slučaju da prestanu da izvršavaju sporazume koji su suprotni zakonu. Izricanjem obaveze plaćanja novčanog iznosa iz mere zaštite konkurencije dopunskim rešenjem izmenile bi se (uvećale) obaveze stranaka koje su im ustanovljene pravosnažnim rešenjem, što je suprotno čl. 13 ZOUP.

Zbog toga se Komisija ipak opredelila da vodi postupak primenjujući Zakon iz 2009. Komisija se u uvodu rešenja poziva na članove Zakona iz 2009. U obrazloženju rešenja ističe da je u skladu sa odredbama Zakona iz 2005. konstatovana povreda konkurencije, ali da utvrđivanje prekršajne odgovornosti nije bilo moguće provesti usled nepostojanja regulatornih i institucionalnih prepreka.³⁶ Na koje regulatorne i institucionalne prepreke se misli? Stupanjem na snagu Zakona iz 2009. prestale su da važe i odredbe Zakona iz 2005. kojima se propisuju prekršaji za učinjene radnje povrede konkurencije. U skladu s tim, u prekršajnim postupcima koje je Komisija pokretala protiv učesnika na tržištu za izvršene povrede konkurencije, prekršajni sudovi su nakon stupanja na snagu Zakona iz 2009. godine donosili odluke kojima se okrivljeni oslobađaju odgovornosti, jer delo koje im se stavlja na teret više ne predstavlja prekršaj. Odluke prekršajnih sudova u svim pokrenutim prekršajnim postupcima postale su pravnosnažne, bilo tako što je postupak obustavljen odustankom Komisije od redovnog pravnog sredstva, bilo tako što je Viši prekršajni sud potvrdio odluku prvostepenog suda o oslobađanju od odgovornosti.³⁷

Donošenjem Zakona iz 2009. počinioci povreda konkurencije amnestirani su od prekršajne odgovornosti, jer taj zakon u odnosu na Zakon o prekršajima predstavlja blaži zakon. Institut blažeg zakona uređen je čl. 6. st. 2 Zakona o pre-

³⁵ Komisija i sama ističe na jednom mestu u Rešenju o određivanju upravne mere "Mlekari" Subotica a.d. i "Imlek" a.d. da je primena Zakona iz 2005. nesporna. O mogućnosti donošenja upravne mere iz Zakona iz 2009. u postupku koji se vodi na osnovu Zakona iz 2005. raspravljamo niže.

³⁶ Rešenje o određivanju upravne mere zaštite konkurencije "Mlekara" Subotica a.d. i "Imlek" a.d., s. 3; S.Danković-Stepanović, op. cit., s. 583.

³⁷ Presuda Višeg prekršajnog suda u Beogradu 15-PRŽ-br. 7115/10.

kršajima: "Ako je posle učinjenog prekršaja jednom ili više puta izmenjen propis, primenjuje se propis koji je najblaži za počinioca".

S obzirom da Zakon iz 2009. više ne inkriminiše radnje povree konkurencije kao prekršaje, nesporno je da Zakon iz 2009. predstavlja blaži zakon u odnosu na Zakon o prekršajima i da su prekršajni sudovi ispravno postupali kada su u zahtevima podnetim od strane Komisije protiv počinioca prekršaja iz Zakona iz 2005. donosili odluke o njihovom oslobađanju. Oni nisu mogli da primene Zakon iz 2009. kao blaži za počinioca i izreknu upravnu meru zaštite konkurencije, jer su apsolutno nenadležni da vode upravni postupak. Netačno je, prema tome, mišljenje članova Saveta Komisije da prekršajni sudovi nisu mogli da donose oslobađajuće presude, već da je trebalo da donose odluke o obustavljanju postupka zbog stvarne nenadležnosti.³⁸ Prekršajni sudovi nisu donosili presude o oslobađanju od krivice počinioca prekršaja, već o oslobađanju od jedne vrste (prekršajne) odgovornosti.

