

PERSPEKTIVE
IMPLEMENTACIJE
EVROPSKIH
STANDARDA U PRAVNI
SISTEM SRBIJE

KNJIGA 7

ZBORNİK RADOVA

Priredio
Prof. dr Stevan Lilić

BEOGRAD, 2017

Lektor i korektor

Irena Popović

Tehnički urednik

Zoran Grac

Priprema

Dosije studio, Beograd

Štampa

JP Službeni glasnik

ISBN 978-86-7630-689-3

Tiraž

100

Adresa redakcije

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
Centar za izdavaštvo i informisanje
Bulevar kralja Aleksandra 67
Tel./faks: 30-27-725, 30-27-776
e-mail: centar@ius.bg.ac.rs
web: www.ius.bg.ac.rs

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд
340.137(4-672EU:497.11)(082)

PERSPEKTIVE implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije : zbornik radova. Knj. 7 / priredio Stevan Lilić. – Beograd : Pravni fakultet Univerziteta, Centar za izdavaštvo i informisanje, 2017 (Beograd : Glasnik). – 775 str. ; 24 cm. – (Biblioteka Zbornici)

Na spor. nasl. str.: Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System. – Tekst lat. i ćir. – Tiraž 100. – Napomene i bibliografske reference uz tekst. – Summaries.

ISBN 978-86-7630-689-3

1. Лилић, Стеван [уредник], 1948–

а) Право – Хармонизација – Европска унија – Србија – Зборници

COBISS.SR-ID 254213388

ПОСТУПАК ПРЕД КОМИСИЈОМ ЗА ЗАШТИТУ КОНКУРЕНЦИЈЕ У СВЕТЛУ НОВОГ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ЉУДСКИХ ПРАВА

Апстракт

Закон о заштити конкуренције прописује поступак који у вршењу својих овлашћења сироводи Комисија за заштиту конкуренције. Комисија је реулаиторно тело која сироводи изв. посебни уравни поступак јер закон изричито предвиђа субвендијарну примену Закона о општем уравни поступку и уравни спор као судску контролу управе. Међушим, бројне посебности у погледу предмета поступка – повреде конкуренције и врсте управних мера које се за повреду изричу – упућују на његову кривично-правну природу. На крају тој закључка, овај рад анализира поступак пред Комисијом за заштиту конкуренције у светлу новог Закона о општем уравни поступку и људских права.

Кључне речи: Посебан уравни поступак. Закон о општем уравни поступку. Право на правично суђење.

1. УВОД

Закон о заштити конкуренције¹ прописује поступак који спроводи Комисија за заштиту конкуренције у вршењу својих овлашћења очувања конкуренције на српском тржишту. Положај и надлежности Комисије детерминишу ову организацију као део јавне управе која се у новијим стратешким документима² сврстава у регулаторна тела. Комисија је самостална и независна организација која врши јавна овлашћења у поступку у коме је супвендијарна примена Закона о општем управном поступку изричито регулисана.³ Главно овлашћење Коми-

* Др Катарина Голубовић, адвокат. Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије* (179059), који подржава Министарство науке Републике Србије.

1 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/2009 и 95/2013)

2 *Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији*, Службени гласник РС бр. 9/2014, 42/2014.

3 „У поступку пред Комисијом примењују се правила општег управног поступка, ако овим законом није другачије прописано“, Закон о заштити конкуренције („Службени гласник РС“, бр. 51/2009 и 95/2013), члан 34.

сије је да решава о правима и обавезама учесника на тржишту, те да одређује управне мере. Тако, ако Комисија утврди повреду конкуренције, или другу повреду закона, одређује меру заштите конкуренције, меру отклањања повреде конкуренције, односно другу управну меру прописану законом.

Бројне посебности у погледу предмета поступка – утврђивање повреде конкуренције и врсте управних мера које се за повреду изричу, указују да предмет поступања није управна ствар, већ „кривичноправна ствар“ тј. кривична оптужба. Тако, одредба да се приликом одређивања висине износа који се плаћа на основу мере заштите конкуренције, односно процесног пенала, узимају у обзир намера, тежина, последице и трајање утврђене повреде конкуренције, указује на примену низ кривичноправних института⁴ при управном поступању.

Природа предмета поступка одређује обавезу државе да устроји поступак у складу са уставним и људским правима странке у поступку. Да би се проценила усклађеност законских решења посебног управног поступка који спроводи Комисија са европским стандардима, неопходно је јасно одредити природу предмета поступка пред Комисијом и то полазећи од праксе Европског суда за људска права, с обзиром да је Србија чланица Савета Европе.

2. КВАЛИФИКАЦИЈА ПРЕДМЕТА ПОСЕБНИХ УПРАВНИХ ПОСТУПАКА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Већ од 70-тих година, Европски суд за људска права, почев од случаја Енгел и други против Холандије,⁵ формулисао је критеријуме на основу којих се одређује да ли се у поступку одлучује о кривичној оптужби. Ти критеријуми су: 1. класификација дела у националном праву; 2. природа дела (која подразумева два кумулативна поткритерија, и то степен повреде норме и сврху казне); и 3. тежина запрећене казне за странку у поступку.⁶ За утврђење да је предмет поступка „кривична оптужба“ није потребно кумулативно испуњење наведених критеријума.⁷ Међутим, кумулативни приступ може да буде примењен у случајевима када критеријуми засебно не омогућују да се дође до јасног закључка о постојању „кривичне оптужбе“.

