



Топлички центар
за демократију
и људска права



УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА
И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

Ужички центар
за људска права
и демократију



ZAŠTITA KONKURENCIJE I SUZBIJANJE MONOPOLA



NORWEGIAN EMBASSY



FONDACIJA ZA OTVORENO DRUŠTVO, SRBIJA
OPEN SOCIETY FOUNDATION, SERBIA

ZAŠTITA KONKURENCIJE I SUZBIJANJE MONOPOLA

This project is financially supported by the Royal Norwegian Embassy in Belgrade
/ Projekat je realizovan uz finansijsku podršku ambasade
Kraljevine Norveške u Beogradu, uz sufinansiranje Fondacije za otvoreno društvo



Za sadržaj ove publikacije odgovorni su autori i on nemora nužno odražavati stavove Ambasade Kraljevine Norveške ili Fondacije za otvoreno društvo.

Dragan Dobrašinović • Marina Matić Bošković • Miroslav Prokopijević
Andrej Plahutnik • Čedomir Radojčić

ZAŠTITA KONKURENCIJE I SUZBIJANJE MONOPOLA

Autori

Dragan Dobrašinović
Mr Marina Matić Bošković
Miroslav Prokopijević
Andrej Plahutnik
Čedomir Radojčić

Izdavač

Udruženje tužilaca Srbije

Urednik izdanja

Mr Marina Matić Bošković

Za izdavača

Dr Goran Ilić

Dizajn i prelom

Corporative Image

Štampa

Corporative Image

Tiraž

1000

CIP - Каталогизacija у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

339.137

346.545/.546

ZAŠTITA konkurencije i suzbijanje
monopola / [Dragan Dobrašinović ... et al.].

- Beograd : Udruženje javnih tužilaca i
zamenika javnih tužilaca Srbije, 2014
(Beograd : Corporative Image). - 84 str. :
graf. prikazi, tabele ; 24 cm

Tiraž 1.000. - Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-87259-37-9

1. Добрашиновић, Драган, 1969- [аутор]

а) Конкуренција - Заштита

COBISS.SR-ID 207817996

SADRŽAJ

Dragan Dobrašinović	
ZAŠTITA KONKURENCIJE: I NAKON SVEGA, NA POČETKU?	7
Marina Matić Bošković	
ZAŠTITA KONKURENCIJE U SRBIJI -	
FUNKCIONISANJE MEHANIZAMA ZAŠTITE	11
<i>Komisija za zaštitu konkurencije</i>	14
<i>Javno tužilaštvo</i>	19
<i>Upravni sud</i>	20
<i>Preporuke</i>	22
Miroslav Prokopijević	
ZAŠTO JE POTREBNA POLITIKA KONKURENCIJE?	23
<i>Uvod</i>	23
<i>Država kao krivac</i>	24
<i>... i država kao spasilac</i>	25
<i>Cena</i>	25
<i>Kvalitet</i>	26
<i>Sloboda izbora</i>	27
<i>Osnovni elementi politike konkurencije</i>	28
<i>Politika konkurencije u Srbiji</i>	30
<i>Zaključak</i>	32
Andrej Plahutnik	
JAVNE NABAVKE I KONKURENCIJA - LEK ILI PODSTREK KORUPCIJI	33
<i>1. UVOD</i>	33
<i>2. POJAM POLITIKE I PRAVA KONKURENCIJE</i>	34
<i>3. JAVNE NABAVKE</i>	36
<i>4. DELIMIČNA IZUZEĆA KONKURENCIJE U JAVNIM NABAVKAMA NA</i> <i>OSNOVU ZAKONA</i>	37
<i>5. OGRANIČAVANJE KONKURENCIJE U JAVNIM NABAVKAMA</i>	39
<i>6. OGRANIČAVANJE KONKURENCIJE DRUGIM NAČINIMA</i>	40
<i>7. NAČINI POBOLJŠANJA SITUACIJE</i>	42
<i>8. OTKRIVANJE I SANKCIJE</i>	44
<i>9. ZAKLJUČAK</i>	45

Čedomir Radojčić

ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA

(predmet „FRIKOM“ – anatomija jedne povrede konkurencije)	47
<i>Namena i cilj ovog teksta</i>	47
<i>EU pravni okvir</i>	48
<i>Član 102 TFEU – odredbe koje se odnose na unilateralne postupke učesnika na tržištu</i>	49
<i>Domaći pravni okvir</i>	51
<i>„Referentni slučajevi – EU praksa</i>	54
<i>Preporučena literatura</i>	54
<i>Dominantan položaj – zakonom zabranjen ili ne?</i>	55
II PREDMET „FRIKOM“ – ANATOMIJA JEDNE POVREDE KONKURENCIJE	56
<i>Uvodni podaci</i>	56
<i>Ko je stranka u postupku?</i>	58
<i>Zašto samo sladoled a ne i smrznuta hrana?</i>	59
<i>Relevantno tržište</i>	62
Relevantno tržište proizvoda	62
Relevantno geografsko tržište	66
<i>Dominantan položaj</i>	68
<i>Povreda konkurencije</i>	71
Nametanje obaveze u pogledu cena u daljoj prodaji	71
Sistem stimulacija-podsticaja-sankcija	78
Zaključno o povredi konkurencije	81
<i>Odluka komisije – konačno rešenje</i>	81

ZAŠTITA KONKURENCIJE: I NAKON SVEGA, NA POČETKU?

U zemlji u kojoj su politika i država gotovo sve, a sve ostalo je tek nešto više nego ništa, nije teško utvrditi ko je odgovoran za sistem u kojem je ekonomska snaga privrednih subjekata direktno proporcionalna stepenu bliskosti vlasnika kapitala sa političkim vođstvom. U sistemu u kojem su politički i ekonomski monopoli spojeni sudovi, među kojima je prelivanje sadržaja očekivano, poželjno i dozvoljeno, slobodno tržište, uz neizbežnu vladavinu prava, zauzima počasni deo izbledele tranzicije – demokratsko - reformske scenografije i naš je autentični doprinos očuvanju dobrog duha Potemkinovih sela. U društvu u kojem su status i bogatstvo decenijama, po pravilu, sticani na privilegijama i monopolima, konkurencija nije, niti će u skorije vreme biti omiljena, negovana i poželjna.

Udruženje tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, Toplički centar za demokratiju i ljudska prava i Užički centar za ljudska prava i demokratiju pokušali su da, kroz projekat «Građani i pravosuđe zajedno protiv korupcije: zaštita konkurencije i suzbijanje monopola», zavire iza kulisa i uvere se u stvarno stanje stvari u ovoj oblasti. Da objektivno utvrde činjenice, popišu probleme, ustanove njihove razmere, predlože neka od mogućih rešenja.

Okolnost da je ovo prvi organizovani pokušaj građanskog društva u ovoj oblasti podrazumevala je i osmišljavanje i realizaciju aktivnosti koje su bile usmerene i na povećanje kapaciteta pripadnika nevladinog sektora za praćenje postupanja nadležnih institucija u oblasti zaštite konkurencije i primene antimonopolskih politika. Uporedo su realizovane i obrazovne aktivnosti čiji je cilj bio podizanje kapaciteta pripadnika pravosudnog sistema za identifikovanje i procesuiranje zloupotreba monopolističkog položaja, čega u dosadašnjoj praksi nije bilo.

Ofanzivan pristup usmeren na javno zagovaranje unapređenja politika, normativnog okvira, institucionalnih mehanizama i kapaciteta neophodnih za efikasno delovanje u oblasti zaštite konkurencije i suzbijanja monopola, podrazumevao je i aktivnu saradnju sa centralnim institucijama sistema, pre svega Komisijom za zaštitu konkurencije, kao i Upravnim sudom, neposredno nadležnom pravosudnom institucijom za oblast zaštite konkurencije.

Fokus istraživanja bio je usmeren na institucije nadležne za zaštitu konkurencije, ali i na sve elemente društvenog, ekonomskog i političkog konteksta koji značajno utiču na stanje u ovoj oblasti. Sagledavanje problema iz ugla građanskog društva po-

drzumevalo je i stalnu usredsređenost na okolnost da su suzbijanje konkurencije i politička korupcija u neraskidivoj vezi i da predstavljaju lice i naličje ekonomske i moralne kataklizme društva.

Kao neki od najvažnijih problema u oblasti zaštite konkurencije u Republici Srbiji prepoznati su:

- Koncentracija finansijske, političke i medijske moći i uticaja u funkciji sprečavanja zaštite konkurencije i slobodnog tržišta;
- Vaninstitucionalni uticaj monopolista na odluke zakonodavne, izvršne i sudske vlasti;
- Neusklađenost normativnog okvira i javnih politika sa standardima EU, pre svega u oblasti kontrole državne pomoći, koja je izuzeta iz nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije;
- Izostanak odgovarajućih i primerenih reakcija nadležnih institucija na zloupotrebe dominantnog položaja i kartelske sporazume koji dovode do neravnoteža na tržištu (više cene, slabiji kvalitet, smanjena mogućnost izbora);
- Neodgovarajući kadrovski kapaciteti Komisije za zaštitu konkurencije;
- Neodgovarajući kapaciteti pravosudnog sistema za postupanje u predmetima iz oblasti zaštite konkurencije;
- Nedovoljna i neodgovarajuća zastupljenost teme zaštite konkurencije u medijima i obrazovnim programima odgovarajućih visokoškolskih ustanova;
- Nedovoljna vidljivost Komisije za zaštitu konkurencije i nizak nivo podrške javnosti radu ove institucije;
- Neodgovarajuća i nedovoljna saradnja institucija koje su angažovane u oblasti zaštite konkurencije;
- Nizak nivo saradnje Komisije za zaštitu konkurencije, organizacija građanskog društva i stručne javnosti.

Kao odgovore na prepoznate probleme, moguće je razvijati pet grupa zajedničkih aktivnosti organizacija građanskog društva, stručne javnosti i institucija angažovanih u oblasti zaštite konkurencije. U pitanju su sledeće oblasti: javno zagovaranje unapređenja politika i praksi, obrazovne aktivnosti, promotivne aktivnosti, podizanje nivoa institucionalne saradnje i podizanje nivoa međusektorske saradnje.

Prva grupa aktivnosti odnosi se na zajedničko koncipiranje i javno zagovaranje predloga za promenu i unapređenje javnih politika, normativnog i institucionalnog okvira u sferi zaštite konkurencije i suzbijanja monopola. U ovu grupu aktivnosti moguće je uvrstiti zalaganje za uključivanje stručne javnosti i građanskog društva

u procese formulisanja javnih politika i normativnih rešenja i razvijanje konkretnih predloga za njihovo unapređenje i usklađivanje sa EU standardima i direktivama. Jedna od mogućih aktivnosti vezanih za oblast javnih politika i normativnog okvira je javno zagovaranje za svrstavanje pitanja kontrole državne pomoći u okvir nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije. Primer aktivnosti usmerene na unapređenje institucionalnog okvira mogla bi biti zalaganje za formiranje specijalizovanih odeljenja Upravnog suda koja će postupati u predmetima vezanim za zloupotrebu dominantnog položaja, restriktivne sporazume i državnu pomoć.

Druga grupa aktivnosti usmerena je na razvijanje i sprovođenje programa obuke za pripadnike delova pravosudnog sistema, medija i organizacija građanskog društva. Ova grupa aktivnosti podrazumeva razvijanje specifičnih i ka ciljnim grupama precizno usmerenih obrazovnih sadržaja, koji doprinose podizanju nivoa znanja i razumevanja značaja pitanja iz oblasti zaštite konkurencije. S jedne strane, ovakvi obrazovni programi doprinose jačanju kapaciteta nadležnih pravosudnih institucija, dok s druge strane doprinose kvalifikovanijem javnom delovanju pripadnika organizacija građanskog društva i kvalitetnijem medijskom pristupu ovoj temi.

Treća grupa aktivnosti oslonjena je na okolnost da je je tema zaštite konkurencije ili nedovoljno ili na neprimeren način prisutna u javnosti. Da bi ova tema bila na odgovarajući način zastupljena u javnom životu, neophodno je kvalifikovano javno delovanje i medijsko istupanje predstavnika nadležnih institucija, stručne javnosti i organizacija građanskog društva. Pored podizanja nivoa stručnosti predstavnika građanskog društva, za promenu percepcije ove teme u javnosti neophodno je i veće prisustvo predstavnika institucija i stručne javnosti u medijima. Medijske nastupe treba iskoristiti za jasno, nedvosmisleno i odlučno zalaganje za uspostavljanje i poštovanje načela slobodnog tržišta i zaštite konkurencije i dovođenje načelnih stavova u vezu sa konkretnim posledicama koje njihovo narušavanje u svakom pojedinačnom slučaju ima na kvalitet života građana. Dobro pripremljeni i precizno usmereni, javni nastupi doprinose povećanju prepoznatljivosti teme zaštite konkurencije, a u fokus interesovanja javnosti stavljaju pitanja zloupotrebe dominantnog položaja, kartela i državne pomoći.

Četvrta grupa aktivnosti usmerena je na uspostavljanje čvrstih mehanizama saradnje institucija koje su na različite načine angažovane u sferi zaštite konkurencije. Komisija za zaštitu konkurencije, kao centralna institucija koja deluje u ovoj oblasti, nužno je povezana sa Upravom za javne nabavke, Komisijom za zaštitu prava, Državnom revizorskom institucijom, delovima pravosudnog sistema i izvršne vlasti. U cilju uspešnije zaštite javnog interesa, neophodno je ustanoviti mehanizme i instrumente koordiniranog delovanja, u čemu iskustvo, nivo uspostavljenе saradnje i kontakti organizacija građanskog društva sa pomenutim institucijama mogu biti od značaja.

Peta grupa aktivnosti, koja je inkorporirana u prethodne četiri i nužan je preduslov za njihovu realizaciju, odnosi se na podizanje nivoa saradnje organizacija građan-

skog društva i Komisije za zaštitu konkurencije, kao i drugih institucija angažovanih u ovoj oblasti. Ova aktivnost podrazumeva održavanje zajedničkih tematskih sastanaka, razmenu informacija, ideja i predloga i usklađeno koncipiranje aktivnosti na polju zaštite konkurencije. Cilj ove aktivnosti je uspostavljanje dugoročnog usklađenog delovanja koje je zasnovano na uverenju da je slobodno tržište vrednost po sebi za koju se treba zalagati sa stanovišta zaštite javnog interesa.

Na kraju, ili je možda primerenije reći na početku, ne treba gubiti iz vida činjenicu da će pitanje zaštite konkurencije biti jedno od najkompleksnijih i najtežih u pregovorima o pristupanju koje Republika Srbija vodi sa Evropskom unijom i da će u značajnoj meri usloviti njihovu brzinu i tok. Međutim, ono što je za građane Srbije važnije i preče od trenutka eventualnog ulaska u EU, jeste uspostavljanje sistema u kojem će biti obezbeđena efikasna zaštita konkurencije i na taj način biti presečen jedan od glavnih kanala političke korupcije.

ZAŠTITA KONKURENCIJE U SRBIJI - FUNKCIONISANJE MEHANIZAMA ZAŠTITE

Projekat Udruženja tužilaca, Topličkog centra i Užičkog centra imao je u fokusu dve veoma važne oblasti, konkurenciju i korupciju. Partneri su se odlučili za ove teme jer do sada organizacije civilnog društva u Srbiji nisu prepoznale oblast konkurencije kao temu kojom bi trebalo da se bave, a posebno sa aspekta borbe protiv korupcije.

Tri institucije bile su obuhvaćene projektom:

- Komisija za zaštitu konkurencije, kao nezavisna organizacija nadležna za sprovođenje Zakona o zaštiti konkurencije;
- javno tužilaštvo, kao organ nadležan da goni učinioce krivičnih dela, a članom 232. Krivičnog zakonika predviđeno je krivično delo *zloupotreba monopolskog položaja*;
- Upravni sud, kao organ nadležan za sudsku kontrolu rešenja Komisije¹.

Stručni tim pripremio je sveobuhvatne upitnike za sve institucije koje su obuhvaćene projektom, kako bi se prikupili podaci neophodni za analizu, ali i dobila slika kako institucije same procenjuju svoje kapacitete i rad.

Osnivanje nezavisnih regulatornih tela u Evropi je fenomen karakterističan za razvijene tržišne privrede. U periodu od 1980. godine pa nadalje primetan je rastući trend osnivanja nezavisnih regulatornih tela u različitim sektorima.

Tela za zaštitu konkurencije predstavljaju poseban tip nezavisnih regulatornih tela, jer ne regulišu, odnosno nadziru, jedan sektor privrede. Uloga ovih tela je, sa jedne strane „ekonomska regulacija“, i imaju mnogobrojne zadatke zajedničke sa sektorskim regulatorima (prevencija zloupotrebe dominantnog položaja ili usvajanja anti-monopolske politike), a sa druge strane, ovi zadaci nisu ograničeni na određeni sektor (na primer telekomunikacije ili energetika), već je njihov mandat širi i opštiji i može se reći da oni štite prava koja se smatraju osnovnim u modernim društvima.

1 Izveštaj o napretku Srbije za 2012. i 2013. godinu ukazuju da je neophodno da se omogući obuka sudija Upravnog suda, posebno u oblasti zaštite konkurencije - Izveštaj o napretku Srbije za 2013. godinu, str. 49, Izveštaj o napretku Srbije za 2012. godinu, str. 14.

Konkurencija je demokratija u „ekonomiji“, jer ne može postojati prava politička demokratija ako ekonomska moć leži u rukama nekolicine. Efektivna konkurencija predstavlja pervenciju stvaranja ili jačanja pozicija moći koje mogu biti isuviše uticajne na društvo i politiku. U državama u tranziciji, uključujući i Srbiju, u praksi se može videti kako se centri moći nalaze van državnih institucija, u tokovima novca i ekonomskog uticaja.

Danas svaka država članica Evropske unije ima nacionalno telo za zaštitu konkurencije. Prva država članica Evropske unije koja je osnovala instituciju za zaštitu konkurencije bila je Nemačka i to 1954. godine, a poslednji je bio Luksemburg 2007. godine², dok je većina država članica osnovala svoje institucije tokom devedesetih godina XX veka.

Telima za zaštitu konkurencije data je nadležnost da istražuju i sankcionišu kršenje prava konkurencije. Iz perspektive države u tranziciji, njihova najzanimljivija karakteristika trebalo bi da im bude nezavisnost od politike. Prilikom osnivanja tela za zaštitu konkurencije akcenat je stavljen na njihovu nezavisnost u odlučivanju. Obrazloženje za potrebu davanja garancija nezavisnosti u odlučivanju ovih tela, je da na odluke tela za zaštitu konkurencije ne treba da utiču interesi koje parlament i vlada predstavljaju. Kako bi se to obezbedilo posebna pažnja posvećena je dužini mandata njihovih imenovanih članova, proceduri za njihovo razrešenje (odnosno nemogućnosti za njihovog razrešenja), zahtevima u pogledu stručnosti, finansijskoj samostalnosti, kao i drugim odredbama značajnim za nezavisnost tela.

U pojedinim državama stepen autonomije koji je dat telima za zaštitu konkurencije svrstava ih u grupu najprestižnijih javnih institucija i čini ih skoro potpuno nezavisnim od bilo kakvog političkog uticaja. U drugim državama, tela za zaštitu konkurencije predstavljaju malo više od običnih upravnih odeljenja. Začuđujuće je da u Evropskoj uniji države članice uspostavljaju na potpuno različiti način tela koja treba da obavljaju potpuno iste funkcije, s obzirom da je oblast zaštite pravnim tekovinama Evropske unije, a nacionalna zakonodavstva moraju biti usklađena sa propisima EU.

Za funkcionisanje opšteg okvira konkurencije odlučujuću ulogu imaju tela za zaštitu konkurencije, a njihov uspeh zavisi od: stepena njihove nezavisnosti i političke podrške; uvođenja modela javnog zagovaranja konkurencije koji će omogućiti uklanjanje ulaznih barijera i funkcionisanje tržišta; razvoja mehanizama nadzora tržišta; jačanja pravosuđa; podsticanja tela za zaštitu konkurencije da razmenjuju svoja iskustva; podrške i prepoznavanje uloge privatnih aktera; uključivanja tela za zaštitu konkurencije u procese privatizacije.

2 Do 2004. godine Luksemburg nije imao ni nacionalni zakon o zaštiti konkurencije.

Brojni faktori određuju nezavisnost tela za zaštitu konkurencije:

➤ Pravni osnov

Telo za zaštitu konkurencije treba da ima jasan pravni osnov koji reguliše mandat, položaj institucije, imenovanje i razrešenje rukovodioca, unutrašnju strukturu, funkcije, nadležnosti, ovlašćenja i odgovornost, budžet, kadrovska pitanja (izbor i regrutovanje kadrova, posebne odredbe koje se odnose na imunitet osoblja ako je to potrebno), utvrđivanje odgovornosti i izveštavanje, itd. Pravni osnov bi trebalo, da bude definisan zakonom, a ne podzakonskim aktima ili uredbama Vlade. U pojedinim državama pravni osnov za uspostavljanje tela za zaštitu konkurencije definisan je Ustavom, kao najvišim pravnim aktom.³

➤ Položaj institucije

Posebna institucionalna struktura (agencija ili komisija) ima više nezavisnosti od odeljenja ili jedinica koje postoji unutar institucionalne strukture određenog ministarstva. Na osnovu analize 37 država i tela za zaštitu konkurencije koju je pripremio Sekretarijat OECD-a 2003. godine, više od jedne trećine analiziranih država ima posebnu, nezavisnu instituciju. U 45% slučajeva, telo za zaštitu konkurencije nalazi se u okviru nadležnog ministarstva.

➤ Imenovanje i razrešenje predsednika, odnosno rukovodioca

Faktor koji određuje poziciju tela za zaštitu konkurencije je i način imenovanja predsednika, odnosno rukovodioca tela. Proces imenovanja obično obuhvata nekoliko koraka: preporuka, predlaganje i potvrđivanje. U više od polovine država koje su bile uključene u OECD istraživanje, šef države je uključen u proces imenovanja rukovodioca tela za zaštitu konkurencije, a u tri države i Parlament daje saglasnost na izbor. U drugim državama u proces imenovanja uključena je ili Vlada (25% slučajeva), ili premijer, odnosno nadležni ministar (oko 20%). Imenovanje od strane jedne političke figure (npr. Ministra ili predsednika) ne smatra se dobrom praksom. Mandat predsednika trebalo bi da bude zaštićen zakonom od neosnovanog razrešenja.

➤ Izbor i regrutovanje kadrova

Izbor i imenovanje kadrova trebalo bi da bude zasnovano na objektivnom i transparentnom sistemu i na osnovu zasluga. Zaposleni treba da uživaju odgovarajući nivo sigurnosti posla na svojim pozicijama. Plate treba da odražavaju prirodu i specifičnost posla. Mere za zaštitu od uticaja, pretnji i prinude usmereni protiv zaposlenih ili njihovih porodica trebalo bi da postoje.

3 Optimal Design of a Competition Agency, OECD, 2003, str. 3.

➤ Budžet i fiskalna autonomija

Aдекватno finansiranje tela je od presudnog značaja. Dok puna finansijska nezavisnost ne može da se postigne (u najboljem slučaju budžet će biti usvojen u Skupštini i u mnogim slučajevima pripremljen od strane Vlade), održivo finansiranje mora da bude obezbeđeno i pravni propisi bi trebalo da spreče bezuslovno diskreciono ponašanje izvršne vlasti nad finansiranjem tela za zaštitu konkurencije. Analiza OECD pokazala je da u 60% država koje su razmatrane Parlament je uključen u proceduru donošenja budžeta tela za zaštitu konkurencije. U državama u kojima nije uključen Parlament, odluku donosi ili Vlada (oko 15%) ili ministar (oko 15%). U nekoliko država, tela za zaštitu konkurencije nemaju poseban budžet, a u manje od jedne petine analiziranih država tela za zaštitu konkurencije imaju prihode od izrečenih novčanih kazni zbog povreda konkurencije i taksu.

➤ Odgovornost i transparentnost

Ni jedna državna institucija ne može biti potpuno samostalna i dužna pažnja mora se posvetiti potrebi očuvanja odgovornosti i transparentnosti institucija. Odgovornost i nezavisnost ojačavaju jedna drugu. Praksa mnogih zemalja potvrđuje da je podrška javnost, koja je uslovljena integritetom institucije, od ključnog značaja.

Komisija za zaštitu konkurencije

Srbija se nalazi u malobrojnoj grupi država, koje su još na početku 20. veka usvojile propise kojima su bili regulisani određeni aspekti konkurencije.⁴ Propisi kojima je regulisana oblast konkurencije doneti su i u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca 1922. godine, a zatim i u vreme Jugoslavije (1974. i 1996. godine). Savremeni Zakon o zaštiti konkurencije donet je 2005. godine, a sada je u primeni Zakon iz 2009. godine, koji je izmenjen i dopunjen 2013. godine. Na osnovu Zakona osnovana je 2006. godine Komisija za zaštitu konkurencije. Organi Komisije su Savet i predsednik Komisije, a Stručna služba obavlja poslove iz nadležnosti Komisije.

Institucionalni i zakonodavni kapaciteti za zaštitu konkurencije u Srbiji procenjuju se na godišnjem nivou kroz Izveštaje o napretku Evropske komisije, a UNCTAD (Konferencija UN o trgovini i razvoju) je 2011. godine pripremio *Peer Review* - Izveštaj o stanju zaštite konkurencije u Srbiji.⁵ Izveštaj koji je pripremio UNCTAD je procena na koju država dobrovoljno pristaje i sprovodi se u cilju pružanja pomoći državama u razvoju da usvoje i sprovedu efikasnu politiku zaštite konkurencije, a koja je u skladu sa njihovim potrebama i ekonomskom situacijom. Analiza se priprema u okviru UN seta načela i pravila o konkurenciji, koje je usvojila Generalna skupština UN 1980. godine.

4 Guidebook on Competition Systems, UNCTAD, 2007.

5 UNCTAD voluntary peer review of competition law and policy: Serbia, New York and Geneva, 2011.

Kada je u pitanju instiucionalna organizacija, kao što je već navedeno, Savet je jedan od organa Komisije, koji ima pet članova, i to predsednik Komisije i četiri člana. Savet donosi sve odluke i akte o pitanjima iz nadležnosti Komisije, a predsednik Komisije predstavlja i zastupa Komisiju.

Stručna služba Komisije organizovana je u 7 sektora i to: Sektor za ispitivanje koncentracija, Sektor za utvrđivanje povreda konkurencije, Sektor za međunarodnu i domaću saradnju, Sektor za pravne poslove, Sektor za ekonomske analize, Sektor za materijalno-finansijske poslove i Sektor za normativno-pravne, kadrovske i opšte poslove, a određeni broj radnih mesta sistematizovan je van sektora kao unutrašnjih organizacionih jedinica.

Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji poslova, sistematizovano je 54 radna mesta u Stručnoj službi. Međutim, zbog nedovoljnih finansijskih sredstava, broj zaposlenih je znatno manji, što je utvrđeno kao jedan od značajnih prepreka za ostvarivanje u punoj meri zakonske uloge Komisije. Na predmetima radi 20 zaposlenih, dok preostali zaposleni rade u Sektoru za domaću i međunarodnu saradnju i na zajedničkim poslovima (normativni-pravni, kadrovski, opšti i finansijski poslovi) za potrebe sektora koji se neposredno bave zaštitom konkurencije, odnosno za potrebe Komisije kao celine.

Broj zaposlenih u Komisiji je niži u poređenju sa sličnim institucijama u drugim državama⁶:

Br. ⁷	Država	Broj zaposlenih
1.	Crna Gora	12
2.	Makedonija	25
3.	Bosna i Hercegovina	26
4.	Srbija	28 ⁸
5.	Austrija	32
6.	Albanija	35
7.	Hrvatska	45
8.	Slovačka	60
9.	Mađarska	120
10.	Češka Republika	126
11.	Bugarska	130

6 *Ibid.*

7 Godišnji izveštaj Komisije za zaštitu konkurencije za 2010. godinu; Mediteranean competition bulletin, Level of enforcement of competition regulations in candidate countries for EU Membership, Srđana Petronijević.

8 Sada je 30 zaposlenih u Komisiji za zaštitu konkurencije.

Uporedni pregled broja zaposlenih u telima za zaštitu konkurencije u drugim državama pokazuje da druga nacionalna tela imaju veći broj zaposlenih. Međutim, prilikom poređenja treba imati na umu i nadležnost pojedinih tela, stepen razvoja ekonomije, kao i veličinu države. Pojedina tela za zaštitu konkurencije obavljaju i poslove zaštite potrošača, državne pomoći ili kontrole javnih nabavki. Tako, na primer austrijsko telo od ukupno 32 zaposlena, ima 24 obrađivača predmeta; češko telo za zaštitu konkurencije bavi se i poslovima kontrole javnih nabavki i državne pomoći i od 126 ukupno zaposlenih, 50 se bavi zaštitom konkurencije, a 28 je obrađivača predmeta, itd.

