

УПУТСТВО

у вези са подношењем захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране

Полазећи од одредби члана 21. став 1. тачке 5) и 11) Закона о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/2009 и 95/2013 – у даљем тексту означен као: Закон), а пре свега од потребе да се учесницима на тржишту помогне да у обављању редовног пословања, у коме закључују и споразуме који се према одредбама Закона сматрају рестриктивним споразумима, избегну сваку ситуацију у којој би управо због тих и таквих споразума могли доћи под удар Законом запрећених санкција, Комисија издаје ово упутство са препорукама у вези са подношењем захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране.

Бројне су ситуације у којима се Комисија у свом досадашњем раду сусрела са питањима и дилемама учесника на тржишту а у вези постојања рестриктивних споразума и могућности њиховог изузећа од опште забране дефинисане Законом.

Основна питања, препозната у досадашњој пракси Комисије углавном се свде на следећа:

- шта је рестриктивни споразум и ко утврђује да ли је неки конкретни споразум уопште рестриктиван;
- да ли се увек мора Комисији пријавити рестриктивни споразум да би потом био изузет од забране;
- шта се дешава ако се уопште не поднесе захтев за појединачно изузеће од забране постојећег рестриктивног споразума, а Комисија дође до сазнања о његовом постојању;
- да ли је настала повреда конкуренције ако рестриктивни споразум који није изузет од забране није произвео штетне последице

и бројна друга питања, на која је Комисија давала одговоре кроз своја мишљења о примени прописа у области заштите конкуренције, или у виду одговора на конкретна питања за конкретан случај.

Управо због уочене садржине и учесталости питања, која су веома често постављали и професионалци чији је посао да пружају правну помоћ и савете учесницима на тржишту – привредним друштвима, предузетницима и другима, који се у смислу Закона сматрају учесницима на тржишту, у овом упутству даје се осврт на дефиниције, правни оквир, обавезе учесника на тржишту, а у вези са рестриктивним споразумима и могућностима и начинима њиховог изузећа од забране.

Дефиниција рестриктивног споразума и изузеће од забране

Законом је прописано да су „рестриктивни споразуми“ - споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије.

Иако се колоквијално под појмом „споразум“, најчешће, мисли на „уговор“ (писани или усмени), рестриктивни споразуми у смислу примене Закона могу бити уговори, само поједине

одредбе уговора, разне врсте изричитих или прећутних договора, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту.

Закон у члану 10. став 3. прописује:

„Рестриктивни споразуми забрањени су и ништави, осим у случајевима изузећа од забране у складу са овим законом.“

Управо ова одредба чини суштинску разлику између поступака у којима Комисија утврђује постојање повреде конкуренције када основано претпостави постојање рестриктивних споразума који нису изузети од забране, на један од Законом прописаних начина, и истих таквих поступака у јурисдикцијама у којима није прописана могућност појединачног изузећа од забране, већ се у самој дефиницији рестриктивног споразума полази од одредби члана 101. Уговора о функционисању Европске уније (у даљем тексту означен као: УФЕУ) и могућности да се, у току поступка покренутог пред надлежним телом за заштиту конкуренције, доказује испуњеност услова за изузеће од забране. У случају да у таквим поступцима странка докаже испуњеност услова за изузеће од забране из члана 101. став 3. УФЕУ – покренути поступак би био обустављен, јер се конкретни споразум не би сматрао забрањеним у смислу одредбе члана 101. став 1. УФЕУ.

Комисија на овом месту скреће пажњу свим учесницима на тржишту да, управо због претходно поменуте разлике, у поступцима који су пред Комисијом покренути по службеној дужности ради утврђивања постојања повреде конкуренције, није могућа обустава поступка чак и у ситуацији када би странке против којих је поступак покренут успеле да докажу испуњеност услова за појединачно изузеће рестриктивног споразума од забране. У таквој ситуацији, чињеница да су кумулативно испуњени Законом прописани услови, који би, у случају да је претходно био поднет уредан захтев за појединачно изузеће, били довољни за позитивно решење Комисије, могла би евентуално бити цењена само у оквиру олакшавајућих околности при одређивању мере заштите конкуренције – обавезе плаћања одређеног новчаног износа – која се увек одређује у случају постојања повреде конкуренције.

Законом је прописана могућност да рестриктивни споразуми, иначе под општом забраном и са последицом ништавости, ипак буду изузети од забране и то:

- у поступку појединачног изузећа од забране – уз кумулативно испуњење услова прописаних чланом 11. и у складу са чланом 12. Закона. Поступак се покреће искључиво по захтеву странке,
- у смислу примене члана 13. Закона који даје основ за изузеће од забране рестриктивног споразума по одређеним категоријама. У циљу ефикасне имплементације овог члана Закона донете су и Уредбе којима се дефинишу сва питања везана за тзв. „блок изузеће“ рестриктивних споразума од забране.