4 Весна Бесаровић, Право имунитета у праву конкуренције – инструмент за борбу против картела, Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, Књига 1, Београд, 2011, стр. 10–21.

5 Енгел и други против Холандије (*Engel and others v. the Netherlands*), представке бр. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, пресуда од 8. јуна 1976. године.

6 Уколико је лицу изречена новчана казна, сама чињеница да је за дело запрећена казна затвора или да се новчана казна може заменити казном затвора је довољна да санкција има карактер кривичне санкције.

7 Лауко против Словачке (*Lauko v. Slovakia*), представка бр. 26138/95, пресуда од 3. септембра 1998. године.

Пракса Европског суда за људска права приликом оцене природе предмета посебних управних поступака није јединствена. Велико веће је разматрало неконзистентност праксе у случају *Јусила њроћив Финске*.⁸ Тај предмет се односи на поступак у којем је подносилац, услед грешке у својим пореским пријавама, био обавезан да плати ПДВ и доплату у износу од 10% утврђене обавезе.

Према правилу утврђеном у судској пракси, када се оцењује да ли се један поступак води поводом „кривичне оптужбе“, полази се од тзв. Енгел критеријума, који не морају постојати кумулативно. Разматрајући судску праксу у фискалним или пореским стварима, о којима се решава у посебним управним поступцима, Велико веће је желело да установи да ли у тој области постоји судска пракса која указује на то да би требало имати другачији приступ. Тако је, још у *случају Бенденун*,⁹ поводом поступка изрицање пореских казни, односно доплата за неплаћање пореза (ПДВ и пореза на добит предузећа у односу на компаније подносиоца представке и пореза на лични доходак подносиоца представке), наведено да су четири елемента релевантна за примењивост члана б: 1) да се закон којим се утврђују казне односи на све грађане у својству пореских обвезника (тзв. критеријум опште примене казне); 2) да доплата није замишљена као новчана накнада штете, већ је по својој природи казна која би требало да спречи поврат; 3) да је изречена према прописима чија је сврха одвраћање и кажњавање; 4) да је одређена значајна доплата (64.415 евра у односу на подносиоца пријаве и 86.957 евра у односу на његове компаније).

Ти елементи се могу посматрати у контексту другог и трећег Енгел критеријумима као релевантни у процени чињеничног стања случаја, с једне стране, или као одвојени принципи у области пореза, с друге стране. Даље се мора нагласити да Суд у случају Бенденун није разматрао било који од четири елемента као одлучујући, те је заузео кумулативни приступ када је оцењивао да ли поступак за доплату у пореској материји има карактер „кривичне оптужбе“. У случају *Јаношевић њроћив Шведске*,¹⁰ суд није примењивао Бенденун критеријуме нити је користио посебан приступ већ је вршио оцену на основу Енгел критеријума. Као главни критеријум узета је природа дела.¹¹ Суд је навео да су додатни порези усмерени на све пореске обвезнике у Шведској а не само на одређену групу са посебним статусом. Сврха тих додатних пореза није била надокнада трошкова проузрокованих понашањем обвезника, већ је основна сврха био притисак на обвезнике да поштују своје законске

8 *Јусила њроћив Финске (Jussila v. Finland)*, представка бр. 73053/01, пресуда од 23. новембра 2006. године.

9 *Бенденун њроћив Француске (Bendenoun v. France)*, представка бр. 12547/86, пресуда од 24. фебруара 1994. године.

10 *Јаношевић њроћив Шведске (Janosevic v. Sweden)*, представка бр. 34619/97, пресуда од 23. јула 2002. године.

11 *Васћбері Такси АБ и Вулић њроћив Шведске (Västberga Taxi Aktiebolag and Vulic v. Sweden)*, представка бр. 36985/97, пресуда од 23. јула 2002. године.

обавезе и кажњавање повреда тих обавеза. Сврха им је, дакле, била и кажњавање и одвраћање, па их тако треба сматрати „кривичним“ по својој природи. У том случају је критеријум озбиљности изречене и прописане казне био коришћен као додатни критеријум. Наиме, доплата је износила око 17.284 евра, док горња граница доплате уопште није била прописана.

У каснијем случају *Морел њројив Француске*,¹² међутим, утврђено је да се члан 6 не примењује на пореске доплате од 10% (у конкретном случају доплата је износила 678 евра) јер „није посебно висока“ те је стога „веома далеко од суштинског нивоа“ потребног да се сматра „кривичном оптужбом“. У тој одлуци, Суд се позивао на Бенденун, а не на Енгел критеријуме, дајући огроман значај *ижејини казне* у односу на друге Бенденун критеријуме. Наиме, Морел је изузетак међу случајевима по томе што се ослања на недостатак озбиљности казне при коначној оцени да се члан 6 Европске конвенције не примењује на случај, мада су сви други критеријуми (опште правило, некомпензаторна обавеза, сврха одвраћања и казнена сврха) јасно испуњени.

Велико веће је као закључак изнело да, иако нема сумње у значај пореза на ефикасно функционисање државе, то Веће није уверено да је уклањање процедуралних гаранција у наметању казних пенала у пореској сфери потребно да би се одржала ефикасност фискалног система. Стога је, примењујући Енгел критеријуме, констатовало да се предмет Јусила разликује од предмета Јаношевић по висини казне. Међутим, то што трећи критеријум није испуњен не може отклонити постојање кривичне природе дела, што је довољно да се један поступак поводом таквог дела може сматрати поступком у коме се одлучује о „кривичној оптужби“.