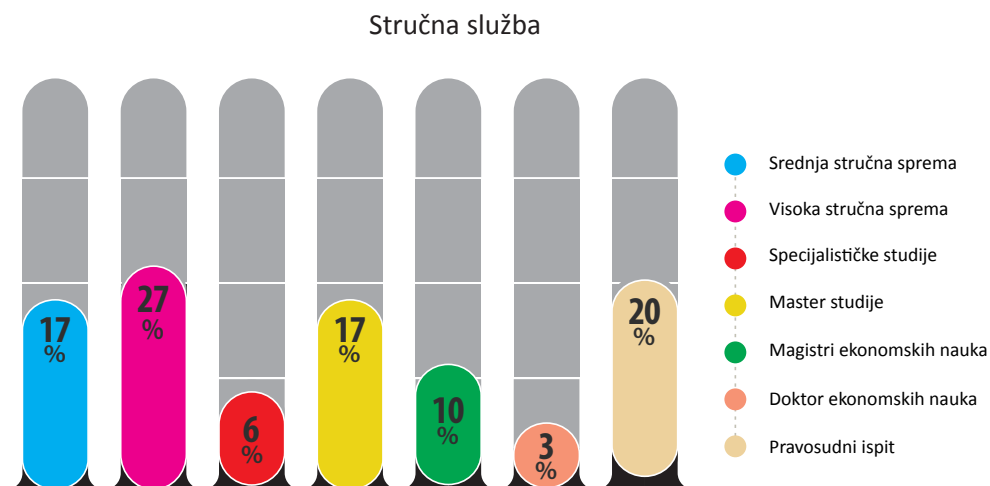
Pored broja zaposlenih, neophodno je uporediti i broj predmeta koje tela za zaštitu konkurencije u regionu obrađuju na godišnjem nivou. Prema podacima iz izveštaja o radu ovih tela za 2012. godinu, proizlazi da jedino Agencija u Hrvatskoj ima veći obim posla u oblasti restriktivnih sporazuma i zlupotrebe dominantnog položaja, što takođe ukazuje na potrebu povećanja broja zaposlenih u Komisiji za zaštitu konkurencije, ali i smanjenje administrativnog tereta odobravanjem velikog broja koncentracija zbog nisko postavljenog praga.

Godina 2012	Srbija	Bosna i Hercegovina	Hrvatska	Makedonija	Crna Gora
Ispitivanje koncentracija	105	15	5	23	10
Postupci za utvrđivanje restriktivnih sporazuma	11	12	5 ⁹	2	/
Postupci za utvrđivanje zlupotrebe dominantnog položaja	9	4	51	9	3

Kad je u pitanju sudska kontrola rešenja Komisije, Upravni sud je u 2013. godini donio šest odluka o rešenjima Komisije. U četiri predmeta Upravni sud je poništio rešenje Komisije, a u dva predmeta je tužba odbijena. Vrhovni kasacioni sud je u 2013. godini odlučivao u sedam predmeta zaštite konkurencije. U četiri predmeta Komisija je izjavila zahtev za preispitivanje presude Upravnog suda, a Vrhovni kasacioni sud je u dva predmeta uvažio zahtev Komisije i ukinuo presudu Upravnog suda. Sudska kontrola predstavlja značajan segment politike zaštite konkurencije, koji je neophodan kao garancija pravne sigurnosti za učesnike na tržištu.

9 U ovaj broj nisu uključena prethodna ispitivanja koja je Agencija sprovodila na osnovu podnetih inicijativa.

Analiza obrazovne strukture zaposlenih pokazuje da 25 zaposlenih imaju visoku stručnu spremu, a 5 zaposlenih su sa srednjom stručnom spremom. Od zaposlenih sa visokom stručnom spremom 1 zaposleni ima doktorat nauka iz oblasti ekonomije, 3 zaposlena su magistari ekonomskih nauka, 2 zaposlena imaju završene specijalističke studije u oblasti prava, 5 zaposlenih imaju završene master studije, a 6 zaposlenih imaju položen pravosudni ispit.



Imajući u vidu da su organi Komisije Savet i predsednik, a da je njihova nadležnost da donose odluke i akte, jedna od preporuka upućenih Komisiji je i da predsednik Komisije i članovi Saveta budu angažovani puno radno vreme, kako bi u punoj meri mogli da se posvete radu Komisije.¹⁰

U skladu sa odredbama Zakona, Komisija sprovodi politiku zapošljavanja i izvršenja budžeta. Izvršenje budžeta Komisije u nadležnosti je organa Komisije, ali se ono odvija samo u okvirima godišnjeg finansijskog plana, na koji saglasnost daje Vlada Republike Srbije. Ista napomena može se dati i za politiku zapošljavanja, s obzirom da planirani broj novih izvršilaca čini sastavni deo finansijskog plana Komisije, a kalkulacija njihovih primanja čini sastavni deo planiranih rashoda u okviru finansijskog plana. U slučaju dobijanja zatražene saglasnosti, u ostvarenju finansijskog plana, a tako i politike zapošljavanja u okviru tog plana, organi Komisije su samostalni.

Komisija za zaštitu konkurencije je jedino telo za zaštitu konkurencije u regionu, koje se finansira iz prihoda koje ostvari obavljanjem poslova, a naročito iz taksi koje se plaćaju u skladu sa Zakonom o zaštiti konkurencije. Uspostavljanje ovakvog načina finansiranja komisije utiče na utvrđivanje visokih taksi, naročito u procesu

¹⁰ UNCTAD voluntary peer review, str. 42.

kontrola koncentracija, kao i postavljanje niskih pragova za obaveznu prijavu koncentracija. Ispitivanje i odobravanje velikog broja koncentracija predstavlja administrativni teret za Komisiju, koji angažuje njene ljudske resurse, koji bi mogli da se bave restriktivnim sporazumima i zloupotrebama dominantnog položaja.

Kako bi se obezbedila efikasnost rada Komisije i jačanje njenog integriteta, potrebno je obezbediti odgovarajuće finansiranje Komisije. Budžet prikupljen u procesu kontrole koncentracija u državama članicama EU predstavlja od 20% do 25% njihovih ukupnih prihoda.¹¹ UNCTAD Izveštaj predlaže dve mere za obezbeđenje održivog finansiranja Komisije:¹² obezbeđivanje dovoljno sredstava u budžetu Republike Srbije, kao i za druge državne institucije; ili usvajanje propisa koji će omogućiti da Komisija dobija deo prihoda koje prikupe regulatorna tela.

Takse koje naplaćuje Komisija za zaštitu konkurencije najviše su u regionu:

Država ¹³	Visina takse
Slovenija	Taksa prilikom podnošenja prijave 850 evra
Bosna i Hercegovina	Taksa prilikom podnošenja prijave 1.000 evra Odobranje u skraćenom postupku 1.250 evra Odobranje u ispitnom postupku 12.500 evra
Hrvatska	Odobranje u skraćenom postupku 1.400 evra Odobranje u ispitnom postupku 20.000 evra
Makedonija	Taksa prilikom podnošenja prijave 100 evra Odobranje 500 evra
Crna Gora	Nema takse
Srbija	Odobranje u skraćenom postupku 25.000 evra Odobranje u ispitnom postupku 50.000 evra

11 UNCTAD voluntary peer review, str. 81.

12 UNCTAD voluntary peer review, str. 80-83.

13 *Mediterranean competition bulletin, Level of enforcement of competition regulations in candidate countries for EU Membership*, Srdjana Petronijević, str. 38

Javno tužilaštvo

Od Republičkog javnog tužilaštva smo dobili odgovor da nema predmeta u kojima je pokrenut i vođen postupak za zloupotrebu monopolskog položaja, član 232. Krivičnog zakonika RS. Kako bismo ustanovili koji su razlozi za nepostojanje tužilačke i sudske prakse u ovoj oblasti, analizirali smo uporedna zakonodavstva i prasku.

Sankcijski dualizam, odnosno paralelno postojanje krivičnih sankcija i mera predviđenih Zakonom o zaštiti konkurencije, postoji u nacionalnom zakonodavstvu pojedinih država članica EU: Velika Britanija, Nemačka, Francuska, Slovenija, itd.

U Evropskoj uniji se posebno posle donošenja Lisabonskog ugovora pokrenula diskusija o uvođenju krivičnih sankcija na nivou Evropske unije u oblasti zaštite konkurencije. Jedan od predloga bio je i da Evropski javni tužilac bude nadležan za dogovor o raspodeli tendera (*bid-rigging*).

U stručnoj javnosti vodi se rasprava o potrebi postojanja sankcijskog dualizma. Kao razlog protiv postojanja krivičnih sankcija u oblasti zaštite konkurencije navodi se činjenica da se krivične sankcije veoma retko izriču u državama članicama EU u kojima postoji sankcijski dualizam. Na primer u Irskoj, su u periodu od 2002-2008. godine u samo tri predmeta izrečene krivične sankcije i to uslovne osude.¹⁴ i u Francuskoj se krivične sankcije, takođe veoma retko izriču.¹⁵

Navedeni primeri podstiču pitanje da li su krivične sankcije efektivne ukoliko se retko primenjuju u praksi. Iskustvo ukazuje da primena krivičnih sankcija i krivičnog prava za povrede konkurencije može naići na značajne prepreke. Često se navodi primer Velike Britanije, gde postoji krivično delo za zabranjene sporazume (kartele) više od deset godina, a imali su samo jedan uspešan predmet. Kancelarija za pravično poslovanje (*Office of Fair Trading*)¹⁶ se 2010. godine suočila sa teškoćama i nije uspela u predmetu *BA/Virgin Passenger Fuel Surcharges*, što u debatama predstavlja primer kompleksnosti ove vrste predmeta i dokazivanja povreda konkurencije u krivičnom postupku. Kako bi unapredila rezultate rada Kancelarija od tada sprovodi mere na jačanju kapaciteta za sprovođenje krivičnih istraga i zapošljava iskusne istražitelje. Takođe, ostaje da se vidi da li će izmena normativnog okvira, koja je stupila na snagu 1. aprila 2014. godine, uticati na lakše dokazivanje ovog krivičnog dela. Naime, Kancelarija je zagovarala izmenu ovog krivičnog dela i uklanjanje iz odredbe zakona zahteva da se dokaže „nepoštenu nameru“.

U razgovorima sa javnim tužiocima utvrđeno je da je i u Srbiji potrebno izmeniti

14 Keith Jones, Farin Harrison, Criminal Sanctions: An overview of EU and national case law, e-Competitions N° 64713, www.concurrences.com str 10.

15 *Idem*.

16 Prestala je da postoji 1.aprila 2014., a deo nadležnosti koji se odnosio na zaštitu konkurencije, prešao je na Komisiju za konkurenciju i tržište (Competition and Markets Authority).

normativni okvir, odnosno član 232. Krivičnog zakonika kako bi se olakšala njegova primena i dokazivanje, kao i da bi se usaglasio sa zahtevima tržišne privrede. Pored toga potrebno je ojačati kapaciteta javnog tužilaštva u oblasti ekonomije i konkurencije, i to kroz dodatne obuke samih tužilaca i zamenika, specijalizaciju u većim javnim tužilaštvima (npr. koja imaju više od 15 zamenika) i angažovanje ekonomskih stručnjaka koji bi bili na raspolaganju javnim tužiocima (može se iskoristi već planirano uvođenje ekonomskih forenzičara).

Upravni sud

Protiv konačnog rešenja Komisije može se podneti tužba sudu u roku od 30 dana od dana dostavljanja rešenja stranci, po kojoj odlučuje Upravni sud.

Upravni sud je Zakonom o uređenju sudova, osnovan kao sud posebne nadležnosti sa sedištem u Beogradu i tri odeljenja izvan sedišta suda, koji je počeo sa radom 1. januara 2010. godine.

Raspodela predmeta po Odeljenjima Upravnog suda vrši se prema područjima na kojima vrše nadležnost u skladu sa Zakonom o sedištima i područjima sudova i javnih tužilaštva.

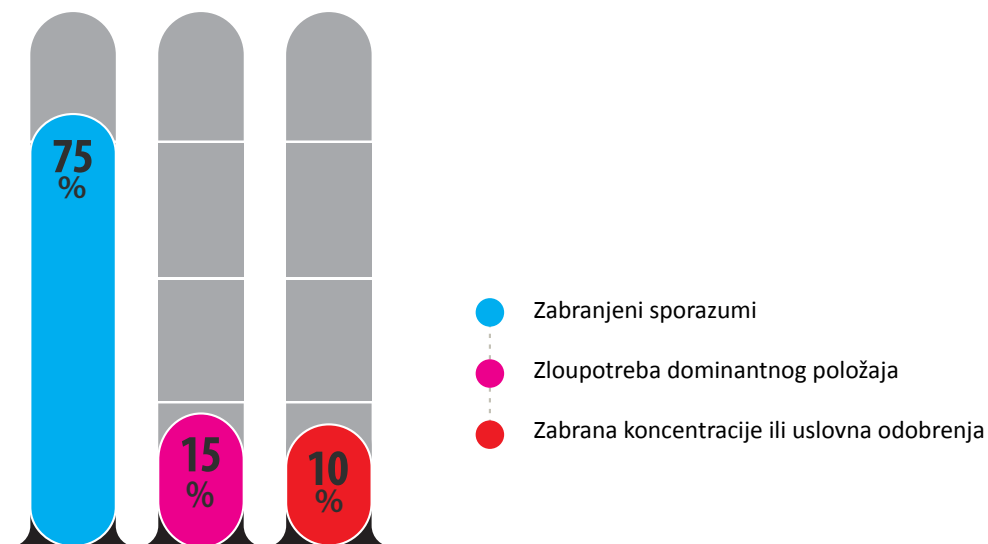
U cilju obezbeđivanja podjednake opterećenosti svih sudija, novoprimljeni predmeti u svim materijama razvrstavaju se po hitnosti, vrsti postupka, odnosno pravnoj oblasti, a zatim raspoređuju metodom slučajnog određivanja sudije u skladu sa utvrđenim Godišnjim rasporedom poslova Upravnog suda. Predmeti se raspoređuju primenom poslovnog softvera za upravljanje predmetima (SAPS – program za elektronsko vođenje podataka, obradu teksta, vođenje svih vrsta evidencija), s tim što se prvo raspoređuje grupa novoprimljenih predmeta, a zatim predmeti prispeleli u sud na drugi način.

Upravni sud nema specijalizovana veća za postupanje u određenim materijama. U Upravnom sudu ima 41 sudija (nepopunjeno je 5 sudijskih mesta) i 46 sudijskih pomoćnika. Administrativnog osoblja (upisničara, zapsničara, daktilografa, ekspeditor pošte, prijemna služba, kuriri, administrativno tehnički poslovi u pisarnici) ima 68, u upravi je zaposleno 6 lica, a pomoćnog osoblja ima 9 (sekretarica, finansijsko osoblje, vozač, obezbeđenje).

U postupku pred Upravnim sudom, zakonitost rešenja Komisije ispituje se po pravilima Zakona o upravnim sporovima. Ako sud utvrdi da je osporeno rešenje Komisije nezakonito samo u delu koji se odnosi na visinu novčanog iznosa određene upravne mere, po pravilu će presudom preinačiti osporeno rešenje u tom delu, pod uslovima propisanim zakonom kojim se uređuju upravni sporovi.

Konkurencija je zastupljena samo u 0,03% ukupnog broja predmeta u Upravnom sudu, javne nabavke u 0,47%, a nelojalna konkurencija sa 0,005%. I kada bi postojala specijalizovana veća za postupanje u određenim materijama, tako mali broj predmeta u ovim oblastima ne bi mogao da opravda postojanje specijalizovanog veća za oblast konkurencije. Međutim i u Izveštaju Evropske komisije o napretku Srbije ističe se potreba da se ojačaju kapaciteti pravosuđa za ocenjivanje složenih sluča-

Struktura predmeta



jeva konkurencije.¹⁷

Kada je u pitanju struktura predmeta u oblasti konkurencije zabranjeni sporazumi su predmet spora u 71 slučaju, zloupotreba dominantnog položaja u 14 predmeta, a zabranjene koncentracije ili uslovna odobrenja u 9 predmeta.

Prema podacima dobijenim od Upravnog suda, Upravni sud je vratio Komisiji na ponovno odlučivanje 26 rešenja, a 31 rešenje je potvrđeno.

¹⁷ Izveštaj o napretku Srbije za 2013.godinu, str. 30.

Preporuke

Komisija za zaštitu konkurencije	Rok
Analiza kadrovskih potreba Komisije	kratkoročni
Analiza organizacione strukture Komisije	kratkoročni
Jačanje ljudskih kapaciteta Komisije, povećanjem broja zaposlenih u skladu sa rezultatima analiza	srednjoročni
Uspostavljanje održivog sistema finansiranja, nezavisnog od visine naplaćenih taksi za koncentracije	srednjoročni
Analiza potrebe proširenja nadležnosti Komisije i na oblast državnih pomoći	srednjoročni
Unapređenje koordinacije sa drugim institucijama koje su angažovane u oblasti zaštite konkurencije organizovanjem redovnih koordinacionih sastanaka kojima će predsedavati Komisija	kratkoročni
Priprema Plana komunikacije kojim će se predvideti aktivnosi podizanja svesti građana o potrebi zaštite konkurencije	kratkoročni

Pravosuđe	Rok
Unapređenje kapaciteta pravosuđa da postupa u predmetima zaštite konkurencije, kako javnog tužilaštva da goni za krivično delo <i>zloupotrebe monopolskog položaja</i> , tako i Upravnog suda da preispituje rešenja Komisije	kontinuirano
Programski savet Pravosudne akademije uključuje u program stalne obuke zaštitu konkurencije, kao i u program početke obuke	kratkoročni
Izmena normativnog okvira – izmena člana 232. Krivičnog zakonika kako bi se uskladio sa savremenim tendencijama u EU i potrebama tržišne privrede	srednjoročni
Specijalizacija	srednjoročni

ZAŠTO JE POTREBNA POLITIKA KONKURENCIJE?

Uvod

Politika konkurencije kako je danas poznajemo relativno je nova pojava, usled obima i sistematičnosti. Ali neki njeni elementi poznati su bar od antičkih vremena. Vlasti su ponekad pokušavale da ograniče zaradu trgovaca, posebno ako su bili stranci ili su jedini imali neku robu. Kažnjavalo se i ometanje trgovine i izazivanje veštačkih nestašica. U sećanju je i regulacija srednjevekovnih gildi, mada jedva da ima zemlje ili teritorije koja u antici i srednjem veku nije pokušavala da reguliše osetljiva pitanja trgovine, uključujući konkurenciju. I pored bogate istorije u ovoj oblasti, kao datum rađanja moderne i obuhvatnije politike konkurencije važe kanadski zakon o prevenciji ograničavanja trgovine 1889. i američki **Šermenov zakon (Sherman Act)** iz 1890. Od tada do danas razvila su se dva najveća korpusa regulacije konkurencije – zakoni protiv trustova (*antitrust law*) u SAD i pravo konkurencije (*competition law*) u zemljama Evropske unije.

Da li to znači da su ljudi do nastanka moderne teorije patili usled nedostatka konkurencije? Po teoriji svakako ne, jer ona pretpostavlja postojanje savršene konkurencije.¹ Savršena konkurencija je naravno idealizacija kakva postoji samo u teoriji. U praksi je previše barijera koje ometaju, ograničavaju ili isključuju konkurenciju. Tako odgovor na gore postavljeno pitanje u prošlosti manje je zavisio od regulacije, mada je i nje nešto bilo, a više od prirode trgovine i privredne aktivnosti u nekoj zemlji ili na nekoj teritoriji. Tamo gde je trgovina bila slobodna, robe su cirkulisale bez prepreka i nije bilo problema sa stvarima koje obično prate pomanjkanje konkurencije, kao što su visoke cene, slab kvalitet ili sužena sloboda izbora. Ali, trgovina je samo u retkim slučajevima bila potpuno slobodna. Jedina velika zemlja u XIX veku koja je praktikovala potpunu slobodu trgovine bila je Velika Britanija. Od tada, nije se do danas pojavila ni jedna veća zemlja u svetu sa potpuno slobodnom trgovinom. Trgovina danas jeste slobodnija nego što je bila u većini XX veka, ali je daleko od toga da je slobodna, uprkos tome što je poslednjih decenija prošla nekoliko talasa liberalizacije unutar i izvan GATT i STO².

1 Up. Slot / Johnston, 2006.

2 General Agreement on Tariffs and Trade (Opšti sporazum o carinama i trgovini) i Svetska trgovinska organizacija.

Država kao krivac ...

Ogromna većina zemalja u prošlosti nametala je trgovini i privrednoj aktivnosti brojna ograničenja. Kraljevi i drugi vladari su za sebe zadržavali isključivo pravo na uvoz nekih vrlo potrebnih i traženih roba, kao što su so, začini, šećer, duvan i drugo. Ili su nekim svojim prijateljima ustupali isključiva prava na uvoz i izvoz nekih roba. Zanimljivo je da su jedni dobijali privilegije za poslovanje i trgovinu, dok su drugi kažnjavani ako ometaju trgovinu ili izazivaju nestašice.

Oni koji bi od vladara dobili trgovinske privilegije po pravilu su bili jedini uvoznici te robe (sem šverca koji je uvek postojao), pa su mogli diktirati uslove snabdevanja, kao što su kvalitet, cena ili uslovi isporuke i plaćanja. Praktično, uvoznici su bili monopolisti, a svaki monopolista ima ugodan položaj jer je lišen konkurencije, i jer ima mogućnost da prodaje po višim cenama, nego da ima konkurencije. Ta razlika između zarade koju ima tada i niže zarade koju bi imao da postoji normalna konkurencija naziva se monopolska renta. Ona je mogla ići i do nekoliko stotina procenata u odnosu na nabavnu cenu neke robe. Naravno da je to bilo izuzetno povoljno za samog privilegovanog uvoznika, koji je na miru mogao da se bogati, kao i da je bilo vrlo nepovoljno za kupce, koji su bili suočeni sa paprenim cenama.

Danas je uveliko zaboravljeno da su u mnogim oblastima privredne aktivnosti stvari vezane za konkurenciju funkcionisale i bez mešanja države. Čak i u nekim oblastima pružanja usluga koji se smatraju tzv. prirodnim monopolima, kao što su npr. telefonske usluge, tržište je dobro funkcionisalo dok se u taj posao nije umešala država. Lokalne i regionalne telefonske kompanije u SAD su se međusobno dogovarale kako da povežu svoje mreže i sve je išlo dobro dok država nije ovlasila jednog operatera da diktira uslove interkonekcije, tj. povezivanja mreža. Ubrzo je taj operater postao monopolista, a taj monopol će uz pomoć antimonopolske politike, koja je u međuvremenu doneta, tek nekoliko decenija kasnije biti prinuđen da se podeli u više privatnih kompanija. Uglavnom su monopoli rezultat nesrećnog uplitanja države u privredna pitanja, a samo manjim delom su tzv. tehnološki monopoli ili monopoli gde je u pitanju posebno visoka efikasnost neke firme ili slučajni sticaj prilika.

Tehnološki monopoli nastaju kada neka firma napravi inovaciju, pa je onda ona jedina koja ima neki proizvod. Tako je *Polaroid* jedno vreme jedini imao instant aparat, koji je trenutno pravio slike. Njegovo zlatno doba je bilo dok klasične filmove za fotoaparate nije zamenio digitalni fotoaparat. Protiv tehnoloških monopola bilo bi pogrešno koristiti instrumente politike konkurencije, jer bi se time samo kočio tehnološki progres. Sa promenom tehnologije obično nestaje i monopol prethodnog inovatora i firme koja je ekskluzivno lansirala neki proizvod. Time se i slučaj tog monopola razrešava sam od sebe. Pored teničkih monopola, državne regulacije treba poštediti i firme u granama gde je ulaz slobodan, a koje su postale dominantne zahvaljujući svojoj efikasnosti. Obično takve firme imaju normalnu tarifnu politiku, jer ako bi diktirale visoke cene, to bi bio povod i za druge firme da uđu na tržište, kako bi došle do zarade.

... i država kao spasilac

Ako se izuzmu tehnički monopoli i posebno efikasne firme, u osnovi je država ta koja stvara monopoliste, a koja se onda pojavljuje sa antimonopolskom politikom da bi rešila problem koji je prethodno napravila. To bi se moglo nazvati i pokušajem da se ispravi sopstvena, „državna greška“. Naravno, košta i greška i njeno ispravljanje. Ispravka obično donosi izvesno poboljšanje u odnosu na samu grešku. A ponekad je ispravka gora i skuplja od greške.

Ako je to tako, s pravom se može pitati, zašto postoji politika konkurencije ili anti-monopolska politika? Najkraće objašnjenje je da ona postoji zbog obe strane – i političara i birača. Pošto država voljom političara napravi grešku mešajući su u neko pitanje i proizvede monopolistu, pošto se vide loše posledice po građane usled postojanja monopoliste, političari se pojavljuju ponovo, ali sada da bi navodno rešili problem. To se obično radi izvesnim ograničavanjem poslovanja monopoliste. Kada se političari mešaju u neko pitanje, oni to opravdavaju rešavanjem određenog problema. Ali njihov pravi motiv, kako to pokazuje *public choice* literatura, jeste zadbijanje uticaja na nekom polju, tj. mogućnost da utiču na ono što se na njemu događa. Političari s jedne strane dobijaju mogućnost da utiču na poslovanje firme, a s druge strane da pridobijaju naklonost birača, jer navodno deluju u njihovom interesu, time što „rešavaju“ pitanja monopola. Kao što je ranije pomenuto, to mešanje političara u ispravljanje državne greške može biti korisno. Naravno, do tada svi uglavnom i zaborave da je država i kreirala tu grešku.

Kakva su tačno poboljšanja u pitanju obzirom na građane kao potrošače? Uglavnom bi se moglo govoriti o tri poboljšanja – niže cene, bolji kvalitet i veća sloboda izbora. Ta poboljšanja ne moraju nastupiti sva tri zajedno, ali je neophodno da nastupi bar jedno, kako bi moglo da se govori o poboljšanju. Ukratko o svakom od njih.

Cena

Najpre o cenama. Kada postoji monopolista, on ima monopolsku rentu što, drugim rečima, znači da on može da diktira više cene nego što bi to mogao da kojim slučajem nije monopolista. Te više cene mogu biti više od samo nekoliko procenata pa do čak nekoliko stotina procenata. Monopolista na osnovu viših cena povećava zaradu, dok potrošač plaća više nego što bi inače. Potrošač je prinuđen da plati traženu cenu, ako želi da dođe do te robe ili usluge. On jednostavno nema alternativu. Ili će platiti ili neće doći do onoga što želi i što mu je potrebno.

Situacija za potrošača se menja ako tu robu ili uslugu nude i druge firme. Situacija je bolja, samo ako se sve firme ne dogovore da određenu robu ili uslugu prodaju po istim cenama kao što bi to radio i monopolista. Ako se dogovore, onda razlike i nema. Zato je uklanjanje i suzbijanje kartela među proizvođačima i ponuđačima

uvek prva tačka svake antimonopolske politike. Ali, ako sa pojavom više firmi nema dogovora o cenama ili podeli tržišta, onda su ponuđači i proizvođači u drugačijem položaju. Oni moraju da se međusobno takmiče za naklonost kupaca.

To takmičenje znači da oni moraju ponuditi neke pogodnosti, kako bi kupce privukli da kupuju upravo kod njih, a ne kod konkurenata. Koje su to pogodnosti? Manje više, većina tih pogodnosti su pre svega vezane za cenu. Najpre za cenu kao takvu, a onda za uslove plaćanja, način plaćanja, itd. Niža cena je uvek velika pogodnost i svi – bili bogatiji ili siromašniji – težiće da kupuju tamo gde je jeftinije. Samo bolje stojeći kupci mogu zanemariti da li u pitanju ponuđač sa nižom ili višom cenom. To posebno važi u slučajevima kada je potrebno obići više radnji da bi se ustanovilo gde su cene više, a gde niže. Bogatiji kupci više vrednuju svoje slobodno vreme nego siromašniji, pa zato obično manje tragaju za najjeftinijim prodavcem neke robe. Ali, to je druga tema. Suština je da konkurencija donosi niže cene za svakog kupca, svejedno da li će on priliku iskoristiti ili neće.

Kada konkurencija nije ograničena nekom državnom regulacijom, onda se u nekoj aktivnosti mogu pojaviti i nove firme. Recimo, ako procenjuju da postojeći proizvođači i trgovci nisu dovoljno efikasni ili jeftini, pojedinci mogu pokrenuti nove firme ili se nove firme mogu pojaviti iz inostranstva, da bi došli do zarade. Tako nove firme mogu da ponude još niže cene i da izvrše pritisak na postojeće prodavce da ih slede, tj. da i oni obore cene. U krajnjoj liniji među prodavcima može da nastane trka u obaranju cena, što je svakako blagotvorno za potrošače. Trgovci naravno ne smeju sebe oterati u gubitak. Oni moraju moći da pokriju nabavnu cenu proizvoda i troškove prodaje, a da pri tom osiguraju bar neku malu zaradu za sebe. Cilj antimonopolske politike je upravo to, da zarada trgovca bude razumno niska, jer to znači da je dobit kupca maksimalna.

Kvalitet

Sa kvalitetom je slično kao i sa cenama. Ako postoji jedan monopolista, on neće mnogo brinuti o kvalitetu onoga što nudi. Prosto, kupac nema izbor. Ili će kupiti neki proizvod, kakav je takav je, ili će ostati bez njega. Pri odsustvu konkurencije ponuđač nema nikakav motiv da brine o kvalitetu svog proizvoda, jer potrošači nemaju alternativu. Obarajući kvalitet svojih proizvoda ponuđač, naravno, može dodatno da zaradi, a da trošak lošeg proizvoda prevali na potrošača.

Zato je za potrošače postojanje monopoliste vrlo loša vest. Ako proizvod ne kupi, potrošač trpi štetu jer neće imati nešto što mu je potrebno. Ako kupi proizvod lošeg kvaliteta, on će kraće trajati, češće se kvariti (popravke iziskuju nove izdatke) ili loše funkcionisati. Tako je loš kvalitet često samo drugi izraz za više troškove, a to znači i višu cenu.

