

UDK: 346.545/.546(520)

CERIF: S144

ТИП РАДА: СТРУЧНИ РАД

DOI: 10.5937/PiP2004171L

Вук ЛЕКОВИЋ*

**Стручна служба Комисије за заштиту конкуренције,
мастер права**

ОСВРТ НА ПОВРЕДЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У ЈАПАНСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак

У овом раду аутор се осврће на повреду конкуренције према јапанском Антимонополском закону. У првом делу рада се даје објашњење законских дефиниција повреда конкуренције, и то: приватној монополи, неоправданој ограничења трговине и непоштене трговачке праксе. Затим се у другом делу рада акценат ставља на процедурални ток утврђивања повреда конкуренције и улогу коју у том процесу има Јапанска комисија за фер трговину. На крају се истиче значај покајничкој програма, као једној од најделоворнијих средстава на основу која се сусрећавају анти-компетитивна понашања учесника на тржишту. Током целој раду, аутор указује на постојање разлика између законских решења у Јапану и Европској унији. Инспирација за писање овакве теме је ауторово жеља да се истовремено истражи и знања, сачувана током тронеделне студијске посете у Јапану у непосредном раду са запосленима из Јапанске комисије

* Електронска адреса аутора: vuklekovic@hotmail.com.

1 Ставови, мишљења и тумачења изнети у овом тексту су ауторови и не могу се сматрати званичним ставовима, мишљењима или тумачењима Комисије за заштиту конкуренције.

за фер трговину (енг. *Japan Fair Trade Commission*) и професорима из области права конкуренције, ирећиочи у рад којим ће стручној јавности у Републици Србији приближити јапанско право конкуренције. Приликом писања рада, аутор је користио изворе са званичној сајта Јапанске комисије за фер трговину, као и остале релевантне чланке који се налазе на интернету.

Кључне речи: Јапанско право конкуренције. – Јапанска комисија за фер трговину. – Повреде конкуренције. – Посебан утврђивања повреда конкуренције. – Покајнички програм.

I Увод

Право конкуренције је у садашњем тренутку заступљено у више од 130 држава света.² Сједињене Америчке Државе и Канада су још крајем XIX века први донели законе из области заштите конкуренције. Затим је требало да прође дуже од 50 година да следећа држава усвоји прописе из наведене области. Јапан је након завршетка Другог светског рата, на захтев окупационих власти САД, 1947. године донео Антимонополски закон. Разлог за доношење наведеног закона био је спречавање, односно гушење тржишне моћи тадашњих породичних конгломерата (јап. *zaibatsu*), који су пре и непосредно после рата у свом власништву поседовали најважније секторе привреде.³ Моћ таквих компанија је била толико јака да су они контролисали главне политичке актере у Јапану.⁴

До данашњег дана, АМА је претрпео пет измена и допуна. Свака измена је пратила друштвене, економске и политичке прилике у датом тренутку. Применом АМА створено је привредно окружење које је било оријентисано на промовисање слободне и фер конкуренције између учесника на тржишту. Такво окружење је изнедрило економију Јапана, једну од најразвијенијих на глобалном нивоу. Важну улогу у том процесу је имала (а има и даље) Јапанска комисија за фер трговину (*JFTC*). *JFTC* је независно тело, организационо и статусно одвојено од извршне власти, које је задужено за спровођење АМА.⁵ Поред свих надлежно-

2 Richard Whish, David Bailey, *Competition Law*, 8th edition, London, 2015, 20.

3 Simon Vande Walle, Tadashi Shiraishi, „Competition law in Japan“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219881, б. 3. 2020, 3.

4 Masako Wakui, *Antimonopoly Law – Competition Law and Policy in Japan*, 2nd edition, Kyoto, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3270141, 2. 3. 2020, 8.

5 Јапански антимонополски закон из 1947. године (*The Antimonopoly Act*; даље у тексту и фуснотама: АМА), чл. 28.

сти које има као и већина других тела за заштиту конкуренције широм света, главна надлежност *JFTC* је спровођење истрага у којима утврђује постојање повреда конкуренције.⁶

II Повреде конкуренције

АМА је успоставио правни оквир који је свим учесницима на тржишту омогућио једнаке могућности, тако што је инкриминисао понашања устремљена на угрожавање слободне и фер тржишне утакмице, чији крајњи ефекти утичу на друштвено благостање потрошача у негативном смислу. Таква понашања се зову повреде конкуренције. АМА забрањује три врсте понашања, и то: 1) приватни монопол; 2) неоправдано ограничење трговине и 3) непоштену трговачку праксу. Прве две повреде се, уз постојање извесних разлика, могу поистоветити са злоупотребом доминантног положаја и рестриктивним споразумима који су регулисани у Европској унији. Трећа врста повреда специфична је за јапанско схватање заштите конкуренције и у већој мери се ослања на прописе у САД.

1. Приватни монопол

Приватни монопол представља пословно понашање учесника на тржишту којим се, самостално или у договору са другима, искључују или контролишу пословне активности других учесника на тржишту изазивајући, супротно јавном интересу, значајно ограничење⁷ конкуренције на релевантном тржишту.⁸ Из наведене законске дефиниције произлазе три појма која заслужују да буду посебно обрађена у циљу разумевања ове повреде, и то: појам учесника на тржишту, радња искључења или контролisaња и значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.

