

МИШЉЕЊЕ НА НАЦРТ ЗАКОНА О ИЗМЕНАМА И ДОПУНАМА ЗАКОНА О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Поступајући по захтеву Министарства спољне и унутрашње трговине и телекомуникација, достављеном у четвртак, 20.06.2013.године, Савет Комисије, на својој 149. седници одржаној 24.06.2013.године, усвојио је следеће

МИШЉЕЊЕ

Члан 1. Нацрта Закона о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције (у даљем тексту: Нацрт)

Предлажемо да члан 1. Нацрта¹ гласи:

Члан 1.

У Закону о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/09), члан 15. мења се и гласи:

„Доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да послује на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.

Тржишна снага учесника на тржишту се утврђује у односу на релевантне економске и друге показатеље, а нарочито следеће, **цењене алтернативно или кумулативно:**

- 1) структуру релевантног тржишта и тржишне уделе;
- 2) тржишни удео учесника на тржишту чији се доминантан положај утврђује, нарочито ако је већи од 40% на утврђеном релевантном тржишту;
- 3) стварне и потенцијалне конкуренте;
- 4) економску и финансијску снагу;
- 5) степен вертикалне интегрисаности;
- 6) предности у приступу тржиштима снабдевања и дистрибуције;
- 7) правне или чињеничне препреке за приступ других учесника тржишту;
- 8) снага купца;
- 9) технолошке предности, права интелектуалне својине.

Два или више правно независна учесника на тржишту могу да имају доминантан положај ако су повезани економским везама тако да на релевантном тржишту заједнички наступају или делују као један учесник (колективна доминација).“

Терет доказивања доминантног положаја на утврђеном релевантном тржишту сноси Комисија.“

Образложење

У ставу 2 изостављено је „И/ИЛИ“, тако да би из овако формулисане одредбе произлашло да је у сваком конкретном случају нужно утврдити кумулативно све показатеље како би учесник имао доминантан положај. У циљу прецизног и јасног дефинисања одредбе, предлажемо допуну иза речи:“... нарочито“ тако да гласи: „...нарочито следеће, цењене

¹ Предложене измене и допуне су означене црвеним словима ради прегледности.

алтернативно или кумулативно:..." У Образложењу Нацрта изнето је управо ово тумачење одредбе, међутим, сматрамо да је целисходно прецизирати сам законски текст и тиме избећи могући другачији приступ и тумачење у примени закона.

У ставу 2. тачка 1 брисано је „и тржишне уделе“. Утврђивање структуре релевантног тржишта подразумева утврђивање тржишних удела свих учесника, због чега је потребно вратити претходну формулацију.

У ставу 2. тачка 2, за примену је важно прецизирати да се ради о тржишном уделу учесника чији се доминантан положај утврђује.

Став 4. је потребно прецизирати, с обзиром да се у поступку утврђује и доказује постојање доминантног положаја на утврђеном релевантном тржишту.

Чланови 3, 4, 5 Нацрта

Предлажемо да се **члан 3, 4, и 5 Нацрта бришу.**

Образложење

Чланом 3. Нацрта мења се постојећи члан 23. Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/09, у даљем тексту: Закон). Чланом 4. мења се постојећи члан 24. Закона. Чланом 5. врши се допуна новим чланом.

Све наведене измене и допуне нису обухваћена Нацртом Закона који је усвојен на Одбору Владе и, према томе, нису биле предмет Јавне расправе. Предлог за измену и допуну чл. 23. Закона (чл. 3. Нацрта) садржан је једино у непотписаним Коментарима Америчке привредне коморе у Србији, који је достављен „накнадно“, значи након 18.05.2013.год., односно након Јавне расправе. При том, предметни Коментари садрже сугестију за измену овог члана која се разликује од ове одредбе Нацрта.

Одредбе члана 23. и 24. Закона директно утичу на институционални капацитет Комисије за заштиту конкуренције (у даљем тексту: Комисија) и према томе представљају стратешко питање развоја политике заштите конкуренције у Србији, а не питање организационих услова рада Комисије. Измене и допуне ових одредби морале би одражавати стратешко опредељење Владе а не приватне жеље учесника на тржишту и њихових удружења. Надлежни Одбор Владе РС усвојио је текст измена и допуна односно Нацрт без ових одредби, што значи да Влада није исказала опредељење за њихову измену. Да је сматрала да их треба мењати, могла је текст да врати Радној групи или ресорном министарству на допуну, што није учинила. Такође, ни ЕК није ни на који начин, у својим препорукама или другачије, изнела потребу да се ове одредбе мењају, односно до сада нису изнели било какве примедбе на постојећа законска решења. Ниједна примедба на ове одредбе није изнета ни у Експертској анализи политике заштите конкуренције у Србији, урађеној од стране Конференције Уједињених нација за трговину и развој (UNCTAD).