Situacija za potrošače se popravlja tek ako se pojave konkurenti do tada jedinom ponuđaču. Tek sa njihovom pojavom ponuđač stiže motiv da brine o kvalitetu svoje ponude. Dok se ne pojavi konkurencija, ponuđač se može snabdevati proizvodima vrlo lošeg kvaliteta, a prodavati ih kao da su visoko kvalitetni. Sa pojavom konkurencije on mora da prilagodi cene kvalitetu. A sa jačanjem konkurencije, ponuđač mora dalje da poboljšava kvalitet svoje ponude. Pri istoj ceni, svako će hteti da kupi kvalitetniji proizvod. Zato konkurencija donosi trku u kvalitetu, što je pored trke za najpovoljnije cene, druga velika pogodnost za potrošače. Naravno, konkurencija pojačava i specijalizaciju, usled čega se pojačava proces inovacija, što takođe koristi potrošačima. Za potrošača je po pravilu najbolje kada proizvod kupuje od onoga ko je najbolji u specijalizaciji i korišćenju svoje komparativne prednosti.

Sloboda izbora

U situaciji kada postoji jedan monopolista nema mogućnosti izbora, pa ni *slobode* izbora. Pojedinaac može samo da bira da li da neku robu ili uslugu kupi ili ne. Sloboda izbora podrazumeva mogućnost biranja između dve ili više opcija, u ovom slučaju opcija u kupovini neke robe ili usluge. Najmanji broj opcija koji mora postojati su dve da bi bilo slobode izbora. Ali i tada se te dve firme mogu dogovoriti o cenama ili podeli tržišta. Što je manji broj opcija sloboda izbora je skućenija, a što je opcija više ona je bogatija. Sloboda izbora nije jedini, ali je najvažniji elemenat suvereniteta kupca. Kupac glasa koristeći slobodu izbora. Ako postoji samo jedan monopolista, kupčevo izjašnjavanje liči na glasanje u jednopartijskom sistemu. Može biti i više kandidata, ali svi oni pripadaju istoj partiji, pa su u tom smislu svi isti, kao i kod monopolske robe. Kada ima više ponuđača, to liči na uslove pravog višepartijskog sistema, kupac (birač) može slobodno da se opredeli za bilo koju robu (stranku). Nema garancije da će kupac postupiti dobro čak i kada je vrlo velika sloboda izbora. Kada pogreši čovek kao kupac, on sam snosi posledice svoje greške, a kada pogreši čovek kao birač, posledice trpe svi. Ali, to je druga tema. Ono što je ovde važno tiče se potrebe da pojedinac sam pravi izbor, makar i grešio u tome. Pojedinaac će povremeno grešiti, ali će i učiti kako da izbegne greške. A ako bi imao tutora, da bi izbegao greške, on će možda izbeći neke greške, ali nikada ne bi mogao da bira po svojoj volji i da unapredi svoje sposobnosti sa jedne, ili da bude slobodan sa druge strane. Sem toga, ni tutori nisu nepogrešivi.

Sloboda izbora je mehanizam uz pomoć koga kupac pritiska prodavca i tera ga da misli o kupčevoj volji i preferenciji. Samo ako baš taj prodavac bude izbor određenog kupca, prodavac će imati priliku da nešto proda i time zaradi. Gde će se kupac odlučiti da kupi zavisi od mnogo stvari, čak i ako su cena i kvalitet neke robe isti u raznim radnjama. Neki prodavac je vrlo ljubazan, sasluša kupca, posavetuje ga, prihvata da zameni robu, dok je drugi njegova suprotnost. Neke radnje su dobro snabdevene, druge nisu. U nekim radnjama roba je lepo složena, u drugim je nabaca-

na. Neka radnja ima parking, druga nema. Ima, dakle, mnogo stvari mimo osnovnih svojstava neke robe koji kupca opredeljuju oko toga gde će se odlučiti da napravi transakciju.

Osnovni elementi politike konkurencije

Razvoj moderne politike konkurencije započeo je, paradoksalano, na severno-američkom kontinentu, iako je Evropa u to vreme imala više tradicionalne antimonopolske regulative. U Evropi je moderna antimonopolska politika uhvatila korena između dva svetska rata. Posle II Svetskog rata Evropska zajednica (od 1992. Evropska unija) počela je da preuzima ključni deo antimonopolskih politika iz zemalja-članica, a od sredine 1980-ih ih je i preuzela. Nacionalne antimonopolske politike nisu nestale, ali su postale od sekundarnog značaja. One se bave politikom konkurencije na nacionalnom nivou, tj. onim što preostane posle primene evropske regulative. Posla za nacionalne politike ima mnogo, iako se to često ne vidi, jer slučajevi na nacionalnom nivou ne dobijaju sve-evropski publicitet, što je praksa sa primenom EU regulative.

Osnovni cilj politike konkurencije EU jeste predupređivanje poremećaja na tržištu koji proizlaze iz monopola i nekih oblika državne pomoći, usled čega ona na jednoj strani povećava efikasnost privređivanja, a na drugoj omogućava potrošačima veću slobodu izbora, kvalitetnije proizvode i niže cene. Politika konkurencije nacionalnih država obično se odnosi na najveći deo usluga i na sve one poslovne operacije koje prvenstveno imaju lokalne dimenzije i značaj. Te operacije po pravilu obavljaju manje firme, koje na tržištu ne mogu imati tako veliko učešće da bi došle u nadležnost antimonopolske politike Unije. Na udaru antimonopolske politike EU uglavnom su velike firme i međunarodni giganti. Međutim, oni su, po pravilu, nosioci privredne aktivnosti i promoteri novih tehnologija, pošto su dobro uklopljeni u međunarodnu podelu rada. Zato politika konkurencije mora da balansira između suprotstavljenih zahteva. Velike firme nisu samo potencijalni ili stvarni monopolisti, nego i nosioci razvoja. Regulacija i kaznena politika vezani za politiku konkurencije ne bi smeli da sputavaju tehnološki i ekonomski razvoj.

Regulacija politike konkurencije obavezna je za sve članice Evropske unije što ova rešenja čini dominantnim širom evropskog kontinenta. Evropska regulacija odnosi se, praktično, na četiri tipa aktivnosti ili praksi u poslovanju, koji su ili zabranjeni ili značajno ograničeni, i to su:

- 1) Ograničavanje ili zabrana poslovnih sporazuma među nezavisnim firmama kojima se narušava konkurencija i funkcionisanje jedinstvenog tržišta. To se može činiti na više načina, kao što su stvaranje kartela, dogovori o cenama i podeli tržišta, ograničavanje ulaganja i proizvodnih kapaciteta da bi mogla da se diktira viša cena, itd. Akti koje regulacija zabranjuje po ovoj tački spadaju u najkorišćenije oblike tržišnih zloupotreba.

- 2) Zabranjena je i zloupotreba dominantnog položaja na tržištu koja remeti trgovinu među zemljama članicama EU. Da bi došla pod udar ove odredbe, firma mora ispuniti sva tri uslova. Da ima dominantni položaj, da ga zloupotrebljava i da prve dve stvari štete potrošačima i remete trgovinu među zemljama-članicama. Dakle, firma može imati dominantan položaj, a da ima normalnu maržu i profit i da time ne remeti trgovinu među zemljama i ne šteti potrošačima.
- 3) Zabranjeni su i određeni oblici spajanja firmi i uzajamne kupovine firmi. Ovo u praksi važi samo za velike firme, po pravilu one koje imaju veliko tržišno učešće i godišnji prihod u desetina milijardi evra. Naravno, zakonski limiti su postavljeni dosta niže (pet milijardi evra), jer dominantne firme u nekim granama ne moraju imati enormne promete, kao što ih imaju firme u duvanskoj, naftnoj ili nekoj drugoj propulzivnoj industriji.
- 4) Zabranjeni su i određeni oblici državne pomoći. U osnovi su dozvoljeni regionalna i horizontalna pomoć (obuke i treninzi, naučno-tehnološki parkovi), a zabranjena je tzv. vertikalna pomoć, što je slučaj kada država daje pomoć tačno određenoj firmi. Za razliku od prethodne tri koje su okrenute potrošačima, ova odredba je više okrenuta prema firmama. Firma koja dobije državnu pomoć stiče prednost u odnosu na rivale, pošto time stiče dodatne resurse u odnosu na ono što je u stanju da zaradi na tržištu. Dugom i sistematičnom akcijom EU je na ovom polju zabeležila dobre rezultate, jer je pomoć zemalja-članica privredi pala sa 2-4% 1980-ih na 0,5% u proseku za čitavu Uniju³.

Naravno, gde god ima pravila postoje i izuzeci, pa ima izuzetaka od ograničenja i zabrana vezanih za prethodne četiri tačke, ali ovde o tome neće biti reči, jer se to može naći na drugom mestu.⁴ Pored toga, pravila je teško međusobno uskladiti. Recimo, postavlja se pitanje čemu služi tačka tri, kojom se sprečavaju spajanja i kupovina firmi, čime se opet predupređuje nastanak tzv. dominantnih firmi, ako su prema tački 2) moguće dominantne firme koje ne zloupotrebljavaju svoj položaj ili to čine tako da to ne remeti trgovinu među zemljama-članicama.

Postoje i druga, još načelnija pitanja koja su vezana za smisao postojanja politike konkurencije. Najozbiljnije je svakako ono koje je u celini dovodi u pitanje. Na primer, ako je konkurencija u nekoj zemlji problem, zar nije najbolja antimonopolska politika da se ta zemlja prepusti slobodnoj trgovini? U tom svetlu sva regulacija vezana za antimonopolsku politiku bila bi suvišna. Jer, ko nema dovoljno konkurencije u zemlji dobio bi je spolja, otvaranjem granica. To nesumnjivo jeste tako sa ekonomskog stanovišta, ali nije i sa političkog ili demagoškog. Mnoge firme u zemlji

3 Izuzetak od ovog proseka u poslednjih petnaestak godina su 2009-2010, kada je prosek pomoći EU bio 2-3% usled prenošenja finansijske krize iz SAD u Evropu.

4 Up. Prokopijević 2012, s. 312-326.

nisu dovoljno konkurentne da bi izdržale takav pritisak konkurencije spolja, pa zato sindikati i udruženja poslodavaca vrše pritisak na državu da ih zaštiti i pomogne. Političari rado nude i pomoć i zaštitu, ali ne zato što misle da je to ekonomski pametno, nego zato što su shvatili da je to dobar mehanizam za sticanje uticaja u privredi i za dobijanje popularnosti (glasova). To je razlog što danas sve zemlje sveta ograničavaju trgovinu. Jedino se razlikuju po tome u kojoj meri to čine.

Politika konkurencije u Srbiji

Srbija je u politici konkurencije počela da sledi model EU tek posle promena iz 2000., kada je zemlja pokazala interes da se približi Uniji. Prethodno je na snazi bilo zakonodavstvo iz vremena socijalizma, gde nije bilo posebnih zakona o zaštiti konkurencije, nego su drugi zakoni (obično trgovinski) imali delove koji su se odnosili na politiku konkurencije. Naravno, nije bilo posebne antimonopolske politike, a ako bi neka firma zloupotrebljavala dominantan položaj problem se rešavao u partijskim forumima ili na nivou raznih inspekcija. U krajnjoj liniji firmi se mogao oduzeti neki unosan posao i dodeliti drugoj, što je ređe rađeno, ili se podizala druga firma koja je obavljala iste poslove kao i sporna firma, što se češće radilo. Privredna konkurencija u vreme socijalizma bila je problem u tadašnjoj Jugoslaviji, jer je zemlja koncipirana kao zatvorena trgovačka država, koja je podizala svoju industriju, da bi se umanjila potreba uvoza. Te firme nisu bile posebno konkurentne u odnosu na rivale iz sveta, pa su morale biti štice od spoljne konkurencije raznim mehanizmima, kao što su visoke carine, rigidne vancarinske barijere, subvencije, poreske olakšice. Rezultat toga bio je da ste u to vreme mogli da birate između kupovine domaćeg, jeftinog ali nekvalitetnog i stranog kvalitetnog, ali skupog proizvoda. Ta politika ostavila je teško nasleđe svim zemljama koje su nastale od bivše Jugoslavije i to ne samo u politici konkurencije, nego i u opštoj privrednoj strukturi, zaposlenosti, razvojnom potencijalu, itd.

Sa političkim promenama 2000. imperativ je postao približavanje Srbije Uniji, pa je to reflektovala i regulativa u oblasti politike konkurencije. Prvi Zakon o zaštiti konkurencije po modelu EU usvojen je useptembru 2005. (Vlada Srbije 2005.) On je regulisao tri od četiri elementa koji postoje i u regulativi EU: a) dogovore o cenama, tržištu, b) zloupotrebu dominantnog položaja i c) spajanja firmi i vlasničke udele u firmama. Zakon, međutim, uopšte nije regulisao pitanje državne pomoći, a ona je u Srbiji bila visoka i dostizala čak i do 3-4% od BDP, dok je pomoć u EU u proseku bila oko 0,5% BDP zemalja-članica.

Zakon iz 2005. je predviđao izuzeća od primene Zakona o zaštiti konkurencije na tzv. firme od strateškog "društvenog interesa", a u zemlji gde se taj status lako dobija, to potpuno potkopava primenu antimonopolskog zakona. Agencija za zaštitu konkurencije u Srbiji nije bila ovlašćena da izriče kazne u prvom stepenu. Za razliku

od toga Evropska Komisija ima takvo ovlašćenje. Agencija u Srbiji je firmu mogla da tuži sudu – i to sudu za prekršaje. Sud za prekršaje, međutim, bavi se sitnijim narušavanjem zakona čije finansijske posledice su zanemarljive ili skromne, a ne iznosi ma koji mogu biti i u desetinama miliona evra. Umesto prekršajnog, ovim bi trebalo da se bavi posebno odeljenje Trgovinskog suda. Sve u svemu, Zakon o zaštiti konkurencije iz 2005. bio je dosta loša kopija regulative EU. Skoro da je jedina korist bila što je bio donet, jer je posle toga otvoren prostor za poboljšanja i novu, a eventualno i bolju regulativu.

Novi zakon o zaštiti konkurencije iz 2009. (Vlada Srbije 2009) veliki je korak napred u odnosu na zakon iz 2005. U većini važnih odredbi, bio je usklađen sa regulativom EU. Tri ključne tačke EU regulative su unete u Zakon:

- Sporazumi radi ograničavanja konkurencije
- Kontrola spajanja i kupovine udela firmi
- Zloupotreba dominantnog položaja

I dalje je nedostajala četvrta tačka – “državna pomoć”. O njoj je u međuvremenu donet i poseban zakon, ali ona svejedno mora biti uključena i u antimonopolski zakon.

Nedostatak Zakona je i što se kod zloupotrebe dominantnog položaja ne navode sva tri uslova za primenu ove klauzule (dominantni položaj, zloupotreba d.p., poremećaj trgovine na osnovu zloupotrebe d.p.). Još veći, možda i najveći nedostatak ovog zakona je i što se u nizu članova navodi da će “vlada doneti uslove”, ili na drugi način bliže odrediti elemente za definiciju, prosuđivanje, merenje, delovanje, primenu opštih uslova iz zakona, itd. To daje priliku izvršnoj vlasti da podzakonskim aktima (uredbe) ograničava zakonske odredbe, što je vrlo loša praksa.

Kaznena politika u Zakonu iz 2009. je bila slabo diversifikovana, što Komisiji pri izricanju kazni daje obilje nepotrebne diskrecione moći. Pogrešno je što se žalbe na rešenja Komisije⁵ podnose Upravnom sudu. Trebalo bi da to bude odeljenje Trgovinskog suda.⁶

Iako su daleko od savršenih, zakonska rešenja u Srbiji u oblasti politike konkurencije su manji problem od prakse, tj. njihove primene. U praksi je uočeno nekoliko problema. Prvo, neke moćne firme ili firme koje imaju dovoljno snažnu političku podršku, bile su praktično izuzete od primene zakona. To se ticalo i monopolskog po-

5 Najviše posla Komisija je imala odobravajući koncentracije firmi u skraćenom postupku. Najveći deo postupaka koji je Komisija pokrenula su zbog povrede Zakona iz člana 16 (zloupotreba dominantnog položaja), posle koga dolazi povreda člana 10 (nedopušteni rabati, dogovori o cenama). Poslednjih godina Komisija godišnje vodi oko sto postupaka za zaštitu konkurencije. Za detalje videti na sajtu Komisije <http://www.kzk.org.rs>

6 Ima i nekih loših formulacija, kao što je sledeća: “Relevantno tržište u smislu ovog zakona jeste tržište koje obuhvata relevantno tržište proizvoda na relevantnom geografskom tržištu.” (Član 6)

ložaja i ometanja konkurenata i ometanja državnih organa u sprovođenju zakona. Drugo, na članove Komisije za zaštitu konkurencije vršen je pritisak da se postupci protiv nekih firmi ne pokreću ili ako se pokrenu, da se obustave. Treće, neki članovi Komisije bi da ne pokreću nikakve postupke i time stvaraju probleme, nego radije da uživaju u pogodnostima koje na tom mestu imaju.

Naravno, to su neki standardni problemi koji se skoro uvek javljaju pri uvođenju nove regulative i uhodavanju ustanova. Bilo bi čudo kada bi takve stvari mogle odmah da profunkcionišu onako kako je to u zemljama koje su davno počele da primenjuju ovu vrstu regulative. Stvari idu postepeno. Prvo nema nekog zakona. Kasnije se usvoji njegova vrlo manjkava verzija. Zatim dođe bolja verzija. Potom se zakon ne primenjuje, tj. tretira se kao da ne postoji. Posle nekog vremena počnu da se primenjuju neke od njegovih važnijih odredbi. A još kasnije, i one druge. Primena najpre ide loše, ali se vremenom poboljšava... I tako u malim ili većim koracima do vremena u kome će se primenjivati kad god treba i u zadovoljavajućem obliku.

Zaključak

Politika konkurencije danas se pojavljuje kao pokušaj države da ispravi grešku, koju je sama svojom prethodnom aktivnošću napravila, stvarajući monopole i povlašćene firme. Politika konkurencije kakva danas dominira u Evropi oslanja se na četiri tačke: zabrana dogovora o cenama, kontrola spajanja firmi, ograničavanje dominantnog položaja i državnu pomoć. Politika konkurencije doista koristi građanima, umanjujući prethodnu državnu grešku, jer ima bar tri pozitivna efekta – obara cene, poboljšava kvalitet roba i usluga i povećava slobodu izbora.

Srbija je u politici konkurencije prešla dug put. U vreme socijalizma politika konkurencije se vodila preko nekoliko članova trgovinskih zakona. Do promene je došlo usled približavanja zemlje Evropskoj uniji. Posle 2000. Srbija je donela dva zakona o zaštiti konkurencije i osnovala Komisiju za zaštitu konkurencije. Prvi zakon iz 2005. bio je vrlo loš. Drugi iz 2009. nije savršen, ali je dosta solidan. Tako je u zakonodavnom smislu napravljen značajan pomak. Slično je bilo i sa praksom. Komisija za zaštitu konkurencije jedva da je radila u prvim godinama posle osnivanja, dok danas pokrene preko sto slučajeva godišnje, od kojih se najmanje 2/3 relativno brzo i okonča. To su koraci koji bude optimizam da bi kroz deceniju ili nešto više, ako se postojeći trend nastavi, stanje u ovoj oblasti u Srbiji moglo biti sasvim dobro uređeno. No ma koliko na ovaj način bilo uređeno, rešenja nikada neće biti dobra kao kada bi se uspostavila najbolja poznata politika konkurencije – sloboda trgovine i ostalog poslovanja. Ona se može sažeti u jednoj rečenici: ko nema dovoljno snažnu konkurenciju u zemlji, treba da otvori granice.

JAVNE NABAVKE I KONKURENCIJA - LEK ILI PODSTREK KORUPCIJI

1. UVOD

Konkurencija je od ne tako davnih vremena Adama Smitha kategorija, o kojoj mnogo pričamo, a možda malo znamo. U neko vreme je na širim prostorijama regiona čak važno nepisano pravilo, da konkurencija ne predstavlja neku posebnu korist, jer bez potrebe povećava troškove, a da su dogovori između učesnika na tržištu korisni, jer se tako »pravedno« raspoređuje rad i sredstva. Pored zakona², koji su predstavljali »sveto pismo« samoupravnog socijalizma i destrukciju tržišne ekonomije uvođenjem planske ekonomije i negacijom profita kao cilja preduzetništva i preduzetnika, treba imati u vidu i zatvaranje nacionalnog³ tržišta u korist tzv. »nacionalnih šampiona«, kao i stvaranje nacionalnih monopola u infrastrukturi i snabdevanju tzv. strateškim dobrom⁴.

Primenom ovakve politike i zakon sa ciljem zaštite konkurencije⁵ iz istog vremenskog razdoblja nije došao do izražaja, pogotovu imajući u vidu i posebnu nadležnost privrednih komora⁶, da daju saglasnost za uvoz određenih roba, a davanje saglasnosti je bilo u rukama domaćih proizvođača konkurentnih proizvoda. Takva vrsta trgovinske politike je bila na štetu svih, kako se kasnije pokazalo i zaštićenih firmi, koje nisu bile pod pritiskom konkurencije, pa su zbog toga vremenom postale sasvim nekonkurentne.

Pored navedenog treba imati u vidu i to, da nije postojala kvantifikacija javnog interesa i da su individualni interesi pojedinaca (pojedinih firmi) napravili dugoručnu štetu čitavoj ekonomiji, zbog pristupa, nedostatka takmičarske filozofije, zbog nedostatka vizije i pogrešnih prioriteta.

Zbog nepostojanja uslova i/ili volje za efikasnom konkurencijom i sistem efikasne

- 1 Andrej Plahutnik, univ.dipl. iur., Ljubljana, Team Leader EU-SCS projekta EUROPEAID11/SER01/07/11, od oktobra 1994 do novembra 2007 direktor nacionalnog organa za zaštitu konkurencije Republike Slovenije (Urad RS za varstvo konkurence); mišljenja autora u ovom članku strogo su lična i te stoga ne odražavaju zvanična stanovišta organa i/ili projekta Evropske Unije.
- 2 Npr. Zakon o udruženom radu, stupio na snagu u novembru 1976. i Zakon o obaveznom povezivanju proizvodnih i trgovinskih OUR (organizacija udruženog rada)
- 3 Tržište tadašnje savezne države - SFRJ
- 4 Npr. elektrodistribucije ograničene na pojedine republike, različiti strujni napon u železničkom prometu isl.
- 5 Zakon o suzbijanju nelojalne konkurencije i monopolskih sporazuma
- 6 Savezne i republičkih

upotrebe javnih sredstava u obliku javnih nabavki nije bio sistemski kategorija. Ako se opet vratimo Adamu Smithu i njegovoj poznatoj »nevidljivoj ruci«⁷, moramo imati u vidu, da ipak samo tržište ponekad nije u stanju samoregulacije i da država ponekad ipak mora da u ograničenom vremenu vodi brigu o regulaciji u javnom interesu.

2. POJAM POLITIKE I PRAVA KONKURENCIJE

Konkurencija je utakmica⁸ na tržištu za stranke; u sportskom žargonu se može reći, da tempo utakmice utiče na rezultat – utakmica sa jakim tempom donosi dobar rezultat.

Kako u sportu, tako i u ekonomiji, efikasnost zavisi od učesnika u igri (na tržištu), od dobrih pravila i na kraju, da se ništa ne prepušta slučaju (pa i nepoštovanju pravila) od dobrog arbitra.

Konkurencija je kao kategorija dosta mlada, pogotovu u evropskom prostoru, pa nije ni čudno, da se oko toga stvara mnogo zabuna, pogrešnih tumačenja i nerazumevanja. Nešto je tome doprineo i već pomenuti zakon⁹, pa se dosta čudne i nepravilne stipulacije mogu naći i u drugim zakonima¹⁰, kao npr. pojam monopolskog sporazuma isl.

Kod konkurencije je potrebno najpre imati u vidu nekoliko osnovnih pojmova:

Konkurencija i njena efikasnost zavise od broja učesnika na tržištu, ali to ne znači da je veliki broj učesnika garant za efikasnu konkurenciju. Broj direktnih konkurenata može biti i mali, ali bitno je da su efikasni, konkurentni i da između njih ne dolazi do dogovora, usklađenih radnji i drugih načina snižavanja efikasne tržišne utakmice.

Efikasna konkurencija nije nešto, što bi se pojavilo samo od sebe; treba imati u vidu da mnogo toga zavisi od političkog konsenza o otvaranju nacionalnog tržišta; ako postoje ulazne barijere različitih oblika¹¹ onda nije ni moguće očekivati, da će efikasna konkurencija postojati.

Kada govorimo o konkurenciji, možda krenemo korak dalje i onda dođemo do identifikacije zaštite efikasne konkurencije; zaštita efikasne konkurencije je moguća

7 *Invisible hand* iz njegovog rada *Wealth of Nations*(Bogatstvo naroda)

8 Zbog navedenog se za konkurenciju upotrebljava i naziv tržišno nadmetanje ili tržišno natjecanje; u Hrvatskoj nadležna institucija ima naziv »Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja«

9 Op.cit.5

10 Npr. odredba čl. 232 Krivičnog zakona opredeljuje »monopolski sporazum«

11 Pored logističkih barijera, koje zavise od mnogo faktora, npr. udaljenosti u usporedbi sa cenom produkta i transporta isl., postoje i psihološke barijere (npr. »brand loyalty« - naviknost na određeni proizvod – i time neelastičnost potraživanja sa strane potrošača), ali administrativne barijere (carine, prelevmani, kvote isl.) su ono, što u stvari efikasno (ali na štetu konkurencije, postojeće i potencijalne, i nacionalnih ekonomija) zatvara tržište, onemogućava konkurenciju za tržište i na tržištu

sprečavanjem ograničavanja konkurencije, a za postizanje ovog cilja su potrebni dobar zakonodavni okvir, efikasne institucije i realni prioriteta zaštite, koji se izražavaju u načinu i strukturi implementacije¹².

Implementacija, posmatrana kroz statistiku, može se razumeti na dva različita načina: kroz broj slučajeva¹³, ili kroz strukturu slučajeva. Ako je struktura siromašna u tom smislu, da izuzetno mali deo predstavljaju slučajevi otkrivanja, zabrane i kažnjavanja klasičnih povreda konkurencije, znači restriktivnih sporazuma i zloupotrebe dominantnog položaja, onda imamo pogrešnu implementaciju, koja na dugi rok čak i nanosi štetu i to pre svega nepostojanjem pravih prioriteta, koja vodi u preteranu i nepotrebnu kontrolu koncentracija, koje većinom nemaju ni nekog uticaja na tržište, a sa druge strane to stvara nepotrebne troškove, gubljenje energije za učesnike na tržištu, a za institucije za zaštitu konkurencije nepotrebno rasipavanje i onako veoma ograničenih ljudskih resursa.

Ono što se u regionu može videti, se može proceniti kao sporadični pristup primeni prava konkurencije. Pošto odredbe SSP¹⁴ nalažu državama kandidatima za ulazak u Evropsku Uniju već pre samog ulaska primenu jednakih standarda primene onima koji važe u Evropskoj uniji i njenim državama članicama, uvek se može postaviti pitanje – da li je primena evropskih standarda na polju politike i prava konkurencije – rezultat vlastite politike, identifikacije i izazova, ili odgovor na zahtev, ili bolje: očekivanja Evropske unije; postoji otvoreno pitanje i mnogo mogućih odgovora; bitno je saznanje, da li uopšte razumemo politiku konkurencije, koja se odražava kroz pravni okvir, da li razumemo filozofiju konkurencije ili se zadovoljavamo ideologijom konkurencije.

Filozofija konkurencije je daleko šira od nekih obaveznih aksioma, koji se odražavaju kroz generalne klauzule zabrana¹⁵, kontrole koncentracija¹⁶ i drugih stipulacija u

-
- 12 Struktura implementacije se izražava kroz tzv. »Enforcement Record«, koji u stvari znači statistički prikaz obrađenih slučajeva – od donošenja konačnih odluka, do presuda suda.
 - 13 U regionu je vidljivo, da je struktura nepogodna, jer je većina energije upućena u kontrolu koncentracija, nešto zbog načina finansiranja (putem visokih taksi), a nešto i zbog lakšeg pristupa (kod koncentracije stranke sve podatke daju na vreme, dok kod povreda konkurencije institucije muku muče sa prikupljanjem podataka)
 - 14 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Srbije sa jedne strane i Evropske Unije i njenih država članica sa druge strane
 - 15 Restriktivnih sporazuma i zloupotreba dominantnog položaja
 - 16 Velika zabuna: dominantan položaj je nešto loše, zbog toga mora biti zabranjen; pravilni pristup: dominantni položaj, čak i monopol nije sporan, ako nema zloupotreba, ali so zbog toga zloupotrebe zabranjene bez mogućnosti bilo kakvih izuzeća; treba imati i u vidu podelu legalnih monopola (ekskluzivnih prava) – ako postupak podele nije transparentan, ako postoje nelegalni načini podele, onda se treba ozbiljno upitati, koji su načini zaštite konkurencije od ograničavanja sa strane lasti (nosilaca javnih ovlašćenja); zbog toga je i zabrana koncentracije koje, i kao rezultat stvaranja ili jačanja dominantnog položaja, ne utiču negativno na efiksnu konkurenciju, stvar pogrešnog razumevanja politike i prava konkurencije ili (veoma otvoreno) nedopustivi amaterizam

nacionalnim zakonodavstvima¹⁷; treba imati u vidu da konkurencija nije sama sebi cilj, nego da je to najbolji način za veću inovativnost, konkurentnost i na kraju za boljitak čitavog društva tamo, gde efikasna konkurencija postoji.

Sa druge strane ideologija konkurencije znači preuzimanje standarda, pa čak i implementacija bez pravog razumevanja na duži rok može stvarati ozbiljne probleme, pre svega pristupom jednakosti i obezbeđivanja mesta na tržištu svakome po malo.

