

STEFAN ŠOKINJOV

NAGODBA U KARTELNOM PRAVU EVROPSKE UNIJE

U procesnom pravu konkurencije Evropske unije, ograničeno na postupanje u slučaju kartela, od 2008. godine primenjuje se institut nagodbe (settlement). Zaključenjem nagodbe, u zamenu za prihvatanje odgovornosti za narušavanje konkurencije, preduzećima biva snižena novčana kazna za 10%. Procenat sniženja novčane kazne je isti za sva preduzeća, bez obzira na to u kojoj su meri svojim postupanjem narušili konkurenciju. Postupak nagodbe je opcioni i ne postoji obaveza njenog zaključenja. Da li je predmet podesan za nagodbu ocenjuje Komisija. Pošto je institut nagodbe u funkciji procesne ekonomije, predmet je, po pravilu, podesan za nagodbu ako će se postupak zbog zaključenja nagodbe okončati brže i sa manje troškova. U slučajevima precedentnog karaktera, kada se prvi put odlučuje o nekom konkurencijsko-pravnom pitanju, institut nagodbe se ne primenjuje.

Ključne reči: restriktivni sporazumi, nagodba, Evropska unija, kartelno pravo

U V O D

Karteli predstavljaju nedozvoljene sporazume kojima dvoje ili više tržišnih učesnika vrše usklađivanje međusobnog konkurencijskog ponašanja na tržištu ili utiču na relevantne parametre tržišnog takmičenja dogovaranjem nabavnih ili prodajnih cena ili drugih uslova poslovanja, određivanjem proizvodnih ili prodajnih kvota, podelom tržišta – uključujući tu i manipulaciju ponudama u postupcima za javne nabavke, ograničenjem uvoza ili izvoza i/ili preduzimanjem restriktivne

Prof. dr Stefan Šokinjov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: svarga@jura.kg.ac.rs.

poslovne prakse prema drugim konkurentima.¹ Karteli su zabranjeni, a učesće u aktivnosti kartela kažnjivo. Kazne se učesnicima kartela izriču odlukom donetom u složenom administrativnom postupku čije sprovođenje traje više godina.² Svakako da efikasnost u otkrivanju i sankcionisanju kartelisanja u velikoj meri zavisi od toga kako je uređen postupak po kojem postupaju ovlašćena službena lica kako Evropske komisije tako i nacionalnih antimonopolskih komisija. Što se tiče antimonopolskog prava Evropske unije, potreba za unapređenjem proceduralnih pravila u cilju rasterećenja službenika Komisije uočena je još u vreme dok je Evropsku ekonomsku zajednicu (EEZ) činilo svega šest država članica. Naime, glavno opterećenje direktorata Komisije zaduženog za procesuiranje kartelnih aktivnosti sve do početka XXI veka bio je sistem notifikacije restriktivnih sporazuma, jer se prema tada važećoj regulativi o antimonopolskom postupku,³ izuzeće od pravnog dejstva kartelne zabrane dobijalo na osnovu odluke donete u administrativnom postupku započetom po prijavi nedozvoljenog sporazuma. Na osnovu iskustva stečenog u obradi notifikacija utvrđeno je da su u pogledu nekih grupa sporazuma uslovi za izuzeće uvek ispunjeni, pa je normativno rešenje za rasterećenje Komisije pronađeno u propisivanju tzv. blok ili grupnih izuzetaka. Sporazumi obuhvaćeni blok izuzecima nisu se morali prijavljivati i smatrali su se izuzetim ako su ispunjavali posebno propisane uslove. Prvo su blok izuzecima bili obuhvaćeni vertikalni sporazumi,⁴ da bi se praksa grupnog izuzimanja vremenom proširivala i na horizontalne sporazume, i to u prvo vreme na sporazume o standardizaciji, specijalizaciji i istraživanju i razvoju,⁵ da bi kasnije grupnim izuzecima bili obuhvaćeni i drugi horizontalni sporazumi kao što su sporazumi o transferu tehnologije⁶ i sporazumi zaključeni

¹ *Commission Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases*, OJ C 167 of 02.07.2008, tač. 1 (dalje u tekstu: Beleška).

² Iz dva izvora saznajemo da, počev od prve istražne radnje pa do donošenja odluke, administrativni kartelni postupak u proseku traje 3,5 godine (Neelie Kroes, *Tackling Cartels – A Never Ending Task*, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session held on 8th October 2009 in Brasilia, Speech/09/455, 5; Andreas Stephan, „The Direct Settlement of EC Cartel Cases“, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 58, July 2009, 635).

³ *Council Regulation No 17 First Regulation Implementing Articles 85 nad 86 of the Treaty OJ P 013, 21/02/1962, 204-211.*

⁴ *Regulation No 19/65 of the Council of 2nd March 1965 on application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices*, OJ P 036, 06/03/1965, 533-535.

⁵ *Regulation No 2821/71 of the Council of 20th December 1971 on application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of agreements, decisions and concerted practices* OJ L 285 29/12/1971, 46-48.

⁶ *Commission Regulation (EC) No 772/2004 od 27. aprila 2004*, OJ L 123, 27.04.2004, 11-17.

u sektorima saobraćaja^{7, 8, 9} i osiguranja¹⁰. Međutim, svako rasterećenje postignuto uvođenjem nove grupe sporazuma u sistem blok izuzeća bilo je anulirano proširenjem zajedničkog tržišta. Zato su u praksu Komisije uvedeni neformalni načini rešavanja zahteva za pojedinačno izuzeće u vidu tzv. pisama podrške (*comfort letter*) kojim je Komisija obaveštavala preduzeća da je nakon preliminarnе kontrole ustanovila da sporazum nije zabranjen i da će okončati postupak izdavanjem negativnog uverenja ili odluke o izuzimanju. Pred najveće proširenje Evropske unije 2004. godine, postalo je izvesno da će sistem notifikacije restriktivnih sporazuma u EU koju čini 25 država članica biti neodrživ. Zato je Regulativom Saveta br. 1/2003¹¹ izvršena reforma administrativnog postupka kojom je Evropska komisija u velikoj meri procesnopravno rasterećena napuštanjem sistema notifikacije, kao i decentralizacijom primene antimonopolskog prava Evropske unije. No, time nije prestala potreba za daljim unapređenjem komunitarnog antimonopolskog postupka.