Учесник на тржишту може бити свако лице које обавља комерцијалне, индустријске, финансијске или друге пословне активности.⁹ Овако широко постављена законска дефиниција не даје одговор на питање шта је обухваћено другим пословним активностима. Став суд-

6 У овом раду је стављен акценат на улогу *JFTC* у поступцима утврђивања повреда конкуренције. О осталим надлежностима информације се могу пронаћи на интернет страни *JFTC*, доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/about_jftc/index.html, 21. 2. 2020.

7 У тексту термин „ограничавање“ означава и „спречавање“, односно „нарушавање“, у зависности од контекста.

8 АМА, чл. 2 ст. 5.

9 АМА, чл. 2 ст. 1.

ске праксе у Јапану је да се тржишним учесником може сматрати било које лице, независно од правне форме, које непрестано и континуирано обавља пословне активности праћене економским интересом.¹⁰

Радње којима се може извршити повреда конкуренције приватног монопола су искључивање конкурената са релевантног тржишта, односно контролисање пословних активности других учесника на тржишту. Имајући у виду чињеницу да АМА не садржи дефиницију радње искључивања, JFTC у својим Смерницама за приватни монопол наводи да се под радњама искључења подразумевају сва понашања којима се: а) конкуренти искључују са релевантног тржишта; б) конкурентима стварају тешкоће да послују; в) спречава или отежава улазак нових конкурената у привредну грану.¹¹ У питању су ексклузивна понашања учесника на тржишту са одређеним степеном тржишне моћи коју користи у циљу елиминисања постојећих, али и потенцијалних конкурената. Важно је напоменути да је тржишна утакмица процес у коме учесници на тржишту са квалитетнијим производима, односно услугама и повољнијим ценама и другим условима пословања присвајају потрошаче својих конкурената, који у том случају наилазе на тешкоће у пословању и самим тим су принуђени да изађу са тржишта. У таквим случајевима се АМА не примењује, имајући у виду да је основни циљ тог закона да промовише слободну и фер конкуренцију, чији ће резултат бити ниже цене, односно повећање квалитета производа и услуга за потрошаче.¹² Радње контролисања представљају оне радње у којима учесник на тржишту због своје тржишне моћи утиче на своје конкуренте да прате његову вољу, односно учествује у њиховом доношењу одлука.¹³

У циљу утврђивања приватног монопола, JFTC је дужан да докаже да су горе наведене радње искључивања или контролисања других учесника на тржишту имале за последицу значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту. На овом месту наилазимо на једну од фундаменталних разлика између права конкуренције Јапана и ЕУ.¹⁴ Европска комисија приликом утврђивања повреде злоупотребе доминантног положаја има три задатка, хронолошки поређана, и то: 1) дефинисање

10 M. Wakui, 48.

11 Смернице JFTC за искључиву приватну монополизацију према Антимонополском закону (*The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act*; даље у фуснотама: Смернице), Токио, 2009, доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_exclusionary.pdf, 11. 2. 2020, 4–5.

12 M. Wakui, 63.

13 S. Walle, T. Shiraishi, 9.

14 *Ibid.*, 8.

релевантног тржишта; 2) утврђивање доминантног положаја учесника на тржишту; 3) утврђивање радње злоупотребе доминантног положаја која доводи до губитка, односно ограничења конкуренције на релевантном тржишту.¹⁵ За разлику од тога, према АМА није потребно да се утврди доминантан положај тржишног учесника. Пре него што крене у утврђивање значајног ограничења конкуренције, *JFTC* дефинише релевантно тржиште на коме се манифестује ограничење конкуренције, односно последица приватног монопола. Релевантно тржиште састоји се из релевантног тржишта производа или услуга и релевантног географског тржишта на коме се одвија процес такмичења између тржишних учесника.¹⁶ АМА не садржи дефиницију значајног ограничења конкуренције, већ то чини судска пракса, према којој значајно ограничење конкуренције представља успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи.¹⁷ Тржишна моћ учесника на тржишту, сама по себи, не представља мерило на основу кога би се могло закључити да ли је дошло до повреде – приватног монопола. *JFTC* у својим Смерницама наводи да приоритет у поступцима испитивања повреде даје оним случајевима у којима је тржишно учешће након отпочињања радњи које могу представљати потенцијалну повреду приватног монопола прешло 50 одсто на релевантном тржишту.¹⁸ Такође, да би поступак испитивања добио приоритет, потребно је да радње које су предмет испитивања имају озбиљан утицај на живот грађана.¹⁹

За разлику од члана 102 Уговора о функционисању ЕУ,²⁰ који прописује облике у којима се злоупотреба доминантног положаја може јавити, АМА има другачији приступ. Наиме, као што је претходно наведено, АМА само прописује дефиницију повреде приватног монопола, док се у Смерницама описују појавни облици ове повреде, и то: предаторно формирање цена (енг. *predatory pricing*), ексклузивна трговина (енг. *exclusive dealing*), везана трговина (енг. *tying*) и дискриминаторни третман (енг. *discriminatory practices*). Наведени облици повреде нису исцрпљујуће наведени, с обзиром на то да Смернице наводе да и друга понашања представљају повреду приватног монопола, уколико се могу подвести под законску дефиницију.²¹ Смернице представљају користан

15 R. Whish, D. Bailey, 190–200; Jonathan Faull, Ali Nikpay, *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford, 2014, 331.