Тај тест је примењиван и на осталим случајевима доплата у фискалној материји. У случају *Штајнингер њројив Аустрије*¹³ Суд је утврдио да се европски стандарди правичности примењују на поступак одређивања доплате на таксе, које представљају парафискалне намете.

Влада је тврдила да представке нису прихватљиве, то јест да нису компатибилна *ratione materiae* са одредбама Конвенције јер се члан 6 не примењује на предметни поступак. Увођење парафискалних намета, као што су тржишни доприноси и казне у случају неплаћања не представљају поступак одређивања права и обавеза у смислу члана 6, става 1. Влада је истакла да је поступак у погледу казни могао да се посматра као кривични поступак у смислу члана 6, става 1 само под одређеним условима, као што је констатовано у случају *Јусила њројив Финске*. Према тој пресуди, тест према којем се квалификује један поступак као кривични у смислу члана 6, става 1 заснован је на три критеријума и

12 *Морел њројив Француске (Morel v. France)*, представка бр. 54559/00, одлука од 3. јуна 2003. године.

13 *Штајнингер њројив Аустрије (Steininger v. Austria)*, представка бр. 21539/07, пресуда од 17. априла 2012. године.

то: 1. квалификацијом поступка у националном законодавству као кривичног; 2. карактером повреде и 3. тежином казне која се може изрећи одговорном за повреду.

Влада је истакла да први критеријум није испуњен јер одређивање доплате према националном праву представља део општег управног права. Штавише, Закон о пољопривредном тржишту предвиђа део који садржи посебна кривична дела. Када је у питању природа санкције, релевантне одредбе Закона о пољопривредном тржишту представљају пашални износ који би требало да покрије трошкове додатног рада Одбора услед неплаћања доприноса, то јест вођења управног поступка, и не може се, стога, сматрати казном. Осим тога, трећи критеријум није испуњен. С обзиром да наметнута доплата не може бити већа од 60 процената износа неплаћеног доприноса, Влада је тврдила да се санкција не може сматрати нарочито тешком.

Компаније су успешно тврдили да се члан 6 примењује на поступак одређивања доплате коју је одредио Одбор јер оне имају казнени елемент, тако да поступак представља одлучивање о кривичној оптужби.

3. ПОВРЕДА КОНКУРЕНЦИЈЕ И УПРАВНЕ МЕРЕ – УПРАВНА ИЛИ КРИВИЧНА СТВАР

Повреде конкуренције одређене су као противправно понашање одређених законских одредби,¹⁴ те су наведена правила опште обавезујућа за све учеснике на тржишту, односно за правна лица и физичка лица у тим правним лицима.

Управне мере које Комисија изриче имају за циљ сузбијање понашања којим се ограничава, нарушава или спречава конкуренција на тржишту, као и специјалну и генералну превенцију у односу на учеснике на тржишту. Дакле, управне мере имају сврху као и кривичне санкције.

Управна мера у облику новчане санкције се изриче у максимуму од 10% од укупног годишњег прихода учесника на тржишту. Од успешности пословања конкретног учесника на тржишту зависиће и висина санкције. Тако у пракси привредно друштво добро послује, санкција може бити изузетно висока. Мера има казнену природу јер је усмерена ка одузимању профита, а не накнади штете изазване кажњивим понашањем.

Применом Бендунон критеријума, јасно је да поступак изрицања управних мера има за предмет „кривичну оптужбу“ те да посебан управни поступак изрицања управних мера и поступак контроле одлуке пред Управним судом мора да уважи бројне стандарде које произилазе из члана 6 и члана 7 Европског суда за људска права. Овакав закључак је

14 Закон о заштити конкуренције (Службени гласник РС, бр. 51/2009 и 95/2013), Рестриктивни споразуми, члан 10–15; Злоупотреба доминантног положаја, члан 16–17; Концентрација учесника на тржишту, члан 17–19.

и у складу са налазима теоретичара који наводе да Суд правде Европске уније поступке у области конкуренције сврстава у примарно регулаторне и управне, док их Европски суд за људска права класификује као поступке у којима се одлучује о „кривичној оптужби.“¹⁵

4. ПОСЕБНИ ЗАХТЕВИ УПРАВНОГ ПОСТУПАЊА ЧИЈИ ЈЕ ПРЕДМЕТ „КРИВИЧНА СТВАР“

У неким државама Савета Европе и данас се административне санкције сматрају делом управног система, док у неким истовремено постоје административне санкције и прекршаји.¹⁶ Комитет министара Савета Европе је, уважавајући надлежност држава да уреде систем административних санкција, донео *Прејоруку Р. (91) 1 у вези са административним санкцијама*.¹⁷ Препорука наводи да би материјалне и процесне одредбе које регулишу област управних санкција требало да буду усаглашене са основним начелима кривичног права.

Међу првима се наводи начело законитости кроз одредбу тзв. меког права да „важеће управне санкције и околности у којима се оне могу изрицати морају бити **предвиђене законом**.“ Друго препоручено *начело забране рејтроактивности* произилази из претходног начела, и подразумева да „управна санкција се не може изрећи на основу дела које у време када се изврши није представљало понашање супротно важећим правилима.“ *Начело примене блажег закона* се такође препоручује тј. одредбама да „у случају да је, у време извршења дела, на снази била блажа санкција, не може се изрећи строжа санкција која је накнадно предвиђена. Ступање на снагу, после извршења дела, мање репресивне одредбе треба да буде у корист лица коме орган управе разматра могућност изрицања казне.“

Примена начела *ne bis in idem* се у области управних санкција подразумева „да се лице не може административно казнити двапут за исто дело на основу истог правила или истих правила којима се штити исти друштвени интерес. Када исто дело производи акцију два или

15 Carol Harlow and Richard Rawlings, „National administrative procedures in a European perspective: pathways to a slow convergence“, *Italian journal of public law*, 2, 2010, стр. 229.