Naime, u poslednjoj deceniji XX veka¹² u komunitarni antimonopolski postupak uveden je, radi povećanja efikasnosti istražnih aktivnosti, institut tzv. amnestije (*leniency programme*) odnosno umanjenja ili potpunog oslobađanja od kazne za ona preduzeća koja odlučujuće pomognu Komisiji u otkrivanju kartela i kažnjavanju učesnika nedozvoljenih sporazuma. Efekti ovog programa se nisu odmah osetili. U prve četiri godine primene sistema amnestije Komisija je donela svega deset odluka u materiji kartelnog prava.¹³ Međutim, u naredna dva perioda (2000-2004 i 2005-2009), zahvaljujući povećanom korišćenju ovog, kako se još naziva: pokajničkog, programa, broj donetih odluka se utrostručio¹⁴ i ponovo se pojavila potreba za racionalizacijom antimonopolskog postupka kako bi se ubrzalo donošenje odluka¹⁵ radi rešavanja predmeta koji su se „nagomilali“ (*backlog*) usled

⁷ *Commission Regulation (EC) No 823/2000* od 19. aprila 2000, OJ L 100, 20.04.2000, 24-30.

⁸ *Commission Regulation (EC) No 3652/1993* od 22. decembra 1993, OJ L 333, 31.12.1993, 37-44.

⁹ *Commission Regulation (EEC) No 1617/1993* od 25. juna 1993, OJ L 155, 26.06.1993, 18-22.

¹⁰ *Commission Regulation (EEC) No 358/2003* od 27. februara 2003, OJ L 53, 28.02.2003, 8.

¹¹ *Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, OJ L 1 of 04.01.2003.

¹² 1996. godine.

¹³ Botond Horvath, „The European Leniency Programme and the European Cartel Settlement Procedure – General Overview and Selected Issues“, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* (2016), 479.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Kris Dekeyser; Christian Roques, „The European Commission's Settlement Procedure in Cartel Cases“, *The Antitrust Bulletin*, No. 4/2010, 824.

povećanja učestalosti samoprijavljivanja članova kartela.¹⁶ Tadašnja komesarka za zaštitu konkurencije Nili Kros (*Neelie Kroes*), oduševljena brzinom kojom službenici američkog Ministarstva pravde (*Department of Justice*) donose odluke u paralelnim postupcima protiv međunarodnih kartela, odlučila se za uvođenje nagodbe u komunitarni administrativni antimonopolski postupak.¹⁷ To je normativnopravno urađeno Regulativom Komisije br. 622/2008 od 30. juna 2008. godine o izmeni Regulative br. 773/2004, unošenjem u implementacionu regulativu odredaba o sprovođenju postupka nagodbe sa učesnicima kartela.¹⁸

POSTUPAK NAGODBE

Za pokretanje postupka nagodbe postoje dva preduslova. Prvi je da je sprovedena istraga i da je Komisija sakupila dovoljno dokaza o narušavanju konkurencije da može da sačini optužnu izjavu ili kako se taj akt još naziva: obaveštenje o bitnim činjenicama (*statement of objections*). Drugi preduslov je da je Komisija procenila da je konkretan predmet pogodan za rešavanje u postupku nagodbe. Preliminarnu procenu podesnosti predmeta za rešavanje u postupku nagodbe Komisija vrši uzimajući u obzir faktore kao što su: broj članova kartela, suprotstavljenost pozicija po pitanju odgovornosti za narušavanje konkurencije, očekivanu meru osporavanja činjenica, te koliki su izgledi da se ostvare proceduralne prednosti u odnosu na redovan antimonopolski postupak.¹⁹ Od značaja je i da li je predmet postupka novo konkurencijskopravno pitanje, jer odlučivanje o novim tržišnim situacijama u kojima je ugroženo funkcionisanje slobodne konkurencije, nije preporučljivo u postupku nagodbe.²⁰ Ukoliko preliminarno proceni da je predmet pogodan za rešavanje u postupku nagodbe, Komisija će inicirati pokretanje antimonopolskog postupka (i time obezbediti svoju nadležnost u predmetnoj pravnoj stvari u odnosu na nacionalne antimonopolske vlasti) i dostaviće dopise članovima kartela kojima ih poziva da se u roku, koji ne može biti kraći od dve nedelje, u pismenoj formi,

¹⁶ Molley Kelley, „Settling for Settlement: The European Commission’s New Cartel Settlement Procedure“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 9, No. 4, 2010, 708-709.

¹⁷ A. Stephan, *op. cit.*, 633.

¹⁸ *Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases*, OJ L 171 of 01.07.2008 (dalje u tekstu: Regulativa). Najznačajnija izmena implementacione regulative je uvođenje novog člana 10a.

¹⁹ Beleška, tač. 5. Geografska rasprostranjenost kartela je takođe bitna činjenica (K. Dekeyser; C. Roques, *op. cit.*, 827).