16 M. Wakui, 50.

17 *Ibid.*, 51.

18 Смернице, 4.

19 *Ibid.*, 4.

20 Уговор о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

21 Смернице, 6.

водич за учеснике на тржишту, имајући у виду да су у њима наведени хипотетички случајеви приватног монопола, као и да су детаљно описани фактори које *JFTC* процењује у сваком конкретном случају испитивања постојања ове повреде. На тај начин су учесници на тржишту у могућности да ускладе своје пословање са законским оквиром, јер приликом доношења пословних одлука, које могу бити под лупом *JFTC*, имају јаснију слику о тумачењу *AMA* од стране *JFTC*.

2. Неоправдано ограничење трговине

Неоправдано ограничење трговине (НОТ) представља сваку пословну активност учесника на тржишту који заједнички договоре пословно понашање којим се усклађују, одржавају или повећавају цене, односно којим се ограничава производња или технологија тако што се супротно јавном интересу проузрокује значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.²² Наведеном дефиницијом обухваћено је картелско договарање цена, подела тржишта, као и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки.²³ У појединим случајевима, НОТ може да представља и споразум о разним видовима сарадње између конкурената на тржишту, као што су споразуми о специјализацији, заједничком истраживању и развоју, и маркетиншким активностима.²⁴ Без обзира на појавни облик, НОТ се састоји из два елемента: 1) координисаног понашања тржишних учесника, сагласно њиховом изричитом или прећутном споразуму; 2) успостављања, одржавања или јачања тржишне моћи којом се значајно ограничава конкуренција на релевантном тржишту.²⁵

а) Координација

Први елемент је споразумно деловање учесника на тржишту, који је *conditio sine qua non* за постојање НОТ. Споразуми могу бити изричити, прећутни, али и усаглашене праксе учесника на тржишту. У једном од најпознатијих случајева из јапанске праксе (*Toshiba Chemical*), Виши суд у Токију је био на становишту да није неопходно да су се странке у поступку изричито договориле око подизања цене производа, већ је довољно постојање прећутног договора међу њима, уколико су испуњена три услова: први, постојање претходне размене информација и

22 *AMA*, чл. 2 ст. 6.

23 S. Walle, T. Shiraishi, 4.

24 M. Wakui, 75.

25 S. Walle, T. Shiraishi, 4–5.

мишљења између конкурената; други, да су се информације и мишљења односили на повећање цена производа; трећи, да је последица наведених понашања повећање цена на релевантном тржишту.²⁶ У тренутку повећања цена производа, према тумачењу суда, потребно је да постоји *веза намера* (енг. *liaison of intention*) између чланова картела. Веза намера значи да учесник картела препознаје и предвиђа исто или слично повећање цена осталих учесника картела и да, у складу с тим, намерава усклађивање сопствене ценовне политике. Веза намера се може доказати уколико се утврди постојање међусобног разумевања између повећања цене производа и прећутног прихватања таквог повећања цена од стране других учесника картела повећањем цена својих производа.²⁷ Поред постојања договора између учесника на тржишту, потребно је утврдити и њихов међусобни однос. На овом месту наилазимо на још једну значајну разлику између права конкуренције у Јапану и ЕУ. Наиме, према пракси Европске комисије и Суда правде Европске уније, рестриктивне споразуме могу да закључе учесници на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције (хоризонтални рестриктивни споразуми), али и они који послују на различитом нивоу производње или дистрибуције (вертикални рестриктивни споразуми). НОТ се примењује само на хоризонталне споразуме између конкурената којима се ограничава конкуренција,²⁸ док су вертикална ограничења покривена непоштеним трговачким праксама, о којима ће бити речи у наставку рада. Из законске дефиниције НОТ се не може добити одговор на питање да ли су њоме обухваћени хоризонтални или вертикални споразуми. Одговор на наведено питање дала је судска пракса 1953. године, још на почетку спровођења АМА. У *Newspaper Distribution* случају, *JFTC* је утврдио да су четири издавача новина поделила територију Јапана преко својих дистрибутера. У поступку утврђивања повреде, пронађени су споразуми између сваког издавача и његовог дистрибутера који су у себи садржали забране дистрибутерима да продају новине другог издавача. С обзиром на то да у поступку није пронађен ниједан споразум између конкурената, у овом случају издавача новина, Виши суд у Токију је поништио одлуку *JFTC* образлажући је тиме да НОТ могу извршити само учесници на тржишту који послују на истом нивоу производње или дистрибуције.²⁹

26 Organisation for Economic Co-operation and Development, Global Forum on Competition – Cartel case studies, Japan, 2006, доступно на адреси: <http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35935909.pdf>, 11. 2. 2020, 4.