Suvišno je sada trošiti reči na to da li je zakonodavac hteo formulišući rešenje u Zakonu iz 2009. kojim Komisiji daje ovlašćenja da izriče upravne mere kaznenog karaktera da istovremeno amnestira počinioca povreda konkurencije iz vremena važenja Zakona iz 2005. Smatramo da nije, ali za prolivenim mlekom ne vredi plakati! Stvarni efekat Zakona, kako se nažalost pokazalo, nije veća efikasnost u zaštiti konkurencije, već naprotiv, produžavanje postojeće situacije da izostaje primena sankcija prema počiniocima povreda konkurencije.

Ostavljajući taj problem po strani, za nas ostaje bitno samo sledeće: počinioci povreda konkurencije utvrđenih primenom Zakona iz 2005. oslobođeni su odgovornosti za prekršaj, jer u skladu sa Zakonom iz 2009. povrede konkurencije više nisu inkriminisane kao prekršaji. Uvidevši to, Komisija je uzela stvar u svoje ruke i započela praksu izricanja upravne mere zaštite konkurencije za povrede konkurencije utvrđene u pravnosnažno okončanim postupcima vođenim po Zakonu iz 2005., zamenjujući tom merom prekršajnu kaznu koju više nije moguće izreći. Ona smatra da je njena dužnost da postupak zaštite konkurencije realizuje do kraja. Svrha i cilj Zakona nisu samo u utvrđivanju radnje povrede konkurencije, već i u primeni prekršajnih mera, odnosno upravnih mera zaštite konkurencije. Primenujući Zakon iz 2009. Komisija zapravo primenjuje "jedini mogući skup pravnih normi na konkretan slučaj, zbog objektivne i, od volje Komisije nezavisno nastupele okolnosti, da je usled regulatornih izmena primena prekršajne odgovornosti isključena."³⁹

³⁸ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 591. Ne pravi se razlika između apsolutne i stvarne nenadležnosti. Apsolutna nenadležnost suda postoji kada je za postupanje nadležan neki drugi državni organ, a ne sud. Stvarna nenadležnost postoji kada je sud nadležan za rešavanje spornog odnosa, ali ne postoji nadležnost određene vrste suda zbog prirode predmeta spora, svojstva subjekata spora, vrednosti spora i sl.

³⁹ Rešenje o određivanju mere zaštite konkurencije "Mlekara" Subotica ad. i "IMLEK" a.d., s. 4.

Čini se, naizgled, da Komisija primenjuje koncept neposredne primene novog zakona na pravne situacije u toku, koji je formulisala francuska pravna teorija.⁴⁰ Pravna situacija po mišljenju Komisije još uvek nije okončana, jer je izostalo sankcionisanje počinioaca. Ne vidi se, pri tom, da je konkretna pravna situacija ipak okončana u sadejstvu primene Zakona iz 2009. i Zakona o prekršajima, te da nema osnova za primenu koncepta o neposrednoj primeni novog zakona. Komisija i sama uviđa da takvo postupanje nalikuje retroaktivnoj primeni zakona, što treba da bude izuzetak, a ne pravilo, pa pribegava pravilu primene po stranku, odnosno počinioaca, povoljnijeg propisa, kao korektivu primene Zakona iz 2005., na koji je upućuje zakonodavac!⁴¹ Na taj način je u naše pravo uvedeno novo pravilo blažeg zakona. Ono glasi: Kada počinilac dela ne može biti kažnjen zbog toga što ga je novi zakon oslobodio odgovornosti po starom zakonu, pravda će se zadovoljiti tako što će se na počinioaca primeniti novi zakon kao blaži, izricanjem sankcije blaže po imenu, ali po težini iste kao i sankcija koja bi mogla biti izrečena da se primenjuje stari zakon.⁴²