²⁰ *Ibidem*.

izjasne da li pristaju da se u konkretnom slučaju antimonopolski administrativni postupak sprovede po pravilima o nagodbi. Ukoliko se članovi kartela izjasne pozitivno, odnosno izraze spremnost za učešće u postupku nagodbe, Komisija može započeti razgovore o nagodbi (*settlement discussions*). Pismeno izjašnjenje članova kartela je zapravo formalni zahtev da se započne procedura nagodbe. Ovaj zahtev ne znači da njihovim dostavljanjem preduzeća priznaju postojanje kartela, svoje učešće u njemu i da prihvataju odgovornost za narušavanje konkurencije. Pozitivno pismeno izjašnjenje je procesnopravni uslov za pokretanje postupka nagodbe. Bez njega se postupak nagodbe ne može pokrenuti. Međutim i kada je podnet, Komisija nije dužna da postupi po zahtevu preduzeća. Komisija ima puno diskreciono pravo da odluči da li će pokrenuti postupak nagodbe, a i ako ga pokrene, razgovore o nagodbi može prekinuti u bilo kom momentu. Opravdano se može očekivati da će Komisija pokrenuti postupak nagodbe ako na to pristanu svi članovi kartela. No šta ako neka od upitanih preduzeća pristanu, a druga ne? U literaturi se navodi da Komisija neće pokrenuti postupak nagodbe ukoliko na to ne pristanu svi članovi kartela.²¹ Ova se tvrdnja može braniti time što je smisao nagodbe u bržem i efikasnijem postupanju u slučajevima u kojima treba sankcionisati preduzimanje kolektivnih akata restriktivne poslovne prakse.²² Ukoliko ne pristanu svi članovi kartela na razgovore o nagodbi, paralelno bi se vodila u istom predmetu dva postupka: jedan po opštim i jedan po pravilima o nagodbi, što bi rezultiralo donošenjem dveju odluka u istom predmetu. To bi praktično bilo duplo opterećenje Komisije i ne bi bilo u funkciji procesne ekonomije.²³ Prema tome, prihvatljivo je da se postupak nagodbe pokreće samo ako na njega pristanu sva preduzeća za koje Komisija ima dokaze da su učestvovala u aktivnostima predmetnog kartela.

U prvoj fazi postupka nagodbe Komisija vodi razgovore sa svakim preduzećem ponaosob. Formalni razgovori se obavljaju u tri navrata ili tri kruga,²⁴ uz dodatnu mogućnost neformalne kako usmene tako i pismene komunikacije Komisije i preduzeća. Prilikom prvog kruga bilateralnih razgovora o nagodbi Komisija

²¹ K. Dekeyser; C. Roques, op. cit., 827; Flavio Laina; Elina Laurinen, „The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges“, *Journal of European Competition Law & Practice*, July 2013, 3.

²² Regulatoriva, tač. 4 Preamble.

²³ Zato je npr. u čl. 101 radne verzije nacrta novog zakona o zaštiti konkurencije R. Srbije predviđeno da se nagodba (tj. poravnanje) postiže samo ako na nju pristanu sve stranke. Iz toga se izvodi zaključak, da ako neko od osumnjičenih preduzeća ne pristane na sprovođenje postupka poravnanja, da on neće ni biti pokrenut.

²⁴ F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 8.

prezentuje preduzećima svoju ocenu slučaja i ključne dokaze. U nastavku prve runde razgovora, Komisija objašnjava preduzećima proceduru nagodbe i okvirni vremenski plan (*timetable*) za konkretan postupak. Na kraju ovog razgovora, Komisija dostavlja preduzećima spisak odabranih dokumenata u spisima predmeta, koja se ne smatraju poverljivim, a u koje preduzeća mogu ostvariti uvid po posebno obrazloženom zahtevu.²⁵

Na drugom formalnom sastanku Komisija utvrđuje da li između nje i preduzeća postoji uzajamno razumevanje (*common understanding*) po pitanju oblika i obima narušavanja konkurencije i vrednosti prometa koja je od značaja za izračunavanje visine novčane kazne. Ovo su ujedno i elementi na osnovu kojih se može odrediti raspon novčane kazne, tako da preduzeća imaju mnogo jasniju predstavu težine sankcije koja ih očekuje. Ukoliko se postigne uzajamno razumevanje po pitanju oblika i obima narušavanja konkurencije i raspona novčane kazne, održava se treći sastanak na kojem se izračunava maksimalna visina kazne i razmatra forma²⁶ i vreme podnošenja zahteva za postizanje nagodbe (*settlement submission*).

Zahtev za postizanje nagodbe preduzeće podnosi u pisanoj ili usmenoj formi u prekluzivnom roku koji ne može biti kraći od 15 radnih dana. Ukoliko zahtev za postizanje nagodbe bude podnet usmeno, beleži se pismeno na zapisnik. Zahtev za postizanje nagodbe mora da sadrži:

(a) jasno, neopozivo i nedvosmisleno prihvatanje odgovornosti za povredu čl. 101 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije sumarno opisanu po pitanju: predmeta i načina povrede, odlučnih činjenica i njihove pravne kvalifikacije, kao i protivpravne aktivnosti preduzeća koje podnosi ovaj zahtev i trajanja te prakse,

(b) indikaciju maksimalnog iznosa novčane kazne na koji je preduzeće spremno pristati po osnovu nagodbe,

(c) potvrdu preduzeća da je dovoljno informisano o restriktivnoj poslovnoj praksi koja mu se stavlja na teret²⁷ i da mu je Komisija u postupku nagodbe omogućila da se izjasni,

²⁵ „Uvid u sve spise predmeta moguć je samo u redovnom postupku“ (F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 3).

²⁶ Strankama će biti dat šablon (*template*) zahteva za postizanje nagodbe (Maria Luisa Tierno Centella, „The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases“, *Competition Policy Newsletter*, No.3, 2008, 32).

²⁷ Priznanje krivice je, sa aspekta prava na odbranu, pravovaljano ako nije dato pod prisudom, a stranka je bila dovoljno informisana o svim pravno relevantnim činjenicama (Wouter Wils, „The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles“, paper presented at the 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop (EUI, Florence, 6-7 June 2008), 18).