Politika i pravo konkurencije u ime i za račun filozofije konkurencije može se opravdano smatrati temeljnim elementom efikasne tržišne ekonomije, razvoja, inovativnosti i opšteg napretka, u dugoročnom cilju razvoja ekonomije i koristi potrošača.

3. JAVNE NABAVKE

Prilično isto što je bilo rečeno za konkurenciju, važi i za javne nabavke, a to je ponekad pogrešno razumevanje sistema, a ponekad sasvim solidno, a nepotrebno ograničeno razumevanje; istina je da je sistem javnih nabavki odličan način za efikasnu upotrebu javnih sredstava, a priča se na tome ne završava; sistem javnih nabavki je jedan od načina za uvođenje konkurencije na tržište i za postojanje i jačanje konkurencije na tržištu.

Ako smo već opredelili jasne ciljeve uvođenja sistema javnih nabavki u prethodnoj rečenici, onda se odmah postavlja pitanje, da li postoji idealan sistem i zbog čega takav sistem ne postoji. Ako smo pomenuli efikasnu upotrebu javnih sredstava i jačanje konkurencije ili čak uvođenje efikasne konkurencije, onda se moramo odmah i pitati kome to ne odgovara; i tu dolazimo do otvaranja Pandorine kutije.

Najpre se postavlja pitanje zbog čega postoji toliki interes na strani učesnika na tržištu, da se smeste u krug ponuđača¹⁸ i da pobede u (obično) jakoj konkurenciji.

Iako je sama pripema ponude dosta zahtevan projekat i mora da se bazira na odličnom poznavanju uslova na tržištu, osnovnog posla, konkurencije, pored toga u većini slučajeva treba obezbediti i (skupe) bankovne garancije i sl., na kraju to znači jednokratnu investiciju, koja je dosta niska u poređenju sa redovnim troškovima marketinga i ostalih troškova, vezanih za sličan obim poslova, kako u smislu obima samog posla, tako i u finansijskom smislu.

Dugoročno planiranje proizvodnje i time jasno raspoređivanje ljudskih i finansijskih

17 Bilo donešenim na vlastitu inicijativu, na temelju vlastitog razumevanja, ili kao odgovor (uz znak pitanja; da li i uz razumevanje) na očekivanja ugovornog partnera u SSP okviru

18 Sistem javnih nabavki počiva na određenim zahtevima; ne može se svako sa ulice pojaviti kao ponuđač u sistemu i zbog toga postoje određena pravila, koja bi morala biti obezbediti uslove, da naručilac na kraju, po završetku ponude dobije ono što je bilo predmet javne nabavke, robu ili usluge, po ceni, kvalitetu i u roku.

resursa je sledeći pozitivni rezultat pobede na tenderu¹⁹; to²⁰ je jedan od bitnih elemenata poslovne politike preduzeća, učesnika na tržištu. Ako tome dodamo i jasno planiranje finansijskih tokova²¹, dodatne reference, na koje se učesnik na tržištu može pozivati na drugim tenderima ili kod drugih oblika nastupanja na tržištu, onda vidimo da se pobeda na tenderu u svakom slučaju isplati iz više razloga.

4. DELIMIČNA IZUZEĆA KONKURENCIJE U JAVNIM NABAVKAMA NA OSNOVU ZAKONA

Idealna konkurencija ne postoji nigde, pa ni u sistemu javnih nabavki; pored protivpravnog (protivzakonitog) ograničavanja konkurencije na različite načine, postoje i zakonom propisani (dozvoljeni) načini neravnopravnog položaja određenih učesnika na tržištu, što nije sasvim u skladu sa opštim pravilima konkurencije.

Jedan od takvih načina je definitivno preferencijalni status domaćih ponuđača u sistemu javnih nabavki u određenim zemljama, pa i u Srbiji u prelaznom periodu od stupanja na snagu SPP-a. Preferencijalni status znači, da određeni ponuđači imaju povlašćen status u odnosu na druge i to na način, da se njihova ponuda smatra najboljom, iako je cena za (zakonom) određeni procenat veća od ponuda onih ponuđača, koji nemaju preferencijalni status. Preferencijalni status omogućavaju i zakon o javnim nabavkama²² i SSP²³, oba propisa na određeno vreme i u različitim stepenima ovlašćenosti, kako po godinama od stupanja na snagu navedenih propisa, tako i po statusu²⁴.

Nije samo preferencijalni status kao takav problematičan, iako bi se mnogi mogli pozivati na nužnost prilagođavanja domaće industrije (ili bolje: ponuđača) međunarodnoj konkurenciji, bez obzira na to, da tu itekako postoje elementi protekcionizma²⁵ ili cilja javnih nabavki.

19 Kada govorimo o javnim nabavkama, za čitav sklop aktivnosti, od objavljivanja javnog poziva pa do izbora najboljeg ponuđača sa potpisivanjem ugovora, obično upotrebljavamo izraz »tender« - npr. objava tendera, tendrska ponuda isl.

20 Efikasna organizacija poslovnog procesa

21 »cashflow«

22 Zakon o javnim nabavkama (Sl. Glasnik RS, 124/2012); član 86

23 Član 76, stav 4

24 Različite kategorije rangiranja ponuđača: domaći ponuđači, ponuda domaće robe, CEFTA status ipd.

25 Sa jedne strane govora je o otvaranju tržišta, a sa druge strane praksa pokazuje, da se tržište otvara sporo, uz pojedina ustupanja, u korist određenih učesnika na tržištu; o koristi/teretu potrošača, a pogotovu usporenom ulasku efikasnih konkurenata ni reči.

Razlika u preferencijalnom statusu s obzirom na najpovoljniju²⁶ i najnižu²⁷ ponudstvara određenu diskriminaciju i po svom obliku (zbog načina davanja prednosti) ima sve elemente protekcionizma; u svakom slučaju to zapažanje je isključivo sa stanovišta politike i prava konkurencije i efikasne tržišne ekonomije, a ne stanovišta potencijalno potrebnih prilagođavanja u ekonomskim sistemima u tranziciji.

U svakom slučaju navedeno znači zakonom dopušteno i propisano²⁸ odstupanje od načela jednakosti u ZJN²⁹, na osnovu kojeg je naručilac dužan da u svim fazama postupka javne nabavke obezbedi jednak položaj svim ponuđačima.

ZJN ide (barem u odredbama čl. 12) još dalje, jer propisuje, da naručilac ne može da određuje uslove koji bi značili nacionalnu, teritorijalnu, predmetnu ili ličnu diskriminaciju među ponuđačima, niti diskriminaciju koja bi proizlazila iz klasifikacije delatnosti koju obavlja ponuđač.

Druga stvar, koja je poželjna, a svakako dozvoljena u sistemu javnih nabavki, su konzorcijske ponude. Sa stanovišta politike i prava konkurencije se konzorcijska ponuda može razumeti kao dogovor o zajedničkom nastupanju neposrednih konkurenata: ako takav dogovor nema značaj tzv. zajedničkih ulaganja sa ciljem stvaranja subjekta (pravnog lica), sposobnog samostalnog nastupanja na tržištu, onda se to u klasičnom pravu konkurencije smatra restriktivnim sporazumom, odnosno kartelom.

Imajući u vidu dejstvo, da svaka predaja ponude na otvorenom tenderu ne znači i dobijanje posla, da treba tada, kada ponuđač podnosi ponude na više tendera u istom vremenskom periodu, imajući u vidu i to, da samom predajom ponude, obezbeđivanjem bankarskih (i drugih) garancija, ponuđač preuzima veoma jasnu obavezu realizacije ponude u slučaju uspešne ponude, onda treba razumeti, da su konzorcijske ponude neke vrste garancije i za naručioca, da će izabrani ponuđač (konzorcijum) biti u stanju pod predloženim (i prihvaćenim) uslovima ispuniti svoje ugovorne obaveze po ceni, kvalitetu i u roku.

26 ZJN, čl.86/1. /cit./: *«U slučaju primene kriterijuma ekonomski najpovoljnije ponude, a u situaciji kada postoje ponude domaćeg i stranog ponuđača koji pružaju usluge ili izvode radove, naručilac mora izabrati ponudu najpovoljnijeg domaćeg ponuđača pod uslovom da razlika u konačnom zbiru pondera između najpovoljnije ponude stranog ponuđača i najpovoljnije ponude domaćeg ponuđača nije veća od 10 u korist ponude stranog ponuđača.»*

27 ZJN, čl.86/4. /cit./: *«U slučaju primene kriterijuma najniže ponuđene cene, a u situaciji kada postoje ponude ponuđača koji nude dobra domaćeg porekla i ponude ponuđača koji nude dobra stranog porekla, naručilac mora izabrati ponudu ponuđača koji nudi dobra domaćeg porekla pod uslovom da njegova ponuđena cena nije preko 20% veća u odnosu na najnižu ponuđenu cenu ponuđača koji nudi dobra stranog porekla.»*

28 Op.cit. 26 i 27: vidi: »naručilacmora«

29 ZJN, čl.12

5. OGRANIČAVANJE KONKURENCIJE U JAVNIM NABAVKAMA

Iako je jasno, da je efikasna konkurencija temelj efikasne ekonomije i da uz poznate efekte podizanja konkurentnosti i povećanja inovativnosti potrošaču nudi veću mogućnost izbora uz bolji kvalitet i povoljniju cenu, treba imati u vidu i drugu, tamniju stranu, a to je cilj učesnika na tržištu, preduzetnika.

Želja za ekstra profitom, uzimanjem monopolske rente, nije cilj i prema cilju usmerena aktivnost svakog učesnika na tržištu, a u mnogo slučajeva monopolska renta ili ekstra profit je nešto, što pojedine učesnike tera u različite načine protivzakonitih radnji.

Kod javnih nabavki učestalu pojavu predstavljaju »nameštene ponude«³⁰. U okviru tog sistema, koji se pojavljuje u celom svetu, ponuđači se međusobno dogovore, ko će pobediti na pojedinom tenderu i pre svega, kako će međusobno podeliti na taj način ostvareni ekstra profit.

Većinom se direktni konkurenti dogovore za međusobnu podelu različitih tendera, na kojima međusobno učestvuju i naprave međusobne dogovore, ko će od njih podneti ponudu, koja će na tenderu pobediti i na koji način će ostali ponuđači podneti svoje ponude, da li će podneti suviše visoke ponude³¹, nekompletne ponude ili će prosto odustati od podnošenja ponuda.

Konkurenti, učesnici u sistemu nameštenih ponuda se međusobno dogovore i o kompenzaciji zbog nepodnošenja konkurentnih ponuda; ponekad se dogovore, kako će međusobno podeliti poslove, predmet tendera, na dugoročnoj osnovi; u nekim kartelima pronađeni su dokumenti sa tačnom raspodelom po procentima, po finansijskom rezultatu.

U nekim drugim slučajevima »ljubazni« konkurent može računati, da će dobiti određeni deo posla kao podizvođač, ili će se ta vrsta kompenzacije, da se prikrije direktnog dogovor, realizovati preko povezanih firmi.

30 "Bid-rigging" ili »collusive tendering«, više o tome u OECD uputstvu <http://www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm>; i u Uputstvu Komisije za zaštitu konkurencije o otkrivanju nameštenih ponuda u sistemu javnih nabavki: <http://www.kzk.org.rs/kzk/wp-content/uploads/2011/08/Uputstvo-za-otkrivanje-nameštenih-ponuda-u-postupku-javnih-nabavki.pdf>

31 Tzv. »deck offerte«

6. OGRANIČAVANJE KONKURENCIJE DRUGIM NAČINIMA

Nameštene ponude predstavljaju izuzetno velik problem, jer se smatra da predstavljaju najveći postotak povreda konkurencije i to iz veoma jasnog razloga: obim sredstava, koje se troše u sistemu javnih nabavki je izuzetno velik³² i zbog toga predstavlja izuzetno velik izazov, ne samo za stvaranje kartela, nego i za druge načine dolaženja do posla.

Zbog navedenog nisu retki slučajevi prilagođavanja tendera pojedinom ponuđaču na različite načine, prilagođavanjem tehničkih specifikacija, zahtevanjem nerealnih referenci i/ili garancija isl.

Sasvim opravdano je razmišljanje, da su određeni tenderi loše pripremljeni zbog neobučenosti, neznanja i nedostatka vremena naručilaca. To je problem, ali se može rešiti na različite načine, obukom postojećih kadrova, zapošljavanjem novih i sl. Može se reći, da takve situacije postoje i da se mogu rešiti dosta jednostavno.

Drugi problem, koji evidentno postoji³³ je problem korupcije, koji možemo u sistemu javnih nabavki označiti kao sistemski problem. Podaci Eurobarometra³⁴ ukazuju na to, da je u nekim zemljama³⁵ više od 50 % podeljenih tendera rezultat korupcije i da se najpoznatiji nezakoniti načini pokazuju kao:

- Tailor-made (prilagođavanje unapred poznatom ponuđaču) – 57 %
- Konflikt interesa kod evaluacije ponuda – 54 %
- **Bidd-rigging – 52%**
- Nejasni kriterijumi za selekciju ili evaluaciju – 51 %
- Uključenost ponuđača u pripremu dokumentacije – 48 %
- Zloupotreba pregovaračke pozicije – 47 %
- Zloupotreba nužnih uslova za skraćeni postupak / direktne pregovore – 46%
- Izmena ugovornih obaveza /uslova/ posle sklapanja ugovora – 44 %.

32 U EU 27 po istraživanjima o korupciji u javnim nabavkama (NISMA 2008) 20% javnih sredstava se raspoređuje u okviru javnih nabavki, a to za 2011. godinu znači 245 milijardi Eura za javne nabavke iznad obaveznog praga za objavu tendera

33 EU Izveštaj o korupciji (EU Anti-Corruption Report 2014) - http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf

34 EUROBAROMETER 397, Februar 2014: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf

35 Npr. Bugarska, Češka, Slovačka, Kipar

Ako pogledamo ZJN, koji u osnovnim načelima, isto kao druge jurisdikcije propisuje načelo konkurencije³⁶, onda vidimo, da se ovo načelo uveliko krši. Po navedenom načelu naručilac je dužan da u postupku javne nabavke omogući što je moguće veću konkurenciju. Isto načelo veoma jasno propisuje, da naručilac ne može da ograniči konkurenciju, a posebno ne može onemogućavati bilo kojeg ponuđača da učestvuje u postupku javne nabavke neopravdanom upotrebom pregovaračkog postupka, niti korišćenjem diskriminatorских uslova, tehničkih specifikacija i kriterijuma, a praksa, kako će se videti iz podataka Eurobarometra je očigledno drugačija.

Kod javnih nabavki možemo govoriti o tome, da se osnovna načela na štetu javnih nabavki i pogotovu na štetu konkurencije i javnih sredstava krše pre objave i pre izbora ponuđača, kao i posle izbora ponuđača.

Najznačajnije povrede osnovnih načela se pokazuju kao:

- Prilagođavanje – favorizovanje određenih (unapred poznatih ponuđača)
- Podela tendera na manje lotove
- Konflikt interesa
- Neproporcionalni i neopravdani kriterijumi selekcije
- Neopravdano isključivanje ponuđača
- Neopravdana upotreba skraćenih procedura, direktnih pregovora isl.
- Neadekvatne analize ponuda sa izuzetno niskom cenom
- Opravdavanje niske cene kao najvažnijeg (jedinog) kriterijuma na štetu kriterijuma kvaliteta i/ili sigurnosti snabdevanja
- Neopravdano izostavljanje obaveza objavljivanja
- Sklapanje aneksa (cene, izmena uslova, specifikacija, kvaliteta isl.)
- Neopravdana negativna ocena robe ili usluga.

Po podacima Eurobarometra najviše povreda (kao klasični karteli i kao korupcija) se pokazuje u:

- građevinarstvu
- energetici
- saobraćaju
- nabavkama za odbranu
- zdravstvu,

36 ZJN, čl.12

a u tim privrednim granama najčešći su:

- bid-rigging (rotacija ponuda, dogovorene ponude, dogovor sa konkurentima da budu podizvođači)
- direktan zahtev za mito, koji se uključuje u cenu ponude
- konflikt interesa (direktno uključenih u tenderski proces ili višeg nivoa, od koga zavisi status direktno uključenih službenika)
- svesne greške naručioca (propust izvođenja predviđenih zadataka ili tolerisanje grešaka u ponudi ili nepotpunih ponuda)
- svesna upotreba nepravilnog načina, direktan način umesto objavljivanja tendera.

7. NAČINI POBOLJŠANJA SITUACIJE

Situacija na polju ograničavanja konkurencije, bilo nameštenim ponudama, bilo klasičnom korupcijom, delimično i neznanjem, u javnim nabavkama je definitivno kritična. U takvim situacijama se postavlja pitanje, kako se može situacija promeniti, poboljšati.

Verovatno ne treba pominjati, da je dobar zakonodavni okvir kamen temeljac dobrog sistema; to je istina, ali treba imati u vidu, da je to samo jedan od osnovnih elemenata i da se bez profesionalnih institucija, koje moraju obezbediti uslove za efikasno otkrivanje i kažnjavanje nezakonitih radnji ne može očekivati poboljšanje situacije.

Pored sankcijskog sistema, koji se fokusira na kažnjavanje povreda, znači bavi se posledicama, potrebne su i aktivnosti usmerene na otklanjanje uzroka, a to znači podizanje mera prevencije, podizanje svesti, usmeravanje na pravilan način razmišljanja i ponašanja.

Zbog navedenog saznanja, da isključivo sankcijska politika, koliko god bila rigorozna, nije dovoljna, predložene su sledeće preporuke³⁷:

1. Potreba za sistematskom procenom rizika u javnim nabavkama:

- Procenu rizika treba razviti i primenjivati kod svake greške u javnim nabavkama, bez obzira na veličinu i oblik greške, u saradnji sa institucijama za borbu protiv korupcije i nadležnim represivnim organima

37 EU Anti-Corruption Report 2014 - http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/docs/acr_2014_en.pdf

- Centralizacija podataka (baza podataka) o koruptivnim praksama i oblicima, kao i o konfliktu interesa. Procenu rizika treba zasnovati na tim podacima
- Na osnovu procene rizika treba pripremiti posebne mere za tzv. posebno “ranjive” sektore, kao i precizirati najčešća nelegalna ponašanja tokom postupka javne nabavke i realizacije ugovora
- Primenjivati ciljno usmerene antikorupcijske aktivnosti za regionalnu i lokalnu administraciju. Procena rizika bi morala uzeti u obzir i “ranjivost” administracije s obzirom na specifičnosti sredine
- Pripremiti i objaviti uputstva za upotrebu indikatora korupcije (nezakonitih ponašanja u sistemu javnih nabavki); pomoći naručiocima i organima kontrole kod “detektovanja”.

2. Upotreba transparentnih standarda u celom postupku javne nabavke kao i u vreme realizacije (implementacije) ugovornih obaveza

- Uspostaviti zajedničke minimalne standarde transparentnosti na nivou regionalne i lokalne administracije u vezi sa postupcima javnih nabavki i njihove realizacije
- Razmisliti o određenom obliku objavljivanja ili omogućavanja pristupa sklopljenim ugovorima (na osnovu sistema javnih nabavki), uključujući ugovorna prava i obaveze i ugovorne penale, sa izuzetkom onih ugovornih obaveza koja predstavljaju poslovnu tajnu
- Obezbediti transparentnost javnih nabavki (pre-award i post-award) sa objavljivanjem svih relevantnih podataka (troškovi i sl.); to uključuje i PPP³⁸.

3. Jačanje unutrašnjih i spoljnih kontrolnih mehanizama tokom celog postupka javne nabavke, kao i kod realizacije do završetka

- Obezbediti dovoljne resurse za sve organe kontrole u sistemu javnih nabavki
- Jačanje sistema unutrašnje kontrole u cilju prevencije i detekcije koruptivnog ponašanja i konflikta interesa. Obezbediti jasne metodologije za provere gore navedenih elemenata u sistemu javnih nabavki do sklapanja ugovora.
- Poboljšati kontrolne mehanizme i alate za “post award” fazu i za realizaciju ugovora
- Obezbediti usaglašenost sa preporukama Državne revizorske institucije
- Uspostaviti i primenjivati kontrolu vlasništva ponuđača i podizvođača

38 PrivatePublic Partnership – Javno privatno partnerstvo

- Obezbediti potrebne kontrolne mehanizme za javne nabavke, gde su naručiocima javna preduzeća i PPP
4. Podizanje svesti o potrebi posebnih znanja (know-how) za prevenciju i detekciju koruptivnih ponašanja u javnim nabavkama
- Obezbediti efikasno koordinaciju među institucijama, kojima je poverena kontrola javnih nabavki
 - Podizanje svesti na regionalnom i lokalnom nivou o uputstvima za prevenciju i detekciju koruptivnih praksi i konflikta interesa (peta tačka Preporuke 1)
 - Organizovati posebna specijalizovana obučavanja tužilaca i sudija o tehničkim i pravnim aspektima u sistemu javnih nabavki
5. Uvođenje rigoroznog sankcijskog sistema
- Obezbediti primenu rigoroznog sistema sankcija u vezi sa koruptivnim ponašanjem i favoriziranjem (dopuštanjem) konflikta interesa
 - Obezbediti uspešan mehanizam praćenja i poništavanja tendera i/ili ugovora u razumnom vremenu posle saznanja o nepravilnostima.

8. OTKRIVANJE I SANKCIJE

Za povrede konkurencije³⁹ se u širem evropskom prostoru, pa i u Srbiji, propisuju pa i izriču kazne⁴⁰, koje su rigorozne, do 10% godišnjeg prometa. Pri tome ne treba zaboraviti, da učesnik na tržištu, kome je naneta šteta zbog povreda konkurencije može podneti i odštetni zahtev, tako da bi po Dostojevskom⁴¹ to kršitelja moralo skupo koštati. Drugo je pitanje, koliko nameštenih ponuda je otkriveno i da li postoje pravi instrumenti za otkrivanje.

Većina kartela, a u većini se karteli pojavljuju kao nameštene ponude, se danas otkriva na osnovu posebnih programa imuniteta⁴², a ipak je taj broj relativno nizak.

Zbog štete, koja je rezultat povreda konkurencije, sankcije su rigorozne, pogotovu zbog tzv. »zastrašujućeg«⁴³ efekta.

39 U sistemu javnih nabavki dakle za nameštene ponude

40 U Srbiji se ta vrsta prekršajne sankcije naziva »upravna mera«

41 Zločin i kazna

42 Tzv. Leniency progami, potpunog ili delimičnog imuniteta od kazne zbog saradnje u kartelu, ako podnosilac zahteva za imunitet obezbedi dovoljnu količinu relevantnih podataka, da Komisija za zaštitu konkurencije (i srodne institucije u drugim zemljama) može pokrenuti i zaključiti postupak relevantnim rešenjem

43 Zastrašujući (deterrent) efekt je namenjen upozorenju trećima, koju kaznu oni mogu dobiti, ako se ne pridržavaju pravila; zbog postizanja tog efekta kazne iznose i preko milijardi Evra

U nekim zemljama, pa i u Srbiji za povrede konkurencije u javnim nabavkama, postoji i krivična odgovornost. Pre donošenja novele Krivičnog zakona, sankcija za povredu konkurencije nije bila dobro stipulirana, pa nije ni bilo mogućnosti za primenu odredbi (još važećeg) člana 232 Krivičnog zakona.

Novim članom⁴⁴, koji se odnosi na povrede konkurencije u javnim nabavkama u širem smislu, i ne odnosi se isključivo na nameštene ponude, stvoreni su uslovi za krivično gonjenje zbog nameštenih ponuda i zbog korupcije u sistemu javnih nabavki.

Pored navedenog, ZJN predviđa i stvaranje crne liste⁴⁵ zbog povreda konkurencije u javnim nabavkama, tako da možemo zaključiti, da zakonski okvir nudi dovoljno dobre mogućnosti za primenu sankcijske politike, da postoji sankcijski dualizam, koji zbog načela »ne bis in idem« ne utiče na prava stranke u postupku, ali se postavlja pitanje efikasnosti implementacije ili bolje stvarnih rezultata na tom području.

Pored već pomenutih mogućnosti otkrivanja pomoću programa imuniteta treba napomenuti, da i ZJN⁴⁶ predviđa obavezu zaposlenih, da prijave sumnju povrede konkurencije nadležnom organu, to je Komisiji za zaštitu konkurencije.

9. ZAKLJUČAK

Problema neefikasnog sprečavanja konkurencije i korupcije u javnim nabavkama ima više:

- nepoznavanje cilja javnih nabavki, njihove značajnosti i pozitivnog (a na žalost i negativnog) uticaja na konkurenciju, konkurentnost, inovativnost i nacionalnu ekonomiju u celini:
- ostatak prošlosti u mentalitetu, u smislu nekada popularne i zakonima⁴⁷ obavezne dogovorne ekonomije;
- nedovoljna svest u javnosti u smislu – ako me direktno ne pogađa, nije moj problem
- pitanje koordinacije svih nadležnih organa.

44 Čl. 234a KZ

45 ZJN, čl. 167

46 ZJN, čl. 27

47 Vidi op.cit. 2

Po nekim podacima⁴⁸ direktni troškovi korupcije samo u osam zemalja⁴⁹ u 2010. godini u samo 5 sektora⁵⁰ iznose između 1,4 i 2,2 milijarde Evra; po podacima NISME⁵¹ u javnim nabavkama se zbog korupcije u proseku potroši 20-25 % sredstava; to je znači cena korupcije. Cena bid-rigginga nije izračunata, ali ako ove brojke usporedimo sa sredstvima, kojima se godišnje raspolaže u sistemu javnih nabavki, onda vidimo da je cena jačanja profesionalnih kapaciteta nadležnih organa⁵² u vidu zapošljavanja i konstantne obuke potrebnih kadrova itekako opravdana; bez obzira na veličinu to je najbolja investicija za suzbijanje korupcije i sprečavanje povreda konkurencije.

Sa ovakvim zaključkom se vraćamo na početak, na naslov: javne nabavke mogu biti idealan način za efikasnu konkurenciju, ali mogu biti i idealan način za korupciju i ograničavanje konkurencije. Sve zavisi od razumevanja i volje.

48 EU Izveštaj o korupciji (EU Anti-Corruption Report 2014)

49 Francija, Italija, Mađarska, Litva, Holandija, Rumunija, Poljska, Španija

50 putevi i železnice, voda i smeće, urbana infrastruktura, usposobljavanje, istraživanje i razvoj

51 NISMA 2008 Corruption Report

52 Komisije za zaštitu konkurencije, Uprave za javne nabavke, tužilaštva, sudova isl.

ZLOUPOTREBA DOMINANTNOG POLOŽAJA

(predmet „FRIKOM“ – anatomija jedne povrede konkurencije)

Ključne reči i izrazi upotrebljeni u tekstu:

dominantan položaj; povreda konkurencije; relevantno tržište; zloupotreba dominantnog položaja; cena u daljoj prodaji; fiksne – minimalne - preporučene cene; ekskluzivna kupovina; neizbežni trgovinski partner („unavoidable trading partner“); proizvodi koji se moraju imati u ponudi („must stock item“); stimulacije – podsticaji – sankcije; „hardcore“ ograničenja; mera zaštite konkurencije; mere ponašanja; prinudna naplata

Namena i cilj ovog teksta

Uz sve izraze zahvalnosti na pozivu da sačinim ovaj tekst – prilog osnovnom projektu u kome sam i sam imao priliku i čast da učestvujem kao predstavnik Komisije za zaštitu konkurencije, na samom početku teksta smatrao sam za potrebnim napisati samo nekoliko kratkih napomena. Pre svega izvinjenje svakom čitaocu zbog „kvaliteta“ i „koncepta“ samog teksta, jer ga ne piše osoba koja se samo akademski bavi problematikom zaštite konkurencije. Politika i pravo zaštite konkurencije, kako za mene tako i za moje saradnike u Komisiji, postala je sastavni deo naših života. Mnogi bi rekli da je preuzela i naše „osnovne struke“ pod potpunu kontrolu, a istovremeno nas neprimetno dovela u situaciju da „pređemo most“ ka drugoj – najsirodnijoj struci (pravnicima ka ekonomiji, a ekonomistima ka pravu). Dakle tekst vam poklanja „čisti praktičar“ koji se ovom tematikom bavi više od osam godina. Ima toliko toga što bih želeo da kažem čitaocu na temu zloupotrebe dominantnog položaja, a potpuno sam uveren da će izostati nešto što bi moji saradnici sa lakoćom dodali, ali osnovna „namena“ ovog teksta nije takva. Namera mi je da čitaocima približim, uz analizu koju sam samouvereno u naslovu nazvao „anatomija“, jedan „predmet“, odnosno postupak koji je Komisija za zaštitu konkurencije pokrenula i sprovela po službenoj dužnosti, a koji je za predmet utvrđivanja imao zloupotrebu dominantnog položaja. U tekstu će kasnije biti reči o svim detaljima tog postupka, a na ovom mestu samo to da je stranka u postupku bila Industrija smrznute hra-

¹ Autor teksta je rukovodilac sektora za utvrđivanje povreda konkurencije u Komisiji za zaštitu konkurencije. Pojedini stavovi, mišljenja i tumačenja izneta u ovom tekstu su autorovi i ne mogu se smatrati zvaničnim stavovima, mišljenjima ili tumačenjem Komisije.

ne „Frikom“ AD iz Beograda, te da su ocenjivani akti i radnje ovog učesnika na tržištu veleprodaje industrijskog sladoleda za koje se osnovano moglo pretpostaviti da predstavljaju povredu konkurencije. Konačno rešenje komisije „doživelo“ je i svoju „proveru“ pred Upravnim sudom, kasnije i pred Vrhovnim kasacionim sudom po zahtevu stranke u postupku.