16 *Zakon o financiranju političkih aktivnosti i izborne promidžbe*, Narodne novine, broj 24/11, 61/11, 27/13 i 02/14 – OUSRH), VIII. Administrativne sankcije, članak 40: „Neovisno o prekršajnoj odgovornosti, za kršenje odredbi ovoga Zakona koje se odnose na ograničenje troškova izborne promidžbe, objavljivanje podataka o donacijama i troškovima za izbornu promidžbu te finansijskih izvještaja o financiranju izborne promidžbe, političkoj stranci, nositelju nezavisne liste i kandidatu mogu se u upravnom postupku izreći sljedeće administrativne sankcije: 1) potpuni gubitak naknade troškova izborne promidžbe, 2) djelomični gubitak naknade troškova izborne promidžbe, 3) obustava isplate naknade troškova izborne promidžbe.“

17 Силвија Пановић-Ђурић, Гордана Арачкић, *Збирка одабраних прејорука Савета Европе*, Савет Европе, Канцеларија у Београду, Београд, 2004, стр. 105–108.

више органа управе на основу законских правила којима се штите јасни друштвени интереси, сваки од тих органа узима у обзир санкцију која је претходно изречена за исто дело“.

Примена начела права на суђење у разумном року подразумева да се свака акција органа управе против понашања супротног важећим правилима предузима у разумном року. Када органи управе покрену поступак који може довести до изрицања управне санкције, они поступају са разумном брзином с обзиром на околности.

Начело правне сигурности у области управних санкција подразумева да сваки поступак који може довести до изрицања управне санкције, а који је покренут против лица, производи одлуку којом се окончава поступак.

Поред начела правичног управног поступка који се тиче управних аката изложених у Резолуцији (77) 31, следећа начела би требало да се примењују при вођењу поступка и изрицању управних санкција: 1) свако лице суочено са управном санкцијом се обавештава о оптужбама; 2) лицу се даје довољно времена да припреми одбрану, узимајући у обзир сложеност материје, као и тежину санкција које му се могу изрећи; 3) лице или његов представник се обавештавају о природи доказа против њега; 4) лицу се пружа могућност да буде саслушано пре него што се донесе одлука; 5) управни акт којим се изриче санкција садржи образложење одлуке. Примена ових начела се може искључити уколико су кумулативно испуњена три критеријума: 1. да постоји сагласност лица; 2. да је искључење предвиђено законом; 3. да се искључење односи на случајеве мањег значаја за које се изричу ниске новчане казне; 4. кривицу доказује орган управе; 5. акт којим се изриче управна санкција подлеже контроли законитости од стране независног и непристрасног суда уставног закона.

Ова начела осликавају ставове Европског суда за људска права да се на управни поступак у коме се одлучује о кривичној оптужби изриче административна санкција, примењују не само стандарди из члана 6, става 1 (право на приступ суду, право на суд основан законом, право на независност и непристрасност у суђењу, право на правну помоћ, право на процесну равноправност странака, право на јавну расправу, право на контрадикторан поступак, право на образложену одлуку, право на суђење у разумном року, право на јавну пресуду, право на ефективно извршење пресуде, забрана арбитражног поступања и право на правну сигурност), већ и стандарди из члана 6, ставова 2 и став 3 ЕКЉП. Међу овим последњим, у контексту изрицања административних санкција је најбитније *Nemo tenetur se ipsum accusare*, односно право оптуженог да се брани ћутањем и да тиме не доприноси свом оптуживању. Додатно, став Европског суда за људска права у случају *Скојола њроїив Иїа-лије*¹⁸ је да се на управни поступак примењује и члан 7 Европске кон-

18 Скопола против Италије (*Scoppola v Italy*), представка бр. 10249/03, пресуда од 17. септембра 2009. године.

венције који предвиђа кажњавање само на основу закона, што је дуго било демантовано.¹⁹ Према овој одредби: „Нико се не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело по унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која је била прописана у време када је кривично дело извршено.

5. ПОСТУПАК ЗАШТИТЕ ОД КОНКУРЕНЦИЈЕ У СВЕТЛУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА ПРАВИЧНОСТИ

Посебан управни поступак који води Комисија за заштиту конкуренције се окончава одлуком против које је дозвољена судска контрола, односно управни спор пред Управним судом. У том смислу, поставља се питање да ли поступак који води Комисија мора да буде усклађен са стандардима који произилазе из члана 6 и члан 7. По правилу, он се везује за судске поступке.

Да би се одговорило на питање неопходно је да се испитају надлежности Управног суда у поступку контроле одлука Комисије. У српском систему, контрола одлука регулаторних тела подвргнута је општем режиму што значи да је могућа контрола пред Управним судом и Врховним касационим судом, по захтеву за преиспитивање судске одлуке а имајући у виду једностепеност посебног управног поступка пред регулаторним телима. Контрола одлука врши се и пред Уставним судом, у погледу поштовања уставом гарантованих људских права. У том смислу, на први поглед, обезбеђен је стандард „приступа суду“ вишестепеном судском заштитом.