27 *Ibid.*

28 S. Walle, T. Shiraishi, 4.

29 Tokyo High Court, 3 Shinketsu-shu 4, 9. 3. 1953. (*Newspaper Distribution*), нав. према: M. Wakui, 76.

б) Јачање тржишне моћи

Други елемент представља успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи, којом се значајно ограничава конкуренција на релевантном тржишту. Услов да се конкуренција значајно ограничава на релевантном тржишту значи да картелско понашање само по себи (енг. *per se illegal*) не представља повреду конкуренције.³⁰ На пример, картел између учесника на тржишту који заједно немају значајну моћ на релевантном тржишту није у стању да изазове проблеме на тржишту.³¹ Међутим, у пракси *JFTC* на хоризонталне споразуме примењује *per se* принцип, тако што настоји да релевантно тржиште одреди уже у циљу да се избегне постављање питања да ли недозвољени споразум значајно ограничава конкуренцију на релевантном тржишту.³² У већини картелских случајева које је спровео *JFTC*, било да се ради о договарању цена или подели тржишта, заједнички збир тржишних удела учесника недозвољеног споразума на релевантном тржишту износио је између 80% и 100%.³³ Само успостављање, одржавање или јачање тржишне моћи недозвољеним споразумом између учесника на тржишту, уколико изазове или може изазвати значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту, довољно је за утврђивање повреде конкуренције.³⁴ Наведено значи да у поступку утврђивања повреде није неопходно доказати да је тржишна моћ вршена у пракси, односно да су цене повећане, већ је потребно доказати да је недозвољени споразум могао изазвати значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту.³⁵ На овом месту се може пронаћи сличност са чланом 101 Уговора о функционисању ЕУ, који санкционише рестриктивне споразуме који за циљ или последицу могу имати значајно ограничење конкуренције.³⁶

в) Договарање у јавним набавкама

Намештање понуда у поступцима јавних набавки (енг. *bid rigging*) обухваћено је НОТ и поседује одређене специфичности. *JFTC* приликом

30 Mel Marquis, „Tadashi Shiraishi, Japanese Cartel Control in Transition“, *CEI San Pablo University Madrid*, Working Paper No. 47/2014, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407825, 2. 3. 2020, 13.

31 S. Walle, T. Shiraishi, 5.

32 *Ibid.*

33 M. Wakui, 90.

34 *Ibid.*, 91.

35 Supreme Court, 38-IV Keishu 1287, 24. 2. 1984. (*Oil Cartel Criminal*), нав. према: *Ibid.*, 92.

36 Уговор о функционисању ЕУ (*Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26. 10. 2012).

дефинисања теорије повреде, затим и утврђивања повреде, ставља акценат на доказивање две врсте споразума између учесника на тржишту, и то: основног споразума (енг. *basic agreement*) и специфичног споразума (енг. *specific agreement*).³⁷ Основним споразумом учесници на тржишту договарају стратегију подношења понуда, док се специфичним споразумима одређује како ће понуде бити подношене у конкретним јавним набавкама. Утврђивање постојања основног споразума између учесника на тржишту је веома захтевно, често и немогуће у ситуацијама када су такви споразуми закључени у не тако блиској прошлости. Обично писани докази који се односе на стратегије и договоре око учешћа у јавним набавкама не постоје. Услед таквих околности, *JFTC* је у једном случају утврдио постојање основног споразума посредним путем. Наиме, Градска управа града Шимицу (*Shimizu*) је у одређеном периоду закључила 105 уговора о извођењу радова. *JFTC* је пронашао да је у том периоду чак 80 уговора о извођењу радова закључено кроз поступке јавних набавки у којима су исти учесници на тржишту координисано подносили понуде. Виши суд у Токију је потврдио да је координисано подношење понуда представљало доказ о постојању основног споразума.³⁸

Код ове повреде конкуренције, у великом броју случајева значајну улогу имају запослени у државним органима који припремају и спровode поступке јавних набавки. Опште је место да конкурсна документација треба да садржи услове који ће омогућити што већем броју тржишних учесника да учествују подношењем понуда. Међутим, честа је појава да запослени у дослуху са учесницима на тржишту припремају услове тендера којим ће створити предуслове за договорено подношење понуда. С обзиром на то да се *АМА* не примењује на запослене у државним органима, 2002. године донет је закон којим је *JFTC* добио овлашћења да: а) захтева од државног органа да донесе мере којим ће унапредити поступак јавних набавки; б) новчано санкционише запосленог у државном органу за саучесништво око договореног подношења понуда; в) захтева од државног органа да покрене дисциплински поступак против свог запосленог.³⁹ На овај начин су значајно проширене могућности *JFTC* у циљу сузбијања договарања око подношења понуда у поступцима јавних набавки.

3. Непоштене трговачке праксе

Трећа врста повреда конкуренције коју регулише *АМА* су непоштене трговачке праксе (НТП). НТП представљају лакшу повреду

37 M. Marquis, T. Shiraishi, 13.

38 M. Wakui, 85.

39 Закон о спречавању учешћа из 2002. године (*Involment Prevention Act*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/aepibr.html, 2. 3. 2020, чл. 3–5.