У Образложењу Нацрта у погледу члана 3., као разлог је наведено да је „неопходно применити интердисциплинарни приступ, путем репрезентативног учешћа стручњака из две кључне области, права и економије, а **таква репрезентативност у овом моменту није заступљена.**“ Из самог Образложења, по нашем мишљењу, произлази да се ради о питању **примене** овог члана. Важећим законским решењем, Народна скупштина није ни на који начин ограничена да изврши избор за који оцењује да је најбољи, у односу на пријављене кандидате. Чак и ако предлагач ове одредбе сумња у компетентност Народне скупштине и жели додатно да ограничи слободу при избору, сматрамо да се овим изменама неће постићи никакав „избалансиран састав Савета Комисије“, јер исти зависи и од „избалансираности“ пријављених кандидата, и нарочито, од оцене парламента.

Из ових разлога, сматрамо да члан 3, 4, и 5 Нацрта треба брисати. Опреза ради, указујемо и да предложена решења нису јасна и адекватна из следећих разлога.

У чл. 3. ставу 1. нејасно је о којим „релевантним областима из става 1“ се ради, односно да ли се ради о областима права и економије, или о областима заштите конкуренције и европског права или о „комбинацији“ ових области. Овом допуном ограничава се Народна скупштина у избору, јер не може да изврши „најбољи“ избор у односу на достављене пријаве на оглас, већ нужно мора по 2 кандидата. Даље, ако се као обавезујући уводи овај „кључ“, зашто се не уведе и, нпр, „кључ“ родне равноправности, или неки други?

Из одредбе **чл. 3. ст 2.** Нацрта произлази да Народна скупштина мора да рангира све пријављене кандидате, из чега би даље произашло и право сваког пријављеног кандидата на управносудску заштиту, чак и у ситуацији када сматра да нпр. треба да буде на трећем а не на четвртном месту на листи и томе слично. Поставља се и питање вредновања (да не кажемо бодовања) појединих критеријума односно услова за избор, јер свака листа подразумева претходно утврђивање „вредности“ сваког појединачног услова, како би се обезбедила предвидивост и транспарентност у раду парламента.

Измена члана 24, односно одредба **члана 4.** Нацрта, није целисходна, с обзиром да је појам „углед Комисије у јавности“ шири у односу на појам повреде Етичког кодекса. Повреда Етичког кодекса може представљати дисциплинску повреду, и важи и за запослене у Стручној служби Комисије и за изабрана лица. Чување угледа Комисије као институције у јавности је првенствено обавеза изабраних лица, а евентуална повреда Етичког кодекса може бити само један од начина на који се може повредити углед Комисије у јавности. Из овог разлога, сматрамо да предложену одредбу чл. 4. треба брисати.

Чланом 5. Нацрта прописана је обавеза доношења Етичког кодекса, што је сувишно из следећих разлога. Законом о Агенцији за борбу против корупције прецизно су и јасно прописани принципи и дефинисано „понашање“ лица која обављају јавну функцију. Прописана је и обавеза доношења Плана интегритета, који мора да садржи мере правне и практичне природе којима се спречавају и отклањају могућности за настанак и развој корупције. Поступајући по овом Закону и пратећим прописима, Комисија је донела План интегритета, који између осталог, предвиђа и доношење Етичког кодекса најкасније до

01.04.2014. године (иако је ирелевантно, израда је у завршној фази). Сматрамо да је сувишно и нецелисходно Законом о заштити конкуренције уводити било какав *lex specialis* у односу на Закон о Агенцији за борбу против корупције, и сходно томе, треба брисати чл. 5. Нацрта.

Члан 14. Нацрта

Предлажемо брисање става 6, као и допуну става 1., тако да чл. 14. Нацрта гласи:

„Члан 58. мења се и гласи:

„Комисија може донети закључак о прекиду поступка испитивања повреде конкуренције, којим се одређује мера из члана 59. овог закона, ако странка, **водећи рачуна садржини закључка о покретању поступка, односно о чињеницама утврђеним у поступку**, поднесе предлог обавеза које је спремна добровољно да преузме ради отклањања могућих повреда конкуренције, са условима и роковима за извршење мере.

Предлог из става 1. овог члана, странка може да стави најкасније до доношења решења Комисије којим се окончава поступак испитивања повреде конкуренције.

Ако Комисија, на основу анализе стања на тржишту, утврди да је вероватно да ће се на основу предложених обавеза остварити циљ мере из члана 59. овог закона, закључком ће одредити меру на основу датог предлога.

Комисија није у обавези да прихвати предлог из става 1. овог члана.

Закључком о прекиду поступка се одређује рок за извршење обавезе странке и за доставу доказа о испуњењу услова из мере.