Argument Komisije da je Zakon iz 2009. blaži zakon u odnosu na Zakon o prekršajima je potpuno ispravan. Previd koju čini sastoji se u tome da je institut blažeg zakona ovlašćen da primenjuje samo organ koji je nadležan da primenjuje strožiji zakon, u ovom slučaju prekršajni sud, koji je to inače već učinio, oslobađajući počinioce povreda konkurencije odgovornosti. Komisija nalazi pravno uporište za primenu blažeg zakona u čl. 6 st. 3 ZOUP, podvodeći svoje postupanje pod primenu povoljnijeg zakona za stranku. Tom odredbom propisana je obaveza organa koji vodi postupak, kada na osnovu zakona strankama nalaže obaveze, da primenjuje mere koje su za njih povoljnije, uz uslov da se takvim merama postiže cilj zakona. Tu nije reč o normi koja uređuje sukob zakona u vremenu, već o normi kojim se sužava diskrecija organa u izricanju i primeni upravnih mera predviđenih *jednim* zakonom. Pri tom Komisija ne obrazlaže kako može da upravnu meru zaštite konkurencije upoređuje sa prekršajnom kaznom, koja nije mera. To konstatuje i sud u presudi kojom poništava rešenje Komisije o određivanju upravne mere u slučaju Kartel farmaceuta: "Tužioci osnovano u tužbama navode da propisane sankcije kojima je određena mera zaštite konkurencije, u obliku obaveze plaćanja utvrđenog novčanog iznosa u osporenom rešenju, i po starom i po no-

⁴⁰ O neposrednoj primeni novog zakona na pravne situacije u toku dejstva pisali su francuski teoretičari Obri i Ro, kao i Rubije. Perović, *op.cit.* s. 142–146.

⁴¹ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 591.

⁴² Komisija se čak nije ni potrudila da očuva privid primene blažeg zakona tako što bi izrekla meru u iznosu koji je ispod donjeg minimuma zaprećene prekršajne kazne prema Zakonu iz 2005. U slučaju Imlek izrečena je upravna mera u visini od 1,9% od ukupnog godišnjeg prihoda počinioaca, a u slučaju Kartel farmaceuta 1,8%.

vom zakonu, nisu istovrsne, niti imaju isti naziv, niti je identičan postupak kojim se one izriču, niti je, pak, zakonski osnov za njihovo izricanje isti.”⁴³

Sud dalje konstatuje da se izricanje upravne mere zaštite konkurencije suprotstavlja načelu *ne bis in idem*, jer se radi o pravnosnažno presuđenoj prekršajnoj stvari. Ovo načelo sadržano je u čl. 24 st. 3 Ustava RS: “Niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena, ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.” U slučaju Kartela farmaceuta pravnosnažnost je nastupila zbog odustanka Komisije od daljeg prekršajnog gonjenja.

U slučaju Imlek stvar stoji drugačije, jer Komisija nikada nije podnela zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Međutim, primenjujući shvatanje suda izraženo u slučaju Kartel farmaceuta, ona ni u ovom slučaju ne bi mogla da izrekne upravnu meru zaštite konkurencije, jer prelazne odredbe Zakona iz 2009. upućuju na primenu propisa na osnovu koji je postupak i započet, što znači Zakona iz 2005. i Zakona o prekršajima.⁴⁴ Komisija, prema tome, u ovom slučaju bi i dalje mogla da pokrene prekršajni postupak, što je izlišno činiti zbog već zauzetih stavova prekršajnih sudova po ovom pitanju.

ZAKLJUČAK

Princip zabrane retroaktivne primene zakona predstavlja osnovni postulat teorije o važenju prava u vremenu. Retroaktivnost se suprotstavlja zakonima logi-

⁴³ Preuda Upravnog suda U 2553/12 od 10.5.2012.