конкуренције у односу на приватни монопол и НОТ, имајући у виду да се код утврђивања ове повреде не захтева да су радње или акти учесника на тржишту имали за последицу „значајно ограничење трговине“.⁴⁰ НТП не представљају повреду конкуренције у правом смислу, јер код ових понашања нема присуства значајног ограничења конкуренције на релевантном тржишту. НТП су таксативно набројане у АМА⁴¹ и *JFTC Смерницама о НТП*.⁴² Најважнији облици НТП су: неоправдано одбијање пословања (енг. *Refusal to Deal*), неоправдано наметање високих или ниских цена (енг. *Unjust Pricing*), дискриминаторни третман (енг. *Discriminatory Practice*), везана трговина (енг. *Tying*), усклађивање цена у даљој продаји (енг. *Resale Price Maintenance*), злоупотреба супериорнијег преговарачког положаја (енг. *Abuse of Superior Bargaining Position*) и неоправдано мешање у пословне односе конкурената (енг. *Unfair Interference with Competitors Transactions*). Наведена понашања, комбинована са постојањем значајних ефеката на конкуренцију, представљају повреде приватног монопола и НОТ. Циљ регулисања НТП је спречавање негативних ефеката на конкуренцију у њиховом настанку, односно у фази када још није дошло до значајнијих последица на конкуренцију.⁴³

На овом месту ћемо се у кратким цртама осврнути на злоупотребу супериорнијег преговарачког положаја (ЗСПП), као врсту НТП по којој је јапанско право конкуренције јединствено у упоредном праву. ЗСПП се појављује у вертикалним односима између учесника на тржишту у којима једна страна има изразито снажнију позицију у односу на другу. У тим уговорним односима јача страна настоји да искористи свој доминантнији положај у односу на другу страну тако што намеће неоправдане услове у поређењу са уобичајеним условима који се примењују у датим трансакцијама. Такви захтеви могу бити: захтевање да друга уговорна страна финансира или обезбеди економске повољности јачој уговорној страни без постојања основа; једнострано враћање непродатих производа слабијој уговорној страни; једнострано измена цена; неоправдано одлагање плаћања; неоправдано одбијање плаћања.⁴⁴ Неправична понашања нису само таксативно наведена у АМА, већ могу да представљају све акте чија је тенденција угрожавање фер конкуренције.⁴⁵ У једном случају, *JFTC* је утврдио да је захтев да

40 S. Walle, T. Shiraishi, 12.

41 АМА, чл. 2 ст. 9.

42 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 6. У овом ставу је наведено овлашћење *JFTC* да донесе Смернице о непоштеним трговачким праксама (*Designation of Unfair Trade Practices*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepractices_files/unfairtradepractices.pdf, 2. 3. 2020.

43 M. Wakui, 145.

44 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 5.

45 АМА, чл. 2 ст. 9 тач. 6.

друга уговорна страна шаље своје запослене у продавнице јаче уговорне стране како би куповали производе представљао ЗСПП.⁴⁶ Кључни фактор код ЗСПП је да слабија страна нема други избор осим да прихвати наметање неправичних услова зато што није у могућности да промени пословног партнера или може да га промени под значајним финансијским трошковима.⁴⁷ Важно је напоменути да *JFTC* не доказује доминантан положај јаче уговорне стране на релевантном тржишту, већ супериорну позицију у односу на партнера са којим је у пословном односу.⁴⁸ При одређивању доминантног положаја у односу на другу уговорну страну у обзир се узимају следећи фактори: степен зависности слабије уговорне стране у односу на јачу; позиције уговорних страна на тржишту; могућност слабије стране да промени пословног партнера; други фактори који се односе на конкретан уговорни однос.⁴⁹

III Поступак утврђивања повреде конкуренције

Начин на који је регулисан поступак утврђивања повреде конкуренције је још једна карактеристика јапанског права конкуренције. АМА препознаје два различита поступка утврђивања повреде конкуренције, и то: управни и кривични поступак. Улога *JFTC* је различита у зависности од врсте поступка који је у питању. Поред ове две врсте, АМА садржи и основ за покретање парничног поступка од стране лица која су претрпела извесну штету насталу актима утврђене повреде конкуренције.

1. Управни поступак

а) Предисциплинарни поступак

Поступање *JFTC* у управном поступку се одвија кроз две фазе. У првој фази се испитује основаност поднетих иницијатива за повреду конкуренције. *JFTC* до полазних сазнања долази путем: а) информација које сазна по службеној дужности на основу спроведених секторских анализа;⁵⁰ б) информација прикупљених од јавности;⁵¹ в) поклајничког програма (*leniency*);⁵² г) достављених информација од стране Асоцијације малих и средњих предузећа (што у пракси није био

46 S. Walle, T. Shiraishi, 14.

47 *Ibid.*, 16.

48 M. Wakui, 199.

49 *Ibid.*, 200.

50 Једно од јавних овлашћења *JFTC* (АМА, чл. 40).

51 АМА, чл. 46 ст. 1.

52 АМА, чл. 7–2 ст. 10.

случај). Задатак предиспитног поступка није утврђивање повреде, већ утврђивање претпоставке о постојању основане сумње да је учињена повреда. У случају да је *JFTC* примила писану иницијативу од стране одређеног лица, у обавези је да то лице обавести о исходу испитивања иницијативе, без обзира на то да ли је у том случају покренут поступак. Код испитивања иницијативе за учињену повреду приватног монопола, *JFTC* је дужна да обавести министарство које је надлежно за тржиште на које се односи дата иницијатива.⁵³

б) *Испитни поступак*

Услови за спровођење друге фазе, односно формалног испитног поступка, стичу се након утврђивања основане сумње о учињеној повреди. Затим се овлашћују службена лица из *JFTC* која су задужена за спровођење поступка и извођење доказних радњи.⁵⁴ АМА прописује широк спектар могућности које *JFTC* има на располагању у циљу вођења поступка. *JFTC* је овлашћена да: узима изјаве од лица за која сматра да имају одређена сазнања у вези са покренутим поступком; затражи мишљење од овлашћених вештака (у зависности од чињенице која се утврђује); затражи достављање пословних књига и докумената битних за спровођење поступка; спроведе ненајављени увиђај у просторијама учесника на тржишту против којих је покренут поступак.⁵⁵ Непостојање заштите адвокатске тајне је једна од карактеристика испитног поступка. Писана кореспонденција између странака у поступку и њихових пуномоћника из редова адвоката може бити одузета од стране *JFTC*.⁵⁶ Такође, током давања изјава запослени из компанија немају могућност да им буде пружена помоћ адвоката.