Поступак ће се наставити, у року не дужем од три године од дана доношења закључка из става 1. овог члана, ако:

- 1) наступе битне промене околности на којима се заснивао закључак о прекиду поступка;
- 2) странка не испуни обавезе из мере у року одређеном за испуњење, односно не достави одговарајуће доказе о томе;
- 3) Комисија установи да је закључак о прекиду поступка донет на основу нетачних, неистинитих, некомплетних или обмањујућих података које је доставила странка.

О поступању странке по закључку о прекиду поступка, Комисија води рачуна по службеној дужности.

Закључак о прекиду поступка, односно наставку поступка, доноси савет Комисије.“

Образложење

Ако се одредбе става 2, 6 и става 7. тачке 2. овог члана, посматрају као целина, поставља се питање зашто би Комисија, која је спровела цели поступак, у тренутку из става 2. прихватила предлог, односно да ли би било целисходно, с обзиром да би само изостала мера заштите конкуренције? Основано је претпоставити да ће странке одредбу овог става 2., тумачити као правило, и редовно подносити предлог за прекид поступка непосредно

пре доношења решења (у ком периоду могу наставити да врше повреду конкуренције ради које је поступак и покренут). У вези става 6, основано је претпоставити да ће се у пракси изнети тумачење да је „потпуна сарадња са Комисијом“ једини услов (поред подношења предлога) који странка мора да испуни. По досадашњем искуству, странка сматра да је испунила услов сарадње са Комисијом ако поступа у складу са налозима Комисије, што је супротно од става Комисије. Наиме, благовремено и потпуно поступање по налозима Комисије је обавеза странке у поступку, која је забрањена одређивањем мере процесног пенала. Из овог разлога, сматрамо да је целисходно брисати став 6.

Како би овај члан у потпуности био усклађен са чл. 9 Уредбе ЕК, по коме су, између осталог, обавезе које странка предлаже одређене на следећи начин: „...to meet concerns expressed to them by commission...“, што није адекватно номотехничкој терминологији у Србији, па предлажемо да се 1. став овог члана допуни, односно прецизира да, код подношења предлога, странка мора да има у виду основану претпоставку која је била разлог за покретање поступка, као и све чињенице које буду утврђене у току поступка, закључно са обавештењем из чл. 38. Закона.

Предлог је у складу са Образложењем овог члана Нацрта (други став Образложења).

Члан 17. Нацрта

Нови став 6. члана 17. Нацрта брисати.

Образложење

У коначној верзији прегледа одредби Закона о заштити конкуренције („Сл. гласник“ бр. 51/2009), које се мењају и допуњавају, предвиђено је да се постојећи члан 65. Закона, између осталог мења на начин да се после става 5. дода нови став 6. који гласи: „Ако се пријава концентрације одбаци из разлога да не испуњава услове из члана 61. овог Закона, накнада из става 5. овог члана се не плаћа, односно враћа се подносиоцу.“

Овакав предлог садржан у наведеном ставу не треба прихватити, односно предложени текст треба брисати, при чему се овакав став образлаже следећим:

Непотребно је законским одредбама утврђивати да се за ситуацију одбачаја пријаве концентрације, не плаћа накнада из става 5. овог члана, односно да се враћа подносиоцу. Ово из разлога што је висина накнаде за издавање акта Комисије о одбацивању пријаве концентрације утврђена чланом 2. став 1. тачка 3) Тарифника о висини накнада за послове из надлежности Комисије за заштиту конкуренције („Сл. гласник“ бр. 49/2011). Такође, на начин како је дати предлог формулисан, одбачај пријаве концентрације везује се за само један од могућих разлога за такво поступање Комисије, а то је неиспуњеност услова из члана 61. Закона (приходни прагови за пријаву концентрације). Указујемо да је у ставу 4. измена и допуна које се тичу члана 65. Закона, предвиђено да разлог за одбачај пријаве

концентрације може бити и непотпуност пријаве, односно не поступање странке по налогу Комисије за допуњавањем пријаве. Због тога сматрамо да су сасвим довољна решења утврђена Тарифником, која у тачки 3) члана 2. прецизирају висину накнаде за врсту акта који доноси Комисија (акт о одбацивању пријаве концентрације), не улазећи у разлоге одбачаја који су утврђени самим Законом. При томе се без обзира на различитост могућих разлога за одбачај пријаве концентрације, акт којим се о томе одлучује тарифира увек у истом износу, утврђеним Тарифником.

Члан 18. Нацрта

У циљу прецизне и јасне формулације одредбе става 6, (измењеног и допуњеног чл. 68. Закона), предлажемо да исти гласи:

Члан 18.

У члану 68. став 1. после речи „од укупног годишњег прихода,“ додају се речи „оствареног на територији Републике Србије и“.