(d) izjavu da više neće zahtevati uvid u spise predmeta niti formalno saslušanje, osim ukoliko optužna izjava ili odluka Komisije bude odstupala od zahteva za postizanje nagodbe,

(e) pristanak preduzeća da mu se optužna izjava i odluka dostave na jednom od službenih jezika Evropske unije odabranom od strane Komisije.

Ako je zahtev za postizanje nagodbe saglasan sa stanovištem Komisije i reflektuje uzajamno razumevanje postignuto u prvoj fazi postupka nagodbe, Komisija izdaje optužnu izjavu. Optužna izjava se izdaje i u antimonopolskom postupku koji se vodi po opštim pravilima, ali je optužna izjava izdata u postupku nagodbe znatno kraća. Preduzećima se daje rok koji ne može biti kraći od dve nedelje za odgovor na optužnu izjavu. Ukoliko preduzeće odgovori afirmativno i potvrdi navode iz optužne izjave, Komisija, vršeći minimalne izmene i adaptacije optužne izjave, sačinjava nacrt odluke o nagodbi u kojoj je novčana kazna preduzeću snižena. Za prihvatanje odgovornosti za narušavanje konkurencije postignuto u postupku nagodbe preduzeće biva nagrađeno sniženjem novčane kazne za 10%.²⁸ Ukoliko se preduzeće kvalifikovalo i za umanjene kazne po osnovu amnestije, kazna će biti dodatno snižena jer se umanjena novčana kazna po ova dva osnovna zbrajaju. Ne postoji uslovljavanje učešća u postupku nagodbe kvalifikacijom za amnestiju,²⁹ ali rok koji se daje za podnošenje zahteva da se započne sa sprovođenjem postupka nagodbe je poslednji rok u kome se preduzeće može obratiti Komisiji i započeti saradnju sa njom u okviru programa umanjavanja novčanih kazni.³⁰

Nacrt odluke dostavlja se Savetodavnom komitetu. Nakon obavljenih konsultacija, Komisija donosi konačnu odluku.³¹ Bez obzira što je doneta u postupku nagodbe, preduzeća mogu inicirati sudsku kontrolu ove odluke.

Sve do donošenja konačne odluke, Komisija odnosno Kolegijum komesara (*College of Commissioners*) može odstupiti kako od sadržine zahteva za postizanje

²⁸ U radnoj verziji nacrta srpskog zakona o zaštiti konkurencije u čl. 101 st. 6 za prihvatanje odgovornosti u postupku poravnjanja predviđeno je sniženje novčane kazne za 30%. U literaturi se navodi da bi veće sniženje novčanih kazni od 10% u postupku nagodbe umanjilo zainteresovanost preduzeća za smanjenje novčane kazne po osnovu saradnje sa Komisijom (K. Dekeyser; C. Roques, op. cit., 832). Drugim rečima, sniženje kazne za 10% po osnovu nagodbe je odgovarajuće odmereno.

²⁹ U nekim slučajevima preduzećima više može odgovarati da učestvuju u postupku nagodbe nego da Komisiji u okviru programa amnestije otkrivaju restriktivne poslovne aktivnosti drugih preduzeća u branši (M. Kelley, op. cit., str. 712/713). „U okviru postupka nagodbe stranke Komisiji otkrivaju jedino one detalje koji se odnose na sopstveno ponašanje“ (*Ibidem*, 713).

³⁰ B. Horvath, op. cit., 477.

³¹ Prva odluka u postupku nagodbe doneta je 19. maja 2010. godine u slučaju DRAMs (COMP/38.511)

nagodbe, tako i od optužne izjave koja je sačinjena u skladu sa uzajamnim razumevanjem odlučnih činjenica. U tom slučaju, Komisija obaveštava preduzeća da će antimonopolski postupak sprovesti po opštim pravilima, usled čega preduzeća stiču pravo na uvid u kompletan predmet i pravo da zahtevaju formalno saslušanje. Prihvatanje odgovornosti sadržano u zahtevu za postizanje nagodbe i potvrda optužne izjave od tada više ne proizvode pravno dejstvo i preduzeće može osporavati navode Komisije u novoj optužnoj izjavi.

KARAKTERISTIKE NAGODBE U ANTIMONOPOLSKOM POSTUPKU

Nagodba je opcija

Pored toga što je nagodba rezervisana samo za postupanje u slučajevima kartela, osnovna karakteristika postupka nagodbe je da zaključenje nagodbe u pravu konkurencije Evropske unije nije obaveza ni za preduzeće ni za Komisiju. Preduzeće ne mora ni započeti razgovore o nagodbi. Ako li pak počne učestvovati u njima, može odustati sve dok ne dostavi Komisiji zahtev za zaključenje nagodbe (pošto se ovaj zahtev, kad je jednom dostavljen, ne može unilateralno opozvati). Ukoliko preduzeće prekine učešće u razgovorima o nagodbi, onda se postupak prema njemu nastavlja po opštim pravilima, dok se postupak prema preduzećima koji nastavljaju razgovore o nagodbi sprovodi prema pravilima postupka nagodbe. Ovakvi postupci se zovu hibridni, a postignuta nagodba delimičnom (*partial settlement*).³² Komisija ne mora započeti postupak čak ni onda kada preduzeća, pre nego što je Komisija po okončanju istrage preduzela ijednu procesnu radnju, neformalno izraze zainteresovanost za zaključenje nagodbe.³³ Takođe, ako u toku postupka nagodbe Komisija proceni da se u konkretnom slučaju ne mogu postići proceduralni ciljevi zbog kojih je nagodba uvedena u antimonopolski postupak ili da preduzeća namerno opstruišu sprovođenje postupka³⁴ ili da se preduzeća ne pridržavaju obaveze čuvanja u tajnosti podataka u vezi sa diskusijom o nagodbi,³⁵ ona može

³² Prvi hibridni postupak se vodio u slučaju COMP/38866 *Animal Feed Phosphates*, što je inače drugi slučaj u kojem je postignuta nagodba.