Међутим, обим контроле одлука регулаторних тела, и поред вишестепене судске заштите, не испуњава европске стандарде правичности, с обзиром да је спор пуне јурисдикције искључен, било изричито, било самом природом ствари о којој се одлучује.

Изричито се спор пуне јурисдикције искључује посебним законима. Тако, ставом 2 члана 86в Закона о Народној банци Србије²⁰ предвиђено је да „суд не може решити управну ствар за чије је решавање овим законом утврђена надлежност Народне банке Србије.“ Сличну одредбу садржи и Закон о банкама.²¹

Пред Комисијом за заштиту конкуренције се води једностепени управни поступак у коме се доноси одлука на основу дискреционог овла-

19 Paolo Provenzano, „La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative“, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*– 2012, стр. 888.

20 Закон о Народној банци Србије, Службени гласник, бр. 72/2003, 55/2004, 85/2005 – др. закон, 44/2010, 76/2012 и 106/2012.

21 Закон о банкама, Службени гласник РС, бр. 107/2005 и 91/2010.

шћења. Према Закону о управним споровима, спор пуне јурисдикције је искључен када је предмет управног спора управни акт који је донет по дискреционој оцени.²² Европски суд за људска права је стао на становиште²³ и поновио²⁴ да одлуке донете од стране управних органа који не задовољавају захтеве члана 6 става 1 Конвенције морају бити подложне контроли од стране „судског тела које има пуну јурисдикцију“.

Дакле, како је за регулаторна тела, па и за Комисију за заштиту конкуренције, у потпуности искључен спор пуне јурисдикције, што има свакако своја оправдања нарочито у одсуству специјализованог управног судства, од суштинске је важности да регулаторно тело и поступак који се пред регулаторним телом води испуне захтеве члана 6 и 7 ЕКЉП.

6. ПОСТУПАК ПРЕД КОМИСИЈОМ ЗА ЗАШТИТУ КОНКУРЕНЦИЈЕ У СВЕТЛУ НОВОГ ЗАКОНА О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ И ЉУДСКИХ ПРАВА

Закон о општем управном поступку (даље: ЗУП (2016)) почео је да се примењује 1. јуна 2017. године. Према члану 3 ЗУП (2016), овај закон се примењује на поступање у свим управним стварима. Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом. Према члану 214 став 1 ЗУП (2016), посебни закони којима су уређена поједина питања управног поступка у појединим управним областима, ускладиће се са одредбама овог закона до 1. јуна 2018. године.

Како се Закон о заштити конкуренције позива на субсидијарну примену ЗУП-а, то је посебан управни поступак могуће сагледати у светлу нових решења и оценити да ли ће ЗУП у области конкуренције бити „моћан замајак промена – снажан механизам дуго очекиване спроводиве политике трансформације јавне управе у сервис грађана и привреде“.

6.1. Покрећање поступка

Пред Комисијом за заштиту конкуренције поступак се покреће захтевом странке (члан 36 ЗЗК) или по службеној дужности (члан 35 ЗЗК). Поступак покренут по службеној дужности се покреће доношењем закључка против кога нема права жалбе. Моменат покретања пос-

22 Мирјана Дреновак, „Дискрециони управни акти“, *Lex forum*, бр. 1, Београд, 2008, стр. 113–123,

23 Обермејер против Аустрије (*Obermeier v. Austria*), представка бр. 1176/85, пресуда од 28. јуна 1990, пара. 70.

24 Умлафт против Аустрије (*Umlauf v. Austria*), представка бр. 15527/89, пресуда од 23. октобра 1995, пара. 37.

тупка се цени према правилима ЗУП-а. Стари ЗУП (1997) је у члану 115 став 1 предвиђао да је поступак покренут чим орган изврши ма коју радњу ради вођења поступка. Нови ЗУП (2016) моменат покретања поступка поставља на транспарентнији начин. Тако, према члану 91 став 3 ЗУП-а (2016), поступак који се покреће по службеној дужности, а није у интересу странке сматра се покренутим кад је странка обавештена о акту о покретању поступка. Исти закон предвиђа да пре покретања поступка по службеној дужности који није у интересу странке орган прибавља информације и предузима радње да би утврдио да ли су испуњени услови за покретање поступка и, ако јесу, доноси акт о покретању поступка (закључак, налог и сл). При покретању поступка по службеној дужности орган узима у обзир и представке грађана и организација и упозорења надлежних органа.²⁵

Јасно одређење почетка поступка покренутим по службеној дужности у интересу је правне сигурности странака и представља усклађивање са европским стандардима правичности и начелима европског управног простора.

6.2. Обавеза достављања и увида у исправе и документацију

Према члану 44 ЗЗК, закључком се налаже странкама у поступку достава, односно стављање на увид релевантних података који се воде у писаном, електронском или другом облику, исправа, ствари које садрже податке, као и других ствари које могу бити предмет доказивања у поступку, а које је странка дужна да поседује или се основано претпоставља да их поседује. У случају да странка није доставила, односно ставила на увид тражене исправе, податке, односно ствари, до закључења поступка, Комисија ће донети одлуку према стању расположивих доказа у предмету, односно сумња која је последица изостанка наведених доказа, биће узета на штету странке која није поступила по налогу. Додатно, Комисија ће изрећи меру плаћања процесног пенала у износу од 500 евра до 5.000 евра за сваки дан понашања супротно налогу Комисије да јој се достави, саопшти, стави на увид или омогући приступ траженим подацима.