Međutim, iako u osnovi „praktičar na dnevnoj osnovi“, ne zaboravljam ni okolnost koliko sam znanja o ovoj oblasti imao pre nekoliko godina kada sam počinjao da se bavim poslovima na zaštiti konkurencije. U svakom slučaju ni približno dovoljno za razumevanje mnogih tekstova i literature koja mi je bila na raspolaganju. Vreme je neumitan faktor u svakom učenju, a u našem „slučaju“ učenje se nikada i ne završava. Upravo iz ovih razloga želeo sam da čitaocima, na samom početku, ponudim deo teksta koji se bavi pitanjima politike i prava zaštite konkurencije u EU i u Republici Srbiji, fokusirajući se u najvećoj mogućoj meri na pitanja dominantnog položaja i njegove zloupotrebe, a koji će ponekome možda doneti neko novo saznanje, a u svakom slučaju će biti od koristi ukoliko ih zainteresuje i drugi deo teksta posvećen analizi konkretnog slučaja – predmeta „Frikom“.

EU pravni okvir

Nije potrebno trošiti mnogo vremena i reći da se zajedno podsetimo koja ideja je osnova EU – ideja o četiri osnovne slobode: kretanja robe; kretanja usluga; kretanja ljudi i kretanja kapitala. Osnovni princip, koji se primenjuje u cilju ostvarivanja ovih osnovnih sloboda, je princip jedinstvenog tržišta, a njegova je osnova, kao „conditio sine qua non“, tržišna ekonomija.

Ugovorom o funkcionisanju Evropske Unije (TFEU)² član 3. stav 1, kojim se definišu ekskluzivne nadležnosti Unije, definiše se u tački (b) „uspostavljanje pravila konkurencije neophodnih za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta;“

TFEU – u Naslovu VIII Ekonomska i monetarna politika, član 119 (nekada član 4 TEC) u stavu 1. definiše: „Za ciljeve postavljene u članu 3. Ugovora o Evropskoj Uniji, aktivnosti zemalja članica i Unije uključice, kako je predviđeno u Ugovorima, usvajanje ekonomske politike koja se zasniva na bliskoj koordinaciji ekonomskih politika država članica, na unutrašnjem tržištu i na definisanju zajedničkih ciljeva, i sprovođenje u skladu sa principima otvorene tržišne ekonomije sa slobodnom konkurencijom“³

Gotovo isto se ponavlja u članu 120 (nekada član 98 TEC) – sa naslovom Ekonom-

2 Treaty on the Functioning of the European Union – ugovor o funkcionisanju Evropske Unije. Originalni naslov „European Economic Community“ utvrđen Rimskim ugovorom (1957) promenjen je u „European Community“ ugovorom iz Maastrichta (1993) koji je kasnije promenjen u „European Union“ Lisabonskim ugovorom sa primenom od 1. decembra 2009. godine.

3 TFEU član 119. stav 1 – prevod autora ovog teksta

ska politika: „Države članice sprovodiće svoje ekonomske politike na način da doprinesu ostvarenju ciljeva Unije, kako su definisani u članu 3. Ugovora o Evropskoj Uniji i u kontekstu jasnih smernica pomenutih u članu 121(2). Države članice i Unija će delovati u skladu sa principom otvorene tržišne ekonomije sa slobodnom konkurencijom, favorizujući efikasan raspored resursa, a u saglasnosti sa principima utvrđenim u članu 119.“⁴

TFEU u Naslovu VII– Zajednička pravila o konkurenciji, oporezivanju i usklađivanju zakona, Glava 1 – pravila o konkurenciji, Odeljak 1 – pravila koja se primenjuju na preduzeća (učesnike na tržištu) – članovi 101 – 106 i Odeljak 2 – pomoć odobrena od države (state aid) – članovi 107 -109, određuje i postavlja osnove politike zaštite konkurencije u EU koje obavezuju sve države članice, a istovremeno su sastavni deo politike i prava zaštite konkurencije svake države članice. Naravno, postoje ona pitanja politike i prava zaštite konkurencije koja su „nacionalne dimenzije“, a po kojima se mogu uočiti veće ili manje razlike od države do države članice. Ipak prevelikih „sloboda“ tu zaista i nema, niti ih može biti. Procesu tzv. konvergencije (približavanja uz usklađivanje) nacionalnih propisa sa propisima EU, a naročito između nacionalnih propisa, daje se poseban značaj u daljem razvoju politike i prava konkurencije.

Član 102 TFEU – odredbe koje se odnose na unilateralne postupke učesnika na tržištu

Član 101. TFEU, kao i Uredba 139/2004 o kontroli koncentracija⁵, predstavljaju osnovne pravne instrumente EU kojima se uređuju pitanja „sporazuma“, odnosno odnosa koji podrazumevaju učešće dve ili više strana (čitaj učesnika na tržištu). Dok se pomenutom Uredbom 139/2004, koja se u sklopu drugih relevantnih propisa još označava kao osnovni deo EMR (EC Merger Regulation), regulišu odnosi koji donose trajne promene u kontroli nad nekim učesnikom/učesnicima na tržištu (koncentracije), a time često i do promene u strukturi stanja konkurencije na nekom relevantnom tržištu, član 101. TFEU se odnosi na druge vrste sporazuma (horizontalnih i/ili vertikalnih) čiji uticaj na konkurenciju nije beznačajan.

Član 102. TFEU, naslanjajući se na odredbe o restriktivnim – zabranjenim sporazumima iz člana 101.TFEU, donosi odredbe kojima se zabranjuju određeni vidovi ponašanja, akti i radnje pojedinih učesnika na tržištu, koji su samo njihovi akti i radnje (tzv. unilaterani postupci), pri čemu se odnosi samo na one učesnike za koje se može utvrditi da se nalaze u dominantnom položaju na relevantnom tržištu.

4 TFEU član 120. – prevod autora ovog teksta

5 Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004, on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation) OJ L 24 p.1 od 29.01.2004. godine

Članom 102. TFEU propisano je:

„Svaka zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više učesnika na unutrašnjem tržištu ili njegovom znatnom delu biće zabranjena kao neusklađena sa unutrašnjim tržištem ukoliko može uticati na trgovinu između država članica.

Takva povreda može se sastojati naročito u:

(a) direktnom ili indirektnom nametanju nepravednih nabavnih ili prodajnih cena ili drugih nepravednih uslova trgovine;

(b) ograničavanju proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja na štetu potrošača;

(c) primenom nejednakih uslova na ekvivalentne poslove sa drugim trgovinskim partnerima, dovodeći ih time u nepovoljnije konkurentske okolnosti;

(d) uslovljavajući, drugim stranama, zaključenje ugovora prihvatanjem dodatnih obaveza koje, po svojoj prirodi ili prema komercijalnoj upotrebi, nemaju vezu sa predmetom takvih ugovora.“⁶

Ovaj član „o zloupotrebi dominantnog položaja“ deo je prava svake države članice, a implementiraju ga kako Evropska Komisija, tako i nacionalna tela za zaštitu konkurencije. Primena prava konkurencije EU na zloupotrebu dominantnog položaja uključuje – podrazumeva utvrđivanje postojanja dominantnog položaja, a potom i akata, radnji – ponašanja dominantnog učesnika na tržištu koji se mogu smatrati zloupotrebom tog položaja.

Iako se ne mogu smatrati „propisom“, već jednom od vrsta interpretativnih dokumenata, koje neki autori nazivaju „soft-software“, veoma je važno da na ovom mestu pomenemo i dokument Generalnog Direktorata za konkurenciju u primeni člana 82 TEC⁷ (sada prethodno citirani član 102 TFEU), nakon koga je usledio dokument same Komisije objavljen u februaru 2009. godine – Smernice o prioritetima Komisije u primeni člana 82 Ugovora EC na postupke dominantnih učesnika na tržištu koji predstavljaju zloupotrebu dominantnog položaja, po vrsti ekskluzionu povredu⁸ - odnosno zloupotrebu⁹. Upravo u ovim smernicama Komisija konstatuje da se član 82 primenjuje na učesnike na tržištu koji imaju dominantan položaj, na jednom ili

6 TFEU član 102 – prevod autora ovog teksta

7 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses – iz decembra 2005. godine

8 Pod terminom ekskluziona povreda u ovom tekstu ćemo podrazumevati sve vidove povreda dominantnog položaja koje su usmerene na isključenje konkurenata dominantnog učesnika sa relevantnog tržišta, pri tome se ne upuštajući u brojne detalje i specifičnosti pojedinih vidova povrede.

9 Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings OJ C 45/2009 od 24.02.2009. godine

čak više tržišta, a takođe konstatuje da dominantan položaj može imati pojedinačni učesnik (pojedinačna dominacija) ili dva ili više učesnika na tržištu (kolektivna dominacija). Same smernice odnose se samo na slučajeve zloupotrebe dominantnog položaja koju počinu učesnik sa pojedinačnom dominacijom¹⁰.

Komisija se u istom dokumentu određuje u pogledu svojih prioriteta¹¹ i navodi da će se u odnosu na ekskluziona ponašanja – postupke dominantnih učesnika fokusirati na one vrste postupaka koje su najštetnije po potrošače. „Potrošači imaju benefit od konkurencije kroz niže cene, bolji kvalitet i širi izbor novih ili unapređenih robe ili usluga“¹²

Dokumenti ovakve vrste imaju veoma veliki praktični značaj za svakodnevnu praksu Komisije (čitati DG za konkurenciju), a istovremeno doprinose višem stepenu prediktabilnosti u pogledu reakcija i postupanja Komisije u slučajevima povreda konkurencije, dok za same učesnike na tržištu znače, osim izvesnosti o prethodno rečenom, određenu pravnu sigurnost u pogledu krajnjeg ishoda u slučaju da odluče da učine i/ili učine povredu konkurencije.

Domaći pravni okvir

U „domaći pravni okvir“ svakako moramo uključiti i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju koji je stupio na snagu 01. septembra 2013. godine, a u kome se u okviru Naslova VI – Usklađivanje propisa, primena prava i pravila konkurencije, u članu 73. – Konkurencija i ostale ekonomske odredbe, definišu i obaveze koje je Republika Srbija preuzela u oblasti zaštite konkurencije.

Suštinski element samog SSP predstavlja stvaranje zone slobodne trgovine između Srbije i EU, a osnovna preuzeta obaveza odnosi se na postepeno usklađivanje postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama EU, kao i na njihovu pravilnu primenu i sprovođenje.

Preuzete obaveze naglašeno se odnose na: zaštitu konkurencije, kontrolu državne pomoći, standardizaciju i usklađenost tehničkih propisa, zaštitu prava intelektualne svojine, postupke javnih nabavki i zaštitu potrošača.

Na listi domaćih propisa naći će se mali broj stavki – to je pre svega Zakon o zaštiti konkurencije („Službeni glasnik RS“ br 51/2009 i 95/2013) kome je prethodio Zakon

10 Tačka 4. Smernica iz prethodne napomene

11 Tačka 5. Smernica iz prethodne napomene

12 Izvod iz teksta tačke 5. Smernica – prevod autora ovog teksta. Inače u ovom tekstu se nalazi praktično definicija onoga što se u literaturi, pa i praksi zaštite konkurencije, naziva „competition on the merit“ – konkurentna borba kroz niže cene, bolji kvalitet i širi izbor novih ili unapređenih postojećih: robe i/ili usluga.

o zaštiti konkurencije („Službeni glasnik RS 79/2005). Oba zakona sadrže odredbe kojima se definiše dominantni položaj, a kasnije i povreda konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja. Izmenama i dopunama važećeg Zakona o zaštiti konkurencije koje su u primeni od 08.11.2013. godine, došlo je i do izmena u članu 15. Zakona u kome je propisano šta se smatra dominantnim položajem. Pre izmena i dopuna ovim članom bilo je propisano da dominantan položaj na relevantnom tržištu ima učesnik koji nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna, odnosno koji ima značajno bolji položaj u odnosu na konkurente, uzimajući pri tome u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržištu. Postojala je propisana zakonska pretpostavka postojanja dominantnog položaja – koju je činio prag od 40% tržišnog učešća, a u slučaju da je stranka sporela postojanje dominantnog položaja iako je „dosegla“ ili čak premašila „prag“ zakonske pretpostavke, na njoj je bio teret dokazivanja da nije u dominantnom položaju. Sledstveno ovom pristupu, na Komisiji je bio teret dokazivanja da stranka u postupku ima dominantan položaj iako je njen tržišni udeo ispod „magične“ granice od 40%. Ovakav koncept, ne samo da je značio korak unazad u odnosu na prethodni zakon, mada ne u istoj meri u odnosu na deo vezano za zakonsku pretpostavku sa pragom od 40%, jer je takva pretpostavka postojala i u prethodnom zakonu, ali u pogledu „definicije“ dominantnog položaja sigurno, već je i u „realnom životu“ doneo dosta nerazumevanja od strane učesnika na tržištu, potpomognutih „veštima“ advokatima - naravno. Naime pojavila su se mišljenja i tumačenja prema kojima bi se, da su tačna, postojanje pojedinačne dominacije praktično moglo utvrditi samo u slučajevima koji bi se smatrali monopolima ili u najmanju ruku „superdominacijom“¹³.

Nakon izmena i dopuna sa početkom primene od 08.11.2013. godine neke dileme su otklonjene, a neka preciziranja su donela unapređenja u član 15. Zakona koji sada glasi:

„Dominantan položaj ima učesnik na tržištu koji, zbog svoje tržišne snage, može da posluje na relevantnom tržištu u značajnoj meri nezavisno u odnosu na stvarne ili potencijalne konkurente, kupce, dobavljače ili potrošače.

13 U stručnoj literaturi upotrebljavaju se i izrazi: superdominacija, položaj blizu monopola, najviši (vrhovni) položaj i slično, a sve sa namerom da se označe učesnici na tržištu koji ne samo da su u dominantnom položaju, već je taj položaj, iskazan tržišnim učešćem i tržišnom snagom tih učesnika, toliko veliki da se javlja potreba njegovog razlikovanja od „običnog“ dominantnog položaja. To naravno znači i da je uticaj takvih učesnika na tržištu daleko veći, a u slučaju da kao takvi počine i povredu konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja, refleksija na relevantno tržište bi bila značajno veća. S obzirom na to da takvi učesnici gotovo nikada nisu dominantni samo na jednom relevantnom tržištu, te da se efekti zloupotrebe dominantnog položaja na jednom tržištu mogu lako „preliti“ i na tržišta na kojima nemaju dominantan položaj, svi njihovi postupci koji bude i najmanju sumnju u postojanje povrede (i ne samo zloupotrebe) predstavljaju prioritete „predmete“ za svako nacionalno telo za zaštitu konkurencije.

Tržišna snaga učesnika na tržištu se utvrđuje u odnosu na relevantne ekonomske i druge pokazatelje, a naročito:

- 1) strukturu relevantnog tržišta;
- 2) tržišni udeo učesnika na tržištu čiji se dominantni položaj utvrđuje, naročito ako je veći od 40% na utvrđenom relevantnom tržištu;
- 3) stvarne i potencijalne konkurente;
- 4) ekonomsku i finansijsku snagu;
- 5) stepen vertikalne integrisanosti;
- 6) prednosti u pristupu tržištima snabdevanja i distribucije;
- 7) pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržištu;
- 8) snagu kupca;
- 9) tehnološke prednosti, prava intelektualne svojine.

Dva ili više pravno nezavisna učesnika na tržištu mogu da imaju dominantan položaj ako su povezani ekonomskim vezama tako da na relevantnom tržištu zajednički nastupaju ili deluju kao jedan učesnik (kolektivna dominacija).

Teret dokazivanja dominantnog položaja na utvrđenom relevantnom tržištu je na Komisiji.“

Sama povreda konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja definisana je članom 16. Zakona i nije pretrpela izmene od početka primene Zakona iz 2009. godine, niti se u suštini razlikuje od definicije iste povrede u prethodnom Zakonu iz 2005. godine.

Članom 16. Zakona propisano je:

„Zloupotreba dominantnog položaja na tržištu zabranjena je.

Zloupotrebom dominantnog položaja, naročito se smatra:

- 1) neposredno ili posredno nametanje nepravične kupovne ili prodajne cene ili drugih nepravičnih uslova poslovanja;
- 2) ograničavanje proizvodnje, tržišta ili tehničkog razvoja;
- 3) primenjivanje nejednakih uslova poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu, čime se pojedini učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente;
- 4) uslovljavanje zaključenja ugovora time da druga strana prihvati dodatne oba-

veze koje po svojoj prirodi ili prema trgovačkim običajima nisu u vezi sa predmetom ugovora.“

Već na prvi pogled možemo uočiti visok stepen usklađenosti „našeg“ člana 16. sa članom 102 TFEU, što je svakako dobro, ukoliko smo namerni da ispunimo svoje obaveze preuzete u SSP. Ono što zbog namene i cilja ovog teksta ne može biti raspravljeno, odnosno o čemu se u ovom tekstu ne može ulaziti u detalje, predstavljaju pitanja poput: šta su to nepravične cene ili nepravični uslovi poslovanja; šta je pravo značenje izraza: „nejednaki uslovi,“ i „isti poslovi“; šta se sve smatra ograničavanjem proizvodnje i/ili tržišta itd. Važno je samo napomenuti da se u teoriji, a u manjoj meri i u praksi primene prava konkurencije, bez većih napora mogu pronaći različiti stavovi i „odbrane“ pojedinih mišljenja i pristupa ovim pitanjima. Svakom čitaocu koji bi posvetio svoje vreme ovim temama, na osnovu ličnog iskustva, sugerišem da, pre no što se upusti u „avanturu“, bude svestan okolnosti da od „struke“ autora nekog teksta, kao i njegove „pripadnosti“ pojedinim pravcima i/ili „škola-ma“, zavise i odgovori na prethodna, ali i mnoga druga, pitanja. Kao „dobru praksu“ mogao bih preporučiti: čitaj i ekonomiste i pravnike, ali posebno analiziraj dostupnu praksu Evropske Komisije i nacionalnih tela za zaštitu konkurencije, a naročito sudsku praksu Evropskih sudova.

„Referentni slučajevi – EU praksa

Isključivo u nameri da, onima koji se zainteresuju „po prvi put“, pomognem u snalaženju sa brojnom sudskom praksom Evropskih sudova kao i odlukama Evropske Komisije, a u vezi sa tematikom koju obrađujem u ovom tekstu, odlučio sam da navedem i neke „referentne“ slučajeve – predmete koje i sami analiziramo u svojoj svakodnevnoj praksi, a i neke koje smo posebno imali u vidu kada smo radili na predmetu koji opisujem u drugom delu teksta.

„Neizostavni“ su: ECJ United Brands (1978); ECJ Hoffman-La Roche (1979); ECJ Michelin I (1983); GC AstraZeneca (2010); ECJ TeliaSonera (2011) – da pomenem samo neke, a vezano zakonkretan predmet i postupak koji je vođen pred Komisijom za zaštitu konkurencije navodim dva predmeta: Langnese-Iglo GmbH – odluka Komisije EC od 23. decembra 1992. godine (OJ L 183 p.19 od 26.07.1993. godine); Van den Bergh Foods Limited – odluka Komisije EC od 11. marta 1998. godine (OJ L 246 p.1 od 04. septembar 1998. godine).

Preporučena literatura

Iz potpuno istih razloga iz kojih sam naveo neke „referentne“ slučajeve iz EU prakse, navodim „nešto od literature“ kojom se lično najčešće koristim u svakodnevnom poslu. Podrazumeva se da bi „lista predloga“ mojih saradnika u sektoru verovatno izgledala ponešto drugačija, ali je sigurno da neke naslove ni oni nipošto nebi izostavili.

Dakle predlog za temu zloupotrebe dominantnog položaja, ali naravno i neke druge teme, uključuje „najmanje“ sledeće naslove: Competition Law – Seventh Edition – Richard Whish/David Bailey, Oxford University Press (2012); The Law and Economics of Article 102 TFEU – Second Edition – Robert O'Donoghue and Jorge Padilla, Hart Publishing (2013); Economics for Competition Lawyers – Gunar Niels, Helen Jenkins, James Kavanagh, Oxford University Press (2011); Market Power in EU Antitrust Law- Luis Ortiz Blanco, Hart Publishing (2012); A principled approach to abuse of dominance in European competition law- Liza Lovdahl Gormsen, Cambridge University Press (2010); EC Competition Law – Giorgio Monti, Cambridge University Press (2007) – da pomenem samo neke veoma interesantne i korisne za „svakodnevn rad“.

Dominantan položaj – zakonom zabranjen ili ne?

Kao što sam već ranije napomenuo, tema je veoma „inspirativna“ i „široka“, ali ovaj tekst ne pretenduje da se njome bavi više od potrebnog da se „priđe“ temi konkretnog predmeta, koji se u nastavku prikazuje. Zaključno za ovaj deo teksta recimo još samo jednu rečenicu, pre svega zbog iskustava sa pojedinim učesnicima na tržištu, a naročito podnosiocima inicijativa za pokretanje postupaka radi ispitivanja povreda u vidu zloupotreba dominantnog položaja: **dominantan položaj nije zakonom zabranjen – zabranjena je njegova zloupotreba ako se na taj način ostvaruje „biće“ povrede konkurencije, kako je ona definisana u članu 9. Zakona o zaštiti konkurencije**¹⁴.

14 Članom 9. Zakona o zaštiti konkurencije propisano je: „Povredom konkurencije u smislu ovog zakona smatraju se akti ili radnje učesnika na tržištu koje za cilj ili posledicu imaju ili mogu da imaju značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije.

II Predmet „FRIKOM“ – anatomija jedne povrede konkurencije

Uvodni podaci

Komisija za zaštitu konkurencije „bavila se“ predmetom, koji smo u toku ispitnog postupka u sektoru nazvali predmet „Frikom“, praktično od 21. maja 2010. godine pa sve do donošenja konačnog rešenja 19. novembra 2012. godine, kojim je Komisija utvrdila postojanje zloupotrebe dominantnog položaja, odredila meru zaštite konkurencije (čitati: novčanu kaznu), ali i neke mere ponašanja koje je smatrala primerenim i dovoljnim da se otkloni zabrinutost od mogućeg nastavka ili ponavljanja iste ili slične povrede konkurencije.

Nezadovoljna rečenim rešenjem Komisije, stranka u postupku pokrenula je upravni spor pred Upravnim sudom, a nakon presude u predmetu 12 U 17578/12 od 12. marta 2013. godine, kojom je tužba odbijena u celosti, usledio je postupak pred Vrhovnim kasacionim sudom pokrenut upotrebom vanrednog pravnog leka. Presudom u predmetu Uzp 181/2013 donetom 06. februara 2014. godine, kojom je zahtev odbijen stavljena je „tačka“ na ovaj predmet.

Dakle mogao bih, sumirajući prethodne podatke, zaključiti da je jedan veoma složen predmet, koji je iziskivao složen ispitni postupak, prikupljanje i analizu veoma obimne dokumentacije i podataka, složene ekonomske analize - u praksi naše Komisije po prvi put rađene u tom obimu, kvalitetu i „sopstvenim“ snagama, završen uspešno u periodu od 3 godine i 8 meseci. Imajući u vidu činjenicu da je rešenje Komisije doživelo proveru i pred Upravnim sudom, a praktično kroz proveru te presude i pred Vrhovnim kasacionim sudom, pri čemu nije bilo „popravnog“ za Komisiju, bez lažne skromnosti, sektor kojim trenutno rukovodim može zaista biti ponosan na svoj rad, iako to i nije prvi uspešan i važan postupak u praksi ove Komisije. Recimo i sledeće, nakon što je istekao rok određen rešenjem Komisije za uplatu novčanog iznosa mere zaštite konkurencije, pre koga je i rešenje već postalo pravnosnažno, stranka u postupku nije dobrovoljno izvršila svoju obavezu ni do donošenja presude Vrhovnog kasacionog suda, a ni posle te presude. Komisija je, u skladu sa zakonskim rešenjem predviđenim upravo za takvu situaciju, pokrenula postupak prinudnog izvršenja, a poreska uprava je postupak sprovela u skladu sa propisima kojima se uređuje naplata poreza.

Formalnopravno postupak je pokrenut Zaključkom predsednika Komisije od 06.08.2010. godine, po službenoj dužnosti, a radi utvrđivanja postojanja radnje zloupotrebe dominantnog položaja u smislu člana 16. Zakona o zaštiti konkurencije („Službeni glasnik RS“ br. 51/2009).

Pre donošenja pomenutog zaključka o pokretanju postupka, Komisija je već raspolagala većim brojem informacija i podataka, pa čak i dokumenata prikupljenih na tržištu ali i od samog „Frikoma“, kasnije stranke u postupku. Na ovom mestu donosim čitaocima ilustraciju jedne od mnogih okolnosti, koju je stručna služba otkrila pretragom informacija dostupnih na internetu, a koja je, kasnije se u ispitnom postupku ispostavilo, bila od manjeg ili čak gotovo bez značaja za konačnu odluku, mada je poslužila kao jedna od „signalnih lampica“.

Na zvaničnoj internet stranici Agrokor¹⁵ u periodu od pokretanja postupka pa sve do promene internet stranice (poslednji snimak sačinjen je 08.07.2011. godine) Komisiji su bili dostupni podaci, odnosno tekst sledeće sadržine: „Potpuni učinak promjena koje je Agrokor snažno pokrenuo ulaskom u Frikom 2003. godine očitovao se tijekom 2004. kada je samo u prvih 7 mjeseci zabilježen rast tržišnog udjela od 12,9%. čime je Frikom definitivno preuzeo lidersku poziciju na tržištu sladoleda Srbije sa 40,2% ukupnog tržišta.“ a dalje se u tekstu navodilo: „Nadalje, uvedene su bitne promjene u prodajnoj politici, **te je vrlo brzo u potpunosti pokriveno tržište Srbije i postavljene strateške barijere za svaki mogući dodatni ulazak bilo koje konkurencije. Paralelno s aktivnostima u sladoledu, Frikom je uspio obnoviti i znatno povećati vlastitu proizvodnju zamrznutog povrća te je i na tom tržištu zadržao poziciju vodećeg branda sa snažnim potencijalom i za izvoz.**“

U trenutku kada je služba prikupila dovoljno podataka, informacija i dokumentacije koja je prethodno analizirana, u meri potrebnoj za tu fazu postupanja Komisije, odnosno kada se osnovano moglo pretpostaviti postojanje povrede konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja – donet je i zaključak o pokretanju postupka¹⁶.

S obzirom na to da zakonsko rešenje načina na koji se pokreće postupak ne daje mogućnost stranci, protiv koje je postupak pokrenut, da osporava zaključak o pokretanju postupka, osim naravno tužbom protiv konačnog rešenja kojom se pokreće upravni spor, samo donošenje rečenog zaključka znači da, za „duže vreme“,

15 www.agrokor.hr/130.aspx

16 Postojeće zakonsko rešenje u svim slučajevima ispitivanja postojanja povrede konkurencije propisuje pokretanje postupka, isključivo, po službenoj dužnosti i to nezavisno od okolnosti da li je Komisija sama došla do potrebnih saznanja o povredi ili je do tih saznanja došla od podnosioca inicijative za pokretanje postupka ili drugih davaoca informacija. Ovakav koncept bitno se razlikuje od koncepta koji je sadržao prethodni zakon iz 2005. godine. Po prethodnom zakonu postupak je mogao biti pokrenut i po zahtevu nekog učesnika na tržištu, a koji je sledstveno tome kasnije u postupku pred Komisijom imao status stranke u postupku i sva procesna prava koja su mu po tom osnovu pripadala. Prema sadašnjem zakonskom rešenju u konkretnom slučaju – samo učesnik na tržištu protiv koga je pokrenut postupak ispitivanja povrede konkurencije ima status stranke u postupku. Podnosioci inicijative i/ili davaoci informacija takav status nemaju, a podnosilac inicijative ima veoma ograničeno „procesno“ pravo da bude informisan od strane Komisije o ishodu njegove inicijative, a kasnije u toku ispitnog postupka – da na svoj zahtev bude obavešten samo o toku postupka. Drugi vidovi „učesća“ u ispitnom postupku, osim po pozivu ili nalogima Komisije, nisu na raspolaganju podnosiocu inicijative.

stručnoj službi predstoji ozbiljan rad u okviru ispitnog postupka. Sve do izmena i dopuna Zakona o zaštiti konkurencije, koje su počele da se primenjuju od 08. novembra 2013. godine, nije postojala ni mogućnost za prekid postupka na način kako je to sada definisano članom 58. Zakona¹⁷, odnosno nije postojala mogućnost da se prekine postupak a da se pri tome ne konstatuje postojanje povrede, niti je stranka u postupku imala mogućnost da predloži prekid postupka a da pri tome, eksplicitno ili implicitno, ne „prizna“ postojanje povrede konkurencije. U ovako „obimnim“ predmetima u kojima se kao stranka u postupku pojavljuju učesnici sa veoma izraženom, „već na prvi pogled“, tržišnom snagom, bilo je teško i pretpostaviti da bi se u slučaju postojanja povrede konkurencije uopšte ispunili uslovi za prekid postupka po prethodnom zakonskom rešenju (pre svega mala i kratkotrajna povreda konkurencije).

Ko je stranka u postupku?

Stranka u postupku bilo je društvo „Industrija smrznute hrane Frikom“ AD, sa sedištem u Beogradu. Uzimam slobodu, mada sam to već činio i u prethodnom delu teksta, da stranku u nastavku nazivam „Frikom“, zbog lakšeg izražavanja, a bez opasnosti da kod bilo kog čitaoca izazovem zablude u pogledu identiteta ovog učesnika na tržištu.