³³ F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 2.

³⁴ Preduzeća mogu započeti postupak nagodbe u zloj veri, da bi se što pre informisali o tome kojim dokazima Komisija raspolaže i koliki je raspon kazne koju mogu očekivati, a bez stvarne namere da nagodbu zaključe. Bilo da u tom slučaju od nagodbe odustaju preduzeća ili Komisija, Komisija je primorana da se pripremi za postupanje po opštim pravilima, što za dodatni efekat ima i odugovlačenje postupka.

³⁵ Ne samo da se sadržaj diskusije ne sme saopštavati trećim licima, nego se i činjenica da preduzeće uopšte učestvuje u razgovorima o nagodbi mora čuvati u tajnosti.

prekinuti postupak nagodbe u odnosu na samo neka ili pak u odnosu na sva preduzeća protiv kojih se vodi postupak.³⁶

Kad je reč o hibridnom postupku postavlja se pitanje da li preduzeću koje je odustalo od razgovora o nagodbi maksimum kazne u redovnom postupku može da bude određen u višem iznosu nego što bi to bilo u postupku nagodbe? Iako se u literaturi može pročitati da bi tako nešto bilo dozvoljeno,³⁷ npr. kao posledica dodatne istrage,³⁸ po našem mišljenju, to bi moglo biti dozvoljeno jedino u slučaju da se ponašanje preduzeća u toku postupka nagodbe iz opravdanih razloga računa kao otežavajuća okolnost. Ovo stoga što se prema svim preduzećima u istoj situaciji mora obezbediti isti tretman. Ukoliko se, eventualno, sprovede dodatna istraga u toku koje bi se prikupili dokazi o okolnostima zbog kojih je osnovni iznos kazne za sva preduzeća u predmetnom kartelu neophodno povećati (npr. utvrdi se da je kartel ipak duže trajao), onda se to mora primeniti i na preduzeća koja su pristala na nagodbu. Povećanje kazne za preduzeće koje je razgovore o nagodbi započelo u dobroj veri i nije prekršilo nijednu procesnu obavezu uključujući ni obavezu čuvanja tajne, samo zato što je odlučilo da odustane od nagodbe, a bez promena u činjeničnom stanju, bilo bi ravno kažnjavanju (da ne kažemo osveti) zbog nepriznavanja krivice.

Uzmi ili ostavi

U postupku nagodbe Komisija ne pregovara sa preduzećima o postojanju povrede konkurencije i izricanju kazne. Zato se u evropskom antimonopolskom postupku predmet uzajamnog razumevanja računa kao ponuda uzmi ili ostavi (*take it or leave it offer*).³⁹ To ne znači da Komisija ne može uzeti u obzir argumente, shvatanja i dokumente preduzeća sa kojima vodi bilateralne razgovore o nagodbi i korigovati svoje stanovište. Može, sve dok korekcija stanovišta po pojedinim elementima slučaja ne dovodi u pitanje odgovornost preduzeća i kažnjivost dela. Ovo navodi neke pravne teoretičare na zaključak da u evropskom postupku nagodbe ipak postoji prostor za pregovaranje. Tako npr. prof. Šinkel (*Schinkel*) navodi da

³⁶ Prvi slučaj u kojem je Komisija prekinula postupak nagodbe u odnosu na sva preduzeća i nastavila postupak po opštim pravilima, bio je AT.39574 *Smart Card Chips*.

³⁷ Johan Ysewin; Laura Corbet, „Case T-180/15 'ICAP and Others v Commission', 10 November 2017: Win-win in the cartel settlement procedure: is there a shift in the balance of power?“ *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 4, No. 1, 2018, 6.

³⁸ F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 9.

³⁹ Terry Calvani; Torello Calvani, „Cartel Sanctions and Deterrence“, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, 2011, 203.

postoje tri elementa slučaja o kojima se sa Komisijom ipak može pregovarati.⁴⁰ Prvo, to su elementi na osnovu kojih se utvrđuje visina kazne, uključujući i vrednost prometa i trajanje perioda u toku koga je promet ostvaren. Drugo, to je procenat umanjnja kazne u okviru programa amnestije.⁴¹ I treće, formulacija teksta odluke i saopštenja za javnost. Imajući ovo u vidu može se reći da visina kazne ipak u izvesnoj meri zavisi od poznavanja prava konkurencije i pregovaračke veštine predstavnika preduzeća.⁴²

Skraćenje (administrativnog) postupka

Jedan od ciljeva uvođenja nagodbe u antimonopolsko procesno pravo bilo je ostvarenje proceduralne efikasnosti ubrzanjem postupka. Ono što je izvesno to je da je generalno trajanje postupka od preduzimanja prve istražne radnje pa do presude Evropskog suda pravde skraćeno i to znatno. Naime, iako preduzeće koje zaključi nagodbu može protiv odluke Komisije podneti tužbu Sudu opšte nadležnosti, to se do 2018. godine dogodilo samo u dva navrata.⁴³ Imajući u vidu da postupak pred Sudom opšte nadležnosti u proseku traje 3,5, a pred Evropskim sudom pravde 3 godine,⁴⁴ izostajanjem suđenja postupanje u kartelnopravnim stvarima se znatno skraćuje.⁴⁵ No, da li se skraćuje trajanje administrativnog postupka? Na to pitanje se ne može sa sigurnošću odgovoriti. U literaturi se navodi da se usled nagodbe postiže skraćenje administrativnog postupka,⁴⁶ ali ne vidimo da je to

⁴⁰ Maarten Pieter Schinkel, „Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels“, *Amsterdam Center for Law&Economics Working paper* No. 17, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1729640> (pristupljeno februara 2021), 2.