ЗУП (2016) предвиђа уређује дужност странке да поднесе исправу. Према члану 122 ЗУП (2016), „овлашћено службено лице може странци која се позива на исправу наложити да је поднесе, ако странка њоме располаже или може да је прибави. Ако странка упркос налогу не поднесе исправу орган цени, с обзиром на околности случаја, од каквог је то значаја за одлучивање о управној ствари“.

За разлику од Закона о забрани конкуренције, нови ЗУП (2016) не предвиђа санкције за непоступање странака по налогу овлашћених лица. Међутим, одредба изрицања мере плаћања судских пенала за „несарадњу“ је противна праву на одбрану ћутањем. Европски суд за

25 Закон о заштити конкуренције, (Службени гласник РС, бр. 51/2009 и 95/2013), члан 90 став 3 и 4.

људска права је у пресуди *Чамбаз Ыројив Швајцарске*²⁶ утврдио да је у управном поступку повређен стандард правичности који се по правилу повезују са одлучивањем о кривичној оптужби, као што је право на одбрану ћутањем које омогућава да лице не буде приморано да допринесе сопственом процесуирању. У предмету *Ј. Б. Ыројив Швајцарске*,²⁷ подносилац представке је због избегавања плаћања пореза био подвргнут истрази коју су спроводили порески органи; том приликом је од њега захтевано да предочи све документе које је поседовао а који су се односили на улагања у извештај број предузећа. Он је признао да је улагао у та предузећа а да притом није на ваљан начин пријавио остварени приход, али је одбио да предочи све тражене документе. Због тога што је стално одбијао то да учини, поведена су три одвојена поступка за порески прекршај и осуђен је на новчану казну у укупном износу од 3.000 швајцарских франака. Суд је сматрао да се, с обзиром на разрезану новчану казну и на њен карактер, ти поступци могу окарактерисати као „кривични“ у смислу члана 6, става 1. Показало се да су власти заправо покушавале да приморају подносиоца представке да им предочи тражене документе да би у њима нашли податке о његовим приходима и на тај начин утврдили колико треба да буде његово пореско оптерећење, а не може се искључити ни могућност да би се на тај начин дошло до доказа који су могли да буду коришћени против тог подносиоца представке у поступку гоњења због избегавања плаћања пореза. Новчана казна на коју је подносилац представке био осуђен због тога што није предочио документе који би можда могли да га инкриминишу сама по себи је представљала кршење права на ћутање и права сваког лица да у поступку не изнесе ништа што би могло да се тумачи као самооптуживање, а све то спада у домен права на правично суђење зајамченог чланом 6 ЕКЉП.

6.3. Посебне одредбе о увиђају

Члан 52 ЗЗК предвиђа овлашћења службеног лица при спровођења увиђаја. Тако, службено лице које спроводи увиђај може: 1) ући и прегледати пословне просторије, возила, земљиште и друге просторије у седишту странке и осталим местима где странка или треће лице обављају пословне и друге активности; 2) извршити проверу пословних и других докумената, без обзира на начин на који се та документа чувају; 3) одузети, копирати или скенирати пословну документацију, а уколико због техничких разлога то није могуће, овлашћено лице може одузети пословну документацију и задржати је онолико колико је потребно да се направе копије те документације; 4) запечатити све пословне просторије и пословна документа за време увиђаја; 5) узимати од заступника

26 *Чамбаз Ыројив Швајцарске (Chambaz c. Suisse)*, представка бр. 1163/04, пресуда од 5. априла 2012. године.

27 *Ј. Б. Ыројив Швајцарске (J. B. v. Switzerland)*, представка бр. 31827/96, пресуда од 3. маја 2001. године.

странке или њених запослених усмене или писмене изјаве, као и документа о чињеницама које су предмет увиђаја, а ако је неопходна писмена изјава, овлашћено лице мора одредити датум до којег таква изјава мора бити достављена; б) обављати остале радње у складу са циљевима поступка.

Странци се мора обезбедити могућност присуства увиђају, ако то она захтева, осим ако је захтев усмерен на одуговлачење или отежавање поступка.

Члан 53 ЗЗК предвиђа могућност ненајављеног увиђаја ако се основано сумња да постоји опасност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица, може се одредити извођење ненајављеног увиђаја. Ненајављени увиђај се врши путем изненадне контроле просторија, односно података, исправа и ствари које се налазе на том месту, о чему се обавештава странка, односно држалац простора и ствари у тренутку извођења увиђаја и на лицу места.

Према члану 133 став 6 ЗУП-а (2016), странка може да забрани увиђај из разлога из којих сведок може да ускрати сведочење, док члан 125 став 2 и 3 предвиђа да сведок има право да ускрати сведочење о 1) појединим питањима – ако би одговором изложио тешкој срамоти, знатној имовинској штети или кривичном гоњењу себе, крвног сродника у правој линији, а у побочној линији до трећег степена закључно, супружника, ванбрачног партнера, тазбинског сродника до другог степена закључно, па и када је брачна заједница престала, старатеља или штићеника, усвојитеља или усвојеника; 2) појединим питањима – ако би одговором повредио право или обавезу да чува тајну утврђену сагласно закону и прописима који уређују тајност података, односно пословну или професионалну тајну; 3) чињеницама које је сазнао као пуномоћник, верски исповедник, лекар или вршећи други позив, ако је обавезан да као тајну чува оно што је сазнао. Сведок може да ускрати сведочење и о другим чињеницама ако наведе важне разлоге и учини их барем вероватним.