У смислу члана 14. Закона – споразуми мањег значаја су дозвољени, осим ако је циљ хоризонталног споразума одређивање цена или ограничавање производње или продаје, односно подела тржишта снабдевања, као и ако је циљ вертикалног споразума одређивање цене, односно подела тржишта, када се не може применити правило „*de minimis*“.

Правни оквир

Подразумева се да Комисија у свом раду и вршењу својих надлежности примењује искључиво домаће прописе, док директна примена прописа који чине правну тековину ЕУ, без обзира на њихову обавезност за Државе чланице ЕУ, у Србији није могућа.

Оно што је ипак могуће, а истовремено представља преузету међународну обавезу дефинисану у члану 73. Споразума о стабилизацији и придруживању, Комисија и чини – у свакој ситуацији када то околности конкретног случаја налажу, примењује критеријуме који проистичу из примене правила конкуренције која се примењују у Европској унији (у даљем тексту означеној као: ЕУ), а нарочито из чланова 101. и 102. УФЕУ и инструмената тумачења које су усвојиле институције ЕУ.

Полазећи од претходног Комисија **препоручује свим учесницима на тржишту** да се што детаљније упознају са прописима из области заштите конкуренције, а нарочито са домаћим правним оквиром. Познавање ЕУ прописа свакако може помоћи у правилном тумачењу и у поступку самооцењивања, који је неопходан за извођење правилног закључка о томе да ли конкретан споразум ужива погодности изузећа по категорији споразума (тзв. „блок изузеће“), или је неопходно поднети захтев за појединачно изузеће таквог споразума од забране.

Домаћи правни оквир чине следећи прописи:

- Закон о заштити конкуренције („Службени гласник РС“ бр. 51/2009 и 95/2013);
- Уредба о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране ("Службени гласник РС", бр. 107/2009);
- Уредба о споразумима између учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране ("Службени гласник РС", бр. 11/2010);
- Уредба о споразумима о специјализацији између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране ("Службени гласник РС", бр. 11/2010);
- Уредба о споразумима о истраживању и развоју између учесника на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције који се изузимају од забране ("Службени гласник РС", бр. 11/2010):

ЕУ прописи који чине корпус „опитих“ прописа који се примењују на проблематику рестриктивних споразума (сектор-специфични прописи о блок изузећу нису поменути на овом месту)

- Council Regulation (EC) No 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty (OJ L 1, 4.1.2003, p. 1);
- Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (de minimis) (OJ C 368/13, 22.12.2001)
- Commission Regulation 330/2010/EU of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices, (OJ L 102/1, 23.4.2010)
- Guidelines on Vertical Restraints, (OJ C 130/1, 19.5.2010)
- Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal cooperation agreements (OJ C 11/1, 14.1.2011)

Шта све може бити обухваћено захтевом за појединачно изузеће

Одредбом члана 12. Закона је предвиђено да на захтев учесника у рестриктивном споразуму, Комисија може изузети поједини рестриктивни споразум од забране, док је Уредбом о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране ближе уређена садржина захтева за појединачно изузеће. Одредбом члана 2. став. 1 тачка 4. Уредбе, прописано је да захтев за појединачно изузеће мора да садржи „садржај споразума или потписан споразум (уговор са прилозима).“ У складу са наведеним, предвиђена је могућност да странке поднесу Комисији садржај споразума, односно да Комисији не доставе потписан споразум, већ да у поднеску опишу садржину споразума уз навођење свих клаузула које имају или могу имати рестриктивни карактер.

У својој досадашњој пракси, Комисија је давала препоруке да странке доставе потписане споразуме, пре свега у циљу обезбеђивања правне сигурности за учеснике на тржишту. Достављањем потписаног споразума, странке у поступку, али и Комисија, били би сигурни да ће Комисија анализирати све одредбе којима је регулисан њихов пословни однос и оценити испуњеност услова из члана 11. Закона, те да ће, на основу коначног решења Комисије, моћи да примењују предметни уговор без бојазни да би његова примена, на уговорени начин, била у супротности са одредбама Закона. Доношење решења Комисије на основу нацрта, или само описа садржине споразума, може отворити простор за одређене недоумице, па самим тим и правну несигурност. Наиме, решење Комисије би се, уз потпуну ограду, односило само на оне одредбе будућег уговора које су, и на начин на које су, описане или наведене у нацрту уговора и достављене Комисији, а за које је странка у поступку доказала испуњеност услова из члана 11. Закона. Све што би евентуално било накнадно уговорено, измењено или би се примењивало на начин супротан описаном и/или у нацрту уговора дефинисаном, не би било, нити може бити обухваћено решењем о изузећу. Не мање значајна је и чињеница да је ради правилног утврђивања чињеничног стања, од изузетног значаја за странку, као и Комисију, да поједине одредбе разматра у контексту осталих одредби уговора. Сходно наведеном, Комисија оцењује да је у интересу, како странака у поступку, тако и других учесника на тржишту, али и ради заштите јавног интереса, да одређени пословни однос између учесника на тржишту, који може да буде предмет изузећа, буде разматран као потпуно дефинисана целина и да као такав буде предмет оцене Комисије. Међутим, уколико странке инсистирају да Комисија донесе решење о изузећу само на основу описа садржаја споразума, или нацрта будућег уговора, оне преузимају одговорност за све одредбе споразума, које нису изузете, а које, евентуално, могу самостално, или у односу са другим одредбама споразума, довести до ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције.