Након спровођења комплетног испитног поступка од стране овлашћених службених лица, *JFTC* шаље странци обавештење о битним чињеницама, доказима и осталим елементима на којима ће засновати своју одлуку, као и предлог одлуке. Од тог процесног тренутка странка има право на увид у списе предмета на основу којих припрема своју одбрану.⁵⁷ Затим, одређује се запослени из *JFTC* који ће да руководи процесном радњом саслушања странака.⁵⁸ Тај запослени не сме бити лице које је овлашћено да поступа у предметном поступку.⁵⁹ Његова

53 АМА, чл. 40 ст. 1.

54 АМА, чл. 47 ст. 2.

55 АМА, чл. 47 ст. 1.

56 S. Walle, T. Shiraishi, 21–22.

57 АМА, чл. 52 ст. 1.

58 АМА, чл. 53 ст. 1.

59 АМА, чл. 53 ст. 2.

улога је да као „неутрално“ лице, које није учествовало у истрази, што објективније саслуша аргументе странке и овлашћених службених лица из *JFTC* и након тога сачини записник о саслушању странака који се доставља Савету *JFTC*.⁶⁰ На овакав начин се избегава ситуација да овлашћено службено лице које је водило истрагу цени доказе странке, а затим и да доноси предлог одлуке, јер постоји претпоставка да то лице поседује одређена предубеђења у вези са поступком.

Важно је напоменути да процесна радња саслушања странака не представља „парницу“ на којој ће овлашћено службено лице и странка да „сукобе“ ставове, већ само место на коме ће овлашћено службено лице изложити ток испитног поступка и предлог одлуке, док се странци даје могућност да изнесе своју одбрану и пружи неопходне доказе, односно предложи извођење појединих доказа битних за утврђивање чињеница. Такође, странка има право да поставља питања овлашћеном службеном лицу након добијања сагласности запосленог који води саслушање. Пре слања коначног записника Савету *JFTC*, странка се са истим упознаје и има право да достави своје изјашњење у погледу коначног записника. Након тога, Савет *JFTC* коначну одлуку доноси на основу записника и изјашњења странке.⁶¹

в) Одлуке *JFTC*

У управном поступку, уколико утврди постојање повреде, *JFTC* доноси налог за обустављање противзаконитих радњи. У налогу се такође наводе и радње које су потребне да се предузму у циљу отклањања последица које су повредом настале. *JFTC* најчешће учесницима на тржишту налаже да пошаљу својим потрошачима обавештење да су радње повреде обустављене.⁶² Поред тога, у не тако малом броју случајева се налаже организовање обуке из заштите конкуренције за запослене.⁶³ Један налог може бити упућен већем броју учесника на тржишту. Годишње се изрекне око 20 налога.⁶⁴ У највећем броју случајева налози се односе на НТП, затим на НОТ, и тек на крају на повреду приватног монопола.⁶⁵

За теже повреде конкуренције се уз налог може изрећи и новчана казна. Новчане казне се изричу због повреда као што су: картели

60 Савет *JFTC* је тело сачињено од председника и четири члана који доносе коначне одлуке већином гласова. АМА, чл. 34 ст. 2.

61 АМА, чл. 57 ст. 4 и 5.

62 S. Walle, T. Shiraiishi, 24.

63 *Ibid.*

64 M. Wakui, 230.

65 Последњи пут за повреду приватног монопола налог је издат 2009. године. M. Wakui, 230.

(фиксирање цена), договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки и приватни монопол. Новчана казна се израчунава на основу одређеног процента од укупне вредности продаје производа (услуга) на које се повреда односи за време трајања повреде. Максималан период износи три године.⁶⁶ АМА прави разлику између малих, средњих предузећа и великих корпорација на основу годишњих прихода. Затим се у оквиру тих категорија прави подела на произвођаче, продавце на велико (енг. *wholesalers*) и продавце на мало (енг. *retailers*).⁶⁷ Такође, у обзир се узимају олакшавајуће и отежавајуће околности које доводе до смањења (нпр. рани престанак вршења повреде), односно повећања основног износа новчане казне (нпр. поновљена повреда, водећа улога у картелу итд.).