⁴¹ Umanjenje kazne u programu amnestije nije određeno fiksno, nego u rasponu. Tako prvo preduzeće koje se nije kvalifikovalo za oslobođenje od kazne može očekivati umanjnje od 30%-50%, drugo od 20%-30%, treće i sva naredna preduzeća do 20%. Dakle za prvo preduzeće nije svejedno da li će dobiti 30% ili 45% umanjnja ili za drugo 20% ili 30% ili za treće 5% ili 15%. Ovo pogotovo ako se radi o milionima evra novčane kazne.

⁴² A. Stephan, op. cit., 651.

⁴³ J. Ysewin; L. Corbet, op. cit. 7. U pitanju su *Societe Generale* u slučaju *European Interest Rate Derivatives* i *Printeos/Tompla* u slučaju *Envelope*. *Societe Generale* je, nakon administrativne intervencije Komisije, tužbu povukao, tako da je slučaj *Envelope* ostao jedini slučaj u kojem je preduzeće koje je postiglo nagodbu podnelo tužbu protiv odluke o nagodbi (i spor dobilo: T-95/15 od 13.12.2016).

⁴⁴ A. Stephan, op. cit., 638.

⁴⁵ U literaturi se navodi primer slučaja u kojem je od prve istražne radnje do presude Suda pravde Evropske unije prošlo devetnaest godina (W. Wils, op. cit., 11). Radi se o slučaju *PVC Cartel* u kojem je istraga počela 1983, a presuda Suda pravde EU doneta oktobra 2002. godine.

⁴⁶ F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 8.

potkrepljeno odgovarajućim statističkim analizama. Npr. postoje brojni primeri antikartelnih postupaka koji su, iako sprovedeni po opštim pravilima, trajali kraće nego postupci nagodbe. Npr. u periodu pre uvođenja nagodbe, u slučaju *Carglass*⁴⁷ postupak je trajao tri godine i devet meseci, u slučaju *Bananas*⁴⁸ tri godine i četiri meseca, a u slučaju *Candle Waxes*⁴⁹ tri godine i šest meseci, dok je npr. u slučaju *Breaking systems*⁵⁰ administrativni postupak, iako je sproveden po pravilima o nagodbi, trajao sedam godina i tri meseca. Postupak nagodbe u slučaju *Spark Plugs*⁵¹ je trajao još duže: sedam godina i sedam meseci.

Generalno, trajanje postupka zavisi od složenosti predmeta tako da postupak u manje složenom predmetu sa manje učesnika sproveden po opštim pravilima može trajati kraće od postupka nagodbe sprovednog u predmetu veće složenosti i sa više učesnika. Zato se ubrzanje postupka mora utvrđivati za svaki slučaj posebno, a ne poređenjem slučajeva. Međutim, teško je sa sigurnošću utvrditi koliko bi trajao neki administrativni postupak da je umesto po pravilima o nagodbi vođen po opštim pravilima (odn. šta bi bilo kad bi bilo). Ovo zato što postupak nagodbe sadrži neke procesne radnje koje se u postupku sprovedenom po opštim pravilima ne preduzimaju. To se pre svega odnosi na bilateralne sastanke u prvoj fazi postupka nagodbe. Toga u redovnom antimonopolskom postupku nema, a u okviru postupka nagodbe ova procesna aktivnost najduže traje.⁵² Što se tiče saslušanja pred službenim licem Komisije posebno ovlašćenim za saslušanje stranaka (tzv. *hearing officer*), ono je i u jednom i u drugom postupku opciono i sprovodi se na zahtev. Dakle, moguće je da u postupku nagodbe taj zahtev bude postavljen, a u postupku koji se sprovodi po opštim pravilima ne. Ušteda vremena u postupku nagodbe postiže se u vezi sa uvidom u spise. Naime u postupku nagodbe preduzećima se ne dozvoljava uvid u kompletan predmet, već samo u isprave koje predstavljaju ključne dokaze i selektovana dokumenta koja nisu u režimu poverljivosti. Kad je reč o postupku po opštim pravilima, stranka ima pravo uvida u kompletan spis, a on može da iznosi nekoliko desetina hiljada stranica⁵³ i službeno lice Komisije prethodno mora da pregleda ceo predmet i za svaki dokument proceni da li je i za

⁴⁷ COMP/39.125 od 12. XI 2008. godine.

⁴⁸ COMP/39188 od 15. X 2008. godine.

⁴⁹ COMP/39.181 od 1. X 2008. godine.

⁵⁰ AT.39920 od 21. II 2018. godine.

⁵¹ AT.40113 od 21. II 2018. godine.

⁵² F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 8. Pomenuti autori procenjuju da na ovu fazu otpada 2/3 ukupnog vremena potrebnog da se sprovede postupak nagodbe.

⁵³ Maria Luisa Tierno Centella, „The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases“, *Competition Policy Newsletter*, No.3,2008, 31.

koje preduzeće poverljiv. Međutim, i ovo pravo je opciono i ostvaruje se na zahtev, što znači da takav zahtev ne mora biti postavljen u postupku koji se sprovodi po opštim pravilima. Jedino izvesno skraćjenje i pojednostavljenje postupka nagodbe u odnosu na postupak koji se sprovodi po opštim pravilima jeste količina pisanja i prevođenja. Optužne izjave i odluke u postupcima nagodbe su i do desetak puta kraće nego odluke donete u punom formatu. Odluke donete u postupcima nagodbe iznose od 20 do 40 strana⁵⁴ jer ne sadrže navode o nameri članova kartela, definisanju relevantnog tržišta niti poređenju pozitivnih i negativnih efekata predmetne restriktivne poslovne prakse.⁵⁵ S druge strane, odluke u postupcima koji su sprovedeni po opštim pravilima mogu da iznose više od dvesta stranica kao u slučajevima *Retail food packaging*⁵⁶ (274) i *Freight forwarding*⁵⁷ (262). I prevode se na službene jezike stranaka, dok se odluke u postupcima nagodbe ne prevode, odnosno sačinjavaju se na jednom od službenih jezika Komisije u pogledu koga se stranke i Komisija dogovore.