Nekoliko reči o „istorijatu“: Dana 19.02.2003.g. zaključen je Ugovor o kupoprodaji društvenog kapitala između Industrije smrznute hrane PKB „Frikom“ AD, Beograd,

17 Izmenama i dopunama Zakona („Službeni glasnik RS“ br. 95/2013) unete su suštinske izmene člana 58. koji je i dalje ostao pod svojim prvobitnim naslovom: „Prekid postupka“. Ipak u suštini se radi o uvođenju jednog potpuno novog i potpuno različitog instituta u Zakon. Novo uvedeno rešenje koje se naziva i dalje „Prekid postupka“ u velikoj meri liči na institut „Commitments“ iz člana 9. Uredbe Saveta (EC) No 1/2003 (OJ L 1, 04.01.2003, p 1). Nažalost ipak samo „liči“, a istovremeno, možda malo neoprezno od zakonodavca, na „mala vrata“ uvodi mogućnost da se, čak i onda kada je ispitni postupak potpuno završen, kada za stručnu službu više ne postoje dileme na temu ima li povrede konkurencije ili ne, stranka u postupku može javiti predlogom za „prekid postupka“ kako je on sada definisan. Možda bi čak i u takvoj situaciji mogla računati na pozitivnu odluku Saveta Komisije, koji jedini o tome odlučuje – iako nije ni na koji način vezan predlogom stranke. Mada je, naizgled, diskreciono pravo Saveta „ograničeno“ obavezom da sprovede tzv. „market test“ – objavom predloga na svojoj internet stranici i prikupljanjem mišljenja i predloga drugih učesnika na tržištu, autor ovog teksta i dalje ostaje u uverenju da novi institut „nije do-rečen“. Pre svega imao bi svoj puni smisao na „početku“ postupka, a ukoliko bi trebao da ima i značenje i posledice pomenutog instituta „Commitments“, to bi kao preduslov značilo izmene i dopune Zakona kojima bi se dodatno regulisao „postupak“ koji Komisija sprovodi pre no što se eventualno donese zaključak o pokretanju postupka. Radnje Komisije u tom periodu mogu biti, a u pravilu i jesu, od presudnog značaja za kasniji ispitni postupak. Upravo u tom periodu u punoj meri može doći do izražaja i načelo ekonomije u postupku, odnosno samo tada Komisija bi mogla prihvatiti eventualno da „prekine“ dalje postupanje ukoliko bi obaveze koje bi ponudila potencijalna stranka u ispitnom postupku bile „takve i tolike“ da bi mogle otkloniti svaku dalju zabrinutost Komisije u pogledu mogućnosti da konkretni učesnik na tržištu nastavi, ili ponovi, akte ili radnje koje su posmatrane kao potencijalna povreda konkurencije.

Agencije za privatizaciju i „Agrokor“ DD Koncerna za upravljanje društvima, proizvodnju i trgovinu poljoprivrednim proizvodima iz Zagreba, Republika Hrvatska (u daljem tekstu: Agrokor). Prema podacima objavljenim na zvaničnoj internet stranici Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti, na adresi: www.crhov.rs dana 16.12.2011.g. na prvom mestu među prvih 10 akcionara Frikoma, po broju akcija, broju glasova, kao i po vrednosti akcijskog kapitala (95,82977% od ukupne emisije po svim navedenim osnovama), bio je Agrokor.

Na osnovu podataka koje je Komisija prikupila o poslovanju, pretežnoj delatnosti, a naročito podataka koje je dostavilo Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede-Uprava za veterinu, Komisija je utvrdila da su učesnici aktivni na domaćem tržištu proizvodnje sladoleda u 2010.g. koji poseduju objekte za proizvodnju sladoleda: Frikom, Nestle i Ice Cream Factory. Prema javno dostupnim podacima, ali i podacima Republičkog zavoda za statistiku, koji su Komisiji dostavljeni na zahtev, navedeni učesnici aktivni na tržištu proizvodnje sladoleda imaju šifru delatnosti 15520 i naziv pretežne delatnosti: „proizvodnja sladoleda i drugih smrznutih smesa“. Komisija je raspolagala podacima da se „Frikom“, osim proizvodnjom i distribucijom sladoleda, bavi i proizvodnjom i distribucijom ostale smrznute hrane.

S obzirom na to da je zaključak o pokretanju postupka donet nakon što se osnovano pretpostavilo postojanje povrede konkurencije na tržištu proizvodnje i distribucije sladoleda, bilo je važno saznati i utvrditi da li ispitni postupak treba usmeriti i na drugi segment delatnosti (proizvodnje), za koji smo već imali podatke koji nisu tako jasno ukazivali na postojanje dominantnog položaja na tržištu proizvodnje i distribucije smrznute hrane. Postojala je takođe opasnost da u postupku neopravdano isključimo mogućnost da su se efekti pretpostavljene povrede konkurencije sa jednog tržišta, na kome je učinjena, „prelili“ i na drugo tržište na kome „Frikom“ nije bio dominantan, izazivajući pritom negativne posledice i na tom relevantnom tržištu.

Zašto samo sladoled a ne i smrznuta hrana?

Prema podacima prikupljenim od „Frikom“, ovo društvo je proizvođač i distributer kako sladoleda tako i smrznute hrane. Distributivna mreža je veoma razgranata i ima 7 distributivnih centara: Beograd, Vrbas, Šabac, Čačak, Novi Pazar, Niš i Vranje. Distribuciju vrši sopstvenim distributivnim vozilima. Na osnovu ugovorne dokumentacije kojom je Komisija raspolagala, utvrđeno je da se isporuka „Frikom“ proizvoda ugovara za jednogodišnji ili višegodišnji period, putem tipskih ugovora za najveći broj kupaca-maloprodavaca, a kojima se definišu svi komercijalni uslovi.

Polazeći od činjenice da Frikom, obavljajući svoju delatnost, posluje kao učesnik na tržištu proizvodnje i tržištu veleprodaje ne samo sladoleda već i smrznute hrane, Komisija je za potrebe ovog postupka prikupila i podatke koji se odnose na uslove konkurencije na tržištu proizvodnje i tržištu veleprodaje smrznute hrane.

U tom smislu, Komisija je, u periodu maj-avgust 2010. godine, prikupila podatke od konkurenata: ABCFood d.o.o. Ruski Krstur; FLORA d.o.o. Bečej; PRIMA Product d.o.o.Subotica; LOLACo d.o.o. Beograd; HIGLO AD Hladnjača, Horgoš; SIGMAAZ d.o.o.Beograd. Dobijeni podaci su se odnosili i na procenu sopstvenog učešća navedenih subjekata na domaćem tržištu prodaje smrznute hrane, kao i na identifikovanje najjačeg konkurenta na tom tržištu u 2008. i 2009. godini. Kao najjači konkurent identifikovan je Frikom. Prikupljeni podaci nisu se značajno razlikovali od podataka o „samoprocenjivanju“ „Frikom“, a kretali su se od oko 40%, kod zaleđenog peciva i ribe, do oko 70% kod zaleđenog povrća.

Međutim, iako su podaci „palili lampice“ i upozoravali, Komisija je u daljem ispitivanju utvrdila da „Frikom“ na ovom tržištu posluje kao proizvođač i distributer sopstvenih proizvoda, a istovremeno i kao distributer proizvoda drugih proizvođača.

Komisija je utvrdila da Frikom nije proizvođač ukupne količine smrznutog povrća koju je, u posmatranom trogodišnjem periodu, prodao na domaćem tržištu. U periodu 2008. god. – 2009. god. i u odnosu na ukupnu količinu prodatog smrznutog povrća, Frikom se, za određene količine, javlja isključivo u ulozi distributera drugih proizvođača.

Pri ovakvom stanju stvari bilo je od odlučnog značaja za dalje postupanje da se utvrdi realan odnos (udeo) proizvoda iz kategorije smrznute hrane i sladoleda u ukupno ostvarenom prometu Frikoma. Pri tome je Komisija imala u vidu da je Frikom proizvođač sve tri vrste sladoleda koje plasira na domaće tržište, a da se u kategoriji smrznute hrane javlja kao proizvođač samo za povrće i testa. Ostale proizvode u kategoriji smrznuta hrana (voće, riba i gotova jela), kod kojih se Frikom javlja isključivo kao distributer drugih proizvođača, Komisija nije uzela u obzir pri utvrđivanju ovog odnosa, jer bi njihovo uključivanje dalo iskrivljenu, odnosno nerealnu sliku o odnosu i značaju ovih kategorija za „Frikom“, kada je u pitanju vlastita proizvodnja i njen plasman. Navedeno je posebno značajno sa stanovišta vođenja politike rabata, popusta i drugih davanja, gde je pozicija „Frikom“, kada su njegovi sopstveni proizvodi u pitanju, neuporedivo bolja u odnosu na njegovu poziciju kada se javlja samo u ulozi dobavljača, odnosno distributera proizvoda dugog (drugih) proizvođača. Komisija je ocenila da je jedino ispravno i realno, porediti promet onih proizvoda koje Frikom sam proizvodi. Upravo u tom prometu i dolazi do izražaja superiorna pregovaračka pozicija Frikoma.

Bez potrebe da ovaj tekst opterećujem svim detaljima i rezultatima sprovedenih i složenih analiza, na prethodnu temu ipak moramo navesti, kao odgovor na postavljeno pitanje, da je na osnovu svih prikupljenih podataka, kao i detaljne analize ugovora koji su u toku postupka bili dostupni Komisiji, a koji su zaključeni između „Frikom“ i reprezentativnog uzorka njegovih kupaca-maloprodavaca, zaključeno:

- da je Frikom proizvođač sve tri vrste sladoleda, a kod smrznute hrane, proizvodi samo testa i povrće, mada se i kod povrća javlja jednim delom kao dis-

tributer, dok se kod voća, smrznute ribe i gotovih jela, javlja isključivo kao distributer;

- da su predmet svih ugovora dostupnih Komisiji i sladoled (sve tri vrste) i povrće i testa, koje „Frikom“ sam proizvodi, ali i ostale vrste smrznute hrane (voće, riba i gotova jela), koje „Frikom“ isključivo distribuira;
- da je domaće tržište prodaje sladoleda visoko koncentrisano, odnosno konkurencija je neuporedivo slabija u poređenju sa konkurencijom na domaćem tržištu prodaje smrznute hrane;
- da Frikom ostvaruje oko 70% prometa povrća, voća i testa (i naturalno i finansijski) sa „prvih 1.000“ kupaca, a čak oko 40% prometa ostvaruje sa „prvih 10“ kupaca, među kojima su i svi „Ključni kupci“, gde je njegova pregovaračka pozicija u ravnoteži, ili nešto slabija, odnosno gde nije u poziciji pregovaračke dominacije koja bi stvorila mogućnost nametanja vlastitih uslova poslovanja;
- da za razliku od napred navedenih proizvoda u kategoriji smrznute hrane, „Frikom“ ostvaruje oko 60% prometa sladoleda (i naturalno i finansijski) sa oko 90% aktivnih kupaca koji su u kategoriji srednjih i malih kupaca-maloprodavaca, a koji su u odnosu na „Frikom“ u neuporedivo slabijoj pregovaračkoj poziciji. Upravo ova okolnost je na strani „Frikom“, kao proizvođača sve tri vrste sladoleda, stvorila mogućnost da samostalno, bez potrebe uvažavanja eventualno drugačije volje druge ugovorne strane, utvrđuje komercijalne uslove (cene, osnovne rabate, dodatne i super rabate, naknade, popuste kao i različita uslovljavanja), pod kojima je ovim kupcima jedino bilo moguće poslovanje sa „Frikom“;
- da, iako je učešće povrća, voća i testa u ukupno ostvarenom prometu svih vrsta smrznute hrane oko 80% (naturalno), odnosno oko 70% (finansijski), njihovo učešće u ukupnoj finansijskoj realizaciji, koja uključuje i sladoled, je svega oko 30%;
- da je učešće „prvih 10“ kupaca povrća, voća i testa (naturalno i finansijski), među kojima su i svi „Ključni“ kupci, na nivou učešća „prvih 1.000“ kupaca sladoleda.

Na osnovu prethodno navedenog, Komisija je ocenila da ne postoji osnovana pretpostavka da je „Frikom“ na tržištu prometa smrznute hrane zloupotrebio ili mogao zloupotrebiti dominantan položaj čak i u grupama smrznute hrane u kojima je njegovo tržišno učešće veće od 40%, što bi inače bio uslov za zakonsku pretpostavku postojanja dominantnog položaja. Nasuprot tome, Komisija je na osnovu svih raspoloživih podataka, polazeći od utvrđenog činjeničnog stanja koje ukazuje da su ispunjeni uslovi za zakonsku pretpostavku postojanja dominantnog položaja na tržištu prodaje sladoleda, nastavila postupak ispitivanja povrede konkurencije na tržištu proizvodnje i prodaje sladoleda.

Relevantno tržište

„Pitanje“ relevantnog tržišta predstavlja ključno pitanje svakog postupka pred Komisijom. Tu zaista nema nikakve razlike da li se radi o odobrenju sprovođenja koncentracije, izuzeću restriktivnog sporazuma od zabrane, ispitivanju povrede konkurencije ili samo o davanju mišljenja o primeni propisa iz oblasti zaštite konkurencije. Rešavanje tog „pitanja“ na pravilan način – uslov je bez koga nije moguće pravilno voditi niti okončati bilo koji od postupaka. Prilikom određivanja relevantnog tržišta inače, a tako i za potrebe konkretnog postupka, Komisija primenjuje Zakon i Uredbu o kriterijumima za određivanje relevantnog tržišta („Službeni glasnik RS“ br. 89/09 – u daljem tekstu označićemo je kao: Uredba).

Prema članu 6. stav 1. Zakona, odnosno članu 1. stav 2. Uredbe, relevantno tržište jeste tržište koje obuhvata relevantno tržište proizvoda na relevantnom geografskom tržištu.

Polazeći od pomenutih odredbi Zakona i Uredbe, kao i od određenja relevantnog tržišta proizvoda i relevantnog geografskog tržišta, koje je prethodilo u postupku, Komisija je, u ovoj upravnoj stvari, kao **relevantno tržište** utvrdila **tržište veleprodaje industrijskog sladoleda na teritoriji Republike Srbije**.

Tržište veleprodaje, u smislu prethodnog određenja relevantnog tržišta, podrazumeva ukupan plasman industrijskog sladoleda u trgovini na veliko, uključujući, pored plasmana iz domaće proizvodnje, plasman ukupnih količina iz uvoza, na tržištu Republike Srbije.

Komisija je ispitivala i eventualnu mogućnost određivanja užeg relevantnog tržišta proizvoda i užeg relevantnog geografskog tržišta.

Međutim, imajući u vidu odlučne okolnosti kod određivanja relevantnog tržišta proizvoda, odnosno da je utvrđeno da sladoled nema zamenu u bilo kom drugom proizvodu i da su sve tri vrste sladoleda predmet analizirane ugovorne dokumentacije kojom Komisija raspolaže, kao i da je kod određivanja relevantnog geografskog tržišta utvrđeno da isti uslovi konkurencije vladaju na celoj nacionalnoj teritoriji, ocenjeno je da ne postoje osnovani i opravdani razlozi da se, za potrebe ovog postupka, utvrde uža relevantna tržišta proizvoda, odnosno uža relevantna geografska tržišta.

Istražimo u nastavku teksta osnovne razloge, okolnosti i argumente koje je Komisija uzela u obzir pri ovakvom određenju relevantnog tržišta:

Relevantno tržište proizvoda

Relevantno tržište proizvoda definisano je članom 6. stav 2. Zakona, kao i članom 2. stav 1. Uredbe: „Relevantno tržište proizvoda predstavlja skup robe, odnosno usluga koje potrošači i drugi korisnici smatraju zamenljivim u pogledu njihovog svojstva, uobičajene namene i cene“.

U stavu 2. istog člana Uredbe propisano je da, izuzetno od stava 1. tog člana ukoliko roba/usluga nema zamenu, relevantno tržište proizvoda čini ta roba, odnosno usluga. Uredba takođe propisuje da se zamenljivost skupa robe/usluga vrši (čitati: utvrđuje) na osnovu kriterijuma procene mogućnosti opredeljenja kupaca za kupovinu druge robe ili usluga koje su zamena za predmetnu robu ili uslugu (supstitucija tražnje), a izuzetno, u odnosu na prethodni - primarni kriterijum, može se utvrditi na osnovu kriterijuma procene mogućnosti drugih učesnika na tržištu da u kratkom roku i bez većih troškova ponude predmetnu robu ili uslugu (supstitucija ponude). Kod ovog drugog kriterijuma naglasak se stavlja na: mogućnost koja realno postoji, kratak rok u kome je to moguće učiniti i na visinu troškova koji bi nastali za nekog drugog učesnika u slučaju da odluči da ponudi predmetni proizvod (robu ili uslugu). Mogućnost ponude predmetnog proizvoda, ali uz značajne troškove i/ili tek nakon dužeg vremenskog perioda, značila bi praktično odsustvo supstitucije ponude, kako je prethodno definisana.

U toku postupka, Komisija je utvrdila da se, prema mestu i načinu proizvodnje i konzumacije, mogu razlikovati dve vrste sladoleda, i to: **zanatski sladoled**, koji se generalno proizvodi i prodaje u znatno manjim količinama, na lokalnom nivou i konzumira u objektima tipa poslastičarnica, ili, znatno ređe, iz uličnih automata, i gde je, po pravilu, mesto kupovine i konzumacije istovremeno i mesto proizvodnje; **industrijski sladoled** kod kojeg je mesto proizvodnje različito od mesta prodaje i mesta konzumacije, bez obzira na vrstu sladoleda, a količine koje se proizvode i distribuiraju, neuporedivo su veće od količina zanatskog sladoleda, dok se mesta prodaje u potpunosti razlikuju od mesta prodaje zanatskog sladoleda.

Imajući u vidu da se Komisija opredelila da postupak usmeri na tržište prodaje sladoleda, kao i činjenicu da Frikom, ali i ostali učesnici na tržištu proizvodnje sladoleda, proizvode isključivo industrijski sladoled i da je industrijski sladoled predmetni proizvod u svim ugovorima između Frikoma i njegovih kupaca-maloprodavaca, predmet razmatranja za potrebe ovog postupka je **isključivo industrijski sladoled**¹⁸.

Primenjujući prvi kriterijum na osnovu koga potrošači ocenjuju zamenjivost nekog proizvoda – **svojstvo proizvoda**, Komisija je zaključila da sladoled kao proizvod ima neka specifična svojstva. Pri tome se imalo u vidu nekoliko važnih činjenica i okolnosti vezanih za sam proizvod. Pošlo se od osnovnih sirovina za proizvodnju sladoleda (mleko, masnoće i šećer, ali u različitim odnosima u zavisnosti od vrste sladoleda), kao i činjenice da se u proizvodnji sladoleda koriste i emulgatori i stabilizatori, pojačivači boje i ukusa, kao i razni dodaci (čokolada, vanila, orasi, lešnici, bademi, voćni koncentрати), koji daju specifičan ukus i aromu širokog spektra, pre svega kod impulsnih sladoleda. Uzimajući u obzir način pakovanja, mesto prodaje i mesto konzumacije, mogu se razlikovati tri osnovne vrste industrijskog sladoleda: **impulsni**, koji se skladišti u rashladnim uređajima-kabinetima smeštenim, po pravi-

18 Komisija je u nastavku teksta obrazloženja svog rešenja upotrebljavala naziv proizvoda „sladoled“ ali u značenju „industrijski sladoled“

lu, ispred ili u neposrednoj blizini ulaza u maloprodajni objekat (naročito u objektima tipa STR) ili putem tzv. „ulične prodaje“, konzumira se neposredno po kupovini na samom mestu ili u blizini mesta kupovine, a svaki komad je pojedinačno pakovan u vlastitom omotu i to najčešće na štapiću, u kornetu ili plastičnoj čaši; **porodični sladoled**, uključujući i veća pakovanja koja sadrže veći broj komada sladoleda u različitim pojedinačnim pakovanjima—štapić, kornet, plastične čaše i sl, (cena po jedinici sladoleda je u tom slučaju niža od cene impulsnog sladoleda, pojedinačno kupljenog), a koji se skladišti u rashladnim vitrinama, u maloprodajnim objektima tipa STR, ali i u super i hiper marketima i koji se konzumira kod kuće, odnosno van mesta prodaje; **ugostiteljski sladoled**, koji se skladišti u većim rashladnim vitrinama i po pravilu, ali ne i isključivo, dostupan je u velikim maloprodajnim objektima tipa super i hiper marketa, ili se direktno isporučuje ugostiteljskim objektima—hotelima, restoranima, kafeima i sl, i koji se po pravilu, ali ne i isključivo, konzumira od strane krajnjih potrošača u sklopu ugostiteljskih usluga koje se pružaju u ugostiteljskim objektima (ređe je predmet konzumacije kod kuće, a praktično nikada odmah po kupovini, na mestu kupovine ili u njegovoj blizini).

Isto tako, sladoled uopšte, a posebno industrijski sladoled, jeste proizvod koji karakteriše posebna tehnologija proizvodnje, pakovanja, skladištenja i distribucije i to tokom svih faza proizvodnje i distribucije, do faze kupovine od strane krajnjeg potrošača, a i daljeg čuvanja do momenta konačne konzumacije (kod porodičnog i ugostiteljskog pakovanja), s obzirom na to da u svakoj navedenoj fazi, mora da bude podvrgnut niskim temperaturama, usled čega je i način skladištenja specifičan (u posebnim rashladnim uređajima tipa kabineta i rashladnih vitrina). Sezonski, ali i klimatski faktor, imaju značajan uticaj na proizvodnju, prodaju i potrošnju sladoleda jer njegov osvežavajući efekat dolazi posebno do izražaja u letnjem periodu, što se naročito, ali ne i isključivo, odnosi na impulsni sladoled. Iz tih razloga, proizvođač sladoleda je prinuđen da ulaže velika sredstva u proizvodnju i skladištenje ovog proizvoda, pri čemu se suočava sa visokim poslovnim rizikom zbog vremenskih prilika koje nije moguće unapred predvideti, što sve zahteva značajnu logistiku i planiranje tražnje tokom cele godine, sa ciljem da se maksimalno podrži sezona koja relativno kratko traje.

Primenjujući naredni kriterijum na osnovu koga potrošači ocenjuju zamenjivost nekog proizvoda, Komisija je ispitivala - **uobičajenu namenu** sladoleda. Sladoled nije sirovina niti poluproizvod namenjen daljoj obradi/preradi, već je finalni proizvod koji je namenjen individualnoj potrošnji, odnosno zadovoljavanju potreba individualnih potrošača za tim konkretnim proizvodom, i to kada su impulsni sladoledi u pitanju, odmah po kupovini, kada su porodični sladoledi u pitanju uglavnom sa odloženom konzumacijom kod kuće, odnosno sa konzumacijom, najčešće ali ne i isključivo, u sklopu ugostiteljskih usluga u ugostiteljskim objektima kada su u pitanju ugostiteljska pakovanja. Uobičajena namena sladoleda je, pre svega, postizanje osvežavajućeg efekta s obzirom na izraziti uticaj sezonskog i klimatskog faktora (letnji meseci, kada je povišena temperatura vazduha), čemu doprinosi posebna teh-

nologija proizvodnje koja uključuje i različite dodatke, što sladoledu daje specifičan ukus i prepoznatljiv, poseban, osvežavajući efekat prilikom konzumacije, koji se postiže bez obzira na vreme i mesto konzumacije.

Po nalazu Komisije, rezultati ispitivanja prethodnih kriterijuma potvrdili su da je sladoled finalni proizvod namenjen individualnoj potrošnji koji je po svim svojim karakteristikama, odnosnosvojstvima, kao i u pogledu uobičajene namene, specifičan, odnosno da nema zamenu u bilo kom drugom proizvodu, što ga čini proizvodom na koji se odnosi član 2. stav 2. Uredbe¹⁹.

S obzirom na to da je utvrdila da relevantan proizvod nema zamenu, što znači da ne postoji supstitut relevantnom proizvodu, Komisija je zaključila da samim time ne postoji ni mogućnost ispitivanja zamenljivosti u pogledu cene.

Najzad, polazeći od svojih nalaza o zamenljivosti, svojstvima i nameni proizvoda, Komisija je utvrdila da sladoled nema zamenu u bilo kom drugom proizvodu, tako da je za potrebe ovog postupka, **kao relevantno tržište proizvoda, određeno tržište veleprodaje industrijskog sladoleda.**

Stranka u postupku prigovorila je ovakvom određenju relevantnog tržišta proizvoda iznoseći svoje mišljenje (čitati: predlog da se na relevantno tržište uključe i neki drugi proizvodi) prema kome bi supstitut ugostiteljskom sladoledu bile palačinke, sufle i slično, a za porodični sladoled to bi bile „osvežavajuće poslastice“ sa odloženom konzumacijom. Osim toga stranka je insistirala na pristupu da se zamenljivost proizvoda mora posmatrati u kontekstu zamenljivosti jednog konkretnog proizvoda (sladoleda određenog konkretnim trgovačkim nazivom) drugim konkretnim proizvodom takođe određenog svojim trgovačkim nazivom, dakle zamenljivost konkretnog proizvoda Frikoma nekim drugim proizvodom Frikoma ili njegovog konkurenta.

Na ovom mestu postavimo, čini mi se umesno, pitanje: iz kojih razloga je stranka u postupku isticala ovakve prigovore i zastupala takve stavove vezano za određenje relevantnog tržišta proizvoda, iako se već na prvi pogled moglo uočiti da se ipak ne radi o supstitutima sladoledu? Odgovorimo na to pitanje: sa stanovišta interesa stranke u postupku to je bio logičan i očekivani pokušaj da se na relevantno tržište proizvoda uključe još neki proizvodi, sve sa ciljem da se „razmaže“ relevantno tržište, a sa krajnjim efektom smanjenja tržišnog učešća same stranke u postupku. Čak i da je pokušaj „uspeo“, imajući u vidu sve ostale okolnosti utvrđene u postupku, mišljenja sam da do značajnog smanjenja tržišnog učešća konkretnog učesnika na tržištu zaista nebi došlo. Potpuno očekivano, iz svih razloga o kojima je već bilo reči u okviru teme određivanja relevantnog tržišta proizvoda, Komisija nije prihvatila ovakav pristup stranke u postupku, a sve navode na ovu temu ocenila je kao neosnovane.

19 Članom 2. stav 2. Uredbe propisano je: „Izuzetno od stava 1. ukoliko roba/usluga nema zamenu, relevantno tržište proizvoda čini ta roba, odnosno usluga.“

Na temu relevantnog tržišta proizvoda stranka je imala još jedan prigovor koji se odnosio na ispitivanje zamenjivosti proizvoda. Naime, stranka je smatrala da je Komisija u konkretnom slučaju zamenjivost proizvoda trebala da utvrdi primenom SSNIP²⁰ testa ili „drugim ekonometrijskim testovima“.

S obzirom da je Komisija utvrdila da relevantni proizvod u ovoj upravnoj stvari nema zamenu, primena SSNIP testa nije bila svrsishodna niti je u potpunosti moguća, a ni sama uredba koja je propisivala taj test nije više u primeni.

Relevantno geografsko tržište

Prema određenju iz člana 6. stav 3. Zakona i člana 5. stav 1. Uredbe, relevantno geografsko tržište predstavlja teritoriju na kojoj učesnici na tržištu učestvuju u ponudi ili potražnji i na kojoj postoje slični uslovi konkurencije, a koji se bitno razlikuju od uslova konkurencije na susednim teritorijama. Saglasno odredbi iz stava 2. istog člana Uredbe, relevantno geografsko tržište se određuje na osnovu kriterijuma procene mogućnosti opredeljenja kupaca za kupovinom robe ili usluga u drugim relevantnim geografskim oblastima (supstitucija tražnje), odnosno procene mogućnosti učesnika na tržištu iz drugih geografskih područja da ponude robu ili usluge (supstitucija ponude).

Pri određenju relevantnog geografskog tržišta Komisija je, kao značajnu okolnost, uzela u obzir da Frikom ima veoma veliki broj²¹ aktivnih kupaca koji su prisutni na svim delovima teritorije Republike Srbije, kao i da ima veoma razgranatu distributivnu mrežu sa 7 distributivnih centara, kojom je pokrivena cela teritorija Republike Srbije.

20 Test pretpostavljenog monopolskog povećanja cena (SSNIP) bio je propisan Uredbom o kriterijumima za određivanje relevantnog tržišta („Službeni glasnik RS“ br. 94/2005) koja se primenjivala sve do stupanja na snagu Uredbe o kriterijumima za određivanje relevantnog tržišta („Službeni glasnik RS“ br. 89/2009) koja propisuje da se zamenljivost skupa robe/usluga vrši na osnovu kriterijuma procene mogućnosti opredeljenja kupaca za kupovinu druge robe ili usluge koje su zamena za predmetnu robu ili uslugu (tzv. supstitucija tražnje).

Test SSNIP imao je za cilj utvrđivanje najužeg tržišta za određenu robu ili uslugu na kojem bi pretpostavljeni monopolista mogao profitabilno da primeni malo, ali značajno i trajnije povećanje cena. Nova Uredba iz 2009. godine, određuje relevantnog tržišta, a naročito relevantnog tržišta proizvoda, propisuje na drugačiji način. Fokus te nove Uredbe je na supstituciji tražnje. U svom članu 2. stav 2. Uredba reguliše i situaciju kada konkretna roba/usluga, nema zamenu i propisuje da u tom slučaju relevantno tržište proizvoda čini ta roba, odnosno usluga. Upravo je u toj situaciji, što je slučaj i u ovoj upravnoj stvari, sprovođenje SSNIP bespredmetno jer je njegova primena smisljena samo u slučajevima kada neka roba/usluga ima zamenu u drugoj robi/usluzi, a tim testom se onda utvrđuje koja je to roba/usluga koja se smatra zamenom za predmetnu robu ili uslugu.