2. Кривични поступак

За најтеже облике повреде приватног монопола и НОТ који имају за последицу значајно ограничење конкуренције, као што су монополизација тржишта, картелско формирање цена и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки, предвиђена је кривична одговорност физичких лица која су наведене повреде учинила.⁶⁸ АМА предвиђа да законски заступници, посредници или други запослени кривично одговарају уколико донесу или утичу на доношење одлука којима се врше наведене повреде.⁶⁹ Максимална казна затвора је пет година, док максимална новчана казна износи пет милиона јапанских јена.⁷⁰

Надлежност *JFTC* код утврђивања кривичне одговорности је уведена 2006. године у циљу ефикаснијег сузбијања озбиљнијих повреда конкуренције. За разлику од управног поступка, у којем *JFTC* доноси коначну одлуку, у кривичном поступку *JFTC* има припремну улогу. Наиме, уколико приликом редовног поступања *JFTC* уочи да се ради о тежим облицима повреда, односно о понашањима и актима који представљају биће кривичног дела, обавестиће јавног тужиоца (енг. *final accusation*). Јавни тужилац одлучује да ли ће на основу добијеног обавештења подићи оптужницу или ће обавештење одбацити. У другом случају је дужан да обавести министра правде о разлозима неподизања оптужнице.⁷¹ Важно је напоменути да јавни тужилац не може подићи

66 АМА, чл. 7–2 ст. 1.

67 АМА, чл. 7–1 ст. 1, 2, 4 и 5, чл. 20–2–6.

68 АМА, чл. 89 ст. 1 тач. 1.

69 АМА, чл. 95 ст. 1.

70 АМА, чл. 89 ст. 1 тач. 1.

71 АМА, чл. 74 ст. 3.

оптужницу без обавештења које доставља *JFTC*.⁷² Од тренутка подизања оптужнице *JFTC* више нема активну улогу у поступку. Доказне радње и заступање оптужнице пред судом је у рукама јавног тужиоца, док коначну одлуку доноси надлежни суд. Јавни тужилац у пракси најчешће подиже оптужницу у оним случајевима када је уверен у исход судског поступка и доношење осуђујуће пресуде. *JFTC* се у периоду 2006–2018. године 23 пута обратио јавном тужиоцу, након чега су покренута 22 кривична поступка, чији је исход у већини случајева била осуђујућа пресуда.⁷³

3. Грађански поступак

Лица која су претрпела штету насталу актима повреде конкуренције имају могућност да своја права заштите у парничном поступку. Учесници на тржишту или пословна удружења која учине повреду конкуренције су одговорна за штету проистеклу из таквих аката, без обзира на постојање или одсуство намере.⁷⁴ У парничном поступку суд може затражити мишљење *JFTC* у вези са висином штете проистекле из аката повреде конкуренције.⁷⁵ Важно је напоменути да суд у овим парничним поступцима одлуку може донети тек на основу правноснажне одлуке *JFTC* која је потврђена од стране управног суда у евентуалном поступку по управној тужби.⁷⁶ У случајевима када суд не може да утврди висину штете, одредиће разумно обештећење узимајући у обзир све околности конкретног случаја.⁷⁷

IV Покајнички програм

Покајнички програм (енг. *leniency application*) је ефикасно средство за откривање повреда конкуренције које користе тела за заштиту конкуренције широм света. Развитком технологије и средстава комуникације постаје све теже пронаћи доказе о кршењу прописа из области конкуренције. Повреде до којих се долази путем покајничког програма су по правилу картели и договорено подношење понуда у јавним набавкама. Покајнички програм омогућава учеснику у повреди конкуренције који први пријави постојање повреде и приложи неопход-

72 АМА, чл. 96 ст. 1.

73 М. Wakui, 240.

74 АМА, чл. 25.

75 АМА, чл. 84.

76 АМА, чл. 26 ст. 1.

77 М. Wakui, 242.

не доказе – да буде ослобођен од плаћања новчане казне. Уколико није први који пријави повреду, висина казне се смањује. Код покајничког програма погодност имају и тела за заштиту конкуренције. Наиме, тада долазе у посед информација и доказа о учињеним повредама без трошења сопствених ресурса.

Покајнички програм је у Јапану уведен изменама и допунама АМА из 2005. године. Основни разлог је било омогућавање *JFTC* да лакше открива картеле и договорено подношење понуда у јавним набавкама. Увођењем покајничког програма створено је окружење у коме учесници картела једни другима више не верују због тога што увек постоји могућност обраћања *JFTC*.⁷⁸ Да би покајнички програм заживео у пракси, потребно је да буду испуњени предуслови који би иницирали да све предности које доноси овај програм дођу до пуног изражаја. Такви предуслови, пре свега, обухватају постојање озбиљних казни за кршење прописа, страх учесника картела од откривања, као и транспарентну примену покајничког програма од стране *JFTC*.

У Правилнику о подношењу пријава за повреде конкуренције⁷⁹ су наведени подаци које пријава треба да садржи, и то: имена учесника повреде конкуренције; релевантно тржиште добара или услуга на које се односи повреда; опис радњи или аката којима се крше прописи; локације на којима су одржавани састанци; запослени који су били присутни на састанцима итд. *JFTC* пре покретања поступка испитивања повреде конкуренције може прихватити највише пет пријава. Подносилац прве пријаве има право на 100% ослобођења од казне, други на умањење казне од 50%, док остала три имају право на умањење казне у висини од 30%.⁸⁰ Након покретања поступка, *JFTC* може да прихвати највише три пријаве, чије умањење износи 30% од утврђене новчане казне.⁸¹

У циљу промовисања покајничког програма и стимулисања учесника на тржишту на сарадњу, *JFTC* је у свом раду усвојио правило да подносиоцима пријава никад не изриче налоге за обустављање противзаконитих радњи, иако према АМА подносиоци пријава имају имунитет само од новчаних казни.⁸² Да је покајнички програм испунио своју сврху, говори податак да је од дана његовог увођења до 2018. године *JFTC* покренуо 136 поступака на основу пријаве самих учесника на

78 *Ibid.*, 235.