Имајући у виду да ЗЗК предвиђа меру плаћања процесних пенала за непоступање, а да ЗУП предвиђа могућност забране увиђаја, то је неопходно извршити усаглашавање одредаба ЗЗК са ЗУП-ом, како би се, између осталог, поштовало право на одбрану странке у поступку.

6.4. Посебне одредбе о уласку у просторије

Улазак у просторије регулише члан 54 ЗЗК. Ако је потребно да се увиђај обави у просторијама странке или трећег лица, службено лице Комисије које спроводи увиђај дужно је да власнику, односно држаоцу тих просторија, предочи службену легитимацију и преда закључак о извођењу увиђаја у тој просторији, односно да захтева да се омогући улазак у те просторије. Ако се власник, односно држалац просторије неоправдано успротиви спровођењу увиђаја, може се спровести присилан улазак уз помоћ полиције. Ако је потребно спровести увиђај у ста-

ну или другој просторији која има исту, сличну или повезану намену, а власник, односно држалац се томе успротиви, председник Комисије ће без одлагања писмено затражити издавање одговарајуће судске наредбе. Судску наредбу доноси суд надлежан за одлучивање по тужби против решења Комисије по правилима парничног поступка за обезбеђење доказа. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог пуномоћника и уз још два пунолетна сведока присуствује увиђају. Ако држалац стана или његов пуномоћник нису присутни, увиђај је допуштен у присуству два пунолетна сведока.

ЗУП (2016) предвиђа да је увиђај у стану дозвољен само уз сагласност држаоца стана или на основу писмене одлуке надлежног суда.

Улазак у просторије стана може се сагледати и са аспекта права на приватан и породични живот. Да би једно ометање права на поштовање приватног и породичног живота било у складу са дозвољеним ограничењима права предвиђених чланом 8 Европске конвенције, потребно је да је ометање предвиђено законом, да је легитимно и да је неопходно у демократском друштву. У том смислу, управа приликом ометања мора да се води начелом пропорционалности, а само ометање мора да буде одређено, спроведено и завршено тако да омогућава судску контролу не само законитости, већ и легитимитета и пропорционалности, односно неопходности поступања. Дакле, да би заштита од повреде права на поштовање приватног и породичног живота од управе била ефективна, лица чија су права угрожена морају да имају право на пуну ефективну судску контролу чињеничног стања и примене права, како у погледу законитости акта, тако и у погледу управних радњи које су предузете на основу тог акта. То даље значи да је право на приступ суду обезбеђено искључиво ако је судска контрола управе пуна. Тај закључак се заснива на ставу који је Европски суд за људска права изнео у случају *Равон и дрући њроћив Француске*.²⁸ Подносилац представке је тврдио да му је повређено право на правично суђење у делу права на приступ суду у вези са повредом права на поштовање приватног живота из члана 8 Европске конвенције, до које је дошло вршењем управних радњи пореских органа. Наиме, порески инспектори су, ради заплене књиговодствене евиденције, ушли у дом господина Равона, а основу дозволе суда. Равон је тражио да се сам акт и управне радње и докази предузети током уласка у дом изузму као незаконити, међутим у Француској повреда права на поштовање приватног живота није био предвиђена као разлог незаконитости поступка и радњи утврђивања висине пореске обавезе његових компанија.

Европски стандарди намећу да улазак у просторије могу да изврше органи управе само уз пристанак странке или судски налог, под рестриктивно постављеним условима, уз обезбеђење потпуне судске контроле поступања.

28 *Равон и дрући њроћив Француске (Ravon et Autres c. France)*, представка бр. 18497/03, пресуда од 21. фебруара 2008. године.

6.5. Изјашњење странке

Према члану 38 ЗЗК, пре доношења решења у поступку због повреде конкуренције, Комисија ће обавестити странку о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати решење и позвати је да се изјасни у остављеном року.

Члан 106 Новог ЗУП (2016) проширује право странке, постављајући је у положај активног учесника испитног поступка. Тако, странка има право да се у испитном поступку изјасни о чињеницама које су изнете и о понуђеним доказима, да учествује у извођењу доказа, поставља питања другим странкама, сведоцима и вештацима, износи чињенице које су од значаја за поступање у управној ствари, предлаже доказе, износи правне тврдње и побија тврдње које се не слажу с њеним.

На овај начин, у поступку за заштиту конкуренције ће бити обезбеђено право на контрадикторност, која је одредбама ЗЗК и старог ЗУП (1997) била лимитирана.

6.6. Усмена расправа

Европски суд за људска права изнео је став да усмено саслушање није неопходно у свим предметима у којима се одлучује о „кривичној оптужби“. Такав став је правдао сопственим чином проширења примене „аутономних концепата“ на прекршајне, пореске, царинске и парафискалне поступке. Усмена расправа се не мора захтевати када нема питања кредибилности доказа или оспоравања чињеница које захтева усмену презентацију доказа или унакрсно испитивање сведока или када је оптуженом дата адекватна могућност да свој случај изнесе писмено и да оспори доказе против њега.²⁹ У вези са тим, легитимно је да органи јавне власти поставе захтеве поштовања принципа ефикасности и економичности.³⁰ Приликом оцене о потреби одржавања усмене расправе у датом случају, Суд узима у обзир мали износ казне или минорни карактер прекршаја.³¹ Уколико је административна казна такве тежине да представља стигму за странку, усмена расправа је обавезна.³²

29 *Јусила њројив Финске (Jussila v. Finland)*, представка бр. 73053/01, пресуда од 23. новембра 2006. године; *Хелмерс њројив Шведске (Helmers v. Sweden)*, представка бр. 11826/85, пресуда од 29. октобра 1992. године.