Zapravo, da li se sprovođenje administrativnog postupka ubrzava ukoliko se sprovodi po pravilima nagodbe najbolje se može videti u tzv. hibridnim slučajevima. Tvrdnje o kraćem trajanju postupka nagodbe mogu biti potvrđene ako se u hibridnim slučajevima odluka u postupku nagodbe donese za kraće vreme nego odluka u redovnom postupku. Međutim, kad su u pitanju hibridni antimonopolski postupci, počev od presude Suda opšte nadležnosti u slučaju ICAP,⁵⁸ obe odluke u ovim postupcima se, radi poštovanja pretpostavke nevinošti, donose istog dana. Drugim rečima, u slučaju hibridnih postupaka, procesna efikasnost zaključenja nagodbe se, u delu u kojem se odnosi na administrativni postupak, čak i kad bi trajanje tog postupka zaista bilo kraće nego trajanje redovnog postupka, realno ne ostvaruje.⁵⁹ Ovo pogotovo ako Komisija prvo sprovede postupak nagodbe, pa se tek onda posveti sprovođenju redovnog postupka, što je redovno slučaj.⁶⁰

⁵⁴ Tako je npr. odluka u slučaju *Water management products* (COMP/39611 od 27. VI 2012. godine) napisana na 22, a u slučaju *Thermal systems* (AT.39960 od 08. III 2017. godine) na 39 stranica.

⁵⁵ M. L. T. Centella, op. cit., 31.

⁵⁶ AT.39563 od 26. VI 2015. godine.

⁵⁷ AT.39462 od 28. III 2012. godine.

⁵⁸ T-180/15 of 10th November 2017, ECLI:EU:T:2017:795.

⁵⁹ „Nagodba će samo onda biti efektna ako svi članovi kartela jednoobrazno priznaju odgovornost“ (M. Kelley, op. cit., str. 714. „Dovoljno je da samo jedno preduzeće odustane od nagodbe pa da procesna efikasnost nagodbe u potpunosti bude izgubljena“ (A. Stephan, op. cit., 641).

⁶⁰ J. Ysevin; L. Corbett, op. cit., 6-7.

Prednosti nagodbe za preduzeća

Prvenstvena korist koju preduzeća imaju od nagodbe je sniženje novčane kazne za 10%. Procenat sniženja je jednak za sva preduzeća, bez obzira na obim njihove odgovornosti. Međutim, u teoriji prava konkurencije opšteprihvaćeno je mišljenje da to ne može biti i nije ni jedina niti najvažnija korist koju preduzeće ostvaruje zaključenjem nagodbe. Ovo naročito ako se zna da je prosečno sniženje novčane kazne u sudskom postupku 18%-20%.⁶¹ Drugim rečima, više se isplati negirati krivicu za narušavanje konkurencije pa pokrenuti sudski postupak protiv odluke Komisije nego zaključivati nagodbu. Zašto se onda više od 50% antimonopolskih postupaka vodi po pravilima o nagodbi?⁶² Pre svega, preduzeća u postupku nagodbe mnogo ranije nego što je to slučaj sa redovnim postupkom, steknu saznanja o tome šta im se konkretno stavlja na teret, kojim dokazima raspolaže Komisija i koliki je raspon novčane kazne koju mogu očekivati.⁶³ Pri svemu tome, nije im uskraćeno nijedno procesno pravo na odbranu,⁶⁴ a komunikacija sa Komisijom je mnogo neposrednija i manje zvanična nego što je to u redovnom postupku.⁶⁵ Dalje, s obzirom da, iako imaju pravo, neće pokretati sudski postupak protiv odluke Komisije i da u tim postupcima neće angažovati advokate, preduzeća imaju niže troškove.⁶⁶ No, ono što je za preduzeća najveći podsticaj da se opredele za postupak nagodbe je manjak informacija koje o slučaju bivaju objavljene ili na drugi način dostupne javnosti.⁶⁷ Odluka je skraćena i ne sadrži mnoge informacije koje bi,

⁶¹ A. Stephan, op. cit., 638.

⁶² B. Horvath, op. cit., 482.

⁶³ *Antitrust: Commission introduces settlement procedure for cartels – frequently asked questions*, MEMO/08/458, Brussels, 30th June 2008, str. 6. Npr. informaciju o visini kazne preduzeće u redovnom postupku sazna tek kad mu bude uručena odluka o kažnjavanju (A. Stephan, op. cit., 635).

⁶⁴ *Ibidem*, 5.

⁶⁵ O razgovorima za postizanje nagodbe (*settlement discussions*) koji se obavljaju u prvoj fazi postupka, ne vodi se zapisnik (M. L. T. Centella, op. cit., 33) i sadržina tih razgovora se u antimonopolskom postupku ne koristi kao dokazni materijal (F. Laina; E. Laurinen, op. cit., 3). „Nagodba se postiže iza zatvorenih vrata“ (A. Stephan, op. cit., 647).

⁶⁶ Wouter Wils, „The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles“, paper presented at the 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop (EUI, Florence, 6-7 June 2008), 12.