Подносиоци захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране, неретко, истичу да би било корисно што раније укључивање Комисије у процес закључења споразума, како би поступак могао да тече паралелно са конкретизацијом одређених питања важних за странке, а која нису од значаја за тржишну конкуренцију. У досадашњој пракси, дешавало се да странке у току поступка пред Комисијом, уколико Комисија изрази забринутост у погледу појединих одредби споразума, измене одредбе уговора, у циљу њиховог усклађивања са одредбама Закона. Међутим, наглашавамо да Комисија није надлежна, нити је то њена улога, да буде ангажована у процесу преговарања између уговорних страна, на начин да кроз поступак изузећа саветује странке у погледу рестриктивног карактера појединих уговорних одредби и о начину усаглашавања пословања са правилима о заштити конкуренције.

Подношење захтева за изузеће рестриктивног споразума од забране

У случајевима постојања рестриктивног споразума који не испуњава услове за изузеће од забране у смислу члана 14. и члана 13. Закона, односно не испуњава услове из донетих Уредби о „блок изузећу“, изузеће од забране прописано је Законом само као могућност (уз кумулативно испуњење услова прописаних у члану 11. Закона), у поступку који покрећу учесници у споразуму својим захтевом у складу са чланом 12. Закона, а у свему према Уредби о садржини захтева за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране.

Уколико учесници у таквом рестриктивном споразуму не покрену поступак појединачног изузећа од забране – такав споразум ће остати „рестриктиван у смислу одредбе члана 10. став 3. Закона“ – дакле биће забрањен и ништав, а као такав представљаће повреду конкуренције.

У поступку испитивања повреде конкуренције, покренутом по службеној дужности управо због таквог рестриктивног споразума, доказивање испуњености услова за изузеће из члана 11. Закона – не може и неће довести до обуставе покренутог поступка и до појединачног изузећа од забране.

Комисија на овом месту наглашава да је Законом, у раније цитираним одредбама, практично дата могућност да се подношењем захтева за појединачно изузеће од забране, избегавајући само-инкриминисање учесника у рестриктивном споразуму, створи ситуација у којој је уз посебну дозволу Комисије могуће примењивати конкретни рестриктивни споразум у одређеном временском периоду и без опасности од примене запрећених санкција – управних мера, које могу у значајној мери утицати на пословање учесника на тржишту и њихове приходе.

Сходно одредби члана 68. став 1. тачка 2) Закона, учеснику на тржишту који закључи или изврши рестриктивни споразум, у смислу члана 10. Закона, односно рестриктивни споразум који није изузет од забране у смислу члана 60. Закона, решењем којим се утврђује постојање повреде конкуренције, одредиће се мера заштите конкуренције, у облику обавезе плаћања новчаног износа, у висини највише 10 % од укупног годишњег прихода оствареног на територији Републике Србије и обрачунатог у складу са чланом 7. Закона.

У складу са наведеним, став Комисије је да учесници на тржишту треба да се уздрже од примене – спровођења рестриктивних споразума за које намеравају да поднесу захтев за појединачно изузеће од забране до коначне одлуке – решења Комисије, а у складу са тим препоручује се и уговарање одложеног услова у том смислу. Овакво понашање учесника у рестриктивним споразумима о чијим захтевима Комисија тек треба да одлучује, штити саме учеснике од одговорности за евентуално почињену повреду конкуренције.

У смислу претходног – Комисија у вршењу својих надлежности у вези са рестриктивним споразумима, неће убудуће имати разумевање за учеснике на тржишту који не поднесу захтев за појединачно изузеће споразума, који иначе само на тај начин може бити изузет од забране у складу са Законом, пре почетка његове примене, с тим што ће у поступању по поднетим захтевима за појединачно изузеће рестриктивних споразума од забране, Комисија убудуће одобравати изузеће почев од дана подношења захтева који садржи све податке прописане релевантном Уредбом (потпуни захтев), а не од дана закључења рестриктивног споразума.

Комисија ће, у намери да учесницима на тржишту помогне да што правилније и са што мање могућих грешака спроведу поступак „самооцењивања“, односно оцене да ли конкретан рестриктивни споразум испуњава услове за „блок изузеће“, или је потребно Комисији поднети захтев за појединачно изузеће од забране – како споразум не би представљао истовремено и повреду конкуренције, у најскорије време донети и објавити одговарајуће – тематске смернице. Комисија препоручује свим учесницима на тржишту да се у наредном периоду, до доношења поменутих смерница, у случају постојања сумњи или дилема у вези са природом конкретног споразума, као и у вези са испуњењем прописаних услова за „блок изузеће“ од забране – обратe Комисији захтевима за мишљења, или самим захтевима за појединачно изузеће од забране.