79 Правилник о подношењу пријава и достављању материјала у вези са имунитетом или смањењем накнада из 2005. године (*Rules on reporting and submission of materials regarding immunity from or reduction of surcharges*), доступно на адреси: https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/antimonopoly_rules_files/immunity.pdf, 28. 2. 2020.

80 АМА, чл. 7–2 ст. 10 и 11.

81 АМА, чл. 7–2 ст. 12.

82 М. Marquis, Т. Shiraishi, 14.

тржишту који су кршили прописе, док је 27 поступака покренуо када је до основане сумње о учињеној повреди конкуренције дошао другим путем.

V Закључак

На основу изнетог у овом раду, може се закључити да је право конкуренције широм света регулисано, у већој или мањој мери, на истим основама. Јапански правни оквир заштите конкуренције поседује одређене карактеристике које га издвајају у односу на друге јурисдикције. Повреда приватног монопола се разликује од злоупотребе доминантног положаја, јер не постоји обавеза за *JFTC* да утврди доминантан положај учесника на тржишту, већ само постојање значајног ограничења конкуренције на релевантном тржишту. Картелски договори између конкурената не представљају *per se* повреду, јер се такође захтева постојање значајног ограничења конкуренције. Међутим, *JFTC* санкционише овакве недозвољене споразуме тако што на посредан начин примењује *per se* правило, дефинишући релевантно тржиште уже. На тај начин се значајно ограничење конкуренције на релевантном тржишту лакше доказује. Код договореног подношења понуда у поступцима јавних набавки *JFTC* настоји да утврди две врсте споразума између конкурената, и то: први, којим се договара стратегија учешћа на тендерима; други, којим се одређује који ће конкурент победити на тендеру. Трећа врста повреда су НТП. Санкционисање НТП представља ефикасно средство којим се спречава настанак озбиљнијих повреда приватног монопола и НОТ, јер није неопходно утврђивати постојање значајног ограничења конкуренције.

У погледу поступка утврђивања повреде, АМА садржи решење којим се *JFTC* додељује улога у две врсте поступка, и то управном и кривичном. Управни поступак који спроводи *JFTC* се не разликује од поступака које воде друга тела за заштиту конкуренције. Наиме, *JFTC* је овлашћен да утврђује повреде конкуренције и доноси управне мере, односно да изриче новчане казне учесницима на тржишту. Одлуке *JFTC* су подложне судском проверавању уколико учесници на тржишту поднесу тужбе. У кривичном поступку улога *JFTC* је ограничена на обавештавање јавног тужиоца о постојању основане сумње да су учињене озбиљније повреде, као што су: монополизација тржишта, картелско формирање цена и договорено подношење понуда у поступцима јавних набавки. У том моменту, јавни тужилац преузима истрагу и искључиво је овлашћен да одлучи хоће ли подигнути оптужни акт. На крају је важно поменути да је успешна примена покајничког програ-

ма од стране самих привредника у великој мери олакшала спровођење истрага повреда конкуренције, јер су се у више од три четвртине случајева поступци покренули на основу покајничких пријава.

Коришћена литература

- Wakui Masako, *Antimonopoly Law – Competition Law and Policy in Japan*, 2nd edition, Kyoto, 2018, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3270141, 2. 3. 2020.
- Vande Walle Simon, Shiraishi Tadashi, „Competition law in Japan“, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219881, 6. 3. 2020.
- Whish Richard, Bailey David, *Competition Law*, 8th edition, London, 2015.
- Marquis Mel, Shiraishi Tadashi, „Japanese Cartel Control in Transition“, *CEU San Pablo University Madrid*, Working Paper No. 47/2014, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407825, 2. 3. 2020.
- Faull Jonathan, Nikpay Ali, *The EU Law of Competition*, 3rd edition, Oxford, 2014.

Vuk LEKOVIĆ, LL.M.

Technical Service of the Commission for Protection of Competition

REVIEW OF VIOLATIONS OF COMPETITION IN JAPANESE LAW

Summary

Author in this paper analyses competition violations under the Antimonopoly Act in Japan. Legal definition of competition violations is presented in the first chapter of paper as follows: private monopolization, unreasonable restraint of trade, and unfair trade practices. The second part of the paper focuses on the procedural course of identifying competition violations and the role played by the Japanese Fair Trade Commission in this process. Finally, the importance of the leniency program is emphasized as one of the most effective means of preventing anticompetitive behaviours of market participants. Throughout the paper, the author points out that there are some differences between competition legal framework in Japan and the European Union. The inspiration for writing this paper is the author's desire to share his own experiences and knowledge, gained during a three-week study visit to Japan in direct work with employees of the JFTC and professors in the field of competition law, in order to acquaint the expert public in the Republic of Serbia with Japanese competition law. During the research, the author used sources from the official site of the JFTC, as well as other relevant articles on the Internet.

Key words: *Japanese Competition Law. – Japan Fair Trade Commission. – Competition Violations. – Procedure of Ascertainig Competition Violations. – Leniency Application.*

Датум пријема рада: 27. 7. 2020.

Датум прихватања рада: 11. 9. 2020.