⁶⁷ Npr. treće lice, pa makar to bio i podnosilac prijave (*complaint*) ne može izvršiti uvid u zahtev za zaključenje nagodbe. To ne mogu ni druga preduzeća koj u predmetnom postupku imaju svojstvo stranke koja su se odlučila za nagodbu jer se u zahtevu za zaključenje nagodbe odriču prava na uvid u spise predmeta.

ako bi dospele u javni domen, mogle biti štetne za poslovni imidž preduzeća.⁶⁸ Takođe, šturost informacija koje Komisija čini dostupnim javnosti otežava pripremu tužbe za naknadu štete. Ovome se može prigovoriti da drastična selekcija objavljenih informacija u slučaju nagodbe negativno utiče na privatnopravnu primenu prava konkurencije. Međutim, privatnopravna primena prava konkurencije, za razliku od Sjedinjenih Država, u Evropi nikad nije ni bila značajnije zastupljena, i što je još važnije, podsticanje oštećenih preduzeća na podnošenje tužbi protiv članova kartela negativno bi uticalo na program amnestije odnosno samoprijavljivanja.⁶⁹ Zbog toga u saopštenjima za javnost povodom predmeta okončanih nagodbom, po nekom nepisanom pravilu, izostaje poziv oštećenim preduzećima da naknadu štete ostvare pred nacionalnim sudovima⁷⁰ (što opet ne znači da ona na to nemaju pravo).

ZAKLJUČAK

Unapređenje antimonopolskog postupka je kontinuirani proces koji u kartelnom pravu Evropske unije traje od 60-tih godina XX veka pa sve do danas. Jedno od takvih procesnopravnih unapređenja predstavlja pravni institut nagodbe (*settlement*) koji je u antimonopolsko procesno pravo Evropske unije uveden 2008. godine. Nagodba je procesnopravni institut po osnovu kojeg preduzećima, koja zaključe nagodbu, novčana kazna biva snižena za 10% u zamenu za prihvatanje odgovornosti za narušavanje konkurencije.

Nagodba se može zaključivati jedino u postupcima protiv kartela. Komisija nije obavezna sprovesti postupak nagodbe. Isto tako ni preduzeća nisu obavezna učestvovati u ovom postupku. Da li je predmet podesan za nagodbu ocenjuje Komisija. Predmet je podesan za nagodbu ako će sprovođenje postupka zbog zaključenja nagodbe biti brže i sa manje troškova. Drugim rečima, nagodba je u funkciji procesne ekonomije.

U postupku nagodbe preduzeća ranije mogu koristiti svoja procesna prava i ranije saznati visinu kazne koju Komisija ima nameru da izrekne, nego što je to slučaj u redovnom postupku. Kontrola informacija dostupnih javnosti je takođe preimućstvo postupka nagodbe i ujedno značajan podsticaj preduzećima da se opredele za zaključenje nagodbe. Odluka u postupku nagodbe je uvek osuđujuća i podložna je sudskoj kontroli. Međutim, pošto se ovi pravni lekovi u praksi

⁶⁸ K. Dekeyser; C. Roques, op. cit., 830.

⁶⁹ A. Stephan, op. cit., 654.

⁷⁰ M. P. Schinkel, op. cit., 19.

uglavnom ne koriste, nagodba je primer instituta upravnog procesnog prava kojim se smanjuje opterećenost sudova.

Nagodbu bi svakako trebalo uvesti i u domaće kartelno procesno pravo.

Prof. Dr. STEFAN ŠOKINJOV
Full Professor, Faculty of Law
University of Kragujevac

THE SETTLEMENTS IN THE EUROPEAN UNION ANTITRUST LAW

Summary

In the European Union since 2008 cartel cases can be settled. Settlement into the European Union Antitrust law is introduced by Commission Regulation (EC) No 622/2008 of 30 June 2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases. Regulation is accompanied with the Notice on the conduct of settlement procedures in view of the adoption of Decisions pursuant to Article 7 and Article 23 of Council Regulation (EC) No 1/2003 in cartel cases of 02.07.2008. Settlement is not mandatory neither for Commission nor undertakings, but undertakings who acknowledge in clear and unequivocal terms their liability for the infringement of competition in return receive a uniform 10% fine reduction.

Key words: restrictive agreements, settlement, European Union, Antitrust law

Literatura

- Calvani T., Calvani T., „Cartel Sanctions and Deterrence“, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56, No. 2, 2011.
- Centella M. L. T., „The New Settlement Procedure in Selected Cartel Cases“, *Competition Policy Newsletter*, No. 3, 2008.
- Dekeyser K., Roques C., „The European Commission’s Settlement Procedure in Cartel Cases“, *The Antitrust Bulletin*, No. 4, 2010.
- Horvath B., „The European Leniency Programme and the European Cartel Settlement Procedure – General Overview and Selected Issues“, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2016.
- Kelley M., „Settling for Settlement: The European Commission’s New Cartel Settlement Procedure“, *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 9, No. 4, 2010.
- Kroes N., *Tackling Cartels – A Never Ending Task*, Anti-Cartel Enforcement: Criminal and Administrative Policy – Panel session held on 8th October 2009 in Brasilia, Speech/09/455.
- Laina F., Laurinen E., „The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges“, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2013.

- Schinkel M. P., „Bargaining in the Shadow of the European Settlement Procedure for Cartels“, *Amsterdam Center for Law & Economics Working paper* No. 17, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1729640>.
- Stephan A., „The Direct Settlement of EC Cartel Cases“, *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 58, 2009.
- Wils W., „The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles“, paper presented at the 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop (EUI, Florence, 6-7 June 2008).
- Ysewin J., Corbet L., „Case T-180/15 'ICAP and Others v Commission', 10 November 2017: Win-win in the cartel settlement procedure: is there a shift in the balance of power?“, *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 4, No. 1, 2018.

Datumi prijema i prihvatanja rada

Primljen: 22.04.2021.

Prihvaćen: 29.06.2021.

PREGLEDNI RAD