21 Tačan broj kupaca koji je Komisija utvrdila u toku ispitnog postupka nije od značaja za ovaj tekst, a ni anonimizirana verzija konačnog rešenja, objavljena na internet stranici Komisije, ne sadrži ovaj zaštićeni podatak.

Na osnovu dokaza izvedenih u toku postupka Komisija je utvrdila da Frikom u svom poslovanju nije primenjivao bilo kakav regionalni princip podele kupaca, a detaljnom analizom ugovorne dokumentacije utvrđeno je da su sve tri vrste sladoleda predmet svih Komisiji dostupnih i analiziranih ugovora, te da su kupci-maloprodavci, kao druga ugovorna strana, lokacijski raspoređeni na celoj teritoriji Republike Srbije.

Polazeći od prethodnih parametara, Komisija je izvela zaključak da je relevantan proizvod, kako ukupno, tako i pojedinačno - po vrstama, dostupan u svim delovima Republike Srbije i da cenovnike, pribavljene u toku postupka, i iste komercijalne uslove, Frikom primenjuje u poslovnom odnosu sa kupcima-maloprodavcima na celoj teritoriji Republike Srbije.

Očekivano, kao i u slučaju određenja relevantnog tržišta proizvoda, stranka u postupku istakla je nekoliko prigovora u svom izjašnjenju na obaveštenje o utvrđenim činjenicama i okolnostima. Za potrebe ovog teksta možda je interesantno pomenuti samo to da se Komisija u svom konačnom rešenju precizno odredila u pogledu zahteva stranke da u obzir mora uzeti: sporazume o slobodnoj trgovini sa pojedinim državama; eventualne multilateralne sporazume (npr. CEFTA) i eventualne sporazume sa Evropskom unijom (npr. Prelazni trgovinski sporazum i Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju). Značajna je takođe i analiza carinskih stopa u primeni na relevantni proizvod pri njegovom uvozu na domaće tržište, koju je sprovedla Komisija, kao i analiza drugih barijera administrativne prirode, kojemu u znatnoj meri uticati na proces donošenja poslovnih odluka potencijalnih učesnika o ulasku na relevantno tržište, s obzirom da u značajnoj meri utiču/mogu uticati kako na iznos potencijalnih troškova koji se moraju pokriti redovnim poslovanjem, tako i sa aspekta minimalno potrebnog vremenskog perioda za pokretanje poslovne aktivnosti.

Osim barijera administrativne prirode, Komisija je analizirala i uticaj „ostalih barijera“ za ulazak novih učesnika na tržište, koje su determinisane osnovnim karakteristikama tehničko-tehnološkog procesa, procesa skladištenja i transporta proizvoda, sezonskim varijacijama u prodaji pojedinih vrsta proizvoda itd.²²

Zaključno, na ovu temu, uz dodatnu okolnost da su uslovi konkurencije na celoj nacionalnoj teritoriji slični, Komisija je u ovoj upravnoj stvari, **kao relevantno geografsko tržišteu tvrdila teritoriju Republike Srbije.**

22 Čitaoci ovog teksta koji pokazuju veće interesovanje upravo za taj deo obrazloženja konačnog rešenja Komisije za zaštitu konkurencije, upućuju se na internet stranicu Komisije www.kzk.org.rs koja je objavljena anonimizirana (nekonfidencijalna) verzija pravnosnažnog rešenja. Odnosni deo teksta dat je u obrazloženju rešenja pod naslovom relevantno geografsko tržište.

Dominantan položaj

Komisija je na osnovu svih izvedenih dokaza, prikupljenih podataka, informacija i dokumentacije, ne samo od stranke u postupku, već i od drugih učesnika na tržištu, rezultata sprovedenih analiza²³, ocena pojedinačnih dokaza i njihovim dovođenjem u međusobnu vezu, zaključila da je tržište, koje je za potrebe ovog ispitnog postupka određeno kao relevantno, visoko je koncentrisano. Pri tome se, pre svega ostalog, imalo u vidu da je pored Frikoma, tokom čitavog trogodišnjeg perioda, samo još jedan učesnik neprekidnoaktivan na ovom tržištu sa celokupnim asortimanom sladoleda (impulsni, porodični, ugostiteljski) koje i proizvodi. Nestle je, kao učesnik na tržištu, po svim ekonomskim i finansijskim pokazateljima, prepoznat kao praktično jedini konkurent od značaja čak i od strane samog Frikom. Drugi konkurent vredan pomena je IceCreamFactory koji se na tržištu javlja tek u drugom tromesečju 2010. godine, ali sa proizvodnjom i prodajom samo jedne vrste sladoleda- porodični sladoled. Pored ovih činjenica, ne manje značajna bila je i okolnost da je Frikom u posmatranom periodu beležio rast obima prodaje, kako prema naturalnim tako i prema finansijskim pokazateljima, uz prateći rast broja kupaca, dok je jedini konkurent od značaja za analizu, istovremeno, imao konstantan pad po svim relevantnim pokazateljima. Sagledavajući odnos učesnika na ovom tržištu sa stanovišta broja aktivnih kupaca, Komisija je konstatovala neuporedivo, ali i nesrazmerno veći broj na strani Frikom u odnosu na ukupan broj kupaca ostalih konkurenta.

Isto tako Komisija je utvrdila da je udeo Frikoma na relevantnom tržištu, tokom trogodišnjeg perioda, znatno iznad 70%, odnosno znatno iznad zakonske pretpostavke²⁴ za postojanje dominantnog položaja od 40%, i to kako ukupno, tako i po pojedinim vrstama sladoleda. Procene stranke u postupku, kao i njenih konkurenata na tržištu, beznačajno su se razlikovale od nalaza Komisije u vezi sa tržišnim učešćem

23 Autor ne navodi sve detalje o sprovedenim analizama i njihovim rezultatima, a sve u nameri da tekst ne optereti suvišnim detaljima koji bi mogli uticati na fokusiranje čitaoca ka suštini predmeta. Zainteresovani sve detalje mogu pronaći u samom rešenju koje je objavljeno na internet stranici Komisije. Videti prethodnu napomenu.

24 Do stupanja na snagu Zakona o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti konkurencije („Službeni glasnik RS“ 95/2013) odnosno do 08.11.2013. godine, u primeni je bila odredba člana 15. stav 2. Zakona kojom je bilo propisano: „Pretpostavka je da učesnik na tržištu ima dominantan položaj, ako je njegov tržišni udeo na relevantnom tržištu 40% ili više.“ U vezi sa ovom odredbom važno je imati u vidu i odredbu tada važećeg stava 4. istog člana, prema kojoj je teret dokazivanja postojanja dominantnog položaja u slučaju manjeg tržišnog učešća bio na Komisiji. Iz toga je praktično proizlazio zaključak da učesnik na tržištu koji ima tržišno učešće 40% i više, nosi teret dokazivanja da ipak nema dominantan položaj. U praksi je tržišno učešće od 40% postalo „magična granica“ od koje su, u postupcima ispitivanja zloupotrebe dominantnog položaja, „bežale“ sve stranke u postupku - nastojeći da dokažu bar jedan procenat niže tržišnog učešća. Osnov problema, sa kojim se tada suočavala Komisija, leži u nerazumevanju značenja izraza: „pretpostavka je...“. Objašnjenja da učesnik na tržištu može biti u dominantnom položaju i sa tržišnim učešćem manjim od 40%, po mojoj oceni nisu nailazila na razumevanje u dovoljnoj meri. Pomenutim izmenama i dopunama teret dokazivanja postojanja dominantnog položaja, izričito odredbom, prenet je na Komisiju.

Frikom. Istovremeno je tržišni udeo „prvog sledećeg“ konkurenta utvrđen u visini znatno ispod nivoa zakonske pretpostavke za postojanje dominantnog položaja od 40%. Ni ova činjenica nije bila sporna u postupku.

Za utvrđivanje dominantnog položaja za Komisiju su bili značajni i podaci o proizvodnim kapacitetima i stepenu iskorišćenosti tih kapaciteta, kako kod stranke u postupku tako i kod konkurenata (praktično se svodi na jednog konkurenta čiji su kapaciteti od nekog značaja za analizu). Obim proizvodnih kapaciteta Frikoma manji je od obima proizvodnih kapaciteta prvog narednog konkurenta, ali je stepen njihove iskorišćenosti veoma visok (iznad 90%) u celom posmatranom periodu, dok je iskorišćenost proizvodnih kapaciteta prvog narednog konkurenta značajno manja i uz to konstantno opada u posmatranom periodu. Obim i stepen iskorišćenosti kapaciteta drugog po redu konkurenta neuporedivo je manji od obima i stepena iskorišćenosti kapaciteta ne samo Frikoma, već i prvog narednog konkurenta. Iako su proizvodni kapaciteti drugog po redu konkurenta daleko manji od kapaciteta oba jača konkurenta, radi se o novom učesniku na tržištu, koji je u toku posmatranog perioda otvorio nove proizvodne pogone opremljene najsavremenijom tehnologijom. Ova okolnost očekivano bi trebala da mu omogući znatno veći stepen iskorišćenosti kapaciteta, kao i da mu, uz adekvatan markentiški i komercijalni nastup na relevantnom tržištu, obezbedi znatno veći broj aktivnih kupaca od postignutog. Međutim, analiza prikupljenih podataka Komisiji je ukazala da je njegovo učešće na relevantnom tržištu, krajem posmatranog perioda, svedeno na minimum.

Komisija je dobar deo svojih analiza usmerila ka istraživanju i utvrđivanju učešća: „prvih 10“, „prvih 100“ i „prvih 1.000“ kupaca Frikoma, ali i prvog narednog konkurenta, u obimu ukupnog prometa sladoleda, ali i u obimu prometa po pojedinim vrstama sladoleda (impulsni, porodični i ugostiteljski). Rezultati ove analize ukazali su na neuporedivu tržišnu nadmoć Frikom nad svoja dva najbliža konkurenta, ali su u isto vreme ukazali na nespornu i ogromnu pregovaračku nadmoć Frikom nad svim svojim kupcima svrstanim u kategoriju „srednjih i malih kupaca“. Posmatrano u odnosu na ukupan broj kupaca Frikom, ova kategorija čini neuporedivo veći deo tog broja (u poređenju sa brojem Key Account i drugih velikih kupaca²⁵). Frikom ovoj kategoriji kupaca, koji nemaju pregovaračku moć kakvu imaju „Ključni“, odnosno KeyAccount kupci, plasira najveći deo prodaje sladoleda, i to pre svega impulsnih (preko 80% ukupne prodaje impulsnih sladoleda u posmatranom periodu), a prodajom ove vrste sladoleda, koju Frikom sâm proizvodi i u odnosu na koju samostalno određuje komercijalne uslove s obzirom na svoj nadmoćan pregovarački status, ostvaruje i najveći prihod (oko 2/3 ukupnog prihoda ostvarenog prodajom sladoleda na relevantnom tržištu u posmatranom periodu). Za razliku od Frikoma, prvi naredni konkurent najveći deo prodaje impulsnog sladoleda realizuje preko manjeg

25 Broj kupaca iz kategorije „srednjih i malih“ kupaca (prema kategorizaciji Frikom) čini preko 90% ukupnog broja kupaca Frikom

broja svojih kupaca.²⁶

Podaci koji su takođe bili od značaja za Komisiju, odnosili su se na prosečne cene po kilogramu sladoleda u prodaji na domaćem i na inostranom tržištu. Komisija je konstatovala da je prosečna cena po kilogramu sladoleda u prodaji na domaćem tržištu u 2010.g. bila 420,00 dinara (pri čemu je cena za kilogram po vrsti bila za impulsni – 602,00 dinara, porodični - 346,00 dinara i ugostiteljski – 314,00 dinara), dok je prosečna cena po kilogramu sladoleda koji je plasiran u izvozu na strana tržišta bila 230,00 dinara (pri čemu je cena za kilogram po vrsti bila za impulsni- 277,00 dinara, porodični - 204,00 dinara i ugostiteljski - 208,00 dinara). Navedeni podaci ukazali su na značajnu razliku u primenjenoj ceni sladoleda na domaćem, odnosno relevantnom tržištu i stranom tržištu, a posebno značajna razlika zabeležena je kod impulsnih sladoleda.

Na osnovu svih izvednih dokaza, podataka i rezultata sprovedenih analiza, Komisija je ocenila da Frikom, kao učesnik na relevantnom tržištu, posluje nezavisno od drugih učesnika na istom tržištu, odnosno da donosi poslovne odluke ne vodeći pri tom računa o poslovnim odlukama svojih konkurenata, dobavljača, kupaca i/ili krajnjih potrošača njegovih proizvoda. Komisija je utvrdila da su ispunjeni uslovi iz člana 15. stav 1. Zakona²⁷, koji definiše da dominantan položaj na relevantnom tržištu ima učesnik na tržištu koji nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna, odnosno koji ima značajno bolji položaj u odnosu na konkurente, uzimajući u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika na tržištu. Isto tako Komisija je konstatovala, kao potpuno nesporno, da je ispunjena i pretpostavka iz člana 15. stav 2. Zakona²⁸ koja glasi: „Pretpostavka je da učesnik na tržištu ima dominantan položaj, ako je njegov tržišni udeo na relevantnom tržištu 40% i više“.

Sve ovo bilo je dovoljno Komisiji za konstataciju da „Frikom“ nesporno **ima dominantan položaj na tržištu veleprodaje industrijskog sladoleda na teritoriji Republike Srbije.**

26 Detalji o parametrima koji su praćeni u predmetnoj analizi, kao i rezultati analize mogu se naći u tekstu obrazloženja konačnog rešenja objavljenog na internet stranici Komisije. Videti ranije napomene.

27 Na ovom mestu misli se na odredbu Zakona o zaštiti konkurencije („Službeni glasnik RS“ 51/2009) koja je bila na snazi sve do izmena i dopuna, odnosno do 08.11.2013. godine.

28 Vidi prethodnu napomenu

Povreda konkurencije

Već u toku ispitnog postupka bilo je potpuno jasno da ukoliko se dokaže postojanje zloupotrebe dominantnog položaja – to neće biti „jednostavna“ povreda, već jedan složeni mehanizam sa pretpostavkom da pojedine od radnji i aktivnosti u okviru tog „mehanizma“ i same za sebe mogu predstavljati povrede konkurencije. Procene su se pokazale kao tačne, a na kraju ispitnog postupka utvrdili smo i dokazali postojanje povrede zloupotrebe dominantnog položaja kao veoma „složene“ povrede. Rešenje objavljeno na internet stranici Komisije sadrži sve detalje, a ovde ću pokušati da prikažem, po mojoj oceni, najvažnije delove.

Nametanje obaveze u pogledu cena u daljoj prodaji

Na osnovu detaljne analize dostupne ugovorne dokumentacije, Komisija je utvrdila da je u tipskim ugovorima koje je Frikom zaključivao sa ostalim kupcima koji nisu svrstavani u grupu „Ključnih kupaca“ u periodu od 2004. do 2010. godine, a koji su bili u primeni i u „posmatranom trogodišnjem periodu obuhvaćenom ispitnim postupkom, u članu 2, tačkom 2.3. ugovarana obaveza kupca da primenjuje maloprodajni cenovnik Frikoma u daljoj prodaji krajnjim kupcima – potrošačima, a tačkom 2.4. definisana je odgovornost kupca ukoliko ne ispoštuje prethodnu obavezu. Član 2. tačka 2.3. tipskog ugovora tada glasi: „Cena smrznute robe iz tačke 2. ovog člana utvrđuje se prema maloprodajnom cenovniku Frikoma i Kupac je obavezan da Frikomovu robu iz proizvodnog i dopunskog asortimana, prodaje isključivo po tom cenovniku, koji je sastavni deo ovog Ugovora. Tačka 3. ovog člana je bitan element ugovora.“

Član 2. tačka 2.4. tipskog ugovora tada glasi: „Ukoliko Kupac prodaje robu po većim cenama od Frikomovog cenovnika, obavezan je da dobit ostvarenu takvom prodajom prenese na Frikom i nadoknadi štetu nastalu zbog prodaje po višim cenama“

Na osnovu analize prikupljene ugovorne dokumentacije, došlo se do zaključka da je Frikom u 2010. godini u tipskim ugovorima koje je zaključivao, uneo promenu u pogledu obaveze svojih kupaca, koja se sastojala u ugovaranju „preporučениh cena“ sadržanih u cenovniku Frikoma, umesto dotadašnje obaveze kupaca da direktno primenjuju cene iz njegovog maloprodajnog cenovnika u daljoj prodaji.

Nova odredba modifikovanog člana 2. u tački 2.3. tada glasi: „Frikom prodaje kupcu smrznutu robu iz tačke 2. ovog člana u skladu sa svojim cenovnikom, koji sadrži preporučene maloprodajne cene i koji je sastavni deo ovog ugovora.“

Ova „promena“ u pogledu obaveze pridržavanja maloprodajnih cena Frikoma evidentirana je u svim ugovorima koje je Frikom zaključivao sa kupcima u 2010. godini.

U pogledu ugovornih odredbi kojima se na jasan i direktan način određuju cene u daljoj prodaji, evropska i domaća teorija, regulativa i praksa, potpuno su određene:

ovakve odredbe predstavljaju tzv. „hardcore“ ograničenja („teška ograničenja“), koja, po pravilu, značajno ograničavaju konkurenciju, a samo u izuzetnim slučajevima i pod brojnim kumulativnim uslovima, mogu biti opravdana, odnosno izuzeta od zabrane u postupcima pojedinačnih izuzeća.

Evropska regulativa, naročito Uredba 330/2010 (OJ L 102 – 23.04.2010.) kao i Smernice o vertikalnim ograničenjima (OJ C 130 – 19.05.2010.), ali i sve prethodno važeće uredbe i smernice koje su regulisale istu materiju, određivanje cene u daljoj prodaji („resalepricemaintenance“ -u daljem tekstu: RPM), definišu kao „hardcore“ ograničenje, usled koga dolazi i do poništavanja benefita blok izuzeća od zabrane.

Hardcore ograničenja iz člana 4(a) Uredbe 330/2010 (BER) odnose se na određivanje cene u daljoj prodaji (RPM), odnosno sporazume ili usaglašenu praksu koji imaju za, direktan ili indirektan cilj, utvrđivanje fiksne ili minimalne cene u daljoj prodaji, ili fiksnog ili minimalnog nivoa prodajne cene koga kupac treba da se pridržava u daljoj prodaji.

U slučaju ugovornih odredbi ili kod usaglašene prakse koje utvrđuju cenu u daljoj prodaji, ograničenje je tzv. „clear cut“ odnosno nedvosmisleno predstavlja povredu konkurencije.

Ipak RPM se može postići i naindirektne načine. Primeri mogu biti: sporazum kojim se utvrđuje distributivna marža, određivanje maksimalnog nivoa popusta koje distributer može dati u odnosu na propisani nivo cene, obezbeđivanje rabata ili povraćaja promotivnih troškova od strane dobavljača, pri tome imajući u vidu dati nivo cene, povezivanje propisane prodajne cene sa prodajnom cenom konkurenta, pretnje, zastrašivanje, upozorenja, kazne, odlaganje ili obustavu isporuka ili otkaz ugovora u vezi sa uvažavanjem (poštovanjem) datog nivoa cena. Direktna ili indirektna sredstva postizanja utvrđivanja cene (pricemaintenance) mogu biti još efikasnija u kombinaciji sa merama praćenja snižavanja cena distributera, kao što je uvođenje sistema praćenja cena, ili obaveze maloprodavaca da izveštavaju ostale članove distributivne mreže o odstupanjima od standardnog nivoa cena.

Slično, direktno ili indirektno određivanje cena, može se učiniti efikasnijim kada se kombinuje sa merama koje mogu umanjiti kupčevu nameru da snižava cene, kao što je štampanje na proizvodu preporučene cene od strane dobavljača, ili dobavljačevo obavezivanje kupca da primenjuje klauzulu najpovoljnijeg kupca.

Ista indirektna sredstva i iste mere „podrške“ mogu biti upotrebljeni da maksimalna ili preporučena cena deluje kao RPM.

RPM može ograničiti konkurenciju na mnogo načina. Može doprineti koluziji (tajnom sporazumu) između dobavljača, pojačanom transparentnošću cenovne politike, što bi stvorilo mogućnost lakšeg praćenja eventualnih odstupanja od dogovora o ujednačenim cenama. RPM takođe, eliminiše podsticaje na strani dobavljača da snižava cene svojim distributerima. Nadalje, eliminacijom intra-brand cenov-

ne konkurencije (konkurencija između distributera iste robne marke), RPM može omogućiti koluziju između kupaca, odnosno na nivou distribucije. Isto tako, može generalno „omekšati“ konkurenciju između proizvođača i/ili maloprodavaca. Neposredan efekat RPM-a je u tome što su distributeri i/ili maloprodavci sprečeni da snižavaju svoje prodajne cene za određeni brand – relevantni proizvod. RPM smanjuje „pritisak“ na dobit proizvođača, koji bi, u uslovima slobodnog formiranja cene u daljoj prodaji, mogao doći u situaciju da mora da snizi svoje prodajne cene pojedinim distributerima i/ili maloprodavcima.

Proizvođač sa značajnom tržišnom snagom koji implementira RPM, čini to, između ostalog, i iz razloga „zatvaranja“ slabijih konkurenata. Povećana dobit, koju RPM nudi/obezbeđuje distributerima i/ili maloprodavcima, može biti, a po pravilu i jeste, dovoljan podsticaj da favorizuju proizvod tog proizvođača u odnosu na njegove konkurente, čak i onda kada to nije u interesu kupaca/potrošača. Isto tako može dovesti, a često i dovodi, do odluke da se uopšte ne trguje konkurentskim proizvodom. Napokon, RPM smanjuje dinamičnost i inovativnost na distribucionom nivou. Sprečavanjem cenovne konkurencije između različitih distributera, dolazi i do sprečavanja efikasnijih maloprodavaca da pristupe tržištu (uđu na tržište), ili da postignu odgovarajući nivo nižim cenama. Prethodno opisano naročito se dešava u slučaju kada proizvođač sam vrši distribuciju, odnosno kada se javlja u ulozi dobavljača svojim maloprodavcima. RPM može sprečiti ili značajno otežati ulazak na tržište i širenje distributivnih formata baziranih na niskim cenama, poput cenovnih diskontera.

Praksa preporučenih cena u daljoj prodaji, kao i zahtevi da maloprodavac uvažava maksimalne prodajne cene, pod precizno definisanim kumulativnim uslovima, može biti predmet „blok izuzeća“, ali to nikako ne može biti slučaj ukoliko bi poštovanje preporučenih ili maksimiranih cena u stvari značilo primenu minimalnih ili fiksnih prodajnih cena kao rezultat pritiska ili različitih podsticaja od bilo koje strane. Kao i u ostalim slučajevima, kod „preporučenih cena“, „pragovi“ tržišnog učesća predstavljaju jedan od kumulativnih uslova propisanih pravilima o blok izuzeću. Najveći „rizik“ po konkurenciju koji sobom nose preporučene cene, kao i maksimirane cene, nalazi se u tome što takve cene najčešće deluju kao „fokusne tačke“ za maloprodavce, i uglavnom se slede, odnosno primenjuju, od strane većine ili čak svih maloprodavaca, na isti način kao i fiksirane ili minimalne cene koje odredi proizvođač – dobavljač.

Jedan od faktora, možda i najznačajniji, za ocenu antikonkurentskog efekta maksimiranih ili preporučenih cena, jeste tržišna pozicija dobavljača. Jača tržišna pozicija dobavljača, naročito ako je istovremeno i proizvođač relevantnog proizvoda sa tržišnim udelom značajno preko 40% i posluje na visoko koncentrisanom tržištu, donosi i neuporedivo veći rizik da maksimirana ili preporučena cena u daljoj prodaji, bude upravo na tom nivou uniformno primenjena od strane maloprodavaca. U takvom slučaju, maloprodavci se teško odlučuju za odstupanje od cene koju doživljavaju kao preferiranu cenu predloženu od strane važnog i snažnog tržišnog učesnika

– dobavljača (proizvođača). Opisani efekat, naročito dolazi do izražaja kod malih i srednjih kupaca – maloprodavaca, koji ne samo da se nalaze u neuporedivo slabijoj pregovaračkoj poziciji, već im takvo ponašanje obezbeđuje sigurno poslovanje sa tako snažnim poslovnim partnerom, što dalje znači i sigurnost u ostvarivanju prihoda.²⁹

Primenom prethodno iznetog na predmetni slučaj, Komisija je zaključila da je, nakon ugovornog „perioda RPM-a“ koji je trajao dovoljno dugo da stvori naviku kupaca Frikoma da poštuju njegovu volju u pogledu cena u daljoj prodaji, novi „period preporučenih cena“ imao iste efekte u odnosu na cene u daljoj prodaji. Kupci koji su, uz značajne stimulacije od strane Frikoma, ali i pod pretnjom ugovornih sankcija, poštovali ugovorne obaveze i u daljoj prodaji primenjivali fiksne maloprodajne cene određene maloprodajnim cenovnicima dobavljača, nastavljali su da se ponašaju na identičan način i nakon što su u ugovore unete odredbe o primeni „preporučenih cena“. Ovakav zaključak Komisija je izvela i na osnovama još jedne važne činjenice: stimulativne mere koje je Frikom primenjivao prema kupcima, sa ciljem da ih stimuliše na poštovanje obaveza u pogledu cena, nisu promenjene ni u „periodu preporučenih cena“.

Imajući u vidu navedeno, kao i da je za potrebe ovog postupka utvrđeno da je sladoled relevantan proizvod, ali i da je sva ugovorna dokumentacija koju je Komisija u toku postupka pribavila i analizirala, iz poslovnog odnosa Frikoma i njegovih kupaca-maloprodavaca (KeyAccount i ostali kupci maloprodavci), predmet dalje analize u postupku bio je Cenovnik sladoleda, del. br. 3769 od 11.06. 2010.g.

Uvidom u predmetni cenovnik Komisija je utvrdila da sadrži oznake u kolonama: 7- MP cena bez PDV i 9- MP cena sa PDV.

Iz navedenih oznaka kolona 7. i 9. jasno se vidi da sadrže maloprodajne, a ne preporučene cene, kao što je navedeno u prethodno pomenutim ugovornim odredbama.

Neposredno ili posredno nametanje i određivanje nepravičnih kupovnih ili prodajnih cena, a naročito fiksiranje ili nametanje minimalnih cena u daljoj prodaji, zabranjeno je i predstavlja povredu konkurencije u smislu čl. 10. i 16. Zakona o zaštiti konkurencije. Prethodno navedeno, sprovedeno u ugovorima zaključenim sa kupcima, može predstavljati povredu u obliku postojanja restriktivnog sporazuma, a u slučaju kada tu i takve obaveze, u kombinaciji sa drugim sredstvima za ostvarenje nedozvoljenih ciljeva na tržištu, unilateralno nameće dominantan učesnik na tržištu, uvek čini sastavni deo „složenog mehanizma“ zloupotrebe dominantnog položaja.

29 isti pristup i shvatanje izneto je i u EC Guidelines on Vertical Restraints (OJ C 130/1 od 19.05.2010) t. 226 - 228

Ekskluzivna kupovina - ekskluzivitet u rashladnim uređajima (tzv. „freezer exclusivity“) –**ekskluzivitet u maloprodajnom objektu** (tzv. „outlet exclusivity“- direktno ili indirektno nametanje obaveze ekskluzivne kupovine relevantnog proizvoda uz direktnu i/ili indirektnu zabranu prodaje konkurentskih proizvoda)

Analizom ugovorne dokumentacije Komisija je došla do zaključka da je Frikom de-facto ugovarao sa svojim kupcima „ekskluzivnu kupovinu“ relevantnog proizvoda. Polazeći od definicije iz Uredbe o sporazumima između učesnika na tržištu koji posluju na različitom nivou proizvodnje ili distribucije koji se izuzimaju od zabrane („Službeni glasnik RS“ br. 11/2010.), prema kojoj su sporazumi o ekskluzivnoj kupovini oni kojima se kupac neposredno ili posredno obavezuje da kupuje ugovorni proizvod isključivo od jednog prodavca, može se konstatovati da je ova vrsta ekskluzive ugovarana kroz dva osnovna modela ugovora:

- ugovori sa nazivima: Ugovor o poslovno tehničkoj saradnji, čiji je predmet bio definisan kao ekskluzivna prodaja robe iz proizvodnog i dopunskog asortimana Frikoma; Ugovor o ekskluzivnoj prodaji; Ugovor o prodaji zaključen sa navodom u odgovarajućem članu - „ekskluzivan“;
- tipski ugovori u kojima je na neeksplicitan način i kombinovanom primenom više ugovornih obaveza koje preuzima kupac postizan efekat „ekskluzivne kupovine“ relevantnog proizvoda samo od Frikoma.

U prvom pomenutom modelu ugovora, bez obzira na naziv koji su nosili, predmet ugovora je bila „ekskluzivna prodaja robe“ (sladoled i smrznuto povrće) iz proizvodnog i dopunskog asortimana Frikoma, unutar i ispred maloprodajnih objekata kupaca. Ovim ugovorima kupac se obavezivao da u toku trajanja ugovora u svojim objektima prodaje isključivo proizvode Frikoma da ih izlaže na vidnom i pristupačnom mestu, da na zahtev Frikoma organizuje promotivne aktivnosti za šta je dobio odgovarajuću naknadu. Uz ove ugovore o poslovno tehničkoj saradnji Frikom je zaključivao, pod istim nazivom, i ugovore čiji je predmet bilo uređenje prava i obaveza povodom postavljanja Frikomovih rashladnih uređaja u prodajne objekte kupca. Ovim ugovorima, kupac je preuzimao obavezu da poštuje volju Frikoma i ne dozvoli postavljanje drugih rashladnih uređaja „za prodaju proizvoda istih ili sličnih Frikom-ovim proizvodima mimo broja koji je odredio Frikom“. Ove odredbe su bile bitan element ugovora, a u slučaju da kupac ne ispuni obavezu pretila je sankcija – obaveza da Frikomu nadoknadi svu nastalu štetu i izgubljenу dobit.