Став 3. **члана 68.** мења се и гласи:

„Мера заштите конкуренције не може се одредити протеком пет година од дана извршења радње или пропуштања испуњења обавезе, односно од последњег дана временског периода извршења радње из става става 1. овог члана.“

После **става 3. члана 68.**, додају се нови ст. 4. до 7. који гласе:

„Застарелост из става 3. овог члана прекида се сваком радњом Комисије предузетом ради утврђивања радње из става 1. овог члана и одређивања мере заштите конкуренције. Када Комисија води поступак против више учесника на тржишту или удружења учесника на тржишту, застарелост се прекида даном када је било ком од учесника на тржишту који има положај странке у поступку достављен поднесак Комисије.

После сваког прекида, застарелост почиње поново да тече, али се поступак испитивања повреде конкуренције не може водити протеком двоструког периода утврђеног ставом 3. овог члана.

Мера заштите конкуренције не може се наплатити протеком пет година од дана извршности решења Комисије, **а ако је покренут управни спор, од дана правоснажности судске одлуке.** Застарелост се прекида сваком радњом надлежног органа предузетом ради наплате мере заштите конкуренције.

После сваког прекида, застарелост почиње поново да тече, али се поступак наплате не може водити протеком двоструког периода утврђеног ставом 6. овог члана“.

Члан 19. Нацрта

Предлажемо да члан 19. Нацрта гласи:

Члан 19.

У члану 70. став 1. тачка 1) мења се и гласи:

„1) не поступи по захтеву Комисије да јој достави, саопшти, стави на увид или омогући приступ траженим подацима, онемогући улазак у просторије или на други начин

спречи увиђај, односно достави или саопшти нетачне, непотпуне или лажне податке, укључујући податке у смислу чл. 44, 47. и 48. овог закона;“

Образложење

У последњој верзији Нацрта, у члану 14., изостављена је примена у случају из чл. 44. Закона. Овим је странка у поступку изузета од одређивања мере процесног пенала, односно мера процесног пенала одређивала би се само трећим лицима и у поступку секторске анализе. Стога је нужно вратити претходну формулацију, која подразумева и одређивање мере процесног пенала странкама у поступку у складу са Законом.

Члан 21. Нацрта

Предлажемо да члан 21. Нацрта гласи:

Члан 21.

Поступак пред Комисијом који је започет до дана ступања на снагу овог Закона, спровешће се по одредбама прописа по којима је покренут, осим у случају одредаба чл. 6, 13 и 18. овог Закона, који се на поступке који су у току, примењују од дана ступања на снагу овог Закона.

Образложење

Полазећи од уставноправог принципа забране ретроактивности, као и нужности да одредбе која регулише питање важења закона буду јасно и прецизно дефинисане, предлажемо да Закон о изменама и допунама Закона о заштити конкуренције примењује само на поступке који буду покренути након ступања на снагу Закона о изменама и допунама ЗЗК, са изузетком одредби чл. 6, 13 и 18. Нацрта. Одредба чл. 6. не примењује се у управном поступку пред Комисијом, а у случају осталих наведених одредби, разлог је следећи. Јавни интерес, који не представља само интерес државе, већ и пословне заједнице као целине и успостављања и заштите конкуренције на тржишту, налаже да утврђене повреде конкуренције (рестриктивни споразуми и злоупотреба доминантног положаја) буду санкционисане у складу са законом, који је усклађен са правним правилима ЕУ. Изостајање санкционисања искључиво из разлога застарелости, у ситуацији када важећа одредба застарелости представља изузетак и у односу на домаће законодавство, као и сложеност и дужину поступка, чини да јавни интерес преовладава над интересом странке у поступку.

Опреза ради, истичемо да је понуђено решење у другом ставу овог члана у делу који се односи на застарелост, у супротности и са Образложењем овог члана Нацрта, а нарочито са јавним интересом, који мора бити адекватно цењен у односу на интерес странке у поступку. Подсећамо да је важећа одредба у супротности са правним правилима Ек, и да је ЕК у континуитету указивала на њену неусклађеност.

У односу на остале чланове Нацрта немамо примедбе. Користимо прилику да изнесемо став да је добро што је изостала промена надлежности са Управног суда на Привредни апелациони суд, с обзиром на основаност већине примедби које су изнете у току Јавне расправе (у супротности са Законом о уређењу судова, ЗУС-ом, и нецисходно).

Надамо се да ће ресорно министарство као предлагач уважити ово мишљење, с обзиром да је већина примедби проистекла из праксе како Комисије тако и других тела за заштиту конкуренције у ЕУ, односно из правних правила ЕК. Ако ове примедбе буду прихваћене, доставићемо, по потреби, додатно образложење.

Председавајући Савета
Проф. др Сања Данковић Степановић