⁴⁴ U slučaju Imlek sud se nije izjašnjavao o ovom pitanju. Upravni sud je potvrdio rešenje Komisije o određivanju upravne mere “Mlekari” Subotica a.d. i “IMLEK” a.d. Odluka Upravnog suda ukinuta je odlukom Vrhovnog kasacionog suda UZP 342/11 povodom zahteva za vanredno preispitivanje pravnosnažne sudske presude. Vrhovni kasacioni sud se nije upuštao u raspravljanje dopuštenosti određivanja upravne mere zaštite konkurencije, već je presuda Upravnog suda ukinuta zbog toga što je u međuvremenu poništeno rešenje Komisije o utvrđivanju zloupotrebe dominantnog položaja u istom slučaju. Stavljanjem van snage rešenja Komisije o utvrđivanju zloupotrebe dominantnog položaja, po mišljenju Suda, otpao je i činjenični i pravni osnov na kome je zasnovano rešenje o određivanju upravne mere zaštite konkurencije. U tom slučaju praktično je pokazana sva besmislenost određivanja upravne mere zaštite konkurencije posebnim rešenjem, koje živi svoj nezavisan pravni život. Poništavanjem rešenja kojim se utvrđuje povreda konkurencije ostalo je na snazi rešenje o određivanju upravne mere. U tom momentu prestala je da postoji pravnosnažno utvrđena povreda konkurencije, ali je nastavila da pravno egzistira sankcija izrečena za tu povredu, što je pravni nonsens.

ke, jer je apsurdno da se pravnom normom uređuje ponašanje subjekta u prošlosti, kada norma nije ni postojala, pa ga, shodno tome, nije mogla obavezivati, niti je svoje ponašanje mogao njoj prilagoditi. Osim toga, retroaktivnost se sukobljava sa zahtevom pravne sigurnosti, koji se štiti principom legaliteta. Stoga su dopušteni izuzeci od zabrane retroaktivnosti pozitivnopravno određeni, kao plod hiljadugodišnjih teorijskih rasprava i prakse stvaranja i primene prava. Dva su pravila u vezi sa tim izuzecima naročito značajna. Prvo je da se izuzeci od retroaktivnosti mogu propisivati samo zakonom i to izričito. Naš ustavotvorac ovo pravilo još više sužava određujući da retroaktivno dejstvo mogu imati samo pojedine norme zakona. Drugo pravilo glasi da retroaktivnost mora biti opravdana razlogom javnog interesa, koji utvrđuje zakonodavac u postupku donošenja zakona.

Iznenaduje odvažnost organa nadležnog za primenu zakona u oblaci zaštite konkurencije da preuzima na sebe zadatak da pravdu ostvaruje rastežući zakonske norme preko granica njihovog pucanja, kako bi u njima iznašao osnov za retroaktivno sankcionisanje počinioaca povreda konkurencije. Nikakvi razlozi pravičnosti i političke opravdanosti ne mogu biti opravdanje za one koji primenjuju pravo da izađu van okvira ustavom postavljenih garancija legaliteta, jer tada više ne može ni biti reči o primeni prava, već o stupanju u svet neprava. Takvim postupanjem državni organ potire civilizacijsku nužnost postojanja prava uopšte i vraća državu unazad u vreme kada prava nije bilo, pa time nije bilo ni države.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Srpsko Sarajevo, Pale

TEMPORAL CONFLICT OF COMPETITION LAWS

Summary

The new legal regime constituted by the Law on Protection of Competition 2009 is distinguished by the authority of the regulatory body, i.e. Commission for protection of Competition, to impose fines to market participants. That created a problem of temporal conflict of that law with the Law on Protection of Competition 2005. The problem gave rise to academic debate, which was additionally intensified after the Commission have issued several decision on the basis of the Law from 2009, imposing to parties fines for infringements of competition which were executed during the validity of the Law from 2005.

In this article theoretical views and positive legal rules relating to the implementation of the principle of prohibition of retroactive validity of law, as well as its important exception in penal law – the rule of application of less strict law, are viewed through the prism of transitory provisions

of the Law from 2009. The actual Commission's practice in legally binding cases is also analyzed from the aspect of application of rules of temporal conflicts of laws. The author is questioning the Commission's authority to conduct separate proceeding for issuing fines to parties who infringed competition rules, the possibility of issuing sanctions under the Law from 2009 in proceeding conducted under the Law from 2005 and the possibility for application of the principle of less strict rule in the area of administrative law. He concludes that there is no legal basis for retroactive application of the Law from 2009. Although he admits that there exists a political need for sanctioning persons who infringe of competition rules, he finds that the Commission's practice of imposing fines under the new law for infringements executed during the validity of the old law is absolutely contrary to the principle of legality and that it undermines the very basis of legal state.