U svim ostalim slučajevima zaključenja tipskih ugovora sa svojim kupcima, Frikom je koristio iste načine i obrasce po kojima je vršio vezivanje kupaca za sebe, odnosno za svoj proizvodni asortiman, značajno umanjujući, ili potpuno eliminišući, mogućnost da se u rashladnim uređajima i u maloprodajnim objektima nađe u ponudi, krajnjim kupcima – potrošačima, bilo koji konkurentski proizvod. Ovaj cilj ostvarivao se pre svega kroz ugovorne odredbe o „privremenom korišćenju rashladnih uređaja“ u okviru člana 8. tipskih ugovora.

Odredbama o uslovima pod kojima Frikom daje na korišćenje kupcu svoja osnovna sredstva (rashladne uređaje, vitrine, konzervatore) definisano je da uređaj ostaje u vlasništvu Frikoma koji snosi i troškove tekućeg održavanja, a u slučaju da kupac ne ispuni svoje ugovorne obaveze, Frikom može u svakom trenutku i bez datog obrazloženja, preuzeti rashladne uređaje. Kupac je sa druge strane bio u obavezi da Frikomu omogući takvo preuzimanje uređaja u roku od tri dana. Na drugoj strani – kupac je imao složenije obaveze.

Tačkom 8.4. tipskog ugovora definisano je: „O predaji uređaja sačinjava se zapisnik i izdaje se revers kupcu. Kupac je obavezan da u rashladnom uređaju konzervatoru isključivo prodaje robu iz proizvodnog i dopunskog asortimana Frikoma,“ a u tački 8.5. definisano je: „Tačka 4 je bitan element ovog ugovora.“

„Dejstvo“ prethodno citiranih odredbi dodatno je „pojačavano“ uz dodatne stimulacije za poštovanje ugovorenih obaveza zaključivanjem aneksa osnovnim ugovorima.

Tako je članom 1. stav 1. jednog od pomenutih aneksa definisano: „Ukoliko Kupac prodaje robu isključivo iz „Frikom“-ovog asortimana (sladoled, testo, povrće, voće, riba, gotova jela) Prodavac se obavezuje da plati 1.000.000,00 din. po maloprodajnim cenama u robi i 1.000.000,00 preko računa. Prva rata 500.000.00 din biće uplaćena po potpisivanju ugovora, a druga rata 500.000.00 din 01.04.2009. Ugovor važi dve godine.“

Članom 2. istog aneksa definiše se: „Na osnovu ovog Aneksa i Osnovnog ugovora. Prodavac može postaviti određeni broj rashladnih uređaja u prodajnom objektu Kupca, a Kupac je saglasan da će tokom trajanja poslovne saradnje poštovati volju Prodavca i da neće dozvoliti postavljanje drugih rashladnih uređaja za prodaju smrznute hrane i sladoleda mimo broja koji je odredio Prodavac i bez saglasnosti Prodavca.“ Član 3. istog aneksa definiše: „Ukoliko Kupac ne ispuni preuzetu obavezu iz člana 2. ovog Aneksa, kao i ostale ugovorene obaveze dužan je da Prodavcu na ime naknade štete isplati iznos od 4.000.000,00 dinara.“

Na osnovu prethodno citiranih odredbi ugovora i aneksa ugovora, može se zaključiti da je za Frikom ugovorni cilj bilo – uspostavljanje ekskluziviteta u rashladnim uređajima (tzv. „freezer exclusivity“) ali i ekskluziviteta njegove robe u samom maloprodajnom objektu (tzv. „outlet exclusivity“).

Istu matricu Frikom je koristio i kod zaključenja ugovora sa trgovačkim udruženjima koja su okupljala veći broj članica - uglavnom označenih kao „regionalni centri“, pri čemu se, defacto, poslovanje obavljalo između Frikoma i pojedine članice udruženja koja je pri tome uživala sve benefite dobijene zahvaljujući ugovoru sa udruženjem, ali je istovremeno preuzimala i sve obaveze iz ugovora koji je u ime i za račun svojih članica zaključivalo udruženje.

U pogledu „freezer exclusivity“ i „outlet exclusivity“ postoje veoma ilustrativni primeri ugovora i aneksa: Ugovorom o poslovno-tehničkoj saradnji iz aprila 2009. godine, koji je zaključen na period od 36 meseci uz mogućnost sporazumnog produžavanja, kupac je preuzeo obavezu da za vreme trajanja ugovora, unutar i ispred svojih objekata prodaje isključivo sladolede iz proizvodnog asortimana Frikoma. Isto tako kupac se obavezao da će u skladu sa istim ugovorom „vršiti dalju prodaju isključivo Frikom sladoleda, te da neće dati saglasnost, odnosno omogućiti ili pristati da drugi proizvođač, distributer ili prodavac navedenih proizvoda postavi zamrzivače ispred i unutar prodajnih objekata Kupca.“ Frikom se istim ugovorom obavezao da kupcu putem knjižnog odobrenja, na ime prodaje isključivo sladoleda iz svog asortimana, odobri 500.000,00 dinara, ali je istovremeno predviđeno da kupac mora izvršiti povraćaj ovih sredstava, uvećanih za iznos zatezne kamate, u slučaju nepoštovanja preuzetih ugovornih obaveza. Pored obaveze povraćaja odobrenih sredstava, ugovoreno je i pravo Frikoma da na ime naknade za izgubljenju dobit i pretrpljenu štetu zbog kupčevog prekida ispunjenja obaveze, naplati iznos od 1.000.000,00 dinara. Kupac se takođe obavezao da: „do 05.05.2009. god. ukloni sve uređaje konkurentskih firmi iz svojih maloprodajnih objekata.“ Aneksima uz citirani ugovor, kupac se obavezao da u periodu od 01.04.2009. do 30.09.2009. (za sezonu 2009.) omogući postavljanje 100 rashladnih uređaja ispred i unutar 50 svojih maloprodajnih objekata na ime sekundarnih pozicija. Za ovo je kupcu sledovala dodatna naknada u visini od 5.000,00 dinara po svakom postavljenom uređaju. Istu obavezu, i za isti broj uređaja, kupac je preuzeo i za period od 01.01.2010. do 31.03.2010. godine uz pravo na naknadu od 2.682,75 dinara po postavljenom uređaju.

Na osnovu svega prethodno utvrđenog usledio je zaključak Komisije da je jedan od osnovnih ciljeva Frikom-ove poslovne i komercijalne politike u posmatranom periodu bio: stvaranje potpuno razvijene mreže kupaca u čijim prodajnim objektima neće biti ni prostornih ni tehničkih mogućnosti za ponudu–prodaju bilo koje konkurentske robe. Kao što je prethodnim primerima i ilustrovano, u nameri postizanja takvog cilja, Frikom je snagom svoje pregovaračke moći, koja se pre svega bazira na njegovoj tržišnoj snazi i činjenici da su dugogodišnje navike i preferencijepotrošača, njegove sladolede učinili da postanu „proizvodi koji se moraju imati u ponudi“ (tzv. „must stock item“), istovremeno svojim kupcima i „nudio“ stimulacije i nagrade, ali i ugovarao „sankcije“ (uobičajeno duplo veće od stimulacija i nagrada) ukoliko se ogreše o preuzete ugovorne obaveze (naročito u pogledu cena, kao i prodaje Frikomove robe u rashladnim uređajima i u prodajnom objektu).

S obzirom na nespornu činjenicu da je Frikom, iz istih, prethodno nabrojanih razloga, za svakog kupca, čak i za velike-„ključne kupce“, predstavljao „neizbežnog trgovinskog partnera“ („unavoidabletradingpartner“), sa lakoćom je zaključivao ugovore sa kupcima koji su se za uzvrat odriicali saradnje sa njegovim konkurentima.

Za Komisiju nije bila sporna činjenica da se u konkretnom slučaju radi o vrlo specifičnom relevantnom proizvodu, koji se od momenta proizvodnje pa sve do pro-

daje krajnjem potrošaču, distribuira i čuva u neprekinutom hladnom lancu (minuom režimu). Isto tako nije sporna činjenica da je za svakog Frikomovog kupca – maloprodavca, od izuzetnog značaja da, bez obaveze kupovine ili zakupa, dobije na korišćenje rashladne uređaje značajne nabavne vrednosti koje inače ne bi mogli obezbediti bez velikih ulaganja. U slučaju da ne poseduju odgovarajuće rashladne uređaje, maloprodavci se definitivno ne bi mogli baviti prodajom smrznutog programa bilo kog proizvođača. Imajući u vidu da se u ukupnom broju Frikomovih kupaca nalazi veoma mali broj onih koji bi sa relativno manje dodatnih finansijskih napora mogli da obezbede samostalno sve potrebne uslove za prodaju relevantnog proizvoda, osnovano je zaključeno da ovaj segment poslovanja Frikoma sa svojim kupcima predstavlja i ključni deo ugovornog odnosa. Ovakav zaključak Komisija je zasnovala, osim na već prethodno iznetim činjenicama u pogledu samog relevantnog proizvoda, i na realno maloj tržišnoj snazi i slabom finansijskom potencijalu ogromne većine Frikomovih poslovnih partnera – kupaca maloprodavaca, čiji broj se merio hiljadama. Pri takvom stanju stvari i okolnostima, imajući u vidu da je „prostorni momenat“, odnosno veličina raspoloživog prodajnog prostora, praktično i ograničavajući faktor za eventualno postavljanje drugih ili dodatnih rashladnih uređaja, ugovorne odredbe kojima se nameće obaveza kupcu da u rashladnim uređajima drži i prodaje isključivo Frikomov proizvodni asortiman, de facto je značila preuzimanje obaveze da se vrši ekskluzivna kupovina relevantnog proizvoda samo od tog dobavljača radi dalje prodaje na nivou maloprodaje krajnjim kupcima - potrošačima.

Ovakva praksa proizvođača sladoleda nije nepoznata ni u praksi Evropske Komisije u predmetima iz oblasti zaštite konkurencije. U nekim referentnim slučajevima (VandenBerghFoodsLtd; Langnese-IgloGmbH), ovakva praksa bila je ocenjena kao restriktivna i nedozvoljena s obzirom da značajno ograničava ili sprečava konkurenciju na relevantnom tržištu, a sračunata je na istiskivanje sa tržišta konkurentskih proizvoda i proizvođača. Ukoliko se pri tome radi o proizvođaču-učesniku na tržištu koji zauzima dominantan položaj, a koji na opisani način dodatno jača, ovakvi akti ili radnje osnovano ukazuju na povredu konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja.

Sistem stimulacija-podsticaja-sankcija

Prethodno u ovom tekstu, više puta je navedeno da je složeni mehanizam ostvarivanja zadatih poslovnih ciljeva, koji je Frikom primenjivao u svojim ugovorima, podrazumevao sistem koji obuhvata: podsticaj, nagradu i obezbeđenje izvršenja za prećenom sankcijom koju bi kupac teško podneo.

Podsticaji kupcima da se u svom poslovanju u pogledu relevantnog proizvoda opredele samo za Frikom, generalno su ostvarivani kroz: dodatne rabate, godišnje super rabate i posebne nagrade ili naknade.

Dodatni rabati ugovarani su bilo u posebnim aneksima o komercijalnim uslovima, bilo u samim tipskim ugovorima, u kojima su najčešće iskazani u koloni „rabat“ u kojoj se ispisivao osnovni rabat i iza znaka „+“ iznos dodatnog rabata. Da se u svakom slučaju i nedvosmisleno radilo o dodatnom rabatu koji je ugovaran / odobravansamo zbog i u slučaju ekskluzivne kupovine i prodaje Frikomovog asortimana proizvoda, dokazuju odredbe člana 3. većine tipskih ugovora (npr. „Kupac koristi dodatni rabat iz čl. 2.2. ovog ugovora jer u svojim trgovinama prodaje isključivo sladoled, testo, povrće, voće i ribu „FRIKOM“ proizvodnje.“ ili „Kupac dobija dodatni rabat iz čl. 2.2. jer prodaje isključivo sladoled Frikoma, a Frikom zadržava pravo da naknadno fakturiše odobren rabat ako se kupac ne pridržava ugovora“ ili „Kupac koristi dodatni rabat jer prodaje isključivo sladoled Frikomove proizvodnje“, pa i ovako „Frikom plaća 5% na ime marketinške prezentacije i ekskluzivne prodaje robe ispred i unutar prodajnog objekata..... Ako ne poštuje obaveze, HHH vraća uplaćena sredstva uvećana za iznos zatezne kamate“ .

Iz dostupne ugovorne dokumentacije, Komisija je takođe utvrdila da su u ugovornim odnosima sa trgovačkim udruženjima, a to znači i svim članicama tih udruženja, primenjivani, pored već pomenutih, i dodatni godišnji rabati (od 1% – 3%) koji su bili vezani za porast prometa u rasponu 10% – 20% – 30 % od prometa ostvarenog u prethodnom periodu, a takođe i korporativni bonusi (rabati) i dodatni bonusi za izdavanje garantne menice.

I u slučaju pojedinačnih ugovornih odnosa sa kupcima, Frikom je pored osnovnih i dodatnih rabata ugovarao vrste „nagrada“ bilo u robnoj formi, kombinaciji „robnovčanjoj“, ili čisto novčanjoj formi (u nominalnom iznosu ili % od vrednosti prometa) koja se odobravala za „marketinšku prezentaciju i ekskluzivnu prodaju robe iz ovog asortimana ispred i unutar prodajnih objekata“ kao i za „pozicioniranje uređaja.“

Frikom je u celu paletu podsticajnih mera za svoje kupce uključivao i stimulativne-količinske rabate koje je kupac mogao da ostvari dostizanjem određenog obima prometa (prodaje) proizvoda iz Frikomovog proizvodnog asortimana.

Razvijeni sistem podsticajnih mera, od kojih su najvažnije prethodno opisane, u ugovorima koje je Frikom zaključivao sa svojim poslovnim partnerima – kupcima (maloprodavcima), praćen je i razrađenim sistemom ugovornih kazni i ugovorenih iznosa naknade štete i izgubljene dobiti na koje Frikom polaže pravo u svakom slučaju kada kupac ne ispoštuje sve ugovorne obaveze koje je preuzeo. Naglasak je uvek bio na: poštovanju obaveze u pogledu cene u daljoj prodaji, ekskluzive robe koja se prodaje u rashladnim uređajima i u maloprodajnim objektima, a u nekim slučajevima i izričito ugovorene klauzule o zabrani konkurisanja. U svim slučajevima kada su podsticajne mere podrazumevale dodatne rabate za ekskluzivnost Frikomovog proizvodnog programa ugovaran je povraćaj svih iznosa odobrenih dodatnih rabata i bez obzira kada je i u kom obimu kupac „prekršio“ svoju ugovornu obavezu. U slučajevima kada su podsticajne mere podrazumevale robna ili novčana odobrenja Frikoma kupcu, sredstva obezbeđenja koja je morao predati kupac

garantovala su Frikomu ostvarenje ugovorenog prava namirenja „štete“ i izgubljene dobiti i to u dvostrukom iznosu u odnosu na iznos podsticaja koje je on davao kupcu. Ovakvim načinom obezbeđenja (pretnjom ugovornom sankcijom) Frikom je dodatno „stimulisao“ svoje kupce da ne dolaze u „iskušenje“ da raskinu poslovnu saradnju sa Frikomom i eventualno počnu da sarađuju sa drugim proizvođačem – konkurentom Frikoma na relevantnom tržištu.

Komisija je uočila i neke različitosti u komercijanim uslovima koje je u ugovorima sa kupcima primenjivao Frikom u pogledu: rokova plaćanja; uslova za jednostrani raskid ugovora ili sporazumni raskid ugovora; obaveze Frikoma da o svom trošku izvrši povraćaj robe sa lošim plasmanom, isteklim rokom upotrebe, oštećene ili preostalih zaliha po završetku sezone. Ove različitosti same za sebe ne predstavljaju značajniji deo prethodno opisanog složenog mehanizma primenjenog u poslovnim odnosima Frikoma sa svojim kupcima, ali „kompletiraju sliku“ i ukazuju na razlike u ugovornim odnosima zavisno od „pregovaračke snage“ kupca u momentu zaključenja ugovora, ili kasnije aneksa kojim se detaljno regulišu komercijalni uslovi. Ovakva pregovaračka moć (tzv. „countervailingpower“) na strani kupca naročito je jasno izražena i uočljiva u ugovorima koje je Frikom zaključivao sa „Ključnim kupcima“. U ovim slučajevima može se prepoznati najmanje ravnopravan položaj u procesu pregovaranja i ugovaranja, a u nekim segmentima naslućuje se da je Frikom bio u poziciji da mora prihvatiti neke odredbe i obaveze iz tipskih ugovora svojih „ključnih kupaca“. Moglo bi se zaključiti da je u tim slučajevima za Frikom konkretni „ključni kupac“ bio ono što je Frikom bio za sve ostale svoje kupce – nezaobilazan poslovni partner (tzv. „unavoidable trading partner“). Ovo je u bitnoj meri odredilo i poziciju Frikoma u ugovornim odnosima sa „Ključnim kupcima“ iako su ovi, u pogledu količine i vrednosti prometa u odnosu na količinu i vrednost prometa ostvarenu preko „ostalih“ Frikomovih kupaca, neuporedivo manja „stavka“ u ukupnom prometu asortimana Frikomovih proizvoda, a naročito sladoleda kao relevantnog proizvoda.

Značaj i nesrazmerno veći uticaj na tržište i po samu konkurenciju tih „ostalih“ Frikomovih kupaca proizlazi iz njihovog ogromnog broja, zatim iz veličine i pokrivenosti tržišta na kome posluju, broja krajnjih kupaca – potrošača koji svoju potrebu za određenim proizvodima, naročito na dnevnoj osnovi, zadovoljavaju upravo kod takvih maloprodavaca, a naročito iz količinskog i finansijskog učešća prometa relevantnog proizvoda ostvarenog preko tih maloprodajnih objekata u odnosu na ukupni količinski i finansijski promet Frikoma ostvaren na tržištu Republike Srbije.

Sve prethodno opisano, sagledano kao složen mehanizam aktivnosti koje je Frikom primenjivao u posmatranom periodu, dovelo je do krajnjeg efekta da sam Frikom poveća svoj promet na relevantnom tržištu na taj način dodatno ojača postojeći dominantan položaj, odnosno poveća udeo na relevantnom tržištu u 2010. godini u odnosu na obe prethodne godine, čime je dodatno povećao svoj profit, a da se pri tome tržišno učešće, kao i ostali ključni parametri (obim proizvodnje, obim prodaje, finansijska realizacija, stepen iskorišćenosti proizvodnih kapaciteta) jedinog značajnog konkurenta u sve tri posmatrane godine konstantno i značajno smanjivalo.

Zaključno o povredi konkurencije

Svaka od opisanih aktivnosti i mera, sama za sebe, može predstavljati ili predstavlja opasnost po efektivnu konkurenciju na relevantnom tržištu, a udružene i kombinovane u okviru složenog mehanizma sračunatog na ostvarenje cilja koji, prema propisima iz oblasti zaštite konkurencije, nije dopušten učesniku koji na relevantnom tržištu ima dominantan položaj, nepobitno je ukazalo na postojanje povrede konkurencije u smislu člana 16 Zakona. Na osnovu svega prethodno iznetog Komisija je utvrdila da ukupni rezultati sprovedenog ispitnog postupka ukazuju da u konkretnom slučaju postoji povreda konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja od strane Frikoma, odnosno da su akti i radnje koje je Frikom preduzimao u poslovnom odnosu sa svojim kupcima –maloprodavcima, doveli do značajnog narušavanja i ograničavanja konkurencije na relevantnom tržištu.

Odluka komisije – konačno rešenje

Kao rezultat sprovedenog ispitnog postupka, svih analiza, ocena i zaključaka, koje sam pokušao da prikažem u dosadašnjem delu teksta, Savet Komisije za zaštitu konkurencije doneo je na predlog stručne službe odluku – rešenje³⁰ kojim je utvrđeno da se „Frikom“ nalazi u dominantnom položaju na relevantnom tržištu, a istovremeno i da je taj položaj zloupotrebio – čime je izvršilo povredu konkurencije iz člana 16. Zakona o zaštiti konkurencije, a sa ciljem slabljenja i istiskivanja sa tržišta postojeće konkurencije, kao i stvaranja značajne barijere za ulazak na tržište novih konkurenata, uz istovremeno jačanje sopstvenog dominantnog položaja na tržištu, što je za efekat imalo značajno ograničavanje i narušavanje konkurencije na relevantnom tržištu.

Imajući u vidu odredbu člana člana 38. stav 3. Zakona, po kome u slučaju kada je konačnim rešenjem utvrđena povreda konkurencije – rešenje mora sadržati i odluku o meri zaštite konkurencije. Komisija (čitaj: Savet Komisije) nema bilo kakvo diskreciono pravo da eventualno odluči da u takvoj situaciji ne odredi meru zaštite konkurencije.³¹

30 Sam tekst dispozitiva rešenja je neuobičajeno obiman, po oceni autora ovog teksta bespotrebno opterećen detaljima koji se kasnije navode i detaljno analiziraju u obrazloženju rešenja, ali je kao takav ispitivan u oba postupka pred sudovima (Upravni sud i Vrhovni kasacioni sud) i „opstao“ je. U tom smislu prestaje svaki razlog za moje komentare na tu temu, osim možda zbog profesionalnog odnosa i želje da i formu budućih odluka Komisije dovedemo u oblike koji su „saobraženi“ kako sa našom „domaćom“ praksom u izradi odluka, tako i praksom drugih nacionalnih tela koja vrše istu funkciju kao i naša Komisija za zaštitu konkurencije. Detalji povrede konkurencije navedeni u dispozitivu rešenja kao i celokupno obrazloženje objavljeni su na internet stranici Komisije, kako je to već i ranije napominjano u ovom tekstu.

31 Sa ovim svojim stavom autor i sam želi da polemíše – u najkraćem: da - to jeste opšti i generalno prihvatljiv pristup. Ono što može predstavljati opasnost kod ovako iskazanog „tvrdog“ (slobodno čitati: rigidnog) pristupa jeste činjenica da članovi tela koje donosi odluke (Savet Komisije)

Mera zaštite konkurencije određena je u obliku obaveze plaćanja novčanog iznosa u visini od 4% od ukupnog godišnjeg prihoda ostvarenog u 2009.³² godini što iznosi 301.950.520,00 RSD.

Istovremeno je određen i rok od šest (6) meseci od dana prijema rešenja za izvršenje ove obaveze, a sve pod pretnjom prinudnog izvršenja.

Kao što je već rečeno u prethodnom delu teksta, „Frikom“ nije dobrovoljno izvršio naloženu meru ni posle presude Vrhovnog kasacionog suda, odnosno ni mnogo nakon pravnosnažnosti rešenja Komisije nakon presude Upravnog suda u martu 2013. Godine.

Interesantno je da je „Frikom“ tek nakon što je Upravni sud presudom odbio tužbu protiv rešenja Komisije, podneo zahtev za odlaganje izvršenja mere zaštite konkurencije. Tada to više nije bilo moguće učiniti jer je momentom nastupapravnosnažnosti rešenja isključena mogućnost primene člana 71. stav 3. Zakona na koji se „Frikom“ neshvatljivo kasno pozvao, pri čemu je propustio i mogućnost da u roku propisanom relevantnom uredbom zatraži određivanje plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije u ratama³³.

Novčani iznos mere zaštite konkurencije ipak je naplaćen u korist budžeta Republike Srbije, ali u postupku prinudne naplate koji je sprovela poreska uprava na zahtev Komisije (podnet neopravdano kasnije nego što je trebalo – ali ipak na vreme da ne dođe do zastare u naplati).

Verovatno da ovaj tekst ne bi trebalo opteretiti nekim dilemama i polemikama koje vodim, sada već mogu reći godinama, sa neistomišljenicima, koji ne samo smisao kažnjavanja, način određivanja iznosa mere zaštite konkurencije, već i cilj Zakona

mogu lako doći u zabludu (što se na početku mandata postojećeg saziva i desilo – tragovi ostaju) da je vođenje postupaka radi ispitivanja povrede konkurencije u slučajevima kada dolazi do „zastare“ za određivanje mere zaštite konkurencije „bespredmetno“ s obzirom da je cilj kazniti učesnike na tržištu za učinjenu povredu. Ako se takav stav dovede u vezu sa, u uporednom pravu potpuno nepoznatom praksom, da se prilikom određivanja visine novčanog iznosa mere zaštite konkurencije polazi od ukupnog godišnjeg prihoda, a ne, kako je to inače „u svetu“, od tzv. „relevantnog prihoda“, odnosno samo od prihoda koji je u direktnoj ili indirektnoj vezi sa samom povredom, onda se lako možemo naći u situaciji da „omašimo“ osnovne ciljeve, ne samo Zakona već i politike zaštite konkurencije. Autor zastupa stav da čak i kada nastupi „zastara“ u toku ispitnog postupka, to nikako nebi oslobodilo Komisiju od obaveze da utvrdi postojanje povrede kada na to ukazuje krajnji ishod ispitnog postupka. Kazna, kako god se ona nazivala, u pravu konkurencije je samo „nužno zlo“ koje se mora odrediti kada je to nužno i u meri koja je potrebna, ali nikada se nesme smatrati ciljem postupka ili čak samog Zakona.

32 2009. godina je godina koja je prethodila godini u kojoj je pokrenut postupak

33 Uredba o kriterijumima za određivanje visine iznosa koji se plaća na osnovu mere zaštite konkurencije i procesnog penala, načinu i rokovima njihovog plaćanja i uslovima za određivanje tih mera (“Službeni glasnik RS”, br. 50/2010 od 23.7.2010) u članu 4. st. 5. i 6. propisuje ovakvu mogućnost.

i ulogu same Komisije vide u mnogo čemu drugačije, pri čemu priznajem da sam „osnovne zanata“ naučio u privredi. Ipak ono što se čitaocima mora reći, kao vrsta istine koja bi trebala da nas „pročisti“ i učini i „boljima“ i „pametnijima“, jeste činjenica da i u primeni našeg Zakona postoji prostor koji omogućava da on bude primenjen čak i na potpuno pogrešan način. Da se implementacija Zakona pretvori u suprotnost samih principa politike i prava zaštite konkurencije. Jedini način da se od toga zaštitimo i da ubuduće budemo „mudriji“ kada donosimo propise u oblasti zaštite konkurencije jeste: učiti, učiti, učiti, ne samo na sopstvenim greškama već i na veoma bogatom i lako dostupnom iskustvu drugih.

Konačnim rešenjem Komisija je odredila i mere ponašanja koje je smatrala primere-nim i dovoljnim u datim okolnostima. Osim „opšte“ zabrane svakog budućeg postu-panja, odnosno zaključivanja ugovora sa kupcima-maloprodavcima, koji bi sadržali odredbe o određivanju cena u daljoj prodaji, ekskluzivitetu u rashladnim uređaji-ma i maloprodajnim objektima, odredbe kojima se nameću nepravični uslovi po-slovanja u odnosu na tržišno i pregovarački slabije poslovne partnere, kao i odred-be kojima bi se primenjivali nejednaki uslovi poslovanja na iste poslove sa različitim učesnicima na tržištu, saciljem da se pojedini učesnici na tržištu dovedu u nepovolj-niji položaj u odnosu na konkurente, što je inače već i samim Zakonom zabranjeno – ali su takve „formule“ nešto što je uobičajeno u odlukama gotovo svih tela koja se bave zaštitom konkurencije, naložene su i neke „praktične“ mere ponašanja. Na-ime, naloženo je da „Frikom“ u roku od 5 dana od dana prijema konačnog rešenja na svojoj zvaničnoj internet stranici, sa oznakom „Važno obaveštenje“, objavi oba-veštenje svim svojim kupcima-maloprodavcima da se odredbe u zaključenim ugo-vorima, koji su u primeni na dan donošenja rešenja, a kojima je ugovorena obaveza kupaca u pogledu cena u daljoj prodaji, ekskluziviteta u rashladnim uređajima ili u maloprodajnim objektima, nadalje ne primenjuju sve do isteka roka na koji su ugo-vori zaključeni. Ova mera naložena je pod pretnjom primene člana 68. stav 1. tačka 3) Zakona odnosno određivanja još jedne mere zaštite konkurencije, ali tada zbog neizvršenja naložene mere otklanjanja povrede konkurencije. Odlučujući o sadrža-ju mera ponašanja Komisija je imala u vidu da za veći deo ugovora, koje je Frikom zaključio sa svojim kupcima-maloprodavcima, rok na koji su zaključeni ističe krajem tekuće godine³⁴ ili početkom naredne godine. Imajući u vidu da neposredno pred-stoji proces ugovaranja za naredni ugovorni period, te da bi bilo neopravdano na-metati obavezu aneksiranja svih ugovora koji sadrže sporne odredbe u vremenu pred istek važnosti tih ugovora, odlučeno je kao na opisani način. Ocenjeno je da ovakva mera ponašanja u „kombinaciji“ sa „opštom zabranom“ nastavljanja ili po-navljanja iste ili slične povrede konkurencije i vrlo visokim novčanim iznosom mere zaštite konkurencije, može postići željeni efekat.

„Frikom“ je prema saznanju i proverio Komisije ovu naloženu meru ponašanja izvršio na način i u roku koji je rešenjem naložen.

34 Na ovom mestu autor podseća da je konačno rešenje doneto 19.11.2012. godine