30 *Јусила њројив Финске (Jussila v. Finland)*, представка бр. 73053/01, пресуда од 23. новембра 2006. године.

31 *Јусила њројив Финске (Jussila v. Finland)*, представка бр. 73053/01, пресуда од 23. новембра 2006. године; *Камерер њројив Аустрије (Kammerer v. Austria)*, представка бр. 32435/06, пресуда од 12. маја 2010. године; *Фејг њројив Шведске (Fejde v. Sweden)*, представка бр. 12631/87, пресуда од 29. октобра 1991. године.

32 *Голдман и Синаски њројив Мађарске (Goldmann and Szénászky v. Hungary)*, представка бр. 17604/05, пресуда од 30. новембра 2010. године.

6.7. Управне мере

Према члану 57 ЗЗК, ако Комисија утврди повреду конкуренције, односно другу повреду овог закона, одредиће меру заштите конкуренције, меру отклањања повреде конкуренције, односно другу управну меру прописану овим законом. Повреде конкуренције уређене су, између осталог, низом уредби, и то Уредбом о ослобађању од Мера, Уредбом о изузећу хоризонталних споразума, Уредбом о истраживању и развоју, Уредбом о појединачном изузећу, Уредбом о изузећу вертикалних споразума и Уредбом о релевантном тржишту. На тај начин врши се повреда начела законитости.³³

7. ЗАКЉУЧАК

Стандарди Европског суда за људска права и начела и одредбе новог Закона о општем управном поступку (2016), указују да посебан управни поступак предвиђен Законом о заштити конкуренције пружа нижи ниво заштите права странке у поступку. Тај став заступљен је у Иницијативи за покретање поступка за оцену сагласности Закона о заштити конкуренције подзаконских аката и других општих аката са Уставом и ЕКЉП коју су 5. септембра 2017. године Уставном суду Републике Србије заједнички поднели адвокати који се баве привредним правом и организације које се баве заштитом уставних и људских права.³⁴ Овој иницијативи су се придружиле све адвокатске коморе Србије.

У светлу анализе која је дата у овом раду, неопходна је како измена одредби којима се регулише поступак заштите конкуренције, тако и измена поступка контроле одлука, или бар поједених одлука Комисије.

Од значаја је да поступак, у основи, остане у надлежности Комисије за заштиту конкуренције. Оваква поставка је од значаја из разлога јер се укључењем националне управе у европски управни простор регулаторна тела махом оснивају за извршење прописа Европске уније. Имајући у виду да постоји захтев делотворности у раду, као целисходно решење се поставља да регулаторна тела испуњавају критеријуме за оцену њихове природе као „суда“ јер у том случају, у складу са чланом 267 Уговора о функционисању Европске уније, могу директно постављати претходна питања Суду правде Европске уније која су битна за тумачење права које свакодневно примењују.

Да би се Комисија неоспорно уважила као „независно тело“, Устав Републике Србије би требало да садржи јасну одредницу о независ-

33 Адвокатска канцеларија Гецић, Удружење за заштиту уставности и законитости, Комитет правника за људска права, Иницијатива за покретање поступка за оцену сагласности Закона о заштити конкуренције и др са Уставом РС. Доступно: https://www.geciclaw.com/wp-content/uploads/2017/09/Inicijativa-za-ocenu-ustavnosti-Zakona-o-zastiti-konkurencije_050917.pdf

34 *Ibid.*

ности нових организационих облика јавне управе, чиме би пратио најновије реформске процесе у државама Савета Европе.

Комисија за заштиту конкуренције је основана за послове који не захтевају непосредан и сталан политички надзор. Тако, услед непостојања потребе контроле политичке целисходности, а ради постизања делотворности као основног циља, главна одлика поступка који воде регулаторна тела, па и Комисија, је њихова једностепеност. С друге стране, одлукама ових тела задира се у приватна права и приватноправне интересе, те би оне требало да буду донете и контролисане у складу са европским стандардима правичности идентификованим у овом раду.

*Dr Katarina Golubović**

PROCEDURE BEFORE THE COMMISSION FOR THE PROTECTION OF COMPETITION IN THE LIGHT OF THE NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND HUMAN RIGHTS

Summary

The Law on Protection of Competition prescribes a procedure that, in the exercise of its powers, is carried out by the Commission for the Protection of Competition. The Commission is a regulatory body that implements the so-called. a special administrative procedure. The law explicitly envisaged the subsidizing application of the Law on General Administrative Procedure and administrative dispute. However, numerous peculiarities with regard to the subject-matter of the proceedings – the violation of competition and the type of administrative measures for infringement of competition – impinge on its criminal legal nature. On the basis of this conclusion, this paper analyzes the procedure before the Commission for the Protection of Competition in the light of the new Law on General Administrative Procedure and Human Rights.

Key words: *Special administrative procedure. Law on General administrative procedure. Right to fair trial.*

* Katarina Golubović, PhD. This article is the result of research within the project *Perspectives of Implementation of European Standards in the Serbian Legal System (179059